M 8m/06-32

Bescheid

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

I. Spruch

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

2. UPC Telekabel Wien GmbH wird gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 die spezifische Verpflichtung 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 aktuellen Entgelt der Telekom Austria AG für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

3. Die der UPC Telekabel Wien GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der UPC Telekabel Wien GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 8g/03 vom 20.12.2004 auferlegte Verpflichtung wird gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 06.02.2006 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zur Zahl M 8/03 amtswegig eingeleitet.

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

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

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

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

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

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, der Verfahrenspartei gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den gegenständlichen Markt einzuräumen. Es wurde daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 8/06 vom Juli 2006 (ON 2) übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen (ON 3). Die Stellungnahme langte am 25.08.2006 ein (ON 6).

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur

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

Im September 2006 übermittelten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente. Dieses wurde samt dem Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*“ an die Verfahrenspartei zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahme langte am 11.10.2006 ein (ON 10).

Von 15.11.2006 bis 11.12.2006 wurde ein Konsultationsverfahren nach § 128 TKG 2003 und von 15.11.2006 bis 15.12.2006 ein Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 durchgeführt. Zu den Ergebnissen dieser Verfahren wird auf Punkt II.D.9.1 verwiesen. Mit e-Mail vom 20.11.2006 teilte die Bundeswettbewerbsbehörde mit, dass sich aus dem übermittelten Maßnahmenentwurf „*Prima facie ... keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken*“ ergeben. Mit Schreiben vom 04.12.2006 teilte der Bundeskartellanwalt mit, dass von der Übermittlung einer Stellungnahme zum übermittelten Maßnahmenentwurf abgesehen werde. Stellungnahmen des Kartellgerichts und des Oberkartellgerichts langten nicht ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1.1. Der relevante Markt:

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

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

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

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

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 Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors (vgl. Ziffer 9 des Anhangs). Auf die Erkenntnisse des VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088, bzw. vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089 mit denen die Marktabgrenzung für analogen Festnetzterminierungsmärkte als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wird hingewiesen.

Das räumliche Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes ist das Bundesgebiet.

1.2. Terminierungsleistungen:

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

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

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

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

1.3. Zusammenhang mit den Endkundenmärkten:

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

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

Trotz dieser Verbindungen schlagen sich die Wettbewerbsverhältnisse der Endkundenmärkte nicht auf die der Terminierungsmärkte nieder. Der Grund dafür liegt im Calling Party Pays Prinzip (CPPP), nach dem der Anrufer die gesamten Kosten des Gesprächs bezahlt. Der Angerufene zieht zwar gegebenenfalls einen Nutzen aus dem Anruf, trägt die Kosten dafür aber nicht. Dadurch verursacht das CPPP auf der Endkundenebene Externalitäten, die zu verzerrten Anreizen auf dem Vorleistungsmarkt führen könnten. Denn

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

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

1.4. Größe der Terminierungsmärkte im Vergleich:

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

2. Zur Analyse des Terminierungsmarktes der Verfahrenspartei:

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind Monopolmärkte. Der betreiberindividuelle Markt ist daher nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen. Da jeder neu in den Festnetzsektor einsteigende Netzbetreiber, der 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.

2.1. Markteintrittsbarrieren

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

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Marktanteile des jeweiligen Terminierungsnetzbetreibers liegen auf Grund der gegebenen Marktdefinition konstant bei 100%. Die absoluten Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich. Eine mögliche Relevanz dieser Größenverhältnisse für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse wird im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt nicht relevant sind die weiteren Wettbewerbsindikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell

marktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende Indikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

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

2.4. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Die Terminierungsentgelte auch der alternativen Festnetzbetreiber wurden über die Reziprozität der Entgelte seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren von der Regulierungsbehörde angeordnet. Mit Bescheid M 8g/03 vom Dezember 2004 wurde der Verfahrenspartei die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) auferlegt. Daher können Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung keine Aussagen über das Marktverhalten liefern. Aus diesem Grund ist eine *Ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden („*Green-Field-Ansatz*“). Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

2.5. Marktergebnis

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

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Terminierungsleistung im Festnetz ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

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

- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichnete Tarifsystem bewirkt (als Externalität), dass die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt

werden und damit auch, zu welchen Kosten die Zustellung erfolgt, der gerufene Teilnehmer trifft, während die Kosten der rufende Teilnehmer zu tragen hat.

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

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

2.7. Nachfrageseitige Gegenmacht

2.7.1. Allgemeines

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

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

Inwieweit die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell d.h. gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, über Preisdiskriminierung eine für Kunden mit potentieller nachfrageseitigen Gegenmacht gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Preisdiskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopol-

macht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Die Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht hat folgende Fallkonstellationen zu beantworten:

Endkundenebene:

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

Vorleistungsebene:

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

2.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene

2.7.2.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Teilnehmer aus anderen Netzen

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

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

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

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

2.7.2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht durch angerufene Kunden des Terminierungsnetzbetreibers

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

Privatkunden

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

Unternehmen – Interne Kommunikation

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

Unternehmen – Externe Kommunikation

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

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

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

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

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

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

Es zeigt sich also, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens, den Betreiber zu wechseln, glaubhaft wäre, keine nachfrageseitige Gegenmacht durch eigene Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte besteht. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß

erreicht, das es dem Festnetzbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden.

2.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene

2.7.3.1. Allgemeines

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

2.7.3.2. Die nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber einem alternativen Festnetzterminierungsbetreiber wie der Verfahrenspartei

2.7.3.2.1. Nachfragemacht der Verbindungsnetzbetreiber (VNB) gegenüber einem alternativen Festnetzbetreiber

Die VNB sprechen nur die Kunden der TA an, weil die alternativen Netzbetreiber keine Verpflichtung haben, ihren Kunden Gespräche über Verbindungsnetzbetrieb zu ermöglichen und diese Leistungen auch nicht anbieten. Daher haben sie keinen Anreiz, die VNB von ihrer Terminierungsleistung auszuschließen, da sie an den Anschlussmärkten nicht im direkten Wettbewerb mit ihnen stehen. Aber mittelbar konkurrieren sie mit ihnen, wenn sie den Endkunden ihre Angebote über Verbindungsleistung legen. Nichtsdestotrotz können sie hohe Terminierungsentgelte verlangen und damit ihren Profit maximieren. Dadurch erhöhen sie die Kosten der VNBs, für die das Terminierungsentgelt nur ein Durchlaufposten ist, das sie in der Kalkulation der Endkundenpreise berücksichtigen müssen. Der VNB hat solchen exzessiven Preisen nichts entgegen zu setzen, da er selbst keine Terminierungsleistung erbringt und daher über keine nachfrageseitige Gegenmacht verfügt, selbst wenn er große Mengen an Terminierungsleistung bezieht.

2.7.3.2.2. Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber alternativen Festnetz-betreibern

Grundsätzlich haben die alternativen Festnetzbetreiber einen Anreiz, in ihrem Monopolmarkt Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Eine Erhöhung der Preise über das Monopolpreisniveau hinaus ist auf Grund der Elastizität der Nahfrage im Allgemeinen unattraktiv, sodass der Monopolpreis den Profit der Telekom Austria maximiert.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum in seinem Netz Terminierungsentgelte für die Mobilterminierung festsetzt, kann hypothetisch einem solchen Monopolpreis dadurch entgegenwirken, als er gegebenenfalls selbst für die Terminierung einen Monopolpreis verlangt. Der alternative Festnetzbetreiber wird auf eine solche Monopolpreissetzung wohl mit keiner Reduktion der Terminierungsentgelte reagieren, da er keine Anreize hat, seinen Profit zu schmälern. Die Preissetzung der Mobilterminierungsentgelte berührt ja seine Terminierungspreissetzung in keiner Weise. Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein, ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige

Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorhaben zu halten hat und ein unregulierter Festnetzterminierungsbetreiber seine volle Marktmacht ausüben kann.

Der alternative Netzbetreiber wird den Zugang nicht verweigern, da er mit den Mobilbetreibern nicht auf denselben Endkundenmärkten konkurriert. Dieses Wettbewerbsproblem wird daher für alternative Festnetzbetreiber nicht entstehen.

2.7.3.2.3. Nachfragemacht der Telekom Austria gegenüber alternativen Festnetzbetreibern

Telekom Austria verfügt über die meisten Anschlüsse und terminiert die meisten Gesprächsminuten. Telekom Austria könnte im Falle fehlender Regulierung die Zusammenschaltung mit dem alternativen Netzbetreiber verweigern, würde dieser unangemessene Konditionen verlangen. Dieser würde daher mit einer nachfrageseitigen Gegenmacht konfrontiert sein, die ihren Ursprung in der Bedeutung der TA-Anschlüsse hat. In einem völlig unregulierten Umfeld wird Telekom Austria tatsächlich einen solchen Druck ausüben können, indem sie ihre Marktmacht einsetzt und bei unangemessenen Forderungen der alternativen Festnetzbetreiber die Zusammenschaltung verweigert. Telekom Austria kann eine Zusammenschaltung auch aus strategischen Gründen verweigern, will sie etwa ihre Marktmacht auf anderen Märkten stärken bzw. Betreiber von diesen Märkten ausschließen. Daher sind Telekom Austria und andere Betreiber gesetzlich verpflichtet, auf Nachfrage ein Angebot über Zusammenschaltung zu legen.

Trotz dieser Interoperabilitätsverpflichtung könnte Telekom Austria gegenüber Festnetzbetreibern exzessive Preise verlangen und derart die Marktmacht der alternativen Betreiber auf den Terminierungsmärkten einschränken. Sie hätte weiterhin die Möglichkeit, ihre Marktmacht auszuüben und Druck auf die alternativen Betreiber ausüben. Diese könnten etwa im Gegenzug aufgrund fehlender Abbildung ihrer Terminierungsentgelte auf betreiberindividuelle Endkundenentgelte ihre Terminierungsentgelte ebenfalls exzessiv hoch setzen. Eine preisdisziplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte des alternativen Betreibers kann Telekom Austria insofern ausüben, indem sie ihrerseits mit hohen Terminierungsentgelten droht, sodass der alternative Betreiber auf Endkundenmärkten seine Dienste nicht mehr kompetitiv anbieten kann. Selbst bei unsymmetrischem Verkehrsfluss kann der Betreiber mit geringeren Terminierungsminuten seine Entgelte erhöhen, sodass der Saldo zwischen den Zahlungsströmen zumindest verringert wird. Welche Entgelte letztlich durch eine solche Situation verhandelt werden, lässt sich nicht exakt feststellen, doch werden auf Grund der jeweiligen Marktmacht beiderseits hohe Terminierungsentgelte zu erwarten sein, die allenfalls zur Rechtfertigung höherer Endkundenentgelte herangezogen werden können. In einem unregulierten Umfeld würden daher exzessive Preise das Resultat der Verhandlungssituationen sein, das für den Endkunden zum Nachteil gereicht und gegebenenfalls auch den Wettbewerb auf anderen Märkten hemmt. Wenn der Verkehr zwischen den Betreibern aber ausgeglichen symmetrisch ist, geht eine solche Drohung freilich ins Leere, weil sich bei gleichen Entgelten die Zahlungsströme aufheben (unter der Annahme, dass es keine on-net Tarife gibt). Dennoch ist zu beachten, dass die Terminierungsentgelte ein wesentlicher Teil der Kosten der Endkundentarife sind und gegebenenfalls so die Endkundennachfrage verzerrt werden kann.

Unter Berücksichtigung der Regulierungsauflagen der Telekom Austria auf deren Terminierungsmarkt verändert sich die Verhandlungssituation folgendermaßen: Durch die einschränkende Wirkung der Regulierungsauflagen wie der Entgeltkontrolle kann Telekom Austria ihre Entgelte nicht mehr autonom setzen und verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner – unabhängig von seiner Größe – jegliche preisliche Verhandlungsmacht. Damit entsteht eine Verhandlungssituation, in der Telekom Austria an die Auflagen der Regulierungsbehörde gebunden ist, während der Verhandlungspartner

seine Entgelte ohne Gegenmacht setzen kann. Das regulierte Unternehmen kann auch nicht auf nicht-preisliche Taktiken zurückgreifen, um den Zusammenschaltungspartner unter Druck zu setzen (da die Regulierungsauflagen solche Taktiken verbieten). Zu solchen Instrumenten gehören Verzögerungen (z.B. der Teststellungen), mindere Qualität oder schlechtere Serviceleistungen. Der alternative Netzbetreiber könnte daher seine Marktmacht ausüben, ohne von einer nachfrageseitigen Gegenmacht eingeschränkt zu werden.

2.7.3.2.4. Nachfragemacht der alternativen Festnetzbetreiber gegenüber anderen alternativen Festnetzbetreibern

Aufgrund positiver Netzwerkexternalitäten und höherer Einnahmen haben grundsätzlich alle Betreiber Interesse, ihren Kunden die Erreichbarkeit der Kunden anderer Netze zu ermöglichen 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 alternative Betreiber auf gleichen Endkundenmärkten im Wettbewerb stehen, würde eine Verweigerung der Zusammenschaltung und damit die gegenseitige Nichterreichbarkeit 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 sind daher zwischen alternativen Betreibern nicht zu erwarten.

Es wird also in der Regel ohne Regulierung eine Verhandlungslösung angestrebt, 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 geht: 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. Ein noch höherer Preis würde eine so große Mengenreduktion nach sich ziehen, dass der Profit für den Monopolisten zurückgehen würde. Monopolpreise werden also immer im preiselastischen Teil der Nachfragefunktion liegen. Dieser Effekt könnte aber nur dann zum Tragen kommen, wenn sich die Veränderungen von Terminierungsentgelten auch in den Endkundenentgelten niederschlagen und damit eine Mengenreduktion auf die Preiserhöhung zu erwarten ist. Im Konkreten bedeutet das, dass der Betreiber, der das Terminierungsentgelt zahlt, dieses dem Kunden weiterverrechnet. Ist eine solche Beziehung gegeben, werden die Betreiber ihre Terminierungsentgelte auf Monopolpreishöhe setzen. Ein Betreiber kann daher in Verhandlungen auf Terminierungsentgeltforderungen über dem 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. Davon ist nicht auszugehen, weil an Hand der Festnetzrufnummer das gerufene Netz nicht erkennbar ist.

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 sucht, oder die Kosten an seine Endkunden weitergeben wird, 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. Doch auch in einer solchen Situation sind die Entgelte von Bedeutung, da die Symmetrie des Verkehrsflusses

endogen durch die Höhe der Endkundenentgelte sowie der Vorleistungsentgelte beeinflusst wird, d.h. die Terminierungsentgelte gehen gegebenenfalls – abhängig vom Volumen – in die Endkundenentgelte ein und können die Nachfrage verzerren. Dadurch kann sich die Relation der Verkehrsflüsse verschieben, sodass diese sich wieder auf die Gestaltung der Terminierungsentgelte auswirkt. Darüber hinaus könnte die Höhe der Terminierungsentgelte bei symmetrischem Verkehr insofern auch für Dritte gelten, als sie bei Verhandlungen eine Leitfunktion haben könnte. Hohe gegenseitige Terminierungsentgelte könnten überdies somit als Instrument der Kollusion gegenüber anderen Betreibern eingesetzt und die eigenen Profite auf Kosten der Wohlfahrt maximiert werden.

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

2.8. Schlussfolgerung – beträchtliche Marktmacht der Verfahrenspartei

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

2.9. 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 der Entscheidung Z 10/03 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 alternativen Betreiber wieder. Netze alternativer Betreiber haben im Gegensatz zum Netz der Telekom Austria 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 darauf hin, 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. Diese Anordnung reziproker Entgelte, wonach alternative Netzbetreiber für Terminierungsleistungen das regionale Entgelt erhalten (V39=V3), wurde jüngst vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 12.09.2006, 2003/03/0193, bestätigt.

Die jüngste Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zur Festsetzung von Festnetz-Terminierungsentgelten datiert vom 20.09.2004. Nach dieser Entscheidung im Verfahren Z 10/03 wurden keine neuerlichen Anträge auf Neufestsetzung von Terminierungsentgelten mehr an die Telekom-Control-Kommission gerichtet. Telekom Austria bietet im aktuellen Standardzusammenschaltungsangebot (RIO 2005) (http://www.telekom.at/ Content.Node/ dateien/rio-2005.pdf) in Anhang 7 aktuell dasselbe Entgelt für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) an, wie im Bescheid Z 10/03 angeordnet wurde (amtsbekannt).

2.10. Marktmachtmissbrauch und Wettbewerbsprobleme

In Punkt 2.8 wurde festgestellt, dass die Verfahrenspartei über beträchtliche Marktmacht auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt verfügt. Eine mögliche Ausübung von Marktmacht wurde seit Beginn der Liberalisierung der Festnetzmärkte im Jahre 1998 weitestgehend unterbunden, da einerseits die Terminierungsleistungen der Telekom Austria reguliert wurden und andererseits auch die Terminierungsleistungen der alternativen Netzbetreiber ebenfalls der Regulierung unterworfen waren (Punkt 2.9). Sohin können Auswirkungen der potenziellen Wettbewerbsprobleme nicht konkret am Markt beobachtet werden, sondern werden aus der Anreizstruktur des marktmächtigen Unternehmens abgeleitet.

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

2.10.1. Marktmachtmissbrauch auf dem Markt - überhöhte Preise

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

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

2.10.2. Marktmachtübertragung auf andere Märkte

2.10.2.1. Zugangsverweigerung

Große Terminierungsnetzbetreiber könnten aufgrund ihrer Marktmacht am Terminierungsmarkt bei fehlender Regulierung diese auf andere Märkte übertragen, indem sie Mitbewerbern auf diesen Märkten den Zugang zur Terminierungsleistung verweigern, oder diese nur zu unangemessenen Konditionen bereitstellen.

Kleine Festnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei haben keinen Anreiz, ihre Marktmacht in dieser Weise missbrauchen, da sie mit einer Verweigerung des Zugangs nur ihr eigenes

Geschäftsmodell gefährden würden und ihre Marktmacht auf anderen Märkten nicht erhöhen könnten.

2.10.2.2. Nicht preisbezogene Aspekte

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

Durch Verzögerungen bei der Zusammenschaltung oder der Leistungsbereitstellung kann ein großer Terminierungsnetzbetreiber die Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten benachteiligen und so Markteintrittsbarrieren für diese Märkte errichten bzw. den Markteintritt verzögern. Kleine Festnetzterminierungsnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei haben keinen Anreiz, ihre Marktmacht durch Verzögerungen zu missbrauchen, weil sie damit kaum nennenswerte Barrieren auf anderen Märkten errichten können.

Horizontale Marktmachtübertragung zwischen Märkten, deren Produkte komplementär sind, ist dann möglich, wenn das Unternehmen, das auf einem Markt über Marktmacht verfügt, ein Bündel zwischen den Produkten anbietet, das von anderen Unternehmen nicht repliziert werden kann. Mit Bündelprodukten von Terminierungsleistung und anderen Leistungen kann ein großer Terminierungsnetzbetreiber die Marktmacht auf andere Märkte übertragen und dadurch den Konkurrenten auf anderen Märkten schaden. Demgegenüber haben kleine Festnetzterminierungsnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei keinen Anreiz, durch Verweigerung der direkten Zusammenschaltung sowie durch Bündelung von Produkten ihre Marktmacht auf andere Märkten zu übertragen.

2.10.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

Auch die Gefahr von Preisdiskriminierung ist bei alternativen Netzbetreibern wie der Verfahrenspartei nicht gegeben, weil die netzinternen Gespräche, für die bessere Konditionen eingeräumt werden können, im Vergleich zu Telekom Austria nur gering und daher vernachlässigbar in ihrer Wirkung sind.

2.11. Zusammenfassung betreffend das identifizierte Wettbewerbsproblem aus ökonomischer Sicht

Für den gegenständlichen Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei besteht nach den getroffenen Feststellungen im Fall der Nicht-Regulierung das potenzielle Wettbewerbsproblem, dass die Verfahrenspartei als Festnetz-Terminierungsnetzbetreiber einen Anreiz hat, exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren. Die auf Grund der Marktstruktur gegebene Marktmacht der Verfahrenspartei kann insbesondere nicht durch nachfrageseitige Gegenmacht beschränkt werden.

3. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

3.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

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

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

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

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

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das 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.

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

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

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese

Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

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

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

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

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

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

Basierend auf diesen Prinzipien soll nun im weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

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

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden*) und nicht Prinzip 3 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden*) anzuwenden.

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

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

3.2.1. 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.

Dieses Regulierungsinstrument verhindert Wettbewerbsprobleme wie die Verweigerung des Zugangs. Derartige Wettbewerbsprobleme wurden jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert.

3.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003

3.2.2.1. 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. Die Auferlegung dieser Verpflichtung hat unter Berücksichtigung der Investitionen des Betreibers und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erfolgen.

Die Entgeltkontrolle verhindert, im Gegensatz zur Zugangsverpflichtung Foreclosure-Strategien über das Setzen exzessiver Zugangspreise. 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 allokative Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste.

3.2.2.2. 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 verhindern. Im Falle resistenter Monopole (Prinzip 2) ist der Maßstab der Kostenorientierung anzuwenden, da damit allokative und produktive 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 gegebenenfalls 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 neuen Kostenmodells (bzw. die Adaptierung des für die Ermittlung der Kosten der Mobilterminierungsleistungen vorhandenen Kostenrechnungssystems) und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung, übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Als Basis des Vergleichs ist das aktuelle Entgelt der Telekom Austria AG für deren Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) heranzuziehen. Weist die Verfahrenspartei (freiwillig) höhere Kosten nach, können diese im Rahmen eines Verfahrens nach § 50 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission in Betracht gezogen werden und so allenfalls zu höheren Entgelten führen.

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.

3.2.2.3. *Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten*

Als Alternative zur Entgeltkontrolle ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Zwar wäre es 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 bekämpfen.

3.2.2.4. *Fazit*

Die Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking stellt trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive und verhältnismäßige Regulierungsinstrument dar, mit dem dem Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise am Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei begegnet werden kann.

3.2.3. 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.

3.2.4. 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 3.2.2) verwiesen.

3.2.5. 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.

3.3. Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

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

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Verfahrenspartei 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 vom Juli 2006. Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen vom September 2006.

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

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

Am 25.08.2006 übermittelte die Verfahrenspartei eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 6). In dieser Stellungnahme führt Telekabel zur Verfahrenspartei – ausschließlich UPC Telekabel Wien GmbH, nicht die im Gutachten genannte UPC Austria GmbH erbringt Terminierungsleistungen – zu verfahrensrechtlichen Bedenken und zu angenommenen Mängeln des Gutachtens betreffend die Marktanalyse aus und stellt auf der Basis dieses Vorbringen Anträge im Verfahren.

Eingangs erachtet sich Telekabel 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 Vorgangesweise erachtet die Partei als „merkwürdig“ und sieht sich in Parteirechten verletzt. Dazu ist auszuführen, dass die Erteilung des Gutachtensauftrages eine Verfahrensanordnung 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 Telekabel unter Berufung auf verschiedene 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 Telekabel ein kleiner Betreiber ist. Daraus können allerdings – wie unten im Detail dargestellt wird – keine anderen Schlüsse hinsichtlich der Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht der Telekabel gezogen werden, da ein Markt, auf dem die Partei über weniger als 100% Marktanteil verfügt, nicht als relevanter Markt nach der TKMVO 2003 existiert.

Den Ausführungen der Partei betreffend die Definition 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 („Marktgegenmacht“) 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 c) bringt die Partei vor, die Gutachter hätten sich nicht der Analyse des konkreten Terminierungsmarktes der Telekabel 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 (siehe weiter unten). 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 Telekabel 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.

Zum Vorbringen zu „Punkt 5.2.: 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 werden an den Anrufer weiterverrechnet – eine Erhöhung der Terminierungsentgelte dazu führe, dass die Endkunden ihre Anrufe entweder gänzlich vermeiden oder aber wesentlich kürzer halten würden. 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.

Wegen des anzuwendenden „Green-Field-Ansatzes“, die Wettbewerbessituation ist für den (theoretischen) Fall fehlender Regulierung bzw. mit Berücksichtigung von Regulierung nur auf anderen Märkten) zu analysieren, sind auch die Ausführungen der Partei, dass die „Rückfallposition“ der Regulierung ein wesentliches Verhandlungsinstrument darstelle unrichtig, weil eben definitionsgemäß auf dieser Stufe der Prüfung der Anreizstruktur die Situation ohne Regulierung zu untersuchen ist.

Die weiteren Ausführungen der Partei (ab dem dritten Absatz auf Seite 7) 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 preisdisziplinierende Wirkung eines großen Betreibers gegenüber einem 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. Es kann dem Argument der Telekabel daher nicht gefolgt werden. Soweit die Verfahrenspartei weiters ausführt, Telekom Austria könne überhöhte Terminierungsentgelte in ihren Endkundenentgelten abbilden, ist darauf hinzuweisen, dass die Amtssachverständigen diesbezüglich ausführen (Punkt

5.2.3.2.3.) dass, „*in der Regel ... aufgrund der jeweiligen Marktmacht beiderseits hohe Terminierungsentgelte zu erwarten* [sind]*, die allenfalls zur Rechtfertigung höherer Endkundenentgelte herangezogen werden können. In einem unregulierten Umfeld würden daher exzessive Preise das Resultat der Verhandlungssituationen sein, das für den Endkunden zum Nachteil gereicht und gegebenenfalls auch den Wettbewerb auf anderen Märkten hemmt*." Derartige wettbewerbshemmende bzw. für Endkunden nachteilige Entwicklungen sind aber nach den anzuwendenden Rechtsgrundlagen gerade zu verhindern.

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 10.10.2006 (ON 10) führt Telekabel zum Gutachten betreffend die Regulierungsinstrumente aus.

Eingangs fasst die Verfahrenspartei dabei ihre „*Bedenken gegen die Marktanalyse*" und ihre angenommenen „*Mängel der Marktanalyse*" nochmals zusammen. Auf die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission zum Schriftsatz ON 6, sowie auf die sonstigen Ausführungen zum Analyse des Marktes und zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht wird daher verwiesen.

Mit ihrem Vorbringen in Punkt 2 „Kritik am Gutachten im Allgemeinen" zieht die Partei die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Gutachten in Zweifel. Diesbezüglich wird auf die Begründung in den Punkten B.3.2.2.2 und D.7.2.2 dieses Bescheides 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.

Soweit die Verfahrenspartei 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 auf Verhältnismäßigkeit geprüft (siehe Punkten B.3.2.2.2 und D.7.2.2).

Weiters führt die Verfahrenspartei aus, dass fast alle Haushalte 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 („Telefoniedienste für Endkunden"). 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. Die geforderte Differenzierung in einfach und doppelt erschlossene Haushalte ist daher richtigerweise betreffend den verfahrensgegenständlichen Markt nicht erforderlich. Das Regulierungsprinzip 2 wurde zu Recht angewendet.

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.

Auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 06.09.2005, 2005/03/0088, mit dem die gegen den ebenfalls die Verfahrenspartei betreffenden im Wesentlichen gleich begründeten Bescheid der Telekom-Control-Kommission, M 8g/03-25 vom 20.12.2004, erhobenen Beschwerde als unbegründet abgewiesen wurde, wird sowohl hinsichtlich der Marktanalyse, als auch hinsichtlich der Auferlegung der Regulierungsverpflichtung verwiesen.

In einem weiteren Schriftsatz vom 23.01.2007, ON 30, nimmt die Verfahrenspartei zu den Ausführungen der Europäischen Kommission über die Mindestauslastung von Joining Links mit der Telekom Austria Stellung. Zum gegenständlichen Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei wird kein zusätzliches Vorbringen erstattet.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinition – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung.

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 Marktmarkt verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß Abs. 2 leg. cit. auferlegen. Diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

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, der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005, („TKMVO 2003“) 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.).

Grundsätzlich regelt das TKG 2003 auch die Analyse des möglichen Vorliegens einer gemeinsamen Marktbeherrschung, bei der zwei oder mehrere Unternehmen 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.). Da der gegenständliche Markt jedoch definitionsgemäß ein (resistenter) Monopolmarkt ist, kann es nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung kommen. Diese ist daher nicht weiter zu prüfen.

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

§ 35 TKG 2003 deckt sich mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („*Rahmenrichtlinie*", Abl. L 108/33 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".

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 (ABl. C 165/6 vom 11.07.2002, 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*."

Bereits mit den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission M 8b/03 bis M 8k/03 vom 20.12.2004 bzw. M 8/05 und M 9/05 vom 26.06.2006 wurde festgestellt, dass verschiedene alternative Festnetzbetreiber über beträchtliche Marktmacht auf ihrem jeweiligen Festnetz-Terminierungsmarkt verfügen und es wurde ihnen eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 in Form von Benchmarking - Vergleichsmaßstab war das Entgelt für die Verkehrsart V3 (= regionale Terminierung der Telekom Austria) - auferlegt. Der Verwaltungsgerichtshof wies mit Erkenntnis vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088, die gegen einen dieser Bescheide erhobene Beschwerde einer Verfahrenspartei als unbegründet ab. Inhaltlich führt der Verwaltungsgerichtshof dabei insbesondere aus, dass entgegen dem Beschwerdevorbringen kein (relevanter) gesamtösterreichischer Markt für Terminierung sondern vielmehr betreiberindividuelle Märkte existieren. Auf dem jeweiligen betreiberindividuellen Markt hat der Betreiber 100% Marktanteil. Die genannten Bescheide sind auf der Homepage der RTR-GmbH (www.rtr.at) abrufbar.

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 auf ihrem Markt konstant 100%. 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 die Verfahrenspartei klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. 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.

Als Grund für die Monopolstellung und als Ursache für die identifizierten potenziellen Marktfehler wurden zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung festgestellt:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopolleistung 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.2.11) potentielle Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei, nämlich dem Anreiz zur Setzung exzessiver Preise, um ihren Profit zu maximieren.

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

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

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt

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

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

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

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

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

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

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken"

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

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

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

Auch dieser Indikator spricht 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 sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung“

Diese Indikatoren sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt. Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

Wie festgestellt (Punkte B.2.2 und B.2.3) lassen auch die 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.

Wie festgestellt (Punkt B.2.4) lassen sich jedoch aus den Marktverhaltens-Indikatoren keine direkten Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen. 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 Marktacht 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.2.7) 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 preisdisziplinierende 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 Ergebnis, dass die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht zu erschüttern, da keine nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

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 herrscht, sondern das potenzielle Wettbewerbsproblem besteht, dass die Verfahrenspartei den Anreiz hat, überhöhte Preise zu setzen.

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

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

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

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

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

3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem 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, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden, da die Infrastruktur zum Teilnehmer nicht sinnvoll replizierbar ist. Der Einsatz der Regulierungsinstrumente ist daher vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen auszurichten.

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

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen 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. Ungeachtet dessen ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 48 ex TKG 2003 auch für die Verfahrenspartei zur Anwendung kommt.

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 verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL).

Bei der Anwendung des Regulierungsinstruments der Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking übersieht die Telekom-Control-Kommission nicht, dass es sich bei dem als Benchmark herangezogenen Entgelt für regionale Terminierung der Telekom Austria nicht unmittelbar um ein Entgelt handelt, das auf einem „*dem Wettbewerb geöffneten*" Markt verrechnet wird, da der Terminierungsmarkt der Telekom Austria seinerseits ein Monopolmarkt ist, auf dem die Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt. Das Entgelt für die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria wurde allerdings auf Basis des FL-LRAIC-Ansatzes durch die Telekom-Control-Kommission ermittelt und simuliert damit einen Preis, der der effizienten Erstellung dieser Leistung, und damit einem Wettbewerbspreis, entspricht. Bei weiterer Berücksichtigung der aus den Verfahren M 8a/03 bis M 8k/03, M 8/05 und M 9/05 sowie M 8a/06 bis M 8n/06 amtsbekannten Tatsache, dass keine (vergleichbaren) Terminierungsmärkte existieren, die dem Wettbewerb geöffnet sind,

ist daher die Heranziehung des dem FL-LRAIC-Ansatz entsprechenden aktuellen V3-Entgelts der Telekom Austria nach § 42 TKG 2003 jedenfalls zulässig.

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

Wie festgestellt, hat 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 Endkundentarif (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.3.2.2.2) 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 grundsätzlich möglich:

1. ECPR (Efficient Component Pricing)

ECPR-Preise werden durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten ermittelt, 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“).

Die Regulierungsbehörde kann solche Kosten jedoch 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 daher dann eingesetzt, 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 bzw. Adaptierung 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 Entgelte für 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.

Schon bisher war der Benchmark das Entgelt für die regionale 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.2.9) galt diese Entgelthöhe auch für die alternativen Netzbetreiber (ANBs). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann dieses nach wie vor aktuelle (vgl. Punkt B.2.9), gegenwärtig verrechnete Entgelt für die regionale Terminierung gegenüber den anderen alternativen Festnetzbetreibern (Bescheide M 8b/03 bis M 8k/03, insbesondere die vom VwGH bestätigten Bescheide M 8g/03 und M 8k/03) 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 die Verfahrenspartei höhere Kosten als die auf Basis obiger Überlegungen zur Anwendung vorgeschlagenen Entgelte geltend machen möchte, von ihr 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 grundsätzlich entsprechenden) 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.

In ihrer im Rahmen des Koordinationsverfahrens nach § 129 TKG 2003 übermittelten Stellungnahme vom 15.12.2006, ON 27, führt die Europäische Kommission aus, dass die Terminierungsentgelte (auch) der alternativen Netzbetreiber einerseits kostenorientiert sein sollen und andererseits auch der Notwendigkeit Rechnung tragen müssen, dass ANBs in Zukunft effizienter zu werden haben. Diesbezüglich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die angeordnete Verpflichtung bedeutet, dass auch die alternativen Netzbetreiber ihre Entgelte grundsätzlich an den Kosten der Leistungsbereitstellung zu orientieren haben, wenn auch als konkrete Methode der Entgeltkontrolle aus den dargestellten Gründen „Benchmarking“ statt Entgelte auf der Basis des FL-LRAIC-Ansatzes gewählt wurde. Vor dem Hintergrund dieser Verpflichtung können daher – auch bei Nachweis allfälliger höherer Kosten – die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschritten werden, so dass etwa auch der Hinweis eines Betreibers, dass im Rahmen seiner gewählten technischen Realisierung Terminierungen zu festen Netzabschlusspunkten wesentlich höhere Kosten verursachen, nicht automatisch dazu führen würde, dass – ohne besonders zu berücksichtigende Umstände – (weit) höhere Terminierungsentgelte für Festnetzterminierungsleistungen verlangt werden können. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass den Hinweisen der Europäischen Kommission im Sinne des § 129 Abs. 2 TKG 2003 mit der angeordneten Regelung weitgehend Rechnung getragen wird.

Durch die Anwendung des für Telekom Austria vorgesehenen Kostenrechnungsmodells wird für die Regulierungsbehörde auch eine Vergleichbarkeit der Kosten sichergestellt.

Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig und verhältnismäßig, im Fall der Verfahrenspartei Benchmarking als Preisermittlungsmethode anzuordnen, weil der Implementierungs- bzw. Adaptierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen möglichen Preissetzungsverfahren ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Der Verwaltungsgerichtshof hat diesbezüglich mit Erkenntnis vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089, erkannt, dass diese – auf einem analogen Festnetzterminierungsmarkt – angeordnete Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking nicht rechtswidrig ist, insbesondere da die Verfahrenspartei durch die Anordnung, wonach der Kostennachweis nicht jedenfalls zu führen ist, sondern nur dann, wenn höhere Kosten als das Benchmark geltend gemacht werden, nicht beschwert sein kann.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die Verfahrenspartei 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.3.2.2.3) 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.

Auf das Erkenntnis des VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089, mit dem die auf einem analogen Festnetzterminierungsmarkt angeordnete Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wird auch im gegebenen Zusammenhang hingewiesen.

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. Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL).

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die rechtliche Beurteilung zur Entgeltkontrolle (Punkt 7.2.2) 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. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 8g/03 auferlegten Verpflichtungen

Da die Verfahrenspartei mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 8g/03 vom 20.12.2004 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Markt festgestellt wurde, gilt bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit diesem Bescheid auferlegte Verpflichtung.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids wird der Verfahrenspartei eine spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit den zuvor genannten Bescheid auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit der im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtung die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehende Verpflichtung mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

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

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 darund wurde den Verfahren der Konsultation und Koordination unterzogen.

9.1. Zu den eingelangten Stellungnahmen:

9.1.1. Zur Stellungnahme des VAT:

Mit Schreiben vom 07.12.2006, ON 26, nimmt der Verband der alternativen Telekom Betreiber (VAT) zum konsultierten Bescheidentwurf Stellung. In Punkt 3 dieser Stellungnahme weist der VAT darauf hin, dass nicht sicher gestellt sei, dass nach Abschluss der Marktanalyse des Transitmarktes jedenfalls noch Bündelprodukte aus (lokaler) Terminierung und Transitleistungen wie die als Benchmark herangezogene Verkehrsart V3 von Telekom Austria angeboten werden, wenngleich der VAT davon ausgeht, dass derartige Produkte weiter angeboten werden. Diesbezüglich ist einerseits auszuführen, dass auch die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass weiterhin Bündelprodukte wie die Verkehrsart V3 von Telekom Austria angeboten werden. Andererseits besteht nach der angeordneten Regelung für jeden Terminierungsnetzbetreiber die Möglichkeit, unter Nachweis seiner Kosten auch andere, allenfalls höhere Entgelte in einem Verfahren nach § 50 TKG 2003 zu erwirken. Die vom VAT vorgeschlagene Referenz auf die Verkehrsarten V11 bzw. V12 als Benchmarks für Terminierungsleistungen in alternative Teilnehmernetze erscheint im Hinblick darauf, dass es sich dabei um Originierungsleistungen handelt, nicht zweckmäßig.

9.1.2. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission:

Zur Stellungnahme der Europäische Kommission vom 15.12.2006, ON 27, wird auf die Ausführungen in Punkt II.D.7.2.2.2 verwiesen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 05.02.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann