

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 04.07.2008 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 1/07 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria TA AG auf dem „Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ iSd. § 1 Z 17 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 41 Abs. 2 TKG 2003 auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1 breitbandigen Bitstream-Zugang samt aller dafür notwendigen Annex-Leistungen ungebündelt zu gewähren. Entsprechend der Nachfrage hat die Verkehrsübergabe entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet Protokoll“-basiert zu erfolgen.

Solange auf dem Markt gem. Spruchpunkt 1 inklusive Telekom Austria TA AG insgesamt mindestens drei große Betreiber iSd. Punktes B 3.1.1. dieses Bescheides wirtschaftlich und rechtlich selbstständig tätig sind, ist der Zugang nur in den Versorgungsgebieten jener Hauptverteiler, die nicht nachfolgend aufgezählt werden, dh in „Gebiet 2“ bereitzustellen. Die Bereitstellung hat nur in jenen Hauptverteilern, in denen Telekom Austria TA AG sich selbst oder anderen Vorleistungskunden breitbandigen Zugang anbietet, zu erfolgen.

Die erwähnten Versorgungsgebiete der Hauptverteiler („Gebiet 1“) sind folgende:

22220	Wien-Kaisermühlen	66204	Salzburg-Residenzplatz
22222	Wien-Stadlau	66205	Salzburg-Itzling
22223	Wien-Kagran	66207	Salzburg-Paris Lodronstraße
22224	Wien-Afrikanergasse	66264	Salzburg-Fuggerstraße
22225	Wien-Leopoldau	66285	Salzburg-Wals
22227	Wien-Brünner-Straße	73204	Linz-Haydnstraße
22228	Wien-Prater	73205	Linz-Grünstraße
22229	Wien-Breitenlee	73207	Linz-Fadinger Straße
22231	Wien-Berggasse	73208	Linz-Wegscheid
22232	Wien-Grinzing	73223	Linz-Leonfeld
22233	Wien-Treustraße	73224	Linz-Steg
22236	Wien-Döbling	73239	Linz-Kleinmünchen
22237	Wien-Heiligenstadt	223602	Mödling
22239	Wien-Jedlersdorf	223603	Brunn am Gebirge
22240	Wien-Ottakring	223653	Guntramsdorf
22242	Wien-Hebragasse	225280	Baden-Ost
22247	Wien-Gersthof	226202	Korneuburg
22249	Wien-Klausgasse	226602	Stockerau
22252	Wien-Krugerstraß	262202	Wiener Neustadt
22255	Wien-Margareten	268202	Eisenstadt
22256	Wien-Dreihufeisengasse	274201	St. Pölten-West
22259	Wien-Gumpendorf	274208	St. Pölten-Ost
22261	Wien-Wienerberg	274222	St. Pölten-Nord
22262	Wien-Favoriten	274281	St. Pölten-Süd
22263	Wien-Neutorgasse	313502	Kalsdorf bei Graz
22265	Wien-Taubstummengasse	335202	Oberwart
22267	Wien-Inzersdorf	357202	Judenburg
22268	Wien-Oberlaa	361202	Liezen
22269	Wien-Vösendorf	384221	Leoben-West
22272	Wien-Rasumofskygasse	386202	Kapfenberg
22274	Wien-Simmering	386205	Bruck a.d. Mur
22276	Wien-Kaiser-Ebersdorf	424203	Villach-Süd
22277	Wien-Schwechat	424204	Villach-Ost
22278	Wien-Arsenal	424205	Villach-West
22282	Wien-Hietzing	522302	Hall in Tirol
22283	Wien-Meidling	522402	Wattens

22284	Wien-Hetzendorf	524202	Schwarz
22286	Wien-Liesing	533202	Wörgl
22288	Wien-Mauer	537202	Kufstein
22289	Wien-Sechshaus	541202	Imst
22292	Wien-Fünfhaus	552202	Feldkirch
22293	Wien-Zollergasse	552302	Götzis
22294	Wien-Baumgarten	555202	Bludenz
22297	Wien-Hadersdorf	557206	Dornbirn
31627	Graz-Triestersiedlung	557402	Bregenz-Mitte
31628	Graz-Straßgang	557403	Bregenz-Schendli
31629	Graz-Puntigam	557602	Hohenems
31631	Graz-Geidorf	557702	Lustenau
31640	Graz-Raaba	557802	Höchst
31641	Graz-St. Peter	624402	Golling
31651	Graz-Eggenberg	624502	Hallein
31661	Graz-Gösting	624602	Grödig
31669	Graz-Stattegg	646202	Bischofshofen
31671	Graz-Mitte	658202	Saalfelden
31691	Graz-Gries	722302	Enns
46302	Klagenfurt-West	722902	Traun
46303	Klagenfurt-SO	722907	Haid bei Ansfeld
46304	Klagenfurt-Nord	723702	St. Georgen a.d. Gusen
51202	Innsbruck-Mitte	724202	Wels
51204	Innsbruck-Pradl	725202	Steyr-Gr
51206	Innsbruck-Rum	725206	Steyr-Ta
51208	Innsbruck-Hötting	761202	Gmunden
66202	Salzburg-Alpenstraße	772202	Braunau am Inn
66203	Salzburg-Lehen		

Gemäß § 41 Abs. 2 TKG 2003 hat Telekom Austria TA AG

2.1.1. bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang anzubieten, sofern für Nachfrager ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Bitstream-Produkte nicht möglich ist,

2.1.2. die regionale Übergabe des Verkehrs betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang zunächst auf Ebene der neun im Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“

idF vom 02.05.2008 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.3. die nationale Übergabe des Verkehrs betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang zunächst auf Ebene der neun im Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ idF vom 02.05.2008 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.4. betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang den Zugang auf Vorleistungsebene nichtdiskriminierend auch dann zu ermöglichen, wenn der Endkunde über keinen POTS- oder ISDN-Basisanschluss bei Telekom Austria TA AG verfügt („naked-DSL“).

Telekom Austria TA AG muss für alle naked-DSL Profile Bitstream-Vorleistungsprodukte auf Nachfrage eine Option anbieten, die es dem Vorleistungspartner grundsätzlich ermöglicht, auf Basis dieses Vorleistungsproduktes Telefondienstprodukte zu realisieren, die wettbewerbsfähig mit Telefondienstprodukten der Telekom Austria TA AG sind. Für alle naked-DSL Profile ist auf Nachfrage eine Modemvariante mit integriertem Analogtelefonadapter anzubieten, die eine Priorisierung der dem Analogadapter zugeordneten IP-Pakete gegenüber solchen IP-Paketen gewährleistet, die einem über dasselbe Modem parallel realisierten Internetzugang zugeordnet sind.

Stellt ein Vorleistungspartner eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit seines auf Basis des naked-DSL Vorleistungsproduktes mit integriertem Analogtelefonadapter realisierten Telefondienstes fest, die nachvollziehbar durch anhaltende bzw. wiederholte Einschränkungen der Verfügbarkeit des Vorleistungsproduktes oder durch die vom Vorleistungsprodukt bestimmten und für einen Telefondienst maßgeblichen Werte der Netzperformanceparameter bedingt ist, hat Telekom Austria auf Nachfrage umgehend geeignete Maßnahmen zu setzen, um diese Probleme zu beheben sowie den Vorleistungspartner über die durchgeführten Maßnahmen detailliert zu informieren.

Bei Qualitätsproblemen hat Telekom Austria TA AG dem Vorleistungspartner auf Nachfrage umgehend Daten bereit zu stellen, die zur Problemeingrenzung bzw. der Problembhebung beitragen können.

2.1.5. Telekom Austria TA AG hat betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang den Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte die beabsichtigte Verlegung bzw. Auflassung eines der in den Spruchpunkten 2.1.2 und 2.1.3. genannten Übergabepunkte mindestens sechs Monate im Voraus anzukündigen.

2.2. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Gewährung des Zuganges im Sinne des Spruchpunktes 2.1.2. ausgehend von den tatsächlich angebotenen Endkundenpreisen sowie unter Zugrundelegung eines Durchrechnungszeitraumes von zwölf Monaten ein um die Kosten ihres Retail-Armes reduziertes Entgelt zu verrechnen (Entgeltkontrolle auf Basis „Retail Minus“).

2.2.1. Vorleistungsprodukte iSd Spruchpunktes 2.2. sind jeweils auf Basis des tatsächlich von den Endkunden entrichteten Entgelts anzubieten. Der Retail-Abschlag errechnet sich aus den vermeidbaren Kosten von Telekom Austria TA AG. Solange für Gebiet 1 und für Gebiet 2 im Sinne des Spruchpunktes 2.1. ein Zugangspreis im Sinne des Spruchpunktes 2.2 zur Anwendung gelangt, sind bei der Berechnung des Zugangspreises auch solche Kosten zu berücksichtigen, die Telekom Austria TA AG aufgrund der Bereitstellung des Zugangs auf Vorleistungsebene zusätzlich anfallen.

2.2.2. Der (Netto)Vorleistungspreis jedes einzelnen marktgegenständlichen Produktes hat – auch bei allen kurzfristigen Aktionsangeboten auf der Endkundenebene – zumindest so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten Produktes auf der Vorleistungsebene zu liegen, dass ein effizienter Betreiber zumindest seine variablen Kosten decken kann.

2.2.3. Telekom Austria TA AG hat ferner bei der Preisgestaltung für die marktgegenständlichen Leistungen zu gewährleisten, dass auch Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden.

2.2.4. Telekom Austria TA AG hat sämtliche Nebenleistungen maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung anzubieten.

2.2.5. Telekom Austria TA AG darf das Entgelt für den Bezug von marktgegenständlichen Leistungen frühestens ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Herstellung auf Endkundenebene dem entsprechenden Nachfrager der marktgegenständlichen Leistung verrechnen.

2.3. Telekom Austria TA AG hat betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang gemäß § 38 Abs. 1 und Abs. 2 TKG 2003 anderen Nachfragern marktgegenständlicher Bitstream-Produkte, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die marktgegenständliche Leistung „breitbandiger Bitstream-Zugang“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.3.1. Telekom Austria TA AG hat insbesondere betreffend alle derzeit angebotenen und zukünftigen Endkundenprodukte, die in diesen Markt fallen, diese Vorleistung in Form eines entsprechenden Zugangs anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie sich selbst, spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Nachfrager des marktgegenständlichen Bitstream-Produktes müssen über die Änderung von marktgegenständlichen Vorleistungsprodukten sowie die Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, seitens Telekom Austria TA AG entsprechend dem Implementierungsbedarf im Einzelfall, jedoch mindestens vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes informiert werden.

2.3.2. Telekom Austria TA AG hat den tatsächlichen Beginn der verfahrensgegenständlichen Leistungserbringung mindestens drei Arbeitstage im Voraus sowie gegebenenfalls den Zeitpunkt des Modemversands an den Endkunden dem Nachfrager mitzuteilen.

2.3.3. Telekom Austria TA AG hat bei der Implementierung der Bestelloberfläche iSd Anhang 5 des erwähnten „Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ eine fehlertolerante Eingabemaske zur Verfügung zu stellen, die ein neuerliches Eingeben der relevanten Daten zur weiteren internen Verarbeitung ohne vermeidbaren zusätzlichen Zeitverlust zulässt.

2.4. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 für das Gebiet 2 betreffend dem in Spruchpunkt 2.1. genannten breitbandigen Bitstrom-Zugang ein Standardangebot betreffend „breitbandigen Bitstream-Zugang“ gemäß Spruchpunkt 2.1., 2.1.2, 2.1.3., 2.1.4., sowie betreffend die in den Spruchpunkten 2.2.5., 2.3.2. und 2.3.3. erstmals angeordneten Verpflichtungen binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides auf ihrer Webseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten.

Hinsichtlich des Gebietes 1 hat Telekom Austria TA AG das bestehende „Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ zumindest bis zum 31.12.2008 aufrechtzuerhalten.

Das binnen zwei Monaten für das Gebiet 2 zu adaptierende Standardangebot hat sich am „Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ der Telekom Austria TA AG idF vom 02.05.2008 zu orientieren und zumindest alle Produkte zu umfassen, die in diesem „Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ von Telekom Austria TA AG angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne des § 1 Z 17 TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 zuzurechnen sind. Es hat alle gängigen Bandbreiten und entsprechend inkludierte Download-Volumina abzudecken sowie alle für die Bereitstellung

von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen zu enthalten.

Ferner müssen im Standardangebot folgende Regelungen enthalten sein:

- Klarstellung, dass das Entgelt für den Bezug von marktgegenständlichen Leistungen frühestens ab dem Zeitpunkt der Herstellung auf Endkundenebene fällig ist (Spruchpunkt 2.2.5.),
- Klarstellung über die von Telekom Austria TA AG einzuhaltenden Vorankündigungsfristen gem. Spruchpunkt 2.3.2.

Ferner müssen bezüglich Migration im Standardangebot folgende Regelungen enthalten sein:

- Wechsel des Endkunden eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten zu einem anderen Bitstream-Produkt,
- Wechsel eines Endkunden zu einem anderen Nachfrager nach Bitstream-Produkten,
- Migration einzelner oder mehrerer Endkunden eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
- Migration eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten von der nationalen auf die regionale Ebene,
- Migration zu „naked-DSL“.

Ferner müssen bezüglich dieser Aufzählung Bestimmungen hinsichtlich

- des maximalen Zeitraums der Durchführung der Migration und
- des maximalen Zeitraums der Unterbrechung des Dienstes für den Endkunden aufgenommen werden.

2.5. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gesamten gegenständlichen Markt (Gebiete 1 und 2) getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge, unterteilt nach Gebiet 1 und Gebiet 2 iSd des Spruchpunktes 2.1. dieses Bescheides,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Anzahl Breitbandanschlüsse (je Produkt, unterteilt nach Gebiet 1 und Gebiet 2 iSd des Spruchpunktes 2.1. dieses Bescheides) und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung im Sachzusammenhang notwendigen Informationen.

Das von Telekom Austria TA AG einzusetzende Kostenrechnungssystem hat die Ermittlung der Kosten, wie sie zur Berechnung eines Retail-minus Ansatzes erforderlich sind, zu ermöglichen.

3. Die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05-59 vom 28.2.2006 der Telekom Austria AG (nunmehrige Telekom Austria TA AG) auferlegten Verpflichtungen auf

dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene werden mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.4. gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.4. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05-59 vom 28.2.2006 zur Legung eines Standardangebotes wird gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit der Maßgabe aufgehoben, dass

- binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides ein im Sinn des Spruchpunktes 2.4. adaptiertes Standardangebot für das Gebiet 2 zu veröffentlichen ist und
- das bestehende Standardangebot für das Gebiet 1 zumindest bis zum 31.12.2008 aufrechterhalten wird.

Telekom Austria TA AG darf vom ordentlichen Kündigungsrecht gemäß Punkt 17.3.1. des Wholesale Standardangebotes betreffend breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider frühestens am 1.1.2009 Gebrauch machen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 14.5.2007 wurde gemäß § 37 TKG 2003 das Verfahren M 1/07 amtswegig eingeleitet.

Am 3.9.2007 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten („Analyse des Marktes für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“) übermittelt (ON 5).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission am 3.9.2007 den Beschluss gefasst, dass Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Am 1.10.2007 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente (ON 8) übermittelt.

Der gegenständliche Maßnahmenentwurf war Gegenstand intensiver und über zwei Monate andauernder Gespräche mit Dienststellen der Europäischen Kommission im Rahmen von sog. „Prenotification-Gesprächen“. Diese erfolgten ursprünglich, um eine möglichst rasche Durchführung des Koordinationsverfahrens nach § 129 TKG 2003 sicherzustellen.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 31.3.2008 wurde allen Betreibern von Telekommunikationsnetzen und - mit Ausnahme von reinen Wiederverkäufern (Callshops, Internetcafés) - auch allen Telekommunikationsdienstbetreibern, die über eine Bestätigung einer vollständigen Anzeige gem. § 15 Abs. 3 TKG 2003 bzw. über eine Konzessionsurkunde nach dem TKG (1997) verfügen, das Recht auf Parteistellung iSd § 8 AVG eingeräumt.

Am 30.5.2008 wurde eine mündliche Verhandlung abgehalten.

Folgende 38 Unternehmen verfügen über Parteirechte iSd § 8 AVG:

ACW Netzwerk Produkte und Dienste GmbH, Aicall Telekommunikations-Dienstleistungs GmbH, ASAK Kabelmedien GmbH, B.Net Burgenland Telekom GmbH, BBI Breitbandinfrastruktur GmbH, Betamax GmbH & Co. KG, Colt Telecom Austria GmbH,

Comteam IT Solutions, Dipl. Ernst Kern GmbH & Co. KG, Empirion Telekommunikations Services GmbH, Energie AG Oberösterreich Data GmbH, funkinternet.at GmbH, Multimedia One GmbH, HEDAB Verwaltungsges. m.b.H., Hutchison 3G Austria GmbH, i3B Internetbreitbandbetriebs GmbH, Internet-Lösungen und Dienstleistungen - RIS GmbH, JM-DATA GmbH, KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH, KT-Net Communications GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH, LinzNet Internet Service Provider GmbH, Liwest Kabelmedien GmbH, Mmc kommunikationstechnologie GmbH, mobilkom austria Aktiengesellschaft, Multikom Austria GmbH, Net4you Internet GmbH, Silver Server GmbH, Speednet Betriebs GmbH, Stadtwerke Hall in Tirol GmbH, Stadtwerke Wörgl, Technix Telekom GmbH, Telekom Austria TA AG, Teleport Consulting- und Systemmanagement GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UPC Austria GmbH, Verizon Austria GmbH und WVNET Information und Kommunikation GmbH.

B. Festgestellter Sachverhalt

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

Die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) idF BGBl. II Nr. 117/2005 definiert in § 1 Z 17 den gegenständlichen Markt.

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene gemäß § 1 Z 17 TKMVO 2003 entspricht dem Markt Nr. 5, „Breitbandzugang für Großkunden“, der auf Grundlage der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung (Rahmenrichtlinie) erlassenen „Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“, (ABl. L 344/65, Anhang, Markt Nr. 5 vom 28.12.2007). Diese Empfehlung der Kommission definiert neuerlich und unverändert den bereits in der (Vorgänger)Empfehlung der Kommission vom 11.2.2003 (ABl. L 114/45 v. 8.5.2003) definierten gegenständlichen Markt.

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene gemäß § 1 Z 17 der TKMVO 2003 umfasst die Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses, CATV-Modem-Technologie auf Basis eines Koax-Kabel-TV-Anschlusses und „Fixed Wireless Access“ Produkten (z.B. mittels WLL, W-LAN).

Hinsichtlich der genannten Zugangsrealisierungen ist unerheblich, ab welchem Punkt im Netzwerk Glasfaser eingesetzt wird. So sind auch Realisierungen der oben genannten Technologien, bei denen etwa der Kabelverzweiger über Glasfaser angebunden ist, Teil des Marktes. Dies deshalb, da zu erwarten ist, dass sich die solcher Art angebotenen Produkte nicht hinreichend von bestehenden, ausschließlich über Kupfer-Anschlussnetze bereitgestellten Produkten unterscheiden. Dies gilt nicht für „Fibre to the home“ (FTTH), da der Kunde in diesem Fall direkt an das Glasfasernetz angeschlossen ist.

Der Transport des Datenstroms zwischen Teilnehmer und Schnittstelle zum Vorleistungsnachfrager erfolgt ohne Verfügungsgewalt des Vorleistungsnachfragers über die dafür notwendige Netzinfrastruktur des Zugangsnetzes (z.B. Digital Subscriber Line Access Multiplexer - DSLAM bzw. Cable Modem Termination System - CMTS) bzw. die benötigte Infrastruktur des Transportnetzes durch den Vorleistungserbringer.

Andere Zugangstechnologien wie z.B. UMTS/HSDPA, PLC (Powerline Communications), Glasfaserleitungen bis zum Endkunden (FTTH) sowie Breitbandanbindungen über Satellit bzw. Zugangsformen wie Mietleitungen oder die auf einer anderen Wertschöpfungsstufe anzusiedelnde Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sind nicht Bestandteil dieses Marktes, da von ihnen derzeit keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die im Markt

inkludierten Produkte ausgeht. Außerdem sind Zugänge, die über öffentliche Hotspots (z.B. WLAN-Hotspots an öffentlich zugänglichen Orten) realisiert werden, nicht im Markt enthalten.

Erbringer einer marktgegenständlichen Leistung kann nur ein Betreiber der erforderlichen Übertragungstechnischen Infrastruktur im Anschlussnetz (bspw. DSLAM oder CMTS) sein. Der reine Wiederverkauf von marktgegenständlichen Leistungen ist daher nicht von diesem Markt umfasst.

Die Übergabe des Datenstroms vom bzw. zum Vorleistungsnachfrager erfolgt derzeit an einem oder mehreren Übergabepunkten über eine übliche, dem Stand der Technik entsprechende Datenschnittstelle - beispielsweise auf Basis ATM oder IP.

Der Markt umfasst den breitbandigen Zugang mit einer Downstream-Datenrate von mehr als 144 kbit/s.

Eigenleistungen, das heißt Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selber zur Verfügung stellt, sind von der Marktdefinition mitumfasst. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

Ferner sind IPTV-Vorleistungsprodukte (Contentprodukte) nicht Teil des gegenständlichen Marktes für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene (ON 8).

Der geografische Markt umfasst das gesamte österreichische Bundesgebiet. Die per 14.5.2007 gemäß § 36 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl. I Nr. 133/2005 (TKG 2003) durch die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) durchgeführte Überprüfung der Marktabgrenzung gab zu keiner Änderung der bereits bestehenden Marktabgrenzung Anlass.

2. Überblick über den relevanten Markt

2.1. Historische Entwicklung und bisherige Regulierungspraxis

2.1.1. Vorleistungsebene

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

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

2.1.1.1. *Das Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria in der Fassung vom 02.05.2008:*

Telekom Austria bietet im Rahmen ihres „Angebots der Telekom Austria betreffend Internetzugangslösungen für Internet Service Provider (ISP)“ vom 02.05.2008 zahlreiche Produkte mit unterschiedlichen technischen Parametern an. So können neben verschiedenen Datenübertragungsraten auch unterschiedliche Overbookingfaktoren sowie zwischen symmetrischen und asymmetrischen Breitbandzugängen gewählt werden. Die Services umfassen den ADSL-Zugang von einem Endkunden der Telekom Austria mit einem Fernsprechanschluss oder mit einem ISDN-Basisanschluss in den ADSL- bzw. SDSL-Ausbaugebieten der Telekom Austria zu einem Übergangspunkt als komplettes (Breitband-) Internet Zubringer Service. Dieses Service beinhaltet alle technischen Komponenten eines

Internet Zubringer Services in einem Virtual Path (VP), der pro DSLAM von allen ISP für den Zugangsservice benutzt wird. Die Verkehrsübergabe erfolgt an mehreren definierten L2TP Tunnel Endpunkten (nach RFC 2661), die mit den Übergabepunkten verbunden sind.

Von Telekom Austria werden derzeit die Servicearten ADSL-Residential, ADSL-Business sowie SDSL-Business angeboten.

Bei jedem dieser Dienste kann die Verkehrsübergabe entweder national an einem Übergabepunkt (PoP) oder aber regional an einem oder mehreren von insgesamt 9 Übergabepunkten in den jeweiligen Landeshauptstädten erfolgen.

Dieses „Angebot der Telekom Austria betreffend Internetzugangslösungen für Internet Service Provider (ISP)“ ist als Bitstream-Produkt dem gegenständlichen Markt zuzurechnen.

Neben Telekom Austria bieten auch UPC Austria GmbH (UPC), Silver Server GmbH (Silver Server), Tele2 Telecommunication GmbH und I 3 B Internet Breitbandbetriebs GmbH (ON 8 und ON 438) und zumindest ein weiterer Mitwerber (ON 448) DSL-Bitstream-Vorleistungsprodukte an, über deren Infrastruktur Zugang zu Endkunden erlangt werden kann.

Breitbandzugangsprodukte auf der Vorleistungsebene über Kabelfernsehnetze existieren in Österreich in vielfältigen Ausprägungen und waren bereits vor der Einführung von xDSL-Produkten der TA am Markt verfügbar (UPC in Wien seit 1996). Während in manchen Fällen nur die Internetconnectivity vom ISP erbracht wird, wird in anderen Fällen durch den ISP auch die Endkundenverrechnung vorgenommen bzw. werden Investitionen in die Rückkanalfähigkeit des CATV-Netzes (Cable Mode Termination System, CMTS) getätigt.

2.1.2. Endkundenebene

Seit dem Jahr 2000 werden Breitbandzugänge von ISPs auch über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen bzw. mit Hilfe des Bitstream-Vorleistungsangebotes der Telekom Austria angeboten.

Schließlich werden seit einigen Jahren Breitbandzugänge über Funk („Fixed Wireless Access“ – FWA, z.B. W-LAN oder WLL/Wimax), mobil über UMTS/HSDPA sowie andere Technologien wie FTTH, Satellit und Powerline angeboten.

Mobile Breitbandanschlüsse über UMTS bzw. HSDPA werden von allen vier Mobilnetzbetreibern angeboten und können über Laptop oder PC mittels Datenkarte oder USB-Modem genutzt werden (auch können manche Mobiltelefone als Modems verwendet werden). Die erzielbaren Downloadraten richten sich unter anderem nach der Versorgung (UMTS oder HSDPA), dem Endgerät und der Anzahl der Personen in einer Mobilfunkzelle, die den Dienst gleichzeitig nutzen. Bei UMTS-Versorgung sind praktisch Bandbreiten bis ca. 300 kbit/s möglich, bei HSDPA-Versorgung Bandbreiten von 1-2 Mbit/s (theoretisch bis zu 3,6 Mbit/s bzw. 7,2 Mbit/s). UMTS-Datenkarten sind seit 2003/2004 erhältlich, starke Zuwächse konnten die Mobilfunkbetreiber insbesondere nach der Einführung von HSDPA im Jahr 2006 verzeichnen. Per Ende Juli 2007 existierten in Österreich etwa 400.000 mobile Breitbandanschlüsse (Breitbandkarten bzw. USB-Modems) mit einem Vertrag über ein inkludiertes Downloadvolumen von zumindest 250 Mbyte, das macht ca. 20 % aller Breitbandanschlüsse aus. Die Zahl an mobilen Breitbandanschlüssen auf Endkundenebene ist seitdem weiterhin stark angestiegen (amtsbekannt, allen Parteien bekannt).

Der Breitband-Endkundenmarkt ist wesentlich von den beiden großen Anbietern Telekom Austria und UPC geprägt, die gemeinsam über rd. 3/4 der Festnetz-Breitbandanschlüsse verfügen. UPC bietet nach der Übernahme des größten Entbündlers Inode Anfang 2006 auch Breitbandanschlüsse über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen an. Größere Wettbewerber sind v.a. Tele2 (Entbündelung, Bitstream) sowie die Kabelnetzbetreiber Salzburg AG (im Land Salzburg), LIWEST (in Oberösterreich), Kabelsignal (in Niederösterreich), B.net (im Burgenland), Telesystem Tirol (in Tirol) und Cablecom (in Vorarlberg). Die beiden letztgenannten Unternehmen befinden sich im Besitz der UPC.

Breitbandzugänge über CATV sind vor allem in Ballungszentren und in dicht besiedelten Wohngebieten, zum Teil aber auch in ländlichen Gebieten verfügbar. In Österreich sind derzeit mehr als 250 Kabelnetzbetreiber unterschiedlichster Größe tätig, von denen über 100 Breitbandzugänge (Retail bzw. Wholesale) anbieten. Jeder Kabelnetzbetreiber ist dabei in seinem Versorgungsgebiet weitestgehend exklusiv tätig, eine Überschneidung von Versorgungsgebieten zwischen Kabelnetzbetreibern ist de facto nicht zu beobachten. Der Anteil der über CATV-Netze mit Breitbandzugang versorgbaren Haushalte wird auf Basis der von den Betreibern angegebenen Daten auf etwa 50 % geschätzt.

Während ADSL auch in Gegenden verfügbar ist, wo CATV nicht angeboten wird, sind die von CATV abgedeckten Regionen in aller Regel auch von ADSL versorgt. Nach Angaben von Telekom Austria könnten derzeit mehr als 95 % der österreichischen Haushalte mit ADSL versorgt werden.

Auf Grund der von Entbündelungspartnern errichteten Kollokationen an Hauptverteilerstandorten sind mehr als 60 % der österreichischen Haushalte über diese Zugangsinfrastruktur mit DSL versorgbar.

3. Zur Analyse des Marktes für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene

Die folgenden Feststellungen gründen sich auf das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen sowie auf das Gutachten der Amtssachverständigen betreffend Regulierungsinstrumente.

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

3.1. Feststellungen zur alleinigen Marktbeherrschung

3.1.1. Marktanteile und Marktanteilsentwicklung

Telekom Austria verfügte sowohl Ende März 2007 (ON 5) als auch am Ende des 4. Quartals 2007 (Daten gemäß der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung (KEV), ON 460) auf dem gegenständlichen Markt über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 47 % (davon ca. 9 % aus Fremdleistungen resultierend) aller Zugangsrealisierungen, während UPC als zweitgrößter Betreiber über einen Marktanteil von ca. 28 % (davon circa 1 % aus Fremdleistungen resultierend) verfügt (ON 5 Abb. 4). Der Marktanteil von Tele2 beträgt knapp 5 %, der von Liwest ca. 4 %, der Marktanteil aller weiteren am gegenständlichen Markt tätigen Wettbewerber liegt darunter (ON 5).

Das Marktanteilswachstum von Telekom Austria flachte Anfang 2006 ab, pendelte sich zunächst auf einem Niveau von knapp unter 50% ein und sank schließlich von Herbst 2006 bis März 2007 leicht. Der Marktanteil von UPC sank in diesem Zeitraum von ca. 34 % auf ca. 30 % ab (ON 5, Abb. 5).

Marktanteilsverschiebungen sind im Vergleich zur Situation vor drei bis fünf Jahren nur mehr graduell und in geringem Ausmaß zu beobachten, die Marktanteile der einzelnen Wettbewerber haben sich auf relativ stabilem Niveau eingependelt.

Es wurden sowohl auf dem Breitband-Endkundenmarkt als auch auf dem Vorleistungsmarkt zunehmend geografische Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen festgestellt. Zum Einen hat Telekom Austria damit begonnen, Preise (wenn auch in geringem Ausmaß, nämlich nur für das Produkt aonPur im Rahmen von zeitlich beschränkten Aktionen) geografisch zu differenzieren, zum Anderen ist auch der Preisabstand zwischen Telekom Austria, die in ganz Österreich tätig ist, und Betreibern, die sich auf Ballungszentren konzentrieren, gestiegen (ON 5, Abschnitt 4.8). Kunden in Ballungsräumen sehen sich somit

zunehmend anderen Bedingungen gegenüber als Kunden in weniger dicht besiedelten Gebieten.

Dies kommt auch in Unterschieden in der Marktanteilsverteilung zwischen Ballungsräumen, wo mehrere Betreiber mit eigener Infrastruktur (meist basierend auf DSL, Entbündelung, und CATV) tätig sind, und dünn besiedelten Gebieten, wo Telekom Austria oft der einzige Betreiber ist, zum Ausdruck.

Eine Untergliederung der Fläche in Hauptverteiler (HVt)-Einzugsbereiche der Telekom Austria und Betrachtung nach der Anzahl der „großen“ Betreiber, die in einem HVt-Einzugsbereich tätig sind, bestätigt dieses Bild: In jenen HVt-Einzugsbereichen, in denen 3 bzw. 4 große Betreiber (und zusätzlich ev. auch kleine Betreiber) tätig sind, hat Telekom Austria einen wesentlich geringeren Marktanteil als in jenen, wo Telekom Austria der einzige Betreiber ist bzw. mit nur einem größeren Betreiber konkurriert.

Als „große“ Betreiber gelten entsprechend den Ergebnissen der durchgeführten Betreiberabfrage jene Betreiber mit den meisten Anschlüssen am gegenständlichen Markt und einem Marktanteil von zumindest 1 %. Diese sind, fallend nach den festgestellten Marktanteilen gereiht: Telekom Austria (ca. 47 %), UPC Austria GmbH (ca. 28 %), Tele2 Telecommunication GmbH (ca. 5 %), LIWEST Kabelmedien GmbH (ca. 4 %), Salzburg AG (ca. 3 %), Kabelsignal AG (ca. 3 %), und B.net Burgenland Telekom GmbH (ca. 1 %). Alle anderen Betreiber werden im Weiteren auch als „kleine“ Betreiber bezeichnet. Die in ON 5 noch als „großen Betreiber“ identifizierten Betreiber Teleystem Tirol und Cablecom sind mittlerweile im Besitz der UPC und daher nicht mehr in dieser Aufzählung der großen Betreiber enthalten.

Der Marktanteil (wiederum in Zugangsrealisierungen) von Telekom Austria ist umgekehrt proportional zur Anzahl der im jeweiligen HVt-Einzugsbereich tätigen Betreiber. Er beträgt in jenen HVt-Einzugsbereichen, wo Telekom Austria alleine vor Ort ist, aufgrund der teilweisen Verfügbarkeit von Breitbandzugängen über Funk (WLL, WLAN) knapp unter 100 %. Befindet sich in einem HVt-Einzugsbereich neben einem großen (inklusive TA) noch ein kleiner Betreiber, fällt der Marktanteil von Telekom Austria auf 80 %. Sind zwei große Betreiber vor Ort, fällt der Marktanteil von Telekom Austria auf ca. 65 %. Sind drei große Betreiber vor Ort, fällt Telekom Austrias Marktanteil auf ca. 28 % ab, und ist bei vier großen Betreibern vor Ort mit ca. 34 % nur etwas höher. Auch bei diesen Werten sind Eigenleistungen mitberücksichtigt.

In HVt-Einzugsbereichen mit mehr als 10.000 Haushalten erzielt Telekom Austria einen Marktanteil von ca. 23 %. In HVt-Einzugsbereichen mit 5.000 – 10.000 Haushalten erzielt Telekom Austria einen Marktanteil von ca. 42 %. Dieser Marktanteil steigt in der Folge bei abnehmender Haushaltsdichte je HVt-Einzugsbereich signifikant an, und zwar auf ca. 64 % bei 2.000 – 5.000 Haushalten je HVt-Einzugsbereich, auf ca. 80 % bei 1.000 – 2.000 Haushalten je HVt-Einzugsbereich, und liegt bei ca. 78 % bei < 1.000 Haushalten je HVt-Einzugsbereich. Bei UPC ist genau der entgegengesetzte Trend zu beobachten. Während UPC also vor allem in Ballungsräumen (z.B. Wien, Graz, Klagenfurt, wo jedoch auch eine Reihe anderer Betreiber anbieten) stark vertreten ist, ist Telekom Austria in dünner besiedelten Gebieten, wo sie oft der einzige Betreiber ist, oder nur mit einem anderen Betreiber konkurriert, besonders stark.

Der Großteil der Anschlüsse (ca. 63 %) liegt in Gebieten, in denen 3 bzw. 4 große Betreiber tätig sind.

Mobile Breitbandanschlüsse, die gemäß der zugrunde liegenden Marktabgrenzung derzeit nicht im gegenständlichen Markt enthalten sind, werden, wie die Ende 2006 zu Zwecken der Marktabgrenzung durchgeführte nachfrageseitigen Erhebung der RTR-GmbH gezeigt hat, zumindest zu diesem Zeitpunkt zu einem wesentlichen Teil komplementär zum festen Breitbandanschluss verwendet. Das Bestehen einer nachhaltigen, dh für die Marktabgrenzung relevanten Substitutionsbeziehung zwischen mobilen und festen Breitbandanschlüssen konnte trotz der vor allem in Ballungsräumen deutlich angestiegenen Zahl an mobilen Breitbandanschlüssen auf Basis der derzeit verfügbaren Daten nicht

festgestellt werden. Die mögliche Entwicklung bei mobilen Breitbandanschlüssen kann ferner angesichts einer möglichen Trendumkehr beim Anstieg der mobilen Breitbandanschlüsse auf Grund nicht eingehaltener aber versprochener Downloadraten seitens mobiler Anbieter zum gegenwärtigen Zeitpunkt kaum prognostiziert werden.

Breitbandanschlüsse, die gemeinsam mit IPTV Anschlüssen bereitgestellt werden, wurden bei der Berechnung der Marktanteile als ein (einzelner) Anschluss miteinbezogen.

3.1.2. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

Es wird festgestellt, dass, je höher Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s ist.

In weniger dicht besiedelten Gebieten, wo heute keine Kabelnetze existieren, ist deren Errichtung aus den oben beschriebenen Gründen auch künftig nicht in größerem Ausmaß zu erwarten. Telekom Austria hatte gegenüber anderen Unternehmen – insbesondere auch gegenüber Kabelnetzbetreibern – den Vorteil, bereits über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz zu verfügen. Zur Ausweitung der Coverage waren daher nur Investitionen in einen DSLAM und in die Anbindung an das breitbandige Kernnetz erforderlich. Da der Ausbau des Breitbandnetzes aber bereits sehr weit fortgeschritten ist (mehr als 95% der Haushalte), ist dieser Vorteil für den weiteren zukünftigen Netzausbau praktisch nicht mehr relevant.

Bei leitungsungebundenen Technologien wie W-LAN oder WLL/WiMax ist das Ausmaß der versunkenen Kosten meist deutlich geringer als bei leitungsgebundenen Technologien, da keine Grabungsarbeiten erforderlich sind (allenfalls zur Anbindung von Basisstationen) und das Equipment (im Gegensatz zu einer vergrabenen Teilnehmeranschlussleitung) teilweise an anderen Orten wieder verwendet werden kann. W-LAN bzw. WLL/WiMax kommt jedoch – sowohl am Vorleistungs- als auch am Endkundenmarkt – derzeit gemessen am Marktanteil nur eine geringe Bedeutung zu (ON 5).

Durch die derzeitige Regulierung am Entbündelungsmarkt werden zwar die Marktzutrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen, um sein Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen. Darüber hinaus sind – ebenfalls versunkene – Investitionen für die Errichtung oder Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen. Weiterer Markteintritt mittels Entbündelung ist auch innerhalb der nächsten Jahre nur dort realistisch, wo hohe Skalenvorteile ausgenützt werden können, also in Ballungszentren und dicht besiedelten Gebieten. Da die meisten Ballungsräume jedoch bereits (teilweise mehrfach) entbündelt sind, ist eine flächenmäßig starke Ausweitung der Entbündelung in den nächsten Jahren eher nicht zu erwarten.

Aufgrund der Frequenzknappheit sind weitere Markteintritte für WLL in den kommenden 1-2 Jahren nicht zu erwarten. Selbst jene Unternehmen, die eine WLL-Frequenz ersteigert haben, haben noch nicht oder nur in geringem Ausmaß mit dem Netzausbau begonnen.

Am vorliegenden Markt ist vor allem eine Marktmachtübertragung durch Telekom Austria von vorgelagerten Märkten, in diesem Fall vom Markt für Entbündelung (auf dem Telekom Austria vor allem aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 12/06-45 vom 18.12.2006), möglich. Einer solchen Marktmachtübertragung wird allerdings gegenwärtig vor allem durch die Verpflichtungen der Zugangsgewährung (Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung), der Nichtdiskriminierung und der Kostenorientierung am Markt für Entbündelung entgegengewirkt. Ohne diese Verpflichtungen ist eine Übertragung von Marktmacht auf den vorliegenden Markt nicht auszuschließen.

Der Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang ist vor allem aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten insgesamt gesehen von hohen Zutrittsbarrieren gekennzeichnet. In

Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten, wo Skalenvorteile leichter zu realisieren sind, ist Marktzutritt durch Kabelnetzbetreiber bzw. Entbündler häufig bereits erfolgt. In dünn besiedelten Gebieten, wo Telekom Austria meist der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur ist, sind die Marktzutrittsbarrieren wesentlich höher. Zwar wurden in solchen Gebieten teilweise Funknetze (W-LAN bzw. WLL/WiMax) errichtet, deren Bedeutung (gemessen am Marktanteil) blieb bisher jedoch gering.

3.1.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Aufgrund ihrer Position als ehemaliger Monopolist für Sprachtelefonie verfügt Telekom Austria als einziger Betreiber über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz. Dieses Anschlussnetz wurde für mehr als 95 % der Haushalte bereits mit DSL-Übertragungstechnologie „aufgerüstet“. Telekom Austria ist bei ca. 15 % der Haushalte der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur, konkurriert bei ca. 17 % der Haushalte nur mit „kleinen“ Betreibern und bei ca. 13% nur mit einem „großen“ Betreiber (und ggf. weiteren kleinen Betreibern). Andererseits ist Telekom Austria bei ca. 55 % aller Haushalte der Konkurrenz von zumindest zwei großen Betreibern (und ggf. weiteren kleinen Betreibern) ausgesetzt. Der Anteil der Haushalte, die nicht von Telekom Austria, jedoch von einem anderen (großen oder kleinen) Betreiber versorgt werden, ist sehr gering (0,5 %), ebenso der Anteil an Haushalten, die überhaupt nicht mit Breitbandinternet über die Infrastrukturen DSL, CATV oder Funk versorgt werden können.

Jene Gebiete, in denen Telekom Austria mit zwei oder drei großen Betreibern in Wettbewerb steht, sind überwiegend Ballungsräume bzw. dicht besiedelte Gebiete, während es sich bei jenen Fällen, wo Telekom Austria der einzige Betreiber ist oder mit nur einem Betreiber in Wettbewerb steht, vorwiegend um dünn besiedelte Gebiete handelt. Auch Mobilfunkbetreiber sind gegenwärtig vorwiegend in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten tätig.

Da Telekom Austria der einzige Betreiber mit einer österreichweit flächendeckenden Infrastruktur ist und darüber hinaus in vielen, insbesondere dünn besiedelten Gebieten als einziger Betreiber über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur bis zum Teilnehmer verfügt, spricht dieser Indikator aus ökonomischer Sicht für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt. Die Tatsache, dass in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten hingegen (oft mehrere) alternative Infrastrukturen existieren, steht dieser Feststellung nicht entgegen.

3.1.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Die Verhandlungsmacht der ISPs gegenüber Telekom Austria ist aus mehreren Gründen wenig ausgeprägt: Es ist festzustellen, dass das Bitstream-Angebot der Telekom Austria letztlich auf Druck der Regulierungsbehörde zustande kam (ON 5). Es ist also anzunehmen, dass Telekom Austria aufgrund ihrer vertikalen Integration in vielen Fällen kein Interesse daran hat, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt in Wettbewerb steht, ein marktfähiges Zugangsprodukt anzubieten. Schon aufgrund dieser Anreizstruktur ist nicht davon auszugehen, dass ISPs gegenüber Telekom Austria über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen. Dies ist insbesondere dann zu erwarten, wenn Telekom Austria der einzige Betreiber in einem bestimmten Gebiet ist. Denn dort würde praktisch jeder Kunde eines ISP der Telekom Austria verloren gehen bzw. nur mehr auf der Vorleistungsebene existieren. In Gebieten, wo Telekom Austria mit anderen Betreibern in Wettbewerb steht, ist es jedoch unwahrscheinlich, dass alle ISP-Kunden zu Telekom Austria wechseln würden, wenn es kein Bitstream-Angebot gäbe. Für Telekom Austria ist es in diesem Fall rational, einen Vorleistungskunden zu haben, als den Kunden überhaupt zu verlieren.

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

- Viele alternative Betreiber (insbesondere Kabelnetzbetreiber) bieten dem Bitstream-Zugang äquivalente Leistungen nur ausgewählten ISPs an.

- Bei einem Wechsel können Umstellungskosten anfallen.
- Telekom Austria ist das einzige Unternehmen mit bundesweit flächendeckender Infrastruktur. Bei einem Wechsel kann – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation mit mehreren Betreibern erforderlich sein, was die Transaktionskosten erhöhen kann.
- Da andere Betreiber nicht die gleiche Reichweite wie Telekom Austria aufweisen, kann dies zum Verlust von Kunden oder zur Verkleinerung des potentiellen Marktes in einer bestimmten Region führen.
- Schließlich können bei einem Wechsel zu Kabelnetzbetreibern auf der Vorleistungsebene Kosten dadurch entstehen, dass das Equipment beim Endkunden getauscht werden muss, so zum Beispiel bei einem Wechsel von Telekom Austria zu einem Kabelnetzbetreiber. Dies verursacht nicht nur Umstellungskosten, sondern setzt auch die Bereitschaft des Endkunden voraus, DSL-Internetzugang durch CATV-Zugang zu ersetzen.

Es kann festgestellt werden, dass ein Wechsel dort schwieriger (bzw. unmöglich) ist, wo keine oder nur wenige alternative Betreiber tätig sind.

Ebenso wird die Möglichkeit zur Eigenerstellung der Leistung z.B. durch einen Wechsel zur Entbündelung oder die Verlegung eines eigenen Anschlussnetzes aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten stark eingeschränkt. Allenfalls in Ballungsräumen kann sich für Betreiber, die eine bestimmte Größe erreichen, eine Entbündelung bestimmter Standorte rechnen.

ISPs, die das DSL-Bitstreamangebot der Telekom Austria beziehen, verfügen daher vor allem dort kaum über nachfrageseitige Gegenmacht, wo Telekom Austria der einzige Betreiber ist (oder nur mit einem Unternehmen konkurriert). Sind hingegen mehrere Betreiber tätig, so ist zum einen der Anreiz von Telekom Austria zur Zugangsverweigerung geringer, zudem steigt das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht mit der Anzahl der Alternativen.

Da es sich bei Telekom Austria um ein vertikal integriertes Unternehmen handelt, kann davon ausgegangen werden, dass eine Erhöhung der internen Verrechnungspreise auch an die Endkundenebene weitergegeben wird. Auch bei einer Erhöhung der externen Preise kann angenommen werden, dass ISPs aufgrund des Wettbewerbsdrucks von Telekom Austria bzw. anderen Betreibern ihre Preise entsprechend anpassen werden müssen. Da der Anteil der Vorleistungskosten am Endkundenpreis bei DSL-Produkten in etwa 70-80 % beträgt, würde sich beispielsweise eine 10%ige Preiserhöhung auf der Vorleistungsebene in eine 7-8%ige Preiserhöhung auf der Endkundenebene niederschlagen.

Wenn Kabelnetze existieren, ist eine Preiserhöhung von Telekom Austria um 5-10 % (oder mehr) auf der Vorleistungsebene aufgrund eines Wechsels der Endkunden zu Kabelnetzbetreibern nicht profitabel (ON 5). In jenen Gebieten, in denen keine Kabelnetze bzw. auch keine anderen alternativen Infrastrukturen existieren, können Kunden nicht oder nur eingeschränkt wechseln, weshalb eine Preiserhöhung auf der Vorleistungsebene sehr wohl profitabel sein kann.

3.1.5. Produktdifferenzierung

Auf der Vorleistungsebene verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil, in ganz Österreich präsent zu sein und Bündelprodukte aus einer Hand anbieten zu können, d.h. dem Nachfrager auch andere Produkte wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste zusätzlich zur Verfügung stellen zu können. Weiters ist Telekom Austria in vielen Gebieten der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur. Das kann ein wesentlicher Vorteil gegenüber anderen Betreibern sein, die nur regional bzw. nur auf bestimmten Märkten tätig sind.

Auf der Endkundenebene erfolgt eine Differenzierung zwischen verschiedenen Betreibern vor allem über Bündelprodukte. Während Kabelnetzbetreiber Breitbandanschlüsse häufig im Bündel mit Fernsehen verkaufen, bieten Telekom Austria und viele Entbündler Bündelprodukte mit Festnetz- und Breitbandzugang an. Auf der Endkundenebene sind zwar Unterschiede bezüglich Bündelung und verkaufter Bandbreiten festzustellen, diese scheinen jedoch keine entscheidenden Vorteile für einen bestimmten Betreiber zu bringen. Aus den auf der Endkundenebene durch Verkauf von auch aus Breitbandprodukten bestehenden Bündelprodukten erzielten Erlösanteilen in Relation zum Gesamtumsatz lassen sich für keinen einzigen Betreiber aussagekräftige Schlussfolgerungen ziehen.

Auf der Vorleistungsebene hingegen verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Betreibern aufgrund ihrer flächendeckenden Infrastruktur und ihrem breiten Produktportfolio über Vorteile.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher kraft seiner Ausprägung auf der Vorleistungsebene aus ökonomischer Sicht für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria.

3.1.6. Vertikale Integration

In der Praxis bestehen Verdrängungsanreize für Telekom Austria:

Zum Einen wird das Bitstream-Angebot von vielen ISPs, vor allem von den zwei großen ISPs UPC und Tele2, komplementär zur Entbündelung verwendet, d.h., es wird sowohl das Bitstream-Angebot als auch Entbündelung von Telekom Austria nachgefragt. Erst durch das Bitstream-Angebot ist es alternativen Betreibern (v.a. auch Entbündlern) möglich, bundesweit gegenüber Endkunden anbieten zu können, wodurch wesentliche Synergien bzw. Größenvorteile sowohl in Bezug auf das Netzwerk als auch auf der Endkundenebene (Werbung/Marketing) überhaupt erst realisiert werden können. Anbieter von Sprachtelefonie können ihren Kunden bundesweit Bündel mit DSL-Internetzugang anbieten, was in Anbetracht der Bedeutung des „one-stop-shopping“ auf der Endkundenebene zu größerer Wettbewerbsfähigkeit, sowohl auf den Sprachtelefonie-Endkundenmärkten als auch am Breitbandendkundenmarkt, führt.

Das Bitstream-Angebot ist weiters auch eine „Sprosse“ auf der Investitionsleiter, die es ISPs ermöglicht, zuerst mit nur relativ geringen Investitionen am Endkundenmarkt tätig zu werden, um dann, nachdem ein Kundenstock bzw. ein Markenname aufgebaut wurde, weitere Investitionen in die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu tätigen. Das Bitstream-Produkt wurde in der Vergangenheit von mehreren Betreibern als Vorstufe zur Entbündelung genutzt und kann somit als Instrument betrachtet werden, das langfristig die Etablierung selbsttragenden Wettbewerbs sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt begünstigt. Durch Entbündelung werden ISPs jedoch einerseits zu direkten Konkurrenten von Telekom Austria auf dem Markt für breitbandigen Zugang, andererseits erhöht die Entbündelung den Spielraum der ISPs bei der Produktgestaltung und der Preissetzung, wodurch verstärkte Konkurrenz am Endkundenmarkt zu erwarten ist.

Trotz der Preisfestlegung nach dem retail-minus Prinzip können also Anreize für Telekom Austria bestehen, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen:

- (i) Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann so die Möglichkeit zum Markteintritt und so letztlich der Anreiz zur Entbündelung reduziert werden.
- (ii) ISPs, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können durch Verweigerung des Zugangs zu einem Bitstream-Angebot hinsichtlich eines flächendeckenden Auftritts am Endkundenmarkt benachteiligt werden.

Der Anreiz zur Zugangsverweigerung bzw. Diskriminierung ist in jenen Gebieten geringer, in denen Telekom Austria mit mehreren Betreibern in Wettbewerb steht. Bei einer Zugangsverweigerung wäre es angesichts der zur Verfügung stehenden Alternativen sehr unwahrscheinlich, dass alle ISP-Kunden zu Telekom Austria wechseln würden (was

allenfalls dort der Fall wäre, wo Telekom Austria als einziger Betreiber tätig ist). Für Telekom Austria kann es in diesem Fall daher besser sein, ISPs auf Vorleistungsebene Bitstream-Zugang anzubieten, als einen Kunden überhaupt zu verlieren.

3.1.7. Preissetzungsverhalten

Am vorliegenden Markt ist eine Analyse des Preissetzungsverhaltens jedoch aus mehreren Gründen problematisch:

- Ein Großteil der Leistungen wird intern erbracht (90 % im März 2007), weshalb kein Marktpreis beobachtbar ist.
- Das wichtigste Produkt, welches extern am Markt angeboten wird, ist das DSL-Bitstream Produkt der Telekom Austria, das nur auf regulatorischen Druck zustande kam und dessen Preis daher ebenfalls nicht als „freier Marktpreis“ betrachtet werden kann.
- Entgelte, die für Open Access Produkte von ISPs an Kabelnetzbetreiber bezahlt werden, sind mit den Entgelten des DSL-Bitstream Produktes der Telekom Austria nur schwer vergleichbar, da Kabelnetzbetreiber mit ISPs in unterschiedlichster Weise kooperieren.

Eine Analyse der Entgelte auf Vorleistungsebene ist aus diesen Gründen also nicht sinnvoll. Da auch die Endkundenebene für die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt relevant ist, haben auch diesbezügliche Feststellungen zu erfolgen:

Telekom Austria bot bis Ende 2005 auf der Endkundenebene ihre Produkte österreichweit – so eine ADSL-Verfügbarkeit gegeben war – zu einheitlichen Bedingungen an. Insbesondere verrechnete Telekom Austria österreichweit einheitliche Endkundenpreise für (schmal- und) breitbandige Zugangsleistungen. Von Ende 2005 bis zum nunmehrigen Zeitpunkt kam es jedoch beim Produkt aonPur zu einer Reihe von Aktionsangeboten, bei denen das Produkt auf der Endkundenebene (und auch auf der Vorleistungsebene) in Ballungsräumen zu einem niedrigeren Entgelt bezogen werden konnte. Es handelt sich lediglich um einen einzigen Tarif, der aufgrund seines Preises und seiner Produkt-Charakteristika auch nur für eine kleine Kundengruppe attraktiv ist. Es ist daher immer noch davon auszugehen, dass jeder regionale Anbieter in seinem Preissetzungsverhalten vom überregionalen Anbieter Telekom Austria restringiert ist. Herrscht nun in einem Gebiet Wettbewerb zwischen Telekom Austria und einem regionalen Anbieter, so wird dadurch auch das Preissetzungsverhalten der Telekom Austria auf nationaler Ebene beeinflusst. Dieser Einfluss wird umso größer sein, je größer die Anzahl der Endkunden ist, die vom konkurrierenden Betreiber versorgt werden bzw. potentiell versorgt werden können.

Grundsätzlich sieht sich ein bundesweiter Anbieter, der mit einem regionalen Anbieter z.B. in Wien in Konkurrenz steht und keine regionalen Tarife anwendet, folgendem Trade-off gegenüber: Entweder hält er seinen bundesweit einheitlichen Preis hoch, verzichtet auf Marktanteile in einem urbanen Raum (etwa Wien), kann jedoch in Rest-Österreich weiterhin Übergewinne (Monopolrenten) erzielen, oder aber er senkt den Preis, erzielt höhere Marktanteile in Wien und erwirtschaftet dafür in Rest-Österreich geringere Gewinne. Im Ergebnis wird das Gleichgewicht meist darin bestehen, dass der bundesweite Anbieter einen Preis setzt, der zwar unter dem Monopolpreis liegt, jedoch über dem Wettbewerbspreis (bzw. dem Preis des alternativen Betreibers). Der bundesweite Anbieter wird also geringere Marktanteile in Wien in Kauf nehmen, um seine Gewinne in den Monopolgebieten nicht gänzlich zu verlieren (bzw. anders formuliert: Der bundesweite Anbieter wird nur einen Teil seines Gewinns in Rest-Österreich opfern, um in Wien höhere Marktanteile zu erzielen). Der bundesweit einheitliche Preis wird nun umso niedriger sein, je größer das Gebiet ist, in dem der bundesweite Anbieter einem Wettbewerb durch alternative Betreiber ausgesetzt ist. Ebendiesem Trade-off sieht sich nun auch Telekom Austria bei der Festlegung ihrer Preise gegenüber.

Die für den Zeitraum von Jänner 2003 bis Juli 2007 durchgeführte Regressionsanalyse hat ergeben, dass Telekom Austria im Zeitverlauf im Vergleich zu den Wettbewerbern teurer geworden ist.

Insgesamt lässt sich aber festhalten (ON 5), dass die Endkundenpreise stark gefallen sind, was grundsätzlich für einen kompetitiven Endkundenmarkt spricht. Eine plausible Erklärung dafür, dass TA teurer geworden ist, besteht darin, dass Telekom Austria in den letzten beiden Jahren ihre Netzabdeckung wesentlich erweitert hat, was den oben beschriebenen Trade-off etwas verstärkt. Darüber hinaus sind jene Gebiete, die durch Telekom Austria in den letzten zwei Jahren erschlossen wurden, auch jene mit höheren Kosten pro Teilnehmer, was ebenfalls zu einer Erhöhung der durchschnittlichen Kosten und somit der Preise im Vergleich zu den Wettbewerbern führt.

Bezüglich der weiteren Entwicklung der Preise von Telekom Austria ist zu erwarten, dass es, insbesondere aufgrund des zusätzlichen Wettbewerbsdrucks von Seiten mobiler Breitbandanschlüsse, zu Preissenkungen kommen wird. Telekom Austria bot im Rahmen ihrer xDSL-Weinachtsaktion das sog. Kombipaket zu vergleichsweise reduzierten Endkundenentgelten an (amtsbekannt, allen Verfahrensparteien bekannt). Dies dürfte jedoch auch bei anderen (Festnetz-) Breitbandanbietern der Fall sein. Da das von HSDPA versorgte Gebiet derzeit nicht wesentlich über das gegenwärtig mit CATV, ULL bzw. Funk versorgte Gebiet hinaus geht, bleibt der oben beschriebene Trade-off bei der Preissetzung für Telekom Austria grundsätzlich erhalten.

Die Tatsache, dass Telekom Austria trotz relativ hoher Endkundenpreise den mit Abstand höchsten Marktanteil hält, ist aus ökonomischer Sicht als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht auf dem zu untersuchenden Markt zu bewerten, da der Großteil der Anschlüsse von Telekom Austria intern bereitgestellt wird. Auch dieser Marktmachtindikator spricht daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria. Dies ist vor allem auf den Wettbewerbsdruck in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten zurückzuführen.

3.1.8. Sonstige Indikatoren

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

3.1.9. Abschließende Beurteilung

In jenen Gebieten, wo Telekom Austria keinem oder nur geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (Gebiet 2 iSd Punkt B 4.1. dieses Bescheides), sind zusammengefasst folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Bereitstellung der marktgegenständlichen Leistung für den Fall der Nicht-Regulierung des gegenständlichen Marktes festzustellen:

- (i) Die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten,
- (ii) die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte sowie
- (iii) die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern (insbesondere hinsichtlich der Preissetzung).

3.2. Feststellungen zur gemeinsamen Marktbeherrschung aus ökonomischer Sicht

Auf dem vorliegenden Markt verfügen derzeit Telekom Austria und UPC Telekabel über wesentlich höhere Marktanteile als der Rest der am Markt tätigen Unternehmen. Obwohl die Überprüfung der single dominance Kriterien bereits nahe legt, dass Telekom Austria am vorliegenden Markt über alleinige Marktmacht (im ökonomischen Sinn) verfügt, wird im Folgenden auf das mögliche Vorliegen von kollektiver Marktmacht eingegangen:

Es wird festgestellt, dass, obwohl einige der grundsätzlichen (notwendigen) Voraussetzungen für Kollusion, wie ein hoher gemeinsamer Marktanteil, hohe Marktzutrittsbarrieren und die Abwesenheit nachfrageseitiger Gegenmacht gegeben sind, die

Asymmetrien zwischen Telekom Austria und UPC Telekabel sowie die zu beobachtenden minimalen Marktanteilsverschiebungen insgesamt gegen das Vorliegen von gemeinsamer Marktmacht von Telekom Austria und UPC Telekabel sprechen. Auch von den anderen untersuchten Indikatoren spricht keiner eindeutig für das Vorliegen von joint dominance. Nicht zuletzt die Entwicklung eines TV-Angebotes über DSL durch Telekom Austria deutet eher auf den offensiven Einsatz wettbewerblicher Parameter als auf die Existenz von Kollusion hin. Es sind zwar nur minimale Marktanteilsverschiebungen zwischen den Wettbewerbern mehr zu beobachten, die Asymmetrien zwischen UPC und Telekom Austria in Bezug auf geografische Präsenz, Bündelprodukte und Bandbreiten bestehen jedoch weiterhin. Telekom Austria hat mit Preisdifferenzierungen bei aonPur (wenn auch in geringem Ausmaß) auf Unterschiede im Wettbewerbsdruck in Ballungsräumen (insbesondere durch UPC) und weniger dicht besiedelten Gebieten reagiert. Weiters existiert mit den Entbündlern (insbesondere Tele2), den anderen Kabelnetzbetreibern, einer größeren Zahl an kleinen Wettbewerbern (ON 5) sowie zunehmend auch den Mobilfunkbetreibern ein „competitive fringe“, der ein Kollusionsgleichgewicht wahrscheinlich stören würde.

Es ist daher nicht von einer gemeinsamen Marktbeherrschung von Telekom Austria und UPC auszugehen.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

4.1. Zur geographischen Unterteilung

Die in Punkt B 3 festgestellten Wettbewerbsprobleme treten nur in vorwiegend dünn besiedelten Gebieten auf, wo Telekom Austria oft der einzige Betreiber ist, oder mit nur einem Betreiber im Wettbewerb steht. In Ballungsräumen und dichter besiedelten Gebieten hingegen, wo Telekom Austria mit zwei oder drei großen Betreibern im Wettbewerb steht, treten diese Wettbewerbsprobleme nicht auf. Aus ökonomischer Sicht sind daher (mit der Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) primär für jene Gebiete, in denen die festgestellten Wettbewerbsprobleme auftreten, geeignete und angemessene Regulierungsinstrumente zur Anwendung zu bringen.

Die Abgrenzung der Gebiete ergibt sich aus einer Analyse der Marktanteile, der Marktzutrittsbarrieren und der vorhandenen Infrastruktur in verschiedenen Gebieten, der weiteren Kriterien des § 35 TKG 2003 (siehe dazu Punkt B 3.1.) sowie den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Für die Unterteilung der Fläche wurde dabei auf die jeweiligen Versorgungsgebiete von Hauptverteilern (HVt-Einzugsbereiche, bzw. Anschlussbereiche) der Telekom Austria zurückgegriffen. Die HVt-Einzugsbereiche der Telekom Austria bilden auch für die Unterteilung der Fläche zum Zweck der Diskussion über die allfällige Auferlegung von Regulierungsinstrumenten aus folgenden Überlegungen ein geeignetes Kriterium: Zum Einen erfolgt der Breitbandausbau von Internet Service Providern (ISP), die sich der DSL-Technologie bedienen (so auch Telekom Austria), auf Ebene von Hauptverteilern, indem deren Standorte mit Digital Subscriber Line Multiplexer (DSLAM) und einer entsprechenden Backboneanbindung ausgestattet werden. Zum anderen findet auch die Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen auf Ebene von Hauptverteileranschlussbereichen statt. Mit ca. 1.480 Flächeneinheiten bilden sie darüber hinaus eine sinnvolle Granularität, die administrativ handhabbar und für alle Beteiligten nachvollziehbar ist. Gleichzeitig ist die Unterteilung nicht so grob, dass Gebiete, in denen sich die Wettbewerbsbedingungen grundlegend unterscheiden, gleich behandelt werden.

Zur Unterteilung der HVt-Einzugsbereiche in Gebiete mit großem Wettbewerbsdruck („Gebiet 1“) und in Gebiete mit geringem Wettbewerbsdruck („Gebiet 2“) auf Telekom Austria wurde – dem Gutachten der Amtssachverständigen folgend - auf folgende zwei Maßzahlen abgestellt: Die Anzahl der großen Betreiber und die Anzahl der Haushalte in einem HVt-Einzugsbereich.

Von beiden Maßzahlen ist anzunehmen, dass sie mit der Höhe der Marktzutrittsbarrieren korrelieren bzw. ein Indikator für die Höhe der Marktzutrittsbarrieren sind. Sie bilden sowohl die Angebotsseite (Anzahl der Betreiber) als auch die Nachfrageseite (Anzahl der Haushalte) ab.

Hinsichtlich der Anzahl großer Betreiber ist die Grenze bei der Anzahl von drei (also Telekom Austria und zwei weitere große Betreiber) zu ziehen. Dies wird durch die signifikant unterschiedlichen Marktanteile von Telekom Austria in Gebieten mit drei und mehr größeren Betreibern einerseits bzw. zwei und weniger großen Betreibern andererseits unterstützt.

Bei Telekom Austria und den Entbündlern (Tele2 und UPC) ist davon auszugehen, dass sie einen bestimmten HVt-Einzugsbereich immer zu flächendeckend versorgen, bei anderen Kabelnetzbetreibern und Funknetzbetreibern ist das nicht zwingend der Fall.

Eine Einbeziehung von Kabel- (aber auch Funknetzbetreibern) in den Versorgungsgrad eines HVt-Einzugsbereichs ist nur dann sinnvoll, wenn diese innerhalb der Fläche eines HVt-Einzugsbereichs einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die dort tätigen Anbieter von DSL-Anschlüssen ausüben können. Dazu ist es zwar nicht erforderlich, dass sie den gesamten HVt-Einzugsbereich abdecken, unterhalb eines bestimmten Versorgungsgrades ist aber nicht von einem signifikanten Wettbewerbsdruck auszugehen. Im Weiteren wird von einer Abdeckung durch ein Kabelnetz von zumindest 65 % ausgegangen, ab der ein Kabelnetzbetreiber mit berücksichtigt wird. Dieser Wert wurde auch von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom herangezogen. Eine Berechnung mit beispielsweise 55 % oder 75 % ergibt nur ein geringfügig anderes Ergebnis (ON 8).

Um dem zukunftsgerichteten Aspekt der ex ante Regulierung Rechnung zu tragen, werden bei Tele2 bzw. UPC nicht nur jene HVt-Anschlussbereiche mit einbezogen, die bereits entbündelt sind, sondern auch jene, für die Ende des zweiten Quartals 2007 bereits entsprechende Bestellungen bei Telekom Austria eingelangt waren.

Hinsichtlich der Anzahl an Haushalten in einem HVt-Einzugsbereich ist davon auszugehen, dass ab einer Anzahl von 2500 Haushalten von einem hinreichend großen Wettbewerbsdruck ausgegangen werden kann. Eine Zahl von 2.500 Haushalten ist deswegen sinnvoll, da in diesem Fall alle HVt-Einzugsbereiche, in denen vier große Betreiber tätig sind, in Gebiet 1 fallen. Bei diesen HVt-Einzugsbereichen kann jedenfalls erwartet werden, dass der Wettbewerbsdruck auf Telekom Austria hinreichend groß ist und keine Wettbewerbsprobleme auftreten.

Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass bereits darunter ein hinreichend großer Wettbewerbsdruck vorliegt bzw. dies darüber nicht immer der Fall ist, ist eine Kombination der beiden Kriterien sinnvoll.

Aus den beiden herangezogenen Kriterien ergeben sich 162 HVt-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria großem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (ON 8). Im Hinblick auf die Spruchpraxis des allgemeinen Wettbewerbsrechts war das Kriterium „Marktanteil von Telekom Austria im jeweiligen HVt-Einzugsbereich“ ebenfalls von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigen (dazu siehe Punkt D 7.2.). In 31 HVt-Einzugsbereichen der erwähnten 162 HVt-Einzugsbereichen beträgt der Marktanteil von Telekom Austria jeweils über 50 %.

Es ergibt sich daher folgende Regel für die Unterteilung der Fläche bzw. die Definition für das Gebiet 1:

Im HVt-Einzugsbereich sind – Telekom Austria mit einberechnet – zumindest drei große Betreiber tätig, während die Anzahl der Haushalte im HVt-Einzugsbereich zumindest 2.500 beträgt und der Marktanteil von Telekom Austria unter 50 % beträgt.

Aus diesen Kriterien ergeben sich folgende HVt-Einzugsbereiche in „Gebiet 1“, in denen der Wettbewerbsdruck auf Telekom Austria groß genug ist, um aus ökonomischer Sicht von der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten (mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten

Buchführung) abzusehen und Telekom Austria ferner über einen Marktanteil von weniger als 50 % verfügt:

22220	Wien-Kaisermühlen	66204	Salzburg-Residenzplatz
22222	Wien-Stadlau	66205	Salzburg-Itzling
22223	Wien-Kagran	66207	Salzburg-Paris Lodronstraße
22224	Wien-Afrikanergasse	66264	Salzburg-Fuggerstraße
22225	Wien-Leopoldau	66285	Salzburg-Wals
22227	Wien-Brünner-Straße	73204	Linz-Haydnstraße
22228	Wien-Prater	73205	Linz-Grünstraße
22229	Wien-Breitenlee	73207	Linz-Fadinger Straße
22231	Wien-Berggasse	73208	Linz-Wegscheid
22232	Wien-Grinzing	73223	Linz-Leonfeld
22233	Wien-Treustraße	73224	Linz-Steg
22236	Wien-Döbling	73239	Linz-Kleinmünchen
22237	Wien-Heiligenstadt	223602	Mödling
22239	Wien-Jedlersdorf	223603	Brunn am Gebirge
22240	Wien-Ottakring	223653	Guntramsdorf
22242	Wien-Hebragasse	225280	Baden-Ost
22247	Wien-Gersthof	226202	Korneuburg
22249	Wien-Klausgasse	226602	Stockerau
22252	Wien-Krugerstraß	262202	Wiener Neustadt
22255	Wien-Margareten	268202	Eisenstadt
22256	Wien-Dreihufeisengasse	274201	St. Pölten-West
22259	Wien-Gumpendorf	274208	St. Pölten-Ost
22261	Wien-Wienerberg	274222	St. Pölten-Nord
22262	Wien-Favoriten	274281	St. Pölten-Süd
22263	Wien-Neutorgasse	313502	Kalsdorf bei Graz
22265	Wien-Taubstummengasse	335202	Oberwart
22267	Wien-Inzersdorf	357202	Judenburg
22268	Wien-Oberlaa	361202	Liezen
22269	Wien-Vösendorf	384221	Leoben-West
22272	Wien-Rasumofskygasse	386202	Kapfenberg
22274	Wien-Simmering	386205	Bruck a.d. Mur
22276	Wien-Kaiser-Ebersdorf	424203	Villach-Süd
22277	Wien-Schwechat	424204	Villach-Ost
22278	Wien-Arsenal	424205	Villach-West
22282	Wien-Hietzing	522302	Hall in Tirol

22283	Wien-Meidling	522402	Wattens
22284	Wien-Hetzendorf	524202	Schwarz
22286	Wien-Liesing	533202	Wörgl
22288	Wien-Mauer	537202	Kufstein
22289	Wien-Sechshaus	541202	Imst
22292	Wien-Fünfhaus	552202	Feldkirch
22293	Wien-Zollergasse	552302	Götzis
22294	Wien-Baumgarten	555202	Bludenz
22297	Wien-Hadersdorf	557206	Dornbirn
31627	Graz-Triestersiedlung	557402	Bregenz-Mitte
31628	Graz-Straßgang	557403	Bregenz-Schendli
31629	Graz-Puntigam	557602	Hohenems
31631	Graz-Geidorf	557702	Lustenau
31640	Graz-Raaba	557802	Höchst
31641	Graz-St. Peter	624402	Golling
31651	Graz-Eggenberg	624502	Hallein
31661	Graz-Gösting	624602	Grödig
31669	Graz-Stattegg	646202	Bischofshofen
31671	Graz-Mitte	658202	Saalfelden
31691	Graz-Gries	722302	Enns
46302	Klagenfurt-West	722902	Traun
46303	Klagenfurt-SO	722907	Haid bei Ansfeld
46304	Klagenfurt-Nord	723702	St. Georgen a.d. Gusen
51202	Innsbruck-Mitte	724202	Wels
51204	Innsbruck-Pradl	725202	Steyr-Gr
51206	Innsbruck-Rum	725206	Steyr-Ta
51208	Innsbruck-Hötting	761202	Gmunden
66202	Salzburg-Alpenstraße	772202	Braunau am Inn
66203	Salzburg-Lehen		

Abb. 1.: HVt-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria signifikantem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

Aus ON 38 ergibt sich, dass von den noch verbleibenden 131 HVt-Einzugsbereichen sieben weitere dem Gebiet 2 zuzurechnen sind, da der Marktanteil von Telekom Austria in diesen HVt-Einzugsbereichen über 50 % liegt. Andererseits waren drei HVt-Einzugsbereiche aufgrund verbesserter Datenlage neu in das Gebiet 1 aufzunehmen. Diese Liste für das Gebiet 1 enthält daher 127 HVt-Einzugsbereiche. „Gebiet 2“ besteht aus all jenen HVt-Einzugsbereichen, die nicht in Gebiet 1 enthalten sind und in denen Telekom Austria sich selbst oder anderen Vorleistungskunden xDSL-Zugänge anbietet („footprint der TA“).

Der Marktanteil der Telekom Austria beträgt zu Jahresende 2007 ca. 27 % in Gebiet 1 sowie ca. 75 % in Gebiet 2. Auf HVt-Ebene liegt der Marktanteil von Telekom Austria in den HVt-Einzugsbereichen des Gebietes 1 immer unter 50 %.

Ein Viertel aller mittels Bitstream-Produkten der Telekom Austria realisierten breitbandigen Endkundenanschlüsse liegt in Gebiet 1 (ON 35).

Die so getroffene geographische Unterteilung bleibt auch dann unverändert, wenn ein weiterer Netzausbau großer Betreiber dazu führt, dass z.B. drei (statt zuvor zwei) große Unternehmen in einem konkreten HVt-Anschlussbereich anbieten sollten. Änderungen in der geographischen Präsenz großer Betreiber können aus ökonomischer Sicht (gegebenenfalls) bei der nächsten Analyse berücksichtigt werden. Dies gilt grundsätzlich auch bei einem Rückbau des Netzes und bei Übernahmen, allerdings nur dann, wenn sie nicht zwei „große“ Betreiber betreffen und die wettbewerblichen Gegebenheiten wesentlich verändern.

Im Juni 2006 wurde öffentlich bekannt, dass zwischen UPC Austria GmbH und Tele2 Telecommunication GmbH Verhandlungen über eine Übernahme geführt werden (amtsbekannt, allen Verfahrensparteien bekannt).

Angesichts des hohen Marktanteiles von 80 % der Telekom Austria in Gebieten, wo sie mit nur einem „kleinen“ Betreiber in Wettbewerb steht (ON 5, Abbildung 7) ist deren Miteinbeziehung angesichts des von solchen Betreibern ausgehenden und vergleichsweise geringen Wettbewerbsdruck ökonomisch nicht gerechtfertigt.

Die getroffene geographische Unterteilung trägt der gegenwärtigen Situation wie der voraussichtlichen Entwicklung in den kommenden 1-2 Jahren Rechnung.

Die im Folgenden untersuchten Regulierungsinstrumente beziehen sich – mit Ausnahme der getrennten Buchführung – nur auf Gebiet 2. Die HVt-Einzugsbereiche in Gebiet 2 ergeben sich aus allen nicht in Gebiet 1 liegenden HVt-Einzugsbereichen, in denen Telekom Austria xDLS-Zugänge anbietet. In Gebiet 1 können aus ökonomischer Sicht die bestehenden Verpflichtungen nach einer entsprechenden Vorankündigungsfrist aufgehoben werden. Ein Zeitraum, der es den nachfragenden Unternehmen erlauben würde, ihre Geschäftspläne entsprechend anzupassen, sollte sich aus ökonomischer Sicht eher am oberen Ende der gesetzlich vorgesehenen Frist orientieren.

Im Hinblick auf das Vorbringen hinsichtlich der Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde Ofcom wird festgestellt: Die Verbreitung der Entbündelung in Österreich ist im Vergleich zum Vereinigten Königreich im Prinzip vergleichbar, allerdings wurden im Vereinigten Königreich ca. 75 % aller entbündelten Leitungen nur als „shared access“ entbündelt. In Österreich wird im Wesentlichen von der sog. Vollentbündelung Gebrauch gemacht, wodurch sich ein stärkerer Wettbewerbsdruck auf den gegenständlichen Markt ergibt. Darüberhinaus ist in Österreich CATV-Technologie im Vergleich stärker verbreitet, ebenso ist der aus dem Mobilsektor auf dem gegenständlichen Markt lastende Wettbewerbsdruck im Vergleich stärker. Ferner ist der Marktanteil von Telekom Austria in den Ballungsräumen geringer als der der British Telecom ist (ON 35 und tw. auch ON 457).

4.2. Zugangsverpflichtung

4.2.1.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt für breitbandige Zugänge auf den Endkundenmarkt sowie das Problem der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren auf dem Vorleistungsmarkt kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt behoben werden. Der Zugang zu einem Bitstream-Produkt kann die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Weiters werden durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene und über die „Investitionsleiter“ (ladder of investment) letztlich – in Verbindung mit der Regulierung am Entbündelungsmarkt – auch auf der Vorleistungsebene gesenkt. Der Zugang zu einem Bitstream-Produkt fördert so langfristig die Entstehung von effektivem Wettbewerb am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene (wenn auch effektiver Wettbewerb innerhalb der nächsten 1-2 Jahre nicht zu erwarten ist).

Da Telekom Austria am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, ist eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie als das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Der Zugang hat prinzipiell auf zumutbare Nachfrage zu Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen ermöglicht zu werden. Als notwendige Annex-Leistungen können insbesondere solche betrachtet werden, die Telekom Austria auch gegenüber eigenen Endkunden erbringt, wie bspw. die Herstellung und Einrichtung des Endkundenanschlusses, aber auch Leistungen, die typischerweise gegenüber dem nachfragenden ISP erbracht werden, zB Einrichtung von Übergabepunkten inklusive der Anbindung derselben.

Der Zugang zu Bitstream-Produkten hat ferner entsprechend dem Entbündelungsprinzip entsprechend der Nachfrage ungebündelt zu erfolgen; d.h., der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt.

Der Zugang muss es ISPs jedenfalls ermöglichen, die Endkundenprodukte von Telekom Austria bei zumindest gleicher Effizienz technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise müssen gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. „Gleichzeitig“ ist so zu verstehen, dass ISPs ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit Telekom Austria am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt bzw. den neuen Preisen) möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte – die, technologieneutral, dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, wie z.B. Veränderungen der Bandbreite bzw. –preise – spätestens am Tage der Produkteinführung durch Telekom Austria am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs mindestens vier Wochen zuvor über diese Änderung informiert werden. Bei technisch neuen Produkten sollte Telekom Austria entsprechend längere Vorlaufzeiten vorsehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Entsprechende Bestimmungen sollten in das Standardangebot aufgenommen werden.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von Telekom Austria in das Netz des Alternativen Betreibers, sollte Telekom Austria im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für Bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) dazu verpflichtet werden, eine solche Übergabe an den bisher bestehenden (und im wholesale Vertrag vorgesehenen) neun regionalen Zugangspunkten (Landeshauptstädte) und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmbaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der neun regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen. Entsprechende Bestimmungen, die auch das häufig anzutreffende gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz des ISPs nicht nur auf Basis von ATM sondern auch IP-basiert vorsehen, sollten seitens der Telekom Austria in das Standardangebot aufgenommen werden.

Zu „naked-DSL“:

Um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene zu schaffen, ist darüber hinaus in Gebiet 2 ein Zugang zu „naked-DSL“ Produkten auf Vorleistungsebene erforderlich, deren Parameter (Uploadgeschwindigkeit, Downloadgeschwindigkeit, Datenvolumen) sich an den am Markt gängigen Produkten orientieren. Das festgestellte potentielle Wettbewerbsproblem der Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren auf dem Markt für breitbandigen Zugang wirkt sich auch direkt auf die Wettbewerbssituation auf dem Breitbandendkundenmarkt aus, da der Wettbewerbsdruck, der von vertikal integrierten Betreibern ausgeht, die vollen Produktgestaltungs- und Preissetzungsspielraum haben, wesentlich stärker ist, als jener, der von nicht integrierten Betreibern ausgeübt wird.

Darüberhinaus sind auch Auswirkungen auf andere Endkundenmärkte wie z.B. Festnetz-Sprachtelefonie nicht auszuschließen, da viele Betreiber auf diesen Märkten erst durch das Bitstream-Angebot fähig sind, Bündel von Sprachtelefonie und Breitbandinternet auf der Endkundenebene anbieten zu können, um so ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Telekom Austria zu erhöhen.

Bei einem naked-DSL Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Zumindest die bestehenden Profile sollen (gegebenenfalls in angepasster Form) weiterhin angeboten werden. Die naked-DSL Produkte sollen technisch so gestaltet sein, dass es alternativen Betreibern möglich ist, unterschiedliche Dienste wie beispielsweise insbesondere auch Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand wettbewerbsfähig anzubieten, ohne entbündeln zu müssen.

Voraussetzung dafür ist neben einer entsprechenden Verfügbarkeit des gesamten Vorleistungsproduktes jedenfalls ein im Breitbandmodem integrierter Analogtelefonadapter, der den unmittelbaren Anschluss eines herkömmlichen analogen Telefonendgerätes durch den Endkunden an das Breitbandmodem ermöglicht. Die schon derzeit mögliche Kaskadierung („Hintereinanderschaltung“) eines priorisierungsfähigen Routers mit Analogadapter nach dem Breitbandmodem ist aufwändig, ineffizient und schon daher aus ökonomischen Gründen kein taugliches Konzept für ein wettbewerbsfähiges Telefondienstprodukt.

Die Priorisierung der vom Analogtelefonadapter im Breitbandmodem gesendeten IP-Pakete auf der Teilnehmeranschlussleitung ist daher erforderlich, um zu gewährleisten, dass ein ausreichender Anteil der Übertragungskapazität bevorzugt dem Telefondienst zu Lasten des in der Regel parallel verfügbaren Internetzugangsdienstes zur Verfügung steht. Bei der Auswahl des Modems mit integriertem Telefonadapter sind in geeigneter Weise die Anforderungen der Vorleistungspartner hinsichtlich Funktionalität (z.B. Fax), Verfügbarkeit und Kosteneffizienz in die Entscheidung mit ein zu beziehen. Ein diesen Anforderungen entsprechendes Produkt ist in das Standardangebot aufzunehmen.

Hinsichtlich der im Spruchpunkt 2.1.4. angeführten Netzperformanceparameter ist wie folgt festzustellen: Die Netzwerkperformanceparameter IP Packet Transfer Delay, IP Packet Delay Variation, IP Packet Loss Ratio, IP Packet Error Ratio für Quality-of-Service(QoS)-Klassen IP-basierter Dienste sind in der Empfehlung der ITU-T „Rec. 1540 (11/2007), IP packet transfer and availability performance parameters“ festgelegt. Als Anhaltspunkt für die in Hinblick auf VoIP-Telefondienste anzustrebenden Netzperformanceparameterwerte können beispielsweise die Werte der QoS Class 1 in der ITU-T Rec Y.1541 (Network performance objectives for IP-based services, 02-2006) sowie hinsichtlich des IP Packet Transfer Delay jene der ITU-T Rec G.114 (5/2003, One-way transmission time) herangezogen werden. TA hat selbst vorgebracht, die Werte der ITU-T Rec Y.1541 (QoS Class 1) bereits einzuhalten.

Vor einer allfälligen Aufforderung zur Netzperformanceverbesserung an Telekom Austria hat der Vorleistungspartner nachvollziehbar darzustellen, dass die tatsächlich im naked-DSL Vorleistungsprodukt vorliegenden Netzperformanceparameterwerte die Wettbewerbsfähigkeit seiner darauf beruhenden Telefondienstprodukte beeinträchtigen. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die angeführten Werte end-to-end Werte darstellen und daher entsprechend dem angeführten Standard die betreffenden Werte einzelner Teilstrecken zu kumulieren sind, wobei die zweifache Einbeziehung des naked-DSL Vorleistungsproduktes (sowohl A- als auch B-Teilnehmer einer Verbindung nutzen naked-DSL) zusätzlich zum vermittelnden IP-Kernnetz des Vorleistungspartners ein jedenfalls zu berücksichtigendes Szenario darstellt. Weiters ist zu berücksichtigen, dass sich die Werte auf IP-basierte User Network Interfaces beziehen und somit die Anteile der Analogadapter nicht enthalten sind.

Wenn der Vorleistungspartner nachvollziehbar darlegt, dass ihm unter vertretbarem wirtschaftlichem Aufwand zumutbare Maßnahmen der Sprachdatenpriorisierung in Richtung zum Endkunden vor dem Übergabepunkt zu Telekom Austria nicht ausreichen, um ein wettbewerbsfähiges Telefondienstprodukt auf Basis naked-DSL mit Analogadapter zu realisieren, kann er von Telekom Austria die durchgängige Priorisierung von Sprachdaten gegenüber Internetdaten in beiden Richtungen und auf dem gesamten Weg zwischen dem Analogadapter im Breitbandmodem und dem Übergabepunkt zum Vorleistungspartner verlangen. Technisch mit einer durchgängigen Priorisierung verbundene getrennte Queues für Sprache mit bevorzugter Behandlung in den Netzknoten sind für QoS Class 1 in der ITU-T Rec. Y.1541 als Leitlinie angegeben.

Um den diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten, hat Telekom Austria zur Behebung von Störungen beizutragen. So ist dem Vorleistungspartner bei dokumentierten Qualitätsproblemen mit auf naked-DSL basierenden Telefondiensten bestimmter Teilnehmer auf Nachfrage regelmäßig die Auslastung der ATM-Anbindung der involvierten DSLAMs mitzuteilen. Als heranzuziehende Betrachtungszeitdauern für die mittlere Auslastung werden dabei 15 Minuten-Intervalle, im Bedarfsfall bis auf 10 Sekundenintervalle verkürzt, von der Telekom-Control-Kommission als angemessen erachtet.

Zum Zweck der Störungseingrenzung (Störung im Bereich der vom Endkunden bzw. dem Vorleistungspartner zu verantwortenden Kommunikationsinfrastruktur beim Endkunden wie z.B. Telefonendgerät bzw. PC oder Störung im Bereich des Vorleistungsproduktes) sind dem Vorleistungspartner auf begründete Nachfrage jedenfalls umgehend die aus dem endkunden- bzw. netzseitigen Modem von TA auslesbaren und der betreffenden Teilnehmeranschlussleitung zugeordneten Daten in elektronischer Form bereitzustellen.

Nur unter diesen Bedingungen ist die wettbewerbsfähige Erbringung von Sprachtelefoniediensten in der gleichen Qualität und Zuverlässigkeit, wie sie Telekom Austria ihren eigenen Endkunden bereitstellt (ON 8, S 22,23), gewährleistet.

Solche naked-DSL Produkte, die ISPs das Anbieten von Breitband und Sprachtelefonie auf der Endkundenebene ermöglichen, sollen – in den derzeit bestehenden Bandbreiten – in das binnen zwei Monaten zu legendende Standardangebot aufgenommen werden.

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

Der Zugang zu einem IPTV-Vorleistungsprodukt (Contentprodukt) ist auf diesem Markt nicht aufzuerlegen, da ein solches Produkt nicht Teil des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene ist. Ein Bitstream-Produkt, das technisch so gestaltet ist, dass für ISPs die Erbringung von Breitbanddienstleistungen an den Endkunden auch dann möglich ist, wenn der Endkunde IPTV (AonTV) über Telekom Austria bezieht, ist von TA weiterhin anzubieten.

4.2.2. Entgeltkontrolle

4.2.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass Telekom Austria ihre beträchtliche Marktmacht am gegenständlichen Vorleistungsmarkt missbrauchen kann. So könnte sie Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder Mitbewerber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen (Margin Squeeze).

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

4.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Telekom Austria verzeichnet trotz (im Verhältnis zu den Mitbewerbern) relativ hoher (Endkunden-) Preise relativ stabile Marktanteile. Es ist also davon auszugehen, dass Telekom Austria am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang sowie (über ihre vertikale Integration) am Endkundenmarkt über ein bestimmtes Ausmaß an Preissetzungsmacht verfügt, das es ihr ermöglicht, die Preise über das Wettbewerbsniveau anzuheben. Gleichzeitig wäre es Telekom Austria auch möglich, ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem margin-squeeze auszusetzen. Telekom Austria hat auch einen Anreiz zu einem solchen Verhalten, da sie dadurch die Marktzutrittsbarrieren sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene erhöhen kann. Eine Preiskontrolle ist daher notwendig.

Es bestehen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten:

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

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

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher primär für Märkte relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste durch die Setzung überhöhter Preise erwartet werden.

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

Insbesondere angesichts der Marktanteile ist davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von Telekom Austria betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen. Gegenwärtig verfügt Telekom Austria über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 47 %. Dieser Marktanteil ist deutlich von dem Niveau entfernt, welcher von TA etwa am Markt für Entbündelung oder auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie erreicht wird. Zwar ist der Marktanteil in „Gebiet 2“ wesentlich höher, solange Telekom Austria aber auf der Endkundenebene vorwiegend national einheitliche Preise setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch auf die anderen Gebiete überträgt, kann davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, nur gering sind.

Vor diesem Hintergrund ist eine Preissetzung auf Basis von Retail-minus in Verbindung mit einer effizienten Kontrolle derselben am besten geeignet, den festgestellten (potentiellen) Wettbewerbsproblemen zu begegnen und ist diese gleichzeitig am wenigsten

eingriffsintensiv für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. So wird durch die Überprüfung der Marge (des Abstandes zwischen Endkundenpreis und Vorleistungspreis) sichergestellt, dass kein Margin-squeeze auftritt, und alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten können, während gleichzeitig Telekom Austria maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird (die absolute Höhe des Preises kann Telekom Austria frei bestimmen, nur die Relation zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist über die Marge festgelegt). Die Festlegung überhöhter Preise durch Telekom Austria kann zwar mittels Retail-minus nicht verhindert werden, dieses Problem ist aber, wie oben beschrieben, nicht so groß, um einen stärkeren Eingriff (kostenorientierte Preise) zu rechtfertigen.

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus erleichtert den Markteintritt auf der Endkundenebene und im Weiteren auch auf der Vorleistungsebene, was zu geringeren Entgelten, einer effizienten Produktion, mehr Innovationen und einer größeren Auswahl für den Konsumenten führt. Nicht zuletzt, weil Telekom Austria bereits mit Bescheid M 1/05 zu einer Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus verpflichtet wurde, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Berechnung des margin unter Zugrundelegung der Retail-minus Methode:

Die Berechnung sollte jeweils auf Basis des tatsächlichen, von den Endkunden entrichteten Entgelts erfolgen, unabhängig davon, ob es sich um private Kunden oder Geschäftskunden handelt.

Zusätzlich ist erforderlich, dass der Vorleistungspreis jedes Produktes so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten Produktes liegt, dass ein effizienter Betreiber zumindest seine variablen Kosten decken kann. Dies gilt auch für alle zeitlich befristeten Aktionsangebote, da diese sonst von ISPs nicht nachgebildet werden könnten.

Somit stellen für die Betrachtung (Überprüfung) einzelner Produkte variable Kosten den relevanten Maßstab für die Berechnung der Mindestmarge dar, während für die Gesamtbetrachtung (Gesamtüberprüfung) aller Produkte die Vollkosten den Maßstab bilden.

Bei der Gesamtbetrachtung aller Produkte fließen auch „Altverträge“ mit aufgrund der derzeit sinkenden Endkundenpreise im Durchschnitt höheren Endkundenpreisen in die Berechnung ein. Es ist daher davon auszugehen, dass bei der Gesamtberechnung des margins aller Produkte für die Margin-squeeze Kalkulation ein größerer margin als im Vergleich zur Einzelproduktbetrachtung existiert und in der Praxis bereits die Einzelproduktbetrachtung den für Telekom Austria „engeren Rahmen“ darstellt.

Da eine Preis-Kosten-Schere nur dann entstehen kann, wenn das marktmächtige Unternehmen für das gegenständliche Produkt sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene Preise setzen kann, werden ausschließlich intern angebotene Bitstream-Produkte, das sind solche, die vom Retail-Bereich von Telekom Austria auch tatsächlich bezogen werden, in die Margin-squeeze Berechnung miteinbezogen. Dies ergibt sich auch aus dem unten in Abbildung 2 dargestellten Berechnungsschema. Produkte, die ausschließlich extern angeboten werden, werden hingegen auf dieser Stufe nicht berücksichtigt (wohl aber auf der Stufe Bitstream-Entbündelung).

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

Ein Durchrechnungszeitraum für die Berechnung des Margin-Squeezes von einem Jahr, berechnet ab dem Zeitpunkt der Überprüfung, ist aufgrund der Saisonalität des Marktes (z.B. Weihnachtsgeschäft) sachgerecht und daher angemessen.

Telekom Austria hat bei der Einführung neuer Produkte bzw. neuer Preise sicherzustellen, dass mit den neuen Preisen bzw. zu erwartenden Umsätzen und Absatzmengen kein Margin-squeeze entsteht. Von der Regulierungsbehörde wird nach der Einführung der neuen Produkte nach Anlassfall überprüft, ob die Erwartungen bezüglich Absatzmengen und Umsätzen tatsächlich eingetroffen sind bzw. ob sich durch Abweichungen ein Margin-squeeze ergibt. Die dafür notwendigen Berechnungen entsprechend des im nächsten Abschnitt dargestellten Berechnungsschemas sind in beiden Fällen (mit zu erwartenden und tatsächlichen Umsätzen und Absatzmengen) der Regulierungsbehörde auf Nachfrage zur Verfügung zu stellen.

Sollten über einen längeren Zeitraum keine neuen Produkte eingeführt werden, so ist aus ökonomischer Sicht im Abstand von einem Jahr zur letzten Überprüfung eine Berechnung für das vergangene Jahr und – basierend auf zu erwartenden Mengen, Umsätzen und Kosten – eine Berechnung für das nächste Jahr durchzuführen.

Basis für die Berechnung des Zugangspreises sind die tatsächlich vom Kunden bezahlten Endkundenentgelte. Für die Berechnung des Abschlags vom Endkunden- auf den Vorleistungspreis (Marge) sind insbesondere folgende vermeidbare Kosten auf Endkundenebene zu betrachten (auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

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

Die so errechnete Marge wird sodann von den Endkundenpreisen von Telekom Austria des betreffenden Produktes abgezogen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen. Ändert sich der Endkundenpreis, wird auch die Marge unter Berücksichtigung der oben angeführten Kosten neu berechnet. Sollten sich wesentliche Änderungen der vermeidbaren Kosten ergeben, ist das Standardangebot anzupassen.

Im Verfahren R 5/06 wurde von der Telekom-Control-Kommission das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere sowohl zwischen Endkundenentgelten und Bitstream-Vorleistungspreisen als auch zwischen Bitstream-Vorleistungspreisen und Entbündelung geprüft. Dabei wurde das in der folgenden Abbildung 2 dargestellte Berechnungsschema verwendet. Dieses Berechnungsschema ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission tauglich, um das Vorliegen eines Margin-squeeze festzustellen und sollte (gegebenenfalls) auch in zukünftigen Verfahren zur Anwendung kommen. Dabei erfolgt die Berechnung zwischen Endkunden- und Bitstream-Ebene jedoch nur für Gebiet 2. Da sich die vermeidbaren Kosten zwischen den beiden Gebieten nicht wesentlich unterscheiden, können sie auch auf nationaler Ebene berechnet und dann auf Gebiet 2 angewandt werden. Da bei den Erlösen und der zugrunde liegenden Verteilung der Anschlüsse über die einzelnen Profile aber ein Unterschied erwartet werden kann, sind diese von Telekom Austria in beiden Gebieten getrennt zu ermitteln.

Endkunden Breitbandprodukte

Retail-Erlöse		alle Breitbandprodukte von Telekom Austria auf Retaillebene	
	Bruttoerlöse (Tarifblattmässige auf Endkundenebene)		Anmerkung Summe der Telekom Austria AG-Endkunden-Erlöse inkl. Grundentgelt Sprachtelefonie (dadurch geht implizit die Gewichtung je Produkt ein)
	- allfällige Rabatte		
	- Herstellaktionen		
	Nettoerlös Retail		
Minus (Kosten der Endkundenebene)			
Service	Marketing und Vertrieb		Gesamtkosten für alle Breitbandprodukte (daher keine Aufteilung auf einzelne Kategorien oder Produkte, Gewichtung je Produkt geht implizit ein)
	Rechnungserstellung		
	Rechnungslegung		
	Produktentwicklung		
	Produktmanagement		
Technik	Kundenservice/Callcenter		
	Backbone national		
	Anbindung international		
	Zusatzleistungen (Web-Space, e-mail Adressen etc.)		
	Gemeinkosten auf der Endkundenebene		
Plus (Kosten der Vorleistungsebene)			
	Rechnungslegung		Gesamtkosten für alle Breitbandprodukte (daher keine Aufteilung auf einzelne Kategorien oder Produkte, Gewichtung je Produkt geht implizit ein)
	Investitionen aufgrund der externen Leistungsbereitstellung		
	Administrativ		
SOLL-Vorleistungspreis (Basis Retail-Mengengerüst)			
	Brutto=Netto Vorleistungssumme		für "interne" Leistungsbereitstellung Vorleistungssumme unter Zugrundelegung des Mengengerüst-Endkundenseite von TA.
	SOLL-Mittelwert je Kategorie (Stückpreis)		
Wenn IST > SOLL => Marginsqueeze			

Vorleistungs Breitbandprodukte (bitstream)

IST-Vorleistungspreis (Basis Retail-Mengengerüst)			
	Bruttoerlöse (Tarifblattmässige auf Vorleistungsebene)		$\frac{([Mengengerüst-Endkundenseite] \times [Vorleistungspreis])}{\text{über alle Produkte}}$ $\frac{(\text{Bruttoerlös} / \text{Mengengerüst-Endkundenseite})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$
	IST-Brutto-Mittelwert je Kategorie (Stückpreis)		
	- allfällige Rabatte Vorleistungsebene		Rabatte/Herstellaktionen auf Vorleistungsebene werden periodenrichtig auf Mengengerüst Telekom Austria AG-Endkundenebene angewendet
	- allfällige Herstellaktionen auf Vorleistungsebene		
	IST-Rabatte je Kategorie		$\frac{(\text{Summe Vorleistungsnachlässe} / \text{Mengengerüst-Vorleistung})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$ $\frac{(\text{IST-Brutto-Mittelwert} - \text{IST-Rabatt})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$
	IST-Netto-Mittelwert je Kategorie (Stückpreis)		

IST-Vorleistungspreis (Basis Retail-Mengengerüst + Bitstream Mengengerüst)			
	Retail Seite	Bitstream Seite	$\frac{([Mengengerüst Endkundenseite] \text{ bzw. } [Mengengerüst Vorleistungsseite] \times [Vorleistungspreis])}{\text{jeweils inkl. Grundentgelt Sprachtelefonie bzw. Medienentgelt für naked Anschlüsse}}$ (dadurch geht implizit die Gewichtung je Produkt ein) $\frac{(\text{Bruttoerlös} / \text{Mengengerüst-Endkundenseite})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$
	Bruttoerlöse (Tarifblattmässige auf Vorleistungsebene)		
	IST-Brutto-Mittelwert (Stückpreis)		Rabatte/Herstellaktionen auf Vorleistungsebene werden periodenrichtig auf Mengengerüst TA-Endkundenseite bzw. Vorleistungsseite angewendet $\frac{(\text{Summe Vorleistungsnachlässe} / \text{Mengengerüst-Vorleistung})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$ $\frac{(\text{IST-Brutto-Mittelwert} - \text{IST-Rabatt})}{\text{für alle Produkte gemeinsam}}$
	- allfällige Rabatte Vorleistungsebene		
	- allfällige Herstellaktionen auf Vorleistungsebene		
	IST-Rabatte		
	IST-Netto-Mittelwert (Stückpreis)		
Wenn IST < SOLL => Marginsqueeze			

Vorleistung Entbündelung

SOLL-Vorleistungspreis (Kosten der Vorleistungsebene ULL)		
Technik	monatliche Entbündelungsmiete	
	Kosten Anbindung national (Backhaul)	
	Kollokationskosten (Investitionen)	
	Kollokationskosten (laufende, z.B. Mieten)	
	Modem/DSLAM-Kosten	
	Gemeinkosten auf der Vorleistungsebene	
	SOLL-Netto-Mittelwert (Stückpreis)	
TASL- bzw. Medienentgelt bei Naked-DSL bzw. Entbündelungsmiete werden als Kosten der Kupferdoppelader auf jeder Ebene berücksichtigt.		

Zunächst werden in dem dargestellten Berechnungsschema die Bruttoerlöse um allfällige Rabatte und Herstellaktionen gekürzt. Sodann wird der Abschlag (Minus) bestehend aus Kosten der Endkundenebene abgezogen, um somit den Margin-squeeze freien Vorleistungspreis (SOLL-Vorleistungspreis) zu erhalten. Dieser SOLL-Vorleistungspreis wird dem IST-Vorleistungspreis, bestehend aus Erlösen der internen Leistungsbereitstellung, gegenübergestellt. Solange die Berechnung der Vorleistungsentgelte für Gebiet 1 und für Gebiet 2 erfolgt, werden die Vertriebskosten der Vorleistungsebene als Aufschlag (Plus) hinzugezählt.

Konsistenz der Entgelte:

Über die beschriebene Prüfung des Margin-squeeze hinaus hat eine solche auch für die Wertschöpfungsebenen zwischen breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene (Bitstream) und der Vorleistung der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen zu erfolgen. Vielmehr sind neben den von Telekom Austria auf der Endkundenebene angebotenen Breitbandzugängen auch jene auf der Vorleistungsebene in der Berechnung zu berücksichtigen und im angewendeten Mengengerüst mit einzubeziehen. Die diesem Mengengerüst entsprechenden und um allfällig gewährte Rabatte und Herstellaktionen auf der Vorleistungsebene gekürzten IST-Vorleistungspreise werden dem SOLL-Vorleistungspreis auf der Ebene der Entbündelung gegenüber gestellt. Der SOLL-Vorleistungspreis auf der Ebene der Entbündelung errechnet sich aus jenen Kosten, die Telekom Austria entstehen würden, würde sie ihre sämtlichen Breitbandzugänge mittels Entbündelung realisieren. Dabei gelangen für die einzelnen Teilleistungen (z.B. monatlicher Mietpreis der Teilnehmeranschlussleitung, Kollokationsmiete, Backboneanbindung etc.) jene Entgelte zur Anwendung, wie diese von Telekom Austria den Entbündelungspartnern öffentlich angeboten werden. Aufwandsabhängige Entgelte werden nach tatsächlich verrechneten durchschnittlichen Aufwänden angesetzt.

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

Die Prüfung der Konsistenz der Entgelte erfolgt gegebenenfalls durch die Behörde über die betreffenden Märkte hinweg nach dem oben dargestellten Berechnungsschema, in welches sowohl der Abstand zwischen Endkunden- und Bitstream-Ebene als auch der Abstand zwischen Bitstreaming und Entbündelung eingeht. Selbst wenn Telekom Austria nicht bundesweit zum Angebot eines Bitstream-Produktes verpflichtet ist, so darf dennoch durch die Preissetzung kein Margin-squeeze zur Entbündelung entstehen. Sollte doch ein Margin-squeeze zur Entbündelung entstehen, so wären gegebenenfalls die Vorleistungspreise, beispielsweise die Preise für Etherlinks oder andere Produkte des Marktes für terminierende Segmente von Mietleitungen oder auch der Entbündelungspreis selbst entsprechend anzupassen um keinen Margin-squeeze zu bewirken.

Um die Einhaltung der Verpflichtungen gewährleisten zu können, ist es erforderlich, dass Telekom Austria bei der Einführung neuer Produkte die zu erwartenden Absatzmengen und damit verbundenen Umsätze, sowie allfällige Änderungen der in die Berechnung eingehenden Kosten der Regulierungsbehörde bekannt gibt. Neue Produkte dürfen nur dann eingeführt werden, wenn dadurch kein Margin-squeeze entsteht.

Grundsätzlich gilt, dass der Preis eines jeden Produktes (auch für Aktionsangebote) so hoch sein muss, dass ein effizienter Betreiber (egal ob er Bitstreaming oder Entbündelung nachfragt), der dieses Produkt auf der Endkundenebene anbietet, zumindest seine variablen Kosten decken kann. Über alle Produkte gerechnet müssen die Vollkosten eines effizienten Betreibers gedeckt sein. In diese Regelung miteinbezogen werden auch Aktionsangebote. Im Anfall werden von der Regulierungsbehörde nach der Einführung der neuen Produkte überprüft, ob die Erwartungen bezüglich Absatzmengen und Umsätzen tatsächlich eingetroffen sind bzw. ob sich durch Abweichungen ein Margin-squeeze ergibt. Die dafür notwendigen Berechnungen entsprechend des im vorhergehenden Abschnitt dargestellten

Berechnungsschemas sind in beiden Fällen (mit zu erwartenden und tatsächlichen Umsätzen und Absatzmengen) der Regulierungsbehörde auf Nachfrage zur Verfügung zu stellen.

Sollten über einen längeren Zeitraum keine neuen Produkte eingeführt werden, so ist im Abstand von einem Jahr zur letzten Überprüfung eine Berechnung für das vergangene Jahr und – basierend auf zu erwarteten Mengen, Umsätzen und Kosten – eine Berechnung für das nächste Jahr durchzuführen.

Nationale versus regionale Entgelte:

Gegenwärtig bietet Telekom Austria für ihre Bitstream-Produkte regionale und österreichweite Entgelte an:

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

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

Da am Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb herrscht (vgl. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu M 10/06), ist Telekom Austria bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt. So kann ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten.

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

Investitionsanreize:

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

Telekom Austria verfügt am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten über schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur. Das Gebiet 2 umfasst zum größten Teil dünn besiedelte Gebiete, wo die Infrastruktur der Telekom Austria am schwierigsten oder gar nicht zu replizieren ist.

Bei der Festlegung des Zugangspreises ist sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Durch die Festlegung des

Zugangspreises mittels Retail-minus sind die Investitionsanreize für Telekom Austria auf jeden Fall sichergestellt, da Telekom Austria die absolute Höhe des Zugangspreises frei bestimmen kann, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht. Retail-minus führt zu korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie Telekom Austria.

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

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

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

Ad (ii): Die Entgelte sind nicht vorab durch die Regulierungsbehörde zu genehmigen, es gibt jedoch eine Auflage, einen bestimmten Preismaßstab (Retail-minus) einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt subsidiär nur im Anlassfall, falls keine privatrechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte (erheblich) vom regulatorisch vorgegebenen Maßstab abweichen.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffshäufigkeit möglichst gering zu halten, ist die Option (ii) der Verpflichtung zur Preisregulierung im Anlassfall die zweckmäßigste. Das Standardangebot hat Entgelte für Bitstream-Produkte entsprechend obiger Ausführungen zu enthalten.

Sonstige Leistungen:

Migration ist nach Aufwand anzubieten, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt. Grundsätzlich gilt dies ebenso für sonstige Nebenleistungen (bspw. Zusatzkosten, Services), die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Alternativ zur Entgeltkontrolle ist im vorliegenden Fall die Gleichbehandlungsverpflichtung zu betrachten, die potentiell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommt. Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen“. Die Formulierung „gleichwertige Bedingungen“ umfasst auch den Zugangspreis. Der Zugangspreis muss also so hoch sein, dass ein alternativer Betreiber, der auf der Endkundenebene zumindest so effizient ist wie Telekom Austria, den Endkundenpreis von Telekom Austria replizieren kann. Dies ist genau dann der Fall, wenn der Zugangspreis nicht höher als der Endkundenpreis abzüglich der Kosten von Telekom Austria auf der Endkundenebene sowie zuzüglich entstehender Zusatzkosten für die Bereitstellung der Vorleistung ist. Dies entspricht genau der Festlegung des Zugangspreises nach Retail-minus. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist im vorliegenden Fall also grundsätzlich geeignet, um eine Festlegung des Zugangspreises nach dem Retail-minus Prinzip zu gewährleisten. Sowohl die Verpflichtung zur Gleichbehandlung als auch die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle sind daher geeignet und unterscheiden sich aus ökonomischer Sicht im vorliegenden Fall nicht in ihrer Eingriffsintensität.

4.2.2.4. Fazit

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten eines Bitstream-Produktes auf Basis einer Retail-minus Entgeltkontrolle ist daher notwendig, um insbesondere das Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht auf den benachbarten Endkundenmarkt hintanzuhalten.

4.2.3. Nicht-preisliche Parameter - Gleichbehandlungsverpflichtung

4.2.3.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

Es existieren trotz der Preisfestlegung nach dem Retail-minus Prinzip Anreize für Telekom Austria, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen:

- Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann so die Möglichkeit zum Markteintritt und so letztlich der Anreiz zur Entbündelung reduziert werden.
- ISPs, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können etwa durch Verweigerung des komplementären Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden.

Telekom Austria hat also ökonomische Anreize zu den oben beispielhaft angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Ein „Einschränken“ der Nichtdiskriminierungsverpflichtung bzgl. Vorleistungsprodukte auf bereits bestehende Endkundenprodukte würde das Umgehen der Nichtdiskriminierungsverpflichtung leicht ermöglichen. Das Standardangebot soll daher zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit Wholesale-Standardangebot von Telekom Austria angeboten werden und dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind. Es sollte alle gängigen und zukünftigen marktgegenständlichen Endkundenprodukte (Bandbreiten, geändertes inkludiertes Downloadvolumen, geänderte Overbookingfaktoren oder mehrere Kanäle pro Kunde) abdecken, alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen enthalten und ist von Telekom Austria zu veröffentlichen. Generell sind auf Nachfrage entsprechende Vorleistungsprodukte nichtdiskriminierend bereitzustellen. Durch das Standardangebot sollten alle für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt notwendigen Informationen verfügbar und damit die notwendige Transparenz gewährleistet sein.

Darüber hinaus sollen auch mehrere naked-DSL-Produkte wie in Punkt B 4.2.2 beschrieben Bestandteil des Standardangebots sein.

Das Standardangebot sollte die Regelfälle für den Zugang abdecken. Weitergehende Leistungen sind im Einzelfall auf Basis einer Beurteilung über die Zumutbarkeit der Nachfrage zu klären.

Migration:

Das Standardangebot hat insbesondere auch Bestimmungen zu Bedingungen und Preisen betreffend die Migration zwischen verschiedenen Produkten auf Vorleistungsebene zu enthalten.

Dies umfasst unter anderem Bestimmungen zur Optimierung von Prozessen betreffend:

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

Ad (i): Den Kunden von (Bitstream-)ISPs soll es ebenso wie den Kunden von Telekom Austria möglich sein, einfach, günstig und möglichst ohne Unterbrechung des Dienstes von einem Produkt auf ein anderes zu wechseln. Telekom Austria darf daher einen solchen Wechsel weder durch zusätzliche Bedingungen erschweren, noch dürfen dem Kunden Kosten verrechnet werden, die ihm nicht auch bei einem Wechsel zwischen Produkten von Telekom Austria verrechnet werden. Der Migrationsprozess muss technisch genauso effizient gestaltet sein, wie er für Telekom Austria interne Leistungen zur Anwendung kommt.

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

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

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

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

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

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

Kennzahlen:

Zur besseren Überprüfung der Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung benötigt die Regulierungsbehörde quartalsweise und je Kalenderjahr folgende Kennzahlen:

- Anzahl der Herstellungen für eigene Kunden
- Anzahl der Herstellungen für Kunden von Bitstream-ISPs
- Durchschnittliche Herstelldauer (Dauer vom Einlangen der Bestellung des Kunden bis zur Herstellung) für eigene Kunden in Tagen (ungewichteter Mittelwert)
- Durchschnittliche Herstelldauer (Dauer vom Einlangen der Bestellung des ISP bis zur Herstellung) für Kunden von Bitstream-ISPs in Tagen (ungewichteter Mittelwert)

Die Erhebung der entsprechenden Daten seitens Telekom Austria ist nur mit geringem Aufwand verbunden, da die entsprechenden Systeme bereits bestehen.

Der alternative Anbieter muss rechtzeitig über den Beginn der Leistungserbringung durch TA sowie gegebenenfalls über den Versand des Modems (den Zeitpunkt des tatsächlichen Versands) durch Telekom Austria informiert werden. Rechtzeitig ist so zu verstehen, dass die Information über den Beginn der Leistungserbringung spätestens drei Arbeitstage vor der Leistungserbringung bereitgestellt werden muss.

Die erstmalige Verrechnung der Entgelte für die gegenständlichen Bitstream-Zugangsprodukte darf erst ab Leistungserbringung erfolgen, um das Entstehen einer Preis-Kosten-Schere am Beginn jeder Vertragsbeziehung über ein Bitstream-Produkt zu verhindern.

Zur Gewährleistung einer effizienten Bestellabwicklung über die bereits bestehende Bestelloberfläche (SOAP) hat Telekom Austria eine fehlertolerante Eingabemaske zur Verfügung zu stellen, die ein neuerliches Eingeben der relevanten Daten zur weiteren internen Verarbeitung ohne vermeidbaren zusätzlichen Zeitverlust zulässt. Nähere Bestimmungen dazu sind in das Standardangebot aufzunehmen.

Die Adaption des Standardangebots im Hinblick auf die in den Spruchpunkten 2.2.5., 2.3.2. und 2.3.3. erstmals angeordneten Verpflichtungen hinsichtlich des Zeitraumes binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist im Sinn der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung lediglich im Gebiet 2 erforderlich.

4.2.3.2. *Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten*

Da es sich bei Bitstream-Produkten um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (§ 38 Abs. 3 TKG 2003) erforderlich. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung für die Effektivität der Regulierung unerlässlich.

4.2.3.3. *Fazit*

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern zu unterbinden bzw. um den Eintritt in nachgelagerte Märkte zu erleichtern, ist die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG 2003 und die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 für Telekom Austria sowie die regelmäßige Übermittlung von einschlägigen Kennzahlen notwendig. Insbesondere das Standardangebot stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

4.2.4. *Getrennte Buchführung*

4.2.4.1. *Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme*

Obwohl dieses Regulierungsinstrument nicht konkret auf ein einzelnes Wettbewerbsproblem angewendet werden kann, trifft es notwendige Vorkehrungen zur Unterstützung der Einhaltung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle, die ihrerseits direkt der Bekämpfung eines Wettbewerbsproblems dient (siehe oben).

Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten überproportional jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung der Kosten, wie sie für einen Retail-minus Ansatz benötigt werden, im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung der Marge einzelner Produkte in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Die getrennte Buchführung hat zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 idgF gegliedert zu erfolgen. Sie betrifft in geographischer Hinsicht das gesamte Bundesgebiet, wobei jedoch Erlöse/Erträge sowie die Anzahl der Anschlüsse auf Gebiet 1 und Gebiet 2 aufzuteilen sind. Eine Aufteilung der Kosten auf Gebiet 1 und Gebiet 2 ist hingegen nicht erforderlich, da davon ausgegangen werden kann, dass die Kosten, die in die Retail-Minus Berechnung eingehen (Marketing, Vertrieb, Rechnungslegung, etc.) zwischen den Gebieten nicht bzw. kaum unterscheidbar sind. Weiters ist im vorliegenden Fall für den Bereich Breitband eine Trennung zwischen Vorleistungs- und Endkundenebene erforderlich. Im Rahmen der getrennten Buchführung sind daher entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge, unterteilt nach Gebiet 1 und Gebiet 2,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Anzahl Breitbandanschlüsse (je Produkt, unterteilt nach Gebiet 1 und Gebiet 2) und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

4.2.4.2. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle notwendig.

4.3. **Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003**

Nach den Ergebnissen des gegenständlichen Verfahrens 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.

4.4. **Zusammenfassung – Regulierungsinstrumente**

Folgende Maßnahmen sind daher aus ökonomischer Sicht geeignet, die in Gebiet 2 festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen:

- Zugangsverpflichtung (Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen)
- Gleichbehandlungsverpflichtung einschließlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots inklusive Verpflichtung zur quartalsweisen Lieferung von diesbezüglich einschlägigen Kennzahlen
- Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

Folgende Maßnahme ist aus ökonomischer Sicht geeignet, den wettbewerblichen Defiziten am verfahrensgegenständlichen Markt (Gebiet 1 und 2) zu begegnen:

- Getrennte Buchführung

Mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, die bundesweit gilt (siehe dazu Punkt B 4.1.), sind diese Regulierungsinstrumente nur in dem in Punkt B 4.1. definierten „Gebiet 2“ aufzuerlegen. Bei den vorliegenden Instrumenten handelt es sich um

komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist sichergestellt, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich beseitigt werden. Gleichzeitig ist dieses Set an Maßnahmen jenes, welches am wenigsten eingriffsintensiv für das marktmächtige Unternehmen Telekom Austria ist.

Dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise wird durch diese Maßnahmen nur bedingt begegnet (nämlich insofern als Telekom Austria - abhängig von der Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt - auf Grund des skizzierten Retail-minus Ansatzes und der Verpflichtung zur Nicht-Diskriminierung mittelbar auch in ihrer Preissetzung am Vorleistungsmarkt restringiert wird), angesichts des Marktanteils von Telekom Austria, der (vorwiegend) national einheitlichen Preise und auch des Wettbewerbsdruck durch Mobilfunkunternehmen ist aber die eingriffsintensivere Regulierung mittels Festlegung kostenorientierter Preise (z.B. nach dem FL-LRAIC Maßstab) nicht gerechtfertigt.

Die Verpflichtungen sollten für alle Produkte, die nach der Marktdefinition der TKMVO 2003 in den Markt für „breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ fallen und gegenwärtig von Telekom Austria angeboten werden, gelten. Neue Produkte (z.B. Produkte mit anderen Bandbreiten, anderem inkludiertem Downloadvolumen oder anderem Overbooking), die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen betroffen, da sonst eine Umgehung der Regulierung durch Telekom Austria leicht möglich wäre.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, sowie zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen („Analyse des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ (ON 5) und (Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene) betreffend Regulierungsinstrumente“, ON 8).

2. Zum Vorbringen der Telekom Austria und der anderen Verfahrensparteien

Es wurden von allen Verfahrensparteien teilweise umfangreiche Stellungnahmen und Vorbringen erstattet.

Im Folgenden wird sachlich gegliedert auf die vorgebrachten Punkte aller Verfahrensparteien eingegangen:

2.1. Zum Vorbringen hinsichtlich sich nachteilig entwickelnder Anschlusszahlen im Festnetz

Telekom Austria bringt diesbezüglich vor, dass – ebenfalls bedingt durch die zunehmende Verbreitung von mobilen Breitbandanschlüssen – die Anzahl von Breitbandanschlüssen sowohl bei Telekom Austria als auch bei den xDSL-Vorleistungsnehmern eine nachteilige Entwicklung nehmen würden.

Die Telekom-Control-Kommission verweist daher auf die zur sachlichen Marktabgrenzung gemachten Ausführungen.

2.2. Zum Vorbringen hinsichtlich einer fehlenden vorausschauenden Analyse des gegenständlichen Marktes

Telekom Austria und andere Verfahrensparteien kritisierten, wenn auch in unterschiedlicher Richtung, dass angesichts der derzeitigen dynamischen Entwicklung des gegenständlichen Marktes die getroffenen Feststellungen hinsichtlich möglicher zukünftiger Marktentwicklungen nicht in ausreichendem Maß getroffen worden seien. Die daraus resultierende Gefahr falscher, zukünftiger Entscheidungen der Regulierungsbehörde könnte mögliche negative Auswirkungen auf die Investitionstätigkeit der Betreiber und den weiteren Breitbandausbau in Österreich zur Folge haben.

Die Telekom-Control-Kommission hält unter Verweis auf die sachliche Marktabgrenzung, wonach mobile Breitbandanschlüsse nicht im gegenständlichen Markt enthalten sind, dazu fest, dass der für dieses Marktanalyseverfahren relevante Zeitraum von ca. 1 – 2 Jahren trotz der dynamischeren Entwicklung von alternativen Zugangstechnologien wie beispielsweise mobilen Breitbandanschlüssen gerade nicht lang genug ist, um auszuschließen, dass diese Technologien eine hinreichend große Verbreitung erfahren werden. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der gegenwärtige Trend zu mobilen Breitbandanschlüssen sich nicht zwingend fortsetzen muss: In Punkt B 3.1.1. wurde festgestellt, dass es nicht auszuschließen ist, dass sich das Wachstum bei mobilen Breitbandanschlüssen auf Grund möglicher zukünftiger Bandbreitenengpässe in Zukunft wieder abschwächt. Die Telekom-Control-Kommission wird die weitere Entwicklung alternativer Zugangstechnologien jedenfalls unter ständiger Beobachtung halten. Ergänzend weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass durch die Unterteilung des gegenständlichen Marktes anhand der Wettbewerbsintensität in zwei Segmente (Punkt B 4.1. dieses Bescheides) mittelbar auch wettbewerbsrelevante Einflüsse von zB mobilen Breitbandanschlüssen mitberücksichtigt werden.

Angesichts dieser Feststellungen und der marktbedingten Unsicherheit einer für den Zeitraum von 1 – 2 Jahren anzustellenden Prognoseentscheidung ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass mit der Auferlegung der Zugangs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung sowie der angeordneten Entgeltkontrolle lediglich in Gebiet 2 eine verhältnismäßige und angemessene Abwägung zwischen den Interessen der Telekom Austria einerseits und der gesetzlichen gebotenen Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme andererseits gefunden worden ist.

2.3. Zum Vorbringen hinsichtlich der Nichtberücksichtigung von neuen glasfaserbasierten Angeboten am gegenständlichen Markt

Telekom Austria brachte am Beispiel des jüngst in den gegenständlichen Markt eingetretenen Unternehmens blizznet in Wien vor, dass auf dem gegenständlichen Markt auch infrastrukturbasierte Angebote, konkret mittels Glasfaser, zur Verfügung stünden. Das würde zu einer zusätzlichen Dynamik für die marktgegenständliche Leistung führen. Andere Verfahrensparteien kritisierten ebenfalls die Nichtberücksichtigung von neuen glasfaserbasierten Angeboten, allerdings ohne auf das Unternehmen blizznet Bezug zu nehmen.

Aus wettbewerblicher Sicht ist nicht nur die Tatsache des Auftretens von Wettbewerbern am Markt zu berücksichtigen, sondern muss vielmehr auch untersucht werden, ob von konkreten Wettbewerbern Wettbewerbsdruck auf zum Beispiel Telekom Austria ausgeht oder nicht. Dafür ist es notwendig, eine Vielzahl von Indikatoren heranzuziehen, wie zB Anschlusszahlen, Preise, Infrastruktur, Verhalten am Markt, vertikale Integration, usw. Es konnten in Bezug auf die Unternehmen blizznet – vor allem auf Grund der Aktualität des Markteintritts dieses Unternehmens – keine diesbezüglichen Feststellungen getroffen werden.

Im Übrigen wurde die Zugangs- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung sowie die Entgeltkontrolle lediglich in Gebiet 2 angeordnet, sohin in Gebieten, in denen mutmaßlich das Unternehmen blizznet keine Aktivitäten entfalten wird.

2.4. Zum Vorbringen hinsichtlich Preise, regional differenzierter Preise, zum Preissetzungsverhalten, zur Berechnung des Zugangspreises, zum Margin Squeeze und zu den Produktgruppen

Telekom Austria kritisiert den festgestellten Trade-off zwischen einem „hohen“ bundesweit einheitlichen Preis samt Verzicht auf Marktanteile in den Ballungsräumen dafür aber der Möglichkeit, in Rest-Österreich weiterhin Übergewinne (Monopolrenten) zu erzielen oder einer Preissenkung samt höheren Marktanteilen in Wien aber geringeren Gewinnen in dünner besiedelten Regionen.

Der Grund für das bisher im Großen und Ganzen bundesweit einheitliche Preissetzungsverhalten von Telekom Austria liege an der zu engen Koppelung des marktgegenständlichen Entgelts an das Entbündelungsentgelt. Telekom Austria fordert eine Entkoppelung der beiden Vorleistungsentgelte sowie auf dem gegenständlichen Markt die „Berechnung eines einheitlichen Entgelts“ für alle marktgegenständlichen xDSL-Produkte und nicht mehr auf Basis der bestehenden Produktgruppen wie bisher.

Nach den in Punkt B 4.2.2 getroffenen Feststellungen, müssen, um der Gefahr eines margin-squeeze für Entbündler zu begegnen, im Sinne einer konsistenten Preisregulierung bei der Preisfestsetzung für Bitstream-Produkte auch die Preise anderer regulatorisch festgelegter Vorleistungsprodukte betrachtet werden. Im vorliegenden Fall betrifft das die Preise für Endbündelung und terminierende Segmente von Mietleitungen.

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen, aus denen hervorgeht, dass Telekom Austria über weite Teile des Marktes über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, was insbesondere für die „letzten Abschnitte“, also den Zugang zum Endkunden bzw. zum Hauptverteiler, gilt und der Tatsache, dass Entbündler daher bei der Anbindung an ihr Backbone in vielen Fällen auf Mietleitungen (terminierende Segmente) von Telekom Austria angewiesen sind, kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass ein margin-squeeze für Entbündler dann entstehen kann, wenn Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt und somit gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung senkt. Um daher das Entstehen eines margin-squeezes für Entbündler zu vermeiden, war dem Vorbringen von Telekom Austria nicht Folge zu leisten und die kritisierte Verknüpfung der beiden Vorleistungsentgelte neuerlich anzuordnen.

Hinsichtlich der Forderung von Telekom Austria nach einem über alle Produktgruppen hinweg einheitlichem Entgelt für die marktgegenständliche Leistung ist auszuführen: Es wurde einerseits festgestellt, dass die auf der Endkundenebene entstehenden Kosten, zur genauen Aufstellung dieser Kostenpositionen, siehe Punkt B 4.2.2, je nach Produktgruppe unterschiedlich hoch sind. Ein Abgehen von der Produktgruppenbetrachtung würde daher für sich betrachtet zu einem Durchschnittsentgelt für die marktgegenständlichen xDSL-Vorleistungsprodukte und damit zu einem Abgehen von der tatsächlichen Kostensituation führen. Ein solches Abgehen würde für manche Produktgruppen typischerweise den entstehenden Margin verringern, wodurch die diskriminierungsfreie Nachbildbarkeit für die entsprechenden Endkundenprodukte beeinträchtigt würde. Von Telekom Austria wurde nun vorgebracht, dass die „neu eingeführte“ Untergrenze bei der Einzelproduktbetrachtung in Höhe der Grenzkosten in der Praxis die für Telekom Austria „strengere“ Grenze darstelle. Die sich bei der Gesamtkostenbetrachtung aller in Produktgruppen gegliederten Produkte ergebende Grenze würde daher in Zukunft nicht mehr relevant sein. Angesichts der sich aus der Unterteilung des Marktes in ein reguliertes (Gebiet 2) und in ein weniger intensiv reguliertes (Gebiet 1) Segment ergebenden hohen Adaptionskosten der bestehenden Kostenrechnungssysteme forderte Telekom Austria ein Abgehen von den mit Bescheid M 1/05-59 angeordneten Produktgruppen. Dieses Vorbringen ist nicht zuletzt angesichts der derzeit fallenden Endkundenpreise schlüssig und nachvollziehbar. Wenn für die Berechnung des margin alle bestehenden „Altverträge“ mit - im Vergleich zu ausschließlich Neuabschlüssen - im Durchschnitt höheren Endkundenpreisen herangezogen wird, vergrößert sich der sich ergebende margin. Da das diesbezügliche Vorbringen von Telekom Austria sich daher als schlüssig erweist, sah die Telekom-Control-Kommission von der neuerlichen Anordnung der Entgeltkontrolle auf Basis von Produktgruppen ab.

Telekom Austria bringt vor, dass sie ihre Preise nicht „frei gestalten“ könne, da sie durch Kabelnetzbetreiber, WLL/Wimax-Anbieter in intensivem Wettbewerb stehe. Tatsächlich kann aber Telekom Austria ihre Endkundenpreise am gegenständlichen Markt frei von regulatorischen Verpflichtungen setzen. Hinsichtlich der erwähnten WLL/Wimax-Betreiber hält die Telekom-Control-Kommission unter Verweis auf die diesbezüglichen Feststellungen daran fest, dass innerhalb des hier relevanten Zeitraums von 1 – 2 Jahren in Gebiet 2 kein wesentlicher Wettbewerbsdruck zu erwarten ist. Hinsichtlich der erwähnten Mobilfunk-Datenkarten ist auf die sachliche Marktabgrenzung der TKMVO 2003 zu verweisen.

Die Auferlegung der gegenständlichen Regulierungsinstrumente auch auf neue Produkte, wie z.B. VDSL, gründet sich auf die getroffenen Feststellungen, wonach diese Verpflichtung nur für jene zukünftigen Endkundenprodukte gilt, deren Vorleistungsprodukte innerhalb des gegenständlichen Marktes liegen.

Das Vorbringen von Telekom Austria, dass es keinen Sinn machen würde, auf dem gegenständlichen Markt auf Vorleistungs- und auf Endkundenebene überhöhte Preise zu verlangen, steht angesichts der hohen Endkundenmarktanteile nicht in Übereinstimmung mit den Feststellungen hinsichtlich des eher im oberen Bereich anzusiedelnden Preissetzungsverhalten von Telekom Austria. Da im Übrigen Telekom Austria ihr diesbezügliches Vorbringen nicht weiter substantiierte, war darauf nicht weiter einzugehen.

Im Zusammenhang mit der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus wurde mehrfach vorgebracht, dass anstelle der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus eine ex-ante Entgeltkontrolle angeordnet werden möge. Begründend wurde ausgeführt, dass die Praxis gezeigt habe, dass nur mit einer ex-ante Entgeltkontrolle das Anwenden einer Preis-Kosten-Schere (Margin Squeeze) durch Telekom Austria verhindert werden könne. Es wäre eine um Ineffizienzen bereinigte Kostenermittlung auf Basis historischer Vollkosten bzw. eine "Kostenorientierung" vorzusehen gewesen. In diesem Zusammenhang wurde ferner eine Entgeltermittlung auf Produktebene gefordert. Ferner wurde auf das Verhältnis zu anderen Vorleistungsprodukten (terminierende Segmente von Mietleitungen, Entbündelung) hingewiesen, wobei zum Ausdruck gebracht wurde, dass besonderes Augenmerk auf die Hintanhaltung eines Margin-squeezes gegenüber diesen Vorleistungsprodukten zu legen sei.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die Feststellungen, wonach die angeordnete Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus gerade auf dem gegenständlichen Markt und dem mittlerweile erreichten Wettbewerbsniveau ein angemessenes und verhältnismäßiges sowie das gelindeste Regulierungsinstrument ist, um noch bestehende Wettbewerbsdefizite zu bekämpfen bzw. sicherzustellen, dass die Relation der verfahrensgegenständlichen Entgelte zu anderen Vorleistungsprodukten (terminierende Segmente von Mietleitungen, Entbündelung) jeweils ein Margin Squeeze-freies Anbieten ermöglicht. Hinzuweisen ist dabei insbesondere auf die angesichts des bestehenden Wettbewerbsdruck am Endkundenmarkt, der auch teilweise von mobiler Seite herrührt, auch die für Telekom Austria sicherzustellende Reaktionsfähigkeit am Markt.

Den Anträgen nach Anordnung einer ex-ante Entgeltkontrolle (sei es bundesweit oder lediglich in einem der beiden Gebiete) war daher nicht näher zu treten.

Zum Vorbringen hinsichtlich angeblich mangelnder Effektivität der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht verweist die Telekom-Control-Kommission informativ auf die jüngsten Absenkungen der Vorleistungsentgelte für das marktgegenständliche Bitstream-Angebot und für die Entbündelung (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu R 7/08). Im Übrigen, und explizit auf die vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen des Kombipakets der Telekom Austria Bezug nehmend, verweist die Telekom-Control-Kommission darauf, dass auch die österreichischen Kartellbehörden nicht nur in jüngster Zeit keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Telekom Austria nach dem Kartellgesetz 2005 festgestellt haben. Das mehrfache Vorbringen, wonach Telekom Austria generell Kampfpreise anwenden würde, ist daher unbegründet.

Den Anträgen auf Absenkung der verfahrensgegenständlichen Vorleistungsentgelte zur Abstellung von Kampfpreisen von Telekom Austria war daher nicht zu folgen.

Es wurde vorgebracht, dass das sogenannte „Wholesale-Plus“, darunter werden die Telekom Austria entstehenden Kosten der externen Leistungsbereitstellung verstanden, bei der Berechnung des Margin Squeezes nicht nur dem alternativen Anbieter angelastet werden sollte. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich wie folgt erwogen:

In Gebiet 2, stellt das gegenständliche Bitstream-Produkt meist die letzte von einem alternativen Anbieter erreichbare Wertschöpfungsstufe dar, da sich Entbündelung aufgrund der geringen Teilnehmerdichte in Gebiet 2 gemäß den Feststellungen (mangelnde Skalenvorteile) nicht rechnet. Es erscheint daher unter dem Gesichtspunkt der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung über mehrere Wertschöpfungsstufen hinweg und zur Setzung eines Anreizes zur Entbündelung gerade in Gebiet 2 nicht angemessen, dass alternative Anbieter die Kosten der externen Bereitstellung von Bitstream-Produkten tragen. Telekom Austria hätte ferner keinen Anreiz, die externe Bereitstellung von Bitstream-Produkten effizient durchzuführen und die Kosten niedrig zu halten, wenn sie diese Kosten zur Gänze dem alternativen Anbieter weiterverrechnen könnte. Eher hätte Telekom Austria in Gebiet 2 einen Anreiz, die Kosten der Mitbewerber und damit die der Endkunden zu erhöhen. Insofern erscheint es gerechtfertigt, die Zusatzkosten, die durch die externe Bereitstellung entstehen, bei der Berechnung des Wholesale-Entgelts im Rahmen der Retail-Minus Rechnung nicht zu berücksichtigen. Für diese Wertung spricht auch die Tatsache, dass der durch Bitstream induzierte Wettbewerb – durch vermehrte Konkurrenz am Endkundenmarkt – indirekt auch den Kunden von Telekom Austria zugute kommt.

Allerdings war zu berücksichtigen, dass die sofortige Nichtmehrberücksichtigung des „Wholesale-Plus“ einen Margin-Squeeze zu Lasten der alternativen Anbieter lediglich durch geänderte regulatorische Rahmenbedingungen herbeigeführt hätte. Dies deshalb, da bei den derzeit durchgeführten Margin-Squeeze-Kontrollrechnung das „Wholesale-Plus“ als zusätzlicher Kostenbestandteil zugunsten von Telekom Austria akzeptiert wird. Es waren daher diesbezügliche Anpassungen vorzunehmen um eine für Telekom Austria als auch für Nachfrager des marktgegenständlichen Vorleistungsprodukts angemessene Anordnung zu treffen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt die getroffene Anordnung, wonach das „Wholesale-Plus“ nur noch für die Dauer der gleichzeitigen Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus in Gebiet 1 und in Gebiet 2 zugunsten von Telekom Austria mitzubersichtigen ist, eine ausgewogene Lösung dar: Nach Ende der angeordneten Übergangsfrist bis zum 31.12.2008 kann nicht mehr von einem Margin-Squeeze durch geänderte regulatorische Rahmenbedingungen ausgegangen werden. Gleichzeitig gelangt der Aspekt der Förderung der Entbündelung in Gebiet 2 erst nach erfolgter „Freigabe“ des Gebietes 1 zu seiner vollen Bedeutung. Nach „Freigabe“ des Gebietes 1 ist ein möglichst erleichterter Zugang zur Entbündelung in Gebiet 2 im schützenswerten Interesse von Nachfragern nach Bitstream-Produkten. Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

Hinsichtlich des Gebietes 1 und der „Freigabe“ desselben, ist festzuhalten, dass Telekom Austria erst ab 1.1.2009 keinen sektorspezifischen Vorgaben hinsichtlich Gestaltung ihrer marktgegenständlichen Entgelte unterliegt und daher waren auch keine Berechnungsmodalitäten für das Gebiet 1 anzuordnen.

Es wurde ferner vorgebracht, dass durch die „Freigabe“ des Gebietes 1 für alternative Anbieter eine Verschlechterung ihrer wettbewerblichen Situation in Gebiet 2 entstehen würde, da ab der „Freigabe“ des Gebietes 1 und den diesbezüglich befürchteten Umsatzverlusten in Gebiet 1 nur mehr in geringerem Ausmaß in Gebiet 2 investiert werden könne, bzw. weniger finanzieller Spielraum für wettbewerbliches Handeln generell bestehen würde. Dies würde durch die geringeren Skalenvorteile in Gebiet 2 noch verstärkt.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich wie folgt erwogen: Festzuhalten ist, dass durch in Gebiet 2 anzuwendende Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus ein margin-squeeze-freier Zustand zu erwarten ist. Ferner sind geringere Skalenvorteile primär für

Infrastrukturbetreiber wie z.B. Entbündler als problematisch anzusehen. Diesbezüglich ist aber anzumerken, dass in Spruchpunkt 2.2.3 angeordnet wurde, dass durch die marktgegenständlichen Entgelte auch Entbündler keinem Margin-squeeze ausgesetzt werden dürfen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass etwaige Verzögerungen des Netzausbaus in ländlichen Gebieten nicht mit den Mitteln der Wettbewerbsregulierung nach dem TKG 2003 „zu lösen“ sind. Diesem Vorbringen war daher von der Telekom-Control-Kommission nicht näher zu treten.

2.5. Zum Vorbringen hinsichtlich Bündelprodukten

Telekom Austria bringt vor, dass CATV-Betreiber durch die Möglichkeit der Bündelung ihrer Breitbandangebote mit TV-Angeboten im Vergleich zu Telekom Austria bessere Wettbewerbsbedingungen vorfinden würden. Durch Quersubventionierung der Breitbandzugänge aus dem TV-Angebot hätten CATV-Betreiber ihren Marktanteil in den Ballungsräumen halten können und in absoluten Zahlen sogar ausbauen können. Telekom Austria habe keine Möglichkeiten zu dieser Bündelung.

Die Quersubventionierung bestimmter Geschäftsfelder durch die Erträge aus anderen Geschäftsfeldern ist für nicht marktmächtige Unternehmen - dies trifft für alle österreichischen CATV-Betreiber zu - prinzipiell zulässig. Telekom Austria lässt in ihrer Stellungnahme auch jegliche Evidenz für die Behauptung der Quersubventionierung durch CATV-Betreiber vermissen. Darüberhinaus ist das gebündelte Anbieten von Breitbandzugang und TV-Angeboten auch Telekom Austria nicht verwehrt. Aus den zu Punkt B 3.1.5 getroffenen Feststellungen, geht hervor dass Telekom Austria selbst Bündelprodukte inklusive TV-Produkten anbietet. Die Aussage von Telekom Austria, wonach diese keine Möglichkeit zur Bündelung mit TV-Angeboten hätte ist daher sachlich unzutreffend

2.6. Zum Vorbringen hinsichtlich der Vorankündigungsfrist

Bezüglich der in Spruchpunkt 2.3. angeordneten vierwöchigen Vorankündigungsfrist bei der Neueinführung von Endkundenprodukten, deren entsprechendes Vorleistungsprodukt in diesen Markt fällt, kritisiert Telekom Austria in ON 11 und ON 12 unter Verweis auf die am Breitbandmarkt (gemeint wohl: Endkundenbreitbandmarkt) vorherrschenden Wettbewerbskräfte bzw. die „äußerst dynamische“ Marktentwicklung, dass eine vierwöchige Vorankündigungsfrist zu lange sei. Dies zeige sich daran, dass alternative ISPs für den Launch ihrer eigenen Endkundenprodukte keine vier Wochen benötigen würden. Da sich gezeigt habe, dass innerhalb von 5 – 14 Tagen nach Verfügbarkeit im Wholesale-Bereich bereits Endkundenprodukte am Markt seien, sei eine Vorankündigungsfrist von 14 Tagen angemessen.

Diesbezüglich ist eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse von Telekom Austria, bei der Markteinführung von ADSL-Endkundenprodukten nicht hinter alternative ISPs „zurückzufallen“ einerseits und andererseits dem Interesse ebendieser ISPs, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt mit einem auf dem DSL-Vorleistungsangebot der Telekom Austria aufsetzenden ADSL-Endkundenprodukt auf den Markt zu kommen, durchzuführen.

Für Nachfrager der marktgegenständlichen Leistungen besteht ein eminentes Interesse an einer zeitgleichen Einführung von Endkundenprodukten mit ähnlichen Eigenschaften wie denen von Telekom Austria. Insbesondere auf Grund der einjährigen Saisonalität des gegenständlichen Marktes und der damit einhergehenden Bedeutung der wenigen umsatzstarken Wochen (Weihnachtsgeschäft) ist eine Regelung, die es mit höherer Wahrscheinlichkeit gestattet, dass alternativer Anbieter nicht durch eine zu kurz gefasste Vorankündigungsfrist am Kreieren und Bewerben von Endkundenprodukten gehindert werden, unumgänglich notwendig.

Die Telekom-Control-Kommission geht nun davon aus, dass sowohl ein alternativer ISP als auch der Retailbereich der Telekom Austria im Wesentlichen die gleiche Vorlaufzeit für die Entwicklung eines ADSL-Endkundenprodukts benötigen. Wie festgestellt, ist es regulatorisches Ziel, dass der Telekom Austria Retailbereich gegenüber dem das Bitstream-

Produkt nachfragenden ISPs über keinerlei Informationsvorsprung gegenüber dem Telekom Austria Wholesale-Bereich verfügt.

Es stellt sich daher (nur) mehr die Frage, ob die angeordnete Vorankündigungsfrist von vier Wochen eventuell zu kurz sein könnte, um Telekom Austria die Markteinführung eines Endkundenproduktes zu ermöglichen. Angesichts der diesbezüglich zu tätigen Aufwendungen (Marktforschung, ob das „neue“ Vorleistungsprodukt überhaupt ein marktfähiges Endkundenprodukt ermöglicht, Endkundenproduktspezifizierung, technische Vorbereitung, Marketing, ...) sind die angeordneten vier Wochen Vorankündigungsfrist nicht als unangemessen lang anzusehen. Es wäre bei der Anordnung einer kürzeren Vorankündigungsfrist nicht gewährleistet, dass überhaupt ein am Endkundenmarkt tätiger Anbieter von ADSL-Endkundenprodukten, also auch nicht der Retailbereich von Telekom Austria, „fristgerecht“ ein fertig entwickeltes ADSL-Endkundenprodukt anbieten könnte. Die Anordnung von als für alle am nachgelagerten Endkundenmarkt tätigen Anbieter von ADSL-Endkundenprodukten möglicherweise zu kurz erscheinenden Vorankündigungsfristen ist nicht sachgerecht.

Auch im Bescheid M 1/05 wurde eine vierwöchige Frist festgesetzt, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass sich dieser Zeitraum für Vorleistungsnehmer etabliert hat. Der lediglich allgemein gehaltene Hinweis der TA, dass einzelne Endkundenangebote von Vorleistungsnehmern auch früher am Endkundenmarkt angeboten werden, bedeutet noch nicht, dass jeder (grundsätzlich effizient agierende) Vorleistungsnehmer Endkundenprodukte binnen dieser kurzen Frist anbieten kann. Da Telekom Austria im Übrigen auch nicht näher spezifizierte, welche nachfragenden ISPs in der von Telekom Austria genannten kurzen Zeit mit eigenen Endkundenprodukten auf den Markt kam, war dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria daher nicht zu folgen.

Dem Antrag einer Verfahrenspartei auf Anordnung einer zweiwöchigen Vorankündigungsfrist (in Verbindung mit dem Antrag auf Anordnung einer ex-ante Entgeltkontrolle) war daher nicht zu folgen.

Aus den gleichen Gründen war den Anträgen auf Anordnung einer längeren Übergangsfrist als der angeordneten nicht zu folgen.

2.7. Zum Vorbringen hinsichtlich Übergangsfrist der neuen Regelung

Telekom Austria kritisierte in ON 11, die Anordnung einer Übergangsfrist zur Geltung der mit diesem Bescheid angeordneten „neuen Regelung“ an sich. Die Anordnung einer Übergangsfrist sei nicht notwendig.

Dazu wurde festgestellt, dass sich aus ökonomischer Sicht der Zeitraum, der es den nachfragenden Unternehmen erlauben würde, ihre Geschäftspläne entsprechend anzupassen eher am oberen Ende der gesetzlich vorgesehenen Frist des § 37 Abs. 3 TKG orientieren sollte.

In diesem Bescheid ist nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

Nachfrager nach x-DSL-Vorleistungsprodukten in „Gebiet 1“ stehen mit Inkrafttreten der gegenständlichen Anordnung und nach Ablauf der angeordneten Übergangsfrist bis zum 31.1.2008 vor der Tatsache, dass Telekom Austria ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr verpflichtet ist, xDSL-Vorleistungsprodukte anzubieten.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich Folgendes erwogen:

Es ist eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse von Telekom Austria, möglichst rasch „aus der Regulierung in „Gebiet 1“ entlassen zu werden“ und dem Vertrauensschutz von Nachfragern nach xDSL-Vorleistungsprodukten vorzunehmen.

Telekom Austria wird in „Gebiet 1“ zukünftig (mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) keinen Verpflichtungen mehr unterliegen. Bezieher von xDSL-Vorleistungsprodukten haben darüberhinaus hinsichtlich jedes einzelnen

Vorleistungsproduktes regelmäßig auch einen korrespondierenden Endkundenvertrag abgeschlossen. Die getroffenen Vereinbarungen auf dem gegenständlichen Markt sind Voraussetzung dafür, dass alternative ISPs ihren Endkunden Breitbandinternetprodukte auf Basis von xDSL-Wholesale anbieten können. Es ist daher zu berücksichtigen, dass ein etwaiges Wegfallen der Vorleistung durch Telekom Austria nicht nur dazu führt, dass zukünftig keine zusätzlichen Endkundenverträge abgeschlossen werden können, sondern auch dazu, dass unter Umständen für bestehende Endkundenverträge die notwendige Vorleistung wegfällt (sofern es dem alternativen ISP nicht rechtzeitig gelingt, auf andere – allerdings nicht marktgegenständliche – Vorleistungsprodukte bzw. auf andere Anbieter auszuweichen). Es besteht daher für alternative Nachfrager von xDSL-Wholesale zusätzlich zum Risiko des Wegfalls bzw. der Verschlechterung des Vorleistungsproduktes das konkrete und bezifferbare Risiko, gegenüber eigenen Endkunden schadenersatzpflichtig auf Grund von Nichterfüllung zu werden.

Dem Vorbringen von Telekom Austria nach einem vollständigen Entfall einer Übergangsfrist war aus den angeführten Gründen nicht zu folgen.

Mehrfach wurde vorgebracht, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung von Regulierungsinstrumenten insbesondere Nachteile für jene Internet Service Provider mit sich bringen würde, die im Geschäftskundenbereich Endkunden mit mehreren Standorten anbinden müssten, und daher – unter Unterstellung, dass das bestehende bitstream-Angebot von Telekom Austria in Gebiet 1 vom Markt genommen würde – zukünftig solche Endkunden entweder gar nicht mehr oder nur unter Zuhilfenahme von unterschiedlichen Technologien anbinden könnten. Das würde zumindest erhöhten Aufwand darstellen, sofern es sich dabei nicht überhaupt um eine faktische Unmöglichkeit handeln würde. Schlimmstenfalls würden alternativen Anbietern dadurch schadenersatzpflichtig gegenüber ihren Endkunden werden.

Im Hinblick auf die Anbindung von Geschäftskunden mit Standorten sowohl in Gebiet 1 und 2 und deren bundesweite Versorgung ist wie folgt auszuführen: Die Telekom-Control-Kommission ordnete die Wirksamkeit der „Freigabe“ erst ab dem 1.1.2009 an. Mit dieser Anordnung, die der gem. § 37 Abs. 3 TKG 2003 maximal zulässigen Übergangsfrist sehr nahe kommt, kommt die Telekom-Control-Kommission allen Vorbringen im Hinblick auf eine möglichst späte „Freigabe“ von Gebiet 1 im rechtlich fast maximal zulässigen Ausmaß entgegen. Im Interesse einer erleichterten Durchführung von zukünftigen Margin-Squeeze-Kontrollrechnungen erscheint die „Freigabe“ des Gebietes 1 zu einem periodenreinen Zeitpunkt angemessen und praktikabel.

Ferner wurde zur möglichen Hintanhaltung von theoretisch eintretenden negativen Wirkungen auf Nachfrager des TA-Vorleistungsproduktes angeordnet, dass Telekom Austria erst nach Ablauf der erwähnten Übergangsfrist bis zum 31.1.2008 vom Recht auf ordentliche Kündigung gemäß Punkt 17.3.1. des Wholesale Standardangebotes betreffend breitbandige Internetzugangslösungen für Internet Service Provider Gebrauch machen darf. Mit einer Übergangsfrist von im Ergebnis fast neun Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides (Zeitraum von der Zustellung des Bescheides an alle Verfahrensparteien bis zum 31.12.2008 sowie daran die anschließende dreimonatige ordentliche Kündigungsfrist gemäß Punkt 17.3.1. des Wholesale-Standardangebots) besteht für derzeitige Bezieher der marktgegenständlichen Vorleistung eine nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ausreichend lange Frist zur Bereitstellung von alternativen Zugangslösungen außerhalb des bitstream-Angebotes von TA. Im Hinblick auf die vorgebrachten Auswirkungen auf derzeitige Nachfrager nach Bitstream-Produkten von Telekom Austria ist darauf hinzuweisen, dass gemäß den Feststellungen (lediglich) ein Viertel aller mittels Bitstream-Produkten der Telekom Austria realisierten Breitbandanschlüsse in Gebiet 1 liegen. Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass UPC und Tele2 in Gebiet 1 de facto flächendeckend mit eigener Infrastruktur vertreten sind und zumindest Tele2 ein marktgegenständliches Vorleistungsprodukt anbietet. So hat Tele2 nach dem Wissenstand der Telekom-Control-Kommission lediglich zwei der 127 in Gebiet 1 liegenden Hauptverteiler nicht entbündelt, UPC/Inode hat lediglich vier Hauptverteiler in Gebiet 1 nicht entbündelt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

2.8. Zum Vorbringen hinsichtlich der Übermittlung zusätzlicher Kennzahlen

Telekom Austria kritisierte in ON 11 und ON 12 die festgestellte Notwendigkeit zur Lieferung zusätzlicher Kennzahlen hinsichtlich der Herstellungsdauern (ON 8, Punkt 3.4.2.3). Im Detail wurde der Umfang und der daraus resultierende Aufwand kritisiert sowie erläutert, dass die tatsächliche Herstdauer auch von Faktoren abhängt, die außerhalb des Einflussbereiches von Telekom Austria lägen.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu wie folgt erwogen:

Für die laufende Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen der Telekom Austria sind eine Reihe von Daten erforderlich.

Im Sinne einer effizienteren Kontrolle der Einhaltung der auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung ist es notwendig, die in den Feststellungen angeführten Kennzahlen quartalsweise zu erhalten. Die Übermittlung der tatsächlichen durchschnittlichen Herstellungsdauer bei eigenen Kunden bzw. Kunden von ISPs dient schlussendlich der Überprüfung der Einhaltung der auferlegten Gleichbehandlungspflicht.

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht grundsätzlich auch Transparenzverpflichtungen auferlegen. Der Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, herbeizuführen bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art. 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003). Die Transparenzverpflichtung betrifft daher Informationen, die gegenüber anderen Betreibern (bzw. Nachfragern) offen zu legen sind, während hingegen eine Informationsverpflichtung iSd § 90 TKG 2003, die keine spezifische ex-ante-Verpflichtung darstellt, Informationen umfasst, die gegenüber der Regulierungsbehörde bzw. dem Ministerium offen zu legen sind.

Eine Verpflichtung (ausschließlich) zur Übermittlung derartiger Daten an die Regulierungsbehörde, d.h. ohne Verpflichtung zur Veröffentlichung, auf der Basis des § 39 TKG 2003 (Transparenzverpflichtung) ist allerdings nicht vorgesehen aber auch nicht erforderlich, da die Rechtsgrundlage für die Forderung derartiger Datenlieferungen – unabhängig von marktbeherrschender Stellung – in § 90 TKG 2003 besteht.

Die für die Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen der Telekom Austria erforderlichen Daten werden nach § 90 TKG 2003 quartalsweise einzufordern sein. Eine Auferlegung einer entsprechenden Informationsverpflichtung in diesem Verfahren ist daher nicht erforderlich.

Telekom Austria ist allerdings insofern zuzustimmen, dass Verzögerungen bei der Herstellung von Anschlüssen nicht immer im Einflussbereich von Telekom Austria wurzeln. Allfällige Verletzungen der Gleichbehandlungsverpflichtung durch Verzögerungen bei der Herstellungen sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission jedenfalls in einem eigenen Verfahren abzuführen, wobei auf die konkrete Vorwerfbarkeit der konkreten Verzögerung bei der Herstellung von Anschlüssen abzustellen sein wird.

2.9. Zum Vorbringen hinsichtlich der freiwilligen Angebotslegung und zum Ausreichen des allgemeinen Wettbewerbsrecht

Soweit Telekom Austria vor bringt, dass sie das derzeit bestehende Wholesale-Angebot auf freiwilliger Basis gelegt habe ist daran zu erinnern, dass es wie in Punkt B 2.1.1. festgestellt, zahlreicher Interventionen seitens der RTR-GmbH (vormals TKC) zur Angebotslegung bedurfte. Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass ohne angedrohte Regulierung (in Form einer Anordnung in Bescheidform) kein Wholesale-

Angebot zustande gekommen wäre, das ISPs das Anbieten konkurrenzfähiger Produkte am Endkundenmarkt ermöglicht hätte.

Entgegen der Behauptung der Telekom Austria, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht auf dem gegenständlichen Markt ausreichen würde, ergab das Beweisverfahren, dass Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Marktmacht in Gebiet 2 auch nutzen kann und dass die Auferlegung von ex-ante Verpflichtungen aus ökonomischer Sicht notwendig ist, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme hintanzuhalten.

Weiters ist festzuhalten, dass die Eignung des allgemeinen Wettbewerbsrechtes zur Beseitigung allfälliger wettbewerblicher Defizite auf dem gegenständlichen Markt bereits im Rahmen der Marktdefinition zu prüfen war. Eines der Kriterien, die zu prüfen sind, um einen Markt im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste als für die sektorspezifische ex-ante-Regulierung relevant anzusehen, ist die Frage, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreichen könnte; diese Frage wurde offenkundig verneint (vgl. dazu insbesondere die Erwägungsgründe zur Märkteempfehlung der Europäische Kommission).

Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass es primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nicht ausreichend, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie den sich aus diesen Marktstrukturen ergebenden Verhaltensanreizen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu begegnen. Da, wie festgestellt, die auf dem gegenständlichen Markt identifizierten Wettbewerbsprobleme gerade auch Marktstrukturprobleme darstellen, wie eben Existenz hoher Markteintrittsbarrieren für alternative ISPs, Kontrolle von Telekom Austria über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, vertikale Integration von Telekom Austria (siehe Feststellungen zu Punkt B 3.1.), war auch aus diesem Grund dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria nicht zu folgen.

2.10. Zum Vorbringen hinsichtlich der Abgrenzung der Gebiete 1 und 2 dieses Bescheides

Telekom Austria kritisierte die vorgenommene Abgrenzung der Gebiete 1 und 2 dieses Bescheides. Im Detail wurde vorgebracht (ON 21) dass die Anzahl der Hauptverteiler (HVt) des Gebietes 1 größer sein müsse, als festgestellt. Ferner weist Telekom Austria darauf hin, dass in den übermittelten Gutachten selbst festgehalten wurde, dass das Abstellen auf Marktanteile auf HVt-Ebene „wenig geeignet sei“, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen um Gebiet 1 und 2 zu unterteilen; es sei sinnvoller, die in den Gutachten vorgenommene Aggregation der Marktanteile auf Gebiet 1 und Gebiet 2 zur Wettbewerbsbeurteilung heranzuziehen.

Hinsichtlich der konkreten Berechnungsweise jener Hauptverteiler, in denen TA über mehr als 50 % Marktanteil verfügt, ist auf die von TA dargestellte Berechnungsmethode, die auf das Heranziehen von Postleitzahlen zur Berechnung der Marktanteile auf HVt-Ebene abstellt, zu verweisen. Die sich aus der Heranziehung von Postleitzahlen bei der Verschneidung mit HVt-Einzugsbereichen ergebenden Ungenauigkeiten erscheinen nicht ausreichend, um die Berechnungen der Amtsgutachter, die sich auf umfangreiche Datenabfragen der Regulierungsbehörde, stützen, zu erschüttern. Gleiches gilt für die von Telekom Austria getätigten Annahmen zum genauen Marktanteil ihrer Wettbewerber auf HVt-Ebene.

Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass zur Abgrenzung der Gebiete 1 und 2 sowohl die von den Gutachtern vorgeschlagenen Kriterien der Anzahl der Haushalte sowie die Anzahl der „großen Betreiber“ je HVt-Einzugsbereich sowie ferner aus rechtlichen Gründen (Siehe dazu Punkt D 7.2.) der Marktanteil von Telekom Austria je HVt-Einzugsbereich heranzuziehen war.

TA brachte vor, dass eine größere Anzahl an Hauptverteilern in das Gebiet 1 fallen würden, als festgestellt, da TA auch in diesen HVt-Einzugsbereichen einen Marktanteil unter 50 % hätte. Die Telekom-Control-Kommission hält dazu fest, dass die von TA für sich selbst

errechneten Marktanteile hinsichtlich der getroffenen Marktanteile der CATV-Anbieter auf TA-Annahmen beruhen müssen, da nicht davon auszugehen, ist dass alle CATV-Anbieter der TA ihre eigenen Marktanteile übermittelten. Die von den Gutachtern angestellten Marktanteilsberechnungen hingegen beruhen ausnahmslos auf von den Betreibern selbst zur Verfügung gestellten Daten und sind daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission als valider anzusehen als die von TA vorgelegten Werte. Dem diesbezüglichen Antrag von TA auf Ausweitung der Liste der in Gebiet 1 enthaltenen Hauptverteiler war daher nicht Folge zu leisten.

Aufgrund von TA übermittelten und diesbezüglich glaubwürdigen Daten wurden vier Hauptverteilereinzugsbereiche nachträglich in das Gebiet 1 aufgenommen.

2.11. Zur Forderung nach kompetitiveren Vorleistungsprofilen bzw. einer geänderten Staffelung der Vorleistungsprofile

Es wurde mehrfach aber unspezifiziert vorgebracht, dass die derzeitigen Vorleistungsprodukte von Telekom Austria nicht (mehr) kompetitiv seien, woraus ein „Zwang zur Entbündelung“ resultiere. Die Telekom-Control-Kommission hält dazu fest, dass angesichts der Vielzahl von Betreibern, die das Bitstream-Angebot von Telekom Austria erfolgreich nutzen, dieses Vorbringen nicht nachvollzogen werden kann, diesem Vorbringen war daher nicht zu folgen.

Ferner wurde von einer Verfahrenspartei unter Verweis auf die der Telekom Austria auferlegte Nichtdiskriminierungsverpflichtung unspezifiziert die Abschaffung „der derzeitigen Mengenstaffeln“ beantragt. Generell ist auszuführen, dass die Telekom-Control-Kommission angesichts der multilateralen Wirkung eines Standardangebotes gehalten ist, eine für möglichst alle Marktteilnehmer akzeptable Anordnung von einzelnen Punkten des Standardangebotes anzuordnen. Ungeachtet eines möglicherweise im Einzelfall nachvollziehbaren Interesses an einer bestimmten Anordnung kann daher Partikularinteressen nur ein einem sehr begrenztem Umfang stattgegeben werden. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist die einschlägige Regelung der aktuellen Fassung des Wholesale-Standardangebots (Anlage 2, Punkt 2, Regelung zu Staffelung der Entgelte) ausreichend, um von einer nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung ausgehen zu können, da die erwähnte Regelung im Kern sinkende Entgelte in Abhängigkeit von der Anzahl der bestellten Profile vorsieht, was einem im Prinzip zulässigen Mengenrabatt gleichkommt. Diesem Antrag wurde daher nicht stattgegeben.

Es wurde ferner von einer Verfahrenspartei vorgebracht, dass das derzeitige „best effort“-Vorleistungsprodukt zur Ermöglichung des Bezugs von breitbandigen Internetprodukten über alternative Anbieter auch für den Fall, dass der konkrete Endkunde ein IPTV-Produkt von Telekom Austria bezieht, Missbrauchspotential berge. Es sei nicht auszuschließen, dass Telekom Austria alternative Anbieter hinsichtlich der im Einzelfall technisch möglichen Maximalbandbreite diskriminiere.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu erwogen, dass eine solche Diskriminierung Gegenstand eines Rechtsaufsichtsverfahrens nach § 91 TKG 2003 sein sollte. Die Telekom-Control-Kommission ist nicht der Ansicht, dass das „best effort“-Produkt von Telekom Austria in der gegenständlichen Form bereits „in sich“ missbrauchsgeneigt ist.

2.12. Zur Forderung nach genauerer Definition der Übergabepunkte, zur verpflichtenden Verwendung von TA-Zubringerleitungen und zur zugrunde liegenden Infrastruktur (NGN)

Von einer Verfahrenspartei wurde vorgebracht, dass die Übergabepunkte genauer definiert werden sollen. Kritik wurde auch daran geübt, dass für die Zuleitung zu den Übergabepunkten Infrastruktur von TA verwendet werden müsse. Außerdem wurde gefordert, dass die Verkehrsübergabe unter Verwendung von IP-VPNs auch über existierende Internet-Exchanges außerhalb der definierten Übergabepunkte erfolgen könne. Angeregt wurde ferner die Möglichkeit zu „modernen Übergabetechniken“ wie bspw. die „Verwendung von Gigabit Ethernet statt ATM“.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, dass, entsprechend dem Grundsatz, dass Telekom Austria die marktgegenständlichen Leistungen nicht mit Leistungen bündeln darf (Spruchpunkt 2.1. bzw. Punkt D 7.3.1.2), die ein alternativer Anbieter nicht nachfragt bzw. nicht benötigt, die Anbindung an den Übergabepunkt auch von einem alternativen Betreiber selbst oder durch einen von ihm beauftragten Dritten bereitgestellt werden können muss. Dem diesbezüglichen Antrag wurde durch eine Präzisierung des Punktes D 7.3.1.2. Rechnung getragen.

Hinsichtlich der beantragten Ausweitung der möglichen Übergabepunkte erachtet die Telekom-Control-Kommission die neun bestehenden Übergabepunkte hingegen im Lichte der bisherigen Erfahrungen als ausreichend.

Den gestellten Anträgen auf die Möglichkeit zur Entbündelung von Lichtwellenleitern und der Zugangsgewährung zu Leerrohren der Telekom Austria bzw. auf die generelle Miteinbeziehung der Entbündelung in den gegenständlichen Markt war nicht zu folgen, da es sich dabei nicht um von der Marktdefinition umfasste Zugangstechnologien handelt.

Es wurde beantragt, dass auch bei neuen von Telekom Austria eingesetzten Technologien wie z.B. VDSL die bereits bestehende Regulierung weiterhin bestehen bleiben solle. Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf die Fassung des Spruchpunktes 2.3.1. die klarstellt, dass alle zukünftig auf den Markt kommenden Zugangsprodukte, die in sachlicher Hinsicht in den gegenständlichen Markt fallen, wie schon in der Vergangenheit auch weiterhin von den auferlegten Regulierungsinstrumenten umfasst sind.

Hinsichtlich des unspezifizierten Vorbringens, dass sich durch die vermutete Umrüstung auf Next Generation Network-Technologie (NGN) die bestehenden Wettbewerbsprobleme weiter verschärfen würden, verweist die Telekom-Control-Kommission auf die den ex-ante Charakter dieser Entscheidung bereits berücksichtigenden Feststellungen.

Die Telekom-Control-Kommission ist im Übrigen der Ansicht, dass sich aus öffentlichen Ansprachen von Mitgliedern der Europäischen Kommission zum Thema „Europe’s Way to the High Speed Internet: Why Effective Network Competition is the Freeway to the Future“ und den darin zum Ausdruck gebrachten Meinungen keine rechtliche Bindungswirkung ableiten lässt.

2.13. Zum Beginn der Fälligkeit des wholesale-Entgelts

Es wurde vorgebracht, dass die Entgelte für die gegenständlichen Bitstream-Zugangsprodukte bereits 5 Tage nach Einlastung in die Systeme von Telekom Austria fällig würden, während die zum jeweiligen bitstream-Anschluss korrespondierenden Endkundenentgelte frühestens am Ende des ersten Monats ab Herstellung lukriert werden könnten. Für diesen Zeitraum sei eine negative Spanne unvermeidlich.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, dass die Verrechnung der Entgelte für die gegenständlichen Bitstream-Zugangsprodukte erst ab Leistungserbringung erfolgen darf. Eine Verrechnung vor Beginn der Leistungserbringung würde einer Diskriminierung alternativer Nachfrage gegenüber dem Retail-Arm der Telekom Austria gleichkommen und außerdem die Kosten des alternativen Anbieters erhöhen, was einen antikompetitiven Effekt hätte. Gemäß dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung (§ 38 TKG 2003) war daher eine entsprechende Verpflichtung in Spruchpunkt 2.4. hinsichtlich der verpflichtend in das Standardangebot aufzunehmenden Regelungen aufzunehmen.

2.14. Zum Vorbringen hinsichtlich Ablaufsproblemen bei Providerwechsel

Es wurde beantragt, dass der exakte Zeitpunkt der Umstellung des Endkunden durch Telekom Austria alternativen Anbieter „rechtzeitig“ (jedenfalls aber einige Tage vorher) bekannt gegeben werden müsse, damit der Kunde durch den alternativen Anbieter informiert und in den Systemen des alternativen Anbieters angelegt werden könne. Andernfalls würden dem alternativen Anbieter – prinzipiell vermeidbare – Mehrkosten entstehen, da Endkunden, die aus technischen Gründen nicht auf den alternativen Anbieter umgestellt werden könnten, trotzdem (vorab) angelegt werden müssten. Kritisiert wurde auch, dass von Telekom Austria

der Versandzeitpunkt des Modems nicht vorab bekannt gegeben würde, obwohl dies für die Verrechnung durch den alternativen Anbieter relevant sei. In diesem Zusammenhang wurde auch der Versand der Endkundenmodems durch die alternativen Anbieter selbst angeregt.

Die Telekom-Control-Kommission hat nun erwogen, dass, um der Gleichbehandlungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 zu entsprechen, alternative Anbieter rechtzeitig über den Beginn der Leistungserbringung sowie über den Versand des Modems durch Telekom Austria informiert zu werden haben. Rechtzeitig ist dabei so zu verstehen, dass die Information über den Beginn der Leistungserbringung von Telekom Austria spätestens drei Tage vor der tatsächlichen Leistungsaufnahme bzw. im Fall des Modemversands spätestens gleichzeitig mit dem Versand des Endkundenmodems bereitgestellt werden muss. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass mit dieser – neuen – Verpflichtung die vorgebrachten Ablaufprobleme beseitigt werden können, während gleichzeitig der mit der Vorabinformation an alternative Anbieter für Telekom Austria entstehende zusätzliche Aufwand in vertretbaren Grenzen bleibt und daher als verhältnismäßig anzusehen ist. Dem Antrag auf Übersendung der Endkundenmodems an die Endkunden durch den alternativen Anbieter war daher nicht stattzugeben.

Ferner wurde kritisiert, dass bei der derzeitigen Implementierung der elektronischen Bestellung von Bitstream-Produkten (Web-Frontend und SOAP-Schnittstelle) bereits kleine Fehler softwareseitig zur Stornierung der Bestellung und Notwendigkeit der neuerlichen Durchführung des Bestellvorgangs führen würden, was für alternative Anbieter zu einem Zeitverlust und zu erhöhten Kosten führen würde. Dies sei durch eine Anpassung der Programmoberfläche zu beheben.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, dass eine Adaption des Bestellvorgangs im Sinne des hier wiedergegebenen Vorbringens eine im Sinn der Gleichbehandlungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 eine angemessene und verhältnismäßige Anordnung ist und eine Adaption des Spruchpunktes 2.3.3. vorgenommen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bleibt der für Telekom Austria entstehende Implementierungsaufwand in vertretbaren Grenzen und ist daher als verhältnismäßig anzusehen. Die Telekom-Control-Kommission weist in diesem Zusammenhang auf die Vorgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts hin, wonach das unsachliche Verursachen zusätzlicher Kosten für den Wettbewerber als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Punkt D 7.3.3.2. verwiesen.

2.15. Zum Vorwurf der Remonopolisierung insbesondere zu Lasten kleiner alternativer Anbieter

Es wurde mehrfach vorgebracht, dass die Aufteilung des gegenständlichen Marktes in Gebiet 1 und Gebiet 2 zu einer Remonopolisierung durch Telekom Austria spezifisch zu Lasten kleiner alternativer Anbieter führen würde. Die Telekom-Control-Kommission weist dieses Vorbringen unter Verweis auf die Ausführungen zur Unwahrscheinlichkeit des Vom-Markt-Nehmens des derzeitigen Bitstream-Angebots und auf die angeordneten Übergangsfristen zur Freigabe des Gebietes 1 zurück. Ferner konnten nicht auch angesichts des bestehenden Wholesale-Angebots der Tele2 keine Feststellungen getroffen werden, die auf eine Remonopolisierung des gegenständlichen Marktes durch Telekom Austria hindeuten.

2.16. Zum Vorwurf der nicht mehr aktuellen Daten und der angeblichen Nichtberücksichtigung der steigenden Marktanteile von TA

Von mehreren Verfahrensparteien wurde kritisiert, dass die dieser Anordnung zugrunde liegende Datenbasis nicht mehr aktuell, da diese teilweise „über ein Jahr alt“ seien. Dies sei bereits prinzipiell problematisch, werde allerdings im gegenständlichen Fall durch das sogenannte „Kombipaket“ von Telekom Austria (Weihnachtsaktion 2007 für breitbandige Zugangsprodukte auf Endkundenebene) noch verschärft. Es wurde auf die vermuteten Marktanteilsgewinne von Telekom Austria im Zuge des „Kombipakets“ verwiesen, die bei

der Berechnung der Marktanteile für die Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht mitzuberücksichtigen seien. Insbesondere wurde vorgebracht, dass auch Daten für das 4. Quartal 2007, die auf der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung (KEV) beruhen, nicht die Auswirkungen des „Kombipakets“ abbilden würden. In diesem Zusammenhang wurde auch kritisiert, dass die Feststellungen zum Marktanteil von Telekom Austria widersprüchlich seien.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen:

In den erstellten Gutachten (ON 5 und ON 8) wurden von den Amtsgutachtern im Rahmen ihrer gutachterlichen Würdigung der Wettbewerbssituation auch Trends (auch bei Marktanteilen) mitberücksichtigt und darauf aufbauend eine vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbssituation für die nächsten 1-2 Jahre getroffen. Da sich auch bei Berücksichtigung der Daten der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung (KEV) für das 4. Quartal 2007 zeigt, dass Telekom Austria am Ende des 4. Quartals 2007 über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 46,7 % verfügte und somit der Marktanteil von Telekom Austria seit März 2007 (damals 46,9 %) im Wesentlichen konstant geblieben ist (ON 460), kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass – auch vor dem Hintergrund der bereits langen Verfahrensdauer – kein Anlass besteht, die diesem Bescheid zugrunde liegenden Daten neuerlich zu erheben. Eine solche Neuerhebung hätte nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kaum zur Folge, dass die getroffenen Schlussfolgerungen zu revidieren wären.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Auffassung, dass die getroffenen Feststellungen zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und zu den aufzuerlegenden Regulierungsinstrumenten weiterhin Gültigkeit haben.

Im Hinblick auf die behauptete Nichtberücksichtigung der sich durch das „Kombipaket“ der Telekom Austria ergebenden Marktanteilsverschiebungen zugunsten von Telekom Austria ist auszuführen, dass das „Kombipaket“ von Telekom Austria durch seinen Aktionscharakter (zeitlich bedingtes Anbieten am Markt) allenfalls bedingt geeignet ist, zu einer nachhaltigen Marktanteilsverschiebung beizutragen. Marktanteile können sich im Zeitablauf ändern. Im Rahmen der gegenständlichen Entscheidung zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht und zur Auferlegung von geeigneten Regulierungsinstrumenten können Einmal-Ereignisse wie das „Kombipaket“ daher nur in dem ihnen zustehenden Ausmaß Berücksichtigung finden.

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

2.17. Zum Vorbringen hinsichtlich der Rationalität einer Verdrängungsstrategie durch Telekom Austria TA AG

Hinsichtlich der zum Ausdruck gebrachten Befürchtung, wonach Telekom Austria in Gebiet 1 nach Ablauf der angeordneten Übergangsfrist das derzeitige Bitstream-Angebot vom Markt nehmen könnte, ist auszuführen, dass eine solche Maßnahme aus heutiger Sicht nicht ausgeschlossen werden kann, dieser Schritt allerdings aufgrund der danach zwingend eintretenden Umsatzverluste für Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt als unternehmerisch nicht rational erscheint. Entgegen dem mehrfachen Vorbringen kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Endkunden, die bisher über das Bitstream-Angebot der Telekom Austria in Gebiet 1 angebunden waren, anschließend Endkunden von Telekom Austria werden. Angesichts von neben Telekom Austria mindestens zwei in Gebiet 1 praktisch flächendeckend präsenten alternativen Anbietern (UPC/Inode und Tele2) scheinen die zwingend eintretenden Umsatzverluste für Telekom Austria auf der Vorleistungsebene bei weitem nicht durch die Hoffnung auf in gleichem Ausmaß steigende Endkundenumsätze kompensierbar.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass aufgrund der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus jeder allfälligen Umsatzsteigerung auf Endkundenebene auch eine entsprechende Kostensteigerung (nämlich die Retail-Kosten, in der angeordneten Entgeltkontrolle als das „Retail-Minus“ bezeichnet) gegenübersteht. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch ein tatsächliches Vom-Markt-Nehmen der derzeitigen Bitstream-Produkte aus Sicht der notwendigen Sicherstellung eines infrastrukturbasierten Wettbewerbs nichts an den getroffenen Feststellungen zum mittlerweile erreichten Wettbewerbsniveau auch in Gebiet 1 ändern würde.

Mehrere Verfahrensparteien brachten vor, dass die in vollständigem Eigentum der Telekom Austria stehende eTel Austria GmbH & Co KG (eTel) der Silver Server GmbH den sogenannten „Wiederverkäufervertrag“ gekündigt habe. Dies sei dahingehend zu würdigen, dass Telekom Austria ohne angeordnete Verpflichtung freiwillig keinen Zugang zur Infrastruktur gewähre. Dazu ist wie folgt auszuführen: Die diesem Vertrag zugrunde liegende Infrastruktur ist keine marktgegenständliche. Marktgegenständlich ist demgegenüber die Strecke von einem der Übergabepunkte gemäß dem Wholesale-Standardvertrag zu den jeweiligen Netzabschlusspunkten bei den Endkunden. Der „Wiederverkäufervertrag“ zwischen eTel und Silver Server kann als Vertrag zwischen zwei ursprünglich alternativen Anbietern nicht die marktgegenständliche Zugangsleistung (die ja über die Infrastruktur der Telekom Austria realisiert wird) zum Gegenstand haben. Das Vorbringen bezieht sich daher auf nicht von diesem Bescheid umfasste Infrastruktur und war schon von daher abzuweisen.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass das „Kombipaket“ der Telekom Austria Bestandteil einer geplanten Verdrängungsstrategie sei. Die an das Vorbringen einer angeblich existierenden Verdrängungsabsicht geknüpften Anträge nach Nicht-Freigabe des Gebietes 1 sind nicht ausreichend begründet und waren daher abzuweisen.

Die Telekom-Control-Kommission weist abschließend darauf hin, dass Telekom Austria am 30.6.2008 über den OTS-Dienst der Austria Presse Agentur öffentlich bekannt gegeben hat, dass bestehende Verträge über die marktgegenständliche Leistung auch in Zukunft nicht gekündigt werden und für Neubestellungen die bestehenden Angebote für ein halbes Jahr unverändert aufrechterhalten werden.

2.18. Zur Forderung nach einer Zugangsverpflichtung für das TA-Kombiprodukt auch für H3G:

Es wurde vorgebracht, dass Telekom Austria das „Kombipaket“ auch mobilen Betreibern anbieten müsse (ON 438). Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die – offenbar gemeinte – Zugangsverpflichtung für marktgegenständliche Bitstream-Produkte allen Nachfragern, daher prinzipiell auch Mobilbetreibern, offen steht.

2.19. Zum Vorbringen hinsichtlich dem verbleibendem Wettbewerbsniveau und der Reduktion auf drei große Anbieter und den Auswirkungen auf einzelne alternative Anbieter

Es wurde kritisiert, dass bei der Analyse der Wettbewerbsbedingungen steigende Marktanteile von Telekom Austria nicht berücksichtigt würden. Dies sei insbesondere angesichts des Kombipakts für manche Marktteilnehmer in wirtschaftlicher Hinsicht nachteilig.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus wie folgt: Die aktuellsten zur Verfügung stehenden Daten (Daten gemäß der KEV für das 4. Quartal 2007) zeigen keine steigenden Marktanteile von Telekom Austria im Vergleich zum 3. Quartal 2007. Im Hinblick auf eine von Telekom Austria anlässlich ihres Berichts für das 1. Quartal 2008 veröffentlichte Darstellung, die steigende Marktanteile von Telekom Austria belegen soll (ON 447), ist anzumerken, dass diese lediglich ein Teilssegment (Breitbandanschlüsse über die Kupferdoppelader) des Marktes darstellen, und daher weder eine Gesamtbetrachtung des gegenständlichen Marktes noch der Marktanteil von Telekom Austria daraus abgeleitet werden kann.

Es wurde vorgebracht, dass mit der „Freigabe“ des Gebietes 1 Telekom Austria regional unterschiedliche (insbesondere abgesenkte) Preise für ihre Bitstream-Produkte anbieten könnte. In Verbindung mit der ebenfalls bestehenden Möglichkeit der freien Preisgestaltung am Endkundenmarkt könnte Telekom Austria ihre Mitbewerber – gerade auch in Gebiet 1 – in eine Preis-Kosten-Schere treiben. Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu aus, dass bereits bisher Telekom Austria auf dem Endkundenmarkt ihre Preise frei festsetzen konnte. Zum Vorbringen, ob Telekom Austria zukünftig in Gebiet 1 ihre Mitbewerber in eine Preis-Kosten-Schere treiben könnte, wird auf die Feststellungen zu den Infrastrukturalternativen in Gebiet 1 und das festgestellte Mindestanforderung für eine Zuordnung in Gebiet 1, wonach inklusive Telekom Austria mindestens drei große Betreiber im Einzugsbereich des jeweiligen HVt präsent sein müssen, verwiesen.

Hinsichtlich des Vorbringens, wonach die Erfahrungen des Kombipakets und die damit demonstrierte Marktmacht durch Telekom Austria zeigen würden, dass die ex-post Kontrolle unzureichend sei, ist darauf hinzuweisen, dass die österreichischen Kartellbehörden im Zusammenhang mit dem Kombipaket bis zum heutigen Tag keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Telekom Austria abschließend feststellten. Im Übrigen sind Spekulationen über (anhängige) Kartellverfahren nicht von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigen.

Den damit verknüpften Anträgen auf Nicht-Freigabe des Gebietes 1 war daher aus den angeführten Gründen nicht zu folgen.

Dem mehrfachen Vorbringen nach Absenkung der monatlichen Entgelte für die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung war mangels Relevanz für das gegenständliche Verfahren, die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung ist bekanntlich nicht Bestandteil des gegenständlichen Marktes, nicht näher zu treten und alle darauf abzielenden Anträge daher abzuweisen.

2.20. Zur Forderung nach POTS-Anschlüssen im Wiederverkauf

Es wurde unspezifiziert beantragt, Telekom Austria zu verpflichten, „POTS-Anschlüsse im Wholesale“ anzubieten. Unter Verweis auf die Feststellungen zu Punkt B 4 und insb. Punkt 4.3., wonach mit den aaO identifizierten Regulierungsinstrumenten die festgestellten Wettbewerbsprobleme bekämpft werden können, weist die Telekom-Control-Kommission diesen Antrag als unbegründet ab.

2.21. Zur Möglichkeit, Vorleistungsprodukte bei ANB zu beziehen

Mehrfach wurde vorgebracht, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung von Regulierungsinstrumenten insbesondere Nachteile für jene Internet Service Provider mit sich bringen würde, die im Geschäftskundenbereich Endkunden mit mehreren Standorten anbinden müssten, und daher – unter Unterstellung, dass das bestehende Bitstream-Angebot von Telekom Austria in Gebiet 1 vom Markt genommen würde – zukünftig solche Endkunden entweder gar nicht mehr oder nur unter Zuhilfenahme von unterschiedlichen Technologien anbinden könnten. Das würde zumindest erhöhten Aufwand darstellen, sofern es sich dabei nicht überhaupt um eine faktische Unmöglichkeit handeln würde. Schlimmstenfalls würden alternativen Anbietern dadurch schadenersatzpflichtig gegenüber ihren Endkunden werden.

Es wurde darüber hinaus in Bezug auf alle Endkundensegmente mehrfach vorgebracht, dass seitens alternativer Anbieter entweder gar keine oder nicht in ausreichendem Umfang Angebote für die marktgegenständliche Leistung des Bitstream access auf der Vorleistungsebene gelegt würden, es sei daher zu teuer, wenn nicht gar unmöglich, alternative Zugangslösungen außerhalb des bitstream-Angebotes von TA zu beziehen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Amtsgutachter, wonach keinesfalls alle Endkunden bei Wegfall des bitstream-Angebots zu TA wechseln würden, sei unbegründet. Dies deshalb, da der Wechsel zu einem Kabelnetzbetreiber sowohl für den Endkunden als auch auf Vorleistungsebene hohe Kosten nach sich ziehen würde, was gegen die Annahme der Gutachter spreche.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die Feststellungen, wonach in allen HVT-Einzugsbereichen der Telekom Austria in Gebiet 1 mindestens 3 große Betreiber basierend auf eigener Infrastruktur bzw. Entbündelung tätig sind. Dies ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ausreichend, um die vorgesehene geografische Differenzierung der auferlegten Regulierungsinstrumenten zu rechtfertigen, da gemäß den Feststellungen in Gebiet 1 infrastrukturbasierter, selbsttragender Wettbewerb besteht. Eine flächendeckende tatsächliche Verfügbarkeit von Angeboten einzelner alternativer Betreiber ist hierfür nicht zwingend erforderlich. Dem diesbezüglichen mehrfachen und wiederholten Vorbringen unter Vorlage von Beweisstücken zum Nachweis der teilweise nicht gegebenen flächendeckenden Möglichkeit zur Infrastrukturanbindung außerhalb des Bitstream-Angebots von Telekom Austria (Präsenzliste am VIX in Wien (ON 415) bzw. einer Studie der britischen Regulierungsbehörde Ofcom (ON 457)) war daher nicht zu folgen. In Bezug auf die Vorlage der Ofcom-Studie (ON 457) ist auszuführen, dass die Bezugnahme auf einen nur hinsichtlich seiner formalen Bezeichnung gleichen Markt eines anderen Mitgliedstaates der EU aus rechtlicher Sicht kein taugliches Beweismittel für Marktgegebenheiten in Österreich darstellt. Daher war auch den diesbezüglich gestellten Anträgen nicht zu folgen.

Die Telekom-Control-Kommission weist jedoch – lediglich ergänzend und informativ– darauf hin, dass in Gebiet 1 neben Telekom Austria auch Tele2 und UPC/Inode de facto flächendeckend tätig sind: Tele2 hat nach dem Wissenstand der Telekom-Control-Kommission lediglich zwei der 127 in Gebiet 1 liegenden Hauptverteiler nicht entbündelt, UPC/Inode hat lediglich vier Hauptverteiler in Gebiet 1 nicht entbündelt. In jedem HVT-Einzugsbereich in Gebiet 1 ist daher zumindest UPC/Inode oder Tele2 basierend auf Entbündelung vertreten. Auch ohne Einbeziehung von CATV sind somit drei große Unternehmen de facto flächendeckend in Gebiet 1 tätig. Gemäß den Feststellungen (ON 438) bietet zumindest Tele2 auch Vorleistungsprodukte für Businessanschlüsse an.

Daneben gibt es in vielen HVT-Einzugsbereichen weitere Unternehmen wie Silver Server und i3b, die zwar nicht flächendeckend tätig sind, aber ebenfalls Vorleistungsprodukte basierend auf entbündelten Leitungen anbieten (ON 438). Bei der Vernetzung mehrerer Standorte könnten ferner einzelne Standorte auch beispielsweise durch Mietleitungen erschlossen werden. Diese sind zwar wesentlich teurer als Bitstream-Zugänge (und daher auch nicht Teil des relevanten Marktes), können für einzelne (derzeit noch nicht entbündelte) Standorte aber durchaus eine Alternative sein, wenn der Gesamtumsatz der akquirierten Endkunden groß genug ist. Den diesbezüglichen Anträgen (ON 371 und ON 448, beide als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet) zweier Verfahrensparteien auf „Nicht-Freigabe“ des Gebietes 1 unter konkretem Verweis auf entgehende Endkundenumsätze war daher nicht stattzugeben.

Es wurde ferner vorgebracht, dass durch den Wegfall der Verpflichtung für Telekom Austria weiterhin bundesweit ein Angebot für den Bezug der marktgegenständlichen Leistung zu legen, die Gefahr von Kampfpreisen, insbesondere in Gebiet 1 entstehe. Die Telekom-Control-Kommission führt diesbezüglich lediglich aus, dass die Freigabe des Gebietes 1 zur Folge hat, dass die ex-post Kontrolle mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts als ausreichend anzusehen ist.

2.22. Zur Forderung nach längerer Vorankündigungszeit bei Aktionen

Es wurde – auch am Beispiel des Kombipakets – vorgebracht, dass die Vorankündigungsfrist von Aktionsangeboten von Telekom Austria nicht ausreichend sei. Die Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich der Auffassung, dass angeordnete vierwöchige Vorankündigungsfrist auch unter Berücksichtigung der Erfahrungen des Kombipakets als ausreichend anzusehen ist. Allfällige negative Auswirkungen auf alternative Anbieter, die sich aus einem Verstoß der Telekom Austria gegen die ihr in Spruchpunkt 2.3.1. auferlegte Vorankündigungsfrist ergeben, sind im Rahmen von Verfahren gem. § 91 TKG 2003 abzuführen.

2.23. Zu den Kriterien der Gebietsunterteilung

In diesem Zusammenhang wurde auf die Vorgehensweise der britischen Regulierungsbehörde Ofcom verwiesen, die bei ihrer Entscheidung zum britischen Breitbandvorleistungsmarkt andere Grenzwerte für die Kriterien zur Abgrenzung des „freizugebenden“ Gebietes angewendet habe (Mindestens 10.000 Haushalte je HVt-Einzugsbereich, Präsenz von mindestens 4 großen Betreibern im jeweiligen HVt-Einzugsbereich sowie tatsächliche Präsenz am regulierten Breitbandvorleistungsmarkt). Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus wie folgt:

Die Situation im Vereinigten Königreich ist in sachlicher Hinsicht gemäß den Feststellungen (Punkt B 4.1.) nicht mit der österreichischen vergleichbar. Daher erscheint ein Vergleich der Abgrenzungskriterien zwischen Gebiet 1 und 2 bereits aus sachlicher Hinsicht verfehlt.

In rechtlicher Sicht ist ferner auszuführen, dass die Bezugnahme auf einen nur hinsichtlich seiner formalen Bezeichnung gleichen Markt eines anderen Mitgliedstaates der EU aus rechtlicher Sicht kein taugliches Beweismittel darstellt. Daher war auch den diesbezüglich gestellten Anträgen nicht zu folgen.

Entgegen dem Vorbringen, wonach das Abstellen auf HVt-Einzugsbereiche gegen das Prinzip der Technologieneutralität verstoße, ist seitens der Telekom-Control-Kommission festzuhalten, dass die festgestellten Gründe zum Abstellen auf HVt-Einzugsbereiche der Telekom Austria bereits durch die in den Markt aufgenommene CATV-Technologie sehr wohl auch das Prinzip der Technologieneutralität berücksichtigen: Wie festgestellt, erfolgt zum Einen der Breitbandausbau von Internet Service Providern (ISP), die sich der DSL-Technologie bedienen (so auch Telekom Austria), auf Ebene von Hauptverteilern, indem deren Standorte mit Digital Subscriber Line Multiplexer (DSLAM) und einer entsprechenden Backbone-Anbindung ausgestattet werden. Zum anderen findet auch die Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen auf Ebene von Hauptverteileranschlussbereichen statt. Hinsichtlich der Einbeziehung von Kabel- (aber auch Funknetzbetreibern) in den Versorgungsgrad eines HVt-Einzugsbereichs erschien diese nur dann sinnvoll, wenn diese innerhalb der Fläche eines HVt-Einzugsbereichs einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die dort tätigen Anbieter von DSL-Anschlüssen ausüben können. Es wurde daher von einer Abdeckung eines HVt-Einzugsbereichs durch ein Kabelnetz von zumindest 65% ausgegangen, ab der das Vorhandensein eines Kabelnetzbetreibers mit berücksichtigt würde. Bei der Festsetzung dieses Grenzwertes ließ sich die Telekom-Control-Kommission von der Vorgangsweise der britischen Regulierungsbehörde leiten, zumal auch die Verwendung eines geringfügigen höheren oder niedrigeren Prozentsatzes nur geringfügig andere Ergebnisse gebracht hätte. Das Prinzip der Technologieneutralität fordert entgegen diesem Vorbringen nicht, dass nicht auf die Technologie eines Betreibers abgestellt werden darf, zumal auch Überlegungen zur Miteinbeziehung von CATV-Anschlüssen angestellt wurden.

Den gestellten Anträgen mit dem Ziel der Neuevaluierung der Abgrenzungskriterien zwischen den Gebieten 1 und 2 war daher nicht näher zu treten.

2.24. Zur Forderung nach Auftrennung von Marktbeherrschern in Infrastruktur- und Diensteanbieter

Es wurde mehrfach aber unspezifiziert beantragt, marktbeherrschende Unternehmen in Infrastruktur- und Diensteanbieter aufzuspalten. Hierzu ist auszuführen, dass der derzeitige Rechtsrahmen die Forderung nach Auftrennung von marktbeherrschenden Unternehmen in Infrastruktur- und Diensteanbieter lediglich beim Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen (§ 47 Abs. 1 TKG 2003) vorsieht. Da diesbezüglich keine Feststellungen getroffen werden konnten sowie unter Verweis auf die zu Punkt B 4 und insb. Punkt 4.3. getroffenen Feststellungen, wonach mit den aaO identifizierten Regulierungsinstrumenten die festgestellten Wettbewerbsprobleme bekämpft werden können, weist die Telekom-Control-Kommission diesen Antrag als sachlich unzutreffend und unbegründet ab.

2.25. Zur Berechnungsart der Marktanteile und zur angeblich unzureichenden Berücksichtigung der Endkundenebene

Es wurde mehrfach vorgebracht, dass durch die vorgenommene Miteinbeziehung von Eigenleistungen bei der Berechnung der Marktanteile ein verfälschtes, die wahren wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht widerspiegelndes Bild, entstehen würde. Ausschließlich extern angebotenen Bitstream-Zugangsprodukte sollten Teil des Marktes sein.

Die Telekom-Control-Kommission hält diesbezüglich fest:

Die Feststellungen zur den Marktanteilen basieren auf der vorgegebenen Marktabgrenzung der TKMVO 2003 idgF. Entsprechend dieser Marktabgrenzung umfasst der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene sowohl intern als auch extern bereitgestellte Leistungen, wobei intern bereitgestellte Leistungen den Großteil der Anschlüsse ausmachen (ca. 90%, ON 5). Die mit der Erstellung des SMP-Gutachtens und des Regulierungsinstrumente-Gutachtens beauftragten Amtssachverständigen untersuchten detailliert und umfangreich alle in den Gutachten und auch in den Feststellungen enthaltenen Indikatoren, die für die Beurteilung, ob ein Unternehmen am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über Marktmacht verfügt, erforderlich sind.

Wie festgestellt, wurden bei der Berechnung der Marktanteile am gegenständlichen Markt alle extern bereitgestellten Bitstream-Produkte bereits jenen Betreibern zugerechnet, die diese Produkte am Vorleistungsmarkt bereitstellen. An den getroffenen Schlussfolgerungen würde sich also sogar dann nichts ändern, wenn diese Produkte statt extern ausschließlich intern bereitgestellt würden. Das Anbieten der marktgegenständlichen Vorleistungsprodukte an sich ist daher entscheidend, nicht die Tatsache, ob diese intern oder extern angeboten werden. Die mehrfach vorgebrachte Befürchtung, dass für den Fall des Vom-Markt-nehmen des derzeitigen Vorleistungsproduktes der Telekom Austria in weiterer Folge alle Endkunden zu Telekom Austria wechseln würden, hätte – ungeachtet, dass dieser Fall von der Telekom-Control-Kommission als sehr unwahrscheinlich angesehen wird – keine Erhöhung des Marktanteils von Telekom Austria von derzeit ca. 27 % in Gebiet 1 zu Folge.

Da die Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt für die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf dem Vorleistungsmarkt eine wesentliche Rolle spielt (Abhängigkeit der Vorleistungsnachfrage von der Endkundennachfrage), wurde bei der Betrachtung der relevanten Indikatoren auch die Endkundenebene sowie die Auswirkungen auf die Vorleistungsebene analysiert. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die getroffenen Feststellungen bzw. die entsprechenden Ausführungen in ON 5 zu den Marktmachtindikatoren nachfrageseitige Gegenmacht, Produktdifferenzierung, vertikale Integration sowie Preissetzungsverhalten. Das diesbezügliche Vorbringen ist daher unbegründet und nicht gerechtfertigt.

Es wurden mehrfach die Feststellungen zum (Trend des) Marktanteil(s) von Telekom Austria als widersprüchlich kritisiert. Dazu ist wie folgt auszuführen: Die – in der Tat unterschiedlichen – Prognosen über den zu erwartenden Marktanteil der Telekom Austria beruhen immer auf den jeweils aktuellsten Daten, die der Regulierungsbehörde zur Verfügung stehen. Da die Prognosen über die vermutete Entwicklung des Marktanteils von Telekom Austria vergleichsweise minimal voneinander abweichen und darüberhinaus von den Daten der KEV für das 4. Quartal 2007 im Ergebnis bestätigt werden (der bundesweite Marktanteil von Telekom Austria beträgt relativ konstant ca. 47 %), sieht die Telekom-Control-Kommission keinen Anlass, an den Erhebungen der Gutachter zu zweifeln und von ihrer Entscheidung abzugehen.

2.26. Zu sonstigen Forderungen bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten

Es wurde ferner beantragt, der Telekom Austria folgende Regulierungsinstrumente bzw. Verpflichtungen aufzuerlegen: 1.) Pönalisierung bei Nichteinhaltung der angeordneten Vorankündigungsfrist bei Aktionsangeboten, 2.) Verpflichtung zum Anbieten von "POTS-Anschlüsse im Wholesale", 3.) Berechnung der Margin-Squeeze-Freiheit auf Produktebene,

4.) Verbot der Differenzierung zwischen Bestand- und Neukunden durch unterschiedliche Endkundenpreise, 5.) Abstimmung von Aktionsangeboten mit alternativen Netzbetreibern und Vorschlagsreformalternativen, 6.) Mitspracherecht der alternativen Netzbetreiber am Design der von Telekom Austria angebotenen Produkte.

Mehrere Verfahrensparteien beantragten die Abhaltung einer eigenen Verhandlung zur Frage der aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente. Die Telekom-Control-Kommission verweist dazu auf die - von zahlreichen Parteien wahrgenommene - Möglichkeit, in der mündlichen Verhandlung am 30.5.2008 zu dieser Frage Stellung zu nehmen sowie auf das umfangreiche Vorbringen einzelner Verfahrensparteien zu aufzuerlegenden Regulierungsinstrumenten. Im Übrigen wurde in umfangreichen Stellungnahmen detailliertes Vorbringen zu den auferlegten Regulierungsinstrumenten erstattet. Die Telekom-Control-Kommission geht aufgrund des umfangreichen Vorbringens zur Frage der aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente davon aus, dass ausreichend Gelegenheit zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs gegeben war und folgt daher diesen Anträgen nicht. Im Übrigen ist auf die Möglichkeit eines Aufsichtsverfahrens gem. § 91 TKG 2003 hinzuweisen.

Unter Verweis auf die Feststellungen zu Punkt B 4 und insb. Punkt 4.3., wonach mit den aaO identifizierten Regulierungsinstrumenten die festgestellten Wettbewerbsprobleme bekämpft werden können, weist die Telekom-Control-Kommission diese unspezifizierten Anträge als unbegründet ab.

2.27. Ergebnis

Zusammengefasst ist daher auszuführen, dass das Vorbringen aller Verfahrensparteien nicht geeignet ist, Zweifel an der Schlüssigkeit des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen zu begründen. Dieses konnte daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

Hinsichtlich der Anmerkung von Telekom Austria, dass keinerlei Anlass bestehe, an der „Aufrechterhaltung des freiwilligen Wholesale-Standardangebots auf der Vorleistungsebene“ zu zweifeln, ist grundsätzlich auszuführen, dass Telekom Austria derzeit mit Bescheid M 1/05-59 vom 28.2.2006 zur Legung dieses Angebotes verpflichtet ist, während die erstmalige Angebotslegung erst nach Intervention der (nunmehrigen) RTR-GmbH und Verhandlungen zwischen der Vereinigung der Internet Service Providers Austria („ISPA“) und TA erfolgte.

Zum Vorbringen von mehreren Verfahrensparteien, wonach Telekom Austria das bestehende Wholesale-Angebot vom Markt nehmen könnte ist auf die freiwillige Selbstverpflichtung von Telekom Austria zu verweisen (Punkt C 2.17).

Angesichts der untersuchten Marktmachtindikatoren und den darauf basierenden Feststellungen erscheint das erhobene Vorbringen, wonach in den erstellten Gutachten nähere Angaben zu den am Vorleistungsmarkt angebotenen Produkten „fast zur Gänze fehlen würden“ sowie das Vorbringen, wonach die erstellten Gutachten unter methodischen Schwächen leiden würden, da die Auswirkungen des Endkundenmarktes auf den gegenständlichen Markt nur unzureichend gewürdigt worden seien, als sachlich nicht zutreffend.

Auf Grundlage der Feststellungen und insbesondere der grundsätzlichen Anreizstrukturen ist es notwendig, eine Verpflichtung zur Legung eines Angebotes für breitbandige Zugänge in Gebiet 2, dh in jenem Gebiet, in dem wettbewerbliche Defizite festzustellen waren, aufzuerlegen. Demgegenüber ist eine solche Verpflichtung für das Gebiet 1 nicht notwendig.

Insgesamt kann daher das Vorbringen der Verfahrensparteien keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens der Amtssachverständigen betreffend die Regulierungsinstrumente begründen. Dieses konnte daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den rechtlichen Grundlagen

Sowohl der geltende europäische Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste als auch 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 – gegebenenfalls identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

2. Marktdefinition der RTR-GmbH

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

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und mit BGBl. II Nr. 117/2005 geändert wurde. Hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Marktes ist die Überprüfung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 mit 14.5.2007 abgeschlossen worden.

Diese Verordnung grenzt in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 und vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors 17 Telekommunikationsmärkte ab. § 1 Z 17 TKMVO 2003 sieht den gegenständlichen Vorleistungsmarkt für den breitbandigen Zugang vor.

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

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

3.1. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch.

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.

3.2. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt.

Der relevante Markt umfasst nunmehr die Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses, CATV-Modem-Technologie auf Basis eines Koax-Kabel-TV-Anschlusses und "Fixed Wireless Access" Produkten (z.B. mittels WLL, W-LAN).

Die diesem Verfahren zugrunde liegende Marktabgrenzung wurde mehrfach kritisiert:

Neben anderen kritisierte Telekom Austria in ihren Stellungnahmen wiederholt und detailliert die angeblich fehlende ausreichende Berücksichtigung der steigenden Bedeutung von mobilen Breitbandzugängen bei der Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes.

Im Detail wurde von Telekom Austria kritisiert, dass bereits bei der diesem Verfahren zugrunde liegenden Marktdefinition der wachsende Einfluss von mobilen Breitbandzugängen nicht ausreichend berücksichtigt worden sei; insbesondere würden – entgegen der Marktdefinition – mobile Breitbandanschlüsse in steigendem Maß als Substitut zu einem breitbandigen Festnetzanschluss gesehen. Eine komplementäre Nutzung eines mobilen Breitbandzuges würde demgegenüber in immer geringerem Ausmaß stattfinden. Diese Entwicklung würde durch Preissenkungen und Erhöhungen der Download-Volumina auf bis zu 3 Gigabyte/Monat bei mobilen Breitbandzugängen und durch Einführung von Flat-Produkten (z.B. H.U.I. von ONE GmbH) verschärft. Es zeige sich bereits ein Rückgehen der festnetzgestützten Breitbandanschlüsse, die Marktanteile von Telekom Austria würden sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene sinken.

Zusammengefasst würden mobile Breitbandzugänge über HSDPA mittlerweile auch von Privatkunden verstärkt genutzt werden: Mobile Breitbandzugänge seien daher insbesondere im Einsteiger- und Standard-Usersegment als vollständiges Substitut zu festnetzgestützten Breitbandanschlüssen zu sehen. Per Ende Juni seien bei steigender Tendenz über 440.000 mobile Datenkarten verkauft worden, dies entspreche bereits einem Anteil von 20 % aller Breitbandzugänge.

Die bundesweit einheitliche Marktabgrenzung wurde ferner vor allem aufgrund der regional unterschiedlichen Wettbewerbssituation (in Ballungsräumen vorherrschender intensiver Wettbewerb) kritisiert.

Kritik wurde ferner geübt an der Miteinbeziehung von CATV-Produkten, am Ausschluss von IPTV (Web-TV)-Produkten sowie am Ausschluss von mobilen Zugangstechnologien (mobilen

Datenkarten und WIMAX). Die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zur Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den gegenständlichen Markt sei im Widerspruch zur TKMVO 2003 idgF.

Die Marktdefinition sei ferner nicht mit der wirtschaftlichen Realität im Einklang, darüberhinaus wurde auch das Anbieten von Vorleistungsprodukten von derzeit nicht in der Marktabgrenzung enthaltenen Produkten gefordert (Zugangsprodukte für mobile Datenkarten, WIMAX-Zugangsrealisierungen bzw. auch für IPTV-Produkte).

Es wurde die Verpflichtung „aller Marktbeherrscher, auch der mobilen“, zur Legung eines Vorleistungsangebotes inkl. mobiler Zugangsprodukte“ beantragt.

Ferner wurde die getroffene Untergrenze für marktgegenständliche Produkte von 144 kbit als zu gering und als nicht mehr zeitgemäß kritisiert. Ferner wurde vorgebracht, dass es bei Open-Access-Produkten kein für alle Nachfrager zugängliches öffentliches Angebot gebe, was gegen eine Miteinbeziehung in den gegenständlichen Markt spreche. Ferner wurde die Miteinbeziehung von Eigenleistungen sowie die Nichtmiteinbeziehung von Glasfaserleitungen kritisiert.

Diesbezüglich ist auszuführen, dass die diesem Verfahren zugrunde liegende Marktabgrenzung die der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 iVm. mit dem Ergebnis der Überprüfung dieses Marktes durch die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 14.5.2007 ist. Die Telekom-Control-Kommission ist im gegenständlichen Verfahren gem. § 37 Abs. 1 S 1 TKG 2003 an diese Marktdefinition gebunden. Den Einwänden von Telekom Austria im Hinblick auf eine angeblich verfehlte Marktdefinition war daher nicht näher zu treten sondern auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2004/03/0210 vom 28.2.2007 betreffend den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27. Oktober 2004, M 15a/03-30 zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht und Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach dem TKG 2003 zu verweisen, in dem ausgeführt wurde, dass die RTR-GmbH bei der Festlegung der relevanten nationalen Märkte in der TKMVO 2003 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission gefolgt ist und damit auf die "Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften" Bedacht genommen hat, worauf in weiterer Folge der Verwaltungsgerichtshof die im Verfahren M 15a/03 zugrunde liegende und seitens der beschwerdeführenden Gesellschaft kritisierte Marktdefinition nicht beanstandete. Nichts Anderes gilt im verfahrensgegenständlichen Zusammenhang: Die innerstaatliche Definition des gegenständlichen Marktes steht in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere der Märkteempfehlung.

Die Telekom-Control-Kommission kann daher Parteienvorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren nicht berücksichtigen. Auch das Vorbringen, wonach es in Ballungsräumen (gemeint wohl: „Gebiet 1“) keinen gesteigerten Wettbewerbsdruck von mobiler Seite auf Telekom Austria gebe, da mobile Datenkarten als „Zweitanschlüsse zum Festnetz“, nicht aber als Substitut zu marktgegenständlichen Zugangsprodukten verwendet würde, und daher die Deregulierung in Gebiet 1 nicht gerechtfertigt sei, war aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig führt der Hinweis auf die Verflechtung von Telekom Austria und der Mobilkom Austria als dem größten Anbieter von mobilen Datenkarten zu einem anderen Ergebnis. Aus den angeführten Gründen war das in der Sache gegenläufige Vorbringen nach Aufnahme von mobilen Zugangstechnologien nicht zu berücksichtigen.

Insoweit vorgebracht wurde, dass die in diesem Verfahren Verwendung findende Marktabgrenzung (angeblicher Ausschluss von IP-TV) im Widerspruch zur TKMVO 2003 idgF. stehe, ist auszuführen, dass Breitbandanschlüsse, die gemeinsam mit IPTV Anschlüssen bereitgestellt werden, im Markt enthalten sind und daher in der Berechnung der Marktanteile als ein (einzelner) Anschluss miteinbezogen wurden. Diese Berücksichtigung von IPTV-Produkten erscheint der Telekom-Control-Kommission als sachgerecht, da IPTV und Internetzugangprodukt über denselben Anschluss übertragen werden.

Die Nichtanordnung eines Zugangsdienstes „IPTV“ ist dagegen im Einklang mit der TKMVO 2003 idgF, da die Bereitstellung eines IPTV-Contentproduktes nicht von der Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs umfasst ist.

Die gestellten Anträge auf neuerliche Analyse des gegenständlichen Marktes waren daher abzuweisen.

Der gestellte Antrag auf Auferlegung einer Verpflichtung „aller Marktbeherrscher, auch der mobilen“, zur Legung eines Vorleistungsangebotes inkl. mobiler Zugangsprodukte war bereits mangels Feststellung eines anderen Unternehmens als der Telekom Austria TA AG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht abzuweisen.

Dem Antrag einer Partei (ON 48) auf Korrektur des in den Feststellungen angegebenen Fertigstellungsgrades ihres HSDPA-Netzausbaus wurde nicht stattgegeben, da die diesbezüglichen Feststellungen auf Ausführungen im Gutachten (ON 8) basieren, aus denen sich ergibt, dass die betreffenden Daten von der Homepage der betroffenen Partei selbst stammen.

4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ die Marktmachtkriterien des § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu berücksichtigen:

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

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein, zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002).

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ iSd § 35 TKG 2003 und „effektivem Wettbewerb“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. „Wirksamer Wettbewerb“ wird dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...] muss sich die 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.“

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

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV, 128 BlgNR 22. GP) zu § 35 TKG 2003 gehen in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

5. 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.

6. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene

Hinsichtlich der sich aus den am gegenständlichen Markt festgestellten unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen ergebenden rechtlichen Überlegungen für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre Ausführungen zu Punkt D 7.2. dieses Bescheides.

Die getroffenen Feststellungen zum Vorhandensein von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC haben ergeben, dass die untersuchten Indikatoren in ihrer Gesamtheit gegen das Vorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC sprechen. Die Feststellungen haben indessen ergeben, dass Telekom Austria aus ökonomischer Sicht über alleinige beträchtliche Marktmacht verfügt.

Es wurde vorgebracht, dass die kartellrechtlichen Vermutungsgrenzen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 4 Abs. 2 Z 3 KartG 2005 von UPC und von Telekom Austria „überschritten“ würden und daher vertieft zu untersuchen wäre, ob Marktmacht durch UPC und Telekom Austria gemeinsam vorliegen würde. Aus der Maßgeblichkeit des Wettbewerbs- und Kartellrechts für die Regulierung der Telekommunikationsmärkte resultiere eine Verpflichtung für die Behörde, im Detail zu prüfen, welche Umstände gegen die erwähnte gesetzliche Vermutungsregel sprechen würden.

Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass die erwähnte Bestimmung des KartG 2005 nicht – wie behauptet – eine Vermutungsregel für das Vorliegen von gemeinsamer Marktmacht darstellt, sondern vielmehr auch für den Fall der alleinigen Marktbeherrschung anwendbar ist.

Da das Vorhandensein von alleiniger und gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht sich bereits logisch ausschließt, und Telekom Austria gemäß den Feststellungen über alleinige Marktmacht verfügt, sieht die Telekom-Control-Kommission daher von einer detaillierten rechtlichen Begründung für das Nichtvorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC ab.

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

Den gestellten Anträgen auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zur Erörterung der Frage des Vorliegens von gemeinsamer Marktmacht war daher nicht Folge zu leisten.

Im Folgenden werden die untersuchten Kriterien daher vor dem Hintergrund der alleinigen beträchtlichen Marktmacht von Telekom Austria bewertet.

6.1. Zum Indikator „Marktanteile“

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

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

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel regelmäßig erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt. Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25 % kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50 % – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung („SMP-Guidelines“), Rn 75 mit Verweis auf Rs C-62/86 AKZO/Kommission, Rs T-228/97 Irish Sugar/Kommission und andere). Einem Unternehmen mit einem 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 zwar auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Die Berechnung der Marktanteile anhand der Anzahl der (intern oder extern) bereitgestellten Zugänge (= Anschlüsse) ist am vorliegenden Markt, den Feststellungen zu Punkt 3.1.1 folgend, die sinnvollste, adäquateste und daher rechtlich gebotene Vorgangsweise.

Wie festgestellt, verfügt Telekom Austria (März 2007 bis Dezember 2007) auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 47 % (ON 460).

Bereits diese Marktanteile von Telekom Austria auf dem bundesweiten Markt sprechen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, tendenziell für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

Ferner ist die Marktanteilsentwicklung gemäß dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 auch im Zeitverlauf zu beobachten (vgl. Stratil, TKG 2003 zu § 35 Rn 5 mit weiteren Nachweisen). Unterstützt wird die obige Schlussfolgerung daher durch den im beobachteten Zeitraum von drei Jahren tendenziell auf ca. 30 % sinkenden Marktanteil der UPC.

Die hingegen für das Gebiet 2 festgestellten Marktanteile von etwa 75 % legen umso mehr die Vermutung nahe, dass Telekom Austria in Gebieten, wo inklusive Telekom Austria maximal zwei große Betreiber vor Ort sind, keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und der Möglichkeit, diese insbesondere im Gebiet 2 auch auszunutzen.

6.2. Zum Indikator „Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb“

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

Da die im Anschlussnetz festgestellten massiven Skalenvorteile und die mit Errichtung eines solchen Netzes entstehenden versunkenen Kosten einen weiteren Marktzutritt (in relevantem Ausmaß) mit eigener, leitungsgebundener Infrastruktur in den nächsten 1-2 Jahren in weiten Teilen Österreichs sehr unwahrscheinlich machen, geht die Telekom-Control-Kommission bereits aus diesem Grund davon aus, dass dies Marktmacht insbesondere für Gebiet 2, in dem es kaum Alternativen zum Angebot der TA gibt, indiziert.

Diese Schlussfolgerung wird auch durch die Auswirkungen der derzeitigen Regulierung am Entbündelungsmarkt nicht beeinträchtigt. So werden zwar die Marktzutrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen, um sein eigenes Netzwerk bis zum Hauptverteiler flächendeckend auszudehnen. Darüber hinaus sind – ebenfalls versunkene – Investitionen für die Errichtung oder Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen, was zu einem bisher vergleichsweise geringen Marktanteil der entbündelnden ISPs am Endkundenmarkt führt.

Die bei leitungsungebundenen Technologien wie W-LAN, WLL oder WiFi festgestellten deutlich geringeren versunkenen Kosten als bei leitungsgebundenen Technologien erhärten diese Schlussfolgerung noch, da diese innerhalb des gegenständlichen Marktes liegenden Technologien angesichts der festgestellten geringen Bedeutung kaum das Potential besitzen, innerhalb des hier relevanten Zeitraums von 1 – 2 Jahren zu einem berücksichtigungswerten Abbau von Markteintrittsbarrieren beizutragen.

Auch dieser Indikator spricht daher vor allem aufgrund des flächendeckend zur Verfügung stehenden Anschlussnetzes und der insbesondere in dünn besiedelten Gebieten („Gebiet 2“) vorhandenen beträchtlichen Barrieren für den flächendeckenden Infrastrukturausbau für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

6.3. Zum Indikator „nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

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

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

Da Telekom Austria, wie festgestellt, als einziger Betreiber über eine österreichweite flächendeckende Infrastruktur verfügt und darüber hinaus in vielen, insbesondere dünn besiedelten Gebieten als einziger Betreiber über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur bis zum Endkunden verfügt, spricht dieser Marktmachtindikator nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria.

6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

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

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

Auf dem gegenständlichen Markt ist dieser Marktmachtindikator sowohl auf der Vorleistungsebene als auch auf der Endkundenebene zu überprüfen.

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

Die Feststellungen zeigen, dass die Verhandlungsmacht der ISPs auf der Vorleistungsebene gegenüber Telekom Austria aus mehreren Gründen je geographischem Gebiet des gegenständlichen Marktes unterschiedlich stark ausgeprägt ist.

Ferner wird diese Schlussfolgerung noch dadurch gestärkt, dass die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs aufgrund dessen eingeschränkt ist, dass ein Wechsel zu anderen Anbietern auf der Vorleistungsebene zwar in manchen Fällen möglich ist, jedoch meist durch eine Vielzahl von Faktoren erschwert wird. Dies deshalb, da die meisten alternativen Betreiber (insbesondere Kabelnetzbetreiber) dem Bitstream-Zugang äquivalente Leistungen nur ausgewählten ISPs anbieten. Dies spricht daher insofern gegen das Vorhandensein von nachfrageseitiger Gegenmacht, als, um nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber Telekom Austria ausüben zu können, hinreichend viele ISPs auf alternative Zugangsprodukte ausweichen können müssten.

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

Ferner wird nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Möglichkeit zur Eigenerstellung der Leistung z.B. durch einen Wechsel zur Entbündelung oder die Verlegung eines eigenen Anschlussnetzes aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten stark eingeschränkt.

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

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ISPs, die das DSL-Bitstreamangebot der Telekom Austria beziehen, kaum über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen, wobei das Ausmaß allfälliger nachfrageseitiger Gegenmacht stark von der Verfügbarkeit infrastrukturbasierter Alternativen abhängt, wie sie insbesondere in Gebiet 1 gegeben ist.

Gemäß den Feststellungen erscheint es vor allem bei einer zukunftsgerichteten Betrachtung, fraglich ob hinreichend viele Endkunden als Reaktion auf eine solche Preiserhöhung zu anderen Betreibern wechseln würden, und damit eine disziplinierende Wirkung auf Telekom Austria ausüben könnten.

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

Telekom Austria ist daher je nach Teilsegment des betroffenen Marktes mit unterschiedlich hoher nachfrageseitiger Gegenmacht konfrontiert. In Gebieten, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist oder nur mit einem Betreiber im Wettbewerb steht, können weder ISPs noch Endkunden in relevantem Ausmaß nachfrageseitige Gegenmacht ausüben. Trotz steigender nachfrageseitiger Gegenmacht bei steigender Anzahl von Betreibern je HVT-Einzugsbereich spricht dieser Marktmachtindikator in seiner Gesamtheit gegen das Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht und daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

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

Dieser Marktmachtindikator spricht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria, da Telekom Austria auf der Vorleistungsebene gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können, wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste.

Die auf Endkundenebene erfolgende Differenzierung der einzelnen Betreiber über Bündelprodukte zeigt keine sich auf Grund dieses Marktmachtindikators ergebenden Vorteile für einen Betreiber.

Auch der Indikator Produktdifferenzierung spricht daher angesichts seiner Ausprägung auf der Vorleistungsebene für Vorteile der Telekom Austria gegenüber ihren Konkurrenten und daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.6. Zum Indikator „Vertikale Integration und Marktmachtübertragung“

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

Der Anreiz einer solchen Marktmachtübertragung liegt für ein gewinnmaximierendes Unternehmen darin, dass es auf einem benachbarten Markt keiner Einschränkung bei der Preissetzung durch andere Anbieter unterliegt, und in der Folge auch auf diesem Markt antikompetitive Preise anwenden kann. Demzufolge bestehende Anreize können daher insbesondere dann zu einer Verdrängungsstrategie führen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt wie dem gegenständlichen seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Unter diesen Umständen, wird das Unternehmen Konkurrenten vom potentiellen Wettbewerbsmarkt verdrängen oder potentielle Markteinsteiger abschrecken.

Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene stehen eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung stehen, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So kann es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das (notwendige) Vorleistungsprodukt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Da das bestehende Bitstream-Angebot von vielen ISPs, darunter den beiden großen ISPs UPC und Tele2, komplementär zur Entbündelung in Anspruch genommen wird ist auch deshalb von der Gefahr der Marktmachtübertragung in jene Gebiete auszugehen, in denen diese beiden und andere Anbieter auf den Bezug eines DSL-Vorleistungsproduktes angewiesen sind (Gebiet 2). Dies deshalb, da das xDSL-wholesale-Angebot von Telekom Austria für ISPs (gerade auch entbündelnde ISPs) notwendig ist, um bundesweit an Endkunden Sprachtelefonie und Breitband-Internet-Zugangsprodukte anbieten zu können. Erst dadurch ist die Realisierung von Synergie bzw. Größenvorteilen sowohl in Bezug auf das Netzwerk als auch auf der Endkundenebene (Werbung/Marketing, „one-stop-shopping“) überhaupt erst möglich.

Wie die Feststellungen zeigen, hat Telekom Austria trotz bestehender Entgeltkontrolle nach dem Retail-minus Prinzip Anreize, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann so die Möglichkeit zum Markteintritt und so letztlich der Anreiz zur Entbündelung reduziert werden. ISPs hingegen, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können durch Verweigerung des Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden, wozu Telekom Austria bei sinngemäßer Anwendung des soeben Ausgeführten, ebenso Anreize hat.

Zusammenfassend hat Telekom Austria aufgrund der vertikalen Integration ökonomische Anreize, ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Angesichts der starken Stellung auf dem vorliegenden Markt ist zu erwarten, dass Telekom Austria ohne entsprechenden Druck der Regulierungsbehörde ISPs einem margin squeeze aussetzen kann oder aber den Zugang zu Bitstream-Produkten in Gebieten ohne wesentlichen Wettbewerbsdruck (Gebiet 2) überhaupt verwehren würde.

So könnte eine Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt bzw. eine Absicherung der starken Stellung auf dem Vorleistungsmarkt möglich sein.

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

6.7. Zum Indikator „Marktverhalten, Preissetzungsverhalten“

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „Verhalten am Markt“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab. Exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren. Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist. Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

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).

Im Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt daher die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle.

Eine Analyse der Entgelte auf Vorleistungsebene ist gemäß den Feststellungen nicht sinnvoll. Da aber das Preissetzungsverhalten von Telekom Austria auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für breitbandige Internet-Zugangsprodukte auch für die Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichem Vorleistungsmarkt für Relevanz ist, da – wie festgestellt – der Großteil der marktgegenständlichen Leistungen von Telekom Austria für sich selbst bereitgestellt, sohin intern bereitgestellt, werden, würdigt die Telekom-Control-Kommission auch das Preissetzungsverhalten von Telekom Austria auf der Endkundenebene.

Da festgestellt wurde, dass Telekom Austria trotz relativ hoher Endkundenpreise den mit Abstand höchsten Marktanteil hält, spricht dieser Marktmachtindikator nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von Marktmacht auf dem zu untersuchenden Markt. Der auf den Wettbewerbsdruck in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten zurückzuführende leichte Marktanteilsverlust von Telekom Austria ebendort beeinträchtigt diese Würdigung nicht, allerdings legt auch dieser Marktmachtindikator die Schlussfolgerung nahe, dass Telekom Austria nur in Gebiet 2 in der Lage ist, die festgestellte Marktmacht auch auszuspielen.

6.8. Sonstige Indikatoren

Aus der Analyse der Indikatoren Performancemaße, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation sowie technologiebedingter Vorsprung lassen sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine für dieses Verfahren verwertbare Rückschlüsse auf das etwaige Vorhandensein von beträchtlicher Marktmacht ziehen.

6.9. Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene

Aufgrund der getroffenen Feststellungen sowie der Würdigung der untersuchten Marktmachtindikatoren in den Punkten D 6.1. – 6.8. dieses Bescheides gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene einzustufen ist und daher kein effektiver Wettbewerb besteht.

Zusammengefasst wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene festgestellt:

- Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten,
- Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte sowie
- Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern, insbesondere hinsichtlich der Preissetzung.

Diesen Wettbewerbsproblemen ist auf der Grundlage der Feststellungen zum unterschiedlich stark ausgeprägten Wettbewerbsdruck (Ballungsräume, Anzahl der Infrastrukturbetreiber am jeweiligen HVt-Standort), dem Telekom Austria ausgesetzt ist (siehe Punkt B 4.1. dieses Bescheides), regional differenziert zu begegnen.

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

7.1. Allgemeines

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl

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 von 2003 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 Europäischen Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (Stratil, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

7.2. Zur geographisch unterschiedlichen Auferlegung von Regulierungsinstrumenten

Ausgehend von der bundesweit einheitlichen Marktdefinition (siehe dazu Punkt B 1) hat die Telekom-Control-Kommission gem. § 37 Abs. 2 TKG 2003 nach Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, dem betroffenen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach § 38 – 46 oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. In leg. cit. wird somit das Erfordernis der „Eignung“ der auferlegten Regulierungsinstrumente zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme gefordert.

Aus der Vorgabe der „Eignung“ sowie dem anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 34 Abs. 1 TKG 2003 sowie Artikel 21 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Abl. C 165/6 vom 11.7.2002) folgt, dass auferlegte Verpflichtungen zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks geeignet sein müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zweckes angemessen und erforderlich ist. Deshalb ist nur in jenen Gebieten, in denen aktuelle bzw. potentielle Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden, die Auferlegung von geeigneten Regulierungsinstrumenten rechtlich geboten.

Nach den Feststellungen ist Telekom Austria am gegenständlichen Markt je nach Anzahl der konkurrierenden Betreiber bzw. Haushalten unterschiedlich hohem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Der vorwiegend in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten auf Telekom Austria einwirkende vergleichsweise starke Wettbewerbsdruck einerseits und der ebenso vergleichsweise nur geringe Wettbewerbsdruck in vorwiegend dünn besiedelten Gebieten andererseits erfordert daher eine unterschiedliche rechtliche Würdigung durch die Telekom-Control-Kommission.

Die für die Definition der Gebiete 1 und 2 im Sinne dieses Bescheides verwendeten Abgrenzungskriterien (Anzahl der Haushalte je HVt-Einzugsbereich, Anzahl der großen Betreiber in den einzelnen HVt-Einzugsbereichen sowie der Marktanteil von Telekom Austria in den einzelnen HVt-Einzugsbereichen) sind sachgerecht und decken sowohl angebots- als auch nachfrageseitige Aspekte der Wettbewerbssituation ab und berücksichtigen mit dem Marktanteil von Telekom Austria auf HVt-Ebene auch marktstrukturelle Besonderheiten des jeweiligen HVt-Einzugsbereichs. Mit diesen drei Kriterien kann eine den Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts entsprechende Abgrenzung vorgenommen werden. So stellen die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (ABI C 2002/C 165 vom 11.7.2002) gerade auch auf die konkreten Marktanteile als ein wesentliches Kriterium zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht ab (Rn 75).

In Punkt B 4.1. wurde im Zusammenhang mit der Definition jener HVt-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria signifikantem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, festgestellt, dass die sich ergebende Definition des Gebietes 1 grundsätzlich (u.a.) auch bei Übernahmen, allerdings nur dann, wenn sie nicht zwei große Betreiber im Sinne des Punktes B 3.1.1.

betreffen und die Wettbewerbssituation wesentlich beeinträchtigen, bestehen bleibt. Es war dementsprechend eine auflösende Bedingung für die „Freigabe“ des Gebietes 1 in Spruchpunkt 2.1. aufzunehmen, die gemäß dem Gebietsabgrenzungskriterium „mindestens 3 große Betreiber je HVT“ eine auflösende Bedingung für den Wegfall – ein solcher liegt auch bei einem Verlust der wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit im Zuge der Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses durch die zuständigen Kartellbehörden vor – der „Freigabe“ des Gebietes 1 vorsieht. Das Mindestanfordernis von einem Marktanteil von zumindest 1 % erscheint der Telekom-Control-Kommission angesichts der zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses unter Beteiligung eines Unternehmens mit einem noch geringeren Marktanteil sachlich angemessen und außerdem operationalisierbar.

Die bundesweite Auferlegung der für das Gebiet 2 aus ökonomischer Sicht als geeignet angesehenen Regulierungsinstrumente ist daher als nicht notwendig und wäre unangemessen und unverhältnismäßig. Von einer solchen „markteinheitlichen“ Auferlegung von Regulierungsinstrumenten, die die Feststellungen zum unterschiedlich stark ausgeprägten Wettbewerbsdruck außer Betracht ließe, war daher dem Grundsatz der geringst möglichen Eingriffsintensität folgend Abstand zu nehmen (vgl. dazu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG 06-33, S. 115 ff.).

Darüber hinaus legt Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL explizit fest, dass die Maßnahmen der Regulierungsbehörde in angemessenem Verhältnis zu den Zielen in Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rahmen-RL (deren Inhalt wiederum weitgehend den in § 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungszielen entspricht) stehen müssen. Insb. dürfen spezifische Verpflichtungen nur auferlegt werden, soweit die Natur des festgestellten Wettbewerbsproblems dies rechtfertigt. Dies kommt auch in der „Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework“ der European Regulators Group klar zum Ausdruck, wenn diese auf Seite 115 wie folgt ausführt: „However, variations may be appropriate within a market for various reasons including geographical variations []. Such reasons do not imply that the market should be segmented by geography [] NRAs have the ability to vary remedies within SMP markets according to the problems identified and the proposed resolution.“

Von mehreren Parteien wurde vorgebracht, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf einem einheitlichen Markt rechtlich unzulässig sei, eine solche Marktunterteilung sei eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und auch ein Verstoß gegen die TKMVO 2003 idgF und wäre dies darüber hinaus auch ein Widerspruch zum ex-post Vollzug des allgemeinen Wettbewerbsrecht durch die Kartellbehörden.

Zur angeblichen rechtlichen Unzulässigkeit der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nur auf einem Teilbereich des Marktes führt die Telekom-Control-Kommission ferner aus wie folgt:

1.) Die Europäische Kommission hat in ihrer gem. Art. 7 der Rahmenrichtlinie zum gegenständlichen Verfahren abgegebenen Stellungnahme die vorgenommene „Auferlegung von unterschiedlichen Abhilfemaßnahmen im gleichen relevanten Markt“ ausdrücklich als nicht vom Rechtsrahmen ausgeschlossen bezeichnet (ON 58, S 8 letzter Absatz unter Verweis auf die Entscheidungen der Europäischen Kommission zu UK/2003/0035-0039, AT/2006/0508 und FR/2005/0223).

2.) In der zur „Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.1.2007 zur über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“ (veröffentlicht am 27.12.2007 im Amtsblatt der EG zur Zahl L 344/65) ergangenen Explanatory Note (veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Kommission unter C (2007)5406) wird in Punkt 2.4. ausdrücklich festgehalten,

dass bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf einem national definierten Markt geografisch unterschiedlich stark auf den SMP-Betreiber einwirkende Wettbewerbskräfte (beispielsweise aufgrund unterschiedlich vorhandener Infrastruktur) bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten mitberücksichtigt werden können.

3.) Im „Gemeinsamen Standpunkt der ERG in Hinblick auf die im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen geeigneten Regulierungsinstrumente“ ERG (03) 30rev1) wird ebenfalls auf die Möglichkeit zur Auferlegung geografisch unterschiedlicher Regulierungsinstrumente hingewiesen.

In allgemeiner Hinsicht wurde von manchen Parteien kritisiert, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung der Regulierungsinstrumente das Entstehen eines Digital Divide weiter fördern würde, sowie dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung der Regulierungsinstrumente dem Breitbandausbau insbesondere im ländlichen Gebiet nicht förderlich sei. Hinsichtlich dieses Vorbringens ist auszuführen, dass diese Fragen – ungeachtet der unterstützenden Teilnahme der RTR-GmbH an politischen Initiativen im Rahmen bspw. der Breitbandinitiative der Bundesregierung – nicht Gegenstand der Wettbewerbsregulierung im Rahmen des 5. Abschnittes des TKG 2003 sein können. Die Telekom-Control-Kommission folgte daher diesen Anregungen nicht.

Generell wurde unter Verweis auf die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003 vorgebracht, dass diese Anordnung unverhältnismäßig sei, da alternative Anbieter zumindest in beträchtliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht würden. Diesbezüglich ist auszuführen, dass die in § 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsziele des TKG 2003 die Regulierungsbehörde im Zuge der Wettbewerbsregulierung dazu verpflichten, bezüglich der Frage nach dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und bei 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). § 1 TKG 2003 stellt eine programmatische Zweckdefinition dar. Der Zweck der aaO angeführten Regulierungsziele ist durch Förderung des Wettbewerbs zu erreichen. Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass die Erreichung der aaO angeführten unterschiedlichen Regulierungsziele grundsätzlich gleich wichtig ist.

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 sind. 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 vorliegen. 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-Guidelines der EK) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (Stratil, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

Gegenstand dieses Bescheides ist die Beantwortung der Frage, ob auf dem gegenständlichen Markt ein (oder mehrere) Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen sowie bejahendenfalls die Auferlegung geeigneter Regulierungsinstrumente zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme. Bei der Beantwortung dieser Fragen hat die Telekom-Control-Kommission die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Regulierungsinstrumente in Bezug auf alle Verfahrensparteien zu überprüfen. Es liegt ferner für die Telekom-Control-Kommission aufgrund der wirtschaftlichen Interessenlage auf der Hand, dass die Interessenlage der Verfahrensparteien – von Detailfragen abgesehen – diametral entgegengesetzt ist. Die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten gegenüber einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht stellt für alle anderen Unternehmen eine

„Verbesserung“ ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangslage dar. Es war daher eine gegenüber allen Verfahrensparteien verhältnismäßige und angemessene Anordnung zu treffen. Telekom Austria brachte in ihren Stellungnahmen zum Ausdruck, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau in Gebiet 1 es nicht mehr rechtfertige, die in Gebiet 2 auferlegten Regulierungsinstrumente neuerlich bundesweit aufzuerlegen.

Gemäß den Feststellungen ist davon auszugehen, dass von einem nachhaltigen Wettbewerbsniveau dann auszugehen ist, wenn mindestens drei „große Betreiber“ (dazu Punkt B 4.1.) im Einzugsbereich der jeweiligen Hauptverteiler von Telekom Austria aktiv sind. Erst wenn diese Zahl auf unter drei fällt, ist von einer wesentlichen Veränderung der wettbewerblichen Gegebenheiten auszugehen.

Durch die „Freigabe“ des Gebietes 1 wird nun die ex-ante Wettbewerbsregulierung gemäß den Sektorvorschriften entsprechend dem mittlerweile festgestellten Wettbewerbsniveau in Gebiet 1 großteils aufgehoben. Da gemäß den Feststellungen Telekom Austria in Gebiet 1 über einen Marktanteil von ca. 27 % verfügt, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die allgemeine Wettbewerbsaufsicht (ex post)-Kontrolle des allgemeinen Wettbewerbsrecht ausreichend, um allenfalls weiterhin auftretende Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Auch die Rechtsprechung der Europäischen Kommission sowie der Kartellgerichte setzen die relevante Schwelle für das Vorliegen einer marktbeherrschenden beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % an. Insoweit käme unpräjudiziell auch die Fallpraxis der Kartellgerichte hinsichtlich des Gebietes 1 nicht zwingend zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Telekom Austria in Gebiet 1.

Den §§ 1, 34 und 37 TKG 2003 kann daher entgegen dem mehrfachen Vorbringen nicht entnommen werden, dass auf dem gegenständlichen Markt keine geografisch segmentierten Regulierungsinstrumente auferlegt werden dürften.

Die Telekom-Control-Kommission ist angesichts der „gegenläufigen“ Anträge der Verfahrensparteien der Auffassung, dass die auf den erstellten Gutachtern der Amtssachverständigen basierenden Feststellungen eine ausgewogene, verhältnismäßige und daher rechtlich gebotene „Auswahl“ an aufzuerlegenden Regulierungsinstrumenten darstellen.

Ferner wurde vorgebracht, dass die „Freigabe“ des Gebietes 1 nicht der Wettbewerbssituation entspreche; auf dem gegenständlichen Markt hätte es seit Erlass des Vorgängerbescheides zu M 1/05 keine wesentlichen Änderungen des Wettbewerbsniveaus gegeben. Im Hinblick auf die momentane Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt und insbesondere im Gebiet 1 desselben ist seitens der Telekom-Control-Kommission auf die getroffenen Feststellungen und insbesondere auf den Marktanteil von Telekom Austria in Gebiet 1 in Höhe von ca. 27 % und die sich zwischen Telekom Austria und alternativen Anbietern vergrößernde Preisdifferenz am Endkundenmarkt zu verweisen. Da im Verfahren M 1/05 keine vergleichbaren Feststellungen zu geografisch unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen innerhalb des gegenständlichen Marktes getroffen werden konnten, war dem Vorbringen, wonach es keine Änderung der Wettbewerbssituation im Vergleich zum Vorgängerbescheid gegeben hätte, nicht zu folgen.

Es wurde ferner unspezifisch darauf hingewiesen, dass ein erzwungener Marktaustritt (gemeint: verursacht durch den gegenständlichen Bescheid) hohe versunkene Kosten verursache. Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die mit diesem Vorbringen unterstellte Kausalität des Marktaustritts angesichts lediglich eines allgemeinen Verweises auf sich verschlechternde Rahmenbedingungen nicht ausreichend begründet wurde und folgt daher diesem Vorbringen nicht.

Es wurde vorgebracht, dass eine allfällige Gebietsaufteilung nicht auf Basis der Einzugsbereiche der Hauptverteilerstandorte von Telekom Austria erfolgen sollte, sondern auf Basis der vorgelagerten DSLAMs der Telekom Austria. Die Telekom-Control-Kommission folgt unter Verweis auf die getroffenen Feststellungen, die unter ausdrücklicher Berücksichtigung des Prinzips der Technologieneutralität auf die Hauptverteiler-

Einzugsbereiche der Telekom Austria als anzuwendende Abgrenzungseinheit abstellen, diesem Vorbringen nicht.

Es wurde darauf hingewiesen, dass Telekom Austria die derzeitige Kostenorientierungsverpflichtung für terminierende Segmente von Mietleitungen zukünftig durch das Anbieten von ebenbürtigen Produkten auf Basis von SDSL (Symmetric Digital Subscriber Line) Verbindungen umgehen könne. Zu diesem Vorbringen führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass die derzeit der Telekom Austria auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung (Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 11/06-59 vom 27.11.2006) vor dem Hintergrund der Gefahr von überhöhten Preisen durch Telekom Austria auferlegt wurde. In diesem Zusammenhang erscheint die wettbewerbliche Gefahr des Unterbietens der derzeit regulierten Entgelte für terminierende Segmente als zu gering, um sich den Ergebnissen der Amtsgutachter zur „Freigabe“ des Gebietes 1 nicht anzuschließen.

Es wurde gefordert, dass HVt-Einzugsgebiete mit vorgelagerten DSLAMs nicht in Gebiet 1 fallen dürften, da am jeweiligen Hauptverteiler entbündelnde Anbieter durch das Vorhandensein von vorgelagerten DSLAMs gestört würden. Die Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich der Auffassung, diese Problematik im Rahmen von Aufsichtsverfahren gemäß § 91 TKG 2003 abzuhandeln ist und verweist lediglich informativ auf ein zu dieser Problematik jüngst vor der Telekom-Control-Kommission geführtes Verfahren (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu R 5/07).

Eine geographische Differenzierung spezifischer Verpflichtungen ist daher rechtlich zulässig und notwendig, um den Kriterien der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der auferlegten Regulierungsinstrumente zu entsprechen.

Die Telekom-Control-Kommission weist daher sämtliche Anträge, die auf eine Abänderung der vorgenommenen geografischen Unterteilung hinsichtlich der auferlegten Regulierungsinstrumente abzielen, als unbegründet zurück.

7.3. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Zunächst werden jene Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben identifiziert, 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 sodann 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.

7.3.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen in Gebiet 2

7.3.1.1. Allgemeines

§ 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. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der

gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

In einem offenen wettbewerblichen Markt sollten keine Zugangseinschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangsvertragsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen.

7.3.1.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten

Die Telekom-Control-Kommission stellte fest (Punkt 2.1. der Feststellungen), dass ohne Intervention der nunmehrigen RTR-GmbH und Verhandlungen zwischen der Vereinigung der Internet Service Providers Austria („ISPA“) und Telekom Austria im März 2000 aller Wahrscheinlichkeit nach keine Einigung über ein Wholesale-Standardangebot erzielt worden wäre.

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Bestimmung des TKG 2003 ist § 41 TKG 2003, welcher detaillierte Regelungen darüber enthält, welche Verpflichtungen bezüglich Zugang dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können, sowie darüber, was die Regulierungsbehörde bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen hat. Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, um den Zugang zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt in Gebiet 2 sicherzustellen.

Primär um dem festgestelltem Wettbewerbsproblem der Marktzutrittsbarrieren und der Marktmachtübertragung auf den benachbarten Endkundenmarkt zu begegnen, ist von Telekom Austria auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen zu ermöglichen.

Fragen der Zumutbarkeit des Zugangs zu Produkten, die nicht durch das Standardangebot abgedeckt werden, werden bei Vorliegen der sonstigen Antragsvoraussetzungen (Nachfrage, gescheiterte privatrechtliche Verhandlungen, keine aufrechte Vereinbarung) von der Regulierungsbehörde in einem eigenen Verfahren gem. §§ 48, 50 TKG 2003 entschieden.

Der in Spruchpunkt 2.1. angeordnete Zugang zu Bitstream-Produkten hat auch betreffend der Anbindung der Übergabepunkte jeweils ungebündelt zu erfolgen, damit der Nachfrager nicht gezwungen ist, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt (Entbündelungsgrundsatz). In Spruchpunkt 2.1. dieses Bescheides wurde angeordnet, dass Telekom Austria entsprechend der Nachfrage das marktgegenständliche Vorleistungsprodukt entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet-Protokoll“-basiert anbieten muss. Die Einräumung einer „Wahlmöglichkeit“ für den nachfragenden ISP gründet ebenfalls im Gedanken, dass ein ISP die für ihn günstigere Zugangstechnologie von Telekom Austria beziehen können soll. Da Telekom Austria ihrem Retail-Bereich derzeit beide Technologien anbietet, ist die Auferlegung dieser Verpflichtung auch vor der Nichtdiskriminierungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 gerechtfertigt.

Der von Telekom Austria zu gewährleistende Zugang in Gebiet 2 muss es – um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen – nachfragenden ISPs jedenfalls ermöglichen, alle marktgegenständlichen Endkundenprodukte von Telekom Austria bei zumindest gleicher Effizienz technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise – die, technologieneutral, innerhalb des gegenständlichen Marktes zu liegen kommen - müssen daher gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. „Gleichzeitig“ ist so zu verstehen, dass ISPs ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit Telekom Austria am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt

bzw. den neuen Preisen) möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte, die, technologieneutral, dem gegenwärtigen Markt zuzurechnen sind, z.B. Veränderungen der Bandbreite bzw. –preise, spätestens am Tage der Produkteinführung durch Telekom Austria am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs mindestens vier Wochen zuvor über diese Änderung informiert werden. Bei wesentlichen Produktinnovationen, die besondere Anpassungserfordernisse nach sich ziehen, sollte Telekom Austria entsprechend dem Implementierungsaufwand längere Vorlaufzeiten vorsehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Die Telekom-Control-Kommission ist unter Verweis auf die in Punkt C 2.8.1. angestellten Überlegungen der Auffassung, dass die Beibehaltung der bestehenden Verpflichtung zur Anordnung einer vierwöchigen Vorankündigungsfrist den Interessen aller Beteiligten gerecht wird und nicht unverhältnismäßig ist. Entsprechende Bestimmungen sind in das Standardangebot aufzunehmen.

Die Präzisierung des Umfangs der Zugangsverpflichtung auf technologieneutral dem gegenständlichen Markt zuzurechnende und möglicherweise neu auf den Markt kommende Produkte, wie möglicherweise auf ADSL2+ oder VDSL basierende Produkte, erfolgt zur Klarstellung des Umfanges der angeordneten Zugangsverpflichtung.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von Telekom Austria in das Netz des alternativen Betreibers, hat Telekom Austria im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) eine solche Übergabe einerseits jedenfalls an den bisher bestehenden (und im aktuellen ADSL-wholesale Angebot vorgesehenen) neun regionalen Zugangspunkten und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmbaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der neun regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen. Entsprechende Bestimmungen, die auch das häufig anzutreffende gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz des ISPs nicht nur auf Basis von ATM sondern auch IP-basiert vorsehen, sind seitens der Telekom Austria in das Standardangebot aufzunehmen. Die Aufnahme dieser Punkte in den Spruch dieser Anordnung ist insofern verhältnismäßig, als gemäß dem Vorbringen von Telekom Austria bereits derzeit IP-basierte Verkehrsübergabe möglich ist.

Zur auferlegten Verpflichtung, „naked-DSL“-Produkte auf Vorleistungsebene anzubieten:

Telekom Austria wandte sich in ON 11 bzw. in ON 12 bzw. ON 13 gegen die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Quality of Service (QoS) Parametern bzw. Service Level Agreements (SLAs) im Hinblick auf die Erbringung von Sprachtelefonie mittels naked-DSL (VoB). Eine solche Verpflichtung sei nicht in Einklang mit der bestehenden Gleichbehandlungsverpflichtung. Telekom Austria würde auch dem eigenen Retail-Arm keine speziellen SLAs anbieten, die die Einhaltung von QoS-Parametern wie bspw. Delay, Jitter oder Packet Loss gegenüber den TA-Endkunden gewährleisten würden. Von Relevanz wären solche QoS-Parameter ausschließlich bei der Servicierung von Geschäftskunden, die allerdings überwiegend im urbanen Raum und damit außerhalb des „Gebietes 2“ gelegen seien.

Es wurde andererseits von alternativer Seite mehrfach vorgebracht, dass der Geschäftskundenmarkt für breitbandige Endkundenprodukte nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Das hätte zur Folge, dass die Bedürfnisse von Vorleistungsnehmern nach hochqualitativen Breitbandprodukten nicht ausreichend berücksichtigt worden wäre. In diesem Zusammenhang wurde bspw. Multi Protocol Label Switching (MPLS) zur Realisierung von VPNs erwähnt.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen:

Die Feststellung (Punkt B 3.1.5.) zeigen, dass auf der Vorleistungsebene Telekom Austria gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und Bündelprodukte aus einer Hand anbieten zu können, d.h. dem Nachfrager auch andere Produkte wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste

zusätzlich zur Verfügung stellen zu können. Es muss alternativen Betreibern daher möglich sein, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand nichtdiskriminierend anzubieten, ohne entbündeln zu müssen.

Angesichts der Präferenz vieler Kunden für ein one-stop-shopping bzw. für eine einzige Rechnung sind von einem solchen Produkt wettbewerbliche Impulse sowohl auf den Endkundenmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie (Zugang privat/nicht privat, Nutzung privat/nicht privat) als auch auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang zu erwarten.

Ein solches naked-DSL Produkt kann auf Vorleistungsebene auf Sicht durchaus als zukunftssichere, mit niedrigeren Markteintrittskosten behaftete Alternative zum gegenwärtigen Resale-Produkt (Wiederverkauf der Anschlussleistung), wie es auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie auferlegt ist, betrachtet werden.

Insgesamt senkt ein solches Produkt daher die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene, verhindert so eine Marktmachtübertragung und fördert langfristig die Entstehung effektiven Wettbewerbs. Darüber hinaus unterstützt es den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie, was nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ebenso der Realisierung der Regulierungsziele des § 34 TKG 2003 dient.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass nur ein im Breitbandmodem integrierter Analogtelefonadapter, der den unmittelbaren Anschluss eines herkömmlichen analogen Telefonendgerätes durch den Endkunden an das Breitbandmodem ermöglicht, das wettbewerbliche Anbieten von Telefondienstprodukten gewährleistet.

Die Priorisierung der vom Analogtelefonadapter im Breitbandmodem gesendeten IP-Pakete auf der Teilnehmeranschlussleitung ist erforderlich, um zu gewährleisten, dass ein ausreichender Anteil der Übertragungskapazität bevorzugt dem Telefondienst zu Lasten des in der Regel parallel verfügbaren Internetzugangsdienstes zur Verfügung steht. Bei der Auswahl des Modems mit integriertem Telefonadapter sind in geeigneter Weise die Anforderungen der Vorleistungspartner hinsichtlich Funktionalität (z.B. Fax), Verfügbarkeit und Kosteneffizienz in die Entscheidung mit ein zu beziehen. Ein diesen Anforderungen entsprechendes Produkt in das Standardangebot aufzunehmen.

Hinsichtlich der im Spruchpunkt 2.1.4. angeführten Netzperformanceparameter ist wie folgt festzuhalten: Die Netzwerkperformanceparameter IP Packet Transfer Delay, IP Packet Delay Variation, IP Packet Loss Ratio, IP Packet Error Ratio für Quality-of-Service(QoS)-Klassen IP-basierter Dienste sind in der Empfehlung der ITU-T „Rec. 1540 (11/2007, IP packet transfer and availability performance parameters)“ festgelegt. Als Anhaltspunkt für die in Hinblick auf VoIP-Telefondienste anzustrebenden Netzperformanceparameterwerte können beispielsweise die Werte der QoS Class 1 in der ITU-T Rec Y.1541 (Network performance objectives for IP-based services, 02-2006) sowie hinsichtlich des IP Packet Transfer Delay jene der ITU-T Rec G.114 (5/2003, One-way transmission time) herangezogen werden. Die Telekom-Control-Kommission hält diesbezüglich fest, dass TA selbst vorbrachte, die Werte der der ITU-T Rec Y.1541 (QoS Class 1) bereits einzuhalten. Die nunmehr angeordnete Form des Zugangs zu naked-DSL stellt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein im Verhältnis zur Telekom Austria verhältnismäßiges Mittel dar, um auch Nachfragern nach naked-DSL das Anbieten von Sprachtelefonie in nichtdiskriminierender Form zu ermöglichen.

Vor einer allfälligen Aufforderung zur Netzperformanceverbesserung an Telekom Austria hat der Vorleistungspartner nachvollziehbar darzustellen, dass die tatsächlich im naked-DSL Vorleistungsprodukt vorliegenden Netzperformanceparameterwerte die Wettbewerbsfähigkeit seiner darauf beruhenden Telefondienstprodukte beeinträchtigen. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die angeführten Werte end-to-end Werte darstellen und daher entsprechend dem angeführten Standard die betreffenden Werte einzelner Teilstrecken zu kumulieren sind, wobei die zweifache Einbeziehung des naked-

DSL Vorleistungsproduktes (sowohl A- als auch B-Teilnehmer einer Verbindung nutzen naked-DSL) zusätzlich zum vermittelnden IP-Kernnetz des Vorleistungspartners ein jedenfalls zu berücksichtigendes Szenario darstellt. Weiters ist zu berücksichtigen, dass sich die Werte auf IP-basierte User Network Interfaces beziehen und somit die Anteile der Analogadapter nicht enthalten sind. Technisch mit einer durchgängigen Priorisierung verbundene getrennte Queues für Sprache mit bevorzugter Behandlung in den Netzknoten sind für QoS Class 1 in der ITU-T Rec. Y.1541 als Leitlinie angegeben.

Wenn der Vorleistungspartner nachvollziehbar darlegt, dass ihm unter vertretbarem wirtschaftlichem Aufwand zumutbare Maßnahmen der Sprachdatenpriorisierung in Richtung zum Endkunden vor dem Übergabepunkt zu Telekom Austria nicht ausreichen, um ein wettbewerbsfähiges Telefondienstprodukt auf Basis naked-DSL mit Analogadapter zu realisieren, kann er von Telekom Austria die durchgängige Priorisierung von Sprachdaten gegenüber Internetdaten in beiden Richtungen und auf dem gesamten Weg zwischen dem Analogadapter im Breitbandmodem und dem Übergabepunkt zum Vorleistungspartner verlangen.

Um den diskriminierungsfreien Zugang zu gewährleisten, hat Telekom Austria zur Behebung von Störungen beizutragen. So ist dem Vorleistungspartner bei dokumentierten Qualitätsproblemen mit auf naked-DSL basierenden Telefondiensten bestimmter Teilnehmer auf Nachfrage regelmäßig die Auslastung der ATM-Anbindung der involvierten DSLAMs mitzuteilen. Als heranzuziehende Betrachtungszeitdauern werden dabei 15 Minutenintervalle, im Bedarfsfall bis auf 10 Sekundenintervalle verkürzt, von der Telekom-Control-Kommission als angemessen erachtet werden.

Zum Zweck der Störungseingrenzung (Störung im Bereich der vom Endkunden bzw. dem Vorleistungspartner zu verantwortenden Kommunikationsinfrastruktur beim Endkunden wie z.B. Telefonendgerät bzw. PC oder Störung im Bereich des Vorleistungsproduktes) sind dem Vorleistungspartner auf begründete Nachfrage jedenfalls umgehend die aus dem endkunden- bzw. netzseitigen Modem von TA auslesbaren und der betreffenden Teilnehmeranschlussleitung zugeordneten Daten in elektronischer Form umgehend bereitzustellen.

Seitens der Telekom-Control-Kommission wird festgehalten, dass die Bereitstellung eines naked-DSL Bitstream-Produktes, dessen technische Ausprägungen dergestalt sind, dass darüber auch Sprache in hinreichend guter Qualität erbracht werden kann, mit diesem Bescheid (ohnehin) angeordnet wird. Die Auferlegung einer Verpflichtung für Telekom Austria zum Anbieten eines unüberbuchten Bitstream-Produktes wäre im Einklang mit den getroffenen Feststellungen hingegen nicht gerechtfertigt, da ein solches Produkt im Ergebnis einer Mietleitung entspräche, welche nicht Teil des gegenständlichen Marktes ist.

Nur unter diesen Bedingungen ist die wettbewerbsfähige Erbringung von Sprachtelefoniediensten in der gleichen Qualität und Zuverlässigkeit, wie sie Telekom Austria ihren eigenen Endkunden bereitstellt (Regulierungsinstrumente-Gutachten, S 22,23), gewährleistet. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist mit der angeordneten Lösung auch das Vorbringen, wonach Telekom Austria sich selber „MPLS-Lösungen inkl. VoIP-Fähigkeit als last mile DSL-Technologie“ einsetzen würde, durch die getroffene Anordnung entsprochen.

Nicht zuletzt vor dem Grundsatz der Technologieneutralität bei der Auferlegung von Verpflichtungen gemäß §§ 37 ff TKG 2003 war daher dem Vorbringen von Telekom Austria nicht Folge zu leisten. Da der Zugang zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene zu den in Spruchpunkt 2.1.4. angeordneten Bedingungen es alternativen Betreibern ermöglicht, die Priorisierung von Sprachpaketen, sowie den Zugang und die Nutzung von Sprachtelefonie (VoB: Voice over Broadband) und Breitbandinternet, ebenso wie Telekom Austria aus einer Hand (one-stop-shopping) anzubieten, ohne die Teilnehmeranschlussleitung entbündeln zu müssen, war der Zugang spruchgemäß anzuordnen.

Im Übrigen hat sich Telekom Austria in ihren Stellungnahmen auch nicht grundsätzlich gegen die auch zukünftige Bereitstellung von „naked-DSL“-Produkten ausgesprochen.

Insgesamt senkt ein solches Produkt die Marktzutrittsbarrieren von alternativen ISPs auf der Endkundenebene erheblich („ladder of investment“), verringert so die Gefahr einer Marktmachtübertragung und unterstützt so auch den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

Die Anordnung des Zugangs zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene in Gebiet 2 in der geschilderten Qualität ist daher nach Abwägung aller Umstände und im Zusammenspiel mit dem Entbündelungsgrundsatz des § 38 Abs. 3 S 3 TKG 2003 geeignet und erforderlich, um dem festgestellten Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung zu begegnen.

Aus dem Entbündelungsgrundsatz ergibt sich daher die Wertung, dass ein marktmächtiges Unternehmen nicht durch den gebündelten Verkauf von Endkundenprodukten trotz der getrennten Überlassung der entsprechenden Vorleistungsprodukte an den Retailbereich den Umfang der Entbündelungspflicht gem. § 38 Abs. 3 S 3 TKG 2003 nach Belieben bestimmen und damit auch einschränken könnte. Auch diese Wertung spricht für die Verpflichtung des weiteren Aufrechterhaltens der Zugangsverpflichtung bezüglich eines „naked-DSL“-Produkts“.

7.3.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung in Gebiet 2

7.3.2.1. 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 bspw. an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte und gegebenenfalls deren Anpassung verlangen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL; ERG, S. 52ff).

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

Art. 13 Abs. 1 der „Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtung sowie deren Zusammenschaltung“ (Zugangsrichtlinie) ermächtigt die Regulierungsbehörde zur Hintanhaltung von unter anderem „Preisdiskrepanzen“ (in der

englischen Version „to apply a margin squeeze“, „Preis-Kosten-Schere“) zur Auflage von Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle.

§ 42 TKG 2003 nennt folgende alternativen (arg. „... oder ...“) Voraussetzungen für ihre Festlegung als geeignete spezifische Verpflichtung: Entweder das Halten von Preisen zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau oder das Praktizieren einer Preis-Kosten-Schere. Da, wie festgestellt, im gegenständlichen Zusammenhang das primäre wettbewerbliche Defizit nicht in der Gefahr überhöhter Entgelte gelegen ist, wurde von der Festlegung kostenorientierter Preise (z.B. LRIC oder Vollkosten) abgesehen.

Demgegenüber kann mit einem Retail-Minus-Ansatz sichergestellt werden, dass keine Preisdiskrepanz iSd § 42 TKG 2003 auftritt: Eine Preis-Kosten-Schere (Margin-squeeze) entsteht durch das autonome Setzen von Endkunden- und von Vorleistungspreisen auf einem relativen Niveau, das (auch effizienten) Wettbewerbern keine ausreichende Marge zur Deckung der eigenen Kosten lässt. Durch das Verhindern einer Preisdiskrepanz im Wege einer Verpflichtung zu Retail Minus können darüber hinaus auch alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten, während gleichzeitig Telekom Austria ein maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird.

Es zeigt sich, dass eine Verpflichtung, die geeignet ist, Preisdiskrepanzen zu verhindern, - wie eben Retail Minus, - in Übereinstimmung mit § 42 TKG 2003 steht und damit rechtlich zulässig ist. Die Anordnung einer Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus ist darüber hinaus auch europarechtlich (Artikel 13 Zugangsrichtlinie) möglich.

Eine Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus für das „Gebiet 2“ ist ein Eingriff in die Rechtssphäre des verpflichteten Unternehmens, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird. Dieser Eingriff ist jedoch aus den genannten Überlegungen geboten und damit gerechtfertigt.

Die Verpflichtung zu Retail Minus ist verhältnismäßiger iSd § 34 TKG 2003 als eine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierten Entgelten, da das Setzen der absoluten Preise in der Gestion der Telekom Austria bleibt. Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass eine Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus variable, da von Telekom Austria frei wählbare, Endkundenpreise gedanklich voraussetzt. Ausgehend von variablen Endkundenpreisen würde daher eine vorab eindeutig bestimmte Höhe des Vorleistungsentgelts die angeordnete Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus konterkarieren.

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

Telekom Austria ist aufgrund der in Feststellungen enthaltenen Vorgaben zur Berechnung des Retail-Minus jederzeit in der Lage, ausgehend vom – durch sie frei setzbaren Endkundenpreis – einen Vorleistungspreis auf Basis Retail-Minus anzugeben. Eine genauere Festlegung des „Minus“ ist daher nicht erforderlich.

Eine wesentliche Abweichung der vermeidbaren Kosten zwischen den beiden Gebieten wäre von Telekom Austria basierend auf einem geeigneten Kostenrechnungsmodell nachzuweisen.

7.3.2.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten:

Die Regulierung der Entgelte für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt auf Basis eines Retail-minus-Ansatzes ist aus folgenden Gründen der – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeignete Ansatz:

Insbesondere vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel ist angesichts der Marktanteile davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von Telekom Austria betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen. Gemäß den Feststellungen verfügt gegenwärtig Telekom Austria über einen

Marktanteil von ca. 47 %. Da Telekom Austria auf der Endkundenebene derzeit im Wesentlichen einen national einheitlichen Preis setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch in jene Gebiete überträgt, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist, kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, vergleichsweise gering sind.

Vor dem Hintergrund des am gegenständlichen Markt tendenziell fallenden Endkundenpreisniveaus ist daher eine Preissetzung auf Basis von Retail-minus jene Option, die am besten geeignet ist, den (potentiellen) Wettbewerbsproblemen, im Konkreten den möglichen Kampfpreisen und einem daraus resultierenden margin-squeeze, zu begegnen und gleichzeitig am wenigsten eingriffsintensiv für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist. Durch eine korrekte Festlegung des „Margin“ (des Abschlages vom Endkundenpreis auf den Vorleistungspreis) wird sichergestellt, dass kein margin-squeeze auftritt und alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten können, während gleichzeitig Telekom Austria maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird (die absolute Höhe des Preises kann Telekom Austria ohne regulatorische Vorgaben bestimmen, nur die Relation zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist über den „Margin“ festgelegt). Die angesichts der Preissetzungsmacht von Telekom Austria rein theoretisch mögliche Festlegung überhöhter Preise kann zwar mittels Retail-minus nicht verhindert werden, das Auftreten dieses Problems ist aber, wie festgestellt, nicht so wahrscheinlich, um einen stärkeren Eingriff (nämlich in Form kostenorientierter Preise) zu rechtfertigen.

Telekom Austria kann durch eine Senkung des Bitstream- und Endkundenpreises Entbündler einem margin-squeeze aussetzen. Aus regulatorischer Sicht sind margin squeezes grundsätzlich über alle Stufen der Vorleistungswertschöpfungskette zu vermeiden. Im hier vorliegenden Fall, in dem ein margin squeeze gegenüber der nächsten (bzw. komplementären) Stufe der Nachhaltigkeit auf der Ladder of investment (der Entbündelung) ausgelöst werden kann, kann dem Wettbewerbsproblem nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission allerdings mit der Auflage, entweder das Entgelt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen oder das Entgelt für terminierende Segmente von Mietleitungen entsprechend abzusenken, begegnet werden.

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus soll also langfristig zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene und schließlich auch auf der Vorleistungsebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Konsumenten möglich wären. Nicht zuletzt deswegen, weil Telekom Austria bereits derzeit die Preise für ihre Bitstream-Produkte nach der mit Bescheid M 1/05-59 ebenfalls auferlegten Entgeltkontrolle auf Basis Retail-Minus festlegt, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Entsprechend den getroffenen Feststellungen ist die Basis für die Berechnung des Zugangspreises der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis. Die Feststellungen zeigen, dass der gegenständliche Markt eine Saisonalität von einem Jahr aufweist (z.B. Weihnachtsgeschäft). Daher ist ein Durchrechnungszeitraum für die Berechnung des Margin-Squeezes von einem Jahr, berechnet ab dem Zeitpunkt der Überprüfung, sachgerecht und daher angemessen.

Der so errechnete Margin ist sodann von den Endkundenpreisen von Telekom Austria abzuziehen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen. Um eine etwaige Veränderung des margin bei einer Änderung des Endkundenpreises hintanzuhalten, ist in einem solchen Fall auch der Margin unter Berücksichtigung der oben angeführten Kosten neu zu berechnen. Die Telekom-Control-Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass im Fall einer allfälligen Preisdifferenzierung auf Endkundenebene durch Telekom Austria eine nach Gebiet 1 und 2 getrennte Überprüfung der Kostensituation der wholesale-Ebene als erforderlich angesehen wird, um das Entstehen eines Margin-Squeezes in Gebiet 2 zu hintanzuhalten.

Die Telekom-Control-Kommission verweist im Übrigen auf die Punkt B 4.2.2.2 getroffenen Feststellungen, um es Telekom Austria zu ermöglichen, margin-squeeze-frei anbieten und sich somit bescheidkonform verhalten zu können.

Im Unterschied zu den mit Bescheid M 1/05 auferlegten spezifischen Verpflichtungen sieht die Telekom-Control-Kommission davon ab, dass Telekom Austria eine Produktgruppenbetrachtung (asymmetrische und symmetrische breitbandige Bitstream-Produkte für Privat- und Geschäftskunden) bei der Beachtung der auferlegten Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auf Basis Retail Minus vorzunehmen hat. Diese Verpflichtung wurde durch das Erfordernis ersetzt, dass Telekom Austria verpflichtet ist, dass der Vorleistungspreis jedes Produktes so weit unter dem (Netto-)Endkundenpreis eines zugeordneten Produktes liegt, dass ein effizienter Betreiber zumindest seine variablen Kosten decken kann. Ansonsten könnte Telekom Austria ein Angebot bestimmter Produkte von ISPs am Endkundenmarkt faktisch verhindern, da ISPs üblicher Weise keinen höheren Endkundenpreis als Telekom Austria verlangen können und sich so ein negativer Deckungsbeitrag für sie ergeben würde. Die Betrachtung der variablen Kosten einzelner Produkte stellt damit den relevanten Maßstab für die Berechnung der Mindestmarge dar, während für die Gesamtbetrachtung aller Produkte die Vollkosten den Maßstab bilden.

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

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

Nationale versus regionale Entgelte:

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

Da am Markt für Trunk-Segmente von Mietleitungen effektiver Wettbewerb herrscht (s. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu dem Verfahren M 10/06 vom 4.9.2006) ist daher davon auszugehen, dass Telekom Austria bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist. Daher kann ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten.

Bei der regionalen Übergabe besteht keine dementsprechende Substitutionsmöglichkeit. Sie ist daher, im Gegensatz zur österreichweiten Übergabe, jedenfalls von der Preisfestsetzung mittels Retail-minus umfasst. In das Standardangebot aufzunehmen sind zudem Preise für die Errichtung regionaler Übergabepunkte, die sich am Aufwand der Errichtung zu orientieren haben.

Die Telekom-Control-Kommission kommt nach Abwägung aller Umstände zum Schluss, dass seitens Telekom Austria zumindest eine Vorankündigungsfrist von sechs Monaten bei der Adaption der regionalen Übergabepunkte eingehalten werden muss, weil eine sechsmonatige Vorankündigungsfrist gerade ausreichend ist, um es alternativen Betreibern zu ermöglichen, ihre eigene Netzplanung anzupassen und gegebenenfalls zusätzliche Leitungskapazitäten extern ankaufen zu können. Die Telekom-Control-Kommission hat eine solche Vorankündigungsfrist im Übrigen bereits im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen auf niedriger Netzebene für angemessen erachtet (Rechtskräftiger Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu Z 20/01-38 Anhang 13, Punkt 2.1. zum Thema Einzugsbereiche auf niedriger Netzebene vom 18.3.2002).

Konsistenz der Entgelte:

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

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen sowie von den Feststellungen zu M 11/06 für den Markt für terminierende Segmente, aus denen hervorgeht, dass Telekom Austria insbesondere in Gebiet 2, über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, was insbesondere für die „letzten Abschnitte“, also den Zugang zum Endkunden bzw. zum Hauptverteiler, gilt und der Tatsache, dass Entbündler daher bei der Anbindung an ihr Backbone in vielen Fällen auf Mietleitungen (terminierende Segmente) von Telekom Austria angewiesen sind, kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass ein margin-squeeze für Entbündler nun dann entstehen kann, wenn Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt und somit gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung senkt. Telekom Austria hat daher im Falle der Festlegung dieses Vorleistungsentgelts unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dafür Sorge zu tragen, dass die Nachfrager anderer regulierter Vorleistungsprodukte keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden. Angesichts der festgestellten Wettbewerbsprobleme kann es Telekom Austria überlassen werden, durch welche Maßnahmen (entweder Anpassung der Vorleistungspreise für terminierende Segmente von Mietleitungen bzw. für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen oder aber zumindest teilweises Beibehalten der marktgegenständlichen Vorleistungspreise) auf den erwähnten Vorleistungsmärkten Telekom Austria dieser Auflage nachkommt.

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

Investitionsanreize:

Die Höhe des Zugangspreises für Bitstream-Produkte ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (Telekom Austria), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (andere Betreiber), beeinflusst.

Es ist also bei der Festlegung des Zugangspreises sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria, vor allem in dünn besiedelten Gebieten, Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind die Investitionsanreize für Telekom Austria bei Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus auf jeden Fall sichergestellt, da Telekom Austria die absolute Höhe des Zugangspreises ohne regulatorische Vorgaben bestimmen kann, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht. Damit ist den Erfordernissen des § 42 Abs. 2 TKG 2003 Rechnung getragen.

Hinsichtlich der theoretischen Möglichkeit, dass ein Betreiber, der auf der Vorleistungsebene weniger effizient ist als Telekom Austria (und deshalb eigentlich nicht in den Markt eintreten sollte), Anreize zur Investition in Entbündelung haben könnte, wenn sich durch einen überhöhten Preis für Bitstream-Produkte trotz seiner Ineffizienz Möglichkeiten zum profitablen Markteintritt ergeben, hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwo-gen:

Das Ausmaß des Problems der überhöhten Preise vor dem Hintergrund der letzten Preisoffensive der Telekom Austria wird zunehmend geringer, somit relativiert sich auch das Problem der verzerrten Investitionsanreize durch überhöhte Preise. Auf jeden Fall führt Retail-minus nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zu den korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie Telekom Austria.

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

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

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffshäufigkeit möglichst gering zu halten, ist die Option (ii) nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission im Anlassfall die zweckmäßigste und - da auch weniger eingriffsintensiv - die rechtlich gebotene.

Dies deshalb, da eine ex-ante Genehmigung von (kostenorientierten) Entgelten eine sehr eingriffsintensive Maßnahme darstellt. Dem Gebot der geringsten Eingriffsintensität folgend (§ 34 TKG 2003), ist am gegenständlichen Markt die subsidiäre Anordnung im Anlassfall nur für den Fall, dass keine privatrechtliche Einigung zustande kommt, sowie für den Fall, dass seitens der Behörde der Verdacht besteht, dass die angewendeten Entgelte für den Zugang zum Bitstream-Produkt (erheblich) vom regulatorisch vorgegebenen Maßstab abweichen, daher die rechtlich gebotene Form der Tarifgenehmigung.

Entgelte für Bitstream-Produkte sind als Teil des Standardangebots entsprechend den obigen Ausführungen aufzunehmen.

Sonstige Leistungen:

Migration (in allen festgestellten Formen) ist einerseits nach Aufwand, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt und andererseits nichtdiskriminierend anzubieten. Grundsätzlich gilt dies ebenso für sonstige Nebenleistungen (Zusatzkosten, Services), die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

7.3.2.3. Zum Verhältnis der Entgeltkontrolle zur Gleichbehandlungsverpflichtung

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

Ausgangspunkt ist die Feststellung (Punkt 4.2.2), dass - ausschließlich - hinsichtlich der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes zur Vermeidung eines margin squeeze prinzipiell beide Regulierungsinstrumente gleich geeignet sind. Im Falle der Entgeltkontrolle wird explizit auf die von den jeweiligen Endkundenpreisen in Abschlag zu bringenden Kosten des Retailarms von TA verwiesen, während im Falle der Argumentation über die Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 darauf abgestellt wird, dass die Gleichbehandlungsverpflichtung sicherstellt, dass „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen“ (§ 38 TKG 2003).

Die Telekom-Control-Kommission hat zur Umsetzung der Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes das Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG 2003 auferlegt, da § 42 TKG 2003 in systematischer Hinsicht die einschlägigere Norm für eine Anordnung eines Regulierungsinstruments im Zusammenhang mit der Höhe des Entgelts ist. So lautet die Überschrift des § 42 TKG 2003 bereits „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“, während § 38 TKG 2003 generell die Gleichbehandlung zwischen den Betreibern regelt, ohne explizit auf Fragen der Entgelthöhe bzw. der Kostenorientierung einzugehen.

7.3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung in Gebiet 2

7.3.3.1. Allgemeines zu § 38 TKG 2003

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen,

dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

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

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

Standardangebot:

Da es sich bei Bitstream-Produkten um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich, um den nichtdiskriminierenden Zugang zu Bitstream-Produkten zu gewährleisten. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung für die Effektivität der Regulierung unerlässlich. Die Möglichkeit, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art. 9 Abs. 2, 3 Zugangs-RL). Eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorab-Verpflichtungen ist deutlich gegeben. So hält auch die ERG (S. 49) im Zusammenhang mit der Nichtdiskriminierung wie folgt fest: „Transparency is a natural complement to this obligation...“.

7.3.3.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten

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

Da ohne Vorabinformation der Nachfrager über die Änderung von marktgegenständlichen Produkten sowie die Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, diese nicht diskriminierungsfrei gegenüber dem Retail-Bereich der Telekom Austria eigene Produkte kreieren und zeitgerecht auf den Markt bringen könnten, ist es notwendig, der Telekom Austria eine Frist zur Vorabinformation der Nachfrager der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte aufzuerlegen. Diese Frist ist, entsprechend dem Implementierungsbedarf im Einzelfall, jedoch mit mindestens vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes, angemessen, um eine Diskriminierung von Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte gegenüber dem Retail-Bereich der Telekom Austria hintanzuhalten, und es andererseits dem Retail-Bereich von Telekom Austria zu ermöglichen, eigene Endkundenprodukte zu entwickeln und auf den Markt zu bringen, ohne über Gebühr Gefahr laufen zu müssen, gegenüber schnell entwickelten Endkundenprodukten von alternativen Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte ins Hintertreffen zu geraten. Eine nichtdiskriminierende Umsetzung der Vorabinformationsverpflichtung setzt daher voraus, dass alternative Anbieter vom Wholesale-

Bereich von Telekom Austria nicht später informiert werden dürfen, als der Retail-Bereich von Telekom Austria. Für eine effiziente Umsetzung der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung wird es als geboten erachtet, dass TA die Veröffentlichung ihres Standardangebots auf der Unternehmenshomepage vornimmt.

Darüber hinaus wurde in der konkreten Verpflichtung aufgenommen, dass das veröffentlichte Standardangebot aktualisiert werden muss, sobald eine Änderung desselben erfolgt. Eine laufende Aktualisierung steht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

Ein web-veröffentlichtes Standardangebot informiert neu in den Markt eintretende Betreiber einfacher und rascher als wenn ein potentieller Vorleistungsnachfrager die Übermittlung eines Standardangebotes erst anfragen muss. Allfälligen Verzögerungstaktiken kann damit effizient begegnet werden. Bestehende Vorleistungsnachfrager können sich einfach, rasch und ohne direkte Kontaktaufnahme mit dem verpflichteten Unternehmen über Änderungen desselben informieren und gegebenenfalls eine Änderung ihrer Konditionen nachfragen.

Um zu gewährleisten, dass nachfragende Kommunikationsnetz- bzw. Kommunikationsdienstbetreiber (in diesem Zusammenhang sind das regelmäßig Internet Service Provider - ISP) den Zugang zu Bitstream-Produkten zu nicht wettbewerbsverzerrenden Bedingungen erhalten, soll sich das zu legende Standardangebot weiterhin am Wholesale-Standardangebot der Telekom Austria orientieren, und daher alle gängigen Bandbreiten abdecken, alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen, wie Service Level Agreements für alle marktgegenständlichen Produkte, enthalten, sowie von Telekom Austria veröffentlicht werden.

Die in Spruchpunkt 2.3 angeordnete Verpflichtung, auch für zukünftige Endkundenprodukte, die dafür notwendigen und – technologieneutral - in diesen Markt fallenden Vorleistungsprodukte (bspw. andere Overbookingfaktoren oder mehrere Kanäle pro Kunde), nachfragenden Wettbewerbern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, resultiert bereits aus dem Charakter der Nichtdiskriminierungsverpflichtung an sich. Ein „Einschränken“ der Nichtdiskriminierungsverpflichtung auf Vorleistungsprodukte für bereits bestehende Endkundenprodukte würde das Umgehen der Nichtdiskriminierungsverpflichtung geradezu statuieren.

Das Angebot soll zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit (im Wholesale-Standardangebot von Telekom Austria angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne der TKMVO 2003 zuzurechnen sind. Darüber hinaus sind gemäß dem in § 38 Abs. 3 TKG 2003 festgelegten Entbündelungsgrundsatz auch „naked-DSL“-Produkte in das zu legende Standardangebot aufzunehmen. Ebenso sind in das Standardangebot Bestimmungen hinsichtlich der entsprechend längeren Vorlaufzeit für ISPs für den Fall vorzusehen, dass Telekom Austria technisch neue Produkte, die – technologieneutral - innerhalb des bestehenden Marktes zu liegen kommen, auf den Endkundenmarkt bringt.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Auffassung, dass hinsichtlich einer Operationalisierung der Gleichbehandlungsverpflichtung, eine von TA abgelehnte Anfrage auf Herstellung eines bestimmten Bitstream-Produktes auf einer fallbezogenen aussagekräftigen Begründung basieren solltet und diese, sowie die einer solchen Ablehnung allenfalls zugrunde liegenden TA-internen (EDV)-Informationen, auf Nachfrage übermittelt werden sollte, und weist in diesem Zusammenhang auf §§ 90f TKG 2003 hin.

Im Zusammenhang mit dem Anbieten von AonTV-Produkten auf der Endkundenebene durch TA ist an dieser Stelle festzuhalten, dass bei Nachfragern der marktgegenständlichen Leistung nach Bitstream-Zugang, deren Endkunde(n) bereits AonTV von Telekom Austria beziehen oder AonTV von Telekom Austria beziehen wollen, die Überprüfung hinsichtlich der konkreten technische Realisierbarkeit des Bitstream-Zugang in nichtdiskriminierender Weise vorzunehmen ist. Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungsverpflichtung wäre darin zu sehen, dass der Bezug des Bitstream-Produktes über Telekom Austria nach Maßgabe der

technischen Möglichkeiten ermöglicht wird, während der Bezug des Bitstream-Produktes über einen Nachfrager der marktgegenständlichen Leistung generell nicht ermöglicht wird. Diese Praxis könnte als mögliche Einschränkung fremden Absatzes ggf. auch kartellrechtlich bedenklich sein.

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

Das Standardangebot hat daher – diesen Ausführungen folgend und entsprechend den Feststellungen zu Punkt B 4.2.3.2. - insbesondere auch Bestimmungen zu Bedingungen und Preisen betreffend die Migration zwischen verschiedenen Produkten auf Vorleistungsebene zu enthalten.

Die in Spruchpunkt 2.2.5 angeordnete Verpflichtung, dass Telekom Austria erst ab tatsächlicher Leistungserbringung an den Endkunden Entgelte für das dafür notwendige Bitstream-Zugangsprodukt verrechnen darf, ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission erforderlich um das Entstehen einer Preis-Kosten-Schere am Beginn jeder Vertragsbeziehung über ein Bitstream-Produkt zu verhindern. Die festgestellte Gefahr des Auftretens einer Preis-Kosten-Schere erfordert unter Berücksichtigung der Interessen aller Verfahrensparteien die nunmehrige neue Anordnung dieses Spruchpunktes.

Die in Spruchpunkt 2.3.3. der Telekom Austria auferlegte Verpflichtung zur Gewährleistung eine fehlertoleranten Eingabemaske im Rahmen der Bestellabwicklung über die bereits bestehende Bestelloberfläche (SOAP) samt der auferlegten Verpflichtung, nähere Bestimmungen dazu in das Standardangebot aufzunehmen, gründet in der Überlegung, dass die Implementierung eines effizienten Bestellprozess, der das Entstehen von an sich vermeidbaren zusätzlichen Zeitverzögerung möglichst hinten hält, im Interesse aller Verfahrensparteien liegt. Eine solche Bestelloberfläche dient somit auch der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung durch Telekom Austria und war daher unter Berücksichtigung der Interessen aller Verfahrensparteien anzuordnen.

Auch die in Spruchpunkt 2.4. aufgenommene Verpflichtung, dass der alternative Nachfrager nach Bitstream-Produkten rechtzeitig über den Beginn der Leistungserbringung durch TA sowie gegebenenfalls über den Versand des Modems (den Zeitpunkt des tatsächlichen Versands) durch Telekom Austria informiert werden, gründet sich auf das Ausgeführte zum Thema Ermöglichung der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung.

Die Telekom-Control-Kommission kommt nach Abwägung aller Umstände zum Schluss, dass die Information über den tatsächlichen Beginn der Leistungserbringung bzw. den Modemversand drei Arbeitstage (Dauer des Postwegs) vor Beginn der Leistungserbringung bzw. vor Versand des Modems erfolgen muss. Mit dieser Frist ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein angemessener Interessenausgleich zwischen Telekom Austria und den Nachfragern nach Bitstream-Produkten gefunden.

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

Die festgelegte Frist zur Legung eines Standardangebotes binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist vor dem Hintergrund angemessen, dass ein marktgegenständliches Standardangebot bereits besteht, das Telekom Austria im Wesentlichen übernehmen kann. Die vorgesehene Frist ist auch ausreichend, um eine allfällige Aktualisierung desselben vorzunehmen. Allenfalls in einem Verfahren nach § 50 TKG 2003 angeordnete Regelungen sind ebenfalls nichtdiskriminierend anzubieten und auch in das Standardangebot aufzunehmen. Die Verpflichtung zur Adaption des Standardangebots für das Gebiet 2 im Hinblick auf die in den Spruchpunkten 2.2.5., 2.3.2. und 2.3.3. erstmals angeordneten Verpflichtungen binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist im Hinblick auf die Notwendigkeit der nichtdiskriminierenden Leistungsbereitstellung erforderlich.

7.3.3.3. Zum Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten

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

Alternativ zum Standardangebot ließen sich die notwendigen Informationen über technische, wirtschaftliche und rechtliche Parameter auch über eine Transparenzverpflichtung sicherstellen. Diese Informationsverpflichtungen würden aber im Wesentlichen die Bestandteile im Standardangebot enthalten müssen, sodass die Transparenzverpflichtung letztendlich auf die Veröffentlichung der Teile des Standardangebots hinausläufe und somit nicht gelinder wäre.

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

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

7.3.4. Getrennte Buchführung für das gesamte Bundesgebiet

7.3.4.1. Allgemeines zu § 40 TKG 2003

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

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

Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL). Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben. So hält auch die ERG (S. 49) fest: „This obligation is specifically put in place to support the obligations of transparency and non-discrimination. It may also act to support the NRA in implementing price control and cost accounting obligations“.

Da die Gleichbehandlungsverpflichtung nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist zudem eine getrennte Buchführung (§ 40 TKG 2003) für das ganze Unternehmen auf Geschäftsbereichebene notwendig. In diesem Zusammenhang ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können

7.3.4.2. Zur angeordneten Verpflichtung im Konkreten

Nach den Feststellungen ist zur unterstützenden Bekämpfung der identifizierten Wettbewerbsprobleme eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Kostenrechnungssystem) in der in Spruchpunkt 2.5. angeordneten Gliederung erforderlich.

Da Telekom Austria auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Terminierung, Mietleitungen terminierende Segmente, Entbündelung), und aus denselben Überlegungen wie oben dargestellt, auf diesen Märkten ebenfalls zu kostenorientierten Entgelten verpflichtet wurde, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ein verhältnismäßiges Regulierungsinstrument, da die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der vorgesehenen Form (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) und für den gesamten Markt (Gebiete 1 und 2) ist daher auch diesem Gesichtspunkt angemessen. Zur Verhinderung von Marktmachtübertragungen ist dieses Regulierungsinstrument daher als unterstützendes Element der Telekom Austria aufzuerlegen. Das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung werden von der Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

7.3.5. 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).

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

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

erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist, was nach den Ausführungen des Gutachtens der Fall ist.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist daher – basierend auf den getroffenen Feststellungen – das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw. durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

7.3.6. 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 Verpflichtungen des Bescheides M 1/05-59 - Übergangsfristen

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

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 1/05-59 vom 28.2.2006 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes (Spruchpunkt 2.4. der Entscheidung M 1/05) und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sicher stellen möchte, dass die Verfahrenspartei die (weitgehend) unveränderte Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 1/05 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die Frist für die Legung und (Web-)Veröffentlichung beendet ist und das neue Angebot damit bereits veröffentlicht ist.

Zur Frage des Wirksamkeitsbeginns der Aufhebung der Verpflichtungen des Bescheides M 1/05-59 war eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse von Telekom Austria, möglichst rasch „aus der Regulierung in „Gebiet 1“ entlassen zu werden“ und dem Vertrauensschutz von Nachfragern nach xDSL-Vorleistungsprodukten vorzunehmen. Die Telekom-Control-Kommission hat sich für eine differenzierende, auf das Vorhandensein von Endkundenverträgen abstellende, Lösung entschieden:

Die Frist zum Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung wird von der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich bestehender xDSL-Anschlüsse (für ebenfalls bestehende Endkundenverträge) mit 1.1.2009 festgelegt. Angeordnet wurde, dass zum 31.12.2008 bestehende Wholesale-Verträge des „Gebietes 1“ frühestens zum 1.1.2009 sowie nur unter Einhaltung der im xDSL-Wholesale-Vertrag vereinbarten Kündigungsfrist seitens Telekom Austria kündbar sind.

Diese Regelung ist insofern angemessen, als Nachfrager nach x-DSL-Vorleistungsprodukten in „Gebiet 1“ mit Inkrafttreten der gegenständlichen Anordnung vor der Tatsache stehen, dass Telekom Austria ab diesem Zeitpunkt rechtlich nicht mehr verpflichtet ist, xDSL-Vorleistungsprodukte auf Basis von Retail-minus und diskriminierungsfrei anzubieten.

Bezieher von xDSL-Vorleistungsprodukten haben hinsichtlich jedes einzelnen Vorleistungsproduktes regelmäßig auch einen korrespondierenden Endkundenvertrag abgeschlossen. Die getroffenen Vereinbarungen auf dem gegenständlichen Markt sind Voraussetzung dafür, dass alternative ISPs ihren Endkunden Breitbandinternetprodukte auf Basis von xDSL-Wholesale anbieten können. Es ist daher zu berücksichtigen, dass ein etwaiges Wegfallen der Vorleistung durch Telekom Austria nicht nur dazu führt, dass zukünftig keine zusätzlichen Endkundenverträge abgeschlossen werden können, sondern auch dazu, dass unter Umständen für bestehende Endkundenverträge die notwendige Vorleistung wegfällt (sofern es dem alternativen ISP nicht rechtzeitig gelingt, auf andere – allerdings nicht regulierte, bzw. auch nicht zwingend marktgegenständliche – Vorleistungsprodukte auszuweichen). Es besteht daher für alternative Nachfrager von xDSL-Wholesale zusätzlich zum Risiko des Wegfalls bzw. der Verschlechterung des Vorleistungsproduktes das konkrete und bezifferbare Risiko, gegenüber eigenen Endkunden schadenersatzpflichtig auf Grund von Nichterfüllung zu werden. Dieses Risiko sowie die für alternative Nachfrager entstehende Notwendigkeit, alternative Vorleistungsprodukte zu finden, rechtfertigt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Festlegung der Frist zum Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung am oberen Ende der gesetzlich zulässigen Frist von sechs Monaten.

Die Aufhebung der Verpflichtung zum Abschluss neuer xDSL-Wholesale-Verträge bereits mit Rechtskraft dieses Bescheides ist angesichts der getroffenen Feststellungen und der in Gebiet 1 existierenden geringen Markteintrittsbarrieren (insb. der auf Infrastrukturebene existierenden Alternativen) angemessen, da die angeführten Risiken in diesem Fall nicht existieren.

Dem Vorbringen von Telekom Austria nach einem vollständigen Entfall einer Übergangsfrist (siehe diesbezüglich auch die Ausführungen zu Punkt C 2.8.2 dieses Bescheides) war aus den angeführten Gründen daher nicht zu folgen.

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

9.1. Allgemeines

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von 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 §§ 37ff TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen war.

9.2. Zu den eingelangten Stellungnahmen gemäß §§ 128 TKG 2003

Es wurde von folgenden Organisationen bzw. Personen eine Stellungnahme abgegeben, ohne in weiterer Folge als Partei am Verfahren beteiligt zu sein: lapisaureus Telekom Know How Sharing, Wirtschaftskammer Österreich Bundesparte Information und Consulting, Hr. David Sokolov, Verband alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) und Internet Service Providers Austria (ISPA). Hinsichtlich des Vorbringens dieser Stellungnahmen wird auf die Punkte D 3, D 6 und D 7 dieses Bescheides verwiesen.

Bezüglich der Stellungnahme der Telekom Austria AG wird auf die Ausführungen in der Beweiswürdigung unter Punkt II C 2 dieses Bescheides verwiesen. Zu den Inhalten der von anderen Verfahrensparteien gemäß §§ 128 TKG 2003 abgegebenen Stellungnahmen wird auf die Punkte D 3, D 6 und D 7 dieses Bescheides verwiesen.

9.3. Zur eingelangten Stellungnahme der Europäischen Kommission im Rahmen des Verfahrens nach § 129 TKG 2003

Die Europäische Kommission gab am 26.2.2008 ihre Stellungnahme ab (ON 58). Unter sinngemäßer Wiedergabe der wesentlichen Punkte des konsultierten Maßnahmenentwurfs führte sie abschließend aus, keine Stellungnahme abzugeben. In inhaltlicher Hinsicht teilte sie mit, dass die vorgenommene „Auferlegung von unterschiedlichen Abhilfemaßnahmen im gleichen relevanten Markt“ vom zugrunde liegenden Rechtsrahmen nicht ausgeschlossen sei (ON 58, S 8).

9.4. Zur Frage der Durchführung eines neuerlichen Verfahrens gem. §§ 128, 129 TKG 2003

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt des ursprünglich dem Konsultations- und Koordinationsverfahren gem. §§ 128, 129 TKG 2003 unterworfenen Entwurfs einer Vollziehungshandlung hat sich gegenüber dem Konsultationsentwurf nicht entscheidungsrelevant zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht geändert. Nachdem die Europäische Kommission am 26.03.2008 mitgeteilt hatte, zum übermittelten Maßnahmenentwurf keine Stellungnahme abzugeben, sah die Telekom-Control-Kommission von der Durchführung einer neuerlichen öffentlichen Konsultation bzw. Koordination gem. §§ 128 und 129 TKG 2003 ab.

10. Zu den gestellten Anträgen auf Fristerstreckung bzw. auf Ermittlungsschritte

Es wurde vorgebracht, dass Telekom Austria im Vergleich zu allen anderen Verfahrensparteien wesentlich länger Zeit zur Stellungnahme und zur Erarbeitung/Beauftragung von eigenen Gutachten gehabt hätte. Darin liege eine grundrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung der Verfahrensparteien zueinander (Verstoß gegen das Gebot des fair trial).

Der Verwaltungsgerichtshof hatte am 28. März 2008 im Endeffekt entschieden, betroffenen Wettbewerbern der Telekom Austria Parteistellung im Sinne des § 8 AVG einzuräumen. Bereits am 1.4.2008 hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, das gegenständliche Verfahren unter Miteinbeziehung aller – wenn auch erst zu ermittelnder – Betroffener fortzusetzen.

Hinsichtlich des mehrfach erhobenen Vorwurfs der zu kurz bemessenen Stellungsfristen ist daher auf die tatsächlich zur Verfügung stehenden Fristen zu verweisen: Nach Mitteilung über die Zuerkennung von Parteienrechten an – mit Ausnahme von Resellern und Callshops – alle Inhaber einer Bestätigung über eine Allgemeingenehmigung mit Schreiben vom 01.04.2008 (ON 61) wurden in einem ersten Schritt alle bis dahin vorhandenen „verfahrensrelevanten Schriftstücke“ (siehe dbgl. Punkt II A) an alle Verfahrensparteien, die auf Ersuchen (ON 61) der Telekom-Control-Kommission eine E-Mail-Adresse zur elektronischen Dokumentenzustellung bekannt gaben, binnen Tagesfrist übermittelt. In einem weiteren Schritt wurden am 10.6.2008 allen im Verfahren verbliebenen 38 Parteien neuerlich elektronisch die in der Zwischenzeit in den Akt aufgenommenen Aktenstücke übermittelt (ON 476ff, ON 484ff).

Die Telekom-Control-Kommission weist ferner entgegennend darauf hin, dass die im Verfahren gesetzten Fristen sich an der einschlägigen Rechtsprechung der Höchstgerichte orientierten.

Ferner war zu berücksichtigen, dass die Telekom-Control-Kommission zu einer zeitnahen Entscheidung gehalten war. Neben dieser Forderung bereits aus allgemeinen Grundsätzen ist im konkreten Fall aber auch darauf hinzuweisen, dass mehrfach kritisiert wurde, dass das diesem Bescheid zu Grunde liegende Datenmaterial nicht mehr aktuell sei. So wurde etwa ausdrücklich beantragt, neue Gutachten zur Klärung der in diesem Verfahren zu lösenden Fragen (Beträchtliche Marktmacht bzw. adäquate Regulierungsinstrumente) auf Basis aktueller Daten zu beauftragen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kommt in diesen Anträgen das Interesse an einer raschen Entscheidung – basierend auf einer möglichst aktuellen Datenlage – zum Ausdruck. Die Telekom-Control-Kommission hatte daher zwischen dem Erfordernis nach einer raschen Entscheidung auf möglichst aktueller Datenlage einerseits und zwischen der Notwendigkeit der Einräumung von ausreichend langen Stellungnahmefristen abzuwägen. Die im Endeffekt zugestanden Stellungnahmefristen (Zeitraum von der Übermittlung von Aktenbestandteilen bis zum tatsächlichen Entscheidungszeitpunkt) war nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ausreichend, um ggf. eigene Stellungnahmen abzugeben. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass einige Betreiber, trotz der kritisierten Fristenlage, sehr wohl in der Lage waren, eigene, durchaus umfangreiche Gutachten (siehe bspw. ON 375) im Verfahren vorzulegen. Der Vorwurf der Unmöglichkeit zur Vorlage von eigenen Gutachten bzw. ausführlichen Stellungnahmen ist schon von daher nur äußerst bedingt aufrechtzuerhalten.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf das allen Parteien zustehende Recht auf Akteneinsicht ab dem 1.4.2008, das jederzeit wahrgenommen werden konnte bzw. wahrgenommen werden hätte können.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Auffassung, dass angesichts der Umstände die eingeschlagene Vorgangsweise keine Beeinträchtigung von Rechten der Verfahrensparteien zur ausreichenden Frist zur Stellungnahme und keine rechtlich unzulässige Ungleichbehandlung der Verfahrensparteien darstellt.

Die Telekom-Control-Kommission hat in ihrer Sitzung vom 4.7.2008 das Vorbringen zur angeblichen Befangenheit der Mitglieder der Telekom-Control-Kommission im Sinne des § 7 Abs. 1 AVG geprüft, allerdings keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Befangenheit festgestellt.

Auch die vorgebrachten Bedenken gegen die Amtssachverständigen sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht geeignet, die von den Amtssachverständigen getroffenen Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen. Im Übrigen wird auf § 53 AVG hingewiesen, wonach lediglich nichtamtliche Sachverständige von einer Partei abgelehnt werden können.

11. Zur Parteistellung:

Gemäß § 42 Abs. 1 AVG sowie dem Hinweis in der ergangenen Bekanntmachung zur Anberaumung einer mündlichen Verhandlung am 30.5.2008, wonach Präklusion eintritt, wenn nicht spätestens in der Verhandlung am 30.5.2008 sachliches Vorbringen erstattet werde, sofern nicht bereits davor sachliches Vorbringen erstattet wurde, war das Verfahren ab dem 30.5.2008 unter Miteinbeziehung der in Punkt II A genannten 38 Unternehmen fortzuführen.

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 des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 04.07.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé