

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 05.02.2007 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 8a/06 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria AG auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG (Vorleistungsmarkt)“ iSd § 1 Z 8 TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Telekom Austria AG hat gemäß § 41 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten betreffend die Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze und dafür notwendige Annex-Leistungen auf Nachfrage zu gewährleisten.

2.2. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „FL-LRAIC“ („Forward Looking – Long Run Average Incremental Costs“) orientiert.

2.3. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die Terminierungsleistungen als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 bis längstens 05.03.2007 ein Standardangebot betreffend die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Sämtliche Leistungen sind hinreichend entbündelt, d.h. derart aufgegliedert anzubieten, dass nur zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden. Dieses Standardangebot hat zumindest folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

1.	Regelungen betreffend Zusammenschaltungsverbindungen
2.	Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3.	Verkehrsarten und Entgelte
4.	Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf Ebene der ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen
5.	Regelungen betreffend Notrufdienste
6.	Regelungen betreffend private Netze
7.	Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
8.	Regelungen betreffend sonstiger Dienste (öffentliche Kurzrufnummern für Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzrufnummern für besondere Dienste)
9.	Regelungen betreffend die Verkehrsübernahme von Transitnetzbetreibern im Auftrag von Dritten

Soweit Telekom Austria in das Standardangebot Regelungen über eine Mindestauslastung von Zusammenschaltungsverbindungen aufnimmt, ist – unter Beibehaltung der übrigen derzeitigen Bestimmungen – die Mindestverkehrs menge je 2 Mbit/s–System (E1) und Monat mit höchstens 180.000 Minuten bzw. wenn die Zusammenschaltung an einem Zusammenschaltungspunkt lediglich vier oder weniger 2 Mbit/s-Systeme umfasst, mit höchstens 135.000 Minuten vorzusehen.

2.5. Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend

den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

2.6. Telekom Austria AG hat ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung iSv „FL-LRAIC“ hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen gemäß § 42 Abs. 1 S. 1 TKG 2003 möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist.

3. Die der Telekom Austria AG auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG (Vorleistungsmarkt)“ mit Bescheid M 8a/03-30 vom 20.12.2004 auferlegten Verpflichtungen werden – mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.4 – gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben. Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.4. des Bescheides M 8a/03-30 vom 20.12.2004 wird mit 05.03.2007 gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 06.02.2006 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zur Zahl M 8/06 amtswegig eingeleitet.

In derselben Sitzung wurden Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs sowie DI Kurt Reichinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ gemäß § 1 Z 8 TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge.

Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren. In der Sitzung vom 18.04.2006 beschloss die Telekom-Control-Kommission, anstatt DI Kurt Reichinger nunmehr Ing. Alois Sommerer zum Amtssachverständigen zu bestellen und mit der Erstellung des gegenständlichen Gutachtens zu betrauen.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) beauftragt, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Im Juli 2006 übermittelten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das wirtschaftliche Gutachten (ON 25).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, vorläufig davon auszugehen, dass die Telekom Austria AG (im Folgenden „Telekom Austria“) auf dem Vorleistungsmarkt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt. Mit Beschluss vom 24.07.2006 hat die Telekom-Control-Kommission das bisher unter M 8/06 geführte Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte „Terminierung in individuelle öffentliche Telefonnetze an festen Standorten“ gemäß § 39 Abs. 2 AVG in betreiberindividuelle Verfahren getrennt. Das Verfahren betreffend den Terminierungsmarkt der Telekom Austria wurde ab diesem Zeitpunkt unter der GZ M 8a/06 weiter geführt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Telekom Austria gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den gegenständlichen Markt einzuräumen. Es wurde Telekom Austria daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 8/06 vom Juli 2006 (ON 2) übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen (ON 3). Die Stellungnahme der Telekom Austria langte am 28.08.2006 ein (ON 6).

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu

Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 42 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Telekom Austria AG aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im genannten Erstgutachten vom Juli 2006 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG an festen Standorten“ zu begegnen. Dabei war eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Im September 2006 übermittelten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente. Dieses wurde Telekom Austria samt dem Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*“ zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahme der Telekom Austria langte am 10.10.2006 ein.

Von 15.11.2006 bis 11.12.2006 wurde ein Konsultationsverfahren nach § 128 TKG 2003 und von 15.11.2006 bis 15.12.2006 ein Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 durchgeführt. Bezüglich der Ergebnisse dieser Verfahren wird auf Punkt II.D.9.2 verwiesen. Mit e-Mail vom 20.11.2006 teilte die Bundeswettbewerbsbehörde mit, dass sich aus dem übermittelten Maßnahmenentwurf „*Prima facie ... keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken*“ ergeben. Mit Schreiben vom 04.12.2006 teilte der Bundeskartellanwalt mit, dass von der Übermittlung einer Stellungnahme zum übermittelten Maßnahmenentwurf abgesehen werde. Stellungnahmen des Kartellgerichts und des Oberkartellgerichts langten nicht ein.

Mit Schreiben vom 10.01.2007 wurde Telekom Austria aufgefordert, zu den Stellungnahmen dieser Verfahren und zu in der Sitzung der Telekom-Control-Kommission dargestellten ergänzenden Ausführungen des Amtssachverständigen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der Telekom Austria langte am 23.01.2007, ON 34, ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“

1.1. Der relevante Markt:

Terminierung ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten vor dem Netzabschlusspunkt liegenden und mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ist eine Vermittlungsstelle, an der ein solcher Verkehr zumindest von einem anderen Netzbetreiber übergeben wird. Nachfrager der Terminierungsleistung sind Verbindungsnetz- und Teilnehmernetzbetreiber, die Verbindungen realisieren.

Teilnehmernetzbetreiber, die über Zugänge zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten verfügen, erbringen innerhalb jeder netzinternen Verbindung eine Terminierungsleistung an sich selbst, auch dann, wenn der terminierende Verkehr nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt geführt wird.

Dies ist jeweils unabhängig davon, ob die Terminierung als Vorleistungsbestandteil eines Endkundenprodukts dem eigenen Kommunikationsdienstbetreiber oder einem Dritten angeboten wird.

Dieser Markt inkludiert Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet. Terminierungsleistungen mittels Voice over Broadband (VoB) sind Bestandteil des gegenständlichen Marktes, Terminierungsleistungen mittels Voice over Internet (Vol) hingegen nicht.

Die Vorleistung der Terminierung kann durch keinen anderen Anbieter erbracht werden als den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschlossen ist. Sohin handelt es sich um netzbetreiberindividuelle Terminierungsmärkte.

Die Marktdefinition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (vgl. Ziffer 9 des Anhangs).

Das räumliche Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes ist das Bundesgebiet.

1.2. Terminierungsleistungen:

Terminierung ist die Zustellung von Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt. Wird die Terminierungsleistung an andere Netzbetreiber erbracht, kann der Terminierungsnetzbetreiber auf Vorleistungsebene ein Terminierungsentgelt verrechnen. Bei Bündelung mit Transitleistungen (zur single- oder double-tandem Terminierung), wird nur die Terminierungsleistung in den Terminierungsmarkt eingerechnet.

Zu den Terminierungsleistungen zählen auch Gespräche zu zielnetztarifierten Diensterufnummern, die der Dienstenetzbetreiber in geografische Rufnummern umrechnet und sie im eigenen Netz terminiert oder in fremden Netzen terminieren lässt.

Neben diesen auf der Vorleistungsebene erbrachten Terminierungsleistungen wird auf dem Terminierungsmarkt die Terminierungsleistung netzinterner Gespräche als Eigenleistung erbracht.

Terminierung ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg. Die Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches festes Telefonnetz, in welches terminiert wird.

1.3. Zusammenhang mit den Endkundenmärkten:

Auf Vorleistungsmärkten werden Leistungen für Kommunikationsnetz- und -dienstebetreiber erbracht, die basierend auf diesen Vorleistungen, Produkte auf den Endkundenmärkten erstellen und anbieten. Die Terminierungsleistung ist – da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird – eine Vorleistung.

Grundsätzlich leitet sich die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten von der Nachfrage nach Endkundenprodukten ab. Konkret für die Terminierungsmärkte orientiert sich die Nachfrage auf diesen Märkten an der Nachfrage auf den Endkundenverbindungsmärkten (Märkte nach § 1 Z. 3 und 4 TKMVO 2003), sodass sich Entwicklungen wie Marktwachstum auf den Endkundenmärkten, in den Entwicklungen der Terminierungsmärkte mittelbar wieder finden. Eine Verschiebung der Anschlüsse wirkt sich daher auf die Größe der Terminierungsmärkte aus. Der Eintritt in die Zugangsmärkte ist meist mit einer Konstituierung eines Terminierungsmarktes verbunden.

Trotz dieser Verbindungen schlagen sich die Wettbewerbsverhältnisse der Endkundenmärkte nicht auf die der Terminierungsmärkte nieder. Der Grund dafür liegt im Calling Party Pays Prinzip (CPPP), nach dem der Anrufer die gesamten Kosten des

Gesprächs bezahlt. Der Angerufene zieht zwar gegebenenfalls einen Nutzen aus dem Anruf, trägt die Kosten dafür aber nicht. Dadurch verursacht das CPPP auf der Endkundenebene Externalitäten, die zu verzerrten Anreizen auf dem Vorleistungsmarkt führen könnten. Denn auf Vorleistungsebene erhält ein Netzbetreiber, der den Anruf zustellt, für jede Minute des Gesprächs ein Entgelt, das er (im unregulierten Fall) autonom festsetzt. Die Anreize, diese Entgelte zum Nutzen der Endkunden niedrig zu setzen, sind dadurch verzerrt, dass sein eigener Kunde augenscheinlich von Erhöhungen des Terminierungsentgelts nicht betroffen ist, weil er dieses nicht trägt und der Anrufer, der indirekt durch höhere Endkundenentgelte die Mehrkosten zu tragen hat, mit dem Terminierungsnetzbetreiber in keinem Vertragsverhältnis steht und sich für den Anruf das Terminierungsnetz nicht frei wählen kann. Er muss die Entscheidung der Netzauswahl des Angerufenen akzeptieren und kann bei Erhöhungen der Terminierungsentgelte, die auf seinen Endkundentarif indirekt überwälzt werden, nicht auf andere Terminierungsnetze ausweichen. Der Wettbewerb oder die Marktmacht auf den einzelnen Terminierungsmärkten ist daher losgelöst vom Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu betrachten.

Auf die Feststellungen zur Untersuchung auf nachfrageseitige Gegenmacht (Punkt 2.7) wird verwiesen.

1.4. Größe der Terminierungsmärkte im Vergleich:

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte unterscheiden sich zwar (insbesondere) in der Menge der abgewickelten Terminierungsminuten, da die Terminierungsleistung zu einem Teilnehmer aber nur vom Terminierungsnetzbetreiber erbracht werden kann und auf kein anderes Terminierungsnetz ausgewichen werden kann, ist die Größe des Marktes kein relevanter Indikator für die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers. Zur möglichen Relevanz in einer Verhandlungssituation, in der ein Betreiber eines großen Netzes allenfalls aufgrund seines Terminierungsvolumens über eine bessere Verhandlungsposition gegenüber einem kleinen Netzbetreiber verfügen könnte, wird auf die Feststellungen in Punkt 2.2 sowie in Punkt 2.7 zur Untersuchung auf nachfrageseitige Gegenmacht verwiesen.

2. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG an festen Standorten“

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind Monopolmärkte. Der betreiberindividuelle Markt ist daher nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen. Da jeder neu in den Festnetzsektor einsteigende Netzbetreiber, der Anruferzustellung zu an sein Netz angeschlossenen Teilnehmern anbietet, einen neuen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert, ist das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Terminierungsmarkt nicht möglich.

2.1. Markteintrittsbarrieren

Im Falle der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren (auf Grund der gegebenen Marktabgrenzung) unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht gegeben. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden (Monopol-)Terminierungsmärkte und konstituiert wiederum einen eigenen Markt. Aus diesem Grund ist keine weitere Analyse von Markteintrittsbarrieren erforderlich.

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Marktanteile des jeweiligen Terminierungsnetzbetreibers liegen auf Grund der gegebenen Marktdefinition konstant bei 100%. Die absoluten Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich. Eine mögliche Relevanz dieser

Größenverhältnisse für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse wird im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt nicht relevant sind die weiteren Wettbewerbsindikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell marktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende Indikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

Da es keine Substitute für die betreiberindividuelle Terminierungsleistung gibt, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung nicht relevant.

2.4. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Die Terminierungsleistung der Telekom Austria wurde seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG [1997] – reguliert. Daher können Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung keine Aussagen über das Marktverhalten liefern. Aus diesem Grund ist eine *Ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden („*Green-Field-Ansatz*“). Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

2.5. Marktergebnis

Ähnliches gilt für die im Kontext „Marktergebnis“ zu analysierenden Kriterien, wie Performancemaße (Rentabilitätsmaße) oder internationale Preisvergleiche. Da im Rahmen der Anordnung von Terminierungsentgelten auch immer die Kosten des eingesetzten Kapitals ermittelt und berücksichtigt werden, geben Performancemaße (sowohl auf Produkt- wie auf Unternehmensebene) keinen Aufschluss über das Vorliegen von Marktmacht auf den Terminierungsmärkten. Auch auf Basis internationaler Preisvergleiche lassen sich – da die betroffenen Entgelte angeordnet sind – keine Schlussfolgerungen in Richtung Marktmacht ziehen. Ein grundsätzliches Problem internationaler Vergleiche ist die Heterogenität insbesondere von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, weshalb man die ausgewiesenen Kennzahlen immer auch mit entsprechender Vorsicht interpretieren muss.

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Terminierungsleistung im Festnetz ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem der Teilnehmer subskribiert ist, erbracht werden. Dies ergibt sich bereits aus der festgestellten Marktdefinition gemäß TKMVO 2003.

- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichnete Tarifsystem bewirkt (als Externalität), dass die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden und damit auch, zu welchen Kosten die Zustellung erfolgt, der gerufene Teilnehmer trifft, während die Kosten der rufende Teilnehmer zu tragen hat.

Auf Grund dieser beiden Besonderheiten ist der Betreiber nicht Preisnehmer, sondern hat einen (Monopol-)Preissetzungsspielraum in Bezug auf die Zustellung von Gesprächen an seine Teilnehmer. Inwieweit er diesen Preissetzungsspielraum tatsächlich nutzen kann, hängt nicht zuletzt auch von der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht ab. Wie er ihn nutzen wird, hängt von der Anreizstruktur ab.

Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung wie auch für die aufzuerlegenden Regulierungsmaßnahmen ist es daher auch von Bedeutung, welche konkreten Marktfehler in Zusammenhang mit einer unregulierten Terminierungsleistung vor dem Hintergrund der Anreizstruktur der Unternehmen und der Wechselwirkung der Terminierungsmärkte mit anderen Märkten (insbesondere den Endkundenmärkten) aus ökonomischer Sicht – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung – zu erwarten sind. So wird sich ein Anbieter von Terminierungsleistung gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten anders verhalten (bzw. einen Anreiz haben sich anders zu verhalten), als gegenüber einem (reinen) Mobilnetzbetreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb auf Endkundenmärkten steht und wiederum anders gegenüber reinen Verbindungsnetzbetreibern, die auf der Vorleistungsebene nur Leistungen beziehen, nicht aber anbieten.

2.7. Nachfrageseitige Gegenmacht

2.7.1. Allgemeines

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potenziell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (z.B. in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist nämlich auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht ist, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese ausüben können. Im Extremfall kann sich der Preissetzungsspielraum des Unternehmens aufgrund nachfrageseitiger Gegenmacht derart reduzieren, dass es seinen Preis nicht über das (fiktiv) wettbewerbliche Niveau heben kann.

Grundsätzlich wird die Nachfragefunktion auf jedem Markt (unabhängig von der konkreten Angebotskonstellation) einen negativen Verlauf haben, der zum Ausdruck bringt, dass Kunden zu höheren Preisen eine geringere Menge nachfragen und mit sinkenden Preisen die nachgefragte Menge ausdehnen. Die Elastizität der Nachfrage kann unterschiedlich sein, wobei grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeutet. Dieser Zusammenhang gilt für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) restringierende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Im Fall von Monopolen ist bei der Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht die Frage relevant, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten davon abzuhalten, den Preis auf das für ihn profitmaximierende Niveau zu heben und ihn dazu zu zwingen, den Preis den Kosten der Produktion anzunähern.

Inwieweit die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell d.h. gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, über Preisdiskriminierung eine für Kunden mit potentieller nachfrageseitigen Gegenmacht

gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Preisdiskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopolmacht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Die Untersuchung der nachfrageseitige Gegenmacht hat folgende Fallkonstellationen zu beantworten:

Endkundenebene:

- Können rufende Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?
- Können die eigenen rufenden Endkunden gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?
- Können Kunden des Festnetzbetreibers, der die Terminierungsleistung erbringt, gegebenenfalls seine Marktmacht einschränken?

Vorleistungsebene:

- Inwieweit können Verbindungsnetzbetreiber, die die Festnetzterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben?
- Können Mobilnetzbetreiber Gegenmacht gegenüber einem Festnetzterminierungsnetzbetreiber ausüben?
- Können die anderen Festnetzterminierungsbetreiber die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers einschränken?

2.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene

2.7.2.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Teilnehmer aus anderen Netzen

In diesem Fall steht der rufende Kunde in der Regel weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten. Der rufende Teilnehmer kann entweder Kunde eines Festnetzanbieters oder aber eines Mobilbetreibers sein.

Der Angerufene hat in der Regel kein Interesse daran, welche Entgelte der Anrufer zu entrichten hat. Der Anrufer wird auch kaum eine Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Festnetzbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln wird, vielmehr bedarf es immer der Mitwirkung des eigenen Betreibers (der die Endkundenentgelte festlegt). Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Festnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber – der bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse hat, zugunsten seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da dieser Betreiber gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene, auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistischen Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann. Diesbezüglich ist daher auf die Feststellungen in Punkt 2.7.3 zu verweisen.

2.7.2.2. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Kunden des eigenen (Teilnehmer)netzbetreibers

Ein Endkunde des Teilnehmernetzbetreibers hat grundsätzlich das Interesse andere Kunden im Netz des Teilnehmernetzbetreibers (on-net) – oder auch anderer Teilnehmernetzbetreiber, siehe oben – günstig anrufen zu können. Dieser Kunde kann nun theoretisch den Teilnehmernetzbetreiber um eine Absenkung der Terminierungsentgelte ersuchen, damit sich im Gefolge die Endkundenentgelte für on-net Gespräche reduzieren. Eine solche nachfrageseitige Gegenmacht ist allerdings nur hypothetisch gegeben, selbst wenn der Teilnehmer ein wichtiger Kunde des Betreibers ist. Die Gegenmacht wird sich vielmehr tatsächlich nicht auf dem Umweg durch die Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten niederschlagen, sondern der Kunde wird direkt eine Reduktion der Endkundenentgelte verlangen und gegebenenfalls auch erzielen. Die Terminierungsentgelte gegenüber Dritten bleiben dadurch unberührt.

2.7.2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht durch angerufene Kunden des Terminierungsnetzbetreibers

Eine nachfrageseitige Gegenmacht, die durch den angerufenen Kunden auf den Terminierungsnetzbetreiber ausgeübt wird, wird eher wahrscheinlich sein, wenn dem Angerufenen die Ausgaben des Anrufers hinreichend wichtig sind, sodass er bei der Wahl des Terminierungsnetzbetreibers die Kosten des anderen berücksichtigt (Internalisierung externer Effekte).

Privatkunden

Dies erfolgt in der Regel im privaten Bereich durch Familienverbände oder Gruppierungen, die gemeinsam die Kosten aller Mitglieder tragen. Da private Personen aufgrund ihrer geringen Nachfragemengen keinen hinreichenden Druck auf Terminierungsbetreiber ausüben können, werden sie nicht weiter berücksichtigt.

Unternehmen – Interne Kommunikation

Unternehmen können ebenfalls daran interessiert sein, dass sie möglichst günstig angerufen werden. Betrifft die günstige Erreichbarkeit nur Gespräche innerhalb des Unternehmens d.h. dass Mitarbeiter an verschiedenen festen Standorten günstig untereinander kommunizieren oder dass Mitarbeiter mobil andere Mitarbeiter an festen Standorten günstig anrufen können, so eignen sich Virtual Private Network (VPN) Lösungen aus der Hand eines Anbieters, die zumeist einen monatlichen Pauschalbetrag vorsehen und in denen Gespräche innerhalb des Unternehmens zu festen oder mobilen Anschlüssen gegebenenfalls im vereinbarten Rahmen ohne weitere Kosten getätigt werden können. Damit wird die Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlt, denn diese Anrufe werden der externen Terminierung entzogen. Gleichzeitig entsteht der Anreiz, die Anschlüsse bei einem einzigen Betreiber zu beziehen. Selbst wenn keine VPN Lösung aus einer Hand gewählt wird (d.h. etwa Mitarbeiter über mobile Anschlüsse eines Betreibers will Kollegen an Festnetzanschlüssen eines anderen Betreibers erreichen), wird das Unternehmen wenig Anreize haben, Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte des Festnetzbetreibers auszuüben, um die Mobilendkundenentgelte zu senken. Denn beinahe alle Mobilnetzbetreiber verrechnen Endkundentarife zu Festnetzen, die in der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten liegen oder in denen die Gespräche zu Festnetzen in den Grund- bzw. Pauschalentgelten bereits enthalten sind. Bei größerem Verkehrsaufkommen ins Festnetz sind auch Mobilnetzbetreiber bereit, spezielle Tarife für Anrufe ins Festnetz (wie zum Beispiel Paketlösungen oder im Grundentgelt inkludierte Gesprächsminuten zu Festnetzen) anzubieten, ist es doch ihr Interesse, das Unternehmen als Kunden zu halten. Aufgrund der niedrigen Endkundentarife im Mobilfunkbereich besteht

im Allgemeinen kein Grund für den Kunden, eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

Unternehmen – Externe Kommunikation

Betrifft die günstige Erreichbarkeit unternehmensexterne Gespräche und hat das Unternehmen generell ein Interesse, von seinen Kunden günstig erreicht zu werden – wie etwa zur Anbahnung von Geschäften oder im Fall von Serviceleistungen –, dann ist die Frage zu stellen, ob das Unternehmen hinreichende Gegenmacht auf seinen Terminierungsnetzbetreiber ausüben kann, dass dieser die Terminierungsentgelte senkt.

Wenn ein Unternehmen günstig von seinen Kunden erreicht werden will, bietet der Markt geeignete Produkte/Leistungen, um dem Interesse des Unternehmens Rechnung zu tragen. Mit tariffreien Rufnummern oder Rufnummern mit geregelten Tarifobergrenzen könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos bzw. zu günstigen Tarifen erreichen. Dem Unternehmen allenfalls entstehende Zusatzkosten können (bei hinreichender Verhandlungsmacht) auch durch niedrigere Entgelte für (andere) bezogene Leistungen abgegolten werden.

Selbst wenn solche Produkte/Leistungen für ein Unternehmen nicht geeignet wären (da es zum Beispiel günstig über eine geografische Rufnummer erreicht werden will), kann es nur mit überwältigender Verhandlungsmacht gegenüber dem Terminierungsnetzbetreiber eine Senkung der Terminierungsentgelte durchsetzen, da eine solche Reduktion die Terminierungsleistung per se und damit sämtlichen Terminierungsverkehr des Netzbetreibers betrifft. Daher würde der Netzbetreiber dem nur zustimmen, wenn der Entgang dieser Einnahmen aus der Terminierungsleistung niedriger als der Profitentgang durch den Verlust des Unternehmens als Kunde ist. Auch wenn der Terminierungsnetzbetreiber die Terminierungsentgelte senkt, ist zu berücksichtigen, dass er keinen Einfluss darauf hat, ob die Absenkung die aus anderen Netzen rufenden Teilnehmer erreicht, d.h. sich in deren Endkundertarifen widerspiegelt, also von deren Netzbetreiber tatsächlich weitergegeben wird. In welchem Ausmaß dies passiert, hängt nicht zuletzt von der Größe des anrufenden Netz bzw. der Wettbewerbsintensität auf den Endkundenmärkten ab. Insbesondere wenn die Endkundertarife keine betreiberspezifischen Entgelte vorsehen, wird sich eine Senkung der Terminierungsentgelte nur im geringen Maße (mit Ausnahme der TA) auswirken, sodass der Anrufer davon nicht profitiert. Somit ist Gegenmacht auf Endkundenebene auf Senkung der Terminierungsentgelte kein geeignetes Mittel, um niedrigere Endkundenentgelte und damit die günstige Erreichbarkeit sicherzustellen.

Als Ergebnis steht daher fest, dass im privaten Bereich, in dem es durch Familienverbände zu einer Internalisierung der Kosten kommen kann, private Personen aufgrund der geringen Nachfragemengen keine nachfrageseitige Gegenmacht auf den Terminierungsnetzbetreiber ausüben können.

Größeren Unternehmen bieten sich für die unternehmensinterne Kommunikationen VPN Lösungen oder andere Produkte aus einer Hand an, die die Gegenmacht der Unternehmen auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlen, da interne Anrufe der externen Terminierung entzogen werden.

Eine Senkung der Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen werden solche Unternehmen kaum durchsetzen, da Produkte, die die kostengünstigere Erreichbarkeit sicherstellen, am Markt angeboten und auch genutzt werden. Eine nachfrageseitige Gegenmacht auf eine Senkung der Terminierungsentgelte könnte aufgrund der Auswirkung auf sämtlichen Terminierungsverkehr nur in Ausnahmefällen ausgeübt werden. Selbst dann wäre eine günstigere Erreichbarkeit nicht automatisch gegeben, da die Weitergabe der Senkung und damit niedrigere Endkundertarife nicht zwangsläufig sichergestellt ist.

Es zeigt sich also, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens, den Betreiber zu wechseln, glaubhaft wäre, keine nachfrageseitige Gegenmacht durch eigene Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte besteht. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Festnetzbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden.

2.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene

2.7.3.1. Allgemeines

Betreiber von Kommunikationsnetzen sind nach § 48 TKG 2003 verpflichtet, über Zusammenschaltungsentgelte zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung kann die Regulierungsbehörde in Verfahren nach § 50 TKG 2003 Entscheidungen treffen, denen vertragsersetzende Wirkung zukommt. Diese Rückfallposition führte dazu, dass der Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde in den Verhandlungen zentrale Bedeutung zukam und zukommt und die Verhandlungsmacht bzw. der Wille zur Einigung dadurch eingeschränkt wurde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zu Stande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden.

2.8. Nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber der Telekom Austria

Da alternative Netzbetreiber unterschiedliche Positionen in den Verhandlungen haben, wird unterschieden, ob sie

- als **Verbindungsnetzbetreiber** tätig sind und selbst keine Terminierungsentgelte setzen, da sie keine Teilnehmer angeschlossen haben,
- als **Mobilnetzbetreiber** tätig sind und damit auf verschiedenen Endkundenmärkten tätig sind oder
- als **Festnetzterminierungsnetzbetreiber** tätig sind und damit auf denselben Endkundenmärkten konkurrieren.

2.8.1. Nachfragemacht der Verbindungsnetzbetreiber (VNB) gegenüber Telekom Austria

Der nachfragende VNB hat nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann daher auf überhöhte Forderungen der Telekom Austria nicht mit einer ähnlichen Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich Vorleistungskosten für den VNB dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen und damit zum Nachteil der Endkunden gereichen. Da die VNB direkt die Endkunden der Telekom Austria bedienen und damit an den nachgelagerten Märkten mit dieser unmittelbar im Wettbewerb stehen, besteht für Telekom Austria ein Anreiz, durch unangemessene Entgelte die Kosten der VNBs zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung die VNB von Endkundenmärkten abzuhalten. Telekom Austria hat einen solchen Anreiz zu einer Verweigerung nur dann, wenn sie nicht schon auf Vorleistungsebene durch überhöhte Preise die gesamte Monopolrente abschöpfen kann.

Der VNB kann einem solchen wettbewerbsschädlichen Verhalten nichts entgegen setzen, da er im Gegenzug keine höheren Terminierungsentgelte verlangen oder sonst irgendwelche

Parameter setzen kann, die Telekom Austria in ihrem Verhalten disziplinieren könnte. Selbst wenn der VNB große Mengen an Terminierungsleistung von Telekom Austria bezieht, kann er keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben, da diese Menge an Terminierungsminuten bei Wegfall des VNB zunächst Telekom Austria wieder als Eigenleistung zufallen würde.

2.8.2. Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber Telekom Austria

Grundsätzlich hat Telekom Austria den Anreiz, in ihrem Monopolmarkt Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Da Telekom Austria der bedeutendste Festnetzbetreiber ist und die meisten Minuten terminiert, ist davon auszugehen, dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte sich in den Endkumentarifen der Mobilbetreiber wieder findet. Eine Erhöhung der Preise über das Monopolpreisniveau hinaus ist auf Grund der Elastizität der Nachfrage im Allgemeinen unattraktiv, sodass der Monopolpreis den Profit der Telekom Austria maximiert.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum Terminierungsentgelte für die Mobilterminierung festsetzt, kann einem solchen Monopolpreis der Telekom Austria dadurch entgegenwirken, dass er gegebenenfalls selbst für die Mobilterminierung einen Monopolpreis verlangt. Die Reaktion der Telekom Austria auf eine solche Monopolpreissetzung wird nicht eine Reduktion ihrer eigenen Terminierungsentgelte sein, da sie keine Anreize hat, ihren Profit zu schmälern und eine Reduktion ihrer Terminierungsentgelte nicht notwendigerweise zu einem Absenken der Mobilterminierungspreise führen muss. Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein, ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorhaben zu halten hat. Einem solchen Betreiber gegenüber kann Telekom Austria ohne Regulierungsverpflichtung ihre volle Marktmacht ausüben.

Seit Beginn der Liberalisierung wurden sowohl die Festnetz- als auch die Mobilnetzterminierungsentgelte als Obergrenzen reguliert. Auch wenn die Mobilbetreiber durch regulatorische Verpflichtungen ihre Terminierungsentgelte senkten, konnte bislang nicht beobachtet werden, dass Telekom Austria geringere als die regulierten Terminierungsentgelte verlangt hat. Da die Telekom Austria mit den Mobilbetreibern nicht auf den gleichen Endkundenmärkten konkurriert, wird sie – auch angesichts der Bedeutung der Mobilnetze – in der Regel die Zusammenschaltung nicht verweigern bzw. die Terminierungsleistung nicht verwehren. Dennoch könnte eine latente Gefahr der Zugangsverweigerung bestehen, wenn sie sich Wettbewerbsvorteile für ihre verbundene Gesellschaft Mobilkom Austria AG erhofft, indem sie deren Konkurrenten die Terminierungsleistung verweigert.

Es lässt sich daher feststellen, dass Mobilnetzbetreiber keinerlei die Telekom Austria auf deren Terminierungsmarkt disziplinierende nachfrageseitige Gegenmacht haben.

2.8.3. Nachfragemacht der alternativen Festnetzbetreiber gegenüber Telekom Austria

In diesem Fall bietet Telekom Austria Terminierungsleistungen in ihr Netz an und fragt beim anderen alternativen Netzbetreiber Terminierungsleistung nach. Zugleich steht sie – im Gegensatz zum vorigen Fall – auf einem oder mehreren Endkundenmärkten mit diesem Zusammenschaltungspartner im direkten Wettbewerb.

Die alternativen Teilnehmernetzbetreiber sind auf die Terminierungsleistung der Telekom Austria, die einen Großteil der Festnetzanschlüsse unterhält und daher die meisten Gesprächsminuten terminiert, angewiesen, sodass eine Verweigerung der

Zusammenschaltung seitens Telekom Austria de facto einem Hinausdrängen der Mitbewerber aus den Endkundenmärkten gleichkäme. Denn die Sprachdienste eines Mitbewerbers sind für Endkunden unattraktiv, wenn sie mehr als 90% der Festnetzteilnehmer nicht erreichen können.

Wenn die Regulierungsaufgaben eine solche Verweigerung nicht zulassen, kann Telekom Austria dennoch ihre Marktmacht ausüben und erhöhte Terminierungsentgelte setzen. Wie bereits im vorigen Abschnitt ausgeführt, hat Telekom Austria Anreize, ihren Terminierungspreis auf Monopolhöhe zu setzen, um ihren Profit zu maximieren.

Einem solchen Missbrauch der Marktmacht können die alternativen Netzbetreiber wenig entgegensetzen. Zwar könnten sie im Gegensatz zu den VNB ebenfalls mit höheren Terminierungsentgelten drohen, doch ob diese Drohung einen hinreichenden Druck auf Telekom Austria ausübt, ihre Terminierungsentgelte zu senken, darf bezweifelt werden, da Telekom Austria gegenüber diesen Betreibern ihre Terminierungsentgelte als Reaktion weiter anheben könnte und somit die Endkundenpreise des kleinen Betreibers erhöht und ihn aus den Endkundenmärkten drängt. Volkswirtschaftlich gesehen erwächst die hypothetische Nachfragemacht des alternativen Betreibers aus seinem eigenen Marktmissbrauch, die Preise auf Monopolhöhe oder darüber zu setzen, was zu Ineffizienzen und Wohlfahrtsverlusten führt.

Nur eine bestimmte Größe und ein bedeutendes Volumen an Terminierungsminuten eines alternativen Netzbetreibers können unter bestimmten Umständen zu einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis führen. Die beiden größten Terminierungsmärkte alternativer Netzbetreiber, nämlich jene der Tele2UTA und UPC Telekabel, weisen ein im Vergleich zur Telekom Austria deutlich kleineres Netz auf. Sie haben aber wahrscheinlich eine Größe erreicht, bei der Telekom Austria nicht vollkommen auf die gegenseitige Terminierungsleistung verzichten kann und daher die Terminierungsleistung nicht von vornherein verweigern wird. Dennoch kann sie statt der Verweigerung des Zugangs ihre Terminierungspreise auf Monopolhöhe setzen. Der andere Netzbetreiber könnte wiederum mit dem Missbrauch seiner eigenen Marktposition durch Setzen exzessiver Preise reagieren. Eine solche Praxis erhöht die Kosten der Konkurrenten auf den Endkundenmärkten und schwächt den Wettbewerb.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass für Telekom Austria Anreize gegeben sind, die Entgelte auf Monopolpreisniveau anzupassen und dass keine hinreichende Gegenmacht existiert, die darauf hinwirken würde, dass sich die Terminierungsentgelte dem Niveau der langfristigen Durchschnittskosten annähern und Übergewinne beseitigt werden.

2.9. Schlussfolgerung – beträchtliche Marktmacht der Verfahrenspartei

Die Verfahrenspartei verfügt, wie jeder Terminierungsnetzbetreiber, auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht. Es besteht insbesondere auch keine nachfrageseitige Gegenmacht, die die Marktmacht der Verfahrenspartei einschränkt.

2.10. Bisherige Regulierung

Die lokalen Terminierungsentgelte der Telekom Austria sind ab 01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 1,02 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,02 (peak) und Cent 0,51 (off-peak) geändert worden, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 20% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 11% auf Cent 0,91, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,59% auf Cent 0,85 (peak) und um 1,96% auf Cent 0,50 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 3,58% auf Cent 0,82 (peak) bzw. auf Cent 0,48 (off-peak).

Die regionalen Terminierungsentgelte der Telekom Austria und damit über die Reziprozität auch die Terminierungsentgelte der ANBs gegenüber der Telekom Austria sind ab

01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 1,82 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,53 (peak) und Cent 0,73 (off-peak) gesunken, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 33% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 9% auf Cent 1,39, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,47% auf Cent 1,30 (peak) und um 1,37% auf Cent 0,72 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 1,77% auf Cent 1,28 (peak) bzw. auf Cent 0,71 (off-peak).

Die letzte Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zur Festsetzung von Festnetz-Terminierungsentgelten datiert vom 20.09.2004. Nach dieser Entscheidung im Verfahren Z 10/03 wurden keine neuerlichen Anträge auf Neufestsetzung von Terminierungsentgelten mehr an die Telekom-Control-Kommission gerichtet. Telekom Austria bietet im aktuellen Standardzusammenschaltungsangebot (RIO 2005) (<http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/rio-2005.pdf>, ON 13) dieselben Entgelte an, die im Bescheid Z 10/03 angeordnet wurden (amtsbekannt).

2.11. Marktmachtmissbrauch und Wettbewerbsprobleme

In Punkt 2.9 wurde festgestellt, dass Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt verfügt. Eine mögliche Ausübung von Marktmacht wurde seit Beginn der Liberalisierung der Festnetzmärkte im Jahre 1998 weitestgehend unterbunden, da die Terminierungsleistungen der Telekom Austria reguliert wurden. Sogar können Auswirkungen der potenziellen Wettbewerbsprobleme nicht konkret am Markt beobachtet werden, sondern werden aus der Anreizstruktur des marktmächtigen Unternehmens abgeleitet.

Die potenziellen Wettbewerbsprobleme dieses Marktes lassen sich grundsätzlich in zwei Kategorien unterscheiden, nämlich einerseits als Marktmachtmissbrauch direkt auf den Terminierungsmärkten, konkret indem das Unternehmen versucht, überhöhte Preise zu setzen und andererseits als Marktmachtübertragung auf andere Märkte. In diesem Fall ist das marktmächtige Unternehmen auf mehreren Märkten tätig und versucht, die Marktmacht in seinem Terminierungsmarkt auf andere Märkte zu übertragen, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen oder seine Marktmacht auf anderen Märkten zu stärken.

2.11.1. Marktmachtmissbrauch auf dem Markt - überhöhte Preise

Das marktmächtige Unternehmen kann erhöhte Terminierungspreise setzen ohne einer nachfrageseitigen Gegenmacht ausgesetzt zu sein. Die wesentliche Ursache des Wettbewerbsproblems liegt im Calling Party Pays Prinzip. Nur der Anrufer zahlt, den Angerufenen berühren die Kosten des Anrufenden in der Regel nicht. Dadurch hat der Terminierungsnetzbetreiber, der gleichzeitig die Terminierungsentgelte setzt und als Kunden den Angerufenen, aber nicht den Anrufer hat, einen Anreiz überhöhte Preise zu verlangen, ohne dass sein eigener Kunde betroffen ist. Das führt zu allokativer Ineffizienz und einer verzerrten Preisstruktur.

Diesen Anreiz, überhöhte Entgelte zu verlangen, hat jeder Terminierungsnetzbetreiber unabhängig von der Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer und seiner Marktgröße, da der Betreiber mit dem Monopolpreis seinen Profit maximieren kann. Dieser Anreiz besteht auch für Telekom Austria.

2.11.2. Marktmachtübertragung auf anderen Märkten

2.11.2.1. Zugangsverweigerung

Telekom Austria kann aufgrund ihrer Marktmacht am Terminierungsmarkt bei fehlender Regulierung diese auf andere Märkte übertragen, indem sie ihnen den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Dies umfasst auch Situationen, in denen Telekom Austria

die Leistung zu unangemessenen Konditionen bereitstellt. Da Telekom Austria vertikal integriert ist, auch auf den anderen Märkten tätig ist und erhebliche Volumina an Terminierungsminuten erbringt, hat Telekom Austria einen Anreiz durch eine solche Abschottung ihre Marktmacht auf anderen Märkten zu erhöhen bzw. durch unangemessene Konditionen die Kosten ihrer Konkurrenz in die Höhe zu treiben. Damit könnte sie sich auf anderen Märkten einen Wettbewerbsvorteil verschaffen und unabhängiger von ihren Mitbewerbern agieren.

2.11.2.2. Nicht preisbezogene Aspekte

Nicht preisbezogene Aspekte betreffen Verzögerungen, ungerechtfertigte Konditionen bzw. Qualität und Bündelung von Produkten.

Durch Verzögerungen bei der Zusammenschaltung oder der Leistungsbereitstellung kann Telekom Austria ebenfalls die Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten benachteiligen und so Markteintrittsbarrieren für diese Märkte errichten bzw. den Markteintritt verzögern.

Ungerechtfertigte Änderungen von Zusammenschaltungspunkten oder Änderungen der Anzahl an lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen können Mitbewerber der Telekom Austria benachteiligen.

Horizontale Marktmachtübertragung zwischen Märkten, deren Produkte komplementär sind, ist dann möglich, wenn das Unternehmen, das auf einem Markt über Marktmacht verfügt, ein Bündel zwischen den Produkten anbietet, das von anderen Unternehmen nicht repliziert werden kann. Mit Bündelprodukten von Terminierungsleistung und anderen Leistungen kann Telekom Austria die Marktmacht auf andere Märkte übertragen und dadurch den Konkurrenten auf anderen Märkten schaden. Dies gilt insbesondere für die Bündelung der Terminierungs- mit der Transitleistung. Das Wettbewerbsproblem besteht darin, dass die gegebenenfalls überhöhten Preise nun nicht für die Terminierungsleistung, sondern für die im Bündel enthaltene Transitleistung verlangt werden und daher eine allfällige Regulierung der Terminierungspreise ins Leere geht. Der Terminierungsnetzbetreiber überträgt damit seine Marktmacht auf den Transitmarkt.

Die aufgezählten Maßnahmen verschaffen Telekom Austria auf anderen Märkten einen Wettbewerbsvorsprung und benachteiligen die Konkurrenten auf diesen Märkten.

2.11.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

Telekom Austria könnte ihre Terminierungsentgelte zum Zwecke der Marktmachtübertragung diskriminierend anbieten, indem sie höhere Entgelte von anderen Unternehmen als von ihrem eigenen Retail-Arm verlangt. Dadurch könnte sie ihren eigenen Retail-Arm besser als andere Unternehmen stellen, wodurch der Retail-Arm auf den nachgelagerten Märkten bessere Konditionen als die Mitbewerber anbieten könnte. Telekom Austria könnte die aus den überhöhten Preisen am Terminierungsmarkt erzielten Gewinne für die Subventionierung anderer Märkte einsetzen, um dort Verdrängungspreise anzubieten und so den Wettbewerb zu verzerren. Dass ein Anreiz zu einem solchen Verhalten ohne Regulierung gegeben ist, begründet sich durch den Wettbewerbsvorteil, den Telekom Austria auf nachgelagerten Märkte erlangen könnte.

2.12. Zusammenfassung betreffend die identifizierten Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht

Für den gegenständlichen Terminierungsmarkt der Telekom Austria bestehen nach den getroffenen Feststellungen im Fall der Nicht-Regulierung die potentiellen Wettbewerbsprobleme, dass Telekom Austria Anreize hat,

- den Zugang zu verweigern,
- exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren,
- wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen durch nicht-preisbezogene Aspekte wie Verzögerungen, Bündelung von Produkten und ungerechtfertigte Konditionen bzw. Qualität, zu setzen und
- Preisdiskriminierung (Margin Squeeze) zu betreiben.

Die auf Grund der Marktstruktur gegebene Marktmacht der Verfahrenspartei kann insbesondere nicht durch nachfrageseitige Gegenmacht beschränkt werden.

3. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

3.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

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

3.1.1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde soll transparent und ausreichend begründet sein. Durch Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission soll eine konsistente Regulierungspraxis innerhalb der EU sichergestellt werden.

Die ausgewählten Regulierungsinstrumente müssen der Natur des Wettbewerbsproblems entsprechen. Das Aufzeigen von Wettbewerbsproblemen und den ihnen zugrunde liegenden Ursachen erfolgt in der Marktanalyse.

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das geringste Mittel darstellen. Wird auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt eine SMP-Stellung festgestellt, gilt die Vermutung, dass die Anwendung von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. Es ist also nicht erforderlich, die Wohlfahrtseffekte tatsächlich nachzuweisen. Dennoch muss, falls mehrere Regulierungsinstrumente (bzw. Kombinationen von Regulierungsinstrumenten) geeignet sind, jenes gewählt werden, welches – eine gleichwertige Zielerreichung vorausgesetzt – die geringste Belastung für das/die betroffene/n Unternehmen darstellt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wird üblicherweise auf einer qualitativen Analyse beruhen, unterstützend können gegebenenfalls auch quantitative Analysen verwendet werden.

Da bestimmte Regulierungsinstrumente erst im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit entfalten, kann es erforderlich sein, in der Zwischenzeit andere/zusätzliche Regulierungsinstrumente anzuwenden, um langfristig die Zielerreichung sicherzustellen.

Werden mehrere Regulierungsinstrumente gleichzeitig auferlegt, so ist gegebenenfalls auch die Interaktion zwischen ihnen zu betrachten. Weiters sind auch die Rückwirkungen auf andere Märkte und dort vorliegende Regulierungsmaßnahmen zu beachten.

Bei der konkreten Gestaltung der Regulierungsinstrumente ist schließlich auf Ausgewogenheit zwischen Generalität und Spezifität zu achten. Während detaillierte Verpflichtungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, sind sie gleichzeitig unflexibel und laufen Gefahr, häufig überarbeitet bzw. angepasst werden zu müssen.

Allgemeine Verpflichtungen sind zwar flexibler, schaffen jedoch Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung und müssen oft im Nachhinein konkretisiert werden.

3.1.2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden

Während in Prinzip 1 allgemeine Grundlagen für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten dargelegt sind, beschäftigt sich Prinzip 2 mit einer Situation, in der das SMP-Unternehmen über für die Erbringung bestimmter Leistungen notwendige Infrastruktur verfügt, von der nicht angenommen werden kann, dass sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums von anderen Unternehmen repliziert werden kann. Infrastruktur wird dann als replizierbar bezeichnet, wenn die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) technisch möglich und ökonomisch sinnvoll ist sowie innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgen kann. In solchen Fällen müssen nationale Regulierungsbehörden die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindern.

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

Ist Zugang zu den betreffenden Vorleistungsprodukten sichergestellt, muss weiters darauf geachtet werden, dass das SMP-Unternehmen nicht den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verzerrt oder verhindert. Dies könnte z.B. durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene (welche zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken geschehen, was jeweils durch die Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente zu verhindern ist.

Der Zugang zu Vorleistungsprodukten kann mittels § 41 TKG 2003 sichergestellt werden. Wird eine Zugangsverpflichtung auferlegt, wird es im Gefolge meist auch notwendig sein, einen adäquaten Preis für das Zugangsprodukt basierend auf § 42 TKG 2003 festzulegen. Insbesondere um die Aktivitäten der Vorleistungsebene von jenen der Endkundenebene trennen zu können, kann unterstützend die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zur Anwendung kommen. Um verschiedene Arten der Diskriminierung zwischen dem eigenen Unternehmen und den anderen Unternehmen, die am Endkundenmarkt mit dem SMP-Unternehmen in Wettbewerb stehen, zu verhindern, kann § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) angewandt werden, der auch die Veröffentlichung eines Standardangebots beinhaltet. Falls – z.B. aufgrund von Wechselkosten – erwartet werden kann, dass sich Wettbewerber auf der Endkundenebene nur langsam etablieren können, können in der Übergangsperiode Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 (Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer) erforderlich sein, um eine Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten zu verhindern.

3.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden

Prinzip 3 beschäftigt sich mit Situationen, in denen das SMP-Unternehmen zwar (weitgehend) alleine über für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendige Infrastruktur verfügt, jedoch angenommen werden kann, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann. In

solchen Fällen soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden.

Die Investitionsanreize der alternativen Betreiber können vor allem durch die Gestaltung der Zugangsprodukte (§ 41 TKG 2003) und der Zugangspreise (§ 42 TKG 2003) beeinflusst werden.

Da sich neue Unternehmen üblicherweise erst allmählich am Markt etablieren können und sich zu Beginn höheren Kapitalkosten gegenübersehen, kann es angebracht sein, Zugang auf verschiedenen Ebenen der Netzwerkhierarchie zu ermöglichen, um neu in den Markt eintretenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Investitionen stufenweise vorzunehmen. Hat ein alternativer Betreiber einmal eine kritische Masse erreicht und ist es ihm möglich, die Vorleistung effizienter als das SMP-Unternehmen herzustellen, so kann angenommen werden, dass er weitere Netzwerkinvestitionen tätigen wird.

Zusätzliche regulatorische Investitionsanreize für alternative Betreiber könnten z.B. durch dynamische (zu Beginn niedrige und im Zeitverlauf steigende) Zugangspreise und/oder durch zeitlich limitierte Verfügbarkeit bestimmter Zugangsprodukte geschaffen werden. Allerdings besteht hier das Risiko, dass entweder ineffiziente Investitionen getätigt werden oder aber alternative Betreiber aus dem Markt ausscheiden, falls die entsprechende Infrastruktur des SMP-Unternehmens nicht wirtschaftlich replizierbar ist. Diese Möglichkeit ist gegen das Risiko abzuwägen, dass die Replizierung der Infrastruktur unterbleibt, obwohl sie gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

Besteht große Unsicherheit über das Ausmaß der Replizierbarkeit, ist ein „neutraler“ Ansatz zu bevorzugen, bei dem zwei oder mehrere Zugangsprodukte zu kostenorientierten Preisen verfügbar sind.

Sind mehrere Zugangsprodukte gleichzeitig verfügbar, so ist insbesondere auf die Konsistenz der Zugangspreise zu achten. Weiters muss sichergestellt sein, dass der Wechsel von einem Zugangsprodukt zum nächsten reibungslos (v.a. auch was die Wahrnehmung des Endkunden betrifft) möglich ist.

3.1.4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

Stehen mehrere effektive Regulierungsoptionen zur Auswahl, so ist darauf zu achten, dass jene zur Anwendung kommt, die am ehesten anreizkompatibel ist. Sind Regulierungsinstrumente nicht anreizkompatibel, so kann dies in weiterer Folge den Bedarf an wiederholter Intervention oder zusätzlicher Regulierung induzieren. Regulierungsinstrumente sind daher so zu gestalten, dass der Nachteil bei Umgehung so groß ist, dass es optimal ist, die Regulierung einzuhalten.

Basierend auf diesen Prinzipien erfolgt nun im Weiteren die Auswahl geeigneter Regulierungsinstrumente.

3.2. Regulierungsinstrumente für den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Telefonnetzen der Verfahrenspartei an festen Standorten

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden*) und nicht Prinzip 3 (*Wo die Infrastruktur des*

marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden.

Aufgrund der resistenten Monopolstruktur des gegenständlichen Terminierungsmarktes kann das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht in der Förderung von Wettbewerb auf diesem Terminierungsmarkt selbst bestehen, sondern vielmehr in der Verhinderung adverser Effekte (für den Wettbewerb auf nachgelagerten oder in horizontaler Beziehung stehenden Märkten bzw. für Endnutzer).

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

3.2.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003

3.2.1.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Wie in Punkt 2.12 festgestellt, hat Telekom Austria bei fehlender Regulierung den Anreiz, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen, indem sie den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Das Regulierungsinstrument der Zugangsverpflichtung ist geeignet, um derartigen Missbrauch zu verhindern:

Die Zugangsverpflichtung stellt sicher, dass Telekom Austria Zugang zu ihrem Netz und zu ihren Netzkomponenten gewährt, soweit er die Terminierung betrifft und angemessen ist. Die Verpflichtung stellt daher sicher, dass die Erreichbarkeit der Teilnehmer des größten Festnetzes Österreichs gegeben ist, da der Zugang nicht verweigert werden darf.

Auf Basis der Zugangsverpflichtung werden darüber hinaus nicht-preisbezogene Wettbewerbsprobleme unterbunden. So stellt die Zugangsverpflichtung in Verbindung mit der Gleichbehandlungsverpflichtung sicher, dass sich die Telekom Austria nicht durch das Verzögern des Zugangs für alternative Netzbetreiber einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (z.B. flat-rate Angebote), hat Telekom Austria entsprechende Vorleistungsprodukte alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass erst dann neue Produkte durch die Telekom Austria AG auf der Endkundenseite angeboten werden sollten, wenn ein entsprechendes Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird, wodurch letztlich das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert wird. Durch die Zugangsverpflichtung wird sichergestellt, dass Telekom Austria allen berechtigten Anträgen auf Zugangsprodukte nachkommt und die Terminierungsleistungen auch ohne Bündelung mit Produkten anderer Märkte bezogen werden können.

3.2.1.2. Konkrete Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung

Telekom Austria hat bei Nachfrage nach Zusammenschaltung alle dafür notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und die entsprechenden Leistungen und Informationen bereitzustellen. Für jede begründete und zumutbare Nachfrage nach Zugang ist innerhalb eines angemessenen Zeitraums ein entsprechendes Vorleistungsangebot zu legen, wobei die anderen Verpflichtungen wie Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung zu berücksichtigen sind. Über ein solches Angebot sind Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen.

3.2.1.2.1. Direkte Zusammenschaltung

Telekom Austria hat direkte Zusammenschaltung an den gegenwärtig 44 zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen zu ermöglichen. Dies soll der Gefahr begegnen, dass Telekom Austria den Verkehr für alternative Netzbetreiber entweder nur auf höherer Netzebene (Bündelung mit Transitleistungen) oder ausschließlich über ein (mit ihr verbundenes/kooperierendes) Drittnetz, dessen Betreiber gegebenenfalls ein überhöhtes Transitentgelt verlangt, übernimmt und damit Marktmacht überträgt.

3.2.1.2.2. Indirekte Zusammenschaltung und Übernahmeverpflichtung des Verkehrs von Dritten

Telekom Austria ist auch zur indirekten Zusammenschaltung über einen dritten Anbieter zu verpflichten. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, dass Betreibern, die nicht an den betreffenden lokalen Vermittlungsstellen im Netz der Telekom Austria zusammenschaltet sind, den bei Telekom Austria terminierenden Verkehr an einen anderen Betreiber, der über lokale Zusammenschaltung mit Telekom Austria verfügt, zum Weitertransport übergeben lassen können. Die Verrechnung zwischen den Betreibern und allfällige Haftungsfragen sollen primär im Verhandlungswege geklärt werden. Analog zur oben vorgesehenen Verpflichtung der direkten Zusammenschaltung soll damit sichergestellt werden, dass eine Übertragung von Marktmacht aus der Terminierung auf den Transitmarkt durch Bündelung der Dienste hintangehalten wird und den Wettbewerbern alternative Angebote zur Verfügung stehen.

3.2.1.2.3. Anzahl und Örtlichkeit der lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen

Veränderungen in der Anzahl und Örtlichkeit lokaler zusammenschaltungsfähiger Vermittlungsstellen, etwa durch Netzzückbau, sind alternativen Anbietern zeitgerecht bekannt zu geben.

3.2.1.2.4. Zeitliche Aspekte

Die Zusammenschaltung darf nicht dadurch verzögert oder behindert werden, dass unangemessene Voraussetzungen verlangt werden, die die Kosten des Zusammenschaltungspartners erhöhen oder die Zusammenschaltung hinauszögern. Daher ist der offene Zugang zu technischen Schnittstellen, gebräuchlichen Protokollen oder Schlüsseltechnologien zu gewährleisten. Außerdem sind Vorkehrungen zur Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen vorzusehen.

Auf die Verpflichtung der Telekom Austria, bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (z.B. flat-rate Angebote), entsprechende Vorleistungsprodukte alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, wird auch in diesem Zusammenhang hingewiesen.

3.2.1.2.5. Mitwirkung an der Bereitstellung des Joining Link

Da die Zusammenschaltung von Netzen mittels Joining Links realisiert wird, hat die Zugangsverpflichtung auch die Mitwirkung an der Bereitstellung von Joining Links zu umfassen, da diese eine notwendige Voraussetzung für den Verkehrsfluss zwischen Netzen sind und gleichzeitig eine Verweigerung vom marktmächtigen Unternehmen dazu missbraucht werden kann, den Eintritt von Konkurrenten zu verhindern und damit letztlich auch Auswirkungen auf die Struktur des Transitmarktes hat (Leveraging). Auf Punkt II.D.7.2.1.2 zur Regelung betreffend Mindestauslastung wird verwiesen.

3.2.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die Zugangsverpflichtung ist jedenfalls geeignet, wenn sie Zugang zu Vorleistungen sicherstellt, deren Replikation als technisch nicht durchführbar und/oder wirtschaftlich ineffizient gilt und in den nächsten Jahren auch keine Änderung dieses Umstandes zu erwarten ist, wie dies bei Terminierungsleistungen der Fall ist. Alternativ zu einer Verpflichtung der Gewährung von Zugang nach § 41 TKG 2003 ist eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Erwägung zu ziehen, die den Aspekt des Marktmachtmissbrauchs insbesondere mittels nicht-preislicher Praktiken abdeckt. Die Gleichbehandlungsverpflichtung (allein) kann im Falle der Terminierung jedoch nicht als gleichwertig zur Zugangsverpflichtung betrachtet werden, weil erstens die Verpflichtung nur sehr abstrakt auferlegt werden kann und zweitens Zugangsformen für Dritte, die das Unternehmen sich selbst nicht anbietet, von der Gleichbehandlung nicht hinreichend umfasst werden. Darüber hinaus wäre die Auferlegung der Gleichbehandlung kein gelinderes Mittel, da, um gleiche Effektivität der Regulierung sicher zu stellen, die Intensität der Auflagen nicht geringer sein kann. Auf die Begründung zur Gleichbehandlungsverpflichtung (Punkt 3.2.3) wird verwiesen.

Zur Bekämpfung des festgestellten Wettbewerbsproblems der Verweigerung des Zugangs und der vertikalen wie horizontalen Übertragung von Marktmacht ist das Regulierungsinstrument einer Zugangsverpflichtung erforderlich und verhältnismäßig.

3.2.2. **Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003**

3.2.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht auf seinem Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um überhöhte Preise zu setzen. Andernfalls könnte es Übergewinne auf diesem Markt erzielen und seine Marktmacht auf andere Märkte übertragen.

Die Entgeltkontrolle ist eine notwendige Ergänzung zur Zugangsregulierung, da ein marktmächtiges Unternehmen sonst – über das Setzen überhöhter Zugangspreise – die Möglichkeit zu preislichen Foreclosure-Strategien hätte. Darüber hinaus führen überhöhte Preise zu einer geringeren Menge an Terminierungsleistungen als jener, die sich bei effektivem Wettbewerb einstellen würde, wodurch allokativen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste entstehen.

3.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv das in Punkt 2.12 festgestellte Wettbewerbsproblem des Anreizes zum Setzen exzessiver Preise zu bekämpfen. Dieses Regulierungsinstrument verhindert auch, dass überhöhte Preise festgesetzt werden, um die Zusammenschaltungskosten der Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten – bis hin zu einer Verdrängung (foreclosure) – zu verschlechtern. Da auf dem gegenständlichen Markt auf absehbare Zeit keine hinreichende Replizierung der Infrastruktur erwartet werden kann, ist der Maßstab der Kostenorientierung im Sinne der effizienten Leistungsbereitstellung anzuwenden, da nur damit allokativen und produktiven Ineffizienzen hintangehalten werden können. Das Prinzip der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht dem (schon bisher angewendeten) Ansatz der Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs (FL-LRAIC).

3.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die Entgeltkontrolle als Verpflichtung ist für das betroffene Unternehmen eingriffsintensiv, weil sein Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens am Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt.

Als Alternative zur Entgeltkontrolle ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung die Kostenorientierung ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Zwar wäre es möglich, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese die Produktebene betreffende Maßnahme unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen und die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen sind. Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig und auch nicht geeignet, das Problem überhöhter Preise adäquat zu lösen. Eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist daher erforderlich. Außerdem könnte eine Gleichbehandlungsverpflichtung im Falle fehlender Regulierung auf den Endkundenmärkten ökonomisch verzerrte Endkundenpreise nach sich ziehen, weil das Unternehmen beim Setzen der Endkundenpreise auch auf Vorleistungspreise Bedacht nehmen müsste und die Preise gegebenenfalls nicht ausschließlich nach den Erfordernissen des Marktes ausrichten könnte. Darüber hinaus können Leistungen, die Telekom Austria sich selbst gegenüber nicht erbringt, von der Gleichbehandlung nicht hinreichend erfasst werden.

3.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003

3.2.3.1. Zweck

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Weiters kann die Gleichbehandlungsverpflichtung verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen Marktmacht auf andere Märkte überträgt. Um die Gleichbehandlungsverpflichtung zu unterstützen, ist es aus ökonomischer Sicht auch erforderlich, Telekom Austria zu verpflichten, ein Standardzusammenschaltungsangebot (SZA) zu veröffentlichen.

3.2.3.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Die Gleichbehandlungsverpflichtung zielt darauf ab, Preisdiskriminierungen gegenüber alternativen Betreibern zu verhindern. Diese Verpflichtung stellt sicher, dass Telekom Austria alle Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten gleich behandelt und nicht schlechter stellt als ihren eigenen Retail-Arm.

Darüber hinaus kann die Gleichbehandlungsverpflichtung das festgestellte Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung mittels nicht-preislicher Variablen, etwa in Form von Verzögerungen bei den Verhandlungen, dem Vorenthalten notwendiger Informationen und anderer unangemessener Maßnahmen, die letztendlich die Kosten der Konkurrenten erhöhen oder den Markteintritt verzögern, verhindern.

Insbesondere die Verpflichtung zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebots (SZA) bringt Rechtssicherheit und eine bessere Information der Anbieter in den Markt. Das SZA hat sich insofern bewährt, als alternative Netzbetreiber, aber insbesondere vor dem Markteintritt stehende Unternehmen über genügend Informationen hinsichtlich der Bedingungen einer Zusammenschaltung mit der Telekom Austria AG verfügten, sodass es

ihnen möglich war, die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer Zusammenschaltung bzw. eines Business Case einschätzen zu können, noch bevor konkrete Verhandlungen aufgenommen wurden.

Ein SZA senkt weiters für alle Beteiligten die Transaktionskosten, weil zentrale Elemente von vornherein festgelegt sind, sodass die Stabilität im Markt sichergestellt werden kann und die Anreize zu Investitionen und zu Eintritten in nachgelagerte Märkte gegeben sind. Darüber hinaus verkürzt ein SZA die Zeit der Verhandlungen, da nur über Abweichungen verhandelt werden muss, vermeidet mögliche Streitigkeiten und gibt Betreibern die Sicherheit, Leistungen zu nichtdiskriminierenden Konditionen erwerben zu können.

Telekom Austria hat ein SZA zu veröffentlichen, das alle notwendigen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bestimmungen enthält, die für den Bezug der Leistung erforderlich sind. Das SZA hat hinreichend detaillierte Teilleistungen zu inkludieren und die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln. Das Angebot ist unter Bedachtnahme auf die nachgefragten Leistungen derart ungebündelt zu gestalten, dass ein Nachfrager keine Dienste beziehen muss, die er für seine Leistungserstellung nicht als notwendig erachtet. Unberührt von etwaigen Verhandlungen zwischen den Betreibern über besondere Regelungen außerhalb des SZA sind die Angebote im SZA hinreichend zu spezifizieren, sodass die wichtigsten Parameter und Informationen enthalten sind, um die Terminierung im Wege der direkten und indirekten Zusammenschaltung in angemessener Frist realisieren zu können. Dazu zählen insbesondere die Entgelte und Bedingungen für die Erbringung der Terminierungs- und Annexleistungen.

Telekom Austria hat ein SZA zu veröffentlichen, das – wie bisher – neben einem Teil, der allgemeine Bestimmungen vertraglicher Natur enthält, zumindest folgende Komponenten enthält, die näher bestimmt werden müssen. Auf Punkt II.D.7.2.1.2 zur Regelung betreffend Mindestauslastung wird verwiesen.

1.	Regelungen betreffend Zusammenschaltungsverbindungen
2.	Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3.	Verkehrsarten und Entgelte
4.	Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf Ebene der ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen
5.	Regelungen betreffend Notrufdienste
6.	Regelungen betreffend private Netze
7.	Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
8.	Regelungen betreffend sonstiger Dienste (öffentliche Kurzurufnummern für Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzurufnummern für besondere Dienste)
9.	Regelungen betreffend die Verkehrsübernahme von Transitnetzbetreibern im Auftrag von Dritten

Die Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, die Informationen über Standorte der VSt, die Entgelte und weitere Regelungen zur Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene stellen essentielle Grundlagen für die Realisierung der Zusammenschaltung dar. Die weiteren Regelungen betreffend Notrufe, private Netze, personenbezogene Dienste und sonstiger Dienste schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen. Die Regelungen zur Verkehrsübergabe stellen sicher, dass die Telekom Austria AG den Verkehr für Dritte auch von Transitnetzbetreibern übernimmt, die im Auftrag von Dritten den Verkehr vom Netz des Dritten an das Telekom Austria AG Netz vermitteln.

3.2.3.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Das SZA dient primär dazu, für die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung wesentliche Konditionen des Zugangs festzulegen und die Transaktionskosten zu verringern. Es ist deshalb geeignet, mögliche nicht-preisliche wettbewerbswidrige Strategien zu unterbinden. Die Zugangsverpflichtung andererseits stellt sicher, dass allen Betreibern auf Anfrage ein angemessener Zugang gewährt werden muss. Sie geht daher über die im SZA für Standardfälle vorgesehene Verpflichtung hinaus, wobei eine diskriminierende Behandlung der Nachfrager auch für andere (nicht im SZA vorgesehene) Formen des Zugangs auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeschlossen ist.

Alternativ zum SZA 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 SZA enthalten müssen, sodass die Transparenzverpflichtung letztendlich auf die Veröffentlichung der Teile des SZA hinausläufe und somit nicht gelinder wäre.

3.2.3.4. Fazit

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern 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 SZA nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 für Telekom Austria als notwendig, angemessen und verhältnismäßig anzusehen. Insbesondere das SZA stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

3.2.4. **Getrennte Buchführung - § 40**

3.2.4.1. Zweck

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung kann mittels einer getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen mögliche Quersubventionierungen aufzeigen. Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle auf Basis von FL-RAIC zu betrachten, indem sie eine zeitnahe Überprüfung derselben erlaubt.

3.2.4.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Mit dem Regulierungsinstrument der getrennten Buchführung werden notwendige Vorkehrungen zur Unterstützung der Einhaltung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle getroffen, wie die Überprüfung der Kosten nach FL-LRAIC, die Aufschlüsselung der Kostenelemente und die korrekte Zuordnung zu den Kostenträgern.

Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene ist erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Telekom Austria könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest bis auf Ebene der Märkte der TKMVO 2003 notwendig. Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden.

Die getrennte Buchführung hat wie bisher zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 gegliedert zu erfolgen. Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten

Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

Da Telekom Austria bisher auch auf anderen Märkten (Originierung, Entbündelung, terminierende Segmente, Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s) über Marktmacht verfügte und voraussichtlich weiter verfügen wird und auch dort das Instrument der getrennten Buchführung in der Vergangenheit in gleicher Weise auferlegt wurde und zukünftig weiterhin auferlegt werden könnte, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen, insbesondere da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf dem vorliegendem Markt gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

3.2.5. Transparenzverpflichtung

3.2.5.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist nicht vorzusehen, wenn durch die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) und durch die anderen auferlegten Instrumente die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist.

3.2.5.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Durch das SZA sollten alle für die allgemeine Zusammenschaltung notwendigen Informationen verfügbar sein. Informationen, die andere Zugangsformen betreffen und der Verpflichtung entsprechen, einer angemessenen Anfrage nachzukommen, sind bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine zusätzliche Transparenzverpflichtung erscheint daher nicht erforderlich und wird nicht auferlegt.

Das Regulierungsinstrument Transparenz ist nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw. durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

3.3. Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden. An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass es aus theoretischer Sicht Maßnahmen gibt, die ein gewisses Potenzial haben, den grundlegenden Marktfehler und damit die Monopolstellung in Zusammenhang mit der Terminierung zu beseitigen.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria an festen Standorten, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs sowie Ing. Alois Sommerer vom Juli 2006. Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs sowie Mag. Paul Pisjak vom September 2006.

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

2. Zum Vorbringen der Telekom Austria zum Marktanalyse-Gutachten und zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:

Mit Schriftsatz vom 28.08.2006 nimmt Telekom Austria zu den übermittelten Gutachten in den Verfahren M 7/06 und M 8a/06 gemeinsam Stellung, wobei sich die meisten Ausführungen – Punkt 2.1, 2,2, und (inhaltlich 3.1) – auf den Markt für Originierung (M 7/06) beziehen. Punkt 1 bezieht sich auf die Endkundenmärkte, so dass darauf in den sich auf diese Märkte beziehenden Verfahren eingegangen wird.

Zu Punkt 2.3. sei darauf hingewiesen, dass die eingehenden Analysen der in der TKMVO 2003 definierten Märkte ohnedies – wie Telekom Austria fordert – in jeweils eigenen Verfahren erfolgen, dass aber die Verbindungen zwischen den Märkten in jedem dieser Verfahren zu berücksichtigen ist. Es ist auch richtig, dass das von den Amtssachverständigen zitierte ERG-Papier keine „rechtlich bindende Wirkung“ entfaltet, gegen eine (begründete) Heranziehung dieses Papiers im Rahmen einer ausführlichen ökonomischen Analyse besteht jedoch kein Einwand. Gleiches gilt für die von den Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die sich aus Gesprächen mit alternativen Betreibern im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens RVON 2/05 ergaben. Der Telekom Austria wurde das Gutachten, in dem diese Daten verwendet wurden zur Stellungnahme zugestellt, eine Einsichtnahmemöglichkeit in die Datengrundlagen der Gutachtenserstellung war aber deshalb nicht möglich, weil diese (Roh-) Daten nicht Teil des Verfahrensaktes sind. Auf ON 11 wird verwiesen.

Soweit Telekom Austria in Punkt 3.2 darauf hinweist, dass die bisher abgeschlossenen Verträge nahe legen sollten, dass das Wettbewerbsproblem der Zugangsverweigerung hinsichtlich der Terminierungsleistungen nicht gegeben sein soll, wird darauf verwiesen, dass diese Verträge (inhaltlich) überwiegend als Ergebnis der Regulierungstätigkeit der Telekom-Control-Kommission zustande gekommen sind – sowohl die generelle Basis der Zusammenschaltung (Z 20/01) als auch die derzeitigen Entgelte (Z 10/03) beruhen auf Bescheiden der Telekom-Control-Kommission, dass aber andererseits gerade die Marktsituation ohne Regulierung zu analysieren ist („Green-Field-Ansatz“). Durch den allgemein gehaltenen Hinweis der Telekom Austria, dass Verträge abgeschlossen wurden, kann daher die eingehende Analyse der Anreizstrukturen auf dem Markt durch das Gutachten der Amtssachverständigen nicht in Zweifel gezogen werden.

In einem weiteren Schriftsatz vom 10.10.2006 nimmt Telekom Austria zum Gutachten betreffend die Regulierungsinstrumente Stellung, wobei sich in diesem Schriftsatz lediglich Punkt 3. mit dem gegenständlichen Terminierungsmarkt befasst. Telekom Austria wendet sich darin, wie auch in der Stellungnahme vom 23.01.2006, ON 34, gegen die Adaptierung

der Regelungen betreffend die Mindestauslastung. Diesbezüglich wird auf die Begründung zur Zugangsverpflichtung in Punkt D.7.2.1.2 dieses Bescheides verwiesen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinition – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung. § 1 Z 8 TKMVO 2003 sieht einen Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ vor. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003). Es ist festzuhalten, dass die TKMVO 2003 in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission steht, nach der alle Terminierungsleistungen in ein öffentliches Telefonnetz an festen Standorten einen eigenen Markt konstituieren. Auf die Erkenntnisse des VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088, bzw. vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089 mit denen die Marktabgrenzung für Festnetzterminierungsmärkte alternativer Betreiber als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wird hingewiesen.

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

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

3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die

Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte – die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (TKMVO 2003) – durch.

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

4. Relevanter Markt

Die Stellung als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien der oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt. Der für das gegenständliche Verfahren relevante Markt ist in § 1 Z 8 TKMVO 2003 als Terminierungsmarkt in das feste öffentliche Telefonnetz der Telekom Austria AG (Vorleistungsmarkt) definiert.

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ nachfolgende Kriterien zu berücksichtigen:

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

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

§ 35 TKG 2003 deckt sich mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmenrichtlinie“, Amtsblatt Nr. L 108 vom 24.04.2002) fest, dass ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, *„wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“*.

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

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen *„beträchtlicher Marktmacht“* iSd § 35 TKG 2003 und *„effektivem Wettbewerb“* iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten *„Gleichsetzungsthese“* auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird *„wirksamer Wettbewerb“* dahingehend definiert,

dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Green-Field-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: *„Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“* (Rz. 70, 71).

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

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten:

Wie festgestellt sind die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, und damit der gegenständliche Markt, per Marktdefinition Monopolmärkte, der Marktanteil der Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100% auf ihrem Markt. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber faktisch ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann (vgl. Europäische Kommission, Begründung der Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABI. L 114, S. 45).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw. der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht folgt daraus einerseits, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Andererseits spielen – wie zu zeigen sein wird – eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle.

Der einzige Indikator, der die Telekom Austria auf ihrem Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch – wie festgestellt (Punkt B.2.7)– tatsächlich keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Terminierungsmonopol hat.

Der Grund für die Monopolstellung und Ursache für Marktfehler sind insbesondere zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopulleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, an dessen Netz der Teilnehmer angeschlossen ist, erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Teilnehmer (Originierung, Transit und auch Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer

fallen keine Kosten an. Dieses, als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichnete Tarifsystem, ist verantwortlich für die Externalität, dass die Entscheidung, über welches Netz Gespräche zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet) der gerufene Teilnehmer trifft, die Kosten aber der rufende Teilnehmer zu tragen hat.

Diese zwei strukturellen Besonderheiten sind der Grund für die für den Fall der Nicht-Regulierung festgestellten (Punkt B.2.12) potentiellen Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Telekom Austria:

1. Setzen exzessiver Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren,
2. Zugangsverweigerung,
3. Setzen wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen durch nicht-preisbezogene Aspekte wie Verzögerungen, Bündelung von Produkten und ungerechtfertigte Konditionen bzw. Qualität und
4. Preisdiskriminierung (Margin Squeeze) zu betreiben.

Aufgrund dieser Ausführungen, auf die im Folgenden noch kurz eingegangen wird, gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist und auf dem Terminierungsmarkt der Telekom Austria kein effektiver Wettbewerb besteht:

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

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – „single dominance“ – eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 „*die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf*“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren. Dabei wird festgehalten, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Wie festgestellt ist der Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, diesfalls der Verfahrenspartei, per Definition ein Monopolmarkt. Das bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw. geben kann. Ein Monopol kann aber grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der oben genannten Schwellen sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin.

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

Einen Schritt weiter geht *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer* im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003); dieser hält fest (S. 856), dass „die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Weiters wird festgehalten, dass „Unternehmen in Monopolstellung [] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist“ (vgl. auch *Groeben/Thiesing/Ehlermann* in *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, S. 2/788, *Langen/Bunte* in *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, S. 2145 sowie von der *Groeben/Schwarze*, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl. [2003], Rz. 94 zu Art. 82 EG). *Immenga/Mestmäcker* bestätigt diese Ausführungen im *Kommentar zum EG-Wettbewerb* (S. 708, mit einer Reihe von Nachweisen), dass „der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen Monopols auf dem relevanten Markt [] marktbeherrschend [ist]“.

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht daher nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht deutlich für einen marktbeherrschende Stellung der Telekom Austria auf ihrem Terminierungsmarkt.

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der Leitlinien nennen ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – *Continental Can/Kommission*, Slg. 1973, 215).

Die Barrieren für einen „Eintritt“ in einen (bestehenden) betreiberindividuellen Terminierungsmarkt sind unüberwindbar, da jeder neu in den „Markt“ eintretende Festnetzbetreiber seinen *eigenen* betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert und auf diesem über 100% Marktanteil verfügt. Potenzieller Wettbewerb durch „anderen Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

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

6.3. Zu den Indikatoren „technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und

Dichtevorteilen, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, die Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung“

Diese Indikatoren sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 1, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

Wie festgestellt (Punkt B.2.2 und B.2.3) lassen auch die SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potenziell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen „Mitkonkurrenten“ auf dem betroffenen Markt wie auch jene, die auf (potenzielle) Substitute von (potenziellen) Konkurrenten wie Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung abstellen, keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf einem Monopolmarkt zu.

6.4. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren (Preispolitik, Preisentwicklung)

§ 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.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik oder Preisentwicklung lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1998 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) von der Telekom-Control-Kommission – als Ersatz privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte war – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme. Verträge wurde lediglich auf der Basis der jeweiligen „Leitentscheidungen“ der Telekom-Control-Kommission (Z 1/97, Z 30/99, Z 6/01, Z 11/02, Z 10/03) mit nicht an den Verfahren Beteiligten unter Anwendung des § 34 TKG (1997) abgeschlossen. Es steht daher fest, dass über einen mehrjährigen Zeitraum nie Einigungen über die Höhe der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte erreicht wurden. Konkrete Schlussfolgerungen lassen sich hieraus jedoch nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß ziehen.

Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass „bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“. Angemerkt wird darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Fn. 73 der Leitlinien).

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt daher die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass Telekom Austria – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann. Der gegenständlich betrachtete Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria.

6.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

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.

So hält auch die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu ihrer Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 20) wie folgt fest: *„Eine solche Marktdefinition – Anrufzustellung über Einzelnetze – bedeutet nicht automatisch, dass jeder Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt; sie richtet sich weitgehend nach der entsprechenden Kaufkraft und anderen Faktoren, die diese Marktmacht einschränken können.“* In der englischsprachigen Fassung der Begründung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte wird „entsprechende Kaufkraft“ mit „countervailing buyer power“ übersetzt; nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission – und der Amtssachverständigen – ist der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ aussagekräftiger und folglich geeigneter als „entsprechende Kaufkraft“.

Nach den Feststellungen kann jedoch Telekom Austria in allen untersuchten Fällen (Punkt B.2.7) Monopolpreise setzen, ohne durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt zu werden.

Für die Wettbewerbsbeurteilung lässt sich daher feststellen, dass die anderen Betreiber in einem unregulierten Umfeld auf die Telekom Austria keine substantiell preisdisciplinierende nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die Monopolpreise oder exzessive Preise verhindert. Das Schlüsselkriterium iSd Begründung zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 45) für die Beurteilung von Marktmacht auf dem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt – die „nachfrageseitige Gegenmacht“ – vermag sohin das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht zu erschüttern, da keine nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

Da die Analyse des gegenständlichen Marktes ergeben hat, dass Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt, war hinsichtlich Spruchpunkt 1 spruchgemäß zu entscheiden.

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

7.1. Allgemeines

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

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

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

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangsrichtlinie sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group (ERG), die als beratendes Gremium der Europäischen Kommission eingerichtet wurde, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind.

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.3.1 verwiesen. Zusammengefasst wurden folgende Prinzipien identifiziert:

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen

2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden
3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden
4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) und nicht Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden, da die Infrastruktur zum Teilnehmer nicht sinnvoll replizierbar ist. Der Einsatz der Regulierungsinstrumente ist daher vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen auszurichten.

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

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

7.2.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

7.2.1.1. Allgemeines

Nach § 41 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung

oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs bzw. der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs (§ 3 Z 25 TKG 2003; „denial of access“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung zu spezifizieren.

7.2.1.2. Inhaltliche Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung - Zusammenhang mit dem zu veröffentlichenden Standardangebot:

Die im Punkt 2.1. des Spruches auferlegte Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist erforderlich, um dem in Punkt B.2.12 festgestellten Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom gegenständlichen Markt auf die entsprechenden Endkundenmärkte abzuwehren. Dafür ist die Anordnung einer Zugangsverpflichtungen in der Form, wie in Punkt B.3.2.1.2 konkret festgestellt wurde, erforderlich.

Die Amtssachverständigen führen im Gutachten aus, dass die bestehende Regelung betreffend die Mindestauslastung von Joining Links adaptiert werden sollte, um eine mögliche Marktmachtübertragung vom Terminierungsmarkt auf den Transitmarkt – die in der Errichtung bzw. Aufrechterhaltung von Marktbarrieren bestehen kann – zu verhindern. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass die bestehende Regelung zwar auf einer (inhaltlich auf einem Antrag der Telekom Austria basierenden) Anordnung der Telekom-Control-Kommission beruht und daher Telekom Austria durch die Aufnahme dieser Regelungen in das RIO 2005 bzw. in abgeschlossene Verträge kein Vorwurf eines aktuellen Marktmachtmissbrauchs gemacht werden kann. Dennoch bestünden für Telekom Austria im Fall fehlender Regulierung Anreize, ihre festgestellte Marktmacht vom Terminierungsmarkt auf den Transitmarkt zu übertragen, indem Regelungen betreffend die Mindestauslastung aufrecht erhalten bzw. neu formuliert werden, die den tatsächlichen Bedingungen der beteiligten Märkte (Terminierung und Transit) nicht mehr gerecht werden. Durch derartige Marktmachtübertragung könnte Telekom Austria Marktbarrieren auf dem Transitmarkt begründen bzw. aufrecht erhalten.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission diesbezüglich nun davon aus, dass auch derartige Marktmachtübertragung unter das festgestellte Wettbewerbsproblem der Zugangsverweigerung zu subsumieren ist. Die auferlegte Zugangsverpflichtung der Telekom Austria umfasst daher auch die Verpflichtung derartige (und auch vergleichbare) Praktiken zu unterlassen, was bedeutet, dass (auch) Regelungen betreffend die Mindestauslastung, die zu Marktabschottungseffekten auf anderen Märkten führen, nicht zulässig und gegebenenfalls, soweit sie in der derzeitigen Situation nicht mehr angemessen sind, zu adaptieren sind.

Eine Verpflichtung der Telekom Austria, eine konkrete Änderung der Regelung betreffend die Mindestauslastung in das zu veröffentlichende Standardangebot aufzunehmen, ist daher grundsätzlich denkbar. Im Konsultationsentwurf M 8a/06-14 war dargestellt, dass allerdings derzeit mangels ausführlicher Befassung auch der Zusammenschaltungspartner bzw. potenzieller Anbieter und Nachfrager auf dem Transitmarkt nicht hinreichend geklärt erscheint, in welcher Weise die komplexen Regelungen betreffend die Mindestauslastung von Joining-Links zu adaptieren wären, damit sowohl mögliche Marktbarrieren auf dem Transitmarkt weitestgehend beseitigt, als auch die Interessen der Telekom Austria und der Zusammenschaltungspartner bzw. potenzieller Anbieter und Nachfrager auf dem Transitmarkt angemessen berücksichtigt werden können. Für eine umfassende Änderung der Regelung erscheint es daher grundsätzlich nach wie vor zweckmäßig, auch die genannten Unternehmen einzubinden, was über Verfahren nach § 50 TKG 2003 möglich ist.

Mit ihrer Stellungnahme ON 30 fordert die Europäische Kommission die Telekom-Control-Kommission demgegenüber auf, „*diese Frage bereits in der vorliegenden SMP-Entscheidung zu behandeln.*“ Um dieser Stellungnahme der Europäischen Kommission gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 weitestgehend Rechnung zu tragen, erscheint auf der Basis der derzeit vorliegenden Informationen zwar mangels Vorliegens der genannten detaillierten Informationen keine umfassende Adaptierung, dennoch ist aber als erster Schritt eine Verringerung der derzeitigen monatlichen Minuten wie folgt möglich:

Nach den Angaben des in der Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 08.01.2007 ergänzend befragten Amtssachverständigen wurden im Jahr 2005 676 Millionen quellnetztarifizierte Gesprächsminuten an das Netz der Telekom Austria über eine oder zwei Hauptvermittlungsstellen – also nicht auf lokaler Netzebene – zur Terminierung übergeben. Insgesamt wurden 5.315 Millionen Terminierungsminuten quellnetztarifizierter Gespräche gemeldet. Beim Originierungsverkehr wurden 370 Millionen von insgesamt 5.636 Millionen Minuten als single- und double-tandem-Verkehr abgerechnet. In Summe (originierender und terminierender Verkehr) wurden somit 1.046 Millionen von insgesamt 10.951 Millionen Minuten, das entspricht einem Anteil von 9,55%, nicht lokal abgewickelt.

Mit Schriftsatz ON 34 bestätigt Telekom Austria diese Angaben grundsätzlich, wendet aber ein, dass neuere Daten einen Anteil von nur 9,49% ergäben und ein „Aufrunden“ auf die der Telekom Austria mit Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 10.01.2007, ON 33, vorgehaltenen 10% daher nicht gerechtfertigt sei. Diesbezüglich weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass sich die im folgenden dargestellte Argumentation an der – grundsätzlich auch von Telekom Austria bestätigen – Größenordnung des nicht lokal geführten Verkehrs orientiert, nicht aber eine genaue (kaufmännische) Rundung darstellt. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann daher trotz der Ausführungen der Telekom Austria davon ausgegangen werden, dass etwa 10% des Verkehrs nicht lokal geführt werden und dass es sich bei diesem Verkehrsanteil um (originierenden und terminierenden) Verkehr von Betreibern handelt, die über keine ausreichenden Zusammenschaltungen mit Telekom Austria auf deren niederer Netzebene verfügen, um ihren gesamten Verkehr auf der niederen Netzebene abwickeln zu können. Diese Betreiber sind daher für diesen Verkehr auf Transitleistungen angewiesen. Eine Reduktion der Mindestauslastungsminuten je 2 Mbit/s – System (E1) in derselben Größenordnung von 10%, also von 200.000 auf (höchstens) 180.000 Minuten pro E1 und Monat (bzw. von 150.000 auf 135.000 Minuten bei Zusammenschaltungspunkten mit lediglich bis zu vier 2 Mbit/s – Systemen), würde es daher alternativen Transit Anbietern erleichtern, Transit für diesen Verkehr, der derzeit auf der Ebene der Hauptvermittlungsstellen abgeführt wird, anzubieten und über ihre Links auf der niederen Netzebene an Telekom Austria zu übergeben, ohne für Verkehr in diesem Ausmaß an die Regelungen der Mindestauslastung gebunden zu sein. Ein Neueintritt als zusätzlicher Anbieter in den Transitmarkt bzw. eine Erweiterung des derzeit schon bestehenden Transitangebots durch Einrichtung zusätzlicher IC-Links wäre wahrscheinlicher.

Eine derartige Senkung der Mindestauslastungsminuten würde daher die im Gutachten der Amtssachverständigen identifizierten möglichen Eintrittsbarrieren in den Transitmarkt verringern. Entgegen der Ansicht der Telekom Austria (Schriftsatz ON 34, Seite 2) sind derartige Eintrittsbarrieren durch die im Gutachten der Amtssachverständigen dargestellten Aussagen der befragten alternativen Betreiber auch erwiesen und nicht lediglich angenommen. Im Übrigen ist auszuführen, dass Telekom Austria jedenfalls Anreize hat, Marktmacht durch Errichtung bzw. Erhaltung derartiger Barrieren auf den Transitmarkt zu übertragen. Andererseits werden – da die grundsätzliche Regelung der Mindestauslastung (Durchschnittsbildung, Durchrechnungszeitraum), die die alternativen Betreiber zu einer Planung und Bestellung ihrer Linkkapazitäten anhält, erhalten bleibt – auch die Interessen der Telekom Austria, auf die diese im Schriftsatz ON 34, Seite 2 hinweist, weiterhin

grundsätzlich berücksichtigt. Diesbezüglich ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es Telekom Austria zwar grundsätzlich freisteht, die Regelung der Mindestauslastung gänzlich aus dem Standardangebot zu streichen. Wenn Telekom Austria allerdings eine derartige Regelung aufnimmt, müssen die soeben genannten derzeitigen Regelungen (wie Durchschnittsbildung über den gesamten Zusammenschaltungspunkt, Durchrechnungszeitraum) zur Mindestauslastung bei reduzierter Mindestverkehrsmenge erhalten bleiben. Telekom Austria kann daher z.B. keine Regelung aufnehmen, die Zusammenschaltungspartner schlechter stellen würde als bisher, etwa indem die vorgeschriebene Mindestverkehrsmenge für jede E1 ohne Durchschnittsbildung über den Zusammenschaltungspunkt oder ohne Durchrechnungszeitraum vorgesehen wird.

Da die angeordnete Regelung sowohl die Interessen der Zusammenschaltungspartner, als auch die Interessen der Telekom Austria berücksichtigt, ist sie entgegen der Meinung der Telekom Austria (Schriftsatz ON 34) auch verhältnismäßig. Nach Ablauf der Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 langten Schreiben der UPC Telekabel Wien GmbH, der T-Mobile Austria GmbH und der Verizon Austria GmbH ein, mit denen zu den Ausführungen der Europäischen Kommission, insbesondere zur Mindestauslastung, Stellung genommen wurde. Weiter gehende (konkrete) Änderungen der Regelungen über die Mindestauslastung waren auf der Basis dieser Stellungnahmen jedoch nicht möglich, insbesondere da vielfach lediglich die – weder von den Amtssachverständigen noch von der Europäischen Kommission genannte – gänzliche Abschaffung der Regelung gefordert wurde und da die im Übrigen mitgeteilten Probleme keine einheitliche Sicht der Betreiber erkennen ließen, die (außer einer möglichen Abschaffung der Regelung) eine konkrete Adaptierung gegebenenfalls hätte möglich erscheinen lassen. Derartige weitergehende Änderungen der Regelungen betreffend die Mindestauslastung, z.B. eine Verpflichtung der Telekom Austria, Joining-Links anzubieten, die keiner Mindestauslastung unterliegen, andere Durchrechnungszeiträume oder Ähnliches, könnten aber dennoch – wie bereits im Konsultationsentwurf vorgesehen war – bei entsprechenden Anträgen in einer Anordnung nach § 50 TKG 2003 erfolgen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch ohne Parteiantrag amtswegig Verfahren nach § 91 eingeleitet werden können, im Rahmen derer geprüft wird, ob Telekom Austria in einer der oben dargestellten Arten oder in anderer Weise Marktabschottung betreibt.

Die Telekom-Control-Kommission hat daher auf der Basis der Stellungnahme der Europäischen Kommission, ON 30, in den Endbescheid M 8a/06 eine Verpflichtung der Telekom Austria aufgenommen, eine allenfalls in ihrem Standardangebot gemäß Spruchpunkt 2.4 aufgenommene Regelung betreffend die Mindestauslastung derart auszugestalten, dass die Mindestauslastungsminuten je 2 Mbit/s – System (E1) und Monat höchstens 180.000 (bzw. 135.000) Minuten beträgt.

7.2.1.3. Verhältnismäßigkeit:

Wie festgestellt (Punkt B.3.2.1.3) sind für die Sicherstellung des Zugangs zur Terminierungsleistung der Telekom Austria andere Regulierungsinstrumente, insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003, nicht ausreichend, um das festgestellte Wettbewerbsproblem wirksam zu bekämpfen. Die auferlegte Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, notwendig und das gelindeste wirksame Mittel, um den Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen sicherzustellen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

7.2.2. **Entgeltkontrolle und Kostenrechnung**

7.2.2.1. Allgemeines zu § 42 TKG 2003:

Nach § 42 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte 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.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL).

Neben der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass „*ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte*“. Die Verwendung des Konditionals 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.

Wie festgestellt, hat Telekom Austria grundsätzlich den Anreiz, überhöhte Terminierungsentgelte zu verlangen. Da die Terminierungsentgelte als Vorleistungskosten einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wieder. Da weiters die Terminierungsentgelte als Vorleistungskosten den Endkumentarif (mit-)bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Terminierungsnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

7.2.2.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten:

Wie festgestellt (Punkt B.3.2.2.2) ist es erforderlich, die Terminierungsentgelte auf Basis der Kosten der Telekom Austria zu regulieren. Der (auch bisher anzuwendende) Ansatz der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs; „FL-LRAIC-Ansatz“) ist dabei aus folgenden Gründen der – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeignete Ansatz:

1. ECPR (Efficient Component Pricing)

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten

Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). ECPR-Preise wären vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs auf dem Terminierungsmarkt zu rechnen wäre. Da davon insbesondere auf Grund der Marktstruktur nicht auszugehen ist, eignet sich dieser Ansatz für die Ermittlung der Terminierungskosten nicht.

2. Benchmarking

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Dies ist nach den Feststellungen im Fall der Telekom Austria nicht gegeben.

3. Kostenorientierung

Telekom Austria ist der wichtigste Zusammenschaltungspartner für alle Anbieter, da nahezu alle Netzbetreiber mit ihr direkt zusammengeschaltet sind. Sie verfügt über ein flächendeckendes Netz und terminiert mit Abstand die meisten Minuten. Darüber hinaus hat sie nach den Feststellungen einen Anreiz, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen. Daher ist es verhältnismäßig, die Terminierungsentgelte auf Basis ihrer Kosten zu regulieren, wobei der FL-LRAIC Ansatz aufgrund des Ausscheidens von vermeidbaren Kosten und Effizienzüberlegungen der geeignete Ansatz ist. Damit wird sichergestellt, dass die Zusammenschaltungspartner nur die für die Erbringung der Terminierung notwendigen Leistungen abgelten.

Für die konkrete Berechnung der Terminierungskosten wurde in den bisher vor der Regulierungsbehörde geführten Verfahren entweder ein Top-Down oder ein Bottom-Up Ansatz oder eine Kombination der beiden Ansätze herangezogen. Bei ersterem geht man von der Netztopologie des marktbeherrschenden Unternehmens aus (wobei es sich diesfalls nur um eine Annäherung an die vom FL-LRAIC konzeptionell geforderten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handeln kann). Bei letzterem modelliert man ein effizientes Netz entweder ohne (Scorched Earth bzw. Greenfield Ansatz) oder unter teilweiser („Scorched Node Konzept“) Berücksichtigung der grundsätzlichen Netztopologie des tatsächlichen Netzes. Mischformen aus Bottom-up und Top-down Modellen sind denkbar.

Die bisherige Regulierungspraxis, die auf FL-LRAIC basierte, hat gezeigt, dass dieser Ansatz den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten fördert, weil alternative Betreiber nur für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Telekom Austria ein Entgelt entrichten mussten. Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs. 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der mit Investitionen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt.

Freilich kann die Regulierungsbehörde solche Kosten nur dann ermitteln, wenn die notwendigen Daten in dem geforderten Detailgrad und in der erforderlichen Form übermittelt werden.

Die Ermittlung der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung soll als Ableitung aus dem für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 notwendigen Kostenrechnungssystem (unten Punkt 7.2.4) möglich sein. Die gemeinsame Nutzung eines einzigen Kostenrechnungssystems sowohl für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 als auch nach § 40 TKG 2003 ist für Telekom Austria nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weniger aufwändig und daher als weniger eingriffsintensiv einzustufen als die Verwendung mehrerer verschiedener Kostenrechnungssysteme. Darüber

hinaus soll durch die Verwendung eines einheitlichen Kostenrechnungssystems Konsistenz gewährleistet werden und Quersubventionierungen hintangehalten werden. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten des Kernnetzes der Telekom Austria ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungs- bzw. Adaptierungsaufwand für Telekom Austria in Zusammenhang mit Kostenmodellen in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass Telekom Austria die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Terminierungsentgeltes einhält bzw. korrekt umsetzt, insbesondere auch da jedem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit offen steht, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Terminierungsentgeltes dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen. Alternativ kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 50 Abs. 2 TKG 2003 einleiten. Dies allerdings nur in begründeten Fällen. Sollte seitens der Telekom-Control-Kommission der begründete Verdacht entstehen, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, so ist die Einleitung eines solchen Verfahrens denkbar.

Mit ihrer Stellungnahme ON 30 forderte die Europäische Kommission die Telekom-Control-Kommission auf, die „*Umsetzung der Verpflichtung zur Kostenorientierung in der Praxis bereits in der vorliegenden SMP-Entscheidung zu präzisieren.*“ Wie bereits im Konsultationsentwurf ausführlich begründet wurde, werden in Marktanalysebescheiden grundsätzlich lediglich die allgemeinen Verpflichtungen im Sinne der §§ 38ff TKG 2003, nicht aber konkrete Entgelte festgelegt. Erst bei Nichteinigung erfolgt eine Anordnung von Terminierungsentgelten in konkreter Höhe. Diese Vorgangsweise ist zum Einen nach der geltenden Rechtslage (§§ 48, 50, 121 TKG 2003 sehen eine Subsidiarität von Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gegenüber Verträgen vor) erforderlich und erweist sich zum Anderen auch als verhältnismäßiger als eine sofortige Anordnung von Terminierungsentgelten, zumal im Wege von bilateralen Streitschlichtungsverfahren die Parteienrechte der Zusammenschaltungspartner bestmöglich gewahrt werden. Eine direkte Anordnung konkreter Terminierungsentgelte im gegenständlichen Marktanalysebescheid ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission – auch im Hinblick auf die am 18.12.2006 beschlossenen Bescheide betreffend die Mobilterminierungsmärkte (M 13a-f/06 bzw. AT/2006/0538), bei denen in gleicher Weise vorgegangen wurde – nicht zweckmäßig.

Um allerdings den Bedenken der Europäischen Kommission bezüglich einer Präzisierung der Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten im Sinne des § 129 Abs. 2 TKG 2003 weitest möglich Rechnung zu tragen, wird als Präzisierung der Verpflichtung der Telekom Austria ausdrücklich auf die Empfehlung der Kommission vom 19. September 2005 über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation vom 19.09.2005 (2005/698/EG) verwiesen, die detailliertere Beschreibungen des FL-LRAIC-Ansatzes enthält als die konsultierten Entscheidungsentwürfe.

7.2.2.3. Verhältnismäßigkeit:

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Nach den Feststellungen (Punkt B.3.2.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle ist daher auch verhältnismäßig.

7.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung

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.

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

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, Erläuterung zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003). Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher, eine Gleichbehandlung zwischen alternativen Zusammenschaltungspartnern untereinander zu erreichen, um zu verhindern, dass es zum Ausnutzen von fehlender Verhandlungsmacht bei manchen Zusammenschaltungspartnern sowie zum Bevorzugen durch ausschließliches Anbieten von Terminierungsleistungen an bestimmte Zusammenschaltungspartner durch Telekom Austria kommen kann. Ein zweiter Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es, Gleichbehandlung zwischen der Telekom Austria (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den Zusammenschaltungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu erreichen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass mittels einer Gleichbehandlungsverpflichtung sichergestellt werden kann, dass die (Vor-)Leistung allen Abnehmern zu denselben Konditionen angeboten wird. In einer breiteren Auslegungsvariante kann mittels eines Diskriminierungsverbots auch das Verhältnis zwischen „externer“ – gegenüber fremden Abnehmern der Vorleistung - und unternehmensinterner Leistungserbringung geregelt werden. Aus der hintanzuhaltenden Schlechterstellung eines Zusammenschaltungspartners gegenüber dem Endkundenbereich der Telekom Austria ergibt sich, dass die dem Zusammenschaltungspartner verrechneten Kosten für die Bereitstellung der Terminierungsleistung sowie für notwendige Annexleistungen nicht höher sein dürfen als die, die dem Endkundenbereich der Telekom Austria verrechnet werden.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher als unterstützendes Regulierungsinstrument zur Zugangsverpflichtung anzusehen. In diesem Sinne ist sie im komplementären Zusammenspiel mit den anderen in diesem Bescheid angeordneten Regulierungsinstrumenten als angemessen anzusehen.

Wie festgestellt (Punkt B.3.2.3) ist zur Verhinderung bzw. Minderung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 als auch eine Verpflichtung zur

Veröffentlichung und laufenden Aktualisierung eines Standardangebots nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich.

Als Form der Veröffentlichung des Standardangebots erscheint der Telekom-Control-Kommission wie bisher eine Veröffentlichung auf der Unternehmenshomepage als zweckmäßig. Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass ein analoges Standardangebot bereits besteht, das Telekom Austria im Wesentlichen übernehmen kann. Auf Punkt 7.2.1.2, wonach Telekom Austria geänderte Bedingungen zum Bereich der Mindestauslastung in das Angebot aufzunehmen hat (wenn sie solche grundsätzlich vorsieht), wird verwiesen.

Nach den Feststellungen (Punkt B.3.2.3.3) sind gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

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

Nach den Feststellungen (Punkt B.3.2.4) ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Diese Gliederung entspricht der bereits bisher (Bescheid M 8a/03-30) vorgeschriebenen und zuletzt im Verfahren M 8a/03 überprüften Gliederung, so dass feststeht, dass Telekom Austria bereits derzeit über eine entsprechende getrennte Buchführung und über das für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung erforderliche Kostenrechnungssystem (Spruchpunkte 2.5 und 2.6) verfügt. Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der geschilderten Granularität (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) erscheint daher auch diesem Gesichtspunkt als angemessen.

7.2.5. 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 Veröffentlichungsverpflichtungen auferlegen, die Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte betreffen (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 SZA alle für die allgemeine Zusammenschaltung

notwendigen Informationen verfügbar zu sein haben. Informationen, die andere Zugangsformen betreffen sind auf Grund der Verpflichtung, einer angemessenen Anfrage nachzukommen bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, da 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.

7.2.6. Weitere Verpflichtungen

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

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

8. Zur Aufhebung der Bescheid M 8a/03-30 auferlegten Verpflichtungen

Da Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 8a/03-30 vom 20.12.2004 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Markt festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit diesem Bescheid 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.

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 8a/03-30 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebots des Bescheides M 8a/03-30 und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sicherstellen möchte, dass die Telekom Austria die (weitgehend) unveränderte Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 8a/03-30 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die Frist für die Legung und (Web-) Veröffentlichung beendet ist und das neue Standardzusammenschaltungsangebot damit bereits veröffentlicht ist.

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

9.1. Allgemeines:

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

Die vorliegende Anordnung gemäß § 37 ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar und wurde den Verfahren der Konsultation und Koordination unterzogen.

9.2. Zu den eingelangten Stellungnahmen:

9.2.1. Zur Stellungnahme des VAT:

Mit Schreiben vom 07.12.2006, ON 29, nimmt der Verband der alternativen Telekom Betreiber (VAT) zum konsultierten Entwurf M 8a/06-14 Stellung. Soweit der VAT in Punkt 1.1 dieser Stellungnahme darauf hinweist, dass in einigen Punkten des Spruchs andere Formulierungen verwendet wurden als in der letzten, den Terminierungsmarkt der Telekom Austria betreffenden Entscheidung der Telekom-Control-Kommission, Bescheid M 8a/03, ist auszuführen, dass diese Adaptierungen keine inhaltlichen Änderungen, sondern lediglich redaktionelle Klarstellungen betreffen. Der jeweilige Inhalt des Spruchs wird im Übrigen entgegen der von VAT geäußerten Meinung im Rahmen der Begründung des Bescheides ausführlich dargestellt, so dass nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission diesbezüglich keine Unklarheiten zu erwarten sind. Zu Spruchpunkt 2.5 wird angemerkt, dass, der Anregung des VAT folgend, als im Anlagenspiegel des Unternehmens darzustellende relevante Kostentreiber statt der im Konsultationsdokument angeführten „Anzahl der Leitungen“ nunmehr die „Verkehrsmengen“ genannt werden.

Die in Punkt 1.2 der Stellungnahme des VAT geforderte Verpflichtung der Telekom Austria, das Kostenrechnungssystem der Telekom Austria regelmäßig zu überprüfen, ergibt sich direkt aus § 42 Abs. 3 TKG 2003, wonach die Anwendung der vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode ist von der Regulierungsbehörde oder einer von ihr beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich zu überprüfen, sowie das Prüfergebnis von der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen ist. Eine diesbezügliche (weitere) Klarstellung im Bescheid ist daher nicht erforderlich.

In Punkt 1.3 der Stellungnahme fordert der VAT eine ausdrückliche Aufnahme eines margin-squeeze-Verbots in den Spruch des Bescheides. Dazu ist grundsätzlich auszuführen, dass margin-squeeze-Strategien als Form des Marktmachtmissbrauchs durch Marktabschottung (foreclosure) nach den der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen, wie insbesondere der Zugangsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.1 und hinsichtlich der vom VAT genannten Preis-, Qualitäts- und zeitlichen Diskriminierungen nach der Nicht-diskriminierungsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.3 untersagt sind. Nach Meinung der Telekom-Control-Kommission ist mit den im vorliegenden Bescheid auferlegten und in den Marktanalysebescheiden betreffend die Festnetzendkundenmärkte vorgesehenen Auflagen, nämlich insbesondere Entgeltkontrollen auf der Vorleistungsebene und Tarifgenehmigung auf der Endkundenebene, ausreichend sichergestellt, dass es nicht zu einem „margin

squeeze“ kommt. Eine gesonderte Aufnahme gerade dieser Form des Marktmachtmissbrauchs in den Spruch ist daher nicht erforderlich.

9.2.2. Zur Stellungnahme der Multikom Austria Telekom GmbH:

Multikom übermittelte eine Stellungnahme (ON 28), in der auf das Thema der Mindestauslastung von Joining-Links eingegangen wird. Dabei stellt Multikom die bisherigen Regelungen zu diesem Thema – Z 30/99, Z 20/01 sowie das aktuelle Standardangebot (RIO 2005) der Telekom Austria – im Überblick dar und thematisiert überdies einige nach Meinung der Multikom mögliche Auslegungen dieser Regelungen. Abschließend kommt Multikom zum Schluss, die Regelung der Mindestauslastung sei *„sittenwidrig und somit nichtig“*. Vorschläge für eine inhaltliche Änderung bzw. Adaptierung der Regelung, die sowohl die Interessen der Telekom Austria als auch die Interessen der Nachfrager nach Zusammenschaltungsverbindungen mit Telekom Austria berücksichtigen würde, macht Multikom nicht, vielmehr sei die Regelung einer Mindestauslastung (zumindest für kleine Betreiber wie Multikom) *„generell abzulehnen“*. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist jedoch eine derartige gänzliche Streichung der Regelung nicht zweckmäßig, da dadurch die möglichen berechtigten Interessen der Telekom Austria nicht berücksichtigt werden würden. So haben auch die bestellten Amtssachverständigen keine gänzliche Streichung der Regelung, sondern eine Adaptierung, die einen Interessenausgleich ermöglicht, vorgeschlagen. Ebenso hat auch die Europäische Kommission keine gänzliche Streichung der Regelung, sondern *„z.B. ... die Reduktion der Mindestanzahl von Verkehrsminuten“* vorgeschlagen. Mangels detaillierter Informationen dazu, wie eine die beiderseitigen Interessen berücksichtigende Regelung ausgestaltet sein könnte, wird daher im gegenständlichen Bescheid vorerst lediglich eine Senkung der monatlichen Minuten vorgeschrieben. Eine weitergehende Adaptierung ist nach wie vor in einem Verfahren nach § 50 TKG 2003 möglich. Auf die Ausführungen in Punkt II.D.7.2.1.2 wird verwiesen.

9.2.3. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission:

Mit ihrer Stellungnahme vom 15.12.2006, ON 30, fordert die Europäische Kommission die Telekom-Control-Kommission auf, die Frage der Adaptierung der bestehenden Regelung zur Mindestauslastung von Zusammenschaltungsverbindungen *„bereits in der vorliegenden SMP-Entscheidung zu behandeln“* und die *„Umsetzung der Verpflichtung zur Kostenorientierung in der Praxis bereits in der vorliegenden SMP-Entscheidung zu präzisieren“*. Diesbezüglich wird auf Spruchpunkt 2.4 und auf die Ausführungen in den Punkten II.D.7.2.1.2 und II.D.7.2.2.2 verwiesen, mit denen dieser Stellungnahme gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 im Rahmen der verfügbaren Marktinformationen und der österreichischen Gesetzeslage weitestgehend Rechnung getragen wurde.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 05.02.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann