

M 1/03-61

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 20.12.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 1/03 einstimmig folgenden

Bescheid

beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Markt Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 1 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 46 Abs. 1 TKG 2003 ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten aller zusammengeschalteten Betreiber öffentlich zugänglicher Telefondienste,

- a) sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren durch Wählen einer Kennzahl
- b) als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen,

zu ermöglichen.

2.2. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 in Verbindung mit § 38 TKG 2003 binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot zu legen, um Betreibern öffentlich zugänglicher Telefondienste den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu ermöglichen. Das Standardangebot hat Bestimmungen zumindest hinsichtlich der folgenden Punkte zu enthalten:

- Prozedere hinsichtlich Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der anordnungsgegenständlichen Leistungen,
- Bestimmungen hinsichtlich Vertragsgegenstand, Entgelte, technische Voraussetzungen beim Vertragspartner,
- Bestellung, Bereitstellung Stornierung und Kündigung von einzelnen Leistungen.

2.3. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 38 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die Leistung „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, diese Vorleistung anderen Unternehmern zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten.

2.4. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 ihre Geschäftsbedingungen sowie ihre Endkundenentgelte, ausgenommen Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten, der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen. Die Endkundenentgelte müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.

Von der Kostenorientierung sind zumindest umfasst:

- Grundentgelte und die Herstellung von Anschlüssen,
- Rabatte.

2.5. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

3. Sämtliche auf Grund der festgestellten marktbeherrschenden Stellung nach § 33 TKG 1997 iVm § 133 Abs. 7 TKG 2003 bis zur Rechtskraft dieses Bescheides geltenden Verpflichtungen der Telekom Austria AG in Bezug auf die Leistungen hinsichtlich gem. Spruchpunkt 2.1. – 2.5. werden gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Verfahren zu M 1/03 gemäß § 37 TKG 2003 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und DI Kurt Reichinger Reichinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens (in der Folge Marktanalyse-Gutachten) zur Frage beauftragt, ob auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ gemäß § 1 Z 1 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. In diesem Zusammenhang waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. Ferner war durch die Gutachter das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den gegenständlichen Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen.

Die RTR-GmbH leitete daraufhin das Verfahren VBAF2003 zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts im gegenständlichen Verfahren ein. Im Zuge dieses Verfahrens wurde an alle betroffenen Unternehmen ein Auskunftersuchen zur Übermittlung der für die Entscheidung in diesem Verfahren notwendigen Daten gerichtet. Teilweise wurden von der Telekom-Control-Kommission Auskunftsbescheide gemäß § 37 iVm. § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 beschlossen, in denen die betroffenen Unternehmen aufgefordert wurden, fehlende Daten zu übermitteln; so auch gegenüber Telekom Austria AG (im Folgenden: TA), Bescheid vom 19.1.2004. Alle für dieses Verfahren notwendigen Informationen wurden schlussendlich übermittelt.

Das Marktanalyse-Gutachten (ON 25) wurde der TA am 15.6.2004 zur Stellungnahme zugestellt (ON 27).

Am 7.6.2004 fasste die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/03 (Marktanalyse Zugang Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten), dass die TA auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 1 TKMVO 2003 vorläufig über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

In ihrer Sitzung am 7.6.2004 wurden ferner von der Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens (in der Folge Regulierungsinstrumente-Gutachten) zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für TA aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Marktanalyse-Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen. In diesem Zusammenhang war durch die Gutachter auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

TA übermittelte am 16.4.2004 eine Stellungnahme unter Beischluss eines Gutachtens von European Economic & Marketing Consultants (EE&MC) („Implikationen des TKG 2003 für die TA“), in dem auch Ausführungen zum gegenständlichen Markt getätigt wurden (ON 20).

TA übermittelte am 16.7.2004 eine Stellungnahme (ON 30) zum Marktanalyse-Gutachten unter Beischluss eines Gutachtens von EE&MC („Expertise zum Gutachten „Marktanalyse Festnetz-Sprachtelefonie“).

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten wurde am 16.8.2004 an die Telekom-Control-Kommission übermittelt und von dieser zum Akt genommen (ON 32).

Die Amtssachverständigen griffen im Zuge der Gutachtenserstellungen (ON 25, ON 32) auf die im Zuge des Verfahrens VBAF2003 ermittelten Daten zurück.

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten wurde der TA am 17.8.2004 zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde TA ein von der European Regulators Group erstelltes Dokument („Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“) zur Kenntnisnahme zugestellt (ON 33).

Am 6.9.2004 wurde TA von der Telekom-Control-Kommission gehört und überreichte in der Anhörung weitere Unterlagen (ON 37), darunter auch eine „Kommentierung des wirtschaftlichen Gutachtens der RTR bezüglich Regulierungsinstrumente“ von EE&MC.

TA übermittelte ferner am 7.9.2004 eine Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 38).

Die Protokollrüge der Telekom Austria vom 17.09.2004 zur mündlichen Verhandlung am 6.9.2004, eingelangt am 20.09.2004, wurde zum Akt genommen.

Am 19.10.2004 wurde beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht der Zusammenschluss der UTA Telekom AG (UTA) und der Tele2 Telecommunication Services GmbH angezeigt (Tele2).

Am 22.10.2004, 5.11.2004 und am 2.12.2004 wurde von TA eine Stellungnahme zu den inhaltlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA übermittelt.

Es wurden von folgenden Organisationen Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens nach § 128 TKG 2003 abgegeben: Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber - VAT (ON 53), UTA Telekom AG (ON 54) sowie von Telekom Austria AG (ON 55).

Die Europäische Kommission übermittelte am 10.12.2004 ihre Stellungnahme gemäß Art 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie (ON 58).

Stellungnahmen anderer Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union langten nicht ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Marktabgrenzung des Marktes „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“

1.1. TKMVO 2003

In § 1 Z 1 TKMVO 2003 wird der Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ genannt. Die erläuternden Bemerkungen halten dazu sinngemäß wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 1 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Bestandteil des Zugangsmarktes zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten sind analoge und digitale Zugangsrealisierungen zum öffentlichen Telefonnetz über ein eigenes Kupferdoppelader- bzw. Glasfasernetz, entbündelte Leitungen, Mietleitungen und über Kabelnetze (CATV-Anschlüsse). Der Zugang umfasst Anschluss und Erreichbarkeit für ankommende Verbindungen. Zugangsrealisierungen zum öffentlichen Telefonnetz über Mobiltelefonnetze sind nicht Bestandteil dieses Marktes.

Aufgrund unterschiedlicher Nachfragecharakteristik und anderen Formen der Marktbearbeitung durch Anbieter sind Privat- und Nichtprivatkunden getrennten Märkten zuzurechnen.“

§ 2 TKMVO 2003 legt als räumliches Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes das Bundesgebiet fest.

Nichtprivatkunden im Sinne dieser Bestimmung sind alle juristischen Personen und Körperschaften des öffentlichen oder privaten Rechts, Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften und Gesellschaften bürgerlichen Rechts sowie natürliche und juristische Personen, die Unternehmer im Sinne von § 1 Konsumentenschutzgesetz, BGBl Nr. 140/1979 idgF sind. Vorbereitungsgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 3 leg cit sind für Zwecke der gegenständlichen Marktabgrenzungen den jeweiligen Märkten für Nichtprivatkunden zuzurechnen.

Auf der Vorleistungsebene sind gemäß den erläuternden Bemerkungen zur TKMVO 2003 von der Marktdefinition auch Eigenleistungen erfasst; das sind Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selbst zur Verfügung stellt. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

1.2. Zum Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ und zum Verhältnis zu benachbarten Märkten

Der gegenständliche Markt steht sowohl in horizontaler als auch in vertikaler Beziehung mit anderen Märkten der TKMVO 2003 in Verbindung.

Es bestehen komplementäre Beziehungen zwischen dem vorliegenden Markt und den Verbindungsmärkten (§ 1 Z 3, 4 und 6 der TKMVO 2003). Anschlussleistungen gemäß den Märkten § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 (Zugangsmärkte) werden, unter der Voraussetzung, dass der betreffende Betreiber seine Endkunden entweder selbst angeschlossen hat oder

über entbündelte Leitungen verfügt, vielfach im Bündel mit Leistungen für Gesprächsverbindungen angeboten.

Die vertikalen Beziehungen der Märkte gemäß § 1 Z 1 – 9 der TKMVO 2003 lassen sich anschaulich durch die Logik der Abwicklung eines Telefongesprächs erläutern:

Um ein Telefongespräch (bzw. allgemeiner einen Verbindungsaufbau) führen zu können, benötigt der Endkunde zunächst einen Zugang, der in Form eines Anschlusses (POTS, ISDN, Multi-ISDN, Kabel, wireless) an das feste öffentliche Netz bereitgestellt wird. Dieser kann grundsätzlich auf zwei Arten bereitgestellt werden: i) der Anbieter errichtet (bzw. entbündelt) selbst den entsprechenden Zugang zum Teilnehmer (Teilnehmernetzbetreiber), oder aber ii) er benutzt vorhandene Zugangsmöglichkeiten eines anderen Anbieters (Verbindungsnetzbetreiber).

Von zentraler Bedeutung ist schließlich auch der Umstand, dass es sich bei Telekommunikationsdienstleistungen um Ende-zu-Ende Beziehungen handelt, d.h., dass gleichzeitig eine Verbindung zwischen Endteilnehmern (allenfalls) auch verschiedener Netze herzustellen ist. Dies setzt den wechselseitigen terminierenden Zugang zu allen anderen Netzen (bzw. Teilnehmern) voraus. Für die Erstellung von Endkundenprodukten ist daher – seitens der Anbieter – jedenfalls eine entsprechende Terminierungsleistung Voraussetzung. Weiters wird für alle nicht direkt angeschlossenen Teilnehmer der Bezug einer Originierungsleistung von jenem Betreiber benötigt, an dessen Netz der entsprechende Teilnehmer angeschlossen ist und von dem das Gespräch ausgeht. Je nach Verkehrsführung können auch Transitleistungen notwendig sein.

Die Art der Beziehung zwischen den Vorleistungsmärkten (upstream / wholesale) und den Endkundenmärkten (downstream / retail) ist zentral von Parametern wie zum Beispiel der Qualität, den Tarifen, dem Zeitpunkt der Bereitstellung und den wettbewerblichen Gegebenheiten abhängig. So ist etwa die mögliche technische Qualität für Endkundenprodukte direkt von der Qualität der bereitgestellten Vorleistung abhängig. Endkundentarife enthalten andererseits die auf den Vorleistungsmärkten zugekauften Leistungen als wesentliche Kostenparameter. Anbieter, die sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenmärkten tätig sind, haben somit grundsätzlich andere Möglichkeiten der Angebotserstellung (Integration, Entwicklung neuer Dienste etc.) als Anbieter, die ausschließlich auf den Zukauf von Vorleistungsprodukten zur Erstellung von Endkundenprodukten angewiesen sind.

2. Zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht

2.1. Die einzelnen Marktmachtindikatoren

2.1.1. Marktentwicklung und Marktanteile

Einen Überblick über die Gesamtmarktentwicklungen aller Marktteilnehmer geben Abbildungen 1 und 2. Man erkennt sowohl bei den in 64kbit/s Äquivalenten ausgedrückten Mengenergebnissen (Abbildung 1) als auch bei Umsätzen (Abbildung 2) einen de facto stabilen Verlauf der Werte für den gegenständlichen Markt. Ausnahmebereiche stellen dabei die moderaten Zuwächse bei den ISDN Anschlüssen bzw. Umsätzen dar.

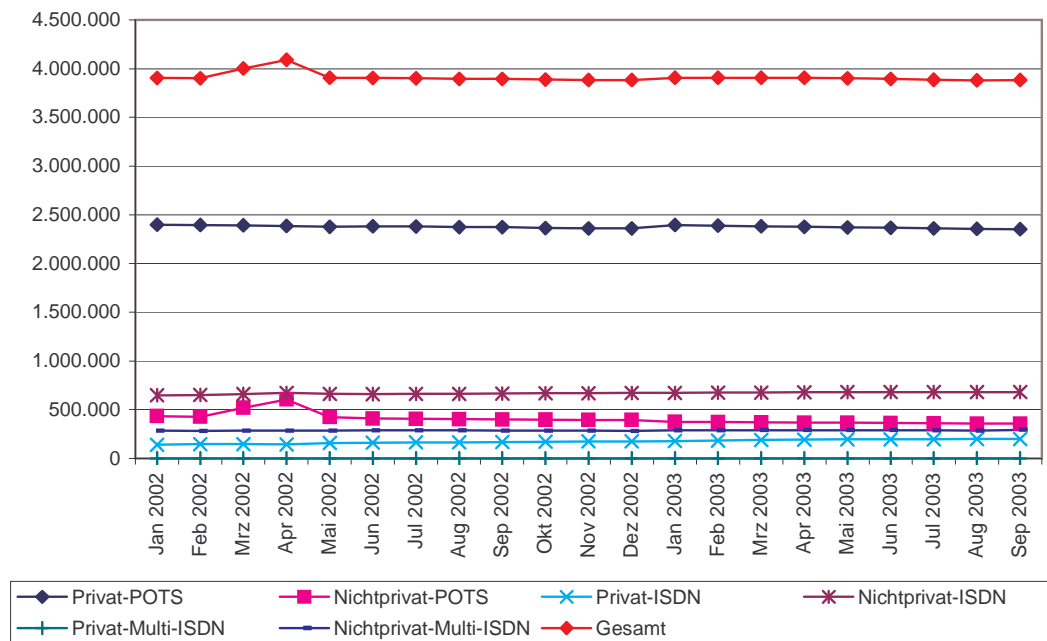


ABBILDUNG 1: ENTWICKLUNG DER GESAMTTEILNEHMERANSCHLÜSSE (IN 64KBIT ÄQUIVALENTEN)

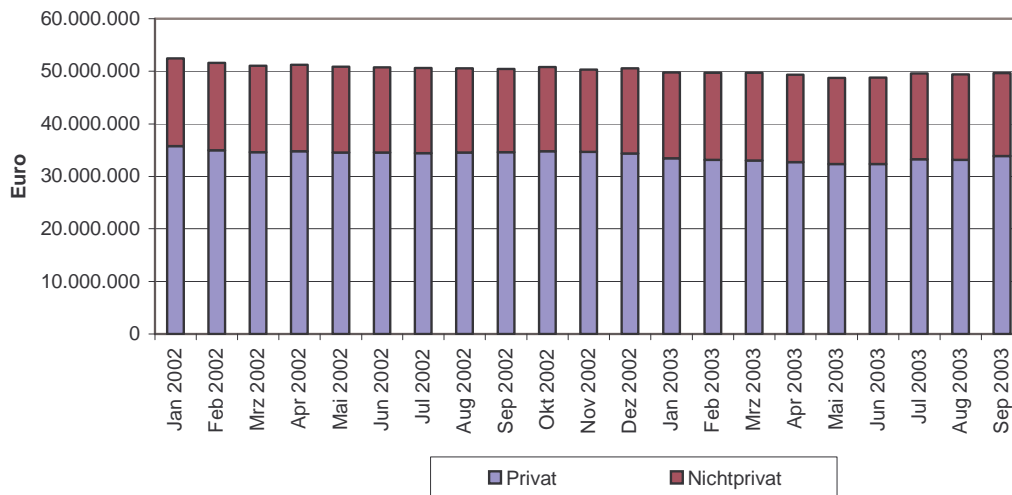


ABBILDUNG 2: ENTWICKLUNG DER GESAMTUMSÄTZE BEI ZUGANGSMÄRKTEN

Der Markt wird maßgeblich von der Telekom Austria geprägt. Auf dem gegenständlichen Markt weisen die Marktanteile der TA nach wie vor auf eine de facto monopolistische Marktstruktur hin. Die hohen und stabilen (in 64kbit/s Äquivalenten ausgedrückte) Mengenwerte (Abbildung 3) der Telekom Austria belegen dies deutlich. Da das Anbieten von Teilnehmeranschlussleistungen voraussetzt, über diese bereits zu verfügen oder die notwendige lokale

und ökonomisch nur schwer zu duplizierende Infrastruktur aufzubauen, ist ein derartiger Marktauftritt mit massiven (größtenteils versunkenen) Investitionen verbunden.

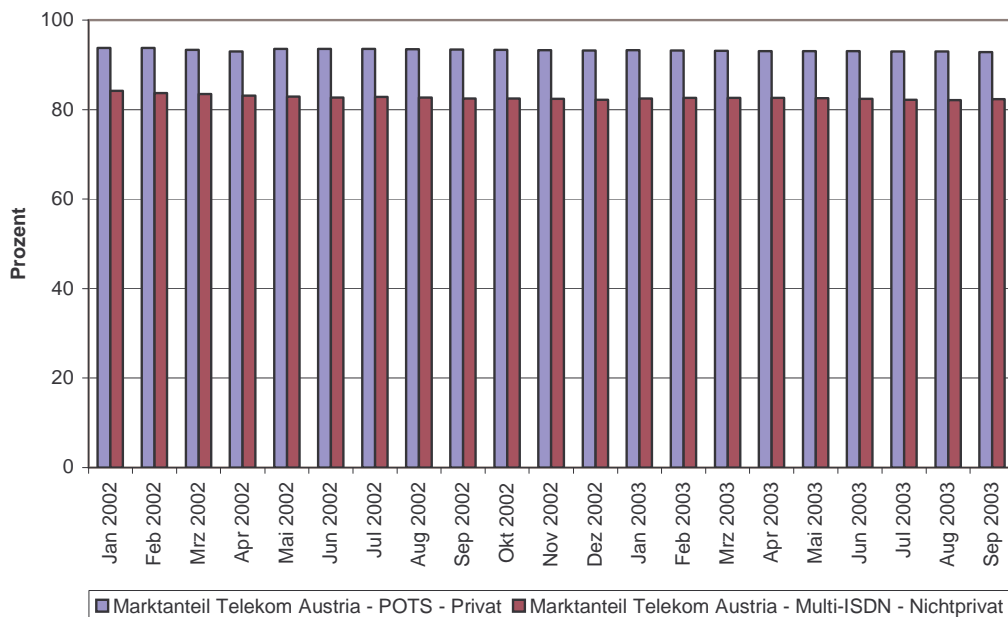


ABBILDUNG 3: MARKTANTEIL BEI 64KBIT ÄQUIVALENTEN IM ZEITVERLAUF

Ein etwas differenzierteres Bild ergibt sich aus der Betrachtung bezüglich der Anschlussformen POTS, ISDN und Multi-ISDN für Privatkunden. Die in 64kbit Äquivalenten gemessenen (Mengen)marktanteile der Telekom Austria bewegten sich durchgängig in einem Bereich von ca. 95 %. Der regional niedrigste Marktanteil für TA ist bei POTS-Anschlüssen im Raum Wien festzustellen (aktuell rund 93%), was im Wesentlichen auf das in der Bundeshauptstadt tätige Unternehmen „Telekabel Wien“ mit ca. 150.000 an das eigene Kommunikationsnetz angeschlossenen Kunden zurückzuführen ist.

Mit Schreiben vom 14.10.2004 teilten die UTA Telekom AG und die Tele2 Telecommunications GmbH der RTR-GmbH gemeinsam mit, dass die schwedische Muttergesellschaft Tele2 AB „die UTA Telekom AG übernommen hat.“ Wie weiters mitgeteilt wird, werden die Unternehmen vorerst getrennt weitergeführt. Von den beiden Zusammenschlusspartnern ist nur UTA am Entbündelungsmarkt aktiv, während Tele2 weder über ein eigenes Anschlussnetz noch über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen verfügt. Insgesamt sind derzeit (von allen die Entbündelung nachfragenden alternativen Anbietern) ca. 1 % der Teilnehmeranschlussleitungen der TA entbündelt (ON 25).

Technologische Entwicklungen, die die de facto Monopolstellung von Telekom Austria auf den Zugangsmärkten nachhaltig ändern könnten, sind für den relevanten Zeitraum nicht absehbar.

Unmittelbar mit der Wettbewerbsproblematik auf Zugangsmärkten ist die Abhängigkeit der Verbindungsnetzbetreiber von der Regulierungsverpflichtung der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl verbunden.

Vor dem Hintergrund des ca. 95%igen Marktanteiles von TA auf dem gegenständlichen Markt wurde die Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur hinsichtlich des Vorlie-

gens einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung des Marktführers Telekom Austria untersucht.

Das Vorliegen von vertikaler Integration (s. § 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als vertikale Integration einem Unternehmen Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen kann, vor allem falls es sich auf der Vorleistungsebene um einen notwendigen und nicht leicht ersetzbaren Input (ON 25) handelt. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt auch in wesentlichem Maß die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten (ON 25). So können vor allem vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf einem vorgelagerten Anschlussmarkt einen Anreiz haben, Konkurrenten von nachgelagerten Verbindungsmärkten zu verdrängen (ON 32, S 21).

Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbes am gegenständlichen Markt bei Abwesenheit von Regulierung ist insbesondere der Anreiz von TA relevant, durch die grundsätzliche Verweigerung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung den möglichen Wettbewerb auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten zu verhindern.

Ein vertikal integriertes marktmächtiges Unternehmen, das eine notwendige Vorleistung für seine Mitbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe erbringt, hat verschiedene Möglichkeiten der Wettbewerbsbehinderung (foreclosure – Marktabschottung, Ausgrenzung von Wettbewerbern) auf dieser nachgelagerten Wertschöpfungsstufe. Um dies zu tun, bedarf es eines Anreizes, d.h. es muss dem Unternehmen möglich sein, mit der Verdrängung seiner Konkurrenten vom benachbarten Markt seine eigenen Gewinne zu steigern. Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bzw. die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl stellt nämlich eine notwendige Voraussetzung für die Dienstleistungserbringung auf den Verbindungsmärkten dar. Alternative Betreiber können mittels kostenorientiertem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bzw. der Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung TA mit eigenen Produkten auf Verbindungsmärkten wettbewerbsfähig unter Druck setzen. TA hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen.

Durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt als auch auf den nachgelagerten Verbindungsmärkten tätig ist und die die Vorleistung der Anschlussbereitstellung für die Verbindungsmärkte zur Gänze intern erbringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am gegenständlichen Zugangsmarkt auch auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte. Da TA über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Kommunikationsdienstleistungen an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen vielfach von Vorleistungen der TA abhängig. Dies indiziert einen Anreiz zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten auf der Retailebene (ON 32, S 21).

TA kann nun Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten durch folgende Möglichkeiten beeinträchtigen:

- Durch Verweigerung des notwendigen Zugangs zu Telefonanschlüssen,
- durch Verlangen überhöhter Preise im Anschlussbereich, was zu einem margin-squeeze führen kann,
- sowie im Falle der Verpflichtung zu kostenorientiertem Zugang durch nachteilige Gestaltung nicht-preislicher Parameter wie schlechterer Qualität, Verzögerungstaktiken, Vorenthaltung von Informationen.

Da TA durch alle diese Praktiken ihre Gewinne erhöhen kann, besteht ein ökonomischer Anreiz zu antikompitivem Verhalten von TA gegenüber den Konkurrenten (insbes.) auf der Retailebene.

2.1.2. Marktzutrittsbarrieren

Marktzutrittsbarrieren (vgl. § 35 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 sowie SMP-Guidelines §§ 78 und 80) können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben können, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche, disziplinierende Markteintritte erfolgen.

Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s.

Die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ist ein Schlüsselkriterium für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Unter der Voraussetzung, dass es möglich wäre, zu profitablen Bedingungen ein flächendeckendes und österreichweites Anschlussnetz zu verlegen, würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist außer Kraft gesetzt, wenn potenziellen Konkurrenten der Marktzutritt verwehrt ist. Je höher also Marktbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Existenz von langfristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzung für die Abwesenheit effektiven Wettbewerbs zu interpretieren.

In ihrer Empfehlung über relevante Märkte vom 11.02.2003. („Empfehlung 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 114/45 vom 8.5.2003) unterscheidet die Europäische Kommission (Seite 9ff) zwischen strukturellen Marktbarrieren und rechtlich/regulatorisch bedingten Marktbarrieren.

Ein strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden (ON 25, Kap 5.2). Als wichtigste und entscheidende strukturelle Marktzutrittsbarriere auf dem gegenständlichen Markt können Skalenvorteile (§ 35 Abs. 1 Z 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten betrachtet werden. Obwohl Skalenvorteile per se keine Marktzutrittsbarrieren darstellen, so bewirken sie doch, dass Betreiber mit einer hohen Outputmenge in den Markt eintreten müssen, um keinen Kostennachteil gegenüber den etablierten Unternehmen zu haben. Besteht nun Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die schließlich bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wiedergewonnen werden können und beeinflussen so die Markteintrittsentscheidung. So ist das Risiko des Markteintritts größer, je höher der Anteil der versunkenen Kosten an den fixen Kosten und das Ausmaß an Skalenvorteilen ist.

Da es sich bei der Teilnehmeranschlussleitung um Zugang zum Endkunden mit relativ geringen Verkehrsmengen handelt, ist das Ausmaß der Skalenvorteile im Vergleich zur Größe der gesamten nachgefragten Verkehrsmenge sehr groß. Dies ergibt sich daraus, dass die Fixkosten der Produktion (vor allem die Kosten für das Verlegen der Leitung) unabhängig von der Verkehrsmenge sind, was wiederum bedeutet, dass nur wenige Unternehmen – in vielen

Fällen vielleicht sogar nur ein einziges – gleich effizient (unter weitgehender Ausnutzung der Skalenvorteile) produzieren können.

Nicht leicht ersetzbare Infrastruktur:

Die hohen Infrastrukturausgaben im Anschlussbereich sind überwiegend und im Gegensatz zu den Fernverkehrsleitungen auch als versunkene Kosten zu werten: Teilnehmeranschlussleitungen sind nur mit dem jeweiligen Anschlusskunden verknüpft und nur in Verbindung mit einem bestimmten Hauptverteiler nutzbar. Es fehlt die alternative Verwendungsmöglichkeit, Sekundärmärkte existieren nicht, die Kosten bleiben versunken. In der Tat charakterisieren die Ortsnetze aufgrund der Subadditivität der Kostenstruktur sowie den damit verbundenen hohen versunkenen Kosten, den eigentlichen Kern des – verbliebenen – natürlichen Monopols, welches die wesentlichste Quelle aller Marktmacht der Telekom Austria ist. Es ist volkswirtschaftlich nicht sinnvoll, das im Kupfer-Doppeladernetz der TA bestehende natürliche Monopol flächendeckend zu duplizieren.

Als einzig flächendeckende marktfähige Alternative bleiben (regulatorisch angeordnete) Entbündelungsformen. Insbesondere die erstgenannte Geschäftsstrategie impliziert jedoch zum Teil substantielle und vorweg zu tätige Investitionen in Infrastrukturelemente, bspw. im Falle der Entbündelung Kosten für die Kollokation.

Strukturell bedingte Marktschranken, die die Wahrscheinlichkeit des Marktein- und -austritts reduzieren, sind für die Märkte der festnetzgebundenen Sprachtelefonie in mehreren Ausprägungsformen feststellbar: Was das Ausmaß von versunkenen Netzkosten betrifft, so sind diese in Abhängigkeit von der Netzhierarchieebene und der alternativen Verwendungsmöglichkeiten der jeweiligen Netzelemente zu sehen. Generell gilt, je höher die Netzebene, und je vielfältiger die Verwendungsmöglichkeiten der Netzelemente, umso geringer sind die versunkenen Kosten.

Weiters entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da die alternativen Anbieter von festnetzgebundener Sprachtelefonie hier typischerweise intensive Werbekampagnen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren.

2.1.3. Preise

Das Verhalten am Markt (§ 35 Abs. 1 Z 13 TKG 2003) umfasst auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens. Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. So geben zB Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Bei der Untersuchung des gegenständlichen Marktes ist aufgrund der engen Verbundenheit mit den Verbindungsmärkten auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens auf den benachbarten Verbindungsmärkten (Märkte Nr. 3, 4, 5 und 6 der TKMVO) in Betracht zu ziehen.

In der bisherigen Regulierungspraxis der Genehmigung der Entgelte der TA wurde strikt zwischen Grundentgelten, die die Kosten des Zugangsnetzes decken müssen, und den Verbindungsentgelten, die die auf sie entfallenden Kosten des Kernnetzes decken müssen, unterschieden.

Das Preissetzungsverhalten kann Anhaltspunkte dafür liefern, wie ein Unternehmen versucht, sich gegenüber seinen Mitbewerbern zu positionieren. Je größer der Handlungsspielraum eines einzelnen Unternehmens dabei ist, desto eher kann vermutet werden, dass das Unternehmen über eine (gewisse) Marktmacht verfügt.

Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter von Anschluss- und Verbindungsleistungen agiert, entsteht durch die vertikale Integration ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten und die Möglichkeit mittels Produktbündelung und Quersubventionierung ihre Marktmacht auf die Verbindungsmärkte zu übertragen.

Den reinen Verbindungsnetzbetreibern steht ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung. So beinhalten die von Telekom Austria angebotenen Tarifbündel Flatrate-Elemente – bspw. „TikTak Family“ oder „TikTak Weekend“ – die von Verbindungsnetzbetreibern, die über kein derartiges Ausgleichspotential zwischen Anschluss- und Verbindungsmärkten verfügen, derzeit nicht nachgebildet werden können. TA kann auf Grund der Tatsache, dass sie ein vollintegrierter Betreiber ist, und sowohl auf dem Zugangs- als auch auf den Verbindungsmärkten aktiv ist, ihre wirtschaftliche Stärke auf Grund der äußerst hohen Marktanteile auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt mittels Bündelung der Leistung auf die Verbindungsmärkte ausdehnen (Übertragung von Marktmacht).

Tabelle 1 bildet mit jeweils gut vergleichbaren Grundentgeltkategorien die Situation im Privatkundensegment ab. In allen Grundentgeltkategorien ist der alternative Anbieter Telekabel gerade unter Berücksichtigung des mittlerweile von TA nicht mehr angebotenen Minimumtarifes deutlich günstiger.

Die Teilnehmeranschlusslei(s)tungen stehen mit den Verbindungsleistungen in einem komplementären Zusammenhang: Um eine Minute Sprachtelefonie anbieten bzw. verkaufen zu können, ist beides notwendig. Im Wesentlichen kann nur von dem in städtischen Bereichen tätigen Kabelnetzbetreiber UPC Telekabel eine spürbare Wettbewerbswirkung auf dem gegenständlichen Markt erwartet werden, da nur von UPC Telekabel eigene Infrastruktur errichtet wird. Dadurch kann sich der Tarifvergleich auf das genannte Unternehmen beschränken (ON 25, Kap. 5.3.3).

TABELLE 1: VERGLEICHENDE GRUNDENTGELTKATEGORIEN FÜR PRIVATKUNDEN IN EURO (STAND: FEBRUAR 2004)

Telekabel	Classic	12,21
	Standard	14,39
Telekom Austria	Minimumtarif	14,39
	Standardtarif	17,44
	TikTak Privat	15,98
	TikTak International	15,84
	TikTak Family	21,00
	TikTak Weekend	22,99

Tabelle 2 zeigt die preisliche Situation für ISDN-Entgelte. Hier wurden den entsprechenden Tarifen der Telekom Austria diejenigen der beiden größten alternativen ISDN-Anbieter gegenübergestellt: UTA und UPC Telekabel. Die Angebote der alternativen Anbieter bewegen sich demnach preislich in etwa auf dem Niveau des nicht mehr von TA angebotenen Minimumtarifs, wobei Telekom Austria auch hier und insbesondere im preislich höhergelegenen Segment über eine deutlich differenziertere Preisstaffelung verfügt. Dieses Ergebnis würde sich unter Nichtberücksichtigung des Minimumtarifs noch verstärken.

Im Vergleich zu den POTS-Entgelten liegen die ISDN-Entgelte der entsprechenden Vergleichskategorien jeweils klar darüber. Die preisliche Differenz erklärt sich vornehmlich daraus, dass mit den ISDN-Diensten auch eine Reihe von Zusatzdiensten, die über die stan-

dardmäßigen POTS-Funktionalitäten hinausgehende Kommunikationsmöglichkeiten bieten, vom Endkunden bezogen werden können.

TABELLE 2: VERGLEICHENDE ISDN-GRUNDENTGELTE IN EURO (STAND: FEBRUAR 2004)

Priority Telecom	Standard	23,88
UTA	Business	23,62
Telekom Austria	Geschäftstarif 1	41,86
	Geschäftstarif 2	68,02
	Minimumtarif	23,98
	Standardtarif	28,78
	TikTak Business	68,16
	TikTak Family	30,44
	TikTak International	25,43
	TikTak Plus	39,89
	TikTak Privat	26,59
	TikTak Weekend	32,99

2.1.4. Innovationstätigkeit

Innovationstätigkeit wird generell als Einführung von Neuem, als Verwirklichung neuer Ideen oder Verfahren verstanden (ON 25). Innovation ist das Resultat wissenschaftlicher Forschung oder wirtschaftlichen Wettbewerbs um den Kunden. Der Begriff Innovation wird jedoch häufig auch überstrapaziert; so werden z.B. neue Produktgenerationen oft als Innovation bezeichnet, obwohl nur leichte Adaptierungen gegenüber den Vorgängermodellen vorgenommen wurden. Je nach dem Grad der Weiterentwicklung sind also auch unterschiedliche Innovationsqualitäten zu unterscheiden.

Privatkunden stellen in der Regel ein Kundensegment dar, in dem Investitionen für die Neuerstellung eines Zuganges (Grabungsarbeiten, Kabelverlegung, etc.) zum PSTN nur mittel- bis langfristig zurückverdient werden können.

Dementsprechend gering ist das Interesse der Anbieter, bei Privatkunden mit bereits verfügbaren physikalischen Anschlüssen eine der oben angeführten alternativen Zugangsmöglichkeiten (CA-TV Netze, Mobilnetze oder Satellitennetze) zur Realisierung eines Zuganges zum PSTN an festen Standorten zu wählen bzw. entsprechende Investitionen zu tätigen. Dies geschieht zumeist nur unter der Voraussetzung, dass eine entsprechend hohe Anzahl an Privatkunden (z.B. Neubaugebiet) erschlossen wird, oder alternative Zugangsformen weiterentwickelt werden (Kabel-TV) oder eine Bündelung mit anderen Produkten vorgenommen wird (z.B. Kabel-TV, Breitbandzugang).

In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass die technologischen Entwicklungen der letzten Jahre keine signifikanten und flächendeckenden Wettbewerbsimpulse für den gegenständlichen Markt entfalten konnten.

2.1.5. Weitere Indikatoren

Die Feststellungen bezüglich weiterer, den Rahmenbedingungen zuordenbaren Indikatoren wurden bei der Analyse der gesondert ausgewiesenen Indikatoren entweder mitberücksichtigt oder haben ein in der Gesamtbetrachtung zu vernachlässigendes Gewicht wie etwa der internationale Vergleich.

Diese Indikatoren können daher nicht weiter zur Beurteilung der aktuellen Wettbewerbssituation beitragen.

2.2. Ergebnis der Wettbewerbsanalyse am Zugangsmarkt für Privatkunden

Bei leicht fallender bis stabiler Tendenz in den letzten Jahren bleibt das Marktanteilsniveau der Telekom Austria zwar je nach Nachfragesegment verschieden, allerdings mit ca. 95 % Umsatzmarktanteil stabil.

Diese quasi monopolistische Marktstruktur erklärt sich vor dem Hintergrund, dass eine Duplizierung des festen Kommunikationsnetzes von TA aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten für alternative Betreiber nur in Ausnahmefällen profitabel ist. Es bestehen daher beträchtliche Markteintrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt, sowie eine substantielle Abhängigkeit von infrastrukturbasierten Vorleistungen. Auf allen betrachteten Märkten (Anschlussmärkte aber auch Verbindungsmärkte) erfährt das Instrument der Preisdifferenzierung und Preisbündelung nicht zuletzt auch aufgrund der Komplementarität der Anschluss- und Dienstebereiche eine intensive Verwendung.

Wie festgestellt, teilten UTA und Tele2 mit, dass die schwedische Tele2 AB „die UTA Telekom AG übernommen hat.“ Da von den beiden Zusammenschlusspartnern nur UTA am Entbündelungsmarkt aktiv ist, Tele2 weder über ein eigenes Anschlussnetz noch über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen verfügt und ferner die Gesamtzahl der bis jetzt entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen mit ca. 1 % aller Teilnehmeranschlussleitungen der TA nach wie vor äußerst gering ist, sind auch im Fall einer Vereinigung der beiden Unternehmen keine Auswirkungen auf den gegenständlichen Zugangsmarkt anzunehmen.

Eine grundlegende Änderung dieser Ist-Situation ist zumindest für die nächsten zwei Jahre nicht zu erwarten. Allenfalls könnten durch weite Verbreitung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung kompetitive Impulse im Anschlussbereich erzielt werden, wobei die mit einem solchen Marktauftritt verbundenen Investitionen eine nicht zu vernachlässigende Markteintrittsbarriere darstellen. Prinzipiell vorhandene Alternativen, wie Entbündelung bzw. alternative Zugangstechnologien, z.B. CATV-Netze stellen weder derzeit noch innerhalb der nächsten zwei Jahre ein taugliches Mittel dar, um auf TA auf dem gegenständlichen Markt hinreichende disziplinierende Wirkung durch alternative Anbieter auszuüben.

Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten und die Möglichkeit mittels Produktbündelung und Quersubventionierung ihre Marktmacht zu übertragen.

Der nachfrageseitigen Gegenmacht kommt auf Privatkundenmärkten kaum Bedeutung zu; Privatkunden wählen zwischen verschiedenen am Markt angebotenen Standardlösungen mit nur marginalen Freiheitsgraden in der individuellen Preis-Leistungsspezifikation.

Der beobachtbare Trend zum „One-Stop-Shopping“ zieht die Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können, nach sich, was für sich genommen wiederum potentiellen Marktzutritt erschwert.

Insgesamt ergibt sich, dass das Unternehmen Telekom Austria auf dem Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ vor allem aufgrund der

monopolistischen Marktstrukturmerkmale nach wie vor erhebliche und nachhaltige Marktmacht besitzt.

Die folgenden Wettbewerbsprobleme wurden durch die Telekom-Control-Kommission festgestellt:

- Gefahr exzessiver Preise

Auf Grund der de facto monopolistischen Marktstruktur und der substantiellen Markteintrittsbarrieren besteht die Gefahr, dass Telekom Austria ohne entsprechende Entgeltregulierung ihre Marktmacht durch Setzen überhöhter Preise (darunter werden Preise verstanden, die signifikant über den Kosten der Leistungserbringung liegen und die es dem Unternehmen erlauben, langfristig höhere Gewinne zu erzielen als dies in einem kompetitiven Markt möglich wäre). zum Nachteil der Endkunden ausübt. Die Ausübung von Marktmacht durch Setzen von überhöhten Preisen, führt zu allokativen Ineffizienzen und somit zu Wohlfahrtsverlusten. Als allokativ ineffizient werden Situationen dann bezeichnet, wenn durch eine Änderung der erzeugten Menge (im vorliegenden Fall einer Erhöhung) bzw. des Preises (im vorliegenden Fall einer Senkung) die Gesamtwohlfahrt erhöht werden könnte.

- Problematik der „Produktbündelung“

An der monopolistischen Marktstruktur hat sich seit Beginn der Liberalisierung de facto wenig geändert, da TA konstant rund 95% der Marktanteile hält (Anschlussbereich als „natürliches Monopol“).

Die Marktbarrieren sind aus Sicht der ANB („alternative Netzbetreiber“) substantiell; die lokale Infrastruktur ist nur schwer replizierbar bzw. nur in Verbindung mit hohen versunkenen Kosten, Kapitalerfordernissen und Risiken möglich; hinzu kommen spürbare Wechselbarrieren.

Telekom Austria kann als einziges Unternehmen flächendeckend die komplementären Anschluss- und Verbindungsleistungen kombinieren; hierin besteht die Möglichkeit zur horizontalen Übertragung von Marktmacht von monopolistischen Bereichen in potentiell wettbewerbsfähige Marktsegmente. Die im monopolistischen Bereich entstehenden Übergewinne können durch unerlaubte Quersubventionierung die Anwendung von Kampfpreisen auf den Verbindungsmärkten subventionieren. Ohne entsprechende ex ante Entgeltkontrolle könnte Telekom Austria im Wege von Mischkalkulation und Produktbündelung Marktmacht auf die Verbindungsmärkte übertragen. Effektiver Wettbewerb ist nicht absehbar, da bisher nur ein geringes Maß an alternativen Infrastrukturaktivitäten stattfindet.

3. Regulierungsinstrumente

3.1. Auswahl und Bewertung der Regulierungsoptionen für den gegenständlichen Markt

Ausgangspunkt für die Feststellung angemessener Regulierungsinstrumente sind die folgenden Wettbewerbsprobleme: (i) Gefahr exzessiver Preise und (ii) Marktmachtübertragung durch Produktbündelung sowie die gutachterlichen Vorschläge (ON 32) zur Operationalisierung der für geeignet erachteten Regulierungsinstrumente.

3.1.1. Zugang

3.1.1.1. Betreiber(vor)auswahl

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern, ohne direkten Zugang zum Teilnehmer Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt anzubieten. Sie fördert den Wettbewerb auf den Zugangsmärkten per se nicht, sodass die Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, doch sie unterbindet Möglichkeiten der horizontalen Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte und schafft somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb in diesen Märkten. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung der Betreiberauswahl und –vorauswahl nach § 46 TKG 2003 (die ökonomisch gesehen eine Vorleistungsverpflichtung am Markt für Originierung darstellt) daher ein adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre Marktmacht auf dem vorliegenden Markt im Anschlussbereich auf die Verbindungsmärkte zu übertragen. Diese Marktmacht wurzelt in der Infrastruktur des Anschlussbereichs, der gegenwärtig noch als natürliches Monopol zu sehen ist. Fiele diese dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegte Verpflichtung der Gesprächszuführung weg, würde dies aufgrund der de facto monopolistischen Marktstruktur im Zugangs-/Anschlussbereich bzw. deren nicht absehbarer Replizierbarkeit einem Ende der potentiell wettbewerbsfähigen Strukturen auf Gesprächsmärkten gleichkommen. Daher wird auf den Zugangsmärkten diese Verpflichtung als notwendig gesehen, um die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten zu schaffen.

3.1.1.2. Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Resale)

Das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sowie das der Bündelung von Produkten bleibt unberührt von der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl auf dem gegenständlichen Markt weiterhin bestehen, da diese Form der Regulierung ihre Wirkung ausschließlich auf den Verbindungsmärkten entfaltet. Effektiv kann diesen Problemen mit einer Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistungen begegnet werden, um damit wettbewerbsliche Impulse auf den Endkundenanschlussmärkten wie dem verfahrensgegenständlichen Markt zu setzen. Dass dieses Instrument (im neuen Rechtsrahmen gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) primär den Dienstewettbewerb forciert, erklärt sich aus der kaum vorhandenen und auch auf absehbare Zeit nicht zu erwartenden Replizierbarkeit der lokalen Zugangsnetze. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass komplementär dazu auch der Infrastrukturwettbewerb belebt werden kann. Neben zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen im Zugangsbereich würde ein marktfähiges Resaleangebot horizontal auch für die Wettbewerbssituation der Endkundengesprächsmärkte insofern positive Effekte mit sich bringen, als alternative Festnetzbetreiber (insbesondere reine Verbindungsnetzbetreiber) erst dadurch in die Lage kämen, Bündelangebote zu kreieren, d.h. über entsprechende Preissetzungsflexibilität zu verfügen. Somit würde sich die Asymmetrie zwischen Telekom Austria und den alternativen Festnetzbetreibern hinsichtlich der Preisgestaltungsspielräume deutlich abschwächen, ebenso wie die damit im Zusammenhang stehende Marktmachtübertragungsproblematik. Schlussendlich kommt die Möglichkeit zum One-Stop-Shopping sowie die Verfügbarkeit zusätzlicher Tarifoptionen dem Endkunden zugute, wodurch sich potentiell auch die Gesamtwohlfahrt erhöht. Die Kundenbindung steigt daher gegenüber einer reinen Vermarktung von Verbindungsleistungen im Wege der Betreiberauswahl bzw. Betreibervorauswahl und senkt somit langfristig die Aufwände für Kundenakquisitionen.

Die mit Resale verbundenen Möglichkeiten erscheinen geeignet, die Position der alternativen Betreiber zu stärken, da ihnen erst durch Resale ein dem marktmächtigen Unternehmen vergleichbares preis- und marketingpolitisches Repertoire zur Verfügung steht. Bislang konnten alternative Betreiber vielfach nur Verbindungsleistungen im Rahmen der Betreiberauswahl bzw. Betreibervorauswahl am Endkundenmarkt verkaufen. Mit der zusätzlichen Inanspruchnahme von Resale steht auch ihnen die Möglichkeit offen, ihren Endkunden unterschiedliche Tarifoptionen (Bündel von Grundentgelt und Verbindungsminuten) und darüber

hinaus auch Spezialpakete (z.B. freie Minuten am Wochenende gegen einen Pauschalbetrag) anzubieten, wodurch sich langfristig aufgrund der verbesserten Wettbewerbsfähigkeit alternativer Anbieter auch ein verringerter Umfang der aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente ergeben kann.

Da alternative Wettbewerber durch die Möglichkeit von Resale in Verbindung mit der Betriebsvorauswahl Zugang zu allen Teilen eines Gesamtleistungsbündels der Sprachtelefonie haben, wird der potentielle Marktmachtmissbrauch eines marktmächtigen Unternehmens effektiv restringiert, sofern dieses Produkt am Markt entsprechende Verbreitung und Akzeptanz findet. Darüberhinaus kann den Konsumentenpräferenzen durch das Angebot unterschiedlicher Tarifvarianten, die dann auch alternative Betreiber offerieren können, voll entsprochen werden.

3.1.1.3. Entsprechende Vorleistungsprodukte

Um die volle Replizierbarkeit der unterschiedlichen Tarifbündel der Telekom Austria im Hinblick auf die Kombination von Zugangs- und Verbindungsentgelten auf den Endkundenmärkten zu gewährleisten, ist es notwendig, alternativen Netzbetreibern zu ermöglichen, spätestens bei der Einführung neuer Endkundenprodukte (speziellen Angebote für mehrere Anschlüsse etc.) ihren Kunden ähnliche und somit konkurrenzfähige Produkte anzubieten zu können (ON 32). Dies lässt sich durch eine Verpflichtung der Telekom Austria, spätestens zeitgleich entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten, erreichen (ON 32).

Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass neue Produkte durch die Telekom Austria erst dann auf der Endkundenseite angeboten werden sollten, wenn ein entsprechend adäquates Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird. Dadurch wird letztlich auch das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei auf die Problematik eines möglichen Margin Squeeze zu legen.

Es lässt sich festhalten, dass das Wettbewerbsproblem überhöhter Preise sowie das der Marktmachtübertragung von den Zugangs- auf die Verbindungsmärkte auf den Zugangsmärkten aus ökonomischer Sicht gegenwärtig mit den zur Verfügung stehenden Vorleistungsinstrumenten nicht ausreichend bekämpfbar ist. Allenfalls auferlegte Verpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten Originierung und Terminierung zielen auf Verbindungsleistungen ab, wohingegen die Zugangsmärkte die Voraussetzungen und Konditionen für den Zugang des Anschlusses des Endkunden in den Mittelpunkt stellen. Auch die Verpflichtung zur Entbündelung stellt keinen effektiven Wettbewerb sicher, weil entbündelte Leitungen primär für Breitband und weniger für Sprachtelefonie verwendet werden und damit erhebliche Investitionen und versunkene Kosten (die als Eintrittsbarrieren wirken) verbunden sind. Die spezifischen Vorleistungsverpflichtungen reichen daher nicht aus, die identifizierten Wettbewerbsprobleme adäquat zu adressieren, da sie nicht geeignet sind, die Zugangsmärkte einem stärkeren Wettbewerbsdruck auszusetzen und der Gefahr exzessiver Preise bzw. der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte wirksam entgegenzutreten. Daher sind entsprechende Endkundenregulierungsmaßnahmen in Betracht zu ziehen.

3.1.1.4. Verpflichtungen auf Endkundenebene

Die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene sind im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren nicht geeignet, den Wettbewerbsproblemen der überhöhten Preise für den Zugang, der Behinderung des Eintritts neuer Marktteilnehmer und der Marktmachtübertragung durch ungerechtfertigte Bündelung von Diensten zu begegnen. Die Regulierungsinstrumente des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung sowie die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl sind für sich alleine nicht geeignet, innerhalb des

relevanten Zeitraums von etwa zwei Jahren eine Preis-Kosten-Schere für alternative Anbieter auf den Verbindungsmärkten zu bekämpfen.

Dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise kann gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden. Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfüllt die Verpflichtung, die Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen zur Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch Bündelung von Produkten) verhindert wird.

Die Eckpunkte der derzeitigen ex ante Tarifgenehmigung für TA ergeben sich aus der „Kontrollmatrix“ des Regulierungsinstrumente-Gutachtens (ON 32, Kapitel 2.2.2 und dessen Annex 8.1.) Daraus ergibt sich, dass innerhalb dieser Restriktionen hinreichend Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stehen, die Telekom Austria in Reaktion auf wettbewerbliche Marktprozesse, entsprechend einsetzen kann. Aus ökonomischer Sicht erscheinen darauf aufbauend folgende Mindestkriterien der ex ante Entgeltkontrolle als notwendig, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen:

Kriterium 1: Jede von TA angebotene Tarifzone muss, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen (z.B. Werbeaktionen), über alle Tarifoptionen hinweg kostendeckend sein.

Kriterium 2: Je Tarifoption müssen die Tarifzonen in Summe, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen, kostendeckend sein.

Kriterium 3: Die Entgelte für einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen müssen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren.

§ 45 TKG 2003 erwähnt unter anderem die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Price-Caps sind theoretisch zwar zur Begegnung exzessiver Preise geeignet, können allerdings am gegenständlichen Markt die oben genannten Wettbewerbsprobleme jedoch nicht adäquat bekämpfen, was aus der Konstruktion und Intention von Price-Caps hervorgeht, da diese primär darauf ausgerichtet sind, Effizienzverbesserungen an Nachfrager weiterzugeben (ON 32). Ineffizienzen sind jedoch in späteren Liberalisierungsphasen, in der sich der gegenständliche Markt bereits befindet, nicht das Hauptproblem, vielmehr muss (ON 32) mit der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Verbindungsmärkte gerechnet werden. Insgesamt würden die Umsetzungsprobleme der kostenorientierten Entgeltkontrolle nur um die spezifischen Probleme im Rahmen der Implementierung von Price-Caps vermehrt werden.

Die unmittelbar bestehenden, horizontal-komplementär verbundenen Zusammenhänge zwischen Zugangs- und Gesprächsbereichen begründen die Notwendigkeit einer Genehmigung der Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für sämtliche Endkundenmärkte der Sprachtelefonie, auf denen Telekom Austria (vorläufig) eine SMP-Stellung innehat, das sind die Märkte für Inlandsgespräche für (Nicht)privatkunden, der Gesprächsmarkt für Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden sowie die beiden Zugangsmärkte, darunter der gegenständliche. Die gegenwärtigen Tarifangebote (Tarifpakete) der TA beinhalten teilweise Produkte von verschiedenen Märkten der TKMVO 2003. Grundsätzlich sollte sich die Entgeltkontrolle an den Ausgestaltungen der bisherigen diesbezüglichen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission orientieren.

ON 32 (Annex) zeigt hinsichtlich der Entgelte eine abstrakte Darstellung der Zusammenhänge sowie die zugrunde liegenden kostenrechnerischen Restriktionen, denen Tarifrträge der Telekom Austria genügen müssen. Daraus ergibt sich, dass innerhalb dieser Restriktionen hinreichend Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stehen, die Telekom Austria in Reaktion auf wettbewerbliche Marktprozesse, die es am gegenständlichen Markt auf Grund des Marktanteils von TA von ca. 95 % allerdings kaum gibt, entsprechend einsetzen kann.

Dass tatsächlich derartige Verhaltensspielräume bestehen, ergibt sich bereits aus den von TA beantragten Tarifen im Tarifgenehmigungsverfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu G 30/04 ganz deutlich.

3.1.1.5. Getrennte Buchführung

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

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

Um diese sicherzustellen, ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig (vgl. ERG 2004, S. 49 ff).

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung, zumindest gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003, vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung sind zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

Die Details der konkreten Ausgestaltung werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen einer regelmäßigen Überprüfung spezifiziert.

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

Zur Verhinderung der Marktmachtübertragung ist dieses Regulierungsinstrument als unterstützendes Element der Telekom Austria aufzuerlegen.

3.1.2. Fazit

Folgende Maßnahmen sind daher grundsätzlich geeignet, die Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt zu beseitigen:

- Da sich Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen und die Vorleistungsregulierung nicht ausreicht, sind Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Änderungen im Sinne von § 45 TKG 2003 in Verbindung mit § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen und u.a. auf ihre Kostenorientierung zu prüfen.
- Die ex ante Entgeltgenehmigung sollte auf Basis einer gesamt- und einheitlichen Kostenorientierung gemäß dem dargestellten Prüfmaßstab (ON 32) bzw. der darin enthaltenen Kostenrechnungsprinzipien erfolgen.
- Getrennte Buchführung wird gemäß den obigen Überlegungen als notwendig für eine adäquate und zeitnahe Kostenüberprüfung erachtet.
- Die Betreiber Auswahl und –vorauswahl nach § 46 TKG 2003 sind aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria auf den Zugangsmärkten und der daraus resultierenden Möglichkeit von Foreclosure in den Verbindungsmärkten vorzusehen. Diese Verpflichtung stellt gewissermaßen eine Basisregulierung für die Verbindungsmärkte dar, ohne die auf absehbare Zeit kein effektiver Wettbewerb möglich wäre, bzw. ohne die es auf Grund des de facto Anschlussmonopols der TA zu einem weitgehenden Zusammenbrechen wettbewerblicher Strukturen käme.
- Eine Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung sowie zur Legung eines Angebots zu Vorleistungsbedingungen ist aufzuerlegen, um wettbewerbssichernde und für den Dienstewettbewerb auf Zugangs- und Gesprächsmärkten nachhaltige und positive Effekte zu schaffen. Diese Verpflichtung ist insbesondere auch vor dem Hintergrund einer möglichen zukünftigen Rücknahme der ex ante Endkundenentgeltkontrolle auf den Verbindungsmärkten zu verstehen.
- Zur Hintanhaltung vertikaler Marktmachtübertragung ist Telekom Austria die Verpflichtung aufzuerlegen, bei Einführung neuer Zugangsprodukte für Endkunden spätestens zeitgleich den alternativen Betreibern entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Markt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ in Bezug auf das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus den eingehenden, schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten (ON 25). Die aus ökonomischer Sicht geeigneten Regulierungsinstrumente ergeben sich aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32).

Hinsichtlich der Stellungnahme und Urkundenvorlage der TA, die auch im gegenständlichen Verfahren eingebracht wurde (ON 20), hat die Telekom-Control-Kommission entschieden, das vorgelegte Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 nicht dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde zu legen, da die Datenbasis nur auf internen

Quellen und Schätzungen der TA beruht und im Vergleich zu den im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens der Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die auf Datenlieferungen sämtlicher Betreiber zurückgehen, nicht hinreichend repräsentativ erscheint. Zu den im Gutachten von EE & MC teils in sehr allgemeiner Form angesprochenen Punkten ist die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen zu anderen Feststellungen gelangt als sie im EE & MC-Gutachten nahe gelegt werden.

Die von der RTR-GmbH in einem aufwändigen Verfahren beigeschafften Daten wurden von den Gutachtern internen Plausibilitätskontrollen unterzogen und in einem wochenlangen Prozess ausgewertet. Unklarheiten konnten durch Rückfragen bei den beteiligten Unternehmen und – soweit erforderlich – Plausibilitätskontrollen zwischen Vorleistungs- und korrespondierenden Endkundenmärkten ausgeräumt werden. In Bezug auf den gegenständlichen Markt gab es keine mangelhaften Datenlieferungen.

Der Telekom-Control-Kommission liegen darüber hinaus keinerlei Hinweise vor, die an der Vollständigkeit und der Qualität der gelieferten Daten zweifeln ließen.

Die Protokollrüge der Telekom Austria vom 17.09.2004, eingelangt am 20.09.2004, wurde zum Akt genommen.

TA kritisierte umfangreich und wiederholt das Marktmacht-Gutachten (ON 25) sowie das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32): Die Telekom-Control-Kommission geht auf die vorgebrachten Kritikpunkte an den beiden Gutachten der Amtssachverständigen an dieser Stelle ein, sofern es sich um allgemeinere Kritikpunkte handelt, sowie ergänzend an den entsprechenden Punkten der rechtlichen Begründung dieses Bescheides.

Zum Vorwurf der Inkohärenz der verwendeten Datenreihen bzw. der lückenhaften Darstellungen im Marktmacht-Gutachten:

TA kritisiert sinngemäß die Darstellungen, die sich in ihrer Form, in den Zeitreihen und im Aggregationsniveau unterscheiden würden.

Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf den Umfang der von der RTR-GmbH erhobenen Daten und auf die Diskretion der Amtssachverständigen bei der Auswahl der im Gutachten heranzuziehenden Grafiken. In diesem Zusammenhang wird auch auf die aufgrund der notwendigen Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit eines Gutachtens zwangsläufig zu erfolgende Auswahl der in Form einer unterstützenden grafischen Darstellung in Gutachten Eingang findenden Grafik verwiesen. Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass sich im Fall der nicht immer durchgängig dargestellten Umsätze und Minuten kein Mangel des Gutachtens ergibt, da sich nachvollziehen lässt, dass die Nichtdarstellung aus Gründen der Übersichtlichkeit oder da mögliche Zusatzinformationen nicht wesentlich waren oder in anderen Darstellungen etwa bereits zum Großteil implizit enthalten waren, erfolgte.

Zum Vorwurf unterschiedlicher Zeitreihen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ziehen unterschiedliche Datenqualität oder vereinzelte Lücken in den Datenfeldern, unterschiedliche zeitliche Verfügbarkeit (etwa bei Marktbeherrschungsdaten einerseits und Tarifdaten andererseits), sowie Strukturbrüche in den Datenmodellen selbst (etwa hinsichtlich der Unterscheidung Privat- und Nichtprivatkunden) unterschiedliche Zeitreihen geradezu nach sich. So ergibt sich für die Telekom-Control-Kommission in nachvollziehbarer Weise, dass, will man etwa historisch längere Zeiträume aufzeigen, es mitunter „zwangsläufig“ notwendig erscheint, auf eine höhere Aggregationsstufe umzusteigen. Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf die diesbezüglichen Ausführungen im Marktmacht-Gutachten (On 25, S 7).

In wiefern dadurch eine systematische Einseitigkeit in den Gesamtbewertungen resultieren sollte, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar und erscheint nicht substantiiert vorgebracht. Nur beispielsweise geht die Telekom-Control-Kommission auf die Kritik ein, dass im Rahmen der in Mengeneinheiten gemessenen Marktanteile für den Teilnehmeranschlussmarkt nur aggregierte Jahreswerte verglichen werden (ON 30, Beilage C, S. 6). Dazu ist auszuführen, dass aus diesem Unterkapitel der ON 25 klar hervorgeht, dass es sich bei beiden Zugangsmärkten um de facto monopolistische Märkte mit entsprechend hohen Marktanteilen (und daraus resultierenden Marktbarrieren) handelt, und beide Märkte daher nach wie vor als natürliches Monopol anzusehen sind. Diese Schlussfolgerung ist auch aufgrund der gewählten Darstellungsweise der Marktanteile zu ziehen. Auch eine unter Umständen „andere“ Darstellungsweise (etwa auf Monatsbasis) hätte das Gesamtbild nicht geändert.

Im Zusammenhang mit dem von TA zumindest indirekt erhobenen Vorwurf, dass die fachliche Qualität des Marktmacht-Gutachtens zu wünschen übrig ließe, wird auf die Beweiswürdigung unter Punkt C dieser Anordnung bzw. auf die entsprechenden Begründungselemente verwiesen.

Zum Vorwurf der vermeintlichen Inkonsistenzen innerhalb des Marktanalysegutachtens:

TA kritisiert, dass im Marktmacht-Gutachten (ON 25) auf den Seiten 67-68 bezüglich der Preisbeschreibung auf Seite 68 die Formulierung „...[dass es] von der Abschaffung des Minimumtarifs abgesehen, kaum mehr zu wesentlichen Preissenkungen gekommen ist“, auf Seite 67 hingegen die Formulierung „...brachte die Abschaffung des Minimumtarifs grundlegende Änderungen mit sich“ verwendet wird. Aus diesen unterschiedlichen Ausdrucksweisen wird von TA folgende Inkonsistenz gefolgert (ON 30, Beilage C, S.16): „Gerade hier wird also die Bedeutung der Tarifsenkung nach der Abschaffung des Minimumtarifs besonders betont, während sie in der Zusammenfassung als nebensächlicher Effekt dargestellt wird“. Die Telekom-Control-Kommission merkt hierzu an, dass die von TA an dieser Stelle geäußerte Kritik als rein Semantisch, sowie auf Grund der relativen Bedeutung dieses Marktmachtindikators als schlussendlich nicht geeignet erscheint, die getroffenen Schlussfolgerungen des Marktmacht-Gutachtens in Frage zu stellen.

Zum Pauschalvorwurf methodischer Unzulänglichkeiten:

TA kritisiert (ON 30) das Marktmacht-Gutachten in formeller Hinsicht bzw. bezieht ihre Kritik vielerorts auf rein semantisches und erklärt darauf aufbauend das Gutachten letztendlich als methodisch unzulänglich.

Würde man die Schlussfolgerungen der ON 30 heranziehen, so ergäbe sich, dass sämtliche (!) Endkundenmärkte aus der ex ante Regulierung entlassen werden müssten (ON 30, S. 168; „dies bedeutet, dass die Regulierungsmaßnahmen für die Endkundenmärkte eins bis sechs vollständig abgebaut werden können“. Gemäß der Gleichsetzungsthese wäre daher auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb für alle Endkundenmärkte zu folgern. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind bei Verbindungsmärkten noch fachlich geprägte Erwägungen über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht vorstellbar; bei den in dieser Aussage inkludierten de facto monopolistischen Zugangsmärkten erscheint diese Aussage nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ökonomisch äußerst fragwürdig sowie diametral zur einschlägigen Literatur und zum nationalen und internationalen regulatorischen Erfahrungswissen.

Weiters finden sich etwa in ON 30, Beilage C, S. 30, methodische Anmerkungen zur Durchführung von Marktanalysen. Diesbezüglich führt die Telekom-Control-Kommission lediglich aus, dass die RTR-GmbH, aus deren Stand die Amtsgutachter kommen, bei der Erarbeitung des neuen Rechtsrahmens gerade hinsichtlich methodischer Aspekte des Marktanalyseverfahrens (im weiten Sinne) substantiell beteiligt war.

Die Tatsache, dass Marktanalysen gemäß dem neuen Rechtsrahmen nicht auf die Analyse der Marktanteile zu reduzieren sind, braucht daher nicht extra erwähnt werden, dies kommt auch ganz offensichtlich im Marktanalysegutachten zum Ausdruck. Viel weniger klar (ON 30) dürfte hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die nach wie vor besondere Bedeutung von Marktanteilen sein, so geht aus den SMP-Leitlinien nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission jedenfalls implizit hervor, dass beträchtliche Marktanteile eine notwendige wenn auch nicht hinreichende Bedingung für die Feststellung von SMP sind.

Zur Anmerkung (ON 30, Beilage C, S.40ff.) dass die Gutachter den Wachstumsverlauf bei CPS-Ständen mit einer logarithmischen Trendlinie illustriert hatten, anstelle der vorgeschlagenen linearen Trendlinie, merkt die Telekom-Control-Kommission an, dass nach ihrer Ansicht sich schon aus dem Vergleich zur vorgeschlagenen linearen Trendlinie (ON 30, Beilage C, S.41) ergibt, dass die in ON 25 gewählte Darstellungsweise treffender ist. Weiters erscheint die Begründung gegen die Log- Form: „Diese Darstellungsform wird nur bei zweidimensionalen Funktionen angewandt“ als mathematisch schlichtweg nicht nachvollziehbar.

Zum Vorwurf der logischen Vermischungen:

TA kritisiert den Aufbau der Wettbewerbsanalyse in „logischer“ Hinsicht. Der von den Amtsgutachtern gewählte Zugang entspräche nicht der vom neuen Rechtsrahmen vorgegebenen Vorgehensweise zur Durchführung einer Marktanalyse. Diesbezüglich führt die Telekom-Control-Kommission aus:

Die gesetzlichen Grundlagen für die Durchführung von Marktdefinition und Marktanalyse finden sich im 5. Abschnitt des TKG 2003 in den §§ 34ff.

Demzufolge beginnt der „Prozess“ der Wettbewerbsregulierung mit der Marktabgrenzung gemäß § 36 TKG 2003, darauf aufbauend folgt die Wettbewerbsanalyse zur allfälligen Feststellung von beträchtlicher Marktmacht (§§ 35 und 37 TKG 2003) und anschließend die allfällige Auferlegung adäquater Regulierungsinstrumente nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003.

Wie oben ausgeführt, ist bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield“-Ansatz). Das bedeutet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission allerdings nicht, dass die bestehende ex ante Regulierung bei der Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse überhaupt nicht berücksichtigt werden darf. So gebieten nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission schon die aufgrund der Erfordernisse der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit, zu gewährleistende Sachlichkeit bei der Vollziehung des TKG 2003 eine (Mit)berücksichtigung der wettbewerblichen Ausgangslage, wie sie eben aufgrund der bestehenden Regulierung besteht.

Dem Vorbringen von TA (ON 30 Beilage C, S 30, 31), dass es im Marktmacht-Gutachten zu einer „Vermischung der Märkte“ und dadurch zu falschen Schlussfolgerungen gekommen sei, ist zu entgegnen, dass Privat- und Nichtprivatkunden primär aus den in ON 25 (Kapitel 3) beschriebenen horizontalen Verflechtungen in einem beschrieben wurden. Die Unterstellung, dass dies in ON 30 geschehen sei, weil „sie einem Markt angehörten“ erscheint für die Telekom-Control-Kommission bereits aufgrund der Kapitelstruktur der ON 25 als nicht nachvollziehbar.

Einer Vermischung anderer Art unterliegt TA (ON 30 Beilage C, S. 30ff.) im Hinblick auf das Verhältnis von Marktdefinition und Marktanalyse. So war die Marktabgrenzung selbst nicht Gegenstand der Marktanalyse. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dient das Kapitel 2 der ON 25 lediglich als Hintergrundinformation worauf eingangs dieses Kapitels von den Amtsgutachtern auch ausdrücklich hingewiesen wurde. Eine allfällige Überarbeitung erfolgt im Rahmen der nächsten Märkteverordnung durch die dafür zuständige RTR-GmbH.

In diesem Zusammenhang ist auch auf ON 38 (Seite 23f) hinzuweisen, in dem TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Frage der Marktabgrenzung mit dem Konzept der horizontalen Marktmachtübertragung verwechselt. Zur Auffassung von TA (ON 38), dass durch die behauptete Verflochtenheit der Märkte im Sinne von TA, die Marktabgrenzung anders durchgeführt werden hätte müssen, ist auf die mit der TKMVO 2003 erfolgten Marktabgrenzung hinzuweisen. In der Sache selbst merkt die Telekom-Control-Kommission dennoch an, dass die betroffenen Märkte zueinander in einem horizontal-komplementären und nicht in einem horizontal-substitutiven Verhältnis zueinander stehen. Produktbündelung stellt daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kein die Marktabgrenzung betreffendes Problem dar.

An der angeführten Stelle, aber auch bspw. in ON 30 Beilage C S 93ff, wird von TA versucht, die eigentlich bestehende Wettbewerbsproblematik in Form der horizontalen Marktmachtübertragung durch Bündelung von Grund- und Verbindungsentgelten als nicht existent zu erscheinen lassen.

Telekom Austria hat aufgrund der überragenden Stellung am Zugangsmarkt diesbezüglich einzigartige Vorteile in der Preisgestaltung bzw. Bündelung (Punkt 2.1.1 dieses Bescheides). Diese Vorteile werden von TA mit der marktübergreifenden Bündelung von Produkten verwechselt. Die grundsätzliche Problematik aufgrund des de facto Monopols bei Teilnehmeranschlüssen ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in der marktübergreifenden Bündelung von Produkten der Festnetzsprachtelephonie zu sehen. Die Telekom-Control-Kommission merkt dazu an, dass in ON 30 („Bibliographie“) zwar die Arbeiten der deutschen Monopolkommission und des ERG-Arbeitspapiers „European Regulators Group (ERG) (2004), „Joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework“ zur Anwendung der Regulierungsinstrumente zwar zitiert, nicht aber deren Inhalte dazu verarbeitet wurden. Dieses Papier (ebenso das für die Festnetzsprachtelephonie erstellte Expertengutachten von C. Koboldt) erwähnt nämlich explizit das Wettbewerbsproblem der horizontalen Marktmachtübertragung innerhalb der Festnetzendkundenmärkte. *„At the retail level, the incumbent might engage in bundling of access and call services in a way that discourages its access customers from obtaining call services from other providers, thus trying to undermine the effects of CS and CPS obligations. For example, the incumbent might offer a bundle of free or heavily discounted call minutes with its line rental in exchange for a higher access charge, which might make its own offering more attractive than the alternative of buying calls from an CS or CPS operator“* (Koboldt, C. (2003) „Regulatory obligations to be imposed on operators with significant market power: narrowband services“, S. 11-12; nunmehr von der Europäischen Kommission publizierte und im Internet abrufbare Endfassung im Rahmen der von der Kommission beauftragten Studien zu Regulierungsfragen).

Angesichts der Ausführungen in ON 25 zur Problematik der horizontalen Marktmachtübertragung, war den diesbezüglichen Argumenten von TA daher schlussendlich nicht Folge zu leisten.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte abgegrenzt hat.

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

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

Entgegen dem Vorbringen von TA (ua ON 37) ist es nicht Inhalt des neuen Rechtsrahmens an sich, das Ausmaß der Regulierung zu reduzieren. Vielmehr ist es, wie in Punkt D 4 und D 5 der Begründung dieses Bescheides ausgeführt, Aufgabe des neuen Rechtsrahmens, durch die gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für angemessen und effizient befundenen Regulierungsinstrumente aufzuerlegen, die am besten geeignet erscheinen, das (die) festgestellte(n) Wettbewerbsproblem(e) zu bekämpfen.

3. Zur Marktabgrenzung des Marktes „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“

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 sektorspezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

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

§ 1 Z 1 TKMVO 2003 sieht einen Endkundenmarkt „Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ vor; das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet des Marktes (§ 2 TKMVO 2003).

In einem weiteren Schritt hat sodann die Telekom-Control-Kommission diese – von der RTR-GmbH – vordefinierten Märkte, Analysen gemäß § 37 TKG 2003 zu unterziehen. Die Tele-

kom-Control-Kommission ist dabei an die Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteien vorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden können.

TA führte in ihren Stellungnahmen sinngemäß aus, dass die Auswirkungen des Verbindungsnetzbetriebes (Carrier Preselection und Call by Call) bei der Marktanalyse zu berücksichtigen seien, da durch den Verbindungsnetzbetrieb die wirtschaftliche Bedeutung des Festnetzmarktes zurückgegangen sei, und dies im Rahmen dieses Verfahrens berücksichtigt werden müsse.

Diesbezüglich ist entsprechend dem oben Ausgeführten auf die Bestimmung des § 46 TKG 2003 zu verweisen. Diese Bestimmung normiert, dass die Regulierungsinstrumente der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl gegebenenfalls „bei der Bereitstellung des Anschlusses“ aufzuerlegen sind. Die „Bereitstellung des Anschlusses“ wird durch § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 erfasst. Die dort enthaltenen Märkte sind die Märkte für den Zugang von Privatkunden bzw. Nichtprivatkunden, zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Diese beiden Märkte sind Endkundenmärkte.

Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass gemäß Art. 19 Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten), bzw. § 46 Abs. 1 TKG 2003, die Regulierungsinstrumente der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl ungeachtet etwaiger Auswirkungen auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte als Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Endkundenmarkt anzusehen sind. Dem diesbezüglichen Vorbringen der TA war daher nicht näher zu treten.

4. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. führt die Telekom-Control-Kommission (§ 117 Z 6 TKG 2003) von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte – die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (TKMVO 2003) – durch.

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

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).

In Ziffer 114 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABI L C 165/6 vom 11.7.2002 (im Folgenden: SMP-

Leitlinien) wird in Bezug auf das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten im Falle der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht wie folgt ausgeführt: „Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen, ist jedoch nicht mit den Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens vereinbar, insbesondere nicht mit Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie. Mit anderen Worten, die NRB [nationalen Regulierungsbehörden, Anm.] müssen einem Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, mindestens eine Verpflichtung auferlegen.“

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

Zur Frage sich selbsttragender vs. effektiver Wettbewerb:

TA kritisierte, dass im Marktmacht-Gutachten und im Regulierungsinstrumente-Gutachten die Begriffe des effektiven oder selbsttragenden Wettbewerbs nicht konsistent verwendet würden, wobei es der Verwendung des Begriffes des selbsttragenden Wettbewerbs überhaupt an einer gesetzlichen Grundlage mangle:

Die Telekom-Control-Kommission stellt diesbezüglich fest, dass sich bezüglich dieser Wettbewerbskonzepte weder aus den einschlägigen nationalen oder internationalen Rechtsquellen noch aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ein einheitliches Begriffsverständnis des Konzepts des selbsttragenden Wettbewerbs ableiten lässt. Das Konzept des effektiven Wettbewerbs wird hingegen sowohl in der Rahmenrichtlinie (R-RL), dem TKG 2003, als auch in den SMP-Leitlinien der Europäischen Kommission dargestellt.

Dieser Definition zufolge besteht effektiver Wettbewerb in der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht. Art. 14 Abs. 2 der R-RL und daran angelehnt § 35 Abs. 1 TKG 2003 definieren den Begriff „beträchtliche Marktmacht“ als einen Zustand, in dem „ein Unternehmen allein oder 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“.

Nun ist es zwar denkbar, dass Endkundenmärkte insoweit in effektivem Wettbewerb stehen, dass sie keiner Endkundenregulierung bedürfen (wie es im übrigen auf dem Auslandsprivatkundenmarkt der Fall ist), aber eben nicht selbsttragend in Hinblick auf die Basisvorleistungsregulierung der Betreiber(vor)auswahl sind.

Aus ON 25 ergibt sich, dass es bis dato eine wesentliche Vorleistungsregulierung für die Endkundenmärkte der Festnetzsprachtelefonie gibt, nämlich die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl. Ferner wurden in Kapitel 4 der ON 25 in umfangreicher Form alle wesentlichen zugrunde liegenden Regulierungsformen der Vergangenheit, nach Endkunden- und Vorleistungsmärkten unterschieden, angeführt.

Die sachliche Rechtfertigung für dieses Wettbewerbsverständnis ergibt sich aus der de facto monopolistischen Marktmacht auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt, auf Grund der es ohne Basisvorleistungsregulierung zu einem Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf den Verbindungsmärkten käme. Es kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weder dem europäischen noch dem österreichischen Gesetzgeber unterstellt

werden, eine Definition von Wettbewerb gewählt zu haben, die nicht auf die Notwendigkeit von Basisvorleistungsregulierungen abstellt. Es würde den Regulierungszielen des TKG 2003 geradezu entgegenlaufen, wenn ein ausschließlich im reinen Wortsinn der Bestimmungen des Art. 14 Abs. 2 R-RL bzw. des § 35 Abs. 1 TKG 2003 effektiver, aber eben nicht selbsttragender, Endkundenmarkt nicht mehr der ex ante Regulierung unterliegen sollte. Diese Überlegung wird auch durch den Wortlaut des § 43 TKG 2003 („Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“) gestützt, wo es in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen in Abs. 1 Z 1 leg cit heißt, [...kein Wettbewerb herrscht]. Auch dadurch, nämlich durch die fehlende Eingrenzung des Wettbewerbsbegriffs in der lex specialis für das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten auf den Endkundenmärkten, kommt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zum Ausdruck, dass die Definition des effektiven Wettbewerbs in § 35 Abs. 1 TKG 2003 das von der Telekom-Control-Kommission gewählte Wettbewerbsverständnis des selbsttragenden Wettbewerbs gerade nicht ausschließt.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ergibt sich bereits aus dem Charakter der ex ante Regulierung selbst, dass auch die Auswirkungen der Aufhebung von Regulierungsmärkten mitzuberücksichtigen sind. Bei Wegfall der Basisvorleistungsregulierung käme es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auf Grund der bestehenden Anreize für TA zu wettbewerbseinschränkendem Verhalten innerhalb kurzer Zeit zu einem völligen Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf den Verbindungsmärkten. Die Telekom-Control-Kommission weist daher das Vorbringen der TA hinsichtlich der angeblichen fehlenden gesetzlichen Grundlage für den gewählten Wettbewerbsbegriff zurück.

Im Übrigen wird diesbezüglich auf die Ausführungen zu Punkt D 7.2.1 verwiesen.

TA stellte auch in diesem Zusammenhang die Behauptung auf, dass zuerst zwingend die Vorleistungsmärkte zu analysieren seien, und erst in einem zeitlich späteren Schritt die Analyse der Endkundenmärkte erfolgen dürfe. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu Punkt D 6 zur Auslegung des Art. 17 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie bzw. des § 43 Abs. 1 TKG 2003 verwiesen.

Das Vorbringen von TA, dass das unterschiedliche Ergebnis der Marktanalysen mit der unterschiedlichen Würdigung dieser Vorleistungsregulierung zu tun habe, beruht offenbar auf einem irrtümlichen Verständnis der unterschiedlichen Vorleistungsmärkte. Die (regulierte) Betreiber(vor)auswahl bezieht sich auf den inländischen Vorleistungsanteil, welcher allerdings eben auch bei Auslandsgesprächen in Anspruch genommen wird. Bei Auslandsgesprächen existiert eben zusätzlich zur notwendigen Vorleistung im Inland noch ein verhältnismäßig kompetitiver Markt um die im Ausland gelegene Vorleistungsteil „einzukaufen“. Genau hierin zeigt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Unterschiedlichkeit hinsichtlich der gesamten Vorleistungsabhängigkeit sowie der Höhe der Markteintrittsbarrieren. Gerade hinsichtlich der Frage des sich selbsttragenden Wettbewerbs hat dieser Sachverhalt allerdings keine Auswirkungen: So sind auch alternative Anbieter von Auslandsgesprächen überwiegend auf die Betreiber(vor)auswahl angewiesen, um den Inlandsanteil des Auslandsgesprächs abwickeln zu können. Es ist für die Telekom-Control-Kommission daher nicht nachvollziehbar, worin hier ein unterschiedlicher Prüfmaßstab zur Anwendung gekommen sein soll.

In Bezug auf die angestellten Überlegungen zur Auslegung der Begriffe selbsttragender bzw. effektiver Wettbewerb verweist die Telekom-Control-Kommission im Übrigen ergänzend auf das unter D 6 dieses Bescheides zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs Ausgeführte.

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 „[gilt] ein Unternehmen [] dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirt-

schaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.“

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

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

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. Definitionsgemäß existiert in so einem Fall mindestens ein, durch die Regulierungsbehörde abzustellendes, Wettbewerbsdefizit. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der RahmenRL).

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 zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht“ 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 Marktanalyse 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 zu dem Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71 der Leitlinien).

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 Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass auch TA (ON 20, S 141) anmerkte, dass es nicht ausreicht, allein Marktanteile zu analysieren, sondern dass vielmehr die Marktanalyse „vorausschauend“ durchgeführt werden müsse.

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am gegenständlichen Markt

Eine wesentliche Zielsetzung der Regulierung ist die Schaffung von Wettbewerb auf den Märkten der TKMVO 2003. Der Kunde kann dann von Wettbewerbspreisen und einer erhöhten Angebotsvielfalt profitieren. Ist kein Wettbewerb auf einem dieser Märkte gegeben, sind regulatorische Maßnahmen zur Lösung des auftretenden Wettbewerbsproblems zu ergreifen.

Vor dem Hintergrund des § 37 Abs. 1 TKG 2003 wie auch gemäß Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie ergibt sich eine von der Regulierungsbehörde heranzuziehende dynamische Betrachtungsweise. Demgemäß sollte die Untersuchung der tatsächlichen Wettbewerbssituation auch die Frage umfassen, „... ob der Markt potentiell wettbewerbsorientiert ist und somit ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist“. Liegt also kein effektiver Wettbewerb vor, so ist die Frage zu klären, ob der Markt eventuell im Zeitverlauf von selbst in Richtung effektiven Wettbewerb tendiert. Stützt sich der vorgefundene effektive Wettbewerb hingegen auf die Regulierung auf der Vorleistungsebene, so kann nicht von selbsttragendem infrastrukturbasierten Wettbewerb gesprochen werden. Stellt man jedoch auf selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb ab, so ist in diesem Zusammenhang (v.a. auf Vorleistungsmärkten) auch das Ausmaß und die Entwicklung der Infrastrukturinvestitionen zu betrachten. Die Regulierungsbehörde hat daher den voraussehbaren oder zumindest wahrscheinlichen Veränderungen am jeweils gegenständlichen Markt im Rahmen ihrer zu treffenden Prognosebeurteilung Rechnung zu tragen. Diesem Verständnis des § 37 TKG 2003 Folge tragend, wurden die Gutachter des Marktmacht-Gutachtens bereits im Gutachtensauftrag vom 20.10.2003 beauftragt, festzustellen, „ob aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge“.

TA kritisierte diesbezüglich unter anderem in ON 30 unter dem Titel der fehlenden „Verhältnismäßigkeit“ des Marktmacht-Gutachtens unter Verweis auf § 34 TKG 2003 umfangreich die nicht adäquate Umsetzung des Gutachtensauftrages der Telekom-Control-Kommission: So wurde unter anderem vorgebracht, dass vor allem der zweite Teil des Gutachtensauftrages, nämlich die Untersuchung, ob die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten allein auf den Vorleistungsmärkten ausreichen würde, um auf der Endkundenebene „effektiven Wettbewerb (bzw. selbsttragenden Wettbewerb)“ herstellen zu können, nicht erfolgt sei; in diesem Zusammenhang fehle eine Analyse der ökonomischen Effekte der Regulierungsinstrumentarien der Vorleistungsebene für den Endkundenmarkt, sowie würden anzustellende

wettbewerbsrechtliche Hintergrundüberlegungen nicht getätigt: Zusammengefasst sei der Vorrang der Regulierung der Vorleistungsmärkte nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Unter Zugrundelegung der Ausführungen zum Art 17 der Universaldienst-Richtlinie kam die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass dem Vorbringen der TA diesbezüglich nicht zu folgen war. In Bezug auf das Vorbringen der TA hinsichtlich des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Ausführungen zu D 7.2.4 dieses Bescheides.

Zum Vorbringen der TA hinsichtlich der angeblich inkonsistenten Verwendung der Begriffe „sich selbsttragender Wettbewerb“ bzw. „effektiver Wettbewerb“ wird auf die Ausführungen zu Punkt C (Beweiswürdigung) dieses Bescheides verwiesen.

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 (ABl. C 165, S. 5 vom 11.7.2002) fest, dass „bei der ex ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen sind 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 im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Abschnitt 3.1. der Leitlinien). Den diesbezüglichen Ausführungen der TA konnte daher von der Telekom-Control-Kommission bei der Entscheidung über die aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente nicht gefolgt werden. TA selbst führt aus, dass es sich bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt um „theoretische, denkmögliche Wettbewerbsprobleme [...] handelt, die somit präventiv mit tatsächlichen Regulierungsaufgaben „bekämpft“ werden“. Diesbezüglich ist auszuführen, dass der Ausdruck der denkmöglichen Wettbewerbsprobleme seitens der TKK immer vor dem Hintergrund gegebener Regulierungsaufgaben angewendet wurde.

Infrastrukturwettbewerb ist im gegenständlichen Markt des Zugangs von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten de facto nicht zu beobachten. Wie die obigen Ausführungen unter Punkt B zeigen, ist TA de facto der einzige flächendeckende Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen. Ein solcher Infrastrukturwettbewerb ist auch in (absehbarer) Zukunft nicht zu erwarten, da wie in Punkt 2.1. dieses Bescheides ausgeführt, hohe Markteintrittsbarrieren existieren.

TA kritisierte in diesem Zusammenhang (ON 20, S 140), dass die Regulierungsbehörde im Marktmacht-Gutachten feststellte, dass sich Wettbewerber auf den Endkundenmärkten [...] sehr rasch etablieren konnten. Es wäre unabdingbar gewesen, zu prüfen, ob die Maßnahmen auf den Vorleistungsmärkten ausreichen, um Wettbewerb sicherzustellen. Ferner seien für kurzfristig auftretende Wettbewerbsprobleme die Kartellgerichte bzw. die Bundeswettbewerbsbehörde zuständig. Im Zusammenhang mit dem soeben oben Ausgeführten zum Thema selbsttragender infrastrukturbasierter Wettbewerb, ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine Regulierung des gegenständlichen Zugangsmarktes nach wie vor notwendig ist, um das erreichte Wettbewerbsniveau auf den Verbindungsmärkten durch die mögliche Übertragung von Marktmacht nicht zu schwächen. Die Frage des Ausreichens der Regulierung auf Vorleistungsmärkten ist zwar bei der Regulierung von Endkundenmärkten zu stellen (Primat der Regulierung der Vorleistungsmärkte), allerdings weist die Telekom-Control-Kommission in Bezug auf das Vorbringen der TA zur Zuständigkeit der Kartellgerichte und der Bundeswettbewerbsbehörde im Falle von kurzfristig auftretenden Wettbewerbsproblemen darauf hin, dass es primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen.

Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie die aus diesen Marktstrukturen sich ergebenden Verhaltensanreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ausreichend zu bekämpfen. Da sich aus den getroffenen Feststellungen ergibt, dass die geschilderten Wettbewerbsprobleme primär ihre Ursache im derzeit nicht stattfindenden selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb haben, konnte daher den Ausführungen von TA nicht näher getreten werden.

Die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht der TA und die korrespondierende Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt entsprechen daher dem sowohl durch Art. 17 der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie, Abl L 108/51 vom 24.4.2002) als auch dem durch § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 festgelegten Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte vor den jeweils nachgelagerten Endkundenmärkten.

Die Eingrenzung der Untersuchung der Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur auf Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 35 Abs. 2 TKG 2003 ergibt sich aus dem ca. 95%igen Marktanteil des Marktführers Telekom Austria.

Das Marktanalyse-Gutachten der Amtssachverständigen (ON 25) untersucht eingehend die Situation auf dem genannten Markt, insbesondere an Hand der relevanten Marktmacht-Indikatoren aus ökonomischer Sicht und hält fest, welche Kriterien für oder gegen eine Marktbeherrschung (bzw. beträchtliche Marktmacht) sprechen (siehe unten).

Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass TA als integriertes Unternehmen flächendeckend tätig ist, ist die Frage zu beantworten, welche Konsequenzen die Aufhebung der bislang bestehenden Regulierungsverpflichtung für den Wettbewerb auf diesem Markt hätte. Aus dem Marktanalyse-Gutachten (ON 25) und aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32) ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, dass eine Nichtauferlegung der Regulierungsinstrumente gemäß Punkt 2 des Spruches dieser Anordnung zu einer beträchtlichen Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichen Markt sowie insbesondere auf den Verbindungsmärkten insofern führen würde, als angesichts der festgestellten Anreize für TA zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten mit einer dramatischen Verschlechterung der wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen für alternative Anbieter durch foreclosure auf den Verbindungsmärkten zu rechnen wäre.

6.1. Zur Analyse des Marktes entsprechend den Kriterien des § 35 Abs. 2 TKG 2003:

6.1.1. Marktteilnehmer und Marktcharakteristika

Im Kontext der Untersuchung einer beträchtlichen Marktmacht 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. Die Leitlinien halten dabei fest, 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 bedeutenden Marktanteil eine alleinige beherrschende Stellung einnimmt.

Die aus ökonomischer Sicht hohe Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ für die Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung (single dominance) leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Profitabilität (in Form der price-cost margin) ab. So gibt es sowohl theoretisch als auch empirisch einen positiven Zusammenhang zwischen (unternehmensindividuellem) Marktanteil und (unternehmensindividueller) price-cost margin. Weder die empirische noch die theoretische Literatur vermögen allerdings abschließende Auskunft

darüber zu geben, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt (oder gar erwiesen ist).

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen hat, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt.

Besonders hohe Marktanteile liefern, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (EuGH Hoffmann-La Roche/Kommission, Rn. 41, und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-82/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60; EuG I vom 12. Dezember 1991 in der Rechtssache T-30/85, Hilti/Kommission, Slg. 1991, II-1439, Rn. 91, vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Rn. 109, und Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, Rn. 76).

Bei der Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht aufgrund der Verteilung der Marktanteile ist gemäß der Rechtsprechung der EK auch auf die Verteilung der Marktanteile der Wettbewerber, insbesondere auch auf den Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber abzustellen. TA ist der einzige Betreiber in Österreich, der über ein flächendeckendes Kommunikationsnetz inklusive Teilnehmeranschlussleistungen verfügt, die Frage des Abstandes zum zweitgrößten Anbieter stellt sich daher nicht. Die Ermittlung von Konzentrationsmaßen erübrigt sich aufgrund dieses Marktanteils.

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

Zum Vorbringen der TA (ON 20, S 141), dass die Betrachtung von Marktanteilen auf dem „österreichischen Festnetzmarkt“ für sich alleine nicht ausreichen würde, um die wettbewerbliche Situation auf dem gegenständlichen Markt angemessen beurteilen zu können, ist auszuführen, dass dem prinzipiell zuzustimmen ist, allerdings relativiert sich auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt aufgrund des enorm hohen Marktanteiles von ca. 95 % der Wert dieser Aussage erheblich:

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

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

Zum Vorbringen der TA (ON 30, S 3), dass das Marktmacht-Gutachten keine wettbewerbsrechtlichen Hintergrundüberlegungen enthalte, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass solche Überlegungen nicht Bestandteil des Gutachtensauftrags waren. Wie sich aus dem Gutachtensauftrag vom 20.10.2003 ergibt, handelt es sich um ein ökonomisches Gutachten. Im Endergebnis kann diesem Vorbringen von TA unter Verweis auf die obigen Ausführungen zur rechtlichen Bedeutung von Marktanteilen nicht näher getreten werden. Die Telekom-Control-Kommission trat daher diesem Antrag nicht näher.

Zum Vorbringen der TA, dass durch die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung des Mobilnetzbetriebes weiterer Wettbewerbsdruck auf das Festnetz (ON 20, S 128 und S 135) ausgeübt würde, ist auszuführen, dass dieses Argument der TA die Frage der Marktabgrenzung zwischen Festnetz- und Mobilnetzmärkten berührt. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Punkt auf die Ausführungen zu Punkt D 3 dieses Bescheides (Bindung an die Märkteabgrenzung der TKMVO 2003). Auch dem Vorbringen der TA, in Bezug auf die getroffene Marktabgrenzung zwischen Inlands- und Auslandsmärkten (ON 20, S 132), den Auswirkungen des Verbindungsnetzbetriebes auf die Verbindungsmärkte (ON 20, S 132) und in Bezug auf SMS und E-Mail (ON 20, S 136) ist unter Verweis auf die mit der TKMVO 2003 erfolgte Marktabgrenzung entgegen zu treten.

Dem Argument von TA (ON 20, S 140), dass der Verhaltensspielraum von TA durch die am Markt befindliche Anzahl der Marktteilnehmer eingeschränkt sei, kann die Telekom-Control-Kommission unter Verweis auf die stark asymmetrische Marktstruktur sowohl am gegenständlichen Markt als auf den Verbindungsmärkten nicht Folge leisten: TA ist der mit Abstand größte Anbieter von Festnetzkommunikationsleistungen und ist als einziger Anbieter österreichweit flächendeckend vertikal integriert. Daneben gibt es wenige „mittelgroße“ Anbieter mit nur teilweise eigener, und auch nur regionaler Infrastruktur, sowie eine vergleichsweise große Anzahl von kleinen Anbietern. Es ist daher für die Telekom-Control-Kommission aus diesem Grund nicht nachvollziehbar, wie TA vermeint, auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt, wenn auch unter den Gegebenheiten der ex ante Regulierung, in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt zu sein.

Schlussfolgerung:

In Österreich hat TA bei der Bereitstellung des Zuganges für die Erbringung von Sprachtelefoniediensten einen Marktanteil von rund 95 %, und ist damit, auch unter Berücksichtigung der vorhandenen Kabelnetze, österreichweit gesehen faktischer Monopolanbieter. Es herrscht somit kein Wettbewerb. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung würde TA diese Leistung aufgrund der festgestellten Anreizstruktur zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten freiwillig nicht anbieten. Selbst wenn TA diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge weder auf dem gegenständlichen noch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten selbsttragender Wettbewerb vor.

Selbst wenn zu berücksichtigen ist, dass Marktanteile alleine hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreichend sind (Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78)), kann aus der Analyse aufgrund des Marktanteils (mengen- und umsatzmäßig) von rund 95 % doch gefolgert werden, dass in Bezug auf diesen Indikator die Grundlage für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht gegeben ist. Die getroffenen Feststellungen legen ferner die Vermutung nahe, dass in absehbarer Zukunft keine Änderung dieses Zustandes zu erwarten ist.

6.1.2. Vertikale Integration

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Unter diesem Begriff wird verstanden, dass ein Unternehmer nicht nur auf dem gegenständlichen Markt, sondern auch auf einem weiteren (nachgelagerten) Markt tätig ist. Die wettbewerbliche Problematik kann sich dahingehend manifestieren, dass ein Unternehmen, das auf beiden Märkten tätig ist, aufgrund der Verflechtung beider Märkte Anreize hat, Wettbewerbern auf den benachbarten Märkten den Zugang zu diesen Märkten zu verschließen oder andere wettbewerbsbeschränkende Praktiken, bspw. die Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze) zur Anwendung zu bringen.

Im gegenständlichen Fall ergibt sich diese Problematik aus der Tatsache, dass nur TA über ein flächendeckendes Zugangsnetz verfügt. Diesem Zugangsnetz horizontal nachgelagert sind die Verbindungsmärkte der Inlandsgespräche für Privat- und Nichtprivatkunden sowie die der Auslandsgespräche für Privat- und Nichtprivatkunden. Das österreichweite flächendeckende Zugangsnetz können alternative Anbieter mit wirtschaftlichen Mitteln nicht umgehen.

Da daher jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten auf dem Zugangsmarkt abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen, die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit den den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachfragenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten. TA ist ein vollintegrierter Betreiber, der derzeit im Anschlussbereich sämtliche Retailprodukte anbietet (ON 25). Alle anderen Wettbewerber auf dem gegenständlichen Markt sind hingegen nicht, oder bei weitem nicht in diesem Ausmaß, vertikal integriert (ON 25).

Schlussfolgerung:

Durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt als auch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten tätig ist, überträgt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Zugangsmarkt auch auf die Verbindungsmärkte. Da die TA über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Dienste an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der TA abhängig. Dieser Marktmachtindikator spricht daher ebenfalls für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.1.3. Marktzutrittsbarrieren und fehlender potentieller Wettbewerb

§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der SMP-Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittschranken“ als einen Indikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

In ihrer Empfehlung über relevante Märkte unterscheidet die Europäische Kommission zwischen zwei Arten von Marktzutrittsbarrieren, nämlich strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse: Ein strukturelles Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem

Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden. Hohe strukturbedingte Marktzutrittsbarrieren bestehen beispielsweise, wenn erhebliche Skalen-, Verbund-, und Dichtevorteile sowie hohe versunkene Kosten für den Markt charakteristisch sind. Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber letztlich auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. Das Vorliegen von Marktmacht kann daher insbesondere dort vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Hohe Marktzutrittsschranken können dazu führen, dass ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil sich unabhängig von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern (EuGH Rs United Brands, 14.2.21978) verhalten und bspw. Preise über den Kosten verlangen kann.

Höhere Marktzutrittsbarrieren können die Entstehung von effektivem Wettbewerb be- oder verhindern und stehen so den Regulierungszielen des § 1 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 entgegen.

Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist daher ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Die von der Europäischen Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle entwickelten Kriterien erkennen dem Ausmaß an potentielltem Wettbewerb nur dann eine die Marktmacht eines Unternehmens beschränkende Wirkung zu, wenn die folgenden Kriterien erfüllt sind:

1. Zur Wahrscheinlichkeit des Markteintrittes:

Der Rechtsprechung der EK folgend, gilt ein Markteintritt eines potentiellen Wettbewerbers nur dann als hinreichend wahrscheinlich, um die Marktmacht eines marktmächtigen Unternehmens zu beschränken, wenn wahrscheinlich ist, dass ein solcher Markteintritt auch angesichts möglicher Gegenreaktionen des marktmächtigen Unternehmens als ausreichend rentabel erscheint (Entscheidungen der EK zu M.1383 – Exxon/Mobil, Rz 221ff; M 330 - McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann, Rz 73 ff sowie M.269 – Shell/Montecatini, Rz 85ff). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist auf Grund der mangelnden Wirtschaftlichkeit (fehlende Skalenvorteile iVm versunkenen Kosten) nicht davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft ein zweiter Anbieter eines flächendeckenden Zugangsnetzes in den gegenständlichen Markt eintreten wird.

2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintritts und Erheblichkeit desselben:

Die Geltungsdauer des gegenständlichen Bescheides ist jedenfalls mit dem Abschluss eines zukünftigen Verfahrens zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht für den gegenständlichen Markt befristet. Die einem solchen zukünftigen Verfahren gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 zugrunde liegende TKMVO 2003 muss jedenfalls alle zwei Jahre überprüft werden. Wenn nun auch keine eindeutige Frist, innerhalb derer ein Markteintritt erfolgen muss, aus der Entscheidungspraxis der EK abgeleitet werden kann, so ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission doch davon auszugehen, dass innerhalb der Geltungsdauer dieser Anordnung kein zusätzlich in den gegenständlichen Markt eintretendes Unternehmen ein flächendeckendes Kommunikationsnetz aufbauen kann.

Nachfrageseitige Wechselbarrieren am gegenständlichen Markt ergeben sich im gegenständlichen Verfahren vor allem aus dem Umstand, dass TA der einzige Betreiber ist, der flächendeckend über ein eigenes festes Kommunikationsnetz verfügt. Anbieter von Kommu-

nikationsdiensten (zB Sprachtelefonie) sind daher bezüglich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf TA zwingend angewiesen.

Als rechtliche Marktzutrittsbarrieren am gegenständlichen Markt können nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten bestehenden Barrieren betrachtet werden. Aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten und andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll, können sich in beiden Fällen aufgrund des mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundenen Zeitaufwandes Markteintrittsbarrieren ergeben, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen.

TA brachte diesbezüglich (ON 20, S 143 – 150) zusammengefasst vor, dass Marktbarrieren auf den Endkundenmärkten nicht mehr gegeben seien, da es durch den nicht mehr bestehenden Zwang zur Konzession keine institutionellen Zugangsbarrieren mehr gebe. Ferner sei es sogar so, dass es durch die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung samt kostengünstigem Anbieten derselben, die ja ohne vergleichbare Anfangsinvestitionen möglich sei, es keine strukturellen Barrieren im Anschlussnetz mehr gebe. Es gebe auch keine strategischen Markteintrittsbarrieren, allenfalls solche, die durch alternative Anbieter errichtet worden wären. Darüberhinaus sei es durch die Trennung von Netzanschluss und Diensten zu einer Reduktion der Markteintrittsbarrieren durch TA gekommen. Etwaige Vorteile durch TA im Bereich des Anschlussnetzes würden durch die Universaldienstverpflichtung ausgeglichen.

Diesbezüglich hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen: Die Tatsache, dass mit dem TKG 2003 keine Konzessionspflicht für das Erbringen von Festnetzsprachtelefonieprodukten mehr besteht, bedeutet für sich genommen nur, dass tatsächlich allenfalls bestehende rechtlich/institutionelle Markteintrittsbarrieren nicht mehr in diesem Ausmaß existieren. Allerdings darf das nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht darüber hinwegtäuschen, dass es nur einer verhältnismäßig kleinen Anzahl von Anbietern gelungen ist, signifikante Marktanteile zu erobern – überdies gelang das nur auf den Verbindungsmärkten. Am bestehenden defacto-Zugangsmonopol hat sich seit Beginn der Liberalisierung des Telekommunikationssektors im Jahre 1997 insofern nichts Signifikantes geändert, als der Marktanteil im Zugangsbereich nunmehr statt 100 % wie vor Beginn der Liberalisierung nunmehr ca. 95 % beträgt. Der relativ größte der von TA erwähnten 17 alternativen Anbieter verfügt über einen äußerst geringen Marktanteil. Entgegen dem Vorbringen von TA bestehen auch für Verbindungsnetzbetreiber Markteintrittsbarrieren für den gegenständlichen Markt, sollten sie sich entschließen, in Zukunft als Teilnehmernetzbetreiber operativ sein zu wollen. Es bestehen für einen solchen Verbindungsnetzbetreiber angesichts der hohen versunkenen Kosten nach wie vor beträchtliche Markteintrittsbarrieren, die von der Errichtung eines eigenen flächendeckenden Festnetzes gerade im Anschlussbereich Abstand nehmen lassen (ON 25). Die Notwendigkeit zur Erbringung von Verbindungsleistungen (Gespräche) durch Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl bringt darüber hinaus die Abhängigkeit der Verbindungsnetzbetreiber vom flächendeckenden Anschlussnetz der TA zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang wird auf das auferlegte Regulierungsinstrument der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl hingewiesen.

Zum Vorbringen der TA, dass alternative Anbieter Marktbarrieren durch das Anbieten von Bündelprodukten samt dem mittelbaren Herbeiführen eines „one-stop-shop-Effektes“ errichten würden, hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass das Anbieten von Bündeln, die mit denen der TA vergleichbar sind, aufgrund der vertikalen Integration der TA und den derzeit verfügbaren Vorleistungsprodukten (eben ohne Resale), nur jenen alternativen Betreibern möglich ist, die ebenfalls über ein Anschlussnetz verfügen. Die spezifische Wettbewerbsproblematik der Produktbündelung am gegenständlichen Markt und auf den Verbindungsmärkten besteht eben in der Bereitstellung des reinen Zugangs an sich mit der Verbindungsleistung (Gespräche) für den Endkunden. Der mit Abstand größte alternative Anbieter mit eigenem Anschlussnetz ist die Telekabel Wien GmbH. Die Aktivitäten dieses Unterneh-

mens haben in der Tat zu einer Verringerung des Marktanteils der TA im POTS-Anschlussbereich im Raum Wien auf (nur mehr) ca. 93 % geführt. Alternative Anbieter ohne eigenes Zugangsnetz, das sind die allermeisten der Wettbewerber der TA, können daher, wie ausgeführt, keine Produktbündel aus Zugangsprodukten und Gesprächsleistungen anbieten. Das diesbezügliche Vorbringen der TA geht daher ins Leere.

Dem Vorbringen der TA, dass am gegenständlichen Endkundenmarkt die Berücksichtigung der seit langem bestehenden „Universaldienstverpflichtung“ der TA für diesen Markt und der damit verbundenen Auswirkungen bei der Bewertung von Marktmacht nicht erfolgt sei und flächendeckende Infrastruktur und „Mächtigkeit“ der TA nicht zuletzt aufgrund der „Universaldienstverpflichtung“ bestünden, ist entgegenzuhalten, dass die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Erbringung des Universaldienstes gesetzlich vorgesehen ist und darüber hinaus die Interessen der Endnutzer fördert.

Schlussfolgerungen:

Im Festnetzanschlussbereich sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in absehbarer Zukunft keine wesentlichen Neuerungen zu erwarten, da keine technologischen Entwicklungen zu erwarten sind, die Größenvorteile und versunkene Kosten aufgrund von Leitungsverlegungen entscheidend verringern können. Hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen daher weiterhin auf Grund hoher zu tätiger Investitionen, die im Falle eines Marktaustrittes verloren wären (versunkene Kosten), sowie aufgrund der Subadditivität der Kosten im Anschlussnetz. Da aufgrund geringerer Größe und höherer Unsicherheit hinsichtlich zukünftiger Ertragskraft (kleinere) Markteinsteiger oft einen wesentlich eingeschränkteren Zugang zu finanziellen Ressourcen (§ 35 Abs. 1 Z 11 TKG 2003 sowie in § 78 SMP-Leitlinien) haben, als das etablierte Unternehmen, sieht die Telekom-Control-Kommission auch diesbezüglich Markteintrittsbarrieren als vorliegend an. Die Marktzutrittsbarrieren bleiben daher auch zukünftig sehr hoch und es ist somit auch weiterhin kein selbsttragender Wettbewerb zu erwarten. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht daher dieser Markt-machtindikator für das Vorliegen von alleiniger Marktmacht (single dominance).

6.1.4. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

§ 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 erwähnt ebenso wie § 78 der SMP-Leitlinien als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“.

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (s. § 35 Abs. 1 Z 12 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) 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. Der Begriff der nicht leicht zu ersetzenden Infrastruktur stellt daher in erster Linie auf das bereits bestehende Kupferdoppeladernetz der TA ab, da dieses für eventuell neu in den gegenständlichen Markt eintretende Betreiber mit wirtschaftlichen Mitteln nicht duplizierbar ist.

Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem entsprechenden Unternehmen, (in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht) Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Gemäß dem bisher Ausgeführten kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt als auch auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten (§ 1 Z 3, 4 und 6 der TKMVO 2003) tätig ist, und die Vorleistungen für die Verbindungsmärkte zur Gänze intern

erbringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur vom gegenständlichen Markt auch auf die Verbindungsmärkte. Da die TA über einen Marktanteil von nahezu ca. 95 % der Anschlüsse am Markt für den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten verfügt, ist sie das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Dienste an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Kommunikationsdienstleistungen (zB Sprachtelefonie) anbieten wollen, sind hingegen von TA abhängig.

Schlussfolgerungen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, weil das existierende feste Kommunikationsnetz der TA unter profitablen Bedingungen nicht flächendeckend dupliziert werden kann, und daher von einer „nicht leicht ersetzbaren Infrastruktur“ im Sinne des § 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 auszugehen ist. Aufgrund der vertikalen Integration der TA käme es daher im Falle der Nichtauferlegung der Regulierungsinstrumente dieses Bescheides (Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle, Verbindungsnetzbetreiber(vor)wahl, Anbieten entsprechender Vorleistungsprodukte, Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung sowie der getrennten Buchführung) nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission vor allem auf den Verbindungsmärkten zu einem sofortigen Ende des Wettbewerbs.

6.1.5. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

§ 35 Abs. 2 S 1 TKG 2003 sieht vor, dass noch weitere Indikatoren als in Z 2 – Z 13 leg cit angeführt in die Prüfung miteinbezogen werden können.

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 (bzw. § 78 der SMP-Guidelines) nennt das „Verhalten am Markt“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer (alleinigen) beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für single dominance als marktstrukturbezogene 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. Diese Kriterien sind daher gegebenenfalls ebenso bei der Prüfung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht miteinzubeziehen.

Das Marktanalyse-Gutachten (ON 25) prüft über die bereits analysierten Indikatoren hinausgehend die Indikatoren Preise, Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb und führt eine Performanceanalyse sowie einen internationalen Vergleich durch.

Generell rückt auch hier eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller wettbewerblicher Verhältnisse. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen.

Im Kontext einer ex ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass TA – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, durch die Gestaltung von preislichen Marktmachtindikatoren und Produktbündelung ihre bestehende Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt unter anderem auf die benachbarten Verbindungsmärkte zu verlagern. TA hätte ohne bestehende Regulierung auf dem gegenständlichen Markt die Möglichkeit, sich unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und

Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 zu verhalten. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch die Tatsache bestätigt, dass TA die Betreiber(aus)wahl nicht freiwillig angeboten hat. TA hat offensichtlich Anreize, auf Zugangsmärkten exzessive Preise anzusetzen, würde sie nicht der ex ante Entgeltkontrolle unterliegen. Zum diesbezüglichen Vorbringen der TA (ON 20, S 157), dass die Senkung der Tarife auf Wettbewerb hindeute, und TA nicht die Möglichkeit hätte, ihre Preise unabhängig von der Konkurrenz festzulegen, hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass sich aus den Feststellungen ergibt, dass TA Anreize hat, ihre de-facto Monopolstellung im Anschlussbereich zur Setzung überhöhter Preise am gegenständlichen Zugangsmarkt auszunutzen und die aus dem Monopol-Bereich stammenden Übergewinne zu unerlaubter Subventionierung von predatory pricing (Kampfpreise) einzusetzen.

Zum Vorbringen der TA (ON 20, S 157), dass alle Unternehmen auf den Verbindungsmärkten das Wechseln des Betreibers durch ihre Endkunden („churn“) bekämpfen würden, ist auszuführen, dass dieser Sachverhalt für sich genommen dahingehend interpretiert werden kann, dass Wettbewerb vorliegt. Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang auf die Abhängigkeit des Dienstewettbewerbs von der Regulierung der Zugangsmärkte hinzuweisen. Die Tatsache, dass alternative Anbieter auf den Verbindungsmärkten zueinander in Konkurrenz treten, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass unter den gegebenen Umständen (siehe Punkt 2.1. dieses Bescheides) der Wettbewerb auf der Diensteebene von der Regulierung im Anschlussbereich abhängig ist. Auch dem Vorbringen von TA (ON 20, S 157 und 158), dass die Innovationstätigkeit stark zugenommen habe, um mit Innovationen Kunden zu gewinnen bzw. Qualitäts- und Innovationswettbewerb herrsche, ist unter Bezugnahme auf das soeben oben Ausgeführte zum Thema Abhängigkeit des Wettbewerbs auf den Verbindungsmärkten von der Regulierung im Anschlussbereich entgegen zu treten.

Die in ON 25 untersuchten weiteren Indikatoren zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht wie Preise, Innovationstätigkeit und Qualitätswettbewerb, Performanceanalyse sowie internationaler Vergleich können nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission allenfalls unterstützend zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen und können daher zu keinem anderen Ergebnis führen. Diesbezüglich wird auf die Feststellungen zu 2.1.5. dieses Bescheides verwiesen.

6.2. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Aufgrund der in den Punkten 6.1.1 – 6.1.5 vorgenommenen Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung dass TA als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist.

Unabhängig von anderen Indikatoren erscheint schon allein der hohe Marktanteil der TA zusammen mit den festgestellten Markteintrittsbarrieren als ausreichend, um vom Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht auszugehen.

Insgesamt ist sohin festzuhalten, dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und TA über beträchtliche Marktmacht gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 verfügt.

Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex ante Regulierung ergibt, dass TA aufgrund ihrer de-facto nach wie vor monopolartigen Stellung auf dem gegenständlichen Markt Anreize hat, exzessive Preise auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt anzuwenden sowie die auf dem gegenständlichen Markt existierende Marktmacht auf die benachbarten Verbindungsmärkte zu übertragen.

Insbesondere das eindeutige und nachhaltige Vorliegen der Zugangsproblematik aufgrund des Marktanteils von ca. 95 %, die vollständige vertikale Integration der TA, das dauerhafte Bestehen von hohen Markteintrittsbarrieren sowie bestehende Anreize für TA zu wettbe-

werbsbeschränkendem Verhalten waren für die getroffene Feststellung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt ausschlaggebend.

7. Zu den Regulierungsinstrumenten

7.1. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

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

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

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Auch in den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich 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).

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z. 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der

Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 (Vorleistungsverpflichtungen) nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten.

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group (ERG) in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind.

Dieses – rechtlich unverbindliche - Dokument trägt den Titel “ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ist unter der Internet-Adresse http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf abrufbar, und wurde der TA zugestellt (ON 33).

Die ERG wurde als beratendes Gremium der Europäischen Kommission durch den Beschluss 202/627/EG der Europäischen Kommission vom 29. Juli 2002 (ABl L 200/38, 30.07.2002) eingerichtet.

Diese Prinzipien lassen sich wie folgt festhalten (ON 32, Beilage 1, S 57ff):

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

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

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

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

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

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

Bei der konkreten Gestaltung der Regulierungsinstrumente ist schließlich auf Ausgewogenheit zwischen Generalität und Spezifität zu achten. Während detaillierte Verpflichtungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, sind sie gleichzeitig unflexibel und laufen Gefahr, häufig überarbeitet bzw. angepasst werden zu müssen. Allgemeine Verpflichtungen sind zwar flexibler, schaffen jedoch Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung und müssen oft im Nachhinein konkretisiert werden.

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

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

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

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

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

7.1.3. Prinzip 3: Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens ersetzbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden

Prinzip 3 beschäftigt sich mit Situationen, in denen das SMP-Unternehmen zwar (weitgehend) alleine über für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendige Infrastruktur verfügt, jedoch angenommen werden kann, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann. In solchen Fällen soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden.

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

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

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

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

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

7.1.4. Prinzip 4: Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

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

7.2. Zur Auswahl der Regulierungsinstrumente im Konkreten

Basierend auf den aufgezeigten Zweck- und Zielbestimmungen des nationalen wie auch des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste und -netze sowie

den vier Prinzipien des ERG-Dokuments soll im Weiteren die Diskussion und konkrete Begründung betreffend die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erfolgen.

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

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32) folgt bei der Festlegung der aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente den im erwähnten ERG-Dokument ausgearbeiteten Prinzipien.

Die auferlegten Regulierungsinstrumente (Betreiber(vor)auswahl, ex ante Entgeltkontrolle, Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung, Entsprechende Vorleistungsprodukte sowie die getrennte Buchführung) gelten für alle Produkte, die gemäß der Marktdefinition in der TKMVO 2003 vom gegenständlichen Zugangsmarkt umfasst und von TA angeboten werden.

Weitere Regulierungsinstrumente, die geeignet sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu entschärfen, existieren gemäß den Feststellungen nicht. Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen umfasst, da sich an der geschilderten wettbewerblichen Ausgangslage auch bei neuen „Zugangs-Produkten“ in wettbewerblicher Hinsicht im Verhältnis zu den Nachfragern nach Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nichts ändern würde.

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 den Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich begegnet werden kann.

7.2.1. Betreiber(vor)auswahl

Nach § 46 Abs. 1 TKG 2003 hat ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Betreiber(vor)auswahl im Einzelwahlverfahren als auch die Betreiber(vor)auswahl zu ermöglichen. Telekom Austria wird mittels dieser Anordnung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt festgestellt. Die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl im Einzelwahlverfahren als auch zur Betreiber(vor)auswahl wird daher der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt auferlegt, da der gegenständliche Markt ein Zugangsmarkt im Sinne der zitierten gesetzlichen Bestimmung ist.

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern ohne direkten Zugang zum Teilnehmer, Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt anzubieten.

Dieses Regulierungsinstrument fördert den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt nicht per se, sodass die Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, doch sie unterbindet Möglichkeiten der vertikalen Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte und schafft somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb in diesen Märkten. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung

tung der Betreiberauswahl und –vorauswahl nach § 46 TKG 2003 ein adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre Marktmacht auf die Verbindungsmärkte zu übertragen. Diese Marktmacht wurzelt in der Infrastruktur des Anschlussbereichs, der gegenwärtig als natürliches Monopol zu sehen ist. Fiele diese dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegte Verpflichtung der Betreiber(vor)wahl weg, würde dies aufgrund der de facto monopolistischen Marktstruktur im Zugangs-/Anschlussbereich bzw. der Marktzutrittsbarrieren einem Ende der potentiell wettbewerblichen Situation auf den Verbindungsmärkten gleichkommen, diese Verpflichtung hat sohin „Vorleistungscharakter“. Daher wird auf den Zugangsmärkten, wie auch auf dem verfahrensgegenständlichen, diese Verpflichtung auch ökonomisch als notwendig gesehen, um die Voraussetzungen für einen Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten zu schaffen.

Die Kostenorientierung der Entgelte für den Zugang zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl sowie die damit im Zusammenhang stehenden Einrichtungsgebühren ergibt sich aus § 46 Abs. 2 TKG 2003.

7.2.2. Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung

§ 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. kann einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem die Verpflichtungen auferlegt werden, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte anzubieten. (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. d Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs bzw. der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs (§ 3 Z 25 TKG 2003), zu verhindern.

Es ist festzuhalten, dass eine Zugangsverpflichtung aus ökonomischer Sicht ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung abzustellen bzw. um mögliche nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern. Eine Zugangsverpflichtung adressiert im Wesentlichen das identifizierte Wettbewerbsproblem des „Foreclosure“, das heißt der Marktabschottung bzw. Ausgrenzung der Wettbewerber von der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe. Eine Zugangsverpflichtung stellt sohin eine Vorabverpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv ist, ein wettbewerbliches Defizit zu beseitigen.

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen auferlegen, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Praktiken zu unterbinden (vgl. ERG, S. 94ff).

Die im Punkt 2.2. des Spruches auferlegte Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung durch Legung eines entsprechenden Angebotes dient daher sowohl dazu, dem Problem der horizontalen Marktmachtübertragung vom gegenständlichen Zugangsmarkt auf die Verbindungsmärkte abzuhelpfen, als auch dazu, den Preiswettbewerb im Anschlussbereich zu verstärken, wenn nicht gar erst zu ermöglichen.

In weiterer Folge ist die Frage nach der gesetzlich gebotenen Verhältnismäßigkeit zu stellen:

Mit dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung steht auch alternativen Betreibern die Möglichkeit offen, ihren Endkunden unterschiedliche Tarifoptionen (Bündel von Grundentgelt und Verbindungsminuten) und darüber hinaus auch Spezialpakete (z.B. freie Minuten am Wochenende gegen einen Pauschalbetrag) anzubieten, und damit ein vergleichbares preis- und marketingpolitisches Repertoire zur Verfügung. Bislang konnten alternative

Betreiber vielfach nur Verbindungsleistungen im Rahmen der Betreiber Auswahl bzw. Betreiber vorauswahl am Endkundenmarkt verkaufen. Durch eine regulatorisch angeordnete Zugangsverpflichtung, die den Zugang alternativer Anbieter zur Teilnehmeranschlussleistung ermöglicht, können die Marktzutrittsbarrieren auf den Endkundenmärkten wesentlich reduziert werden. Die so ermöglichten Markteintritte sorgen somit für erhöhten Wettbewerb. Da es sich bei dem österreichweiten festen Kommunikationsnetz der TA um eine nicht leicht replizierbare Infrastruktur handelt, erscheint eine Zugangsverpflichtung zur Teilnehmeranschlussleistung als notwendig, sowie ferner auf Vorleistungsebene (in Verbindung mit der Verpflichtung zum Anbieten entsprechender Vorleistungsprodukte) als das einzige effektive Mittel, um einer horizontalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf den benachbarten Verbindungsmärkten zu ermöglichen. Sohin kann Markteintritt und Wettbewerb auf der Endkundenebene gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden.

In Fällen, in denen die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Ausübung von Marktmacht durch Sicherstellung des Zugangs zu nichtreplizierbarer Infrastruktur zu verhindern, um die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 TKG 2003).

Gerade auch vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung im Hinblick auf die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer (§ 1 Abs. 2 Z. 2 lit. a TKG 2003) sowie die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 Abs. 2 Z. 2 lit. b TKG 2003) erscheint es durch die Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung insbesondere im Hinblick auf die dadurch lukrativer erscheinenden Investitionen in Netzwerkinfrastruktur langfristig nicht ausschließbar, die erwähnten Regulierungsziele des TKG zu erreichen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann Resale auf Diensteebene auf Grund der im Vergleich zur Selbsterrichtung eines mit dem der TA vergleichbaren Anschlussnetzes relativ geringen Markteintrittskosten dazu beitragen, die relativ hohen Markteintrittskosten auf dem gegenständlichen Markt einzudämmen.

An diesem Punkt anknüpfend, haben Wiederverkäufer der Teilnehmeranschlussleistung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission von sich aus ein ökonomisches Interesse, in den Bereich der Produktion von Service- und/oder Netzelementen (rückwärts) zu integrieren, um i) von den Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht unabhängiger zu werden, ii) sich von integrierten Netzanbietern allenfalls praktizierten Diskriminierungstaktiken zu entziehen und insbesondere iii) in Zeiten sich intensivierender Wettbewerbsverhältnisse (enger werdende Gewinnmargen) unternehmenspolitische Spielräume zu eröffnen.

Theoretisch mögliche wettbewerbliche Nachteile für TA, die durch das Auferlegen dieses Regulierungsinstrumentes entstehen könnten, erscheinen daher in Gesamtabwägung aller Umstände als nicht schwerwiegend genug, um von einer Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Angebotes zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung abzusehen.

In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer Zugangsverpflichtung in Form des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt auch die Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 in Erwägung zu ziehen. § 41 TKG 2003 enthält jedoch wesentlich konkretere Ausführungen zur Zugangsproblematik und erscheint daher als einschlägigere Norm. Die Anwendung des § 38 hingegen ist für die weitere Ausgestaltung der Bedingungen, zu denen der Zugang gewährt werden soll (insbes. nicht-preisliche Parameter), die von § 41 TKG 2003 nicht umfasst sind, ge-

eignet. Die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 alleine erscheint dagegen nicht geeignet, um das festgestellte Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise und der Produktbündelung zu bekämpfen. So könnte die Gleichbehandlungsverpflichtung allein das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise auf der Vorleistungsebene, auch wenn diese unter gleichen Bedingungen an den Endkunden-Arm der TA weitergegeben würden, nicht bekämpfen, ebenso wenig wie das Wettbewerbsproblem der Produktbündelung. In diesem Zusammenhang ist auf die angeordnete Preisregulierung auf Basis Retail-minus für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleistung hinzuweisen.

Effektiv könnte diesen Problemen mit einer Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistungen begegnet werden, um damit wettbewerbliche Impulse auf den Endkundenanschlussmärkten wie auch auf den Verbindungsmärkten zu setzen. Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet und auch notwendig, um das festgestellte Problem der exzessiven Endkundenpreise für den Zugang und der Produktbündelung zu bekämpfen.

Da neben zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen im Zugangsbereich ein marktfähiges Resaleangebot horizontal auch für die Wettbewerbssituation der Endkundengesprächsmärkte insofern positive Effekte mit sich bringen würde, als alternative Festnetzbetreiber (insbesondere reine Verbindungsnetzbetreiber) erst dadurch in die Lage kämen, Bündelangebote zu kreieren, das heißt, über entsprechende Preissetzungsflexibilität zu verfügen. Dies würde die Asymmetrie zwischen Telekom Austria und den alternativen Festnetzbetreibern hinsichtlich der Preisgestaltungsspielräume deutlich abschwächen, ebenso wie die damit in Zusammenhang stehende Marktmachtübertragungsproblematik hintanhaltend. Durch die Möglichkeit zum One-Stop-Shopping sowie die Verfügbarkeit zusätzlicher Tarifoptionen, die dem Endkunden zugute kommt, erhöht sich potentiell auch die Gesamtwohlfahrt.

Die Resale-Verpflichtung ist ihrer ökonomischen Natur nach und entsprechend der Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 ein Regulierungsinstrument, das in Zusammenhang mit dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten aufzuerlegen ist. Das der Auferlegung der Resale-Verpflichtung zu Grunde liegende Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung wurzelt im de-facto-Monopol der TA im Anschlussbereich, sohin auf dem gegenständlichen Markt. Aus diesem Grund, sowie auf Grund der Tatsache, dass die TKMVO 2003 keinen der ex ante Regulierung zugänglichen Markt „Zugang zur Teilnehmeranschlussleistung“ kennt, ist dieses Regulierungsinstrument auf dem gegenständlichen Zugangsmarkt aufzuerlegen (vgl. in diesem Zusammenhang auch ERG 2004, S. 55).

Aufgrund der gegenwärtigen Marktsituation, in der der Erfolg eines Resaleproduktes am Markt noch nicht absehbar ist, kann diese Art der Vorleistungsregulierung noch nicht als gleichwertiger Ersatz zur bestehenden ex ante Endkundenentgeltkontrolle (§ 43 TKG 2003) gesehen werden.

Im Zeitverlauf sollen jedoch diese Regulierungsformen ineinander greifen, und das Ausmaß der ex ante Entgeltkontrolle wäre in der Folge in Abhängigkeit vom Markterfolg eines zukünftigen Resale-Produktes gegebenenfalls zu reduzieren.

Die in der Kontrollmatrix des Regulierungsinstrumente-Gutachtens (ON 32, Kapitel 2.2.2 und Annex bzw. Kapitel 3.1.1.4 und 7.2.4 dieser Anordnung) enthaltenen Preissetzungsschranken für TA könnten so künftig sukzessive erweitert und letztlich gegenstandslos werden, sofern dann tatsächlich eine Symmetrie hinsichtlich unternehmerischer (Preis-)Gestaltungsmöglichkeiten auf Endkundenmärkten zwischen einer ausreichenden Anzahl von Anbietern beobachtet werden kann.

Entgegen dem Vorbringen der TA geht die Telekom-Control-Kommission daher nicht von einer mittelfristig auszuweitenden Regulierung der Vorleistungsmärkte aus. Vielmehr stellen Basisregulierungen auf Vorleistungsebene eine notwendige Voraussetzung für die (sukzessive) Rückführung der Endkundenmarktregulierung dar.

Die Veröffentlichung des Standardangebotes samt hinreichender Aufgliederung zum diskriminierungsfreien Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Resale samt dafür notwendiger Annexleistungen) ist erforderlich, um Informationsasymmetrien zwischen TA und den einzelnen Nachfragern nach dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung zu verhindern, bzw. um das Entstehen von Markteintrittsbarrieren für neu in den Markt eintretende Wiederverkäufer der Teilnehmeranschlussleistung zu verhindern.

Gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 wird der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebotes 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 Standardangebotes zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9, 10 Zugangs-RL).

Der genaue Umfang der Leistungen, bzw. Detaillierungen einzelner Vertragspunkte des von TA zu legenden Standardangebotes zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung werden daher im Einzelfall im Zusammenhang mit einer Nachfrage nach dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 bzw. im Rahmen eines Verfahrens nach § 38 Abs. 4 TKG 2003 anzuordnen sein, wobei bezüglich der näheren Form der Preisregulierung auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen wird.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist eine solche Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung nur durch die Verpflichtung zur Legung eines diskriminierungsfreien Standardangebotes operationalisierbar. Ohne Legung eines Standardangebotes durch TA ist der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung zu nichtdiskriminierenden Bedingungen nicht operationalisierbar.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass im Falle der Nichtlegung eines Standardresaleangebotes durch TA sich für die einzelnen Nachfrager im Zuge der Verhandlungen mit TA um den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung unterschiedliche Bedingungen ergeben könnten. Dies lässt sich angesichts der festgestellten Abhängigkeit (Marktanteil der TA von ca. 95 % aller Anschlüsse auf dem gegenständlichen Markt (Punkt 2.1.1 dieses Bescheides)) vom Bezug der Vorleistung, insbesondere nicht mit dem Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen iSd § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a vereinbaren. Nur mit der die Verpflichtung zur Ermöglichung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung gemäß § 41 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003 unterstützenden Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes ist es möglich, für alle auf den Verbindungsmärkten tätigen alternativen Anbieter die gleichen wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen herzustellen.

Die Frist zur Veröffentlichung des Standardangebotes binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides erscheint nach Abwägung aller Umstände als angemessen.

Zur Frage der einheitlichen Resaleentgelte:

Preisdifferenzierung im Rahmen von Tarifoptionen ist nur dann anwendbar, wenn Arbitragemöglichkeiten für Endkunden durch unterschiedliche Kombinationen von Grund- und Verbindungsentgelten ausgeschlossen sind. Bei den Endkundertarifen ist dies dadurch gewährleistet, dass sich Grundentgelte und Verbindungsentgelte unterschiedlicher Tarifoptionen nicht beliebig kombinieren lassen (z.B. billigstes Grundentgelt mit billigstem Verbindungsentgelt). Diese Arbitragemöglichkeiten sind auf der Vorleistungsstufe bei Resale jedoch nicht ausgeschlossen, da die Verbindungsleistungen von alternativen Betreibern losgelöst vom Zugang (Resale) über die Zusammenschaltung und die dort geltenden Entgelte erbracht werden. Es

können daher keine unterschiedlichen Resaleentgelte für unterschiedliche Tarifoptionen, bspw. für den Wiederverkauf an Privatkunden oder an Nichtprivatkunden, zur Anwendung gebracht werden, da nur diese Zugangsleistung, nicht jedoch ebenso unterschiedlich die komplementäre Verbindungsleistung von alternativen Betreibern auf der Vorleistungsstufe in Anspruch genommen werden. Es kann daher bei der Abschlagsbasis im Rahmen der Ermittlung der Resaleentgelte nicht auf die verschiedenen Grundentgelte der Telekom Austria abgestellt werden. Vielmehr muss daher ein gewichteter Mittelwert aller der von Telekom Austria an ihre Endkunden verrechneten Grundentgelte zur Anwendung gelangen. Zu unterscheiden ist jedoch zwischen den Anschlussarten POTS, ISDN und Multi-ISDN, da es sich hierbei um Anschlussleistungen unterschiedlicher Funktionalität handelt.

Zur Preisregulierung des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung:

Für Resale stehen zwei Preissetzungsprinzipien zur Verfügung: Zum einen kann die Preissetzung nach Retail-Minus erfolgen, wonach sich die Großhandelspreise an den existierenden Endnutzerpreisen orientieren, wobei die vermeidbaren Kosten in Abzug gebracht werden. Dieses Preissetzungsprinzip setzt freilich voraus, dass die Endkundenpreise den tatsächlichen Kosten entsprechen, da ansonsten ein überhöhter Preis auf Endkundenebene auch einen überhöhten Preis auf Vorleistungsebene zur Folge hätte.

Neben dem Retail-Minus Ansatz könnte der für die Berechnung von Interconnectionleistungen und entbündelten Netzelementen etablierte Kostenrechnungsstandard der effizienten Leistungsbereitstellung, der auf die langfristig inkrementellen Kosten (FL-LRAIC) der für eine bestimmte Leistung in Anspruch genommenen Infrastruktur abstellt, herangezogen werden.

Soll Wettbewerb ermöglicht werden, so müssen die vom marktmächtigen Unternehmen angebotenen Vorleistungen zu denselben Bedingungen, sohin diskriminierungsfrei, bereitgestellt werden, zu denen das marktmächtige Unternehmen sich diese selbst anbietet. Nach dem Retail-Minus Ansatz hat das marktmächtige Unternehmen die Vorleistung somit zum Endkundenpreis anzubieten, abzüglich jener Kosten, die es sich dadurch ersparen könnte, dass es das Produkt nicht selber vermarkten und vertreiben muss. Ist der Nachfrager nach dieser Vorleistung in den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen nun zumindest genauso effizient wie der etablierte Betreiber (d.h. es entstehen ihm nicht mehr Kosten als dem etablierten Betreiber selbst), so ist es ihm möglich, das Endkundenprodukt zu einem konkurrenzfähigen Preis anzubieten. Für einen gleich effizienten Betreiber sollte daher unter vergleichbaren Bedingungen ein Margin-Squeeze ausgeschlossen sein.

Bei der Preissetzung ist im Hinblick auf das Regulierungsziel der Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau (§ 1 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) auch auf die komplementäre Wirkung auf Infrastrukturinvestitionen zu achten: Betreiber, die anstatt des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung etwa entbündelte Leitungen nachfragen, um mittels diesen ihr Angebot an die Endkunden zu erbringen, sind einem höheren unternehmerischen Risiko ausgesetzt, da erhebliche Investitionen in Kollokation und in eigenes Kernnetz (backhaul, Backbonenetz) zu tätigen sind, die „versunkene Kosten“ und folglich hohe Markteintrittsbarrieren im Sinne des § 35 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 darstellen. Dies gilt ungeachtet der im Kernnetz im Vergleich zum Zugangsnetz vergleichsweise niedrigen „sunk cost“. Ein reiner Wiederverkäufer der Teilnehmeranschlussleistung, der auf die Zugangsleistung des marktmächtigen Unternehmens zurückgreifen kann, ist daher einem erheblich geringeren Risiko ausgesetzt, da einmalige (versunkene) Investitionskosten nicht in gleicher Höhe wie bei der Entbündelung anfallen. Die Preise dieser beiden Vorleistungen, die auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen erbracht werden, müssen daher diese unterschiedlichen Risiken in der Form berücksichtigen, dass die Preisdifferenz einem entbündelndem Wettbewerber einen höheren Gewinn im Sinne einer marktgerechten Verzinsung des eingesetzten Kapitals zur Risikoabdeckung ermöglicht als einem reinen Wiederverkäufer der Teilnehmeranschlussleistung.

Diese Argumente begründen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die relative Vorteilhaftigkeit des Retail-Minus Ansatzes. Dieser ist daher für die Bestimmung der Vorleistungskosten für Resale geeignet und angemessen. Der strengere Kostenrechnungsmaßstab der effizienten Leistungsbereitstellung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission der Entbündelung vorbehalten, da diese eine größere Anzahl an Wertschöpfungsstufen mit sich bringt.

7.2.3. Entsprechende Vorleistungsprodukte

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

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003). Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher unter anderem, Gleichbehandlung zwischen der TA (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den alternativen Anbietern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den Verbindungsmärkten zu erreichen.

Es ist daher festzuhalten, dass mittels einer Gleichbehandlungsverpflichtung sichergestellt werden kann, dass einerseits die (Vor-)Leistung allen Abnehmern zu denselben Konditionen angeboten wird, während andererseits mittels eines Diskriminierungsverbots auch das Verhältnis zwischen „externer“ – gegenüber fremden Abnehmern der Vorleistung - und unternehmensinterner Leistungserbringung geregelt wird.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher als unterstützendes Regulierungsinstrument zur Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung anzusehen. In diesem Sinne ist sie im komplementären Zusammenspiel mit den anderen in diesem Bescheid angeordneten Regulierungsinstrumenten als angemessen anzusehen.

Ohne Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten entsprechender Vorleistungsprodukte wäre es nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der TA, bzw. ihres Vertriebsbereiches (Retail Arm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen würde. So führen die ErläutRV zu § 38 TKG 2003 aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren, insbesondere wenn es sich um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie auf anderen Märkten im Wettbewerb stehen.

Um die volle Replizierbarkeit der Tarifbündel der Telekom Austria auf den Endkundenmärkten sicherzustellen, ist TA zusätzlich zur Resale-Verpflichtung auch die Verpflichtung aufzuerlegen, bei der Einführung neuer Endkundenprodukte (z.B. spezielle Angebote für mehrere Anschlüsse etc.) spätestens zeitgleich entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten, die es alternativen Netzbetreibern ermöglichen, ihren Kunden ähnliche, und damit konkurrenzfähige

hige Produkte anzubieten (Nachbildbarkeit auf der Vorleistungsebene). Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass neue Produkte durch die Telekom Austria erst dann auf der Endkundenseite angeboten werden dürfen, wenn ein entsprechend adäquates Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird. Dadurch wird letztlich auch das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei auf die Problematik eines möglichen Margin Squeeze zu legen. Alternativen Nachfragern muss es unter Zugrundelegung des für TA geltenden Effizienzmaßstabes möglich sein, entsprechend konkurrenzfähige Produkte auch über längere Zeiträume hinweg selbst anzubieten.

Daraus ergibt sich, dass das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sowie das der Marktmachtübertragung von den Zugangs- auf die Verbindungsmärkte auf den Zugangsmärkten aus ökonomischer Sicht gegenwärtig mit den zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumenten auf der Vorleistungsebene nicht ausreichend adressierbar ist. Allenfalls auferlegte Verpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten Originierung und Terminierung zielen auf Verbindungsleistungen ab, wohingegen die Zugangsmärkte die Voraussetzungen und Konditionen für den Zugang des Anschlusses des Endkunden in den Mittelpunkt stellen.

Die spezifischen Vorleistungsverpflichtungen reichen daher gegenwärtig nicht aus, die identifizierten Wettbewerbsprobleme adäquat zu adressieren, da sie nicht geeignet sind, die Zugangsmärkte einem stärkeren Wettbewerbsdruck auszusetzen und der Gefahr exzessiver Preise bzw. der Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte wirksam entgegenzutreten. Daher war die gegenständliche Regulierungsmaßnahme in Betracht zu ziehen.

7.2.4. Verpflichtungen auf Endkundenebene

Gemäß § 43 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Maßnahmen zur Regulierung der Endkundenmärkte auferlegen. § 43 TKG 2003 setzt den Artikel 17 der Universaldienstrichtlinie um. Demzufolge kommt in § 43 TKG 2003 der Grundsatz des Vorranges der Regulierung auf Vorleistungsebene zum Ausdruck. Nur wenn die Regulierungsbehörde gemäß § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 festgestellt hat, dass das betreffende Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und gemäß Z 2 leg cit spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 TKG 2003 vorgegebenen Regulierungsziele führen würden, sind auf Endkundenmarktebene ex ante Regulierungsinstrumente aufzuerlegen.

§ 43 Abs. 1 TKG 2003 stellt darauf ab, ob „auf dem relevanten Endkundenmarkt kein Wettbewerb herrscht“. Dieser Wortlaut ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dahingehend zu interpretieren, dass auf dem betreffenden Endkundenmarkt kein effektiver Wettbewerb iSv § 37 Abs. 1 TKG 2003 herrscht. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den Verweis des Art. 17 Abs. 1 lit a der Universaldienstrichtlinie gestützt, der auf das Nichtvorliegen von wirksamem Wettbewerb iSv Art. 16 der Rahmenrichtlinie abstellt.

Unter Verweis auf die Ausführungen zu Punkt D 4 dieser Anordnung sowie auf die folgenden Ausführungen (effektiver oder selbsttragender Wettbewerb) interpretiert die Telekom-Control-Kommission diese Bestimmung dahingehend, dass auch dann, wenn das erreichte Wettbewerbsniveau vom Bestehen einer Basisvorleistungsregulierung abhängt, auf einem Endkundenmarkt Regulierungsinstrumente aufzuerlegen sind.

Aus Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie ergibt sich das Prinzip der Subsidiarität der Regulierung der Endkundenmärkte gegenüber der Regulierung auf Vorleistungsmärkten. § 43 Abs. 1 TKG 2003 setzt dieses Subsidiaritätsprinzip zur Gänze um. Es ist daher von der Regulierungsbehörde eine Prognoseentscheidung über die Effekte einer Regulierung auf Vorleistungsebene auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte zu treffen. Dies ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission aus der Verwendung des Konjunktivs sowohl

in Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie als auch in § 43 Abs. 1 Z 2 TKG 2003. In beiden Normen ist darauf abzustellen, „ob die Regulierung auf Vorleistungsebene [...] nicht zur Erreichung [...] der Regulierungsziele führen würde“. Da die vorgesehenen Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, des Anbietens entsprechender Vorleistungsprodukte, des Wiederverkaufes der Teilnehmeranschlussleistung sowie der getrennten Buchführung nicht alleine zur effektiven Bekämpfung des festgestellten Wettbewerbsproblems der überhöhten Preise am Endkundenmarkt ausreichen würden, sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission beide Voraussetzungen der Anwendung des § 43 TKG 2003 gegeben. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind daher die diesbezüglichen Einwände der TA, denen zufolge sich aus Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie bzw. § 43 Abs. 1 TKG 2003 zwingend ergäbe, dass zuerst auf der Vorleistungsebene Regulierungsinstrumente auferlegt werden, sowie anschließend erst nach Beobachtung der Auswirkungen dieser Vorleistungsregulierung allenfalls Regulierungsinstrumente auf der Endkundenebenen auferlegt werden dürften, als nicht stichhaltig anzusehen.

Sowohl der Wortlaut der europarechtlichen Bestimmung als auch des § 43 Abs. 1 TKG 2003 stellen durch die Verwendung des Konjunktivs [... nicht ... zur Erreichung der ... vorgegebenen Ziele ... führen würden...] nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eindeutig auf eine von der Regulierungsbehörde zu treffende Prognoseentscheidung ab. Das Fällen von Prognoseentscheidungen liegt geradezu im Wesen einer ex ante Regulierung. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt die im gegenständlichen Verfahren gewählte Vorgangsweise der gleichzeitigen Analyse der allfälligen Wettbewerbsprobleme auf Vorleistungs- und auch auf Endkundenebene in einem Schritt keine Abkehr vom Prinzip des Primats der Regulierung der Vorleistungsmärkte dar.

TA brachte, unter Hinweis auf die Anhörung der TA am 6.9.2004, vor (ON 38, S 13), dass aus der Verbindung der lit. a und lit. b des Absatzes 1 des Art. 17 Universaldienstrichtlinie mit dem Wort „und“ sich ergebe, dass beide Bedingungen dieser Absätze vorliegen müssten, und dass vor dem Auferlegen von Verpflichtungen auf einem Endkundenmarkt, sohin nach dem Abschluss der Marktanalyse der Vorleistungsmärkte, zu prüfen sei, ob auch ohne Vorleistungsregulierung effizienter Wettbewerb auf dem jeweiligen Endkundenmarkt herrsche. Ferner verweist TA auf den Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie, aus dem sich ergebe, dass vor der Regulierung der Endkundenebene das Ausreichen der Regulierung der Vorleistungsebene geprüft werden müsse.

Die Telekom-Control-Kommission hält diesbezüglich fest, dass TA insofern beizupflichten ist, als § 43 Abs. 1 TKG 2003 tatsächlich zwei Tatbestandselemente (Bedingungen) enthält.

Das Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte sagt allerdings nicht, dass die Wettbewerbsprobleme der beiden Wertschöpfungsstufen nicht in einem analysiert werden dürften. Ein solches Verständnis der einschlägigen Bestimmungen wäre nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen. Ferner verweist die Telekom-Control-Kommission auf das Wesen einer Prognoseentscheidung, die es ja geradezu inhärent mit sich bringt, dass auf Grund der möglichen Auswirkungen einer Nicht-Regulierung der Endkundenmärkte eben ex ante Regulierungsinstrumente aufzuerlegen sind. Der Ansatz von TA würde im Ergebnis dazu führen, dass erst nach In-Kraft-Setzung der Regulierung der Vorleistungsmärkte, und einer darauf folgender neuerlichen Marktanalyse Regulierungsinstrumente auf Endkundenmärkten auferlegt werden dürften. Eine solche „Mehrstufigkeit“ lässt sich § 43 Abs. 1 TKG 2003 nicht entnehmen.

Darüberhinaus ist das diesbezügliche Vorbringen der TA insofern nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend spezifiziert, als nicht ausreichend dargetan wurde, was sich konkret durch die Untersuchung der Wettbewerbsprobleme auf den beiden Wertschöpfungsstufen durch zwei (hintereinander) erstellte Gutachten geändert hätte. Dem diesbezüglichen Vorbringen von TA war daher nicht Folge zu leisten.

Es ist daher entgegen dem Vorbringen der TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gesetzlich nicht geboten, dass auf der Vorleistungsebene als geeignet festge-

stellte Regulierungsinstrumente zuerst angeordnet werden, sodann ihre Auswirkungen auf den nachgelagerten Endkundenmarkt untersucht werden und danach in einem weiteren Schritt auf den nachgelagerten Endkundenmärkten unter Umständen Regulierungsinstrumente auferlegt werden. Die Interpretation des § 43 Abs. 1 TKG 2003 im Sinne der Stellungnahme von TA (ON 30 und ON 38) findet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bereits im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung. Es kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weder dem europäischen noch dem österreichischen Gesetzgeber unterstellt werden, dass mit den gewählten Formulierungen „... nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würde“ gemeint war, dass zuerst als geeignet festgestellte Regulierungsinstrumente auf der Vorleistungsebene aufzuerlegen sind und erst nach Beobachtung der Auswirkungen auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt in einem weiteren Schritt auf ebendiesem nachgelagerten Endkundenmarkt Regulierungsinstrumente auferlegt werden können.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle erscheint ferner auch vor dem Hintergrund der bereits aufgrund des ONP-Rechtsrahmens bestehenden Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl und der getrennten Buchführung als verhältnismäßig. Die Feststellungen des Marktmacht-Gutachtens (ON 25) in Bezug auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb zeigen, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der TA geprägt ist. Der festgestellte Marktanteil von TA von ca. 95 % im Anschlussbereich führt zur Situation, dass TA Anreize hat, für die Bereitstellung des Zugangs von ihren Endkunden überhöhte Entgelte (über den Kosten der TA liegend) zu verlangen. Viele Endkunden hätten angesichts einer solchen Preiserhöhung keine Möglichkeit, zu einem alternativen Festnetzbetreiber mit eigenem Anschlussnetz (Teilnehmernetzbetreiber) zu wechseln. Die Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, aber auch der getrennten Buchführung, siehe dazu Punkt 7.2.5, sind von ihrem Wesen her nicht dazu geeignet, das festgestellte Wettbewerbsproblem der überhöhten Endkundenentgelte für den Zugang zu bekämpfen. Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht davon auszugehen, dass sich auf Grund der Verpflichtung zur Betreiber(vor)wahl und zur getrennten Buchführung der festgestellte Marktanteil der TA von ca. 95 % im Anschlussbereich verringern würde. Es wird auch auf die Feststellung zu den hohen Kosten des Aufbaues eines eigenen Festnetz-Kommunikationsnetzes in Punkt 2.1.1 des Sachverhalts verwiesen.

Zum Verhältnis der Verpflichtung ex ante Entgeltkontrolle und Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung:

In Bezug auf die mit diesem Bescheid ebenfalls auferlegte Verpflichtung, den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Resale) anzubieten, hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwo-gen:

Resale kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auf Diensteebene auf Grund der relativ geringen Markteintrittskosten die relativ hohen Markteintrittskosten vor allem im Anschlussbereich angleichen (Punkt 7.2.2). Die diesbezügliche Erwägung, dass es für potentielle Infrastrukturinvestoren eine deutliche Risikoreduktion sein kann, wenn für sie die Möglichkeit besteht, mit Resaleanbietern im vorhinein langfristige Kontrakte abzuschließen, die die im vorhinein zu tätigende Infrastrukturinvestition attraktiver erscheinen lassen, greift nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nur dann, wenn das Angebot zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung bereits in nennenswertem Umfang vom Markt angenommen wurde, und es weiters den Nutzern des Resale-Angebotes gelungen ist, eine signifikante Anzahl von Endkunden zu gewinnen. Auf Grund der nach wie vor für TA bestehenden Vorteile bei der Produktbündelung und den damit verbundenen besseren Möglichkeiten beim Werben von Endkunden kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden, dass es innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ca. 2 Jahren zu der eben beschriebenen Entwicklung kommt.

Da die Regulierungsinstrumente im Anschlussbereich im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren aus den angeführten Gründen nicht ausreichen, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu adressieren, ist im Hinblick auf die Kostenorientierung der Endkunden-

entgelte eine Verpflichtung zur Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen gemäß den Bestimmungen des § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aufzuerlegen. Hinsichtlich der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist u.a. darauf zu achten, dass keine überhöhten Preise verlangt werden, der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht behindert wird und Dienste nicht ungerechtfertigt gebündelt werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund der Komplementarität der beiden Regulierungsinstrumente in dem Ausmaß, indem der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung vom Markt angenommen wird, diesem Umstand im Rahmen der jeweils anzuwendenden ex ante-Entgeltkontrolle Rechnung zu tragen sein wird.

Dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise kann gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden.

Auf Grund der horizontalen Verflochtenheit von Zugangs- und Verbindungsmärkten ergibt sich im Rahmen der Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle die Notwendigkeit der Berücksichtigung der durch die Bündelung von Zugangs- und Verbindungsentgelten möglichen horizontalen Marktmachtübertragung (ON 32).

Hinsichtlich des Umfangs der ex ante Entgeltverpflichtung erscheinen daher die nachfolgend zusammengefassten Leistungen als jene Leistungen des gegenständlichen Marktes, deren vorherige Entgeltkontrolle notwendig erscheint, um die beschriebenen Wettbewerbsprobleme der horizontalen Marktmachtübertragung und der exzessiven Preise zu bekämpfen:

- Kostenorientierung von Grundentgelten und der Herstellung von Anschlüssen,
- Kostenorientierung von Rabatten.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass auch auf den Verbindungsmärkten (§ 1 Z. 3, 4, und 6 TKMVO 2003), auf denen TA über beträchtliche Marktmacht verfügt, eine ex ante Entgeltkontrolle der Verbindungsentgelte aufzuerlegen sein wird. Dieses Ergebnis wird ferner durch die beschriebene Verknüpfung des gegenständlichen Zugangsmarktes mit den Verbindungsmärkten der TKMVO 2003 und die damit einhergehende Möglichkeit der Marktmachtübertragung durch Produktbündelung unterstützt.

Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 45 Abs. 5 TKG 2003 beantragte Entgelte unter Auflagen oder Bedingungen sowie befristet genehmigen. Die Notwendigkeit der Vorabgenehmigung der Entgelte von TA, ausgenommen (Werbe-)Aktionsangebote bis zu dreimonatiger Laufzeit, ergibt sich aus der Möglichkeit für TA, durch entsprechende Tarife auf der Endkundenebene ihre auf die Vorleistung des Zugangs angewiesenen Mitbewerber in eine Preis-Kosten-Schere zu bringen. In Bezug auf die angeordnete Notwendigkeit der Vorabgenehmigung auch von Aktionsangeboten mit mehr als dreimonatiger Laufzeit hat die Telekom-Control-Kommission in Fortführung der bestehenden Spruchpraxis erwogen, dass angesichts des festgestellten Wettbewerbsproblems der möglichen Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere auf den Verbindungsmärkten die Auferlegung dieser Verpflichtung gemäß § 43 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als angemessen und notwendig erscheint, da es ansonsten bei Nichtauferlegung dieser Verpflichtung durch entsprechendes unmittelbares Aufeinanderfolgen von solchen zeitlich befristeten Aktionen zu einer Umgehung der ex ante Tarifgenehmigungspflicht als solcher kommen kann.

Integraler Bestandteil solcher Verfahren soll dabei im Bedarfsfall die Analyse von Auswirkungen geplanter Tarifänderungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der alternativen Netzbetreiber sein. Damit soll im Vorfeld, soweit regulatorisch möglich, die Gefahr eines Margin Squeeze verhindert werden.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, d.h., im vorliegenden Fall, Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht zu

schützen, Marktmachtübertragung zu verhindern und Markteintritt und Wettbewerb zu fördern.

Zum Vorbringen der TA (ua ON 37), dass es für TA unrentabel wäre, Verdrängungspreise anzuwenden, weil die Verluste durch die Praktizierung von Verdrängungstaktiken höher wären als allenfalls zu erwartende zukünftige Gewinne, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass diese Wettbewerbsproblematik in Verbindung mit der Diskussion von Marktbarrieren und Verdrängungspreisen zu sehen ist. Zur unternehmerischen Rationalität von Verdrängungspreisen existiert eine umfangreiche industrieökonomische Literatur, die in unterschiedlichen Ansätzen teils ablehnende, teils begründende Argumente für solche Strategien ableitet. Zentral dabei ist jeweils die Gegenüberstellung und Abwägung von potentiellen Verdrängungsgewinnen mit den entstehenden bzw. zu erwartenden Verdrängungskosten. Dieser Zusammenhang muss jedoch auf dem gegenständlichen Markt so gesehen werden, als für Telekom Austria aufgrund der – in diesem Umfang exklusiv – vorhandenen „Ausgleichsmöglichkeiten“ auf Grund ihrer Vollintegration die Verdrängungskosten verschwinden (können). Für TA besteht daher ein Anreiz, derartige Bündelungen, bestehend aus höher bepreisten Grundentgelten bzw. entsprechend niederen Verbindungsentgelten, zu forcieren. Verbindungsnetzbetreiber können sich in Folge mit einem „margin squeeze“ konfrontiert sehen, weil die Gesamtkosten der notwendigen Zusammenschaltungsprodukte (auf Vorleistungsebene) in Verbindung mit den unternehmensspezifischen ANB Eigenkosten (auf Endkundenebene) eine Preisgrenze darstellen, unterhalb der ANB nicht mehr kostendeckend operieren können. Es besteht nach wie vor eine substantielle Abhängigkeit von infrastruktur-basierten Vorleistungen und somit ein nicht unwesentliches Margin-Squeeze Potential (ON 25), dies deshalb, da allfällige Effizienzvorteile auf Endkundenebene allein für ANB eben nur einen gewissen Preisspielraum eröffnen können. Insofern bildet die Kontrolle von Preisuntergrenzen einen unverzichtbaren Bestandteil in der ex ante Entgeltgenehmigung. Dem Vorbringen der TA war daher nicht zu folgen.

Zur Wahl des Kostenrechnungsprinzips im Konkreten:

§ 45 TKG 2003 erwähnt unter anderem die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Dass diese die oben genannten Wettbewerbsprobleme jedoch nicht adäquat adressieren, geht aus der Konstruktion und Intention von Price-Caps hervor, die primär darauf ausgerichtet sind, Effizienzverbesserungen an Nachfrager weiterzugeben. Ineffizienzen sind jedoch in späteren Liberalisierungsphasen nicht das Hauptproblem, vielmehr muss – wie angeführt – mit der Übertragung von Marktmacht in wettbewerbsintensivere Verbindungsmärkte gerechnet werden. Allein schon die beschriebene horizontale Verflochtenheit von Zugangs- und Verbindungsmärkten zieht hier aber die Notwendigkeit einer gesamt- und einheitlichen Untersuchungsmethodik und eines korrespondierenden Regulierungsansatzes nach sich. Hinsichtlich exzessiver Preise Prinzip der Kostenorientierung der Entgelte als ebenso effektiv anzusehen wie eine Price-cap-Regulierung. Insgesamt würden die freilich auch bei einer kostenorientierten Entgeltkontrolle vorhandenen Umsetzungsprobleme nur um die spezifischen Probleme im Rahmen der Implementierung von Price-Caps vermehrt werden.

Der Kostenrechnungsstandard sollte sich gemäß der bisherigen Spruchpraxis am Konzept der Prognosekosten - die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen und die auch den dem Dienst zuordenbaren indirekten Kosten Rechnung tragen - orientieren. Prognosekosten sind voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten. Die Prognosekosten sind unter Bedachtnahme auf die Istkosten abgelaufener Zeiträume und die voraussichtliche Entwicklung zu ermitteln.

Zum Verhältnis dieses Regulierungsinstruments zur getrennten Buchführung wird auf die Ausführungen zu Punkt 7.2.5 dieser Anordnung verwiesen.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt notwendig, geeignet, sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung zu erreichen, d.h., im vorliegenden Fall, Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht zu schützen, Marktmachtübertragung zu verhindern und Markteintritt und Wettbewerb zu fördern.

In Bezug auf die Konkretisierung der anzuwendenden Kostenrechnungsmethode wird daher auf die in ON 32 (Annex 5) enthaltene „Tarifmatrix“ bzw. die Ausführungen des Punktes 3.1.1.4 dieses Bescheides verwiesen.

Basierend auf dieser Matrix ergeben sich auch zukünftig folgende Kriterien:

Kriterium 1: Jede von TA angebotene Tarifzone muss, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen (z.B. Werbeaktionen), über alle Tarifoptionen hinweg kostendeckend sein.

Kriterium 2: Je Tarifoption müssen die Tarifzonen in Summe, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen, kostendeckend sein.

Kriterium 3: Die Entgelte für einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen müssen sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren.

Im Hinblick auf die angeordnete ex ante Endkundentarifgenehmigungspflicht für Aktionsangebote mit einer Dauer von über drei Monaten führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass es das Kriterium der Kostenorientierung mit sich bringt, dass auch die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung bei der ex ante Tarifgenehmigung mitzuberücksichtigen ist. Das Ausmaß der auf Grund vorgesehener Aktionsangebote geschätzten Erlösschmälerung ist daher Bestandteil der ex ante Tarifgenehmigung.

7.2.5. Getrennte Buchführung

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

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

Dieses Instrument ist grundsätzlich als Ergänzung zu anderen Instrumenten, wie der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder gegebenenfalls auch der Preiskontrolle zu sehen. So hält auch die ERG (S. 49) wie folgt 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.“

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursa-

chungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Aufgrund der Tatsache, dass die von TA beantragten Tarife unterschiedliche Märkte der TKMVO 2003 betreffen, sind im Regelfall TA-Produkte auf unterschiedlichen relevanten Märkten der TKMVO 2003 betroffen. Da dennoch nur ein Teilbereich der Produkte von TA betroffen ist, ist die getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend den Märkten der TKMVO 2003 notwendig. In diesem Zusammenhang ist eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, die durch eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 ermöglicht wird. Dadurch können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen, um so höhere regulierte „kostenorientierte“ Entgelte zu „erhalten“.

Gleichzeitig ist bei TA als einem Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten die Überprüfung einer Kostenorientierung von Entgelten bei gleichzeitig von Betreiberseite wiederholt eingeforderten möglichst kurzen Verfahrensdauern nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des gegenständlichen Endkundenmarktes. Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse von den den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Produkten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung besteht daher weiters die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003, da diese die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schafft und auch Produktbündelung als (potentielles) Wettbewerbsproblem identifiziert wurde.

Die TA hat hierzu vorgebracht, dass sich eine Gliederung der getrennten Buchführung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht mit den TA-Geschäftsbereichen decke und eine Zuordnung der relevanten Kosten auf einzelne Märkte oder Geschäftsbereiche wegen der erforderlichen Kosten- und Erlösermittlung auf Produktebene wegen des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes unverhältnismäßig und nicht zumutbar sei. Überdies sei das dzt. von TA verwendete Kostenrechnungssystem „Gamma“ nicht in der Lage, die geforderten Funktionalitäten und Informationen in der gebotenen Granularität zu liefern, eine Modifikation bedürfe des Aufwands mehrerer Mannjahre. In diesem Zusammenhang hat TA auch um eine Modifikation der Kostenkategorien ersucht.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Die getrennte Buchführung ist im vorliegenden Fall notwendig, um Kostenverschiebungen und unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Um die Verpflichtung zur Kostenorientierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums überprüfen zu können, ist eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 erforderlich. Eine Gliederung etwa nach Geschäftsbereichen wäre demgegenüber ungeeignet, da diese von Veränderungen der Unternehmensstruktur betroffen sein können und die Zuordnung von Kosten zu bestimmten Produkten in zu weit gehendem Maße in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt wird. Eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 ist auch deshalb zwingend, da sich die Überprüfung der Kostenorientierung bei regulierten Entgelten nur auf Produkte erstrecken kann, die dem relevanten Markt angehören. Dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung sich auch auf aggregierte Kosten und Erlöse in Bezug auf unregulierte Märkte wie beispielsweise

Gemeinkosten für Trunk-Segmente von Mietleitungen erstreckt, liegt in der Natur der Sache, da ansonsten Kostenverschiebungen nicht transparent wären und die Effektivität der Regulierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht sichergestellt werden kann.

TA unterliegt bereits derzeit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, da sie mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/02-114 vom 20.9.2002 gemäß § 33 Abs. 4 TKG (1997) als marktbeherrschend auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen festgestellt wurde. TA ist daher derzeit gemäß § 133 Z. 7 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 4 TKG (1997) auf den oben angeführten Märkten zur getrennten Buchführung verpflichtet.

Da zudem aufgrund der vorläufigen Feststellungen der Telekom-Control-Kommission in parallelen Marktanalyseverfahren derzeit davon ausgegangen wird, dass TA auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Originierung, Terminierung, Mindestangebot an Mietleitungen, Terminierende Segmente von Mietleitungen), erscheint die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen und verhältnismäßig, insb. auch da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstrumentes aufgrund der bisherigen Regulierung von Endkundenzugangssentgelten gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der geschilderten Granularität (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) erscheint daher auch unter diesem Gesichtspunkt als angemessen.

Bezüglich der Verpflichtung des § 90 TKG 2003 (Informationspflichten) ist darauf hinzuweisen, dass die Erhebung, Aufbereitung und Übermittlung der notwendigen Daten im Einzelfall für die Überprüfung des Quersubventionierungsverbotes gemäß dieser Bestimmung und gemäß der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung, (BGBl II, 365/2004), nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreicht, um im Falle des Verdachts auf Quersubventionierung innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums die notwendigen Informationen zu erhalten. Hier ist insbesondere auf die Problematik der Preis-Kosten-Schere durch entsprechende Endkundenangebote hinzuweisen.

Die getrennte Buchführung hat zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 gegliedert zu erfolgen. Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen zur Überprüfung unerlaubter Quersubventionierung bereitzustellen:

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

Die Details der konkreten Ausgestaltung werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen einer regelmäßigen Überprüfung spezifiziert.

7.3. Zur Aufhebung der gem. § 133 Abs. 7 TKG 2003 weitergeltenden Verpflichtungen nach dem TKG 1997

Soweit die Regulierungsbehörde vor In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes festgestellt hat, dass ein Unternehmer marktbeherrschend im Sinne des § 33 TKG 1997 ist, gelten die sich aus dem TKG 1997 ergebenden Pflichten für marktbeherrschende Unternehmer § 133 Abs. 7 TKG 2003 solange weiter, bis für das betreffende Unternehmen ein Bescheid

nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 ergangen ist oder die Aufhebung der Verpflichtungen nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 wirksam wird.

Die Marktbeherrschung auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen festen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes nach § 37 Abs. 1 TKG 1997, bzw. nach Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 2887/2000/EG, war ein Auslöser für die Verpflichtungen der TA zur Gewährung von Netzzugang und zur ex ante Kontrolle von Geschäftsbedingungen und Entgelten. Da die TA vor In-Kraft-Treten des TKG 2003 am 20.08.2003 mit Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 als marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Festnetzsprachtelefondienstes iSd TKG 1997 festgestellt wurde, gelten dzt. die bislang bestehenden Verpflichtungen des TKG 1997 für die TA in Bezug auf den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten weiter.

§ 37 Abs. 2 S 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 TA spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Markt auferlegt. Der Markt wurde durch § 1 Z 1 TKMVO 2003 abgegrenzt.

Die gem. § 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltenden Verpflichtungen der nach § 33 TKG 1997 als marktbeherrschend festgestellten TA treten mit Rechtskraft dieses Bescheides außer Kraft.

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

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

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

8.1. Zu den eingelangten Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens gemäß § 128 TKG:

Es wurden von folgenden Organisationen Stellungnahmen abgegeben: Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber - VAT (ON 53), UTA Telekom AG (ON 54) sowie von Telekom Austria AG (ON 55). UTA Telekom AG verwies in ihrer Stellungnahme vollinhaltlich auf die Stellungnahme des VAT.

Der VAT regte an, die Verpflichtungen für TA im Spruch hinsichtlich der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes für den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung im Hinblick auf die margin-squeeze Problematik zu präzisieren. In diesem Zusammenhang wurde auch vorgeschlagen, eine Verpflichtung für TA in den Spruch aufzunehmen, nach der jeweils für die Märkte für den Zugang von Privatkunden und für den Zugang von Nichtprivat-

kunden (§ 1 Z 1 und Z 2 TKMVO 2003) ein eigenes Standardangebot zu legen wäre. Begründend wurde angeführt, dass ein einheitliches Standardangebot für den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung auf dem Zugangsmarkt für Privatkunden zu einem margin-squeeze führen würde. Diesbezüglich ist auf das oben Ausgeführte zum notwendigen Hint-anhalten von Arbitragemöglichkeiten für Endkunden durch unterschiedliche Kombinationen von Grund- und Verbindungsentgelten zu verweisen. Dies berücksichtigend, erscheinen unterschiedliche Preise für den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung – an entweder Privat- oder an Nichtprivatkunden - als nicht angemessen.

Zu den Ausführungen des VAT, dass Endkunden der TA das günstigste Grundentgelt wählen könnten, während alternative Anbieter das am Durchschnitt aller TA-Grundentgelte orientierte Resale-Entgelt bezahlen müssten, ist lediglich auszuführen, dass alternative Anbieter ebenfalls die Möglichkeit besitzen, auf verschiedene Endkundensegmente zugeschnittene Angebote auf den Markt zu bringen.

Zu den Ausführungen des VAT hinsichtlich möglicher „Windfall-Profite“ der TA ist auszuführen, dass möglicherweise tatsächlich entstehende Windfall-Profite einerseits durch die im Ganzen zurückgehende Anzahl der Festnetzanschlüsse tendenziell aufgehoben werden, da sich dadurch die Kosten je Teilnehmeranschluss erhöhen. Andererseits wird darauf hingewiesen, dass etwaige Änderungen der Kostensituation im Rahmen der ex-ante Entgeltkontrolle der TA in zukünftigen Tarifgenehmigungsverfahren zu berücksichtigen sind.

Hinsichtlich der Ausführungen des VAT zum Zusammenhang des TASL-Sprachzugangs mit dem „Breitband-Zugang“ ist auf die mit der TKMVO 2003 ergangene Marktabgrenzung des gegenständlichen Zugangsmarktes zu verweisen. Der Markt für den „Breitband-Zugang“ wurde mit der TKMVO 2003 nicht abgegrenzt.

VAT führte ferner aus, dass die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Ausnahme von Aktionen bis zu dreimonatiger Dauer von der ex-ante Tarifgenehmigung für TA die Möglichkeit zu „Kettenaktionsangeboten“ bei permanenter Kostenunterdeckung eröffne. Ferner müsse klar gestellt werden, dass sich die Kostenorientierungspflicht auch auf Aktionsangebote beziehe. In diesem Zusammenhang wird eine engere Definition der für TA zulässigen Aktionsangebote vorgeschlagen. Diesbezüglich ist auszuführen, dass der Verweis auf die bestehende Regulierungspraxis, nämlich die Genehmigungsfreiheit von bis zu dreimonatigen Aktionsangeboten, aus Sicht der der Telekom-Control-Kommission eine angemessene Abwägung zwischen dem berechtigten Interesse der TA, im Endkundenwettbewerb agieren zu können, und den Interessen der vom Vorleistungsbezug der TA abhängigen Wettbewerber der TA an Wettbewerbspreisen am Endkundenmarkt darstellt. Hinsichtlich der von VAT eingemahnten Klarstellung, dass auch tarifgenehmigungsfreie Aktionsangebote von TA der Kostenorientierung unterliegen sollten ist auf die Formulierung des Spruchpunktes 2.4. des gegenständlichen Bescheides zu verweisen: Dort wird angeordnet, dass „Endkundenentgelte dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen“ müssen. Ferner wird ebendort angeordnet, dass „(...) Rabatte von der Kostenorientierung umfasst sind“. Auch die nicht von der ex-ante Tarifgenehmigungspflicht umfassten Aktionsangebote werden daher bei der Kostenorientierung im Rahmen der ex-ante Tarifkontrolle berücksichtigt und sind somit mittelbar der Kostenorientierung unterworfen.

TA brachte in ihrer Stellungnahme vom 6.12.2004 (ON 55) vor, dass die Auswirkungen der Entbündelung auf den gegenständlichen Markt nicht hinreichend berücksichtigt worden wären. So seien bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt über 50 % der TA-Kunden über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen erreichbar. Diesbezüglich ist auf den Marktanteil von nach wie vor praktisch 100 % von TA auf dem Entbündelungsmarkt (§ 1 Z 13 TKMVO 2003) bzw. auf den Marktanteil von ca. 95 % auf dem gegenständlichen Markt zu verweisen. Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht zu erwarten, dass sich auf dem gegenständlichen Markt innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ca. zwei Jahren wesentliche Änderungen ergeben werden. Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit zur Verpflichtung zur Legung eines Resaleangebotes wird auf die obigen Begründungen verwiesen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die von TA erwähnte 50%ige „Entbündelungsreichweite“ eine der-

zeit theoretische Größe darstellt. Dieses Ausmaß Anzahl an von alternativen Anbietern entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen kann nur erreicht werden, wenn an den derzeitigen Entbündelungsstandorten beträchtliche Teilnehmeranschlussleitungen tatsächlich von alternativen Anbietern entbündelt werden. Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission ist dies derzeit nicht und auch nicht innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ca. zwei Jahren der Fall.

Zum Vorbringen von TA, dass die in Kapitel 2.1.3. dieser Anordnung angeführten Tarife Minimumtarif, TikTak Family und TikTak Weekend mit Inkrafttreten des Bescheides G 30/04 nicht mehr angeboten würden, und daher nicht nachvollziehbar sei, warum diese Tarife als Beispiel für beschränkte Preisgestaltungsmöglichkeiten von Mitbewerbern herangezogen würden führt die Telekom-Control-Kommission aus:

Wie festgestellt, hat TA die Möglichkeit zur horizontalen Übertragung von Marktmacht von monopolistischen Bereichen in potentiell wettbewerbsfähige Marktsegmente mittels Produktbündelung. Die im monopolistischen Bereich entstehenden Übergewinne können durch unerlaubte Quersubventionierung die Anwendung von Kampfpreisen auf den Verbindungsmärkten ermöglichen. Ohne entsprechende ex ante Entgeltkontrolle könnte Telekom Austria im Wege von Mischkalkulation und Produktbündelung Marktmacht auf die Verbindungsmärkte übertragen. Die Anordnung G 30/04 zeigt daher die Notwendigkeit zur ex-ante Tarifkontrolle auf. Ohne eine solche ex-ante Tarifkontrolle wäre es für TA möglich, nicht nur zulässige Quersubventionierung von Produkten (wie sich aus der Anordnung G 30/04 ergebend), sondern auch darüber hinausgehende unzulässige Quersubventionierung anzuwenden. Die aus der bestehenden Monopolstellung und der Möglichkeit der Bündelung von Produkten des Anschlussbereiches mit denen der komplementären Verbindungsmärkte begründen die Notwendigkeit der ex ante Entgeltkontrolle. Die von TA in ihrer Stellungnahme vom 6.12.2004 erwähnten Tarife sind insofern für die Feststellungen der gegenständlichen Anordnung von Relevanz, als diese Tarife prinzipiell auch im Rahmen von G 30/04 nachgebildet werden könnten. Der von TA aufgezeigte „Widerspruch“ zwischen der Anordnung G 30/04 und der Begründung der gegenständlichen Anordnung, dass Verbindungsnetzbetreiber derzeit von TA angebotene Tarifbündel (Flatrate-Elemente) nicht ausreichend nachbilden könnten, ist daher nur ein scheinbarer Widerspruch. Die allfällige Fähigkeit zum Nachbilden solcher Tarifbündel resultiert eben aus der schon derzeit existierenden ex-ante Tarifkontrolle. Ein Wegfall der ex-ante Tarifkontrolle würde die Möglichkeit zum Nachbilden solcher Tarifbündel nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gravierend beeinträchtigen.

8.2. Zur eingelangten Stellungnahme der Europäischen Kommission im Rahmen des Verfahrens gemäß § 129 TKG 2003:

Die Europäische Kommission übermittelte am 10.12.2004 ihre Stellungnahme gemäß Art 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Die Europäische Kommission teilte mit, dass sie keine Anmerkungen habe.

Stellungnahmen anderer Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union langten nicht ein.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.12.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

Dr. Georg Serentschy
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation