

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 20.12.2004 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 8k/03 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass LIWEST Kabelmedien GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH“ iSd § 1 Z 8 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. LIWEST Kabelmedien GmbH wird gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 die spezifische Verpflichtungen gemäß § 42 Abs. 1 TKG 2003 auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) ein Entgelt zu verrechnen, das sich als Ausgangswert am derzeit aktuellen Entgelt der Telekom Austria AG für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 8/03 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, 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.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2003 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Am 15.04.2004 übermittelte UTA Telekom AG, der im gegenständlichen Verfahren keine Parteistellung zukommt, ein Schreiben an die RTR-GmbH über die „weitere Vorgangsweise betreffend Märkteanalyse und Konsultationsverfahren“ (ON 19). Dieses Schreiben wurde am 07.05.2004 von der RTR-GmbH beantwortet (ON 23).

Im Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (ON 25).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass LIWEST Kabelmedien GmbH (im Folgenden „LIWEST“ bzw. „Verfahrenspartei“) auf dem Vorleistungsmarkt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH an festen Standorten (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, LIWEST gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung (auch) in Bezug auf den gegenständlichen Markt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH an festen Standorten einzuräumen; es wurde der Verfahrenspartei daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 8/03 vom Mai 2004 übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, zu den den Markt „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH an festen Standorten“ betreffenden Ausführungen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der Verfahrenspartei langte am 06.07.2004 ein.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Wolfgang Briglauer, 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 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im genannten Erstgutachten vom Mai 2004 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH 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.

Mit Beschluss vom 19.07.2004 hat die Telekom-Control-Kommission das bisher unter M 8/03 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 Verfahrenspartei wurde ab diesem Zeitpunkt unter der GZ M 8k/03 weiter geführt.

Im August 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt. Dieses wurde Telekom Austria samt dem Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*“ zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahme der Verfahrenspartei langte am 07.09.2004 ein.

Am 06.09.2004 fand eine mündliche Anhörung im Beisein der Amtssachverständigen statt.

B. Festgestellter Sachverhalt

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

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) definiert in ihrem § 1 Z 8 diesen Markt wie folgt:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 9 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

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.

Die Vorleistung der Terminierung kann durch keinen anderen Anbieter erbracht werden als den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet 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 („Märkteempfehlung“; vgl. Ziffer 9 des Anhangs).

2. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“

2.1. Marktdefinition:

Entsprechend der TKMVO 2003 handelt es sich um einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung, der die Terminierung von Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen (mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet) in das Netz des jeweiligen – den Markt konstituierenden – Betreibers, im konkreten Fall der Verfahrenspartei, umfasst.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt, sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (netzinterne Terminierung). Bündelprodukte, wie single tandem oder double tandem Terminierung der Telekom Austria, werden in einen Terminierungsteil und einen Transitteil aufgespalten. Zum Terminierungsmarkt zählen ausschließlich Gespräche, aber nicht terminierende Einwahlminuten ins Internet.

Terminierung ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg.

Die Terminierungsleistung ist – da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird – eine Vorleistung, für die der nachfragende Netzbetreiber ein Entgelt (Terminierungsentgelt) an den Anbieter entrichtet. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf Endkundenebene abgeleitet: Für jede Durchführung eines Anrufes eines Teilnehmer eines Netzbetreibers zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob dieser beim selben oder bei einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – wird Anrufzustellung als Vorleistung benötigt.

Hinsichtlich der Verrechnung wird Terminierung mit und Terminierung ohne weitere Vorleistungsumsätze unterschieden. Letztere umfasst insbesondere die Zustellung von Verkehr zu zielnetztarifierten Diensten im jeweiligen Netz. Der die Terminierungsleistung (mit Vorleistungsumsatz) – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundentarife in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPPP) – der Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs. Der Angerufene trägt keine Kosten. In Österreich wird dieses Prinzip – wie auch in anderen europäischen Ländern – von allen

Betreibern angewendet. Da der Angerufene zwar einen Nutzen hat, die Kosten dafür aber nicht trägt, verursacht das CPPP auf der Endkundenebene Externalitäten, die gegebenenfalls zu einer verzerrten Anreizfunktion auf dem Vorleistungsmarkt führen könnten. Denn auf Vorleistungsebene erhält sein 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 wählen kann. Er kann bei Erhöhungen der Terminierungsentgelte auch nicht auf andere Terminierungsnetze ausweichen.

Die Marktanalyse beschäftigt sich daher mit der Frage, ob entweder der eigene Kunde einen Anreiz hat, Druck auf die Terminierungsentgelte auszuüben und/oder ob die nachfragenden Netzbetreiber eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Entgelte des Terminierungsnetzbetreibers ausüben können. Der Wettbewerb oder die Marktmacht auf den einzelnen Terminierungsmärkten ist daher losgelöst vom Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu betrachten.

Die Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches festes Telefonnetz, in welches terminiert wird.

2.2. Größe der Terminierungsmärkte im Vergleich:

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte unterscheiden sich im Wesentlichen in der Menge der abgewickelten Minuten und den erzielten Umsätzen. Die gegenständliche Analyse stellt auf Gesprächsminuten ab. Da die Terminierungsleistung zu einem Teilnehmer nur vom Terminierungsnetzbetreiber erbracht werden kann und auf kein anderes Terminierungsnetz ausgewichen werden kann, ist die Größe kein relevanter Indikator für die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers. Sie könnte aber dennoch eine Rolle in den Verhandlungssituationen spielen, wenn ein Betreiber eines großen Netzes allenfalls aufgrund seines Terminierungsvolumens über eine bessere Verhandlungsposition gegenüber einem kleinen Netzbetreiber einnehmen könnte.

Telekom Austria hat in den ersten drei Quartalen 2003 mit einem Volumen von 7,5 Milliarden Minuten mit Abstand den meisten Verkehr terminiert. Es folgen Priority/Telekabel mit rund 270 Millionen Minuten, UTA mit 140 Millionen und eTel mit 120 Millionen Terminierungsminuten. Die anderen Betreiber terminieren weniger als 100 Millionen Minuten (von Januar bis September 2003).

Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den Umsätzen ab. Die Relation Umsatz zu Verkehrsminuten der Telekom Austria ist niedriger als jene der alternativen Netzbetreiber. Dieser Unterschied ist darauf zurückzuführen, dass die Terminierung im Netz der Telekom Austria größtenteils lokal erbracht wird, für die Terminierung im Netz der ANB hingegen (aufgrund unterschiedlicher Netztopologien) ein Entgelt in Höhe des regionalen Terminierungsentgelts der Telekom Austria verrechnet wird, das höher ist als das lokale.

Eine Differenzierung wird jedoch nach den wirtschaftlichen Gutachten im Hinblick auf die Wettbewerbsprobleme und in der Folge hinsichtlich der Regulierungsinstrumente vorgenommen:

3. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH an festen Standorten“

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind Monopolmärkte (§ 1 Z 8 TKMVO 2003 sowie Ziffer 9 des Anhangs der Empfehlung der

Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors).

Es folgt daraus, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Da jeder neu in den Festnetzsektor einsteigende Netzbetreiber, der Anrufzustellung zu an sein Netz angeschlossenen Teilnehmern anbietet, einen neuen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert, ist das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Terminierungsmarkt nicht möglich.

Weiters wird die Untersuchung einer alleinmarktbeherrschenden Stellung durch die vorgegebene Marktdefinition und auch die Tatsache, dass es in der Vergangenheit auch auf dem gegenständlichen Markt wirksame Eingriffe der Regulierungsbehörde (reziproke Entgelte) gegeben hat (Verfahren gemäß § 41 TKG (1997)), auf wenige Kriterien iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 reduziert.

3.1. Markteintrittsbarrieren

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

3.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind auf Grund der Marktdefinition Monopolmärkte, die Marktanteile liegen daher konstant bei 100%. Ein - von alternativen Netzbetreibern (ANB) in die Argumentation eingebrachter - „betreiberübergreifender“ Terminierungsmarkt existiert daher nach der Märkteempfehlung der EK und der TKMVO 2003 nicht.

Unterschiede – wenn auch nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation – gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte. Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich. Hinsichtlich des Beurteilung, ob SMP-Stellung gegeben ist, kann wegen des Marktanteils aber keine Differenzierung zwischen Telekom Austria und ANBs stattfinden, da die Größenunterschiede bei der SMP-Feststellung letztlich bedeutungslos sind (siehe unten). Sofern relevant werden Größenverhältnisse im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Nicht relevant (und daher einer eingehenden Analyse entzogen) sind die weiteren SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell marktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende SMP-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.

3.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

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

3.4. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Die Terminierungsleistung der alternativen Netzbetreiber wurde über die Reziprozität der Entgelte seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997), erstmals im März 1998 im Verfahren Z 1/97, reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung entzogen, sodass deren Untersuchung auf Basis einer Ex-post-Betrachtung (wie haben sich die Unternehmen in der Vergangenheit verhalten) allenfalls Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen liefern würde. Aus diesem Grund ist eine *Ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter „*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.

3.5. Marktergebnis

Ähnliches gilt für die im Kontext „Marktergebnis“ zu analysierenden Kriterien, wie Performancemaße (Rentabilitätsmaße) oder internationale Preisvergleiche. 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 und wiederum anders gegenüber reinen Verbindungsnetzbetreibern, die auf der Vorleistungsebene nur Leistungen beziehen, nicht aber anbieten.

3.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Terminierungsleistung im Festnetz ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem der Teilnehmer subskribiert ist, erbracht werden. Dies ergibt sich bereits aus der 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 Tarifsysteem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet) trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

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 gegebenenfalls aufzuerlegenden Regulierungsmaßnahmen ist es daher 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 sein würden. 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.

3.7. Nachfrageseitige Gegenmacht

3.7.1. Nachfrageseitige Gegenmacht und Wettbewerbsbeurteilung

Auf resistenten Monopolmärkten wie den Terminierungsmärkten ist die Marktgegenseite (die Nachfrager) letztlich die einzig verbleibende Kraft, die die mit Monopolmärkten normalerweise einhergehende Marktmacht potenziell disziplinieren könnte. Die Beurteilung der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht – die letztlich das Schlüsselkriterium für die Beurteilung von Marktmacht auf den betreiberindividuellen Terminierungsmärkten ist – wird im Folgenden dargestellt.

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

Die Frage der Existenz und des Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht ist vor allem in hoch konzentrierten Märkten zu stellen und besonders relevant auf Märkten, in denen der Anbieter über ein Monopol verfügt. Der Grund dafür liegt darin, dass bei sehr niedriger Marktkonzentration, d. h. vielen kleinen Anbietern mit unbedeutenden Anteilen, eher davon auszugehen ist, dass der einzelne Anbieter Preisnehmer ist, d.h. über keinen oder nur einen geringen Preissetzungsspielraum verfügt. Der ökonomischen Literatur zufolge bestehen für einen rational handelnden Monopolisten Anreize seine Profite zu maximieren, d.h. die Entgelte auf das Niveau des Monopolpreises zu setzen. Die statische Konsequenz eines solchen Verhaltens sind zu geringe Outputmengen, überhöhte Preise und damit einhergehend ein Verlust an Wohlfahrt („dead-weight loss“) und allokativer Verzerrungen.

Im gegebenen Zusammenhang wird ausgehend vom Monopol der Terminierung dargestellt, ob auf den jeweiligen Terminierungsnetzbetreiber nachfrageseitig eine disziplinierende Wirkung in einem Umfang ausgeübt wird bzw. werden kann, dass es diesem unmöglich ist seinen Monopol-Preissetzungsspielraum zu nutzen und sich daher unabhängig von seinen Kunden zu verhalten. Im Extremfall kann sich der Preissetzungsspielraum des Monopolisten aufgrund nachfrageseitiger Gegenmacht derart reduzieren, dass er seinen Preis nicht über das (fiktiv) wettbewerbliche Niveau heben kann. Damit wird die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zu einer Schlüsselfrage für die Beurteilung der Marktmacht des Monopolisten insgesamt. Grundsätzlich können Monopolisten auch durch niedrige Marktzutrittsbarrieren (Bestreitbarkeit des Marktes) zu einem wettbewerbskonformen Preissetzungsverhalten veranlasst werden. Für die Beurteilung der Terminierung ist dies freilich – mangels Bestreitbarkeit auf Grund der Marktstruktur – nicht relevant.

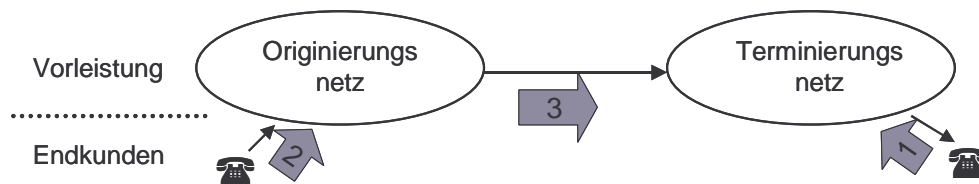
Zunächst ist der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion allgemein darzustellen:

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. Hier wird von den Besonderheiten einer völlig inelastischen, einer völlig elastischen und einer positiv geneigten Nachfragefunktion wie sie

bei Giffengütern gegeben sein kann, abgesehen, da diese im gegebenen Kontext keine Relevanz haben. Die Nachfragefunktion nach externen Terminierungsleistungen dürfte insgesamt relativ unelastisch sein. Die Elastizität der Nachfrage (diese gibt die Mengenreaktion der Nachfrage bezogen auf eine Preisveränderung an) kann unterschiedlich sein, wobei grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeuten. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) restringierende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Dieser allgemein gültige Zusammenhang zwischen Nachfrage und Angebot ist für die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht im Fall von Monopolen nur in der Frage der Preissetzung relevant, in der Gegenmacht der Endkunden geht es vielmehr um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten davon abzuhalten, den Preis auf das für ihn profitmaximierende Niveau des Monopolpreises zu heben und ihn dazu zu zwingen, den Preis den langfristigen Grenzkosten 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 Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Preisdiskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein direkter Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopolmacht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Zur Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf Festnetzterminierungsmärkten wurden die in der folgenden Abbildung dargestellten und im Anschluss daran ausführlich behandelten Fragestellungen untersucht und beurteilt:



RELEVANTE KONSTELLATIONEN NACHFRAGESEITIGER VERHANDLUNGSMACHT

Auf der Endkundenebene:

1. Können Kunden des Festnetzbetreibers, der die Terminierungsleistung erbringt, gegebenenfalls Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausüben? (vgl. Abbildung Pfeil 1)
2. Können rufende Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben? (vgl. Abbildung, Pfeil 2)

Auf der Vorleistungsebene:

Inwieweit können andere Betreiber, die die Festnetzterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben?

Hierbei ist zu unterscheiden, ob der nachfragende Festnetzbetreiber

- ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber auftritt (One-way Access) oder
- ob er selbst über ein eigenes Teilnehmernetz verfügt und daher dem terminierenden Netzbetreiber eigene Terminierungsleistungen anbietet (Two-way Access; vgl. Abbildung, Pfeil 3). Im Two-way Access Fall ist des weiteren zu unterscheiden, ob der die Terminierung nachfragende Betreiber
 - auf gleichen Endkundenmärkten tätig ist (also Festnetzbetreiber ist und damit zum terminierenden Betreiber in direkter Konkurrenz steht) oder
 - ob die Nachfrage von einem Mobilbetreiber ausgeht.

In all diesen Fällen ist nicht nur die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben zu diskutieren, sondern auch zu erörtern, in wie weit Anreize bestehen diese Verhandlungsmacht auszuüben bzw. wie diese Anreize gegebenenfalls kanalisiert werden.

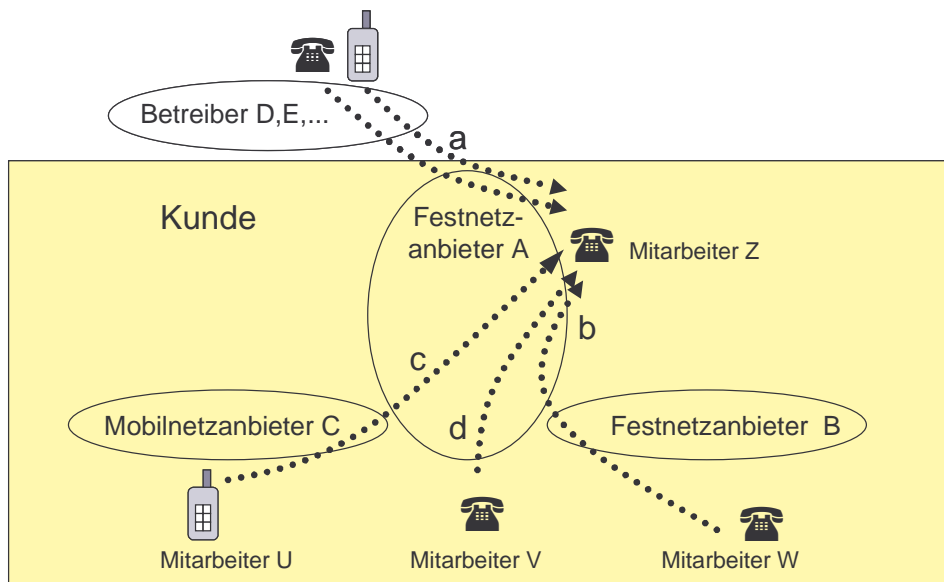
Die weitere Diskussion folgt dieser Unterteilung. Den Ausgangspunkt bildet die Endkundenebene, da die Nachfrage nach Terminierungsleistungen von der Endkundennachfrage abgeleitet ist.

3.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene

3.7.2.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers

Damit der Kunde einen Anreiz hat, seine Gegenmacht auszuüben, muss er mittelbar oder unmittelbar von einer Senkung der Terminierungsentgelte profitieren. Der erzielbare Vorteil muss für ihn signifikant sein und muss auf jeden Fall die anfallenden Transaktionskosten übersteigen.

Die folgende Abbildung zeigt die für die Beurteilung einer möglichen nachfrageseitigen Gegenmacht auf Endkundenebene zu untersuchenden Fälle im Überblick:



FÄLLE NACHFRAGESEITIGER GEGENMACHT DURCH ENDKUNDEN DES TERMINIERUNGSNETZBETREIBERS

Ausgangspunkt der folgenden Darstellung ist die Annahme, der Endkunde sei ein Unternehmen mit nachfrageseitiger Verhandlungsmacht, das über eine größere Anzahl an

Mitarbeitern verfügt, die über das Festnetz angeschlossen sind. Ein Teil dieser Mitarbeiter wird von Festnetzanbieter A versorgt, im vorliegenden Beispiel Mitarbeiter Z in der obigen Abbildung). Es wird zunächst die Terminierung in dieses Festnetz A und die mögliche nachfrageseitige Gegenmacht durch das Unternehmen auf Betreiber A analysiert, wobei zwischen folgenden Konstellationen unterschieden wird:

- Mitarbeiter Z wird von extern (Kunden anderer Betreiber) angerufen (Fall a),
- Mitarbeiter W des Unternehmens ist Kunde des Festnetzbetreibers B und ruft Mitarbeiter Z des Unternehmens, der Kunde des Festnetzbetreibers A ist (Fall b),
- Mitarbeiter U des Unternehmens ruft vom Mobilnetzanschluss des Anbieters C Mitarbeiter Z des Unternehmens, der an Festnetzbetreiber A angeschlossen ist (Fall c)
- Mitarbeiter V des Unternehmens ruft Mitarbeiter Z des Unternehmens, die beide Kunden des Festnetzbetreibers A sind (Fall d).

Fall a) Das Unternehmen wird von Teilnehmern anderer Netze gerufen:

In bestimmten Fällen, wie etwa zur Anbahnung von Geschäften oder im Fall von Serviceleistungen etc. kann ein Unternehmen ein Interesse daran haben, dass dem rufenden Teilnehmer möglichst geringe Terminierungskosten (die wiederum Eingang in dessen Endkundertarif nehmen) in Rechnung gestellt werden. Dieses Interesse könnte seitens des Unternehmens gegenüber seinem Netzbetreiber A artikuliert und gegebenenfalls auch durchgesetzt werden. Dies setzt jedoch voraus, dass eine allfällige Absenkung der Terminierungsentgelte aufgrund nachfrageseitiger Verhandlungsmacht den aus anderen Netzen rufenden Teilnehmer auch erreicht, d.h. sich in dessen Endkundertarifen wieder spiegelt also von dessen Netzbetreiber auch tatsächlich weitergegeben wird. Nachdem weder das Unternehmen noch der eigene Festnetzbetreiber A einen Einfluss auf die Endkundenpreisgestaltung des Netzbetreibers des rufenden Teilnehmers haben, wird sowohl das Interesse des Unternehmens wie auch das des Betreibers A an einer solchen Lösung gering sein. Insbesondere, wenn es sich bei A um einen kleinen Netzbetreiber handelt, werden Betreiber anderer Netze ihre Endkundenentgelte kaum an die veränderten Terminierungsentgelte anpassen, da dies gemessen am zu erwartenden Verkehr einen zu hohen Aufwand für die erforderlichen Adaptierungen bedeuten würde.

Betrachtet man die Interessen des Festnetzbetreibers A, so hat dieser seinerseits abzuwägen, ob eine generelle Absenkung der Terminierungsentgelte für alle Betreiber gegebenenfalls günstiger wäre, als im Fall maximaler Androhung das Unternehmen als Kunden für alle Sprachtelefonieleistungen zu verlieren. Selbst im Fall sehr großer Kunden ist diese Frage rein hypothetisch, da die generellen Erlösrückgänge aus Terminierung die mit dem Unternehmen verbundenen aktiv- und passivseitigen Erträge immer um ein Vielfaches übersteigen werden.

Abgesehen von diesen Überlegungen ist festzuhalten, dass es am Markt viel geeignetere Produkte/Leistungen gibt, um dem Interesse des Unternehmens Rechnung zu tragen. Mit tariffreien Nummern und Nummern mit Tarifobergrenze könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos oder zu einem niedrigen Tarif erreichen. Dem Unternehmen allenfalls entstehende Zusatzkosten können (bei hinreichender Verhandlungsmacht) auch durch niedrigere Entgelte für (andere) bezogene Leistungen abgegolten werden.

Zusammenfassend kann für diesen Fall somit festgehalten werden, dass weder Betreiber A noch das Unternehmen eine generelle Absenkung der Terminierungsentgelte zulassen/anstreben werden.

Fall b) Das Unternehmen ist Kunde zweier Festnetzbetreiber

Die (unterstellte) nachfrageseitige Gegenmacht setzt das Unternehmen in diesem Falle mit dem Ziel ein, dass jene Mitarbeiter des Unternehmens, die Teilnehmer des Festnetzbetreibers A sind, von anderen Mitarbeitern des Unternehmens bei Festnetzbetreiber B günstiger erreicht werden können. Wie im Fall a) stellt sich auch hier zunächst die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass Betreiber B eine Absenkung der Vorleistungskosten für Terminierung an seinen Endkunden – das Unternehmen – weitergibt. Könnte Festnetzbetreiber A sicherstellen, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte nur Mitarbeitern des Unternehmens zugute kommt, so wäre er gegebenenfalls bereit, den Entgang an Terminierungseinnahmen in Kauf zu nehmen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission besteht diese Möglichkeit (abgesehen von den daraus entstehenden Unwägbarkeiten für die Wholesale Verhandlungsposition) aber nicht und bei funktionierendem Wettbewerb am Endkundenmarkt wird Festnetzbetreiber B auch nicht zu einer entsprechenden Tarifgestaltung für das Unternehmen bereit sein. Vielmehr werden beide Betreiber versuchen, das Unternehmen ausschließlich an sich zu binden (Wechsel von Fall b) zu d)) und entsprechend günstige Endkundentarife anbieten. Die ursprünglich externe Terminierung würde damit zur Eigenleistung (netzinterne Terminierung) werden und damit der Preissetzung am Vorleistungsmarkt entzogen. Da auch das Unternehmen ein Interesse an der Minimierung seiner Kommunikationskosten hat und Betreiber spezielle Tarife für Unternehmen (in Form von VPNs) anbieten, wird der Druck des Unternehmens auf Absenkung der Terminierungsentgelte gegebenenfalls anders bedient.

Deshalb lässt sich auch aus dieser Konstellation keine nachfrageseitige Gegenmacht für die Terminierung von Gesprächen aus anderen Netzen ableiten.

Fall c) Das Unternehmen ist Festnetz- und Mobilkunde

Auch wenn das Unternehmen über Mobilnetzanschlüsse verfügt und über diese seine Mitarbeiter, die bei Festnetzbetreiber A angeschaltet sind, erreichen will, kann keine entsprechende Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausgeübt werden. Einige Mobilbetreiber setzen Endkundentarife zu Festnetzen, die in der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten liegen (vgl. dazu den 1-Cent Tarif der tele.ring oder Mobilkom oder 0 Cent bei T-Mobile) und bei größerem Verkehrsaufkommen ins Festnetz sind auch Mobilnetzbetreiber bereit, spezielle Tarife für Anrufe ins Festnetz anzubieten, ist es doch ihr Interesse, das Unternehmen als Kunden zu halten. Aufgrund der niedrigen Tarife im Mobilfunkbereich besteht kein Grund für den Kunden, eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

Fall d) Unternehmensinterne Gespräche

Die Gespräche innerhalb eines Unternehmens können bei einem Festnetzbetreiber über Virtual Private Network (VPN) Lösungen realisiert werden. Diese Lösungen sehen zumeist einen monatlichen Pauschalbetrag vor, wobei Gespräche innerhalb des Unternehmens (nahezu) 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 Festnetzbetreiber zu beziehen.

3.7.2.2. Schlussfolgerung

Es ist davon auszugehen, dass nachfrageseitige Gegenmacht seitens eines Endkunden voraussetzt, dass

- dieser eine signifikante Größe im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen seines Betreibers erreichen muss, sodass der Verlust der mit dem Kunden verbundenen aktiv- wie passivseitigen Einnahmen für den Betreiber höher ist als der mit einer Absenkung der Terminierungsentgelte verbundene Einnahmementgang. Dabei

muss nicht zwingend von nur einem Kunden ausgegangen werden, sofern es gelingt Nachfrage gleichen Interesses zu aggregieren und in eine gemeinsame Verhandlungsposition einzubringen

- die Drohung, den Anbieter gegebenenfalls zu wechseln, glaubhaft sein muss
- sofern die Gespräche in anderen Netzen originieren, die Absenkung auch in den Endkundenentgelten dieser Anbieter abgebildet werden muss und
- die resultierenden Einsparungen über den mit dem Ausüben der Gegenmacht verbundenen Transaktionskosten liegen.

Wie in Fall a) beschrieben wurde, wird es selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen nicht möglich sein wird, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Festnetzbetreiber jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch andere Betreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und andere Produkte mit wesentlich geringeren Folgekosten zur Verfügung stehen um den vom Unternehmen (Kunden) gewünschten Effekt zu erreichen. Im Fall b) (Unternehmen ist Kunde zweier Festnetze) wird sich der Kunde eher für einen Anbieter mit entsprechend günstigen Tarifen für Gespräche im Unternehmen entscheiden, d.h. es besteht ein hoher Anreiz zu Fall d) (unternehmensinterne Gespräche) zu wechseln. In Fall c) hingegen bieten die Mobilbetreiber bereits Produkte zu günstigen Entgelten ins Festnetz an, die auf der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten liegen. Die Untersuchung des Falls d) kommt schließlich zum Ergebnis, dass Gespräche innerhalb eines VPN oder einer Nebenstellenanlage die Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöheln, da diese Anrufe der externen Terminierung entzogen werden.

Es zeigt sich also, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens, gegebenenfalls den Betreiber zu wechseln, glaubhaft gemacht werden kann (was angesichts eines Gesamtportfolios an Leistungen und der damit verbundenen Transaktions- bzw. Wechselkosten durchaus angezweifelt werden kann), keine nachfrageseitige Gegenmacht durch eigene Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte besteht. In jedem Fall ist es für das Unternehmen wie auch für den betreffenden Festnetzbetreiber günstiger, rationaler und effektiver andere Lösungen anzubieten, die im Ergebnis die (unterstellte) nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden unterhöheln. 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.

3.7.2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter

In diesem Fall steht der rufende Kunde weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer (wie im obigen Beispiel Fall a) ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten. Gleichlaufende Interessen wie sie im vorangegangenen Kapitel als gegeben angenommen wurden, sind hier demnach nicht vorhanden. Der rufende Teilnehmer kann entweder Kunde eines anderen Festnetzanbieters oder aber eines Mobilbetreibers sein. Zur Verdeutlichung der Argumentation wird angenommen, es handelt sich i) um einen Schlüsselkunden für den originierenden Anbieter, der gleichzeitig ii) ein besonders hohes Gesprächsaufkommen in ein bestimmtes Festnetz aufweist.

Endkunden (unabhängig von ihrem Gesprächsvolumen) werden kaum die Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Festnetzbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln wird und es daher immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters (der die Endkundenentgelte festlegt) bedarf. 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, im Interesse seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da der Anbieter 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. Dies soll im folgenden Kapitel erörtert werden.

Eine Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter zur Verringerung der Terminierungsentgelte, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Festnetzbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ebenfalls ausgeschlossen werden.

3.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene

Allgemeines

Nach § 22 iVm §§ 48f TKG 2003 sind Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze – wie auch nach der Rechtslage nach dem TKG (1997) – zur Sicherung der Interoperabilität verpflichtet, (auch) über Zusammenschaltungsentgelte zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung entscheidet die Regulierungsbehörde, deren Anordnung, wie nach dem TKG (1997) auch nach dem TKG 2003, eine vertragsersetzende Wirkung zukommt. Diese Rückfallposition führte dazu, dass die Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde und die Öffnungsklauseln in den Verträgen, die eine Anpassung an aktuelle Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsahen, in den Verhandlungen eine zentrale Position einnahm und die Verhandlungsmacht bzw. die Willensbildung dadurch beeinflusst wurde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zustande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden. Dem Rechnung tragend und um eine allfällige Gegenmacht beurteilen zu können, fokussieren die weiteren Darstellungen auf eine (hypothetische) Verhandlungssituation ohne Regulierung („Green-Field-Ansatz“).

Kategorien der Netzbetreiber:

Ein Anbieter von Festnetzterminierungsleistung hat gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten gegebenenfalls eine andere verhaltensrelevante Anreizstruktur als gegenüber einem Betreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb steht. Aus diesem Grund wird im Folgenden zunächst unterschieden, ob ein Mobilfunkbetreiber oder ein Festnetzbetreiber die Terminierungsleistung nachfragt. Der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 entsprechend wird davon ausgegangen, dass sich die Terminierungsleistungen im Festnetz nicht durch Terminierungsleistungen im Mobilnetz substituieren lassen, sondern dass diese in verschiedene Märkte fallen.

In der Beurteilung der Gegenmacht soll weiters unterschieden werden, ob der Nachfrager ein Teilnehmernetzbetreiber ist und daher ebenfalls Terminierungsleistung anbietet (Two-way Access) oder ob es sich um einen Verbindungsnetzbetreiber handelt, der selbst keine Terminierungsentgelte setzen kann, weil er keine Teilnehmer angeschlossen hat (One-way Access). Diese Unterscheidung ist auch durch die anders gelagerte Anreizstruktur motiviert.

3.7.3.1. One-way und gleicher Endkundenmarkt (z.B. Telekom Austria und VNB)

Im One-way access Fall hat der nachfragende Zusammenschaltungspartner nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann damit auf überhöhte Forderungen des Terminierungsnetzbetreibers nicht mit einer gleichartigen Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich

Vorleistungskosten für ihn dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen. In der Regel werden Verbindungsnetzbetreiber (VNB) sich in einer solchen Situation befinden. Da VNB und terminierende Netzbetreiber am nachgelagerten Markt Konkurrenten sind, besteht ein Anreiz für Terminierungsanbieter, durch unangemessene Entgelte die Kosten der Konkurrenten zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung den Nachfrager vom Endkundenmarkt abzuhalten. Insbesondere jene Terminierungsnetzbetreiber, die auf den Endkundenmärkten durch die Aktivitäten der VNB Verbindungsminuten verlieren könnten, werden einen Anreiz haben, diese Maßnahmen verstärkt einzusetzen.

Selbst wenn das Ziel nicht die Schwächung der VNB auf den Endkundenmärkten ist, wird der Monopolist seine gesamte Rente ausschöpfen und den Monopolpreis setzen. Wenn der VNB diesen Preis nicht akzeptiert, könnte er seinen Kunden Gespräche in das betroffene Netz gegebenenfalls nicht mehr anbieten. Abgesehen davon, dass ein solcher Ausschluss (insbesondere von großen Netzen) ihm selbst schaden würde, würden Kunden des VNBs schlichtweg auf andere VNB oder auf ihren Anschlussnetzbetreiber zurückgreifen.

Der VNB hat daher aufgrund fehlender Gegenmacht gar keine andere Wahl als den Monopolpreis zu akzeptieren, umso mehr als dieser für ihn lediglich einen Durchlaufposten zu Endkunden darstellt und seine wettbewerbliche Position nur dann wesentlich geschmälert würde, wenn der terminierende Netzbetreiber mit seinen Entgelten zwischen den Netzbetreibern – oder der eigenen Retailabteilung – diskriminieren würde.

3.7.3.2. Two Way Access und Anreizstrukturen in der Preissetzung

Beim Two-way Access setzen beide Betreiber jeweils Entgelte für Terminierung in ihrem Netz und können dadurch auf unangemessene Preise der Zusammenschaltungspartner anders als der reine VNB reagieren. Die nachfolgende Systematik orientiert sich an der Unterscheidung, ob die Zusammenschaltungspartner auf gleichen Endkundenmärkten tätig sind oder nicht.

3.7.3.2.1. Festnetz - Mobilnetz (verschiedene Endkundenmärkte)

Durch die Tätigkeit auf verschiedenen Endkundenmärkten sind Foreclosure Strategien von geringer Bedeutung. In den Vordergrund tritt das Interesse, die Profite aus der Terminierung zu maximieren. Grundsätzlich besteht nach den Ausführungen des Gutachtens ökonomisch ein Anreiz für den Betreiber, Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen. Welche Höhe diese Monopolpreise haben, hängt nicht nur von den Kosten, sondern vor allem von der Elastizität der Nachfrage ab, d.h. wie sehr die nachgefragte Menge zurückgeht, wenn das Terminierungsentgelt erhöht wird. Jeder Terminierungsmarkt weist eine andere Elastizität auf, weil die Größe eines Netzes mittelbar einen Einfluss auf sie hat. Erhöht ein großer Netzbetreiber seine Terminierungsentgelte signifikant, werden andere Anbieter gezwungen, ihre Endkundenentgelte für Gespräche in sein Festnetz anzupassen, weil ein bedeutender Teil der Festnetzgespräche in diesem großen Netz terminiert. Als Reaktion auf die Erhöhung der Tarife werden die Endkunden (bei hinreichender Transparenz) gegebenenfalls weniger telefonieren. Ein kleiner Netzbetreiber hingegen kann unter bestimmten Umständen ein Terminierungsentgelt über dem eines großen Netzbetreibers setzen, ohne dass er bedeutende Mengenrückgänge befürchten muss, weil die Erhöhung seiner Terminierungsentgelte in den Endkundentarifen der anderen Betreiber nicht oder nur über das allgemeine Tarifniveau berücksichtigt wird. Die Konsumenten treffen ihre Mengenentscheidung auf Basis eines (wahrgenommenen) Durchschnittspreises für Anrufe in Festnetze. Damit ist aber die Verbindung zwischen Terminierungsentgelt und nachgefragter Menge gebrochen. Da kleinere Betreiber damit einen zusätzlichen Anreiz haben, hohe Entgelte zu setzen (Free-rider-Problem; für größere Netzbetreiber ist dieser Anreiz auf Grund des überdurchschnittlichen Einflusses der eigenen Terminierungsentgelte auf den Durchschnittspreis geringer), ist ihr Monopolpreis in der Regel höher als der des großen Betreibers. Monopolpreise führen aufgrund zu hoher Preise und zu geringer Mengen

zu allokativer Verzerrung und damit zu Wohlfahrtsverlusten. Wenn der aus diesen überhöhten Entgelten erzielte Profit für Festnetzendkundenmärkte verwendet wird, gehen damit auch Verzerrungen des Wettbewerbs am Endkundenmarkt einher. Darüber hinaus unterscheiden die Betreiber in den meisten Fällen nicht zwischen den Festnetzen in ihren Endkundertarifen. Die Tariffdifferenzierung wird überdies dadurch erschwert, dass der Kunde nicht unterscheiden kann in welches Festnetz er telefoniert.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass Terminierungsbetreiber ihre Entgelte grundsätzlich auf Monopolpreishöhe setzen werden und dass dieser Monopolpreis für kleine Betreiber tendenziell höher liegt als der des großen Betreibers, weil Terminierungsentgelterhöhungen kleiner Betreiber sich häufig nicht auf die Endkundenpreise niederschlagen bzw. eine Erhöhung nicht wahrgenommen wird und die Mengen nicht zurückgehen.

3.7.3.2.2. Festnetz-Festnetz (gleiche Endkundenmärkte)

In diesem Fall bieten Festnetzbetreiber Terminierungsleistung an und fragen sie jeweils beim anderen nach, zugleich stehen sie sich auf einem oder mehreren Endkundenmärkten als Konkurrenten gegenüber. Die Verbindung durch den Wettbewerb auf Endkundenmärkten beeinflusst auch die Anreizstruktur im Setzen der jeweils eigenen Terminierungspreise. So kann sich etwa durch Anteilsverschiebungen am Anschlussmarkt die Verhandlungsposition der Betreiber auf den Terminierungsmärkten ändern.

Um die Frage zu klären, ob sich die Netzgröße auf die Verhandlungsposition und die Interessen der Betreiber auswirkt, wird in der weiteren Darstellung zwischen der Verhandlungssituation kleiner Betreiber mit kleinen Betreibern bzw. großer Betreiber und kleiner Betreiber unterschieden. Die Konstellation großer Betreiber und großer Betreiber wird nicht untersucht, weil sie auf die österreichische Situation, in der lediglich Telekom Austria als großer Betreiber zu bewerten ist, nicht zutrifft und für die nächsten Jahre im Festnetz auch nicht zu erwarten ist.

1. Kleiner Betreiber – Kleiner Betreiber

Aufgrund positiver Netzwerkexternalitäten (und höherer Einnahmen) haben grundsätzlich alle Betreiber Interesse, ihren Kunden Zugang zum anderen Netz zu gewähren und Netzübergänge zwischen den Netzen zu schaffen, um die Größe des Gesamtnetzes ausnutzen zu können, die Erreichbarkeit sicherzustellen und in den Genuss von Kostenvorteilen zu kommen. Obwohl kleine Betreiber auf gleichen Endkundenmärkten in Wettbewerb stehen, würde eine Verweigerung der Zusammenschaltung und damit die gegenseitige Nichteinreichbarkeit beiden schaden, weil damit beide Netzbetreiber einen Nachteil auf den Endkundenmärkten erleiden, ohne dass es zu einem Ausscheiden des Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt führt. Solche Foreclosure Praktiken werden daher zwischen kleinen Betreiber nicht zu erwarten sein.

Es wird daher auch ohne Regulierung eine Verhandlungslösung angestrebt werden, weil beiderseitiges Interesse an einer Zusammenschaltung gegeben ist. Die Diskussion von Anreizstrukturen vermag diesfalls Aufschlüsse darüber zu geben, in welche Richtung das Ergebnis von Verhandlungen gehen könnte.

Da beide Betreiber auf Monopolmärkten tätig sind, liegt es nahe, davon auszugehen, dass beide sich gegenseitig Monopolpreise anbieten. Die Höhe dieser Monopolpreise bestimmt sich im Wesentlichen aus den Kosten des Betreibers und aus der Preiselastizität der rufenden Kunden. Der Monopolpreis ist jener Preis, zu dem der Profit des Betreibers an den Terminierungsleistungen maximiert wäre. Solche Elastizitäten (als Ausdruck einer Mengenreduktion auf eine Preiserhöhung) können nur dann zum Tragen kommen, wenn sich die Veränderungen von Terminierungsentgelten auch in den Endkundenentgelten niederschlagen. Konkret bedeutet das, dass der Betreiber, der das Terminierungsentgelt

zahlt, dieses dem Kunden über das Endkundenentgelt weiterverrechnet. Ist eine solche Beziehung gegeben, werden die Betreiber ihre Terminierungsentgelte auf Monopolpreishöhe setzen. Ein Betreiber kann daher in Verhandlungen auf Terminierungsentgeltforderungen über den Monopolpreis damit reagieren, dass er diese in den Endkundenpreisen betreiberindividuell berücksichtigt. Dies würde nicht nur zu komplexen Endkundenentgeltstrukturen führen, sondern die Endkunden müssten auch wissen, in welches Netz sie anrufen. Aus der Festnetzzrufnummer ist allerdings das gerufene Netz derzeit nicht ersichtlich.

Eine Weitergabe von Terminierungsentgelten an Endkunden ist eher bei asymmetrischem Verkehr wahrscheinlich, da jener Betreiber, der viel Verkehr in ein anderes Netz terminiert, von diesem aber wenig Verkehr zur Terminierung übergeben erhält, den resultierenden negativen Mengensaldo entweder durch höhere Terminierungsentgelte zu kompensieren versuchen wird, oder die Kosten an seine Endkunden weitergibt, sofern der Wettbewerb am Endkundenmarkt dies zulässt. Daraus wird deutlich, dass bei asymmetrischem Verkehr kein Anreiz vorhanden ist, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen.

Bei symmetrischem Verkehr saldieren sich die terminierenden Mengen zu Null und bei gleichen Entgelten heben sich die Einnahmen beider Betreiber auf. In einer solchen Situation spielt die Höhe des Entgelts eine geringe Rolle, da der resultierende Saldo aus Terminierungsumsätzen gleich Null ist. Im Verhandlungsfall ohne Regulierung ist eine Einigung auf Entgelte unterschiedlicher Höhe bei symmetrischem Verkehr wenig wahrscheinlich.

2. Großer Betreiber – kleiner Betreiber

Diese Verhandlungssituation unterscheidet sich von ersterer dadurch, dass der große Betreiber durch die Verweigerung der Zusammenschaltung den kleinen Betreiber, der auf die Terminierungsleistung in das große Netz angewiesen ist, als Konkurrent aus dem Endkundenmarkt drängen und gleichzeitig erwarten kann, dass die Kunden des Konkurrenten zu ihm wechseln (Foreclosure). Damit überträgt der große Betreiber die Marktmacht des Terminierungsmarktes auf die Endkundenmärkte.

Da die Interoperabilitätsverpflichtung eine solche endgültige Verweigerung der Zusammenschaltung nicht zulässt, bleibt den Betreibern als Aktionsparameter das Setzen der Terminierungsentgelte. Da Monopolmärkte betrachtet werden, wird wieder von Monopolpreisen ausgegangen.

Wie ausgeführt, wird der große Betreiber den Monopolpreis setzen, wenn sich die Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten des kleinen Betreibers wieder finden und er mit der Preiselastizität der Kunden des kleinen Netzbetreibers konfrontiert ist. Terminierungsentgelte über dem Monopolpreis würden gegebenenfalls seine kurzfristigen Profite schmälern und erscheinen auf den ersten Blick nicht rational. Dennoch könnte der große Betreiber dies tun, wenn er damit die Endkundenpreise seines Konkurrenten erhöhen und ihn aus dem Endkundenmarkt drängen könnte, um langfristig seine Profite zu maximieren.

Der kleine Betreiber könnte andererseits aufgrund der fehlenden Abbildung seiner Terminierungsentgelte auf betreiberindividuelle Endkundenentgelte seine Terminierungsentgelte sehr hoch setzen, ohne einen entsprechenden Mengenrückgang befürchten zu müssen. Eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte des kleinen Betreibers kann der große Betreiber ausüben, indem er so hohe Entgelte zu setzen droht, dass der kleine Betreiber auf Endkundenmärkten seine Dienste nicht mehr kompetitiv anbieten kann. Freilich wäre als Gegenreaktion auf den Druck des großen Betreibers zu erwarten, dass der kleine Betreiber wiederum seine Terminierungsentgelte erhöht, um den Terminierungsumsatzsaldo auszugleichen. Solange er keine Mengenrückgänge befürchten

muss, sind dem Preissetzungsspielraum keine Grenzen nach oben gesetzt. Solche Reaktionen werden insbesondere von asymmetrischen Verkehrsflüssen begünstigt, weil die Betreiber durch hohe Entgelte den Umsatzsaldo zu verringern versuchen.

Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass in einigen Ländern kleinere Netzbetreiber ein höheres Terminierungsentgelt über Jahre halten konnten, ohne dass eine nachfrageseitige Gegenmacht diese senken konnte, unabhängig davon, ob der Nachfrager ein Mobil- oder Festnetz Kunde ist. In Belgien forderte ein Kabelnetzbetreiber, Telenet, eine vierfache Erhöhung seiner Terminierungsentgelte und begründete sie mit seinen hohen Durchschnittskosten, die auf die geringen Terminierungsminuten zurückzuführen sind. Die nachfragenden Betreiber konnten dieser Forderung nicht durch Gegenmacht entgegenwirken.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass es unabhängig von der Größe der Betreiber grundsätzlich keine Anreize gibt, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen. Im Gegenteil wären sogar Terminierungsentgelte über den Monopolpreis ökonomisch argumentierbar.

Verhandlungsasymmetrie durch Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte eines Zusammenschaltungspartners

Die bisherige Betrachtung ließ eine mögliche Regulierung außer Betracht. Wenn nun die Terminierungsentgelte eines der Verhandlungspartner reguliert werden, kann er seine Entgelte nicht mehr autonom setzen und er verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner – unabhängig von seiner Größe – jegliche preisliche Verhandlungsmacht. Damit entsteht eine Verhandlungssituation, in dem eine Partei an die Auflagen der Regulierungsbehörde gebunden ist, während die andere Partei ihre Entgelte ohne Gegenmacht setzen kann. An Stelle der preislichen Verhandlungsmacht kann das regulierte Unternehmen freilich auf nicht-preisliche Taktiken zurückgreifen, um den Zusammenschaltungspartner unter Druck zu setzen. Zu solchen Instrumenten gehören Verzögerungen (z.B. der Teststellungen), mindere Qualität oder schlechtere Serviceleistungen. Inwieweit dadurch ein preisdisciplinierender Druck ausgeübt werden kann, hängt letztlich von den Parametern ab, die das regulierte Unternehmen setzen kann. Diese Taktiken sind nur kurzfristig einsetzbar und verlieren mit wachsender Größe des Partnernetzes an Bedeutung, da der Zusammenschaltungspartner für das regulierte Unternehmen wichtiger wird.

Die beschriebene Situation ist jener des One-way access sehr ähnlich. Der unregulierte Betreiber könnte hohe Terminierungsentgelte setzen, während er niedrigere regulierte Terminierungsentgelte an das regulierte Unternehmen leistet. Diese Differenz kann nicht nur die Profitabilität des regulierten Unternehmens gefährden, sie würde auch Ineffizienzen durch Übergewinne und in weiterer Folge eine (den Wettbewerb verzerrende) Subvention der Endkundenmärkte mit sich bringen.

3.7.3.3. Schlussfolgerung

Im One-way Access Fall kann der nachfragende Betreiber, der selbst keine Anrufe terminiert, keinerlei nachfrageseitige Gegenmacht ausüben. Im Gegenteil, der Terminierungsnetzbetreiber hat einen Anreiz, die Kosten des Nachfragers, der gleichzeitig Konkurrent am selben Endkundenmarkt ist, zu erhöhen und damit über die Höhe der Entgelte Foreclosure zu betreiben.

Für den Two-way Access Fall lassen sich wieder zwei Unterfälle unterscheiden, nämlich ob der Terminierungsnetzbetreiber mit dem Nachfrager im Wettbewerb auf Endkundenmärkten steht (Festnetz-Festnetz) oder nicht (Festnetz-Mobilnetz).

Im Festnetz-Mobilnetz Fall haben beide Betreiber ein Interesse an der Zusammenschaltung, sodass Foreclosure-Strategien nicht zielführend wären. Beide setzen den Monopolpreis, wobei kleinere Netzbetreiber mit einer unelastischeren Nachfragekurve konfrontiert sind, weil Erhöhungen ihrer Terminierungsentgelte sich am Endkundenmarkt des Nachfragers kaum widerspiegeln. In Konsequenz können sie ein weitaus höheres Entgelt für Terminierung setzen. Das Setzen von Entgelten über den Kosten führt zu Wohlfahrtsverlusten.

Im Festnetz-Festnetz Fall hätte ohne die Interoperabilitätsverpflichtung der große Betreiber gegenüber einem kleinen ein Interesse, den Zugang zu verweigern und ihn damit vom Endkundenmarkt auszuschließen. Aber selbst wenn Erreichbarkeit sichergestellt werden muss, kann der große Betreiber seine Entgelte über dem Monopolpreis setzen. Wenn der kleine Betreiber diese Entgelte bei seinen Endkundentarifen berücksichtigen muss (und dies wird insbesondere bei asymmetrischem Verkehr der Fall sein), dann werden die Kunden des kleinen Netzbetreibers aufgrund der hohen Endkundenentgelte gegebenenfalls das Netz wechseln. Daher wird der kleine Betreiber wiederum bestrebt sein, seine Terminierungsentgelte auf eine Höhe anzuheben, die den Umsatzsaldo aus Terminierungsentgelten niedrig hält.

Bei symmetrischem Verkehr spielt bei gleichen Entgelten die Höhe der Terminierungsentgelte eine geringe Rolle.

Zusammenfassend verfügt – unabhängig von seiner Größe – in keinem Fall ein Netzbetreiber über Gegenmacht gegenüber der Verfahrenspartei. Vielmehr können die Terminierungsentgelte erhöht werden, ohne dass einer der Verhandlungspartner eine preisdisciplinierende Wirkung entfalten kann.

3.8. Vertikale Integration und Marktmachtübertragung

3.8.1. Vertikale Integration und Wettbewerbsbeurteilung

Ein vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene tätig ist, kann seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen (potentiell kompetitiven) Markt übertragen. Der Anreiz einer solchen Marktmachtübertragung liegt für ein gewinnmaximierendes Unternehmen darin, dass es auf einem weiteren Markt keiner Einschränkung bei der Preissetzung durch andere Anbieter unterliegt, und in der Folge auch auf diesem Markt überhöhte Preise verlangen und hohe Profite lukrieren kann. Um das zu erreichen, wird das Unternehmen Konkurrenten vom potentiellen Wettbewerbsmarkt verdrängen oder potentielle Markteinsteiger abschrecken. Dieser Anreiz wird noch zusätzlich erhöht, wenn das Unternehmen bereits einige Investitionen getätigt hat und sich darunter auch versunkene Kosten befinden, da die Option eines Marktaustrittes dadurch sehr unwahrscheinlich wird. Damit schafft es Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten, wo ohne Übertragung von Marktmacht der Wettbewerb gegebenenfalls funktionieren würde.

Es lassen sich drei Typen von Strategien der Marktmachtübertragung unterscheiden:

1. **Verweigerung des Zugangs:** Das Unternehmen verweigert Produkte oder Dienste des Vorleistungsmarktes, auf dem es Marktmacht besitzt, mit der Absicht, dass die Konkurrenten ihre Dienste am nachgelagerten Markt nicht erbringen können und daher aus dem Markt ausscheiden. Damit schwächt oder verhindert es den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.
2. **Übertragung von Marktmacht mittels Preissetzung:** Ein Unternehmen überträgt seine Marktmacht durch Preise, indem es durch Diskriminierung bei Preisen auf Vorleistungsmärkten die Kosten der auf nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen erhöht und sich selbst damit einen Wettbewerbsvorteil am nachgelagerten Markt verschafft.

3. **Übertragung von Marktmacht mittels qualitativer Variablen:** Ein Unternehmen verweigert nicht unmittelbar den Zugang, sondern versucht durch nicht preisliche Maßnahmen den Zugang zu erschweren und die (Transaktions)kosten der Konkurrenten zu erhöhen. Solche Maßnahmen können das Ausnutzen von Informationsvorsprüngen, um die eigene Wettbewerbsposition zu verbessern oder den Konkurrenten Informationen vorzuenthalten, die für das erfolgreiche Agieren am Markt notwendig wäre, Diskriminierung in der Qualität gegenüber Dritten, Verzögerungen bei Tests und andere (Vgl. European Regulators Group (ERG), 2003) sein.

Wenn das Unternehmen auf mehreren Vorleistungsmärkten tätig ist, kann es seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen Vorleistungsmarkt übertragen (horizontale Marktmachtübertragung).

Die Strategien können für Österreich nicht empirisch nachgewiesen werden, da der Markt bislang der Regulierung unterworfen ist und die Regulierungsbehörde Marktmachtübertragungen unterband. Daher wird im folgenden Kapitel untersucht, zu welchem Verhalten ein marktmächtiges Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung (Green-Field-Ansatz) einen Anreiz hätte.

3.8.2. Untersuchung der vertikalen Integration

3.8.2.1. Verweigerung des Zugangs

Wie oben dargestellt, ist die Verweigerung der Zusammenschaltung nur im Falle eines Netzbetreibers mit vielen Terminierungsminuten („großer Betreiber“) sinnvoll. Daher bestehen nur für Telekom Austria, nicht aber für die Verfahrenspartei, Anreize, diese Art der Marktmachtübertragung auszuüben.

3.8.2.2. Marktmachtübertragung mittels Preis

Diese Maßnahme steht allen Terminierungsbetreibern offen und wurde ausführlich dargestellt. Wenn ein Betreiber für die Terminierung Entgelte verlangt, die über seinem eigenen internen Verrechnungspreis liegen oder deren Differenz zum Endkundenpreis alternative Betreiber de-facto vom Endkundenmarkt ausschließt, dann betreibt er Margin Squeeze und überträgt seine Marktmacht auf die relevanten Endkundenmärkte. Damit könnte er in potentiell kompetitiven Endkundenmärkten niedrigere Preise als sein von der Vorleistung abhängiger Mitbewerber anbieten. Überdies führt dies zu allokativen Wohlfahrtsverlusten.

3.8.2.3. Marktmachtübertragung mittels nicht preislicher Variablen

Diese Maßnahmen (z. B. Verzögerungen, das unangemessene Bedingungen für Sicherheitsleistungen, Bankgarantien, proprietäre Standards etc.) steht zwar theoretisch allen Betreibern offen, doch am effektivsten kann ein großer Betreiber durch nicht preisliche Maßnahmen Wettbewerbsvorteile ziehen, weil derartigen Maßnahmen dem kleinen Betreiber eher nachteilig sind. Von der Verfahrenspartei sind derartige Marktmachtübertragungen daher nicht zu erwarten.

3.8.2.4. Horizontale Marktmachtübertragung

Wenn ein Unternehmen in zwei vertikal nicht zusammenhängenden Märkten tätig ist und auf dem einen Markt über Marktmacht verfügt, kann es unter bestimmten Umständen seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen übertragen. Dies kann insbesondere im Rahmen vom Bündelprodukten geschehen, indem das besagte Unternehmen seinen Konkurrenten das für sie notwendige Produkt nur zusammen mit für die Leistungserstellung nicht notwendigen Produkten anbietet.

Für den Terminierungsmarkt kommt insbesondere der Transitmarkt als ein solcher zweiter Markt in Frage. Vorausgesetzt der Transitmarkt sei ein potentiell kompetitiver Markt, hätte insbesondere Telekom Austria Anreize, das Produkt Originierung nicht mehr getrennt anzubieten, sodass die Betreiber dann nur mehr das Bündelprodukt Originierung und Transit beziehen könnten. Damit könnte Telekom Austria ihre Marktmacht auf den Transitmarkt übertragen. Ihre Konkurrenten am Transitmarkt könnten keine adäquaten Bündelprodukte mit Terminierung in das Netz der Telekom Austria anbieten, sodass sie einen Teil ihrer Kunden an Telekom Austria verlieren würden, selbst wenn sie die Transitleistung günstiger anbieten würden. Dies hätte auch erhebliche Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs bei Transitleistungen. Bisher wurden solche Bündelprodukte (single und double tandem Originierung) reguliert. Von der Verfassungskommission sind derartige Marktmachtübertragungen auf Grund ihrer (möglichen) Stellung am Transitmarkt jedoch nicht zu erwarten.

3.8.3. Schlussfolgerung

Im Falle einer Aufhebung der Regulierung auf dem Terminierungsmarkt steht das Instrument der Marktmachtübertragung zwar theoretisch allen Betreibern zur Verfügung, doch insbesondere Telekom Austria, als großer Netzbetreiber würde von den möglichen Wettbewerbsvorteilen auf den nachgelagerten Märkten profitieren. Nicht preisliche Maßnahmen, um Marktmacht zu übertragen wären in erster Linie nur für Telekom Austria sinnvoll, um die Zusammenschaltung mit Konkurrenten der nachgelagerten Märkte zu verzögern, ihnen Informationen vorzuenthalten oder unangemessene Forderungen zu stellen. Theoretisch könnten zwar alle Betreiber, die sowohl auf dem Terminierungs- als auch auf dem Transitmarkt tätig sind, Anreize haben, durch Bündelprodukte ihre Macht vom Terminierungsmarkt auf den Transitmarkt zu übertragen, bei kleinen Betreibern wie der Verfassungskommission sind derartige horizontale Marktmachtübertragungen nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission jedoch unwahrscheinlich.

3.9. Bisherige Regulierung und Reziprozität

Die Regulierungsbehörde hat seit der Entscheidung Z 1/97 vom März 1998 (bzw. mit Ersatzbescheid vom Februar 2004) über die Zusammenschaltungsentgelte der Telekom Austria indirekt auch die Entgelte der Festnetz-Zusammenschaltungspartner festgelegt. Zuletzt wurden reziproke Entgelte in den Entscheidungen Z 10/03 und Z 12/03 für den Zeitraum ab 01.10.2003 angeordnet. Reziprozität bedeutet dabei, dass für gleichwertige Leistungen die gleichen Entgelte angemessen sind.

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).

Der Umstand, dass die Terminierungsentgelte auf unterschiedlichen Niveaus festgelegt wurden, spiegelt die unterschiedlichen Netzarchitekturen der Telekom Austria und der ANBs wieder. Netze alternativer Betreiber haben im Gegensatz zum Telekom Austria Netz nur eine Ebene von Vermittlungsstellen. Daraus folgt, dass die Netzstruktur eines alternativen Betreibers keine unterschiedlichen Verkehrsarten wie im Telekom Austria Netz zulässt und für Terminierungsleistungen jeweils das regionale Entgelt zur Verrechnung gelangt (V39=V3). Dieses Entgelt hängt weder von der tatsächlichen Ausgestaltung des Netzes, noch von der Verkehrsführung im Netz noch von der Anzahl der Vermittlungsstellen oder der überwundenen Distanz ab. Die Reziprozität wird nicht streng in dem Sinne ausgelegt, dass die Entgelte der Telekom Austria identisch auf die Topologie des alternativen Netzbetreibers

angewendet werden. Die wenigen VSten in den Netzen der ANB weisen daraufhin, dass weniger Vermittlungsleistungen in Anspruch genommen und größere Distanzen zurückgelegt werden, sodass die erfolgte regionale Festlegung eine gute Annäherung der durchschnittlichen Terminierungsleistung alternativer Anbieter ist.

Nach dem Gutachten der Amtssachverständigen vom Mai 2004 sind die Durchschnittsentgelte der alternativen Netzbetreiber in der Regel höher, als jene der Telekom Austria. Sie bewegen sich im großen und ganzen innerhalb der angeordneten Entgeltbreiten zwischen den peak und off-peak Werten für das regionale Entgelt der Telekom Austria.

Im Netz der Telekom Austria – und nur in diesem – wird zwischen Zusammenschaltungsleistungen auf lokaler, regionaler, nationaler Ebene unterschieden. Für diese Ebenen legte die Regulierungsbehörde lokale, regionale (single tandem) und nationale (double tandem) Entgelte fest.

3.10. Zusammenfassung betreffend das identifizierte Wettbewerbsproblem aus ökonomischer Sicht:

Im wirtschaftlichen Gutachten vom Mai 2004 wurde für alle individuellen Terminierungsmärkte und damit auch für den der Verfahrenspartei, für den Fall der Nicht-Regulierung das potentielle Wettbewerbsproblem identifiziert, dass alle Terminierungsnetzbetreiber einen Anreiz haben, exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

4.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) folgende vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten. Es wird darüber hinaus eine Verbindung zu den in den §§ 38 bis 46 oder 47 Abs. 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsinstrumenten hergestellt.

4.1.1. 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 gelindeste 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.

4.1.2. 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.¹ 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

¹ 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.

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.

4.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem 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, infrastrukturbasiertem 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.

4.1.4. 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 soll nun im weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

4.2. Regulierungsinstrumente für den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Telefonnetzen der LIWEST Kabelmedien GmbH 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. Die zugrunde liegende Infrastruktur zum Teilnehmer ist kaum replizierbar, die Sinnhaftigkeit einer Duplizierung ist überdies volkswirtschaftlich fraglich, sodass der Einsatz der Regulierungsinstrumente vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen fokussiert.

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). Würde man das Ziel verfolgen, Wettbewerb in den Terminierungsmärkten zu fördern, müsste man zu viel eingriffsintensiveren Mitteln greifen, die weit reichende Auswirkungen auf die Konsumenten und den Markt hätten. Eine solche Maßnahme wäre der Übergang vom Calling-Party-Pays Prinzip (Anrufer zahlt für den Anruf) zu einem Receiver-Party-Pays Regime (Angerufene zahlt für den Anruf). Dies erscheint jedoch unverhältnismäßig, insbesondere, da mit gelinderen Mitteln das Auslangen gefunden werden kann (siehe unten). Auf dem Terminierungsmarkt der Telekom Austria treten mehr Wettbewerbsprobleme als in den anderen Terminierungsmärkten auf, weil sie mit großem Abstand die meisten Minuten terminiert und wegen der vielen angeschlossenen Teilnehmer der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist, woraus sich Anreize zu Foreclosure-Strategien durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zur Terminierungsleistung im Netz der Telekom Austria ergeben. Ein kleiner Betreiber hat im Gegensatz dazu keine Möglichkeiten zu solchen Praktiken, weil die Verweigerung der Terminierung von Gesprächen in sein Netz keinen entsprechenden Foreclosure-Effekt für Mitbewerber nach sich ziehen wird (Mitbewerber sind auf die Terminierungsleistung nicht im selben Ausmaß angewiesen wie dies für das Netz der Telekom Austria gilt). Eine Verweigerung der Terminierungsleistung durch Telekom Austria kann jedoch dazu führen, dass der Zusammenschaltungspartner aus dem Markt austreten muss und die Kunden des Konkurrenten möglicherweise zur Telekom Austria wechseln.

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

4.2.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Darunter ist hinsichtlich der Terminierung insbesondere das Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen, die Führung von Verhandlungen, die Ermöglichung von Kollokation, die Zusammenschaltung von Netzen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge zu verstehen. Das TKG 2003 schließt weitere Zugangsverpflichtungen nicht aus. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Da dieses Regulierungsinstrument Wettbewerbsprobleme wie Verweigerung des Zugangs adressiert, derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 aufzuerlegen.

4.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003

4.2.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht am Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um exzessive Preise zu setzen. Andernfalls könnte es Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder Mitbewerber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen (Margin Squeeze). Die Auferlegung dieser Verpflichtung hat unter Berücksichtigung der Investitionen des Betreibers und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erfolgen.

Die Entgeltkontrolle adressiert, im Gegensatz zur Zugangsverpflichtung Foreclosure-Strategien über das Setzen exzessiver Zugangspreise (vgl. ERG (2004), S. 35). Darüber hinaus führen überhöhte Preise zu einer geringeren Menge an Terminierungsleistungen als jener, die sich bei effektivem Wettbewerb einstellen würde, sofern die Nachfrage nicht vollkommen preisunelastisch ist, wovon nicht auszugehen ist. Dadurch entstehen allokativen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste.

4.2.2.2. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv (d.h. direkt und der Natur des Problems angemessen) das identifizierte Problem der exzessiven Preise zu adressieren (vgl. ERG (2004), S. 82). Im Falle persistenter Monopole (Prinzip 2) ist der Maßstab der Kostenorientierung anzuwenden, da damit allokativen und produktiven Ineffizienzen hintangehalten werden können. Dieses Regulierungsinstrument vermag somit auch zu verhindern, dass ein Betreiber überhöhte Preise festsetzt, um die Zusammenschaltungskosten seiner Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten – bis hin zu einer Verdrängung (foreclosure) – zu verschlechtern. Gleichzeitig unterbindet das Instrument etwaige Quersubventionen auf andere Märkte.

Im Fall der Verfahrenspartei ist aus ökonomischer Sicht Benchmarking als Preisermittlungsmethode zweckmäßig, weil der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen möglichen Preissetzungsverfahren (insbesondere Kostenorientierung nach dem

Standard der FL-LRAIC) ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß für die Implementierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung, übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Verglichen zu anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Daher ist im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob andere, gelindere Instrumente bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen entfalten können.

4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Als Alternative zur Entgeltkontrolle in der Ausprägung Kostenorientierung ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle ersetzen kann (vgl. ERG (2004), S. 82). 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 denkbar, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese Maßnahme wie dargestellt unverhältnismäßig, da die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, wenn ein getrennte Buchführung einzuführen ist, als wenn Entgelte auf der Basis von Benchmarks ermittelt werden.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung ist also im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht das geeignetere Mittel, um das Problem exzessiver Preise adäquat zu adressieren.

4.2.2.4. Fazit

Die Entgeltkontrolle unter Berücksichtigung von Benchmarks stellt trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive Instrument dar, das dem Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise am Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei begegnen kann.

4.2.3. **Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003**

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. Da derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 aufzuerlegen.

4.2.4. **Getrennte Buchführung - § 40**

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

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die Feststellungen zur Entgeltkontrolle (Punkt 4.2.2) verwiesen.

4.2.5. Transparenzverpflichtung

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu liefern und zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher 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.

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist, ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

4.3. Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden. 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. Zu nennen sind hier eine Verpflichtung der Unternehmen zur Umstellung des Verrechnungsprinzips (Calling-Party-Pays-Prinzip auf ein Receiving-Party-Pays-Prinzip). Diese Verpflichtungen erscheinen jedoch unpraktikabel und darüber hinaus wesentlich eingriffsintensiver, als jene, die mit dem gegenständlichen Bescheid vorgeschrieben werden. Im Übrigen wären deren Gesamtauswirkungen auf den gesamten Sektor nicht abschätzbar.

5. Die Sicht anderer europäischen Regulierungsbehörden zum Markt „Anrufzustellung in einzelnen Telefonnetzen an festen Standorten“

Im Rahmen von Verfahren gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie; vgl. § 129 TKG 2003) wurden von anderen nationalen Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Analysen bzw. Maßnahmen betreffend die Märkte „Anrufzustellung in einzelnen Telefonnetzen an festen Standorten“ gemäß Z. 9 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 betreffend relevante Produkt- und Dienstemärkte europaweit kommuniziert. Im Folgenden sollen die Erkenntnisse dieser Analysen und gegebenenfalls die Kommentare der Europäischen Union (bzw. gegebenenfalls der anderen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union) gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie – soweit sie bekannt sind – zusammengefasst dargestellt werden. Die den Zusammenfassungen zugrunde liegenden Informationen stammen vom CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

5.1. Finnland

Die finnische Regulierungsbehörde FICORA notifizierte am 21.11.2003 Entscheidungsentwürfe betreffend die Terminierungsmärkte im Festnetz. FICORA grenzt die Terminierungsmärkte entsprechend der Empfehlung der EK betreiberindividuell ab. Insgesamt werden 50 SMP-Operatoren identifiziert.

FICORA schlägt fünf „sets of obligations“ (aus provision of IC, publication of delivery terms and tariff information, cost orientation and non discrimination, cost-accounting und

accounting separation) vor, die auf unterschiedliche Betreiber gemäß einem Annex zur Notifikation Anwendung finden.

In einem Kommentar der EK vom 17.12.2003 wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Behandlung kleiner und großer SMP-Operators hinsichtlich remedies (insbes. cost-orientation) nicht ausreichend begründet ist. Weiters äußerte die EK Bedenken darüber, dass das finnische Gesetz keine Methode betreffend Kostenorientierung vorgebe.

Am 06.02.2004 wurden (unter anderem) die Entscheidungen von FICORA betreffend die Terminierungsmärkte erlassen und der EK angezeigt. Die Entscheidungen sind nur in finnischer Sprache auf dem CIRCA-Server veröffentlicht.

5.2. Portugal

Mit einer ersten Notification vom 26.05.2004 notifizierte die portugiesische Regulierungsbehörde ANACOM einen Maßnahmenentwurf, der nur die Marktdefinition und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht (SMP-Operator) unter anderem auf den Festnetzterminierungsmärkten, nicht jedoch Regulierungsinstrumente betrifft. Die Terminierungsmärkte sind, der Empfehlung der EK entsprechend, betreiberindividuell abgegrenzt.

Jeder von insgesamt 8 Terminierungsnetzbetreiber wird als SMP-Operator auf seinem Terminierungsmarkt festgestellt. Begründend führt ANACOM die Monopolposition, das Preisniveau, die Tatsache, dass Preise und Preisreduktion nur Ergebnis der Regulierung und nicht des Wettbewerbs sind, die Profitabilität des Marktführers (PT Group) „as shown by the cost accounting system“ und das Fehlen von nachfrageseitiger Gegenmacht an.

In einem Schreiben der EK vom 25.06.2003 wird kein Kommentar abgegeben. Da keine Remedies beschlossen werden wird auf die Verpflichtung der ANACOM eine diesbezügliche Entscheidung zu notifizieren verwiesen.

Mit einer zweiten Notification vom 22.07.2004 notifizierte ANACOM einen Maßnahmenentwurf, mit dem folgende Regulierungsinstrumente auf den Terminierungsmärkten vorgeschlagen werden:

Für den Marktführer PT Group:

- Transparenz (inkl. der Verpflichtung ein RIO zu veröffentlichen)
- Nichtdiskriminierung (inkl. Angebot für IC – flat-rate Capacity Offer)
- Accounting System
- Accounting Separation
- Zugang („reasonable request“)
- kostenorientierte Preise und price-control

Für andere als die PT Group:

- Zugang („reasonable request“) und
- price-control (nicht: Kostenorientierung, die für unangemessen gehalten wird, sondern „fair and reasonable prices“); 20% Unterschied zwischen PT-Preisen und OLO Preisen soll zulässig sein

In einem Kommentar der EK vom 03.09.2004 wird darauf hingewiesen, dass eine unterschiedliche Behandlung von großen und kleinen Betreibern nach der Zugang-RL grundsätzlich („based on the nature of the problem identified, proportionate und justified“) zulässig ist. ANACOM wird aber aufgefordert, die Entwicklung der Kostenstrukturen („cost

structures“) der Betreiber, die faire und angemessene Preise verrechnen (andere als PT-Group), zu beobachten, ob diese über den Zeitraum der Marktbeobachtung relevant bleibt.

5.3. Schweden

Die schwedische Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation – PTS (Post- & Telestyrelsen) notifierte am 10.05.2004 einen Entscheidungsentwurf betreffend die Festnetzterminierungsmärkte. Die Terminierungsmärkte sind, der Empfehlung der EK entsprechend, betreiberindividuell abgegrenzt. PTS identifiziert insgesamt 22 Betreiber, die alle über beträchtliche Marktmacht auf ihren Terminierungsmärkten verfügen.

Begründet wird diese SMP-Feststellung mit 100% Marktanteilen für jeden Betreiber, hohen Markteintrittsbarrieren, Kontrolle über Infrastruktur, das Fehlen von potenziellem Wettbewerb sowie das Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht.

Auf dieser Grundlage hat PTS asymmetrische Verpflichtungen der Betreiber vorgeschlagen. TeliaSonera soll umfassende Regulierungsverpflichtungen („comprehensive set“) auferlegt bekommen, Tele2 und Telenor bekommen leichtere Verpflichtungen, alle anderen SMP-Betreiber noch leichtere Verpflichtungen auferlegt. Der wesentlichste Unterschied, auf den auch die EK eingeht, besteht darin, dass nur TeliaSonera zu kostenorientierten Entgelten nach dem LRIC Standard verpflichtet wird. Die anderen Betreiber haben zu fairen und angemessenen Entgelten anzubieten.

Folgende Verpflichtungen werden TeliaSonera (und teilweise auch den anderen SMP-Operatoren) auferlegt:

- Verpflichtung, auf berechnete Anträge hin Zugang zu gewähren, sowie eine Zusammenschaltungsverpflichtung
- Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle und Kostenrechnung; für TeliaSonera ist eine Verpflichtung zur Kostenorientierung iSv. LRIC, für alle anderen zu „*fairen und angemessenen Preisen*“ vorgesehen
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung
- Verpflichtung zur getrennten Buchführung
- Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Transparenz; die Verpflichtung, ein Standardangebot zu veröffentlichen gilt lediglich für TeliaSonera.

In ihrem Kommentar vom 9.6.2004 zur Marktanalyse der PTS hält die EK fest, dass PTS die Entwicklung der Kostenstruktur von jenen Betreibern beobachten möge, denen eine Verpflichtung zu „*fairen und angemessenen Preisen*“ auferlegt wurde. Weiters wünscht die Europäische Kommission, dass PTS die Annahme betreffend die „*fairen und angemessenen Preise*“ überprüft, ob diese über den Zeitraum der Marktbeobachtung relevant bleibt.

5.4. United Kingdom:

Die britische Regulierungsbehörde Office of Telecommunications – Oftel (nunmehr: Office of Communications – Ofcom) notifierte am 26.08.2003 einen Entscheidungsentwurf betreffend die Festnetzterminierungsmärkte. Die Terminierungsmärkte sind betreiberindividuell abgegrenzt und entsprechen damit grundsätzlich der Empfehlung der EK. Oftel geht allerdings davon aus, dass die Märkte lediglich Anrufzustellung zu geographischen Nummern, nicht auch zu Diensterufnummern umfassen. Hinsichtlich letzterer war Oftel bereits davor zu dem Schluss gekommen, dass effektiver Wettbewerb vorliegt.

Oftel identifiziert insgesamt 63 Betreiber – BT, Kingston in der Hull-Area sowie alle anderen PECNs (Public Electronic Communications Networks) – die über beträchtliche Marktmacht

auf ihren Terminierungsmärkten verfügen. Begründet wird diese SMP-Feststellung mit 100% Marktanteilen für jeden Betreiber, hohen Markteintrittsbarrieren, Kontrolle über Infrastruktur sowie das Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht. Insbesondere habe, worauf die EK in ihrer Stellungnahme hinweist, BT durch ihre Verpflichtung als Universaldienstbringer keine nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber den anderen Terminierungsnetzbetreibern.

Auf dieser Grundlage hat Oftel asymmetrische Verpflichtungen der Betreiber vorgeschlagen. Lediglich BT sollen danach umfassende Regulierungsverpflichtungen auferlegt werden, andere Betreiber bekommen leichtere Verpflichtungen auferlegt.

Alle Betreiber außer BT und Kingston haben faire und angemessene Konditionen für ihre Terminierung zu setzen; im Falle einer Nichteinigung wird Oftel darüber befinden, was unter fairen und angemessenen Konditionen zu verstehen ist.

BT, Kingston und alle andern Betreiber haben berechtigten Anträgen auf Netzzugang hinsichtlich Terminierung zu entsprechen.

BT und Kingston (im Gebiet Hull) haben darüber hinaus folgende Regularisierungsaufgaben zu erfüllen: Terminierungsentgelte unterliegen einer Preiskontrolle, die auf Basis von FL-LRIC erfolgt; Veröffentlichung von Kosteninformation, getrennte Buchführung, Nichtdiskriminierung, Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebots und Vorabgenehmigung der Entgelte im voraus.

Die Entscheidungen von Oftel wurden am 28.11.2003 getroffen und in der Folge der EK notifiziert.

Am 04.06.2004 notifizierte Ofcom einen weiteren Entscheidungsentwurf betreffend zusätzliche Regularisierungsinstrumente (auch) betreffend die Festnetzterminierungsmärkte. Darin werden Änderungen der Verpflichtung BTs zur Entgeltkontrolle (Entgelte für administrative Kosten: PPP „policy, product management and planning“) vorgeschlagen. Die EK hat dazu keinen Kommentar abgegeben.

5.5. Slowakei

Die slowakische Regulierungsbehörde TUSR notifizierte am 25.10.2004 einen Entscheidungsentwurf betreffend den (betreiberindividuellen) Terminierungsmarkt der Slovak Telecom. Dieser wird sachlich in Übereinstimmung mit der Märkteempfehlung, in geographischer Hinsicht national abgegrenzt. TUSR identifiziert (nur) Slovak Telecom, als Terminierungsnetzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht.

Untersucht wurden im Wesentlichen die Unternehmensgröße, der Marktanteil (100%), technologische Vorteile, Kontrolle über Infrastruktur, Markteintrittsbarrieren, das Fehlen von potenziellem Wettbewerb, das Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht, vertikale Integration sowie Skalen- und Verbundvorteile.

Folgende Verpflichtungen werden Slovak Telecom auferlegt:

- Transparenzverpflichtung
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung (inkl. Standardangebot)
- Verpflichtung zur getrennten Buchführung
- Verpflichtung, auf berechnete Anträge hin Zugang zu gewähren,
- Kostenorientierung auf der Basis von LRAIC

In ihrem Kommentar vom 24.11.2004 wird von der Europäischen Kommission bezüglich der vorgeschlagenen Maßnahmen auf dem Terminierungsmarkt Stellung genommen. Die EK führt aus, dass die Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten von TUSR nicht ausreichend spezifiziert wurde, um einerseits Rechtssicherheit der Slovak Telecom und andererseits ein Sinken der Terminierungsentgelte zu gewährleisten. TUSR wird aufgefordert, die Marktentwicklung zu beobachten.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der LIWEST Kabelmedien GmbH 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. Martin Lukanowicz, Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Martin Pahs sowie DI Kurt Reichinger vom Mai 2004 („Marktanalyse Festnetz Sprachtelefonie - Wirtschaftliches Gutachten zu den Marktanalyseverfahren nach dem neuen Rechtsrahmen (Märkte Nr. 1- 9 der TKMVO 2003)“).

Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem nicht minder überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und Mag. Paul Pisjak vom August 2004 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 1/03 bis M 4/03 sowie M 6/03 bis M 8/03 (Festnetz Sprachtelefonie – Endkundenmärkte sowie Originierung und Terminierung als Vorleistungsmärkte) betreffend Regulierungsinstrumente“).

Die Feststellungen zu den Marktanalysen bzw. den spezifischen Regulierungsverpflichtungen einiger nationaler Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gründen sich auf Dokumente, die sich auf der – grundsätzlich frei zugänglichen – Kommunikationsplattform der Europäischen Union – dem so genannten CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) – befinden. Diese Plattform dient (auch) der praktischen Durchführung der Koordinationsverfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie bzw. § 129 TKG 2003 (eCCTF – e-Communication Consultation Task Force). Die den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens übermittelt.

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

In einer Stellungnahme vom 06.07.2004 nahm Liwest zum Gutachten betreffend die Marktanalyse Stellung.

Eingangs erachtet sich Liwest dadurch beschwert, dass die Telekom-Control-Kommission einen Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens betreffend die Regulierungsinstrumente erteilt habe, ohne der Partei davor Gelegenheit zur Stellungnahme zum Marktanalysegutachten gegeben zu haben. Diese Vorgangsweise erachtet die Partei als „nicht zweckmäßig“ und sieht sich in Parteirechten verletzt. Dazu ist auszuführen, dass die Erteilung des Gutachtensauftrages eine Verfahrensordnung darstellte, die die Partei in keiner Weise in ihren Rechten verletzt. Diese hatte im Verfahren in weiterer Folge Gelegenheit zu allen Frage beider Gutachten Stellung zu nehmen und hat diese Möglichkeit auch wahrgenommen. Wäre, was nach den folgenden Ausführungen nicht der Fall war, auf Grund

der Ausführungen der Partei eine andere Sicht hinsichtlich der Frage der beträchtlichen Marktmacht der Partei geboten gewesen, wäre das Verfahren ungeachtet der Erteilung des Gutachtensauftrages einzustellen gewesen. Eine Schlechterstellung der Partei ist daher nicht erfolgt.

Soweit Liwest unter Berufung auf ihre Unternehmenskennzahlen darauf verweist, dass sie ein „kleiner“ Betreiber im Sinne des Gutachtens sei, ist auszuführen, dass auch das Gutachten und diesem folgend die Anordnung dieses Bescheides davon ausgeht, dass Liwest ein kleiner Betreiber ist. Daraus können allerdings – wie unten im Detail dargestellt wird – keine anderen Schlüsse hinsichtlich der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht der Liwest gezogen werden, da ein Markt, auf dem die Partei über weniger als 100% Marktanteil verfügt, nicht als relevanter Markt nach der TKMVO 2003 existiert.

Zu den Ausführungen der Partei betreffend den rechtlichen Rahmen der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht kann grundsätzlich zugestimmt werden, soweit sie sich auf die Darstellung der europarechtlichen und innerstaatlichen Grundlagen beziehen. Dies gilt insbesondere auch für die Meinung, dass ein hoher Marktanteil alleine noch nicht das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht abschließend darlegen kann. Die Partei zieht jedoch falsche Schlüsse aus diesen Ausführungen, wenn sie meint, dass dies Argumente seien, die umgekehrt per se gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht sprechen. Die Partei übersieht nämlich dabei insbesondere, dass es sich bei dem gegenständlichen Markt nicht um einen Markt mit einem Betreiber handelt, der einen (bloß) hohen Marktanteil hat, sondern um einen resistenten Monopolmarkt. Auf einem Monopolmarkt sind manche der möglichen Marktmachtindikatoren, konkret die Größe des Betreibers der immer 100% Marktanteil hat, schlicht nicht aussagekräftig, wie die Gutachter im Detail dargestellt haben. Die von der Partei weiters vorgeschlagene Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht wurde im Gutachten in Detail vorgenommen und kam zum Ergebnis, dass keine derartige Gegenmacht vorliegt. Auf die Ausführungen dazu unten im Rahmen der Begründung dieses Bescheides wird verwiesen. Auf der Basis dieser Ausführungen zeigt sich auch, dass die Gutachter und diesen folgend die Telekom-Control-Kommission alleine auf Grund der Marktstruktur zur Annahme beträchtlicher Marktmacht gelangt sind, sondern die relevanten Indikatoren einer eingehenden Analyse unterzogen haben.

In Punkt 4. bringt die Partei vor, die Gutachter hätten sich nicht der Analyse des Marktes gewidmet, sondern vielmehr lediglich allgemeine Untersuchungen betreffend die Terminierungsmärkte angestellt. Diesem Vorbringen ist grundsätzlich zu entgegnen, dass eine – gesetzlich gebotene – ex-ante Betrachtung von Gegebenheiten auf einem relevanten Markt vorzunehmen ist, die von der Prämisse ausgeht, dass keine Regulierung gegeben ist. Unter diesen Vorgaben können wohl primär nur Annahmen getroffen werden, die theoretisch durchgespielt werden können. So hält auch die Europäische Kommission in ihren „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ (ABl. C 165, S. 6 vom 11.7.2002) 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.“* (Rz. 70, vgl. auch Fn. 73).

Der jeweilige Markt war ausgehend von der Prämisse zu untersuchen, dass keine Regulierung gegeben wäre. So zeichnet sich ein selbsttragender Wettbewerb auch dadurch aus, dass „Intervention“ hintangehalten wird. Vor diesem Hintergrund einer zukunftsorientierten Betrachtung spielen „historische“ Daten genau wie die aktuelle Situation beispielsweise betreffend die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte eine untergeordnete Rolle. So wurden diese Entgelte in den letzten Jahren über die Reziprozität auch für die alternativen Betreiber regelmäßig von der Telekom-Control-Kommission im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren angeordnet, privatautonome Einigungen waren stets die

Ausnahme. Insofern kann eine Berücksichtigung der Höhe dieser Entgelte beispielsweise im Lichte des Marktmachtindikators „Marktverhalten“ nicht stattfinden. Weiters ist auszuführen, dass die für die aus gutachterlicher Sicht entscheidende Unterscheidung der Betreiber in große und kleine in den Gutachten – hinsichtlich der Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht und hinsichtlich der Auswahl des Regulierungsinstrumentes – sehr wohl gemacht und ausführlich begründet wurde. Eine weitergehende Detaillierung ist auch aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht erforderlich, weil die potenziellen Wettbewerbsprobleme bereits in der gewählten Darstellung ausreichend identifizierbar sind. Die Aussagen der Gutachter sind daher sehr wohl auch auf die Situation der Partei anwendbar. Auf die Tatsache, dass die Partei als „kleiner“ Betreiber gewertet wurde, wurde bereits hingewiesen. Es zeigt sich sohin, dass die Kritik der Partei verfehlt ist, da die Vorgehensweise der Amtssachverständigen vor dem Hintergrund der sektorspezifischen Regulierung rechtlich geboten ist.

Wie bereits ausgeführt ist im gegebenen Zusammenhang die Größe der Terminierungsmärkte ohne Relevanz für die Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht. Jeder Betreiber hat immer 100% Anteil auf seinem Markt. Soweit die Partei daher unter Berufung auf die „Ansicht der Europäischen Kommission“ ausführt, dass der Größe des Marktes eine „vorrangige Rolle zukomme“ interpretiert sie die einschlägigen Rechtsgrundlagen falsch. Der Größe der Märkte zueinander kommt bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente eine Bedeutung zu, nicht jedoch bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht, wenn – wie festgestellt wurde – keine nachfrageseitige Gegenmacht gegeben ist (dazu unten).

Betreffend das Vorbringen der Partei über die Nichtzustellung der Daten aus Tabelle 25 und 26 wird darauf hingewiesen, dass diese der Partei gemeinsam mit dem Entwurf nach § 128 in gewünschter Form (anonymisiert) zur Verfügung gestellt wurden.

Dasselbe gilt auch für die Ausführungen der Partei zu Kapitel 6.4.5. – „Bedeutung der Indikatoren“. Soweit diese für Monopolmärkte relevant sind, wurden sie auch ausführlich gewürdigt.

Auch die Ausführungen der Partei betreffend die Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht überzeugen nicht. Insbesondere sind nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission die detaillierten Darstellung der Gutachter sehr wohl schlüssig. Die Partei führt diesbezüglich aus dass – vorausgesetzt die Terminierungsentgelte würden an den Anrufer weiterverrechnet – eine Erhöhung der Terminierungsentgelte dazu führe, dass die Endkunden ihre Anrufe entweder gänzlich vermeiden oder aber wesentlich kürzer halten würde. Dazu ist einerseits festzuhalten, dass selbst ein Monopolist seine Preise nicht willkürlich festsetzen kann, sondern seine Preise dort setzen wird, wo die Preiserhöhung und der Mengenrückgang sich die Waage halten und sein Profit maximal ist. Dieser Aspekt kann daher nicht als Evidenz für nachfrageseitige Gegenmacht herangezogen werden, weil sie unabhängig von der Marktsituation immer eine Rolle spielt und keinen Hinweis für effektiven Wettbewerb liefert.

Wenn die Partei betreffend die Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf Vorleistungsebene überdies einen Widerspruch darin ortet, dass in Kapitel 6.4.5 auf die bisherige Regulierung Bezug genommen werde, während darauf folgend die Frage der nachfrageseitigen Gegenmacht ohne Regulierung untersucht werde, übersieht sie offenbar die Systematik des Gutachtens. Kapitel 6.4.5 beschäftigt sich mit der Maßgeblichkeit der verschiedenen Indikatoren in Monopolmärkten. Die von der Partei angesprochenen Ausführungen zur Regulierung betreffen dabei den Indikator „Marktverhalten“, nicht die Größe der Märkte. Wegen der bisherigen Regulierung sind die beobachtbaren Entgelte nicht geeignet, Rückschlüsse auf das Marktverhalten zuzulassen. Das genannte Kapitel schließt damit auszuführen, dass „Auf resistenten Monopolmärkten ... die Marktgegenseite (die Nachfrager) letztlich die einzig verbleibende Kraft [ist], die die mit Monopolmärkten

normalerweise einhergehende Marktmacht disziplinieren könnte.“ Anschließend daran wird diese nachfrageseitige Gegenmacht analysiert. In diesem Kapitel wird, dem Green-Field-Ansatz folgend analysiert, wie sich die Situation jeweils ohne Regulierung darstellen würde. Ein Widerspruch ist dabei nicht zu erkennen.

Aus dem dargestellten Grund („Green-Field-Ansatz“) sind auch die Ausführungen der Partei, dass die „Rückfallposition“ der Regulierung ein wesentliches Verhandlungsinstrument darstelle unrichtig, weil definitionsgemäß auf dieser Stufe der Prüfung der Anreizstruktur die Situation ohne Regulierung zu untersuchen ist. Die Ausführungen der Partei zum allgemeinen Wettbewerbsrecht negieren im Übrigen – wären sie zutreffend – den Sinn jeglicher ex-ante Regulierung, weil diese immer überschießend wäre, könnten die ex-post Instrumentarien alleine bereits verhindern, dass der Monopolist exzessive Preise setzt.

Die Partei verkennt auch den erforderlichen Green-Field-Ansatz wenn sie ausführt, lediglich die Telekom Austria habe einen Anreiz, gegenüber VNB erhöhte Terminierungsentgelte zu setzen. Dieser Anreiz ist größenunabhängig. Der Anreizstruktur des Monopolmarktes nach trifft die von der Partei dargestellte These auf alle Terminierungsnetzbetreiber und daher sehr wohl auch auf die Partei zu.

Die weiteren Ausführungen der Partei (ab dem vorletzten Absatz auf Seite 8 bis zum Ende des Vorbringens zu Kapitel 6.4.6) beziehen sich nicht auf die Frage der nachfrageseitigen Gegenmacht, sondern auf die Frage der Marktmachtübertragung. Es ist nach dem Gutachten richtig, wenn die Partei ausführt, kleine Betreiber hätten ein Interesse an Zugang zu anderen Netzen bzw. würden diesen zu ihrem Netz gewähren. Daher werden Marktmachtübertragungen nicht als potenzielle Wettbewerbsprobleme der Terminierungsmärkte (außer bei Telekom Austria) identifiziert, und entsprechend wird kleinen Betreibern kein diesbezügliches Regulierungsinstrument auferlegt. Dieser Themenkomplex („Verweigerung der Zusammenschaltung“, „market foreclosure“) darf aber nicht mit der hier relevanten Frage nachfrageseitigen Gegenmacht bzw. der beträchtlichen Marktmacht verwechselt werden, wie es die Argumentation der Partei nahe legt. Telekom Austria könnte zwar ohne Regulierung kleineren Betreibern gegenüber Foreclosure-Strategien betreiben. Diesem Problem wird durch entsprechende Verpflichtungen gegenüber der Telekom Austria zu begegnen sein. Betrachtet man – und das übersieht die Partei bei ihrer Argumentation – in einem weiteren Schritt die Situation, in der die Marktmachtübertragungen der Telekom Austria durch Regulierung ausgeschaltet sind, bleibt der Preissetzungsspielraum der Partei als Monopolist bestehen. In diesem Fall besteht auch keine nachfrageseitige Gegenmacht der Telekom Austria mehr, die den Preisspielraum der Partei einschränkt. Ein Widerspruch der Ausführungen der Gutachter ist daher nicht erkennbar.

Die angebliche preisdisciplinierende Wirkung eines großen Betreibers gegenüber einen kleinen Betreiber könnte sich nur entfalten, wenn der große Betreiber nicht reguliert ist. Dies wird im Gutachten auch erörtert. Doch im Falle einer Entgeltregulierung eines großen Betreibers entfällt die Möglichkeit, hohe Entgelte festzusetzen. Dem Argument der LIWEST kann daher nicht gefolgt werden.

Betreffend das Vorbringen der Partei über die Nichtzustellung der Daten aus Tabelle 28 (durchschnittliche Entgelte der ANBs) wird darauf hingewiesen, dass diese der Partei gemeinsam mit dem Entwurf nach § 128 in gewünschter Form (anonymisiert) zur Verfügung gestellt wurden.

Das Vorbringen der Partei ist daher nicht geeignet Zweifel am Gutachten zu begründen, die zu einer Ergänzung führen müssten bzw. die geeignet wären, das Gutachten als Grundlage der Entscheidung ungeeignet erscheinen zu lassen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 07.09.2004 nimmt Liwest zum Gutachten betreffend die Regulierungsinstrumente Stellung.

Eingangs erachtet sich Liwest dadurch beschwert, dass die Gutachter eine „Beweislast“ aufgetragen hätten, wenn sie ausführen, dass keine Anhaltspunkte gefunden werden könnten, die gegen die beträchtliche Marktmacht der Partei spricht. Die Partei missversteht dabei aber offensichtlich die Aussage der Gutachter. Nach den Ausführungen der Gutachter spricht im Fall eines Monopolmarktes die Vermutung für die beträchtliche Marktmacht des Monopolisten. 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. Solche Umstände wurden nicht gefunden, insbesondere konnte eine ausführliche Prüfung keine nachfrageseitige Gegenmacht aufzeigen. Von einer unzulässigen Beweislastumkehr kann daher keine Rede sein.

Die weiteren Ausführungen der Partei zur Marktanalyse wiederholen lediglich - zum Teil anders formuliert - das Vorbringen im Schriftsatz vom 06.07.2004. Es ergeben sich aber auch daraus keine neuen Anhaltspunkte, die am Vorliegen beträchtlicher Marktmacht zweifeln ließen. Auf die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission zu diesem Schriftsatz, sowie auf die sonstigen Ausführungen zum Analyse des Marktes und zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht wird daher verwiesen. Lediglich im Hinblick auf das Vorbringen der Partei, die Marktanalyse hätte „*die Abhängigkeit des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht vom Ausmaß der Kaufkraft der Marktgegenseite durchwegs ignoriert*“ ist insofern verwunderlich, als die Partei selbst Vorbringen zum entsprechenden Kapitel 6.4.6. des Gutachtens und damit zur eingehenden Analyse des Marktes auf nachfrageseitige Gegenmacht erstattet. Die von der Partei geortete Fehlerhaftigkeit des Analysegutachten ist jedenfalls auch unter Berücksichtigung dieses Vorbringens nicht ersichtlich.

Mit dem weiteren Vorbringen in Punkt 1, wonach die Größe der Terminierungsmärkte auf der falschen Stufe der Marktanalyse berücksichtigt wurde und bereits bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht zu berücksichtigen gewesen wäre, versucht die Partei einen Widerspruch mit anderen Teilen des Gutachten zu konstruieren. Dabei übersieht sie aber, dass sich die als Vergleich herangezogenen Zitate auf gänzlich andere Zusammenhänge, nämlich auf die Diskussion der Regulierungsinstrumente der Gleichbehandlung und der Zugangsverpflichtung beziehen und gerade nicht auf die von der Partei thematisierte Frage der Feststellung beträchtlicher Marktmacht. Bei Betrachtung im jeweiligen richtigen (im Gutachten dargestellten) Zusammenhang lösen sich die vermeintlichen Widersprüche leicht auf. Die genannten Faktoren sprechen eben nicht gegen die beträchtliche Marktmacht der Partei, sondern sind (erst) für die Auswahl der Regulierungsinstrumente relevant.

Mit ihrem Vorbringen in Punkt 2 „Regulierung als Selbstzweck“ zieht die Partei die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Gutachten in Zweifel. Diesbezüglich wird auf die ausführliche Begründung unten in der rechtlichen Beurteilung verwiesen. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass gerade wegen der unterschiedlichen Netzgrößen der Telekom Austria und der Partei unterschiedliche Regulierungsinstrumente zur Anwendung kommen, was die Partei bei ihrer Argumentation offenbar übersieht. Inwieweit mit dem auferlegten Regulierungsinstrument, mit dem für den Fall, dass keine höheren Kosten nachgewiesen werden, die bisher über die Reziprozität bestehende Regelung prolongiert wird, im Übrigen ein „*vollkommen inadäquates Regulierungsrisiko*“ auferlegt werden soll, führt die Partei ebenfalls nicht aus. Insbesondere kann diesbezüglich das Argument der Partei aus der mündlichen Verhandlung nicht überzeugen, wonach keine abweichenden Vereinbarungen mehr möglich sei sollten, da die Partei damit in nicht nachvollziehbarer Weise die möglichen Interessenlagen der an den allfälligen Verhandlungen beteiligten Betreiber vorwegnimmt. Da das identifizierte Wettbewerbsproblem im Übrigen auf dem Vorleistungsmarkt besteht, ist

diesbezüglich auch der Hinweis der Partei auf den nachgelagerten Endkundenmarkt nicht zielführend.

Zu Punkt 2.1 des Vorbringens der Partei wird darauf hingewiesen, dass sich das gesamte gegenständliche Gutachten der Amtssachverständigen mit der Frage befasst, ob und in welcher Weise ein regulatorisches Tätigwerden erforderlich ist. Das Ergebnis dieser Untersuchung zeigt, dass das einzig effektive Regulierungsinstrument in der angeordneten Entgeltkontrolle besteht. Warum die Partei daher meint, die Gutachter hätten sich mit der Frage der Notwendigkeit von Regulierung nicht auseinander gesetzt bleibt unverständlich. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass nach den anwendbaren Rechtsgrundlagen schon die Feststellung beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung zu regulatorischem Tätigwerden impliziert.

Soweit die Partei in Punkt 2.2 vorbringt, dass hypothetische Wettbewerbsprobleme keine Auferlegung von Regulierungsinstrumenten rechtfertigen, wird auf die Ausführungen der Europäische Kommission in ihren „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ (ABl. C 165, S. 6 vom 11.7.2002) verwiesen, die wie folgt festhalten: *„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.“* (Rz. 70, vgl. auch Fn. 73). Das angeordnete Regulierungsinstrument wird im Übrigen entgegen der Meinung der Partei auch ausführlich auf Verhältnismäßigkeit geprüft (Punkt D.7.2.2).

Zu Punkt 3. „Unrichtige Anwendung von Regulierungsinstrumenten“ führt die Partei aus, dass alle Wohnungen von Telefoniekunden der Einschreiterin traditionell auch mit einer Alternativinfrastruktur erschlossen sind. Es sei daher falsch, dass eine Replikation der Infrastruktur für die Terminierung nicht möglich sei und das Prinzip 2 (Nichtreplizierbarkeit – Verhinderung der Marktmachtausübung) müsse durch das Prinzip 3 (Replizierbarkeit – Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb) ersetzt werden. Dazu ist auszuführen, dass das Vorbringen die Endkundenzugangsmärkte adressiert („Telefonkunden“). Für den Terminierungsmarkt ist die Auswahlmöglichkeit des zu terminierenden Verkehrs relevant und in diesem Fall lässt sich kurzfristig nicht auf die „Alternativinfrastruktur“ ausweichen. Darüber hinaus betrifft das Vorbringen die Marktdefinition (weil sie den individuellen Markt in Frage stellt) und berührt weder die Marktanalyse noch die Regulierungsinstrumente.

Das Vorbringen der Partei in Punkt 4., wonach sie keinen Anreiz zur exzessiven Preissetzung hätte, ist auf der Basis der Ausführungen des Gutachtens ebenfalls unrichtig. Die Größe des Terminierungsnetzbetreibers hat keinen Einfluss auf die Anreizstruktur im Monopolmarkt und nur derartige Anreize zu antikompetitivem Verhalten sind nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen zu überprüfen. Die Unterscheidung zwischen der Telekom Austria und den kleinen Betreibern findet sich bei auferlegten Regulierungsinstrument wieder, vermag aber keine Abweichung des Terminierungsmarktes der Partei hinsichtlich der Anreizstruktur zu begründen. Im Übrigen wird diesbezüglich auch auf die folgenden Ausführungen zu Punkt 5 des Parteivorbringens verwiesen, die zeigen, dass die Partei gerade auf der Basis des eigenen Vorbringens offenbar sehr wohl ihre Anreize zur Setzung überhöhter Preise erkennt und wahrzunehmen beabsichtigt.

In Punkt 5 der Stellungnahme erachtet sich die Partei im Übrigen dadurch beschwert, dass die Gutachter einen Benchmark vorschlagen, der als Ausgangsbasis dienen soll und – im Einklang mit der europäischen Praxis – den kleineren Betreibern die Einrichtung eines aufwändigen Kostenrechnungssystems und einer unterstützenden getrennten Buchführung ersparen kann. Zur Begründung dafür, warum für kleinere Betreiber Benchmarking mit der

Ausgangsbasis des Entgelts für V3 als verhältnismäßiges Regulierungsinstrument angeordnet wird, wird auf die rechtliche Beurteilung dieses Bescheides verwiesen.

Lediglich auf folgenden Punkt des Vorbringens der Partei ist hier im Detail einzugehen. Die von den Gutachter vorgeschlagene und angeordnete Regelung sei deshalb unverhältnismäßig, weil es dem Betreiber nur möglich sei, entweder die „wenig plausible behördliche Festsetzung“ zu „schlucken“, oder ein Kostenrechnungssystem einzurichten. Damit gibt die Partei aber implizit zu erkennen, dass es ihr gerade nicht um die Verrechnung von an ihren Kosten orientierten Entgelten gehen kann, denn dann könnte die Anforderung, diese Kosten nachzuweisen, nicht unverhältnismäßig sein. Offenbar beabsichtigt die Partei daher, ohne Nachweise Entgelte zu verrechnen, die höher sind als bisher (das wären nämlich die als unangemessen betrachteten vorgeschlagenen V3 Entgelte), die sich aber auch über ihren Kosten bewegen können, weil die Bindung an den Kostennachweis als unverhältnismäßig angelehnt wird. Damit bestätigt die Partei aber gerade, dass die ihren Preissetzungsspielraum als Monopolist auszunützen beabsichtigt und dass das vorgeschlagene Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle erforderlich ist. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Partei nicht ausführt, wie sie sich die Festlegung ihrer Entgelte im Streitfall vorstellt, wenn sowohl Benchmarking als auch Kostenrechnung abgelehnt werden. Gerade um kleineren Betreibern Kosten zu ersparen wird nicht Kostenorientierung nach FL-LRAIC, sondern Benchmarking als Ausgangssituation angeordnet.

Die Tatsache, dass regulatorische Verfahren mit einem gewissen Aufwand auf Parteienseite verbunden sind ist im Übrigen systemimmanent. Daraus kann jedoch nicht entgegen den ökonomischen Gegebenheiten abgeleitet werden, dass ein Monopolist, der sich keiner nachfrageseitigen Gegenmacht gegenüber sieht, aus der Regulierung entlassen wird, die auf Grund der Anreize im Markt als erforderlich zu betrachten ist. Die übrigen Ausführungen der Partei betreffend die „saloppe Herangehensweise“ der Regulierungsbehörden muss als bloße Polemik zurückgewiesen werden.

Die Tatsache, dass der Partei lediglich Teile des Gutachtens zur Verfügung gestellt wurden, ist darin begründet, dass sie nur hinsichtlich ihres Terminierungsmarktes Parteistellung hat. Die übrigen Teile des Gutachtens, die sich nicht auf diesen Markt beziehen, liegen der Entscheidung daher nicht zu Grunde.

Das Vorbringen der Partei in der mündlichen Verhandlung und in der im Rahmen dieser vorgelegten Tischvorlage deckt sich mit dem Vorbringen in den genannten beiden Schriftsätzen, so dass auf die gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Da das Vorbringen der Verfahrenspartei zu den beiden im Verfahren erstellten Gutachten nicht geeignet ist, Zweifel an den Ausführungen der Amtssachverständigen zu begründen und daher keine Ergänzung der Gutachten erforderlich ist, war auch den darauf gerichteten Anträgen der Verfahrenspartei in ihren Schriftsätzen nicht zu folgen. Bezüglich der weiteren Anträge auf Feststellung, dass die Verfahrenspartei auf dem gegenständlichen Markt nicht über beträchtlichen Marktmacht verfügt bzw. dass der Verfahrenspartei keine spezifischen Verpflichtungen auferlegt werden mögen, denen ebenfalls nicht gefolgt werden konnte, wird auf die folgende Begründung dieses Bescheides verwiesen.

3. Zu den Stellungnahmen im Rahmen der Konsultation und Koordination:

Im Rahmen der Verfahren nach §§ 128 f TKG 2003 langten betreffend den Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei am 29.11.2004 Stellungnahmen der Verfahrenspartei selbst sowie des Verbandes der alternativen Telekomnetzbetreiber (VAT) sowie am 03.12.2004 eine Stellungnahme der Europäischen Kommission ein. Im Detail wird auf die Ausführungen in Punkt 10 der Begründung 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

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

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung 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 Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

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.

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.).

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (Abs. 3 leg. cit.).

Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („*joint dominance*“), sind von der Telekom-Control-Kommission „*insbesondere*“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 4 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht („*joint dominance*“) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion („*tacit collusion*“). Darunter wird das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

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 weitgehend 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“.

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002). Die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vorgenommen: gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Marktzutritthemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

Die Formulierung „insbesondere“ deutet klar darauf hin, 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, ABl. 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 eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle.

Eine Untersuchung von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass auch die Verfahrenspartei klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Die Tatsache, dass die Verfahrenspartei (gegenüber der Telekom Austria) die Terminierungsentgelte nicht erhöht hat, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab. So hat es in den vergangenen Jahren regelmäßig Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) gegeben, in deren Rahmen subsidiär als Ersatz einer privatautonomen Vereinbarung (auch) die Höhe der (über die Reziprozität: wechselseitig) zu entrichtenden Terminierungsentgelte zwischen Telekom Austria und anderen Festnetzbetreibern festgelegt wurde. Schon die Möglichkeit der Androhung der Anrufung der Regulierungsbehörde hat nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission eine restringierende Wirkung auf das Verhalten der Betreiber gehabt.

Der einzige Indikator, der die Verfahrenspartei auf „ihrem“ Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch – wie umfassend festgestellt – tatsächlich keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Terminierungsmonopol hat.

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass alle Terminierungsnetzbetreiber und damit auch die Verfahrenspartei auf ihrem jeweiligen eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt. Andere Regulierungsbehörden sehen – wie festgestellt – ebenfalls alle operativ tätigen Festnetzbetreiber auf jeweils ihrem eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an. Dabei wurden im Wesentlichen die selben Marktmacht-Indikatoren – Marktanteile, Markteintrittsbarrieren, monopolistische Marktstruktur, nachfrageseitige Gegenmacht – bei den Untersuchungen herangezogen. Die Europäische Kommission hat im Rahmen der Koordinationsverfahren, deren primäres Ziel die Vereinheitlichung von Regulierungsmaßnahmen ist, keine grundsätzlichen Einwände gegen die von den anderen Regulierungsbehörden vorgenommenen Feststellungen geäußert, weswegen sich die Telekom-Control-Kommission in ihrer eigenen Beurteilung bestätigt sieht.

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 angeschaltet 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 (*Calling-Party-Pays-Prinzip*; CPPP).

Diese zwei strukturellen Besonderheiten sind der Grund für das festgestellte (Punkt B.3.10) potentielle Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei, nämlich dem Anreiz zur Setzung exzessiver Preise, um ihren Profit zu maximieren.

Aufgrund dieser Überlegungen gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass die Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist und auf dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei 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 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*, 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]“.

Barfuss/Wollmann/Tahedl („*Österreichisches Kartellrecht*“, S. 89) halten in diesem Zusammenhang zum nationalen Wettbewerbsrecht wie folgt fest: „Kein Wettbewerb bedeutet, dass auf dem in Frage kommenden Markt nur ein einziger Unternehmer, als Anbieter oder Nachfrager, vorhanden ist. Die Eigenschaft der Marktbeherrschung ergibt sich hier unmittelbar aus der Abgrenzung [] Tatsächliche Monopole werden dort zu finden sein, wo die Waren oder Leistungen eines Unternehmens nicht substituierbar sind“.

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 Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt.

In weiterer Folge werden die anderen Marktmacht-Indikatoren, soweit sie für den Terminierungsmarkt von Relevanz sein können, bewertet, wobei die Telekom-Control-Kommission auf Grund dieses Ergebnisses sich nur gehalten sieht, vom Zwischenergebnis – die Verfahrenspartei verfügt über beträchtliche Marktmacht – abzuweichen, wenn zweifelsfrei bedeutsame Marktmacht-Indikatoren für effektiven Wettbewerb am gegenständlichen Terminierungsmarkt sprechen.

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 ohne Zweifel 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 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 (Punkte B.3.2 und B.3.3) 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, und zwar wegen der Reziprozität auch für Terminierungen der alternativen Netzbetreiber wie der Verfahrenspartei, mit 1998 beginnend im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) von der Telekom-Control-Kommission – als Ersatz privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Ähnliches gilt für die anderen Bedingungen (außer den Entgelten) der Zusammenschaltung betreffend Terminierung.

Damit rückt eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller

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

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 die Verfahrenspartei – 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 Verfahrenspartei.

6.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen auf, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw. auch nicht bestehen kann. Als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt – und stellt sohin das Schlüsselkriterium dar – die nachfrageseitige Verhandlungsmacht, die auf der Ebene von Endkunden und bzw. oder der Vorleistungsebene wirksam werden könnte:

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“.

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

Die festgestellte Analyse der Gegenmacht zeigt nun, dass die Verfahrenspartei in allen untersuchten Fällen (Punkt B.3.7) Monopolpreise setzen kann, ohne durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt werden zu können. Für die Wettbewerbsbeurteilung lässt sich daher zusammengefasst festhalten, dass die anderen Betreiber in einem unregulierten

Umfeld auf die Verfahrenspartei 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.

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

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 neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 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 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (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. Dieses Dokument trägt den Titel *“ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”* (im Weiteren „ERG“, M 15/03-37) und wurde der Verfahrenspartei übermittelt.

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.4.1 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 soll 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.

Vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste und -netze und den Verfahren zur Harmonisierung der Anwendung der einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsgrundlagen (Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 bzw. Art 6 Rahmen-RL sowie Koordination gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL) erachtet es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll und angemessen, ihre eigenen Beurteilungen betreffend Marktmacht und Regulierungsinstrumente mit jenen von anderen Regulierungsbehörden der Europäischen Union sowie mit den Ausführungen der Europäischen Kommission zu vergleichen. Dies bedingt grundsätzlich, dass die Umstände vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang hält das TKG 2003 auch fest, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen hat (§ 34 TKG 2003).

Darüber hinaus hat auch der Verwaltungsgerichtshof in einem Erkenntnis vom 28.4.2004 (Zl. 2002/03/0164) festgehalten, dass er keine Einwände dagegen hat, wenn die *„Regulierungsbehörde [] im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Abwägung auch Entscheidungen oder Gutachten anderer europäischer Regulierungsbehörden berücksichtigt“*.

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen des identifizierten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Feststellungen zufolge lediglich ein potenzielles Wettbewerbsproblem – exzessive Preise – auf dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei identifiziert wurde. Die für die Lösung anderer Wettbewerbsprobleme vom TKG 2003 vorgesehenen Regulierungsinstrumente werden daher mangels Relevanz im gegenständlichen Verfahren nicht im Detail behandelt.

7.2.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (ERG Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Nach den Feststellungen hat die Verfahrenspartei jedoch, wenn sie keiner Zugangspreisregulierung unterliegt, keinen ökonomischen Anreiz zu den „nichtpreislichen“ antikompetitiven Praktiken, die die Zugangsverpflichtung beseitigen soll. Eine Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 war daher nicht aufzuerlegen.

In diesem Kontext stellt sich allerdings die allgemeine – auch die Verfahrenspartei betreffende Frage nach dem Verhältnis zwischen der – nach dem nationalen Rechtsrahmen bestehenden – allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung, die unabhängig vom Status als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besteht (§ 48 TKG 2003, vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 und 19 zu § 41 sowie Rz. 2 zu § 48) – und der – aus Art. 12 Abs. 1 lit. i Zugangs-RL stammenden – Möglichkeit, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Zugangsverpflichtung in Form der Zusammenschaltung aufzuerlegen (§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Weiters ist die Frage zu adressieren, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw. diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu adressieren.

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, sohin erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 bzw. über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 33 TKG (1997) verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustande gekommene, Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 (bzw. Art. 12 Abs. 1 lit. i. Zugangs-RL) sieht ebenfalls eine Zusammenschaltungsverpflichtung vor, die jedoch nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung (*lex generalis*) darstellt, der – im Fall der Notwendigkeit der Auferlegung – allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgend („*lex specialis derogat legi generali*“) der Vorzug zu geben ist. Würde man einer anderen Interpretation näher treten, so wäre die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 sinnentleert.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sohin davon ausgeht, dass zwar wegen der festgestellten Situation am gegenständlichen Markt keine Verpflichtung zur Zusammenschaltung nach § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 aufzuerlegen ist. Ungeachtet dessen gilt jedoch die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 ex lege auch für die Verfahrenspartei.

7.2.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

7.2.2.1. Allgemeines zu § 42 Abs. 1 TKG 2003:

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend 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 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; ERG, S. 52ff).

Neben der Feststellung einer beträchtlichen 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 Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktizieren werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung.

Wie festgestellt (Punkt B.4.2.2), hat ein Terminierungsnetzbetreiber grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Terminierungsentgelte als Vorleistungskosten einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider. Da weiters die Terminierungskosten als Vorleistungskosten den Endkundertarif (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. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Wie festgestellt (Punkt B.4.2.2) ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig, die Terminierungsentgelte der Verfahrenspartei auf Basis des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) zu regulieren, da dies den – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeigneten Ansatz darstellt:

Folgende Preisermittlungsmethoden sind für eine Entgeltkontrolle möglich:

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 Terminierungsmärkten zu rechnen wäre. Da davon insbesondere auf Grund der Marktstruktur nicht auszugehen ist, eignet sich dieser Ansatz für die Ermittlung der Terminierungskosten nicht.

2. Kostenorientierung nach FL-LRAIC:

Für die Berechnung der Terminierungskosten der Telekom Austria wurde in den (meisten der) bisher vor der Regulierungsbehörde geführten Verfahren sowohl ein Top-Down als auch ein Bottom-Up Ansatz 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 und wurden in der Vergangenheit auch angewendet („Hybridmodell“).

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 von FL-LRAIC-Entgelten erfordert daher einen hohen Aufwand für die Implementierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung. Eine Verpflichtung, die einen derartigen hohen Aufwand erfordert, erscheint im Fall der Verfahrenspartei jedoch nicht verhältnismäßig.

3. Benchmarking

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man daher vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Der Einsatz von Benchmarking als Preisermittlungsmethode ist daher insbesondere für kleinere Betreiber, für die die Implementierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten könnte, und/oder wenn die Behörde über eine langjährige Regulierungspraxis hinsichtlich der Kosten der Terminierung verfügt, relevant und angemessen. In der bisherigen Regulierungspraxis wurde den alternativen Netzbetreibern im Sinne der Reziprozität ein Entgelt in der Höhe des Entgelts für die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria zugestanden, das über dem des lokalen Terminierungsentgeltes liegt (zur Zeit um etwa 50%). Diese Differenz berücksichtigt zum Einen die unterschiedliche Netzarchitektur, den Investitionsbedarf und den Erhaltungsaufwand und die Unterschiede in der Ausnutzung von Skalenvorteilen. Zum Anderen werden mit einem solchen Wert auch angemessene Investitionsanreize für neu in den Markt eintretende Betreiber gesetzt, die Anfangsinvestitionen tätigen müssen, aber (noch) wenige Teilnehmer angeschlossen haben. Gleichzeitig wird verhindert, dass Betreiber mit anfänglich höheren Durchschnittskosten exzessive Terminierungsentgelte setzen und diese auf andere Betreiber abwälzen. Daher ist ein solcher Vergleichswert angemessen und verhältnismäßig.

Schließlich sprechen noch weitere ökonomische Überlegungen für diesen Ansatz: So ist davon auszugehen, dass sich auch in einem Wettbewerbsmarkt langfristig ein einheitlicher Preis in Höhe der minimalen Produktionskosten etablieren würde, und es daher keinem Anbieter langfristig möglich ist, einen höheren Preis zu verlangen. Ein einheitliches Terminierungsentgelt in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungserstellung setzt weiters sowohl für Terminierungsnetzbetreiber als auch für potenziell in den Markt eintretende Unternehmen die richtigen Anreize. Diese bestehen für Terminierungsnetzbetreiber darin, effizient zu produzieren, wohingegen sich Unternehmen, die neue Teilnehmer anschließen und so Terminierungsleistungen anbieten, den richtigen Investitionsanreizen gegenüber sehen. Schließlich kann auch verhindert werden, dass Kosten der ineffizienten Leistungsbereitstellung von den die Terminierungsleistung in Anspruch nehmenden Betreibern (bzw. letztlich deren Kunden) getragen werden, ohne dass diese Einfluss auf die Auswahl des Netzes haben (Externalität der Terminierung / Calling Party Pays Konvention).

Damit schafft der Ansatz entsprechende Anreize, in den Markt einzusteigen, Teilnehmer anzuschließen und im Laufe der Zeit aufgrund steigender Terminierungsminuten höhere Terminierungsskalenerträge zu erzielen. Ein solcher Kostenvergleichswert hilft, Unsicherheiten und damit verbundene erhöhte Transaktionskosten sowie eine Vielzahl von einzelnen Streitschlichtungen mit entsprechenden Belastungen für die Unternehmen und die Regulierungsbehörde zu vermeiden und ist somit im Sinne der Verhältnismäßigkeit und der Wirtschaftlichkeit angemessen.

Bisher war der Benchmark die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria und damit ein auf Basis von FL-LRAIC durch die Behörde festgelegter Preis, der der effizienten Erstellung dieser Leistung entspricht. Über die Reziprozität im festgestellten Sinn (Punkt B.3.9) galt diese Entgelthöhe auch für die alternativen Netzbetreiber (ANBs). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann dieses gegenwärtig verrechnete (bzw. angeordnete) Entgelt für die regionale Terminierung weiterhin als Ausgangsbasis dienen, von der Preisveränderungen basierend auf den Veränderungen der auf Basis von FL-LRAIC künftig berechneten lokalen Terminierung der Telekom Austria zur Anwendung gebracht werden.

Da der Wert für V3 spruchgemäß lediglich eine „Ausgangsbasis“ darstellt an dem sich das Terminierungsentgelt zu „orientieren“ hat, kann in jenen Fällen, in denen ein Terminierungsnetzbetreiber höhere Kosten als die auf Basis obiger Überlegungen zur Anwendung vorgeschlagenen Entgelte geltend machen möchte, von ihm auch der Nachweis dieser höheren Kosten nach einer von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Kostenrechnungsmethode erfolgen. Diese ist in der Struktur analog zu der für Telekom Austria vorgesehenen (und dem zu Grunde liegenden Wettbewerbsproblem angemessenen) Kostenrechnungsmethode auf Basis von FL-LRAIC, unterstützt durch eine zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 getrennte Buchführung, bereitzustellen. Derart nachgewiesene höhere Kosten können dann in einem Streitschlichtungsverfahren unter Berücksichtigung der konkreten Umstände allenfalls als Basis der Entgelte herangezogen werden. Durch die Anwendung des für Telekom Austria vorgesehenen Kostenrechnungsmodells wird für die Regulierungsbehörde auch eine Vergleichbarkeit der Kosten sichergestellt.

Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig und verhältnismäßig, im Fall der Verfahrenspartei Benchmarking als Preisermittlungsmethode anzuordnen, weil der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen möglichen Preissetzungsverfahren ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß für die Implementierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung, übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Die unterschiedliche Behandlung großer und kleiner Terminierungsnetzbetreiber hinsichtlich der Methode der Entgeltkontrolle entspricht auch den bisher von anderen europäischen Regulierungsbehörden notifizierten bzw. bereits nach den Verfahren nach Art. 7 der Rahmen-Richtlinie beschlossenen Regulierungsverpflichtungen. Auf die Feststellungen in Punkt B.5 wird hingewiesen.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die „Marktkräfte“ dafür sorgen werden, dass das Unternehmen die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Terminierungsentgeltes einhält bzw. korrekt umsetzt, 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 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.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zur Entgeltkontrolle – auch in der Form von Benchmarking – zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird. Nach den Feststellungen (Punkt B.4.2.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich des Wettbewerbsproblems auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle in der angeordneten Form ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

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 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.

Da derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 aufzuerlegen.

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).

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen (vgl. ERG, S. 49ff, Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL).

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die rechtliche Beurteilung zur Entgeltkontrolle (Punkt 7.2.2.2) verwiesen.

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 Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist und die Transparenzverpflichtung dem identifizierten Wettbewerbsproblem nicht begegnen kann, ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

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.

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

8. Zusammenfassende Beurteilung der spezifischen Verpflichtung

Im Rahmen der Analyse des gegenständlichen betreiberindividuellen Terminierungsmarktes wurden als potentiell Wettbewerbsproblem in Zusammenhang mit dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei das Setzen exzessiver Preise identifiziert, um ihren Profit zu maximieren.

Die festgelegte Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle mittels Benchmarking ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission geeignet, dem identifizierten potentiellen Wettbewerbsproblem (im Fall der Nicht-Regulierung) zu begegnen. Die geführte Diskussion hat ergeben, dass die Verpflichtung auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der Verfahrenspartei schafft. Wie aufgezeigt, steht die Anwendung dieser Verpflichtungen auch in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen. Weitere Regulierungsverpflichtungen (wie Zugangsverpflichtung, Gleichbehandlung und SZA, sowie getrennte Buchführung) sind nicht erforderlich.

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

9. Zur Marktabgrenzung der TKMVO 2003

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

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

§ 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).

In einem weiteren Schritt hat sodann die Telekom-Control-Kommission diese – von der RTR-GmbH – vordefinierten Märkte, Analysen gemäß § 37 TKG 2003 zu unterziehen. Die Telekom-Control-Kommission ist dabei an die Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteivorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden können.

Im Übrigen soll festgehalten werden, dass die TKMVO 2003 in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission steht und auch andere Regulierungsbehörden – wie festgestellt – von der selben Marktabgrenzung ausgehen, nach der alle Terminierungsleistungen in ein öffentliches Telefonnetz an festen Standorten einen eigenen Markt iSd § 1 Z 8 TKMVO 2003 konstituieren.

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

10.1. 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 Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

10.2. Zu den eingelangten Stellungnahmen im Konsultationsverfahren im Konkreten:

10.2.1. Stellungnahme der Verfahrenspartei vom 29.11.2004:

Mit Schriftsatz vom 29.11.2004 übermittelte Liwest eine in englischer Sprache verfasste Stellungnahme, die von ihr am 19.11.2004 an die Europäische Kommission gerichtet worden ist. Wie Liwest selbst ausführt, deckt sich das Vorbringen in dieser Stellungnahme weitestgehend mit dem Vorbringen, dass bereits im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens M 8k/03 vor der Telekom-Control-Kommission erstattet wurde. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird daher grundsätzlich auf die bisherigen Ausführungen der Begründung dieses Bescheides, insbesondere auf Punkt C.2 verwiesen.

Lediglich in folgender Hinsicht bringt Liwest zum Teil neue Argumente vor, auf die an dieser Stelle einzugehen ist: Zusammengefasst geht die Stellungnahme, die sich sowohl gegen die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Liwest als auch gegen die Auferlegung des konkreten Regulierungsinstruments ausspricht davon aus, der Entscheidungsentwurf habe einerseits die Besonderheiten des österreichischen Telekommunikationsmarktes und andererseits die (geringe) Größe des Terminierungsmarktes der Liwest nicht ausreichend berücksichtigt. Aus diesem Grund habe die Telekom-Control-Kommission die einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen unrichtig angewendet.

Nach Meinung der Liwest sei das Memorandum der EK zur Märkteempfehlung nämlich so zu interpretieren, dass kleine Betreiber nicht über beträchtliche Marktmacht auf ihren Terminierungsmärkten verfügen. Diese Interpretation der Liwest ist jedoch unrichtig. Die Einschränkung im Memorandum, dass die Marktstruktur der Terminierungsmärkte nicht

automatisch bedeute, dass jeder Betreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt, weist lediglich darauf hin, dass auch andere Faktoren, insbesondere das allfällige Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht (Countervailing Buyer Power, CBP) zu prüfen sind. Aus dieser Aussage der EK kann jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass kleine Betreiber automatisch nicht über SMP verfügen, wie Liwest nahe legt. Auch die Europäische Kommission vertritt diesbezüglich offenbar dieselbe Rechtsmeinung wie die Telekom-Control-Kommission, da zu den notifizierten Maßnahmenentwürfen nicht (negativ) Stellung genommen wurde.

Im Gegensatz zum Vorbringen der Liwest, wurde auch sehr wohl die konkrete Marktsituation in Österreich in Betracht gezogen. Die Gutachten zeigen diesbezüglich, dass es für die Beurteilung der Wettbewerbssituation (insbes. CBP) ausreichend war, zwischen großen Betreibern (Telekom Austria) und kleinen Betreibern (alle anderen Terminierungsnetzbetreiber) zu unterscheiden. Eine weitergehende Berücksichtigung der Marktsituation – etwa im Hinblick auf die Kundenzahl der Liwest – war daher mangels weiterer Aussagekraft nicht erforderlich.

Das weitere Vorbringen der Liwest zur Feststellung der SMP geht von der nach den eingeholten Gutachten unrichtigen Annahme aus, dass sich Liwest ausreichender CBP gegenüber sehe. Entgegen der Argumentation der Liwest ist aber gerade ein kleiner Betreiber sehr wohl in der Lage, Terminierungsentgelte über dem Wettbewerbspreis zu setzen, weil seine Terminierungsentgelte nicht in den Endkundenentgelten der originierenden Betreiber abgebildet werden, da dies gemessen am zu erwartenden Verkehr einen zu hohen Aufwand für Billing, CRM, Marketing o.ä. bedeutet („Free Rider Problematik“). Telekom Austria wäre daher zwar wohl in der Lage ihre Endkundenentgelte zu erhöhen, hat aber, entgegen dem Vorbringen der Liwest keinen Anreiz, es zu tun. Tatsächlich kann daher weder Telekom Austria, noch ein anderer Betreiber ausreichende CBP auf Liwest ausüben. Soweit Liwest weiter ausführt, dass Telekom Austria auf Preiserhöhungen der Liwest mit Verzögerungstaktiken betreffend die Zusammenschaltung reagieren könnte, wird darauf hingewiesen, dass gerade zur Verhinderung derartiger Taktiken der Telekom Austria entsprechende Regulierungsinstrumente nach §§ 38 und 41 TKG 2003 in den Verfahren M 7/03 und M 8a/03 auferlegt werden. Telekom Austria hat daher regulatorisch bedingt nicht die Möglichkeit zu derartigen Verzögerungen und kann daher auch nicht in dieser Art auf Preiserhöhungen der Liwest reagieren.

Entgegen dem Vorbringen der Liwest wurde daher nicht jeder Terminierungsnetzbetreiber automatisch („*irrespective of its size and individual market situation*“) als Betreiber mit SMP beurteilt. Tatsächlich beruht die Feststellung auf der detaillierten Untersuchung der Terminierungsmärkte, insbesondere hinsichtlich CBP.

Betreffend das nach dem Entwurf auferlegte Regulierungsinstrument der Kostenkontrolle mittels Benchmarking bringt Liwest einerseits vor, dass damit das gleiche Regulierungsinstrument für (sehr) kleine Betreiber und für die Telekom Austria angeordnet wurde, weil damit jeder Betreiber das für Telekom Austria berechnete Entgelt für V3 erhält. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass einerseits schon mit der Anordnung, dass kleine Betreiber das regionale Entgelt (statt des lokalen) für Terminierung erhalten, auf deren besondere Netzstrukturen Rücksicht genommen wird. Andererseits lässt Liwest unberücksichtigt, dass die unterschiedlichen Größen der Betreiber bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente berücksichtigt werden, wobei hier einerseits zu erwähnen ist, dass Telekom Austria neben der Kostenkontrolle auch andere Verpflichtungen (z.B. Zusammenschaltung, Gleichbehandlung) auferlegt bekommt und dass auch die Verpflichtung zur Kostenkontrolle selbst bei der Telekom Austria wesentlich strenger ausfällt (FL-LRAIC), als bei den kleinen Betreibern (Benchmarking). Eine unsachliche Gleichbehandlung kleiner und großer Betreiber liegt daher nicht vor.

Wenn Liwest weiter vorbringt, dass sie nur entweder den (exakten) Benchmarkwert von V3 akzeptieren, oder ein von der Telekom-Control-Kommission als unverhältnismäßig bezeichnetes Kostenrechnungssystem implementieren könne, ist ihr entgegen zu halten, dass die Telekom-Control-Kommission nicht die Implementierung eines FL-LRAIC-Kostenrechnungssystems und einer getrennten Buchhaltung bei kleinen Betreibern per se für unverhältnismäßig erachtet, sondern nur eine unbedingte Verpflichtung kleiner Betreiber zur Einrichtung eines solchen Systems. Wenn ein Betreiber freiwillig einen Nachweis höherer Kosten führen will, um höhere Entgelte zu erhalten, kann die Einrichtung der erforderlichen Systeme nicht als unverhältnismäßig betrachtet werden. In diesem Fall ist aber im Hinblick auf die gegebene SMP-Stellung und den identifizierten Anreiz zur Setzung überhöhter Preise eine Orientierung an den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu fordern.

Im Hinblick auf diese Argumente erachtet die Telekom-Control-Kommission auch die Darstellung der Liwest betreffend die wirtschaftlichen Implikationen nicht für geeignet, die Feststellung von SMP der Liwest auf ihrem Terminierungsmarkt und die Auferlegung der Verpflichtung zur Kostenkontrolle unverhältnismäßig erscheinen zu lassen.

10.2.2. Stellungnahme des VAT vom 29.11.2003:

Der VAT nimmt in einer Stellungnahme vom 29.11.2004 neben den notifizierten Entwürfen betreffend den Originierungsmarkt und den Terminierungsmarkt der Telekom Austria auch zu den betreiberindividuellen Terminierungsmärkte der alternativen Netzbetreiber Stellung.

Hinsichtlich dieser Bescheidentwürfe führt der VAT aus, dass die vorgesehene Kostenkontrolle auf der Basis von Benchmarks (V3) *„als guter Kompromiss zwischen Wettbewerb und Effizienz [erscheint] und ... als verhältnismäßig betrachtet und daher befürwortet“* wird. Liwest widerspricht in einer weiteren Stellungnahme vom 09.12.2004 dieser Meinung des VAT unter Hinweis auf ihr bisheriges Vorbringen.

10.3. Zur eingelangten Stellungnahme im Koordinationsverfahren:

Am 03.12.2004 übermittelte die europäische Kommission eine Mitteilung gemäß Art. 7 Abs. 3 der Rahmen-RL, in der mitgeteilt wurde, dass die EK betreffend den im gegenständlichen Verfahren notifizierten Entscheidungsentwurf nicht Stellung nimmt.

Weitere Stellungnahmen langten im Rahmen des Verfahrens nach § 129 TKG 2003 nicht ein.

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 20.12.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann