

M 3/03-93

TKK

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 2.10.2006 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 3/03 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 Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 3 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 § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Dienstebeschreibungen 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 folgende Verbindungsentgelte umfasst:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Inlandszonen,
- b) Tarife für Gespräche in nationale Mobilnetze,
- c) Tarife für Rufe in den Nummernbereich 07xx,
- d) Tarife für Rufe zu privaten Netzen in den Nummernbereich 05xx,
- e) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,
- f) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG („Dial 1001“) betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – e),
- g) Rabatte betreffend a) – f).

2.2. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 4 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 zumindest 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 Anlagen, Gütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere die Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

2.3. Sämtliche auf Grund der festgestellten marktbeherrschenden Stellung nach § 33 TKG (1997) iVm § 133 Abs. 7 TKG 2003 geltenden Verpflichtungen der Telekom Austria AG in Bezug auf die Leistungen hinsichtlich des Spruchpunktes 2.1. werden gemäß § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Verfahren zu M 3/03 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 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 „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ gemäß § 1 Z 3 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 Auskunftsersuchen 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. Alle für dieses Verfahren notwendigen Informationen wurden schlussendlich übermittelt.

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

Am 7.6.2004 fasste die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 3/03 (Marktanalyse Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten) den vorläufigen Beschluss, dass die TA auf dem Markt „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 3 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 Amtssachverständigen 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 Protokollräge 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). Innerhalb der vierwöchigen Frist des § 42b Abs. 1 KartG wurde von keiner der Amtsparteien ein Prüfantrag gestellt.

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

Der Entwurf einer Vollziehungshandlung wurde gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 am 17.12.2004 auf der Homepage der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH veröffentlicht.

Die Europäische Kommission übermittelte am 21.1.2005 ihre Stellungnahme gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie (ON 55). Diese Stellungnahme stützt das Ergebnis der Telekom-Control-Kommission.

Es wurden von folgenden Organisationen Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens nach § 128 TKG 2003 abgegeben: Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber - VAT (ON 54), Interessensverband Telekommunikation - IVTK (ON 56) sowie von Telekom Austria AG (ON 53). Diese wurden auf der Web-Seite der Regulierungsbehörde gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 veröffentlicht.

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

Am 21.2.2005 beschloss die Telekom-Control-Kommission den Bescheid zu M 3/03-59.

Der Verwaltungsgerichtshof hob mit Erkenntnis vom 8.6.2006 zu Zahl 2005/03/0111 den Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 3/03-59 vom 21.2.2005 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf (ON 76). Der Verwaltungsgerichtshof bestätigte unter Verweis auf

sein Erkenntnis vom 22.11.2005 zu Zahl 2005/03/0109 zum Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 6/03-30 vom 4.2.2005 die Feststellung von Telekom Austria als Betreiber mit alleiniger beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt, bemängelte allerdings, dass es seitens der Telekom-Control-Kommission unterlassen worden sei, die Auswirkungen aller gesetzlich vorgesehenen Vorleistungsregulierungsinstrumente auf den gegenständlichen Endkundenmarkt zu untersuchen. Dies stelle einen Verstoß gegen das Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte vor der Regulierung der Endkundenmärkte und somit des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar.

Am 10.7.2006 wurden im fortgesetzten Verfahren von der Telekom-Control-Kommission Mag. Paul Pisjak und Dr. Wolfgang Briglauer mit der Erarbeitung einer gutachtlchen Stellungnahme zur Frage beauftragt, ob und ggf. in welcher Weise weitere spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 – 42 TKG 2003 geeignet sind, die am Endkundenmarkt identifizierten Wettbewerbsprobleme ohne Auferlegung spezifischer Verpflichtungen auf dem verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt adäquat zu bekämpfen.

Dieses Ergänzungsgutachten (ON 80) wurde der Telekom Austria am 25.7.2006 zugestellt (ON 81).

Nach beantragter und gewährter Fristerstreckung brachte Telekom Austria am 24.8.2006 fristgerecht eine ergänzende Stellungnahme ein (ON 87).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Marktabgrenzung des Marktes „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“

1.1. TKMVO 2003

In § 1 Z 3 TKMVO 2003 wird der Markt „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ genannt.

Die dem gegenständlichen Markt zugrunde liegende Marktabgrenzung lautet wie folgt:

Die marktgegenständliche Leistung ist die Herstellung von Verbindungen für Gespräche über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten für Privatkunden. Unter Gesprächsverbindungen sind neben Diensten der Sprachtelefonie auch Fax und Modemübertragungen zu verstehen.

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, BGBI. 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.

Sämtliche Verbindungen zu im Inland gelegenen Standorten bilden einen einheitlichen Markt. Aufgrund unterschiedlicher Nachfragecharakteristik und anderen Formen der Marktbearbeitung durch Anbieter sind Privat- und Nichtprivatkunden getrennten Märkten zuzurechnen.

Dieser Markt beinhaltet auch Wählverbindungen über Fax und Modem.

Das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet ist dabei das Bundesgebiet.

Das Ergebnis der Überprüfung der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) idF BGBI. II Nr. 117/2005 festgelegten Märkte ergab, dass der gegenständliche Markt nach wie vor als der sektorspezifischen ex-ante Regulierung unterliegend anzusehen ist (Beschluss der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 6.2.2006).

1.2. Zum Markt „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ und zum Verhältnis zu benachbarten Märkten

Der gegenständliche Markt steht sowohl horizontal als auch vertikal mit anderen Märkten der TKMVO 2003 in Verbindung.

So bestehen komplementäre Beziehungen zwischen dem vorliegenden Markt und den Zugangsmärkten (§ 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003). Anschlussleistungen nach den Märkten § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 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, sohin auch mit Leistungen des gegenständlichen Marktes, angeboten.

Die komplementären 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 Verbindungsauflauf) 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 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.

Als marktrelevant gelten inländische Festnetzgespräche (lokale und nationale) ebenso wie die Gespräche in nationale Mobilfunknetze, ebenso Verbindungen für den schmalbandigen Interneteinwahlverkehr, sowie die bei öffentlichen Sprechstellen anfallenden Verkehrsvolu-

mina. Letztere Inlandsgespräche werden dabei aus Plausibilitätsüberlegungen zu 100% dem gegenständlichen Markt zugerechnet.

2. Zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht

2.1. Die einzelnen Marktmachtindikatoren

2.1.1. Marktentwicklung und Marktanteile

Abbildung 1 weist die Verteilungen der Umsatzmarktanteile zwischen den Betreibern aus. Man erkennt, dass sich die Marktanteilsverluste auf Seiten des (nach dem alten Rechtsrahmen) SMP-Betreibers Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt in den Jahren 2002-2003 stabilisierten und sich auf einem Niveau von knapp über 50% bei Privatkunden eingependelt haben.

Der gegenständliche Markt entwickelt sich in Richtung eines enger werdenden Oligopols, mit Telekom Austria als nach wie vor deutlich größtem Betreiber. Der Rest verteilt sich auf eine größere Anzahl kleinerer Anbieter. So erzielen die größten fünf Betreiber (inkl. Telekom Austria) mehr als 90% der Umsatzmarktanteile.

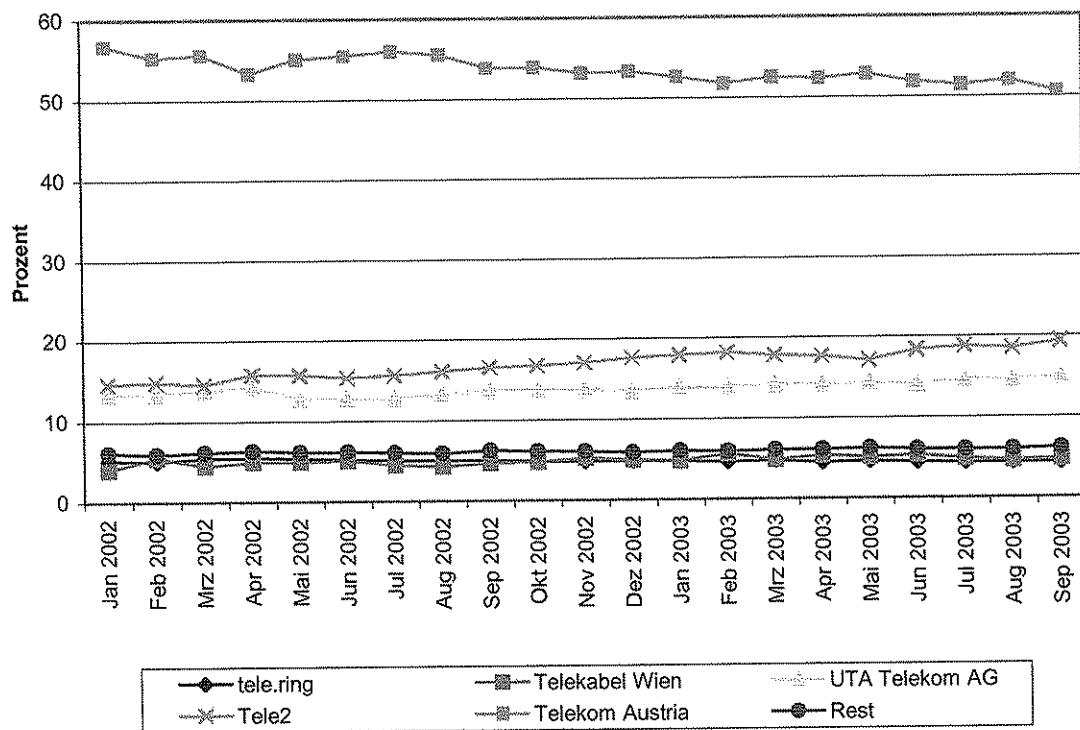


ABBILDUNG 1: VERTEILUNG DER UMSATZMARKTANTEILE - PRIVATKUNDEN (INKL. ÖFFENTLICHE SPRECHSTELLEN)

Weiters erkennt man, dass es alternative Betreiber gibt, die sich auf den gegenständlichen Privatkundenmarkt spezialisieren, etwa Tele2 und Telekabel Wien (Priority Telecom GmbH).

Der am 19.10.2004 beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht angezeigte geplante Zusammenschluss von Tele2 und UTA erscheint auf Grund der ausgewiesenen Marktanteile der beiden Zusammenschlusspartner auf dem gegenständlichen Markt als nicht geeignet, die wettbewerbliche Einschätzung dieses Marktmachtindikators zu ändern.

Durch diesen Zusammenschluss kommt es auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt zu Marktanteilsverschiebungen insofern, als die Marktanteile dieser beiden Wettbewerber der TA auf dem gegenständlichen Markt nunmehr zusammenzurechnen sind. Dies deshalb, da beide Wettbewerber auf dem gegenständlichen Markt mit vergleichbaren Endkundenprodukten tätig sind. Gemäß den Feststellungen ergibt sich für den September 2003 ein Marktanteil der beiden Zusammenschlusspartner von ca. 34 %. Auch nach Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses wird sich an der Abhängigkeit der beiden Zusammenschlusspartner vom Zugang zu Vorleistungsprodukten der TA bzw. von Produkten am benachbarten Zugangsmarkt nichts ändern. In Bezug auf die Verfügbarkeit eines Anschlussnetzes ergeben sich am gegenständlichen Markt keine Änderungen. Bisher verfügte nur UTA über ein Anschlussnetz (ON 25), während Tele2 bis dato am gegenständlichen Verbindungsmarkt ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber tätig ist.

Tele2 und UTA haben sich bisher im Wesentlichen auf unterschiedliche Kundensegmente spezialisiert. Nur auf dem gegenständlichen Markt für Inlandsgespräche von Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten kommt es aufgrund der schon bisher überschneidenden Aktivitäten der beiden Zusammenschlusspartner zu nennenswerten Marktanteilsvergrößerungen. Allenfalls zu erwartende Veränderungen in der Bearbeitung des gegenständlichen Marktes durch das nunmehrige Unternehmen „Tele2/UTA“ können innerhalb des für diesen Bescheid maßgeblichen Zeitraums nicht zur Veränderung der grundsätzlichen Wettbewerbsverhältnisse im Verhältnis zur TA beitragen. Bezuglich der Marktanteilsbetrachtung ist auf die nach wie vor gegebene und oben beschriebene Abhängigkeit vom Zugang zu Vorleistungsprodukten bzw. von Produkten auf dem benachbarten Zugangsmarkt hinzuweisen. Der reine Blick auf die Marktanteile von TA bzw. von „Tele2/UTA“ würde die wirtschaftliche Stärke der beiden Wettbewerber nicht angemessen widerspiegeln.

Abbildung 2 und 3 bieten in Umsätzen und in Minuten ausgewiesene disaggregierte Betrachtungen von einzelnen nationalen Gesprächsdistanzen. Man kann dabei jeweils absolut die Entwicklungen der entsprechenden Größenordnungen entnehmen, sowie die in Marktanteilen zum Ausdruck kommende relative Bedeutung der Telekom Austria.

Die höchsten Marktanteile auf Seiten der Telekom Austria finden sich bei „Dial-in“, der schmalbandigen Interneteinwahl und zwar sowohl bei Minuten als auch Umsätzen (wobei in Abbildung 3 eine gleichrangige Bedeutung mit der Gesprächsdistanz „Inland-FN“ zum Ausdruck kommt). Die vergleichsweise deutlich niedrigeren Minutenpreise für Dial-in Verbindungen bewirken, dass die in Umsätzen beschriebene absolute Größenordnung deutlich unter der in Minuten gemessenen zu liegen kommt. Bei Privatkunden kommt dem Interneteinwahlverkehr mengenmäßig sogar eine dominierende Position zu.

Die Gesprächsdistanz setzt sich aus den eingangs beschriebenen Produkten für Gespräche in nationale Festnetze zusammen. Diese Gespräche dominieren umsatzmäßig das Gesamtbild auf dem gegenständlichen Markt für Gespräche von Privatkunden. Hinsichtlich der Verkehrsminuten schlägt bei Privatkunden die überproportional starke Verwendung schmalbandigen Interneteinwahlverkehrs durch.

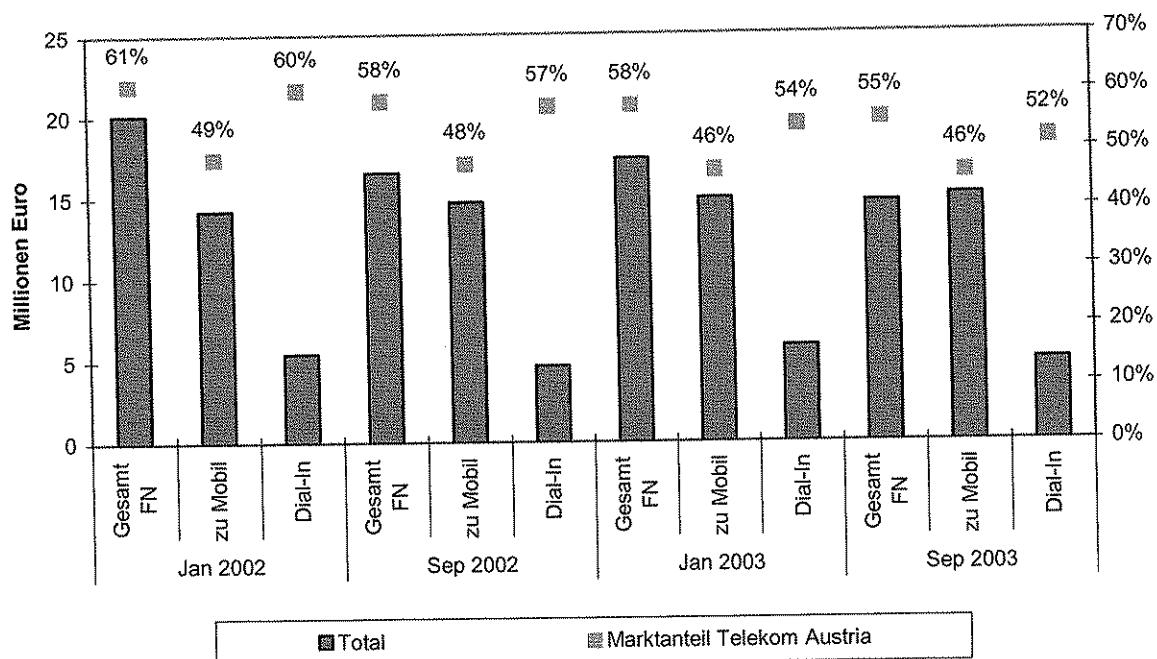


ABBILDUNG 2: UMSÄTZE TELEKOM AUSTRIA UND GESAMT - PRIVATKUNDEN

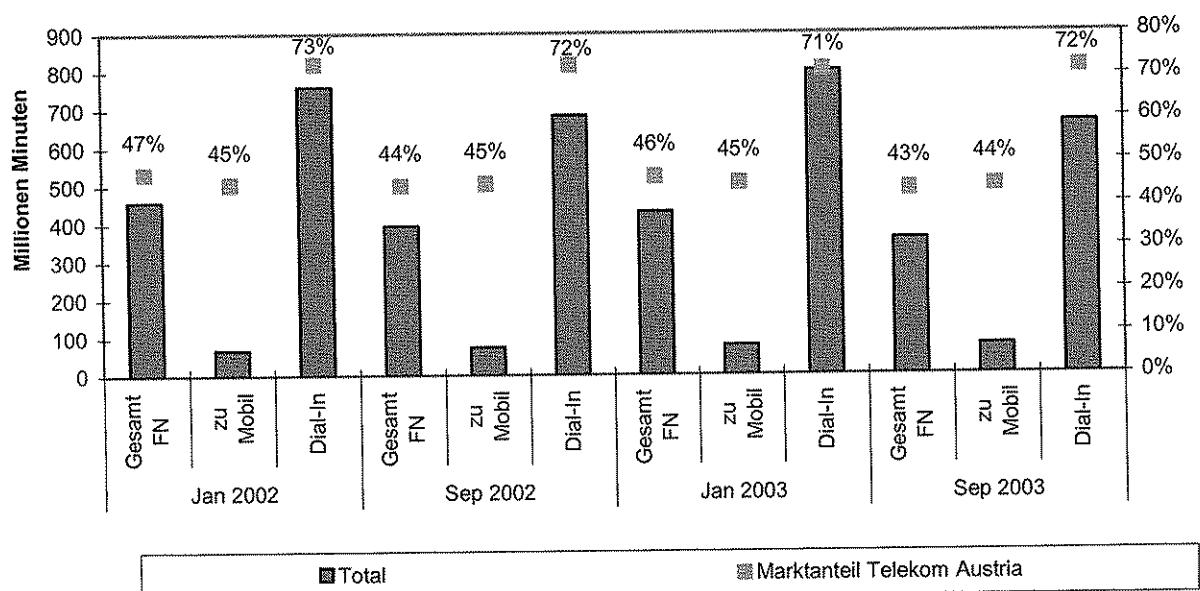


ABBILDUNG 3: VERKEHRSMINUTEN (FAKUTRIERT) TELEKOM AUSTRIA UND GESAMT - PRIVATKUNDEN

Wiederum anders gestaltet sich die Situation für Gespräche in nationale Mobilfunknetze. Hier sind die in Umsätzen gemessenen Marktanteile der Telekom Austria am gegenständlichen Markt für Privatkunden mit unter 50 % am geringsten.

Bei den Verkehrsminuten kommen die Marktanteile auf dem gegenständlichen Markt in etwa auf dem gleichen Niveau zu liegen wie bei Gesprächen in nationale Festnetze, nämlich bei unter 50%. Weiters zeigt sich, dass die Gespräche in nationale Mobilnetze hohe Umsätze mit vergleichsweise geringen Verkehrsvolumina generieren, was plausibel durch die entsprechend höheren Endkundenpreise für Gespräche in nationale Mobilfunkmärkte (aufgrund der vergleichsweise hohen Mobilterminierungsentgelte) erklärt werden kann.

Anhand der in den Abbildungen 2 und 3 ausgewiesenen Datenwerte ergibt sich, dass mit Ausnahme von „Dial-in“ die Marktanteile bei Umsätzen nur leicht über den in Mengen gemessenen Vergleichswerten zu liegen kommen, was auf ein eher geringes Preisdifferential auf Seiten der Telekom Austria schließen lässt (ON 25).

Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man die zugrunde liegenden Konzentrationsraten im Zeitverlauf betrachtet. Abbildung 4 zeigt die Ausprägungen des Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) in Umsätzen bzw. in Minuten gemessen (ON 25) und in Gesprächsdistanzen unterschieden. Der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) stellt eines der gebräuchlichsten Konzentrationsmaße dar, das sich als Summe der Quadrate der Merkmalsausprägungen (hier konkret der Marktanteile in %) errechnet: Der Wert dieses Index liegt zwischen 0 und 10.000. Ein Wert nahe bei 0 steht für eine niedrige Konzentration und tritt bei einer sehr großen Anzahl von Marktteilnehmern, die annähernd gleich groß sind, ein. Der größte Wert des Index liegt bei 10.000 und bedeutet, dass es einen monopolistischen Anbieter gibt und somit vollständige Konzentration des Merkmalsbetrages vorliegt. Zusätzlich zu den marktrelevanten Gesprächsdistanzen „Inland“ und „Dial-in“ werden zu Vergleichszwecken auch die Konzentrationsraten der nicht zum gegenständlichen Markt gehörenden internationalen Sprachtelefonie dargestellt. Neben der Bestätigung der obigen Schlussfolgerungen, wonach sich bei Inlandsgesprächen nur ein geringer Abstand zwischen den in Umsätzen bzw. in Minuten gemessenen Konzentrationsraten feststellen lässt, ergibt sich im (längerem) Zeitverlauf zudem sehr deutlich, dass sich über alle Gesprächsdistanzen hinweg eine strukturelle Konvergenz abzeichnet.

Innerhalb der Inlandsgespräche ist die Gesamtaussage in Abhängigkeit von der Einbeziehung des Interneteinwahlverkehrs zu sehen. Die konstatierte höhere Umsatzkonzentration bei Inlandsgesprächen würde sich in das Gegenteil verkehren, würden Umsätze bzw. Verkehrsminuten der Interneteinwahl miteingerechnet werden (Abbildung 4). Dies ist auf die tariflich bedingte sehr geringe „Umsatz-Minuten“ Relation bei der Gesprächsdistanz „Dial-in“, in Verbindung mit den signifikanten „Dial-in“ Minutenanteilen zurückzuführen (vgl. auch Abbildung 3).

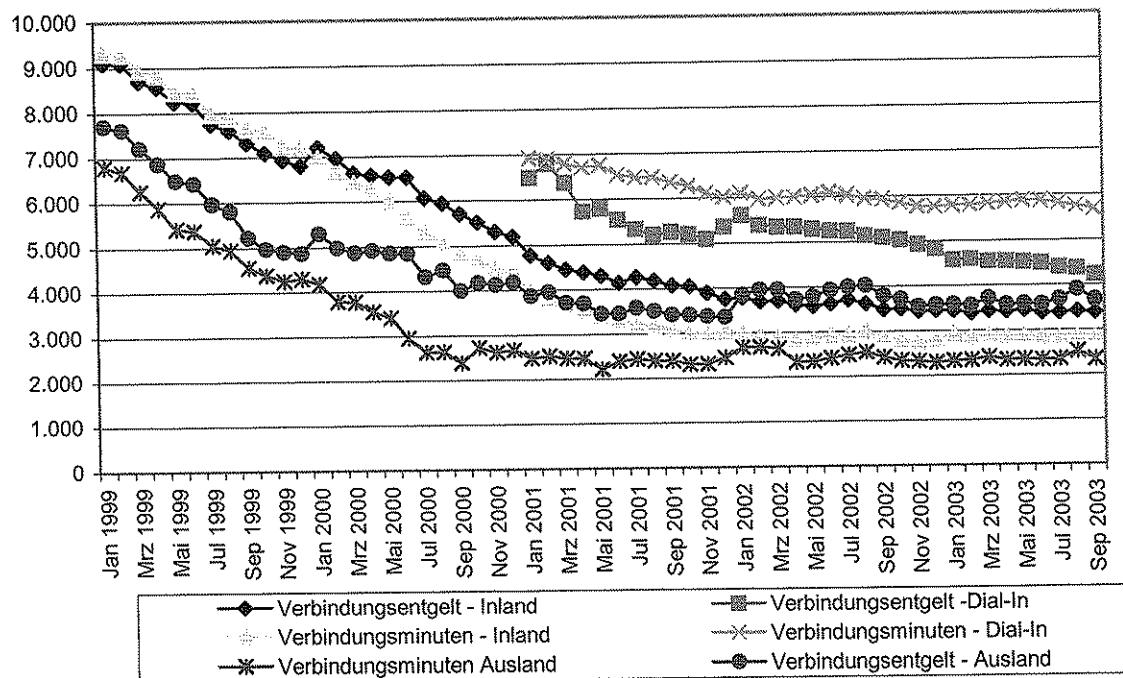


ABBILDUNG 4: HHI IN MINUTEN UND UMSÄTZEN – GESAMT (PRIVAT- UND NICHTPRIVATKUNDENUMSÄTZE)

Abbildung 5 ergänzt die Konzentrationsanalyse hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Privat- und Nichtprivatkunden. Analog zur vorherigen Abbildung bleibt die Konstanz in der Entwicklung der letzten beiden Jahre auch hinsichtlich der Aufteilung in Privat- und Nichtprivatkundenmärkte aufrecht. Auffallend ist die Tatsache, dass dabei die in Umsätzen gemessenen HHI-Indizes auf dem gegenständlichen Markt unter den Minuten-Indizes zu liegen kommen. Die Erklärung hierfür liegt in der bereits beschriebenen Auswirkung der „Dial-in“ Werte, die in Abbildung 5 ausgewiesen sind. Das niedrigere Niveau der Kurve „Umsätze-Privat“ liegt im hohen Verkehrsvolumen des Interneteinwahlverkehrs bei Privatkunden begründet (vgl. Abbildung 3).

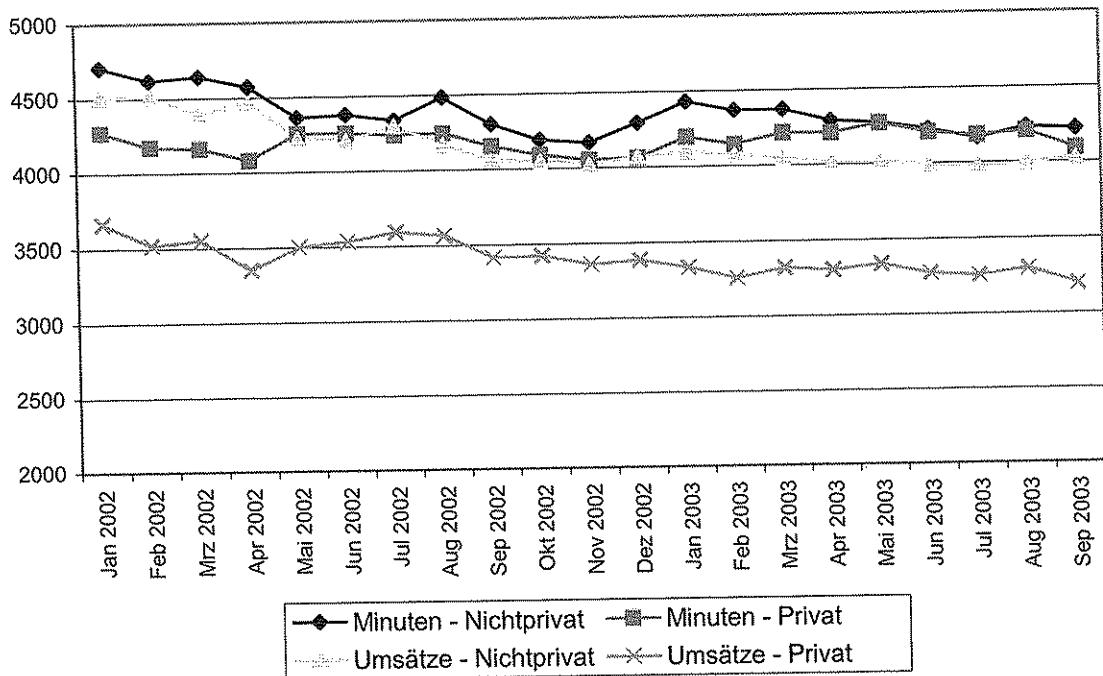


ABBILDUNG 5: HHI BEI INLANDSGESPRÄCHEN NACH PRIVAT- UND NICHTPRIVATKUNDEN

Aus dem Gesamtblick der in Abbildung 2 bis Abbildung 5 dargestellten Veränderungsraten ergibt sich eine Konsolidierung der Marktanteilsverluste bei Telekom Austria (ON 25).

So werden in der ON 25 folgende Schlussfolgerungen und Einschätzungen bezüglich künftiger Entwicklungen (über das Quartal 3/2003 hinausgehend) getroffen: „Am ehesten ist eine Konsolidierung der Marktanteilsverluste bei Telekom Austria abzulesen, die in Verbindung mit der gegenwärtigen Marktphase bzw. den enger werdenden Gewinnspannen auch entsprechend plausibel erscheint. ... Hinzu kommen entsprechende preis- und marketingpolitische Gegenreaktionen auf Seiten der Telekom Austria. ... Insgesamt können keine Indizien ausgemacht werden, die zukünftig eine grundlegende Abkehr von der Entwicklung der letzten beiden Jahre erwarten ließen.“ (ON 25, S. 35).

Die diesbezüglichen Feststellungen der ON 25 zum aktuellen Marktanteil von TA werden von TA selbst bestätigt: So geht aus den von TA veröffentlichten Zahlen (http://wai.telekom.at/Content.Node/dateien/ergebnisse_qu3_2004.pdf) zum Abschluss des 3. Quartals 2004 Folgendes hervor: „Unterstützt durch den Relaunch der TikTak-Tarifpakete im 2. Qu. 04 konnte die Anzahl der TikTak-Anschlüsse auf 1,42 Mio. per Ende September 2004 im Vergleich zu 1,15 Mio. per Ende September 2003 gesteigert werden. Dadurch konnte die Marktposition in der Sprachtelefonie weiter ausgebaut werden. Der nach wie vor steigende Marktanteil in der Sprachtelefonie erhöhte sich auf 54,1 % per Ende September 2004 im Vergleich zu den 53,0 % per Ende September 2003. Der Marktanteil inklusive Internet-Einwahlminuten blieb mit 55,4 % im Vergleich zu Ende September 2003 stabil.“

Dieses Bild wird schließlich auch durch Folie 28 der im Rahmen des Quartalsberichts veröffentlichten Präsentationsunterlagen (abrufbar unter http://wai.telekom.at/Content.Node/dateien/pr_qu3_2004.pdf) noch bestätigt:

So erkennt man deutlich die Stabilisierung der Marktanteile der TA, die in letzter Zeit sogar einen leichten Anstieg aufweisen (Berichtszeitraum: Q1/03-Q3/04) und so Gegenreaktionen der TA zur Rückgewinnung von Marktanteilen zum Ausdruck bringen.

Insgesamt können daher keine Indizien ausgemacht werden, die zukünftig eine grundlegende Abkehr von der Entwicklung der letzten beiden Jahre erwarten ließen.

Technologische Entwicklungen, die die gegenwärtige Marktstellung von Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt nachhaltig ändern könnten, sind für den relevanten Zeitraum nicht absehbar.

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

Vor dem Hintergrund des über 50%igen Umsatzmarktanteiles von TA in Verbindung mit der stark asymmetrischen Verteilung innerhalb der alternativen Anbieter auf dem gegenständlichen Markt sowie des Marktanteils von ca. 95 % auf dem Markt für den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten wurde die Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur hinsichtlich des Vorliegens einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung des Marktführers Telekom Austria untersucht.

2.1.2. Vertikale Integration

Das Vorliegen von vertikaler Integration 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, wie dem gegenständlichen, zu verdrängen (ON 32, S 21).

Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbes bei Abwesenheit von Regulierung auf dem gegenständlichen Markt ist insbesondere der Anreiz von TA relevant, durch das Setzen von Kampfpreisen auf dem gegenständlichen Markt, gegebenenfalls unter Herbeiführung eines margin squeeze im Verhältnis zu den entsprechenden Vorleistungspreisen, den möglichen Wettbewerb zu schwächen.

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 eine notwendige Voraussetzung für die Diensterbringung auf den Verbindungsmärkten dar. Alternative Betreiber, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügen, können mit der Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl den Endkunden im Wettbewerb mit der vertikal integrierten Telekom Austria Dienste anbieten. Die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl bezieht sich aber ausschließlich auf Verbindungsleistungen und ist nicht geeignet, wettbewerbliche Defizite im Anschlussbereich zu beseitigen. Mit dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung wird prinzipiell eine Möglichkeit geschaffen, auf den Zugangsmärkten in preislicher Hinsicht mit Telekom Austria in Konkurrenz zu treten. Alternative Betreiber können in der Folge mittels der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und dem Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung TA mit eigenen Produkten sowohl im Anschlussbereich als auch auf den Verbindungsmärkten wettbewerblich unter Druck setzen. TA hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen.

Durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Verbindungs- markt als auch auf dem vorgelagerten Zugangsmarkt tätig ist und die die Vorleistung der Anschlussbereitstellung für den gegenständlichen Verbindungsmarkt zur Gänze intern er- bringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur vom Zugangs- markt auch auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt. Da TA über das einzige öster- reichweite Anschlussnetz verfügt (ON 25), 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 dem gegenständlichen Verbindungsmarkt (ON 32, S 21).

TA könnte den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt ohne entspre- chende *ex ante* Regulierung durch verbotene Quersubventionierung, und zwar durch Ver- langen überhöhter Preise im Anschlussbereich mittels Produktbündelung und nachfolgender Anwendung von Kampfpreisen für bestimmte Verbindungsprodukte beeinträchtigen. Auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt kann dies ferner durch Bündelung mit Produkten, die nicht der TKMVO 2003 unterliegen, (bspw. dem Breitbandinternetzugang für Endkunden) geschehen.

Da TA durch solche Praktiken ihre Gewinne erhöhen könnte, besteht ein ökonomischer An- reiz zu antikompetitivem Verhalten von TA gegenüber den Konkurrenten insbesondere auf dem gegenständlichen Markt.

2.1.3. **Marktzutrittsbarrieren**

Marktzutrittsbarrieren 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 anzu- heben, ohne dass dadurch zusätzliche, disziplinierende Markteintritte erfolgen.

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

Die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ist auch auf dem gegenständlichen Markt auf Grund der festgestellten vertikalen Integration und der Möglichkeit zur Übertragung von Marktmacht aus dem Anschlussbereich auf den gegenständlichen Markt ein Schlüssel- kriterium für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Unter der Voraussetzung, dass es möglich wäre, zu profitablen Bedingungen ein flächendeckendes und österreichweites An- schlussnetz zu verlegen, würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Ein- tritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der markt- beherrschenden 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 lang- fristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzung für die Abwesenheit effektiven Wett- bewerbs zu interpretieren.

In ihrer Empfehlung über relevante Märkte vom 11.02.2003. („Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmarkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsa- men Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabre- gulierung in Betracht kommen“; ABL L 114/45 vom 8.5.2003) unterscheidet die Europäische Kommission (Seite 9ff) zwischen strukturellen Marktbarrieren und rechtlich/regulatorisch be- dingten Marktbarrieren.

Im Gegensatz zu den Zugangsmärkten (vergleiche die Verfahren zu M 1/03 und M 2/03) ist die Frage nach der Höhe von Marktbarrieren im gegenständlichen Markt weniger eindeutig zu beantworten. Zwar sind die mit einem Marktauftritt verbundenen und versunkenen Kosten im Vergleich zu den Märkten im Anschlussbereich als gering einzustufen, dennoch bestehen auch hier gewisse und nicht vernachlässigbare Markteintrittsbarrieren. So sind auch für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da alternative Anbieter festnetzgebundener Sprachtelefonie hier typischerweise intensive Werbe-kampagnen zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Die Tatsache, dass für Be-standskunden des Incumbent oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Ver-tragsverhältnis und damit verbunden entsprechende Loyalität besteht und somit ein für alter-native Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten existiert, bzw. die Kundenbindung auf Seiten der Verbindungsnetzbetreiber typischerweise geringer ist, begründen signifikante Wechselbarrieren. Hinzu kommt die Mög-lichkeit für Endkunden, von den Erfolgen der Liberalisierung auch indirekt – ohne selbst zu wechseln – zu profitieren. Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alter-na-tiven Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs for-ciert werden. Derartige Kosten könnten typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden. Umgekehrt können alternative Betreiber in der gegenwärti-geen Marktsituation kaum eine enge Kundenbindung aufbauen, insbesondere für Call by Call Kunden wird diese nur sehr gering sein.

Die festgestellte Stagnation bzw. der leichte Rückgang von Marktein- bzw. -austreten lässt sich jeweils anhand der aktuellen Marktphase, mit entsprechend hohem Verdrängungswett-bewerb, enger werdenden Gewinnmargen und den einhergehenden Konsolidierungsprozes-sen, wie eben dem jüngst erfolgten Zusammenschluss von Tele2 und UTA, erklären. Ist eine hohe Zahl an Marktzutritten am Beginn der Liberalisierung geradezu typisch, so können sie in späteren Marktphasen nur mehr mit geringen Erfolgschancen durchgeführt werden.

Schließlich begründet der bereits beobachtbare Trend zum „One-Stop-Shopping“ eine Not-wendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können. Diejenigen, denen dies möglich ist, können auch mit entsprechenden Verbundvorteilen in der Produktion rechnen. Umgekehrt würde eine derartige Notwendigkeit, als Komplettanbieter agieren zu müssen, für potentielle Newcomer einen erhöhten Kapitalbedarf begründen und so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts reduzieren.

Zur Bestreitbarkeit von Märkten:

Im Rahmen der Theorie der „bestreitbaren Märkte (contestable markets)“ wird unterstellt, dass unter bestimmten (idealisierten) Annahmen die Drohung eines potenziellen Markteintritts (potenzieller Wettbewerb) eine hinreichend disziplinierende Wirkung auf die aktiven Marktteilnehmer ausübt, sodass auch auf Märkten mit geringer Zahl an aktiven Marktteilnehmern bzw. einer asymmetrischen Verteilung der Marktanteile oder aber auch in Monopolsituationen sowohl allokativer wie technische Effizienz sichergestellt ist.

Dabei müssen freilich entsprechend restriktive Annahmen getroffen werden: (1) wird von der Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren ausgegangen und (2) wird angenommen, dass die Reaktionszeit der etablierten Unternehmen hinreichend lang ist, so-dass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachte-ten) Profite realisieren kann („hit and run“-Strategie).

Beide Annahmen sind auf dem gegenständlichen Markt nicht erfüllt:

Zur ersten Annahme ist festzustellen, dass im Rahmen dieser Modelltheorie unter Abwesenheit von Marktbarrieren verstanden wird, dass keine exogenen (technisch bedingten) versunkenen Kosten existieren. Diese sind für die zugrunde liegenden Märkte tatsächlich verhältnismäßig gering (ON 25). Doch übersieht die konventionelle Theorie der bestreitbaren Märkte, dass auch eine Reihe von endogenen Marktbarrieren, die eben nicht Folge einer vorgegebenen Industriestruktur sind, sondern vielmehr durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Teilnehmer bestimmt werden, existieren. Es sei an dieser Stelle insbesondere an die hohe Werbeintensität und Bedeutung der Kundenbindung auf den Kommunikationsendkundenmärkten verwiesen. Als besonders problematisch erweist sich daher die im Modell der bestreitbaren Märkte implizit enthaltene Forderung, dass die Konsumentenseite keinerlei Präferenz bzw. Markentreue, aus welchen Gründen auch immer, für die bestehenden Unternehmer aufweist. In dem Modell wird vielmehr davon ausgegangen, dass sich die Konsumenten vollkommen rational verhalten, d.h. auf den homogenen Produktmärkten orientieren sich die Konsumenten lediglich an den Preisen. Dies steht jedoch klar in Widerspruch zu den Feststellungen, wonach TA zumindest teilweise in der Lage ist, im Durchschnitt höhere Preise zu setzen.

Freier Marktzutritt bedeutet ferner, dass keinerlei Asymmetrien zwischen potenziellen Markteintretern und aktuellen Marktteilnehmern bestehen, also keine unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten zu Faktormärkten, kein patentrechtlicher Schutz auf Seiten des/der Incumbent(s), keine Informationsnachteile hinsichtlich der Nachfrage, sowie dass keinerlei technologische Asymmetrien etc. existieren. Die völlige Marktgleichheit wird nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der diversen „foreclosure“ Taktiken zu einer rein hypothetischen Forderung.

Zur zweiten Annahme ist festzustellen, dass diese unterstellt, dass das Zeitintervall, zwischen dem bekannt werden eines neuen Marktzutritts und der tatsächlichen Möglichkeit, den Konsumenten Güter anzubieten (entry lag), kleiner ist als die durch diverse Transaktionskosten (bspw. die Existenz langfristiger Verträge) bedingte Zeitverzögerung in der Preisangepasung (price lag). Zudem liegt diesem Vergleich die hypothetische Situation unregulierter Märkte zugrunde. Würde das SMP-Unternehmen jedoch keinerlei ex-ante Verpflichtungen unterliegen, so könnte es jederzeit, von internen Organisationsprozessen abgesehen bzw. in Abhängigkeit von diesen, ohne wesentliche zeitliche Verzögerung auf den Markteintritt reagieren. Es ist notwendig, die hypothetische Situation der Nichtregulierung als Vergleichsbasis heranzuziehen, da genau dies der Schlussfolgerung bzw. Forderung in als bestreitbar identifizierten Märkten entspräche. An dieser Stelle sei daher gesondert auf die regulatorische Bedeutung bzw. die Unterschiede zwischen einem ex-post und ex-ante Regulierungsregime verwiesen. Ex-post Kontrolle greift definitionsgemäß erst bei erfolgtem Schaden, der jedoch gerade in der Telekommunikationsbranche aufgrund der spezifischen Wettbewerbs- bzw. Marktstrukturprobleme (schwer zu duplizierende Infrastruktur als „essential facility“ in Händen des Incumbent) oftmals – nach teils langwierigen Verfahren – nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Eine Vorabregulierung wird zudem in jenen Fällen geeigneter sein, in denen zur Behebung des Wettbewerbsproblems zahlreiche Anforderungen nötig sind (detaillierte Buchhaltung, Kostenrechnung, generelles Monitoring) oder aber wenn etwa ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich ist.

Andererseits ist für den entry-lag (Zeitverzögerung des Markteintritts) auf Seiten der Wettbewerber durchaus mit einer signifikanten Zeitspanne zu rechnen. Diese kann entstehen durch die Bereitstellung der für einen Verbindungsnetzbetrieb nötigen Netzelemente, die erforderlichen Verhandlungsprozesse (Zusammenschaltungsvereinbarungen), die Erreichung eines hinreichend großen Bekanntheitsgrades, die Bereitstellung entsprechender customer care sowie Billing-Einrichtungen, den Abschluss von Verträgen mit internationalen Carriern und die vielfältigen Verzögerungsmöglichkeiten des Incumbents, der eben in Bezug auf den inländischen Teil der Verkehrsführung im Besitz der nicht ersetzbaren Infrastruktur im Anschlussbereich ist (ON 25). In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass in anderen Industriezweigen ein Markteintritt eines Mitbewerbers oft erst mittelbar über die Marktbeobachtung feststellbar ist, im vorliegenden Markt jedoch auf Grund der Zusammenschaltung (Vorleistungsabhängigkeit) unmittelbar noch vor dem Markteintritt bekannt wird, und die Chance auf eine „hit and run“-Strategie schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt ist.

Ist nun aber Annahme 2 nicht bzw. nicht annähernd gegeben, so kommt es für die Entscheidung über einen allfälligen Markteintritt nicht mehr primär auf die gegenwärtigen Preise an, als vielmehr auf die im Falle eines erfolgten Marktzutritts und nach etwaigen preislichen Reaktionen der bereits am Markt etablierten Anbieter noch realisierbaren Preise und Gewinne. Bei ständigen Marktein- und -austritten käme es zudem zu einer erheblichen Verunsicherung der Konsumenten gegenüber Angeboten alternativer Betreiber. Effektiver Wettbewerb, der von der bloßen Drohung potentieller Konkurrenz ausgehen soll, erscheint unter diesen Bedingungen als eine unrealistische Annahme.

Da diese Modellkritik mittlerweile auch überwiegend von der einschlägigen industrie- und wettbewerbsökonomischen Literatur geteilt wird (inter alia George et al. (2000), S. 279ff. und Borrmann/Finsinger (1999), S. 301ff. aber auch Tirole (2000), Armstrong et al. (1998), S. 103ff., Viscusi et al. (2000), S. 161), ist dieses Modell als politisches Leitbild zur Beurteilung von Marktmacht auf Kommunikationsmärkten heute nur mehr von geringer Relevanz.

In engem Kontext zur Bestreitbarkeit von Märkten steht die Frage nach der unternehmerischen Rationalität von Verdrängungspreisstrategien („predatory pricing“). Denn je höher die bereits getätigten versunkenen Investitionen alternativer Wettbewerber ausfallen, desto höher werden auch die potentiellen Marktaustrittskosten, was die Erfolgsaussichten von Verdrängungsstrategien wiederum mindert. Insofern würden Investitionen in die Infrastruktur, soweit diese eben ökonomisch sinnvoll getätiggt werden können, die Notwendigkeit von regulatorischer Basisregulierung reduzieren.

Insgesamt kann auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit bzw. auf die disziplinierenden Effekte der potentiellen Konkurrenz nicht vertraut werden, die Marktbarrieren sind daher auch auf dem gegenständlichen Markt nicht vernachlässigbar. So stünde potentielle Konkurrenz insbesondere bei reinen Sprachtelefonieprodukten auch in Widerspruch mit dem nach wie vor zumindest in Ausschnitten zugunsten der Telekom Austria existierenden höheren Preisniveau. Bezuglich dial-in Produkten wurden keine Wettbewerbsprobleme identifiziert.

2.1.4. Preise und Performance

Das Verhalten am Markt 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 Preisdifferentiale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität.

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.

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

Reinen Verbindungsnetzbetreibern steht ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung. TA kann auf Grund der Tatsache, dass sie ein vollintegrierter Betreiber und sowohl auf dem Zugangs- als auch auf den Verbindungsmärkten aktiv ist, ihre wirtschaftliche Stärke auf Grund der äußerst hohen Marktanteile auf dem einschlägigen Zugangsmarkt mittels Bündelung der Leistung auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt ausdehnen (Übertragung von Marktmacht).

Auf dem gegenständlichen Markt kam es in den Jahren 2001-2003 – von der Abschaffung des „Minimumtarifs“ abgesehen – kaum mehr zu wesentlichen Preisbewegungen. Neben den generell beobachteten massiven Preisabsenkungen im Jahr 2000 erfolgten die deutlichsten Preisreduktionen bereits in den ersten Jahren der Liberalisierung (1997-2000). Analog zu den Marktanteilsverläufen erkennt man eine preisliche Konsolidierung, sowohl hinsichtlich der Streuung zwischen den Anbietern als auch der zunehmenden Konstanz in den Preisen. Dies ergibt sich aus der späten Marktphase, die enger werdende Gewinnmargen mit sich bringt.

Die Marktentwicklung weist darauf hin, dass Telekom Austria bei reinen Inlandstelefonaten (d.h. ohne Dial-in) nach wie vor in einzelnen Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes höhere Preise aufrechterhalten kann, wobei diese Preisaufschläge im Vergleich zu den Auslandsgesprächen aber eher moderat ausfallen. Parallel dazu praktiziert TA in anderen, marketingtechnisch leicht kommunizier- und darstellbaren Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes unter Ausnutzung ihrer vertikalen Integration Kampfpreise.

Auch auf dem gegenständlichen Markt verschiebt sich daher die eigentliche Wettbewerbsproblematik in den Fragenkomplex „Produktbündelung“ bzw. der Übertragung von Marktmacht („leveraging“) sowie „predatory pricing“ und Produktgestaltung. Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht genau dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten. Die Tatsache, dass dieser auch intensiv wahrgenommen wird, unterstreicht diese Vorteilhaftigkeit, die auch mit entsprechend einhergehenden Nutzengewinnen für die Konsumenten korreliert sein dürfte: Bei gleich bleibenden Tarifmodellen können diese durch Einführung zusätzlicher optionaler Tarifmodelle prinzipiell nur besser gestellt werden.

Andererseits muss diesem Potential an Wohlfahrtszugewinnen durch Produktbündelung die mit der Produktbündelung verbundene Problematik der Marktmachtübertragung gegenübergestellt werden. Wie insbesondere die „TikTak“-Tarife zeigen, steht den reinen „Verbindungsnetzbetreibern“ ein im Vergleich zum Incumbent weitaus geringerer Preissetzungsspielraum zu Verfügung.

Des weiteren ist diese Wettbewerbsproblematik in Verbindung mit Marktbarrieren und Verdrängungspreisen zu sehen. Zentral dabei ist jeweils die Gegenüberstellung und Abwägung von potentiellen Verdrängungsgewinnen mit den entstehenden bzw. zu erwartenden Verdrängungskosten. Dieser Zusammenhang muss jedoch insofern anders gesehen werden, als für TA aufgrund der – in diesem Umfang exklusiv – vorhandenen „Ausgleichsmöglichkeiten“ die Verdrängungskosten verschwinden (können). Für TA besteht 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. Die Bedeutung der Vorleistungskosten in Hinblick auf die Nachhaltigkeitserwägungen kommt auf dem gegenständlichen Privatkundenmarkt aufgrund geringerer Infrastrukturinvestitionen typischerweise eine vergleichsweise höhere Bedeutung zu.

Zur Performance:

Die Wahl geeigneter Performancemaße ist ein wichtiger Schritt, um die Marktmacht von Unternehmen zu beschreiben. Exzessiv hohe Werte für das Performancemaß eines Unternehmens, das heißt eine hohe erreichte Rentabilität des eingesetzten Kapitals im Vergleich zu Konkurrenten indizieren für sich genommen eine starke Marktposition.

Angestrebtes Ziel eines Performancemaßes ist der Vergleich mit einem Kapitalkostensatz. Im Falle der Telekom Austria gehen diesbezüglich Zinskosten insofern mit ein, als auf Basis des eingesetzten Kapitals je Produkt ein Kapitalkostenzinssatz angewendet wird und somit Kapitalkosten in den Gesamtkosten berücksichtigt sind.

Unter einer Rentabilitätsgröße wird allgemein das Verhältnis einer Erfolgsgröße zu einer Einsatzgröße verstanden. Die erreichte Rentabilität errechnet sich aus dem Verhältnis einer Gewinngröße im Verhältnis zu den dafür notwendigerweise eingesetzten Mitteln (Eingangsgröße).

Je nachdem, welche Eingangskomponenten für obigen Zusammenhang gewählt werden, lassen sich diverse traditionelle Rentabilitäts- bzw. Erfolgsgrößen ableiten:

- Umsatzrentabilität (ROS)
- Kapitalrentabilitäten
 - Gesamtkapitalrentabilität, Vermögensrentabilität (ROI, ROA, etc.)
 - Eigenkapitalrentabilität (ROE)

Im Folgenden wird die Umsatzrentabilität, die das Verhältnis von EGT (Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit) zum Umsatz bezeichnet, als Performancegröße herangezogen, da für diese Rentabilitätsgröße valide Werte für alternative Netzbetreiber vorliegen.

Telekom Austria erreichte auf dem gegenständlichen Markt in den Jahren 2001 – 2003 basierend auf dem festgestellten erhöhten Preisniveau eine Umsatzrentabilität von etwas 30 % (gerundet auf Zehnerschritte). Höher gelegene Preise am gegenständlichen Markt korrelieren mit einer entsprechend erhöhten Kostenüberdeckung. Dieser Wert beinhaltet bereits einen fiktiven Kapitalkostenzinssatz der Telekom Austria. Die erreichte Umsatzrentabilität spiegelt daher auch eine die marktübliche Kapitalverzinsung übersteigende Rentabilität wider.

Die relativ hohen Kostenüberdeckungsgrade in der Zone „Inland“ der Kontrollmatrix (ON 25) bringen zum Ausdruck, dass hier Telekom Austria vergleichsweise hohe Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stehen.

Die Feststellungen zur erzielten Performance (Rentabilität) ergeben daher, dass die im Durchschnitt höher gelegenen Preise von TA auch mit einer entsprechenden Kostenüberdeckung für das „Produkt“ Inlandsgespräche (wenn auch nach Gesprächsdistanz verschieden) korrelieren. Obgleich die Preissetzung der Telekom Austria einem ex-ante Entgeltgenehmigungsverfahren unterliegt, kann auf Grund der in der Kontrollmatrix (ON 32) implizit enthaltenen Preisgestaltungsspielräumen von relativ großen Freiheitsgraden hinsichtlich Tarifstruktur im Sinne einer aktiv unternehmensinduzierten, strategischen Preisgestaltung ausgegangen werden.

2.1.5. Technologisches Entwicklungspotential

Hinsichtlich des technologischen Entwicklungspotentials (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003: „der technologiebedingte Vorsprung“; SMP-Guidelines §78: „technological advantages or superiority“) kann man zumindest für den Privatkundenmarkt keine wesentlichen Änderungen in den nächsten (zwei) Jahren erwarten (ON 25). Auf diesem Markt muss jedoch mit den vergleichsweise stärksten vom Mobilfunksektor ausgehenden Substitutionseffekten ausgegangen werden, weshalb dieser Entwicklung in Zukunft besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte.

2.1.6. Internationaler Tarifvergleich

Aus den internationalen Tarifvergleichen (vgl. ON 25, ERG: „International Benchmarking“) können keine systematischen Schlüsse gezogen werden, diese wären allenfalls bei groben Ausreißern zulässig. Das Vergleichsprodukt („TikTak Privat“) der Telekom Austria bewegt sich bei Privatkunden vielmehr im Mittelfeld; bei der Gegenüberstellung der dreiminütigen Gesprächskosten für die Destinationen „national“ und „lokal“ mit den einhergehenden Vorleistungskosten, ergeben sich für Österreich Vergleichswerte, die in Summe in etwa ebenfalls im Durchschnitt liegen. Die Relevanz dieses Indikators wird aufgrund mangelnder Vergleichbarkeit und teils fraglicher methodischer Validität jedoch entsprechend verringert.

2.1.7. Weitere Indikatoren

Die Feststellungen bezüglich weiterer Indikatoren wurden bei der Analyse der gesondert ausgewiesenen Indikatoren entweder mitberücksichtigt oder haben eine in der Gesamtbe trachtung zu vernachlässigende Bedeutung wie etwa der internationale Vergleich.

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

2.2. Ergebnis der Wettbewerbsanalyse am gegenständlichen Markt

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

Insgesamt geht hervor, dass das Unternehmen Telekom Austria auf dem Markt „Inlands gespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ insbesondere aufgrund der spezifischen Marktstrukturmerkmale, mit nach wie vor signifikanten und stabil bleiben Umsatzmarktanteilen von knapp über 50%, sowie der generell auch bei Inlandsgesprächen nicht vernachlässigbaren Marktbarrieren über signifikante Marktmacht verfügt. Insbesondere darf nicht ohne weiteres von potentieller Konkurrenz auf bzw. um diesen Markt ausgegangen werden. Hinzu kommt eine beträchtliche Vorleistungsabhängigkeit der alternativen Wettbewerber.

Telekom Austria verfügt auch unter Berücksichtigung des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA auf dem gegenständlichen Markt über einen signifikant höheren Marktanteil als der nächst größere Mitbewerber, wobei bezüglich des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA auf die auf dem gegenständlichen Markt nach wie vor bestehende wesentliche Abhängigkeit des Zugangs zur Vorleistung hinzuweisen ist. Auch die identifizierten Wettbewerbsprobleme werden auf dem gegenständlichen Markt durch den Zusammenschluss nicht beeinflusst.

Aber auch die Marktverhaltensdimension wirft nachhaltige Wettbewerbsprobleme vor allem angesichts der asymmetrischen Tarifgestaltungsmöglichkeiten und der für ANB geringeren Kundenbindungsmöglichkeiten auf. Dies gilt trotz der bestehenden ex-ante Entgeltregulierung bei Telekom Austria. Von einem effektiven (lediglich auf Vorleistungs- nicht jedoch auf Endkundenregulierung basierenden) Wettbewerb kann daher nicht ausgegangen werden. Eine diesbezüglich grundlegende Änderung innerhalb der nächsten (zwei) Jahre kann vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Regulierungsregimes nicht ausgemacht werden. Eine solche hängt unter anderem davon ab, ob ein am Markt befindliches Resale-Angebot von alternativen Anbietern angenommen wird. Hinsichtlich einer zukünftigen Einschätzung muss ferner von einer graduellen und nur allmählichen Weiterentwicklung, als von einer grundlegenden Änderung ausgegangen werden.

Auch auf dem gegenständlichen Markt ist die eigentliche Wettbewerbsproblematik weniger in überhöhten Preisen als vielmehr im Zusammenhang mit Marktmachtübertragungsstrategien

zu sehen, insofern Grund- und Verbindungsentgeltbereiche in Form zweigliedriger Tarife als „kommunizierende“ Gefäße zu betrachten sind. Der darin vorhandene Preisgestaltungsspielraum (insbesondere gegenüber reinen Verbindungsnetzbetreibern) lässt hier die Anwendung von Kampfpreisen (bzw. einen daraus resultierenden Margin Squeeze) auf dem gegenständlichen Markt rational erscheinen, die darüberhinaus auch in Verbindung mit teils umfassenderen und teils über den Anwendungsbereich der TKMVO 2003 hinausgehenden Produktbündelungen (z.B. Breitbandinternetzugang) zu sehen sind.

Durch die bereits bestehende Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl wird sichergestellt, dass Wettbewerber der TA, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügen, dieser gleichwohl im Wettbewerb mit der integrierten (marktbeherrschenden) Telekom Austria Dienste anbieten können. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission besteht für Telekom Austria die Möglichkeit, einzelne Anschlussprodukte und Verbindungsprodukte in einer Weise zu bündeln, dass eine Replizierbarkeit seitens anderer Anbieter auf Basis der bestehenden Vorleistungsprodukte zum gegenwärtigen Zeitpunkt (ohne der effektiven Möglichkeit zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung) nicht möglich ist.

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.

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 der Kampfpreise auf dem gegenständlichen Markt in Verbindung mit (ii) Marktmachtübertragung durch Produktbündelung mit Produkten auf anderen Märkten der TKMVO 2003 (bspw. dem Grundentgelt oder Mietleitungen) oder mit Produkten, die außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 (bspw. Breitbandinternetzugang für Endkunden) liegen.

3.2. Zu den Vorleistungsregulierungsinstrumenten

Basierend auf diesen Wettbewerbsproblemen wurden von der Telekom-Control-Kommission geeignete Regulierungsinstrumente festgestellt. Andererseits wurde in einem erstellten Ergänzungsgutachten (ON 80) spezifisches Augenmerk darauf gelegt, ob die gesetzlich existierenden Vorleistungsregulierungsinstrumente allein ausreichend sind, um Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt für „Inlandsgespräche für Privatkunden“ zu bekämpfen. Die folgenden Feststellungen der Telekom-Control-Kommission gehen auf diese Frage besonders ein, wobei darauf hingewiesen wird, dass in den Punkten B 3.2.1 bis B 3.2.9 sowohl Vorleistungsregulierungsinstrumente abgehandelt werden, die gleichzeitig einen eigenen Markt der TKMVO 2003 konstituieren (Verpflichtung zur Entbündelung, Originierung, Terminierung und Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen auf den jeweiligen Märkten der TKMVO 2003) und solche, bei denen dies nicht der Fall ist (Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung, Betreiber(vor)auswahl, getrennte Buchführung sowie die Transparenzverpflichtung).

3.2.1. Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistungen (Resale)

Seit Ende 2003 liegt ein Großhandelsangebot der Telekom Austria für den Zugang zur Anschlussleistung vor. Bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt wurde dieses Vorleistungsprodukt allerdings von keinem Marktteilnehmer angenommen. Wie sowohl die nationale, als auch die internationale Erfahrung zeigt, ist eine Implementierung eines marktfähigen Resale-

Angebotes problembehaftet und vor allem langwierig, beispielsweise sieht das erwähnte Standardangebot eine Projektierungs- und Realisierungsphase von neun Monaten vor. Von einem in breitem Umfang in Anspruch genommenen Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung wird daher auch in absehbarer Zeit nicht auszugehen sein.

Eine breite Inanspruchnahme vorausgesetzt, würde ein marktfähiges Resaleangebot neben zusätzlichen Wettbewerbsimpulsen im Zugangsbereich horizontal für die Wettbewerbssituation der Endkundengesprächsmärkte insofern positive Effekte mit sich bringen, als alternative Festnetzbetreiber (insbesondere reine Verbindungsnetzbetreiber) dadurch gleichrangig 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 in Zusammenhang stehende Marktmachtübertragungsproblematik. Doch angesichts der gegenwärtigen Nichtannahme am Markt ergibt sich daraus eben kein Ersatz für die auferlegten Endkundenregulierungsinstrumente innerhalb des Zeitraums der Geltung dieses Bescheides.

Hinzu kommt, dass die im Rahmen der Breitbandmarktanalyse (Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05) der Telekom Austria auferlegte Verpflichtung zum Anbieten von „Naked-DSL“ künftig auf der Angebotsseite zwar für innovativere Impulse sorgen sollte („Resale Neu“), doch wird sich auch diese Maßnahme ebenfalls erst allmählich am Markt etablieren müssen, um aus ökonomischer Sicht eine signifikante Änderung der Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt bewirken zu können. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf Punkt 7.1.2 dieses Bescheides zu den Überlegungen der European Regulators Group zum Regulierungsprinzip 2 (keine Möglichkeit zur Replizierung der Infrastruktur des marktmächtigen Unternehmens).

Zusammengefasst ist daher davon auszugehen, dass der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleitung für die Geltungsdauer dieses Bescheides keine nennenswerten Wettbewerbsimpulse entfalten kann.

3.2.2. Entbündelung

Die „Entbündelungsverpflichtung“ ist eine spezifische Form der Zugangsregulierung (§ 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 und Ausfluss der Wettbewerbsverhältnisse am korrespondierenden Entbündelungsmarkt (Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 13/03). Aufgrund der derzeit vom Markt nicht in Anspruch genommenen Resale-Möglichkeit und von der Existenz der in städtischen Bereichen operativen Kabelnetzbetreiber abgesehen bleibt die Entbündelung de facto aus Sicht der alternativen Betreiber die bedeutendste Alternative zur Errichtung eigener Anschlüsse.

Entbündelung ist in Österreich seit Mitte des Jahres 1999 verfügbar. Seither wurden die Nutzungsmöglichkeiten im Rahmen der Bescheide der Telekom-Kontroll-Kommission laufend erweitert und die Bestimmungen verfeinert. So ist Entbündelung seit 2000 nicht nur für alternative Anbieter von Festnetz-Sprachtelefondiensten, sondern auch für Internet Service Provider und Mietleitungsbetreiber zu den gleichen Bedingungen möglich. Zuletzt wurde Telekom Austria bei einem Marktanteil von faktisch 100% auf dem Entbündelungsmarkt mit dem Marktanalysebescheid M 13/03 dazu verpflichtet, Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zu nichtdiskriminierenden Konditionen sowie zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

Die folgende Abbildung 6 zeigt die Entwicklung der Entbündelung bzw. der Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen im Zeitverlauf:

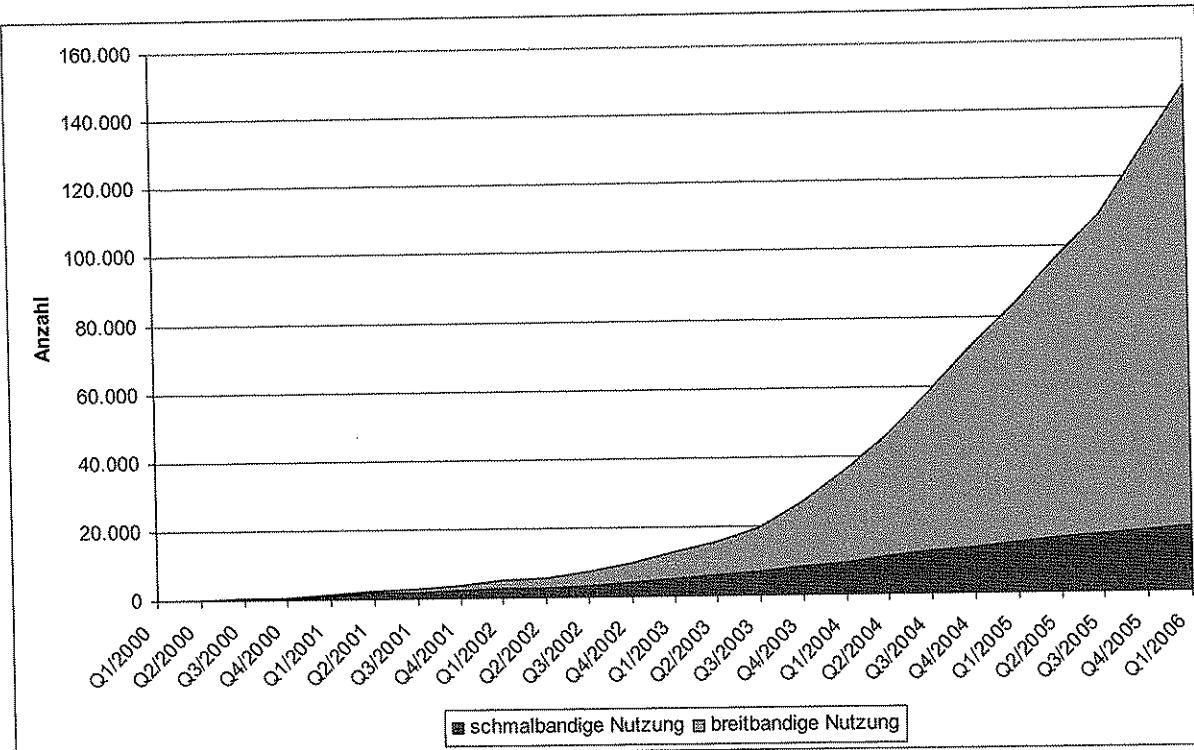


ABBILDUNG 6: ENTWICKLUNG VON ULL IN ÖSTERREICH: GESAMTZAHL UND NUTZUNG

Mit Ende 2005 sind knapp über 5% aller Leitungen der Telekom Austria tatsächlich entbündelt. Wie aus Abbildung 6 ersichtlich, nimmt der Anteil der breitbandig genutzten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen laufend zu und liegt Ende 2005 bei rd. 86 % aller entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen. Letzteres ist aber hinsichtlich der wettbewerblichen Relevanz für schmalbandige Zugangsleistungen, dh für marktgegenständliche Sprachtelefoniedienstleistungen, an festen Standorten zu berücksichtigen, insofern nur diejenigen Entbündelungsaktivitäten unmittelbare Marktrelevanz entfalten, bei denen auch oder ausschließlich Festnetztelefonie den Kunden angeboten wird. Tatsächlich zeigen der Regulierungsbehörde vorliegende, und von TA unbestritten gebliebene, Zahlen, dass per Ende 2005 nur mit rund 65.000 entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen auch Umsätze aus Festnetzsprachtelefonie generiert wurden, also in etwa die Hälfte des in Abbildung 6 ausgewiesenen Vergleichswertes (bzw. rund 2,5% aller Teilnehmeranschlussleitungen).

Der hohe Anteil hochbitratiger Dienste (rund 86% aller entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen für Q1/2006) zeigt zudem, dass Sprachtelefonie für sich kein lukratives Anwendungsfeld ist, vielmehr wird versucht, über Bündelungsvorteile und Gesamtpaketlösungen die eigene Wettbewerbsposition zu stärken.

Entbündelung bedeutet zudem durch signifikante Investitionen in die Netzinfrastruktur nicht nur entsprechend hohes Risiko und Kapitalerfordernisse, sondern erfordert auch eine längerfristige Strategie und hohe marketingtechnische Anstrengungen. Ferner besteht für potentielle Entbündelungsbetreiber die Notwendigkeit, eine kritische Nachfragermasse zu realisieren, um hinreichend von der Fixkostendegression zu profitieren, wodurch sich dieses Investment insbesondere auf dicht verbaute Gebiete beschränkt.

Ein (flächendeckender) Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung kann die Entbündelungsverpflichtung allein aufgrund ihrer tatsächlichen Marktbedeutung bislang keinesfalls sein. Eine substantielle Änderung ist auch für die nahe Zukunft nicht zu erwarten.

Neben dem nach wie vor geringen Gesamtanteil (per Ende 2005 rund 5% aller Leitungen) reduziert die primär hochbitratige Verwendung dieser Zugangsverpflichtung deutlich die wettbewerbliche Relevanz für den gegenständlichen (schmalbandigen) Verbindungsmarkt.

Ein Ersatz für eine entsprechende Endkundenregulierung kann daher nicht abgeleitet werden.

3.2.3. Mietleitungen (Multi-ISDN)

Die kumulierten Anteile auf Seiten der alternativen Anbieter betragen für Multi-ISDN beispielsweise in den Jahren 2002 – 2003 durchschnittlich rund 17% bei den Zugangsleistungen für Nichtprivatkunden (dem mit Abstand kompetitivsten Segment im Anschlussbereich), trotz obig erwähnter Entbündelungsverpflichtung sowie existierender Verpflichtungen auf Mietleitungs(vorleistungs-)märkten (siehe ON 25).

Für den gegenständlichen Privatkundenmarkt ist die Bedeutung dieser Zugangsform hingegen de facto vernachlässigbar bzw. als solche nicht existent, wodurch diese Vorleistungsregulierung auch keinesfalls Ersatz für eine Endkundenregulierung sein kann.

3.2.4. Betreiber(vor)auswahl

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern ohne direkten Zugang zum Teilnehmer, Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt, wie auch dem gegenständlichen, anzubieten (ON 32). Die nach § 46 TKG 2003 gesetzlich vorgeschriebene Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl ist in Abhängigkeit von der Wettbewerbssituation auf den Zugangsmärkten zu sehen. Sie fördert den Wettbewerb auf den Zugangsmärkten per se nicht, so dass die Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten durch eine solche Verpflichtung unverändert bleiben, doch sie unterbindet gewisse Möglichkeiten der vertikalen Marktmachtübertragung auf Verbindungsmärkte und schafft somit eine zentrale Voraussetzung für effektiven Wettbewerb auch auf dem gegenständlichen Markt. Aus ökonomischer Sicht ist die Verpflichtung zur Betreiberauswahl und –vorauswahl nach § 46 TKG 2003 (die an sich eine Vorleistungsverpflichtung am Markt für Originierung darstellt) daher ein adäquates und geeignetes Instrument, Telekom Austria daran zu hindern, ihre vertikale Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen. Diese Marktmacht wurzelt in der Infrastruktur des Anschlussbereichs, der gegenwärtig (September 2006) nach wie vor als natürliches Monopol zu sehen ist. Fiele diese dem marktbeherrschenden Unternehmen per Gesetz auferlegte Verpflichtung der Gesprächszuführung weg, würde dies aufgrund der de facto monopolistischen Marktstruktur im Zugangs-/Anschlussbereich bzw. deren nicht absehbarer Replizierbarkeit einem Ende der zumindest potentiell wettbewerbsfähigen Strukturen auf Gesprächsmärkten gleichkommen. Auf den Zugangsmärkten selbst entfaltet die Betreiberauswahl jedoch keine direkte Wirkung und ist daher nicht geeignet, die dort identifizierten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl nach § 46 TKG 2003 für ein auf den Zugangsmärkten marktbeherrschendes Unternehmen sowie die Verpflichtung zur Legung eines Resale-Angebots reichen aus gegenwärtiger Sicht nicht aus, um effektiven Wettbewerb auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt sicherzustellen und die identifizierten Probleme hintanzuhalten. Dies deshalb, weil erstere zwar den Zugang für die Bereitstellung von Verbindungsleistungen an Endkunden durch Dritte sicherstellt, aber nicht geeignet ist, auf Marktverhalten beruhende wettbewerbsbeschränkende Praktiken, wie dem Problem der Kampfpreise zu begegnen. Ferner kann durch diese rein auf Verbindungsleistungen abstehende Regulierung auch das Bündelungsproblem (in Form der horizontalen Marktmachtübertragung) nicht bekämpft werden.

Dieses Instrument ist daher – weder alleine, noch in Verbindung mit einer Resale-Verpflichtung – nicht ausreichend, die festgestellten strukturellen und verhaltensinduzierten Wettbewerbsprobleme am gegenständlichen Markt, wie insb. die Anwendung von Kampfpreisen und die Produktbündelung zum gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem der Erfolg von Resale am Markt noch nicht absehbar ist, zu lösen.

3.2.5. Gleichbehandlungsverpflichtung

Als Alternative zur Entgeltkontrolle in der Ausprägung einer Kostenorientierung ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung (gemäß § 38 TKG 2003) auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle (auf Vorleistungs- und Endkundenebene) ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten.

Diese Verpflichtung besagt, dass ein Unternehmen Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen bereitzustellen hat wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Diese Bestimmung deckt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission primär den Aspekt des Missbrauchs mittels nicht-preislicher Praktiken ab. Dennoch kann die Gleichbehandlungsverpflichtung selbst nicht als gleichwertig zur Zugangsverpflichtung betrachtet werden, weil erstens die Verpflichtung nur sehr abstrakt auferlegt werden kann und zweitens Zugangsformen für Dritte, die das Unternehmen sich selbst nicht anbietet, von der Gleichbehandlung nicht hinreichend umfasst werden.

Darüber hinaus wäre die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung alleine kein gelinderes Mittel, da, um gleiche Effektivität der Regulierung sicher zu stellen, die Intensität der Auflagen vergleichbar sein müsste. Auch in diesem Zusammenhang verweist die Telekom-Control-Kommission auf das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32, S 44-45) sowie ferner zur Effektivität einer isolierten Gleichbehandlungsverpflichtung auf ERG (2003), S. 49 (ON 33): „Non-discrimination is again an obligation that could be imposed by itself as remedy but in order to be an effective remedy it is likely to need to be combined with a number of other obligations.“

3.2.6. Spezifische Verpflichtung betreffend Originierung

Hinsichtlich der auferlegten Verpflichtungen am Markt für Originierungsleistungen (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.12.2004 zu M 7/03-52), sind insbesondere das Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen, die Führung von Verhandlungen, die Zusammenschaltung von Netzen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge sowie begleitende Auflagen wie insbesondere Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung zu nennen. Die gemäß § 46 TKG 2003 auferlegte Verpflichtung zur „Betreiber(vor)auswahl“ entspricht nun materiell, auch hinsichtlich der Kostenorientierung der Entgelte, der Telekom Austria am Markt für Originierungsleistungen auferlegten Originierungsverpflichtung.

In diesem Zusammenhang ist - wie bereits oben zu Punkt B 3.2.4 ausgeführt - zu berücksichtigen, dass § 46 Abs. 2 TKG 2003 vorsieht, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten zur Betreiber(vor)auswahl zu verpflichten sind. Dieser Zugang ist für Verbindungsnetzbetreiber (VNB) auf Basis kostenorientierter Entgelte zu ermöglichen. Das TKG 2003 normiert daher für die Kategorie der Originierungsentgelte zu Verbindungsnetzbetreibern die Entgeltkontrolle in der Ausprägung der Kostenorientierung.

Die Betreiber(vor)auswahl und die Originierungsverpflichtung werden zwar auf unterschiedlichen relevanten Märkten auferlegt, ermöglichen aber in kongruenter Form Dienstewettbewerb auf Endkundenebene. Aufgrund der faktischen Deckungsgleichheit dieser beiden Vorab-Verpflichtungen kann aber in der Originierungsverpflichtung (bzw. in der Kombination dieser beiden Regulierungsmaßnahmen) kein Ersatz für die auferlegte Endkundenregulierung gesehen werden, da die Auswirkungen der Originierungsverpflichtung bzw. beider Maßnahmen gemeinsam sich nicht von denen der Verpflichtung gemäß § 46 TKG 2003 al-

leine unterscheiden würden. Die Telekom-Control-Kommission verweist sinngemäß auf das oben zum Thema „Betreiber(vor)auswahl“ in Punkt B 3.2.4. Ausgeführt.

3.2.7. Spezifische Verpflichtung betreffend Terminierung

Hinsichtlich der Terminierungsverpflichtung ist zunächst auf die allgemeine (von „marktbeherrschenden Stellungen“ unabhängige) Verpflichtung zur Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003 hinzuweisen. Die Terminierung in andere Netze zur Sicherstellung der Any-to-Any Erreichbarkeit ist Ziel der allgemeinen Bestimmungen der §§ 48 und 49 TKG 2003.

Gemäß dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 8a/03 vom 20.12.2004 ist Telekom Austria in ihrem individuellen Terminierungsmarkt (und analog zum Originierungsmarkt) zu kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten verpflichtet. Ähnlich zu § 46 TKG 2003 bzw. zu den Verpflichtungen am Originierungsmarkt sind derlei Zusammenschaltungsverpflichtungen bei nur unvollständig bzw. nur ansatzweise etabliertem Infrastrukturmwettbewerb vielmehr als notwendige Basisregulierung auf Vorleistungsebene anzusehen („conditio sine qua non“), die Dienstewettbewerb auf Endkundenmärkten überhaupt erst ermöglichen sollen. Nur dann, wenn auf Endkundenmärkten keine nennenswerten Asymmetrien etwa in Preisgestaltungsmöglichkeiten oder keine ausgeprägten Wettbewerbsprobleme vorliegen, kann auf die Ausschließlichkeit von Vorleistungsregulierungen vertraut werden.

Das ausschließliche Auferlegen dieser Vorleistungsregulierung kann vertikale Übertragung von Marktmacht von Vorleistungsebene auf Endkundenebene, dh ua auf den gegenständlichen Markt, verhindern, den Wettbewerbsproblemen der Anwendung von nicht-kompetitiven Preisen, zB des Unterschreitens von Preisuntergrenzen sowie der (horizontalen) Bündelung von Produkten kann aber damit (bereits definitionsgemäß) nicht ausreichend begegnet werden. So könnten nicht-kompetitive Preise, seien sie überhöht oder Kampfpreise, bei entsprechender Marktmacht am Endkundenmarkt auch gänzlich ungeachtet einer existierenden Zusammenschaltungsverpflichtung praktiziert bzw. realisiert werden.

3.2.8. Getrennte Buchführung

Wie sich aus ON 32 (S. 34-35) ergibt, findet die nach § 43 Abs. 4 TKG 2003 auferlegte Verpflichtung zur getrennten Buchführung als begleitende bzw. unterstützende Maßnahme in Bezug auf die kostenorientierte Kontrolle von Entgelten (auf Endkundenebene) ihre Anwendung.

In diesem Sinne verweist die Telekom-Control-Kommission hinsichtlich der Verpflichtung zur Führung eines Kostenrechnungssystems (getrennte Buchführung) und auf die Notwendigkeit der märkteübergreifenden Auferlegung dieser spezifischen Verpflichtung ergänzend auf die Ausführungen zu Punkt B 3.3.3.

Auch die ERG schließt sich dieser Sichtweise an und hält 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.“ (“ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ERG (2003, S 49; abrufbar unter der Internet-Adresse http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf),

Erst dadurch wird eine effektive und sinnvoll umsetzbare Entgeltkontrolle ermöglicht, woraus sich aber ergibt, dass die Verpflichtung nach § 43 Abs. 4 TKG 2003 selbst kein regulatorisches Substitut für die auferlegte Endkunden(preis)regulierung sein kann.

Hinsichtlich der märkteübergreifenden Auferlegung dieser Regulierungsverpflichtung ist darauf hinzuweisen, dass eine getrennte Buchführung für die gesamten Marktaktivitäten des

ganten Unternehmens notwendig ist. So würde eine Kontrolle eines Teilbereichs das Problem von Quersubventionen aus anderen Geschäftsbereichen nicht lösen. Es ist daher eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, sodass Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ob nun die entsprechende Verpflichtung zur getrennten Buchführung in Bezug auf sämtliche relevanten Märkte und Produktbereiche mit gleicher Intention und inhaltlich ident auf Vorleistungs- und Endkundenmärkten, nur auf Vorleistungsmärkten oder auch nur auf einem einzigen relevanten Markt auferlegt wird, ist vor der geschilderten Notwendigkeit von sekundärer Bedeutung.

3.2.9. Transparenzverpflichtung

Die Transparenzverpflichtung verpflichtet das marktmächtige Unternehmen zur Lieferung und Veröffentlichung zusätzlicher Informationen. Zum einen bezieht sich dieses Regulierungsinstrument gemäß § 39 TKG 2003 auf den Zugang und stellt ähnlich der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 43 Abs. 4 TKG 2003 eine begleitende Hilfsmaßnahme in Bezug auf Vorleistungsregulierungsinstrumente dar, bzw. vermag bei entsprechender Wettbewerbskonstellation allenfalls eben diese zu ersetzen, nicht hingegen Endkundenverpflichtungen gemäß §§ 43-46 TKG 2003 bzw. 47 TKG 2003.

Bei letzteren kann nicht festgestellt werden, wie die bloße Transparenz von Vorleistungskonditionen die identifizierte Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt (Kampfpreise; horizontale Marktmachübertragung) einschränken oder gar eliminieren könnte. So wäre einem alternativen Anbieter, der sich am Markt mit nachhaltig antikompetitiven Preisen konfrontiert sieht, selbst mit einer minutiösen Darlegung sämtlicher Vorleistungskonditionen wenig geholfen bzw. würde dies nichts an der Existenzgefährdung seines Unternehmens etwa im Falle einer erfolgreichen Verdrängungsstrategie ändern.

Die Position der ERG: „It is difficult to see many situations relating to access and interconnection where transparency by itself is likely to be an effective remedy, although it might help to identify anti-competitive behaviour that could be dealt with by competition law...“ ist diesbezüglich klar (ERG (2003, S. 48)). Der in diesem Zusammenhang des öfteren vorgebrachte Verweis auf eine subsidiäre (klassische) ex post Regulierung vermag angesichts der späten Marktphase sowie der netzwerkspezifischen Charakteristika der gegenständlichen Märkte eine Deregulierung auf Endkundenebene für den Zeitraum der Geltung dieses Bescheides aus ökonomischer Sicht nicht zu rechtfertigen.

3.3. Verpflichtungen auf Endkundenebene

3.3.1. Entgeltkontrolle

Die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl auf dem komplementären Zugangsmarkt stellt von ihrer Intention her sicher, dass Wettbewerber der TA, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügen, gleichwohl im Wettbewerb mit der integrierten Telekom Austria Dienste anbieten können. Diese Verpflichtung bezieht sich daher ausschließlich auf Verbindungsleistungen und ist sohin eine wesentliche Voraussetzung für das erreichte Maß an Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt. Hinsichtlich der Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung wird durch diese zwar eine Möglichkeit geschaffen, auf den komplementären Zugangsmärkten in preislicher Hinsicht mit Telekom Austria in Konkurrenz zu treten, sie kann aber nur in Teilbereichen (und auch da erst nach Annahme am Markt) wettbewerbliche Parität sicherstellen, wobei sich bestehende Wettbewerbsdefizite auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt auswirken.

Die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene reichen trotz bestehender Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl nicht aus, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beheben, da derzeit kein vom Markt angenommenes Resale-Angebot existiert und sich auch aus derzeitiger Sicht innerhalb des relevanten Zeitraums von ca. zwei Jahren an den festgestellten Wettbewerbsbedingungen nichts gravierendes ändern wird. Für die preislichen Wettbewerbsprobleme der Kampfpreise und der Bevorzugung bestimmter Endkundengruppen eignen sich die Verpflichtungen nach § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aus ökonomischer Sicht insofern, als das Unternehmen Kampfpreise zu unterlassen hat und Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen darf. Damit wird den Wettbewerbsproblemen gezielt begegnet und ein solcher Marktmachtmissbrauch verhindert.

Im Konkreten kann dem Wettbewerbsproblem der Kampfpreise nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex-ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden (ON 32). § 45 TKG 2003 erwähnt auch die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Eine Price-Cap-Regulierung vermag bei entsprechender Konstruktion gegebenenfalls dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise zu begegnen, indem eine Preisobergrenze eingezogen wird und diese sich im Zeitverlauf reduziert. Doch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt besteht das Wettbewerbsproblem primär nicht in überhöhten Preisen, sondern in der Möglichkeit zu Margin Squeeze durch Kampfpreise bei entsprechender Produktbündelung. Daher ist eine Price-Cap-Regulierung für die Verbindungsmärkte kein geeignetes Instrument, diesen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem Zusammenhang sei auch auf die diesbezügliche Erfahrung auf den deutschen Vergleichsmärkten verwiesen, die die (deutsche) Monopolkommission wie folgt zusammenfasst: „[Es] bleibt unklar, wie die RegTP auf Dauer wettbewerbsverhindernde Preissetzungen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung wirksam verhindern will. In Bezug auf den Verdrängungsmissbrauch (Preisdumping) kommt die Price-Cap-Regulierung de facto dem Übergang von einer Ex-ante-Kontrolle zu einer Ex-post-Kontrolle gleich.“ Und weiters über die Wirksamkeit der Price-Cap-Regulierung: „Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 29 erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit einer Ex-post-Kontrolle des Verdrängungsmissbrauchs angemeldet.“ Schließlich legt auch die gegebene horizontale Verflochtenheit der Zugangs- und Verbindungsmärkte eine gesamt- und einheitliche Untersuchungsmethodik und einen korrespondierenden einheitlichen Regulierungsansatz nahe.

Die ex-ante Tarifgenehmigung für Änderungen der Tarife und des Tarifgefüges ist hingegen ein adäquates Mittel, um insbesondere den Wettbewerbsproblemen des Margin Squeeze und der Produktbündelung zu begegnen.

Neben der Hintanhaltung von Kampfpreisen zur Ausschaltung des Wettbewerbes 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 oder unangemessene Bevorzugung von Endnutzern) 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.

Insofern sind die genannten Regulierungsoptionen auf dem Endkundenmarkt aus ökonomischer Sicht notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzige effektive) Mittel, bzw. Vorleistungsregulierungen allein noch nicht ausreichend, 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.

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 Auslands Gespräche von Nichtprivatkunden sowie die beiden Zugangsmärkte. Die gegenwärtigen Tarifangebote (Tarifpakete) der TA beinhalten teilweise Produkte von verschiedenen Märkten der TKMVO 2003.

3.3.2. 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. Weiters erlaubt sie 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 Begegnung 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. Verkehrsmengen 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 Telekom Austria derzeit auch auf anderen Märkten der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt (Mietleitungen terminierende Segmente, Entbündelung) bzw. sich entsprechende Maßnahmenentwürfe derzeit in Konsultation befinden (Originierung und Terminierung) und aus denselben Überlegungen wie oben dargestellt auf diesen Märkten ebenfalls zu getrennter Buchführung verpflichtet ist, bzw. werden könnte, sind die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering, da erhebliche Synergien bestehen.

3.3.3. Fazit

Folgende Maßnahmen sind daher geeignet, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen:

- Da sich Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen sinnvollerweise nicht isoliert betrachten lassen und die Vorleistungsregulierung nicht ausreicht, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, sollten Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen des gegenständlichen Marktes und ihre Änderungen mit Ausnahme von Aktionen von bis zu dreimonatiger Dauer der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorgelegt und u.a. auf ihre Kostenorientierung überprüft werden. Die Genehmigung hat unter Bedachtnahme auf § 45 TKG 2003 zu erfolgen, wobei die Nebenbestimmungen nach § 45 Abs. 5 TKG 2003 zu berücksichtigen sind.
- Die ex-ante Entgeltgenehmigung sollte auf Basis einer gesamt- und einheitlichen Kostenorientierung gemäß des in ON 32 dargestellten Prüfmaßstabes bzw. der darin enthaltenen Kostenrechnungsprinzipien erfolgen.
- Getrennte Buchführung wird gemäß den obigen Überlegungen als notwendig für eine adäquate und zeitnahe Kostenüberprüfung erachtet.

Die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl hängt nicht unmittelbar von der marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt ab, dennoch hat diese Verpflichtung ebenso wie die zur Bereitstellung eines Resale-Angebotes, wie in den Verfahren zu M 1/03 und M 2/03 auferlegt, weit reichende Folgen für den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt, weil die Entwicklung in Richtung eines effektiven Wettbewerbs auf dem gegenständlichen Markt zentral von diesen Verpflichtungen abhängt. In Kombination sollten diese Regulierungsinstrumente langfristig geeignet sein, die gegenwärtig noch gegebene Notwendigkeit zur Entgeltkontrolle obsolet werden zu lassen.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum gegenständlichen Markt 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 Stellungnahmen und Urkundenvorlagen der TA, die auch im gegenständlichen Verfahren eingebracht wurden (ON 20, 30, 37 und 38), hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass die vorgelegten Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE & MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 großteils nur auf internen Quellen und Schätzungen der TA beruhen und im Vergleich zu den im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens der Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die auf Datenlieferungen sämtlicher Betreiber zurückgehen,

nicht hinreichend repräsentativ erscheinen. Zu den in den Gutachten von EE & MC teils in sehr allgemeiner Form angesprochenen Punkten ist die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen daher zu anderen Feststellungen gelangt als sie in den 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.

TA kritisierte umfangreich und wiederholt das Marktanalyse-Gutachten (ON 25) sowie das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32). Die Telekom-Control-Kommission geht auf die vorgebrachten Kritikpunkte an den beiden Gutachten der Amtssachverständigen, soweit sie sich auf das gegenständliche Verfahren beziehen, an dieser Stelle ein, sofern es sich um allgemeine 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 Marktanalyse-Gutachten:

TA kritisiert unspezifisch, aber auch in Bezug auf den gegenständlichen Markt sinngemäß die Darstellungen der Datenreihen, 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 Unabhängigkeit 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 das Gutachten Eingang findenden Grafiken verwiesen.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass sich aus den nicht immer durchgängig dargestellten Umsätzen und Minuten kein Mangel des Gutachtens ergibt, da sich nachvollziehen lässt, dass die Nichtdarstellung aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgte, die möglichen Zusatzinformationen nicht wesentlich oder aber in anderen Darstellungen bereits zum Großteil implizit enthalten waren.

Zum Vorwurf unterschiedlicher Zeitreihen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ziehen unterschiedliche Datenqualität, unterschiedliche zeitliche Verfügbarkeit (etwa bei Marktvolumensdaten einerseits und Tarifdaten andererseits) sowie Strukturbrüche in den Datenmodellen selbst (etwa hinsichtlich der Unterscheidung Privat- und Nichtprivatkunden) unterschiedliche Zeitreihen geradezu zwangsläufig 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.

Inwiefern daraus eine systematische Einseitigkeit in den Gesamtbewertungen resultieren soll, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar und erscheint nicht substantiiert vorgebracht.

Zum Vorwurf der vermeintlichen Inkonsistenzen innerhalb des Marktanalysegutachtens:

TA kritisiert, dass im Marktanalyse-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 nur bedingten Relevanz dieses Marktmachtindikators als schlussendlich nicht geeignet erscheint, die getroffenen Schlussfolgerungen des Marktanalyse-Gutachtens in Frage zu stellen.

Zum Pauschalvorwurf methodischer Unzulänglichkeiten:

TA kritisiert (ON 30) das Marktanalyse-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 TA (ON 30, S. 168) heranziehen, („dies bedeutet, dass die Regulierungsmaßnahmen für die Endkundenmärkte eins bis sechs vollständig abgebaut werden können“), so ergäbe sich, dass sämtliche(!) Endkundenmärkte aus der ex ante Regulierung entlassen werden müssten: Gemäß der Gleichsetzungsthese wäre daher auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb auf allen Endkundenmärkten zu folgern. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission erscheint diese Aussage angesichts der im Vorbringen von TA inkludierten de facto monopolistischen Zugangsmärkte als ökonomisch äußerst fragwürdig sowie diametral zur einschlägigen Literatur und zum nationalen und internationalen regulatorischen Erfahrungswissen.

Die Tatsache, dass Marktanalysen gemäß dem neuen Rechtsrahmen nicht auf die Analyse der Marktanteile zu reduzieren sind, bedarf angesichts der Auflistung der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 enthaltenen Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht keiner näheren Erläuterung; und kommt dieses entsprechend 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 § 35 TKG 2003 sowie 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 der TA (ON 30, Beilage C, S.40ff.), dass die Gutachter den Wachstumsverlauf bei CPS-Ständen mit einer logarithmischen Trendlinie illustriert hatten, anstelle der von TA 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.

Die Verwendung einer linearen Trendlinie hätte zur Folge, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt eine größere Anzahl an CPS-Kunden ausgewiesen würde, als TA angeschlossene Teilnehmer hat. Da das unmöglich ist, würde die Verwendung einer linearen Trendlinie zu einer systematischen Falschdarstellung der CPS-Stände führen. Die Berechnung des Wachstumsverlaufs der CPS-Stände mittels linearer Trendlinie war daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission als nicht geeignet einzustufen.

Weiters erscheint das von TA gegen die Verwendung der logarithmischen Trendlinie vorgebrachte Argument: „Diese Darstellungsform wird nur bei zweidimensionalen Funktionen angewandt“ als mathematisch schlichtweg nicht nachvollziehbar.

Zum Vorwurf logischer Vermischungen:

TA kritisiert im Zusammenhang mit der gewählten Gutachtensstruktur der ON 25 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 sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung mit der Marktabgrenzung gemäß § 36 TKG 2003, darauf aufbauend folgt die Wettbewerbsanalyse zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht bzw. effektivem Wettbewerb (§§ 35 und 37 TKG 2003) und anschließend gegebenenfalls die allfällige Auferlegung adäquater Regulierungsinstrumente nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003.

Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield“-Ansatz). Das bedeutet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission allerdings nicht grundsätzlich, 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 Prinzipien der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit bei der Vollziehung des TKG 2003 eine gewisse (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 Marktanalyse-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 strukturellen Analogien 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 gedanklichen 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 von den Amtssachverständigen auch ausdrücklich hingewiesen wurde. Eine allfällige Überarbeitung der Marktdefinition 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 Verflochtenheit der Märkte die Marktabgrenzung anders durchgeführt hätte werden müssen, ist auf die mit der TKMVO 2003 erfolgten Marktabgrenzungen 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 stehen. Produktbündelung stellt daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kein zwingend die Marktabgrenzung betreffendes Problem dar.

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

Telekom Austria hat aufgrund der überragenden Stellung am Zugangsmarkt diesbezüglich einzigartige Vorteile in der Preisgestaltung bzw. Bündelung. Die grundsätzliche Problematik aufgrund des de facto Monopols bei Teilnehmeranschlüssen ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in der marktübergreifenden Bündelung von Produkten der Festnetz-sprachtelephonie zu sehen. Die Telekom-Control-Kommission merkt dazu an, dass in ON 30 („Bibliographie“) 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. Letztgenanntes Papier erwähnt nämlich ebenso explizit, wie das für die Festnetzsprachtelephonie erstellte Expertengutachten von C. Koboldt, 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.

Zum Vorbringen von Telekom Austria in ihrer Stellungnahme vom 24.8.2006 (ON 87):

Telekom Austria brachte in ihrer Stellungnahme zum erstellten Ergänzungsgutachten (ON 80) im Wesentlichen die im Folgenden dargestellten Punkte vor. Da die einzelnen Argumente der Telekom Austria teilweise zu verschiedenen Gliederungspunkten ihrer Stellungnahme angeführt werden, und insoweit teilweise repetitiv erscheinen, geht die Telekom-Control-Kommission entsprechend der folgenden Gliederung auf das Vorbringen von Telekom Austria in ON 87 ein:

Zum Gutachtensauftrag und zur Bezeichnung des Gutachtens als „Ergänzungsgutachten“:

Telekom Austria führt aus, dass sich aus dem ergangenen Gutachtensauftrag eine Einen-gung der Tätigkeit der Gutachter ergebe. Dies durch die Formulierung „... ob und gegebenenfalls in welcher Weise weitere spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 – 42 TKG 2003 geeignet sind, die im Endkundenmarkt „Inlandsgespräche von Privatkunden“ identifizierten Wettbewerbsprobleme ohne Auferlegung spezifischer Verpflichtungen auf dem verfahrens-gegenständlichen Endkundenmarkt adäquat zu adressieren“. Telekom Austria sieht in der Verwendung des Begriffs „weitere“ eine Einschränkung der gutachterlichen Analyse und insofern eine Determinierung des Gutachtensergebnis, was zur Folge hätte, dass den Vorga-ben des Verwaltungsgerichtshofs in dessen Beschluss zu 2005/03/0111 vom 8.6.2006 nicht entsprochen worden sei.

Die Telekom-Control-Kommission weist dieses Vorbringen zurück: Ausgangspunkt der Formulierung des Gutachtensauftrags ist das oa Erkenntnis des VwGH, in dem der VwGH (unter Verweis auf sein Erkenntnis vom 22.11.2005 zu Zahl 2005/03/0109) bemängelt hatte, dass es seitens der Telekom-Control-Kommission unterlassen worden sei, die Auswirkungen aller gesetzlich vorgesehenen Vorleistungsregulierungsinstrumente auf den gegenständlichen Endkundenmarkt zu untersuchen. Dies stelle einen Verstoß gegen das Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte vor der Regulierung der Endkundenmärkte und somit des Verhältnismäßigkeitsprinzips dar. Im Konkreten hätte die Telekom-Control-Kommission lediglich zwei Vorleistungsverpflichtungen (CPS u. Resale) in ihre Prognoseentscheidung über die Auswirkungen der Vorleistungsregulierung auf den hier relevanten Endkundenmarkt einbezogen und nicht dargelegt, ob und ggf. wie weitere auferlegte/aufzuerlegende spezifische (Vorleistungs-)Verpflichtungen Auswirkungen auf die Erforderlichkeit von Regulierungsmaßnahmen auf der Endkundenebene nach § 43 Abs. 2 u. 3 TKG 2003 haben.

Bei den Verpflichtungen der §§ 38 – 42 TKG 2003 handelt es sich nun um Vorleistungsregulierungsinstrumente. Aus dem ergangenen Gutachtensauftrag ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eindeutig, dass gutachterlich festgestellt werden soll, ob (und gegebenenfalls in welcher Weise) weitere Vorleistungsregulierungsinstrumente existieren, deren Auferlegung eine (dann zusätzliche) Auferlegung von Endkundenregulierungsinstrumenten zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme unnötig macht. In dieser Formulierung ist eindeutig der Auftrag an die bestellten Amtsgutachter enthalten, zu untersuchen, ob durch die Auferlegung von Vorleistungsregulierungsinstrumenten die Auferlegung von Endkundenregulierungsinstrumenten substituiert werden kann. Auch auf die sich aus dem erwähnten VwGH-Beschluss ergebende Notwendigkeit, die Auswirkungen auch der kombinierten Auferlegung der existierenden Vorleistungsregulierungsinstrumenten festzustellen, wurde durch die Wendung „ob und gegebenenfalls in welcher Weise“ im Gutachtensauftrag Bedacht genommen. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die Ausführungen des Ergänzungsgutachtens bzw. die Feststellungen in diesem Bescheid zu Punkt B 3.2.1. (Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung) und zu Punkt B 3.2.4. (Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl)

Inwieweit die Bezeichnung „Ergänzungsgutachten“ statt „Ersatzgutachten“ angesichts des ergangenen Gutachtensauftrags einen rechtlich relevanten Kritikpunkt darstellen soll, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar. Die Telekom-Control-Kommission stimmt der Telekom Austria insoweit zu, als neuere Marktentwicklungen, das „neue Rechtsumfeld“ sowie die zeitliche Überschneidung zum derzeit geführten Verfahren zu M 6/03 in diesem Bescheid Berücksichtigung zu finden haben. Inwieweit aber aus der bloßen Bezeichnung der ON 80 darauf geschlossen werden kann, dass obige Erfordernisse, sofern sie gutachterliche Fragestellungen betreffen, nicht berücksichtigt wurden, verschließt sich der Telekom-Control-Kommission. Entgegen dem Vorbringen der Telekom Austria verlieren die im Ausgangsverfahren erstellten Gutachten vielmehr nicht „automatisch“ ihren Wert für die notwendige Sachverhaltsverhältsfeststellung des nunmehrigen Ersatzbescheides. Wie im Übrigen aus der ON 80 ersichtlich ist, wurde auf neuere Marktanteilsentwicklungen eingegangen, die Telekom-Control-Kommission verweist daher schon auf die folgenden Punkte der Beweiswürdigung.

Telekom Austria zieht die Schlussfolgerung, dass aufgrund der Verwendung von Platzhaltern für das genaue Datum des Gutachtensauftrages sich das Ergänzungsgutachten nicht auf einen konkret benannten Gutachtensauftrag der Telekom-Control-Kommission aus einer bestimmten Sitzung der Telekom-Control-Kommission und auch nicht auf den erwähnten Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs beziehe. Die Telekom-Control-Kommission weist demgegenüber darauf hin, dass der Telekom Austria unmittelbar nach der Sitzung der Telekom-Control-Kommission am 10.7.2006 der Beschluss zum Gutachtensauftrag zum gegenständlichen Ergänzungsgutachten samt dem genauen Gutachtensauftrag mitgeteilt wurde (Schreiben an Telekom Austria vom 11.7.2006, ON 78). Sofern Telekom Austria nun aus der bloßen Tatsache, dass der im Zuge der Gutachtenserstellung ursprünglich verwendete Platzhalter bei der schlussendlichen Abfertigung nicht durch das – der Telekom Austria be-

kannte Datum des Gutachtensauftrags – ergänzt worden ist, einen Gutachtensmangel erkennen möchte, weist die Telekom-Control-Kommission dies als unbegründet zurück, nachdem offenkundig ein Versehen vorgelegen ist.

Zur Berücksichtigung neuer Marktentwicklungen und zu Marktabgrenzungsfragen:

Telekom Austria bringt (ON 87, Punkte 2.3., 3.4. 3.4.1. und 3.4.2) vor, dass das erstellte Ergänzungsgutachten in inhaltlichem Widerspruch zu den erstellten Gutachten hinsichtlich des möglichen Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht in den derzeit durchgeföhrten Marktanalyseverfahren zu M 1-6/06 stehe. Insbesondere sei im Gutachten zu M 1-6/06 auf die Problematik der Mobilfunksubstitution eingegangen worden, während dies im verfahrensgerichtlichen Ergänzungsgutachten nicht getan worden wäre, obwohl beide Gutachten „fast zeitgleich“ erstellt worden wären. Generell seien die Auswirkungen der Mobilfunksubstitutionen auf den gegenständlichen Markt nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass es sich lediglich um einen scheinbaren Widerspruch handelt. Das erstellte Ergänzungsgutachten stellt auf den gesamten Geltungszeitraum dieses Ersatzbescheides ab und berücksichtigt in seinem Befund sohin lediglich den Zeitraum bis zum endgültigen Inkrafttreten des Marktbeherrschungsbescheides zu M 3/06.

Da das zu M 1-6/06 erstellte Gutachten aber auf den mutmaßlichen Zeitraum der Geltung des Bescheides M 3/06 abstellt, zeigt sich, dass der Beurteilungszeitraum der beiden Gutachten aneinander anschließt. Das zu M 1-6/06 erstellte Gutachten untersucht aus ex-ante Perspektive genau jenen Zeitraum ab dem Inkrafttreten des Bescheides M 3/06; dieser Zeitpunkt ist auch derjenige, in dem der Beurteilungszeitraum des diesem Bescheid zugrunde gelegten Ergänzungsgutachten endet.

Wie nun aus der Berücksichtigung einer Marktentwicklung in einem späteren Zeitraum untersuchenden Gutachten auf einen Widerspruch zu einem Gutachten, dass einen vorherigen Zeitraum untersucht, geschlossen werden kann, ist für die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar.

Lediglich ergänzend weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass sich auch aus dem erstellten Gutachten zu M 1-6/06, dieses wurde der Telekom Austria mit Schreiben vom 26.7.2006 zugestellt (M 3/06-21), lediglich ergibt, dass Mobilfunksubstitution „in zunehmenden Maß stattfindet“ (M 3/06, ON 21, Seiten 30,31) und schließlich auch im Gutachten zu M 1-6/06 auf dem gegenständlichen Markt Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wird.

Grundlage des gegenständlichen Verfahrens ist ferner die Marktdefinition der TKMVO 2003, wie sie in Punkt B 1.1. dieses Bescheides wiedergegeben wurde.

Zum Verhältnis des gegenständlichen Bescheides zum laufenden Verfahren M 6/03:

Telekom Austria weist auf das derzeit laufende Verfahren zu M 6/06 hin und mahnt eine Klarstellung des Verhältnisses des gegenständlichen Bescheides und des Verfahrens M 6/03 ein.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass, entsprechend der Konzeption des § 37 TKG 2003, dieser Bescheid mit Inkrafttreten des „Nachfolgebescheides“ (Verfahren M 3/06) außer Kraft treten wird.

Zur angeblich unvollständigen Analyse der Vorleistungsauflagen:

Telekom Austria kritisiert in Punkt 2.6. ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten, dass nicht alle möglichen Vorleistungsauflagen, die einen restriktierenden Einfluss auf den gegenständlichen Markt ausüben können, wie zB eine Retail-Minus Kalkulation der Zusammenschaltungsentgelte, analysiert wurden.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die Frage der Kalkulation der kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte der Telekom Austria bereits Gegenstand der Marktanalyseverfahren zu M 7/03 bzw. zu M 8a/03 (Originierung bzw. Terminierung im Festnetz der Telekom Austria) war. Im gegenständlichen Verfahren wäre daher ein Abstellen auf Basis Retail-Minus kalkulierter Zusammenschaltungsentgelte daher hypothetisch und nicht sachgerecht. Diese Frage war in den erwähnten Marktanalyseverfahren zu klären. Insoweit Telekom Austria vermeint, dass durch das Anbieten von auf Basis Retail-Minus kalkulierter Zusammenschaltungsentgelte auf der Vorleistungsebene die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt, nämlich im Wesentlichen die Existenz von Markteintrittsbarrieren, die Anwendung von entweder überhöhten Preisen oder von Kampfpreisen sowie die Bündelung von Produkten, gelöst werden können, bleibt Telekom Austria einen Beleg für diese Aussage schuldig. Die Telekom-Control-Kommission verweist an dieser Stelle auf die getroffenen Feststellungen zu Punkt B 3.2.5 (Originierung) und zu Punkt B 3.2.6 (Terminierung).

Bezugnehmend auf das – im Übrigen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission – unsubstanziierte Vorbringen von Telekom Austria zum Thema „auf Basis Retail-Minus kalkulierte Zusammenschaltungsentgelte“ führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass es sich bei „Retail-Minus“ um eine Kostenrechnungsmethode handelt, bei der die Kosten der Zusammenschaltungsleistung vom Endkundenpreis ausgehend berechnet werden, wobei so genannte „vermeidbare Retail-Kosten“ des marktmächtigen Unternehmens, das sind solche Retail-Kosten, die beim marktmächtigen Unternehmen gar nicht anfallen, wenn das Vorleistungsprodukt von einem Mitwerber auf der Endkundenebene angeboten wird und nicht von Telekom Austria selbst, in Abschlag gebracht werden. Jene Kosten, die dem marktmächtigen Unternehmen aber entstehen, wenn es die Vorleistung einem Mitbewerber zu dessen Vertrieb auf der Endkundenebene anbietet, werden dem Vorleistungspreis zugeschlagen. Ausgehend von diesem Verständnis von Retail-Minus zeigt sich, dass diese Kostenrechnungsmethode nur bei Vorliegen von Endkundenpreisen auf Wettbewerbsniveau sinnvoll angeordnet werden kann. Allenfalls überhöhte bzw. Endkundenpreise unter Kosten (Kampfpreise) würden bei Anwendung eines Retail-Minus Ansatzes zur Übertragung der wettbewerblichen Probleme auf die Vorleistungsebene führen, was im Interesse einer konsistenten Regulierung über alle Stufen der Wertschöpfungskette abzulehnen ist.

Da diese Vorgehensweise im Übrigen auch eindeutig gegen den von Telekom Austria selbst erwähnten Grundsatz des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsebene gegenüber der Regulierung der Endkundenebene verstößen würde, weist die Telekom-Control-Kommission dieses Vorbringen zurück.

Zum geplanten „Review 2006“ der Europäischen Kommission und zum Entwurf einer Empfehlung über die möglicherweise einer ex-ante Regulierung unterliegenden Märkte:

Telekom Austria bringt an verschiedenen Stellen (Punkte 2.3., 3.1.) ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten vor, dass sowohl der derzeitige Entwurf der Europäischen Kommission zur Überarbeitung des derzeitigen Rechtsrahmens auf europäischer Ebene („Mitteilung der Europäischen Kommission (EK) über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (KOM(2006)334 vom 29.6.2006) samt Arbeitspapiere hinsichtlich der vorgeschlagenen Änderungen (SEC(2006)816 bzw. SEC (2006)817)“) ebenso wie der derzeitige Entwurf einer Empfehlung über die möglicherweise einer ex-ante Regulierung unterliegenden Märkte („Arbeitsdokument der Europäischen

Kommission - (Öffentliches Konsultationsdokument zum Entwurf einer Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmarkte 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 Frage kommen (SEC(2006)837 vom 29.6.2006)) - gemeint offenbar: zwingend – zu berücksichtigen seien. Die Telekom-Control-Kommission schließt sich diesem Vorbringen aus folgenden Gründen nicht an:

Bei beiden von Telekom Austria angeführten Dokumenten handelt es sich um Entwurfsschlüsse, die daher schon aus diesem Grund keine rechtliche Verbindlichkeit entfalten. Das gilt insbesondere für die derzeitigen Arbeitsentwürfe der Europäischen Kommission zum Europäischen Rechtsrahmen („Review 2006“), der erst – bei Unterstellung, dass seitens der an der EG-Normsetzung beteiligten Organe die Rechtsform der Richtlinie beibehalten wird – nach seiner nachfolgenden Umsetzung in österreichisches Recht für die Telekom-Control-Kommission rechtsverbindlich werden wird.

Hinsichtlich des derzeitigen Entwurfs einer Empfehlung über die möglicherweise einer ex ante Regulierung unterliegenden Märkte ist festzuhalten, dass gemäß § 36 Abs. 2 TKG 2003 die Definition der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde – das ist gemäß § 36 TKG 2003 iVm § 115 Abs. 1 TKG 2003 die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH – unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen hat. Eine Verpflichtung zur Bedachtnahme auf Entwurfsdokumente kann aus leg. cit. nicht abgeleitet werden. Wiederholend führt die Telekom-Control-Kommission ferner aus, dass sie bei der Durchführung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens gem. 37 TKG 2003 an die jeweilige Marktdefinition der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH gebunden ist. Bereits aus diesem Grund ist das Vorbringen der Telekom Austria hinsichtlich Marktdefinition im Zuge dieses Verfahrens nicht zielführend.

Lediglich wiederholend zum oben Ausgeführten wird von der Telekom-Control-Kommission auch an dieser Stelle ausgeführt, dass auch die per 6.2.2006 durchgeführte Überprüfung der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) idF BGBI. II Nr. 117/2005 festgelegten Märkte ergeben hat, dass sich die gegenständliche Marktdefinition hinsichtlich der von Telekom Austria vorgebrachten Position, dass auch Mobilfunkprodukte bei der Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht mitberücksichtigt und daher in den gegenständlichen Markt aufgenommen werden sollten, nicht geändert hat. Dies deshalb, da die durchgeführten Erhebungen und darauf aufbauenden Substitutionsüberlegungen einen solchen Einfluss nicht in ausreichendem Ausmaß bestätigen konnten.

In der Sache selbst führt die Telekom-Control-Kommission aus wie folgt:

Es ist der Europäischen Kommission prinzipiell zuzustimmen, dass die Wettbewerbsprobleme der horizontalen Marktmachtübertragung von Zugangs- auf Verbindungsmärkte sowie der antikompetitiven Preissetzung mit zunehmender Etablierung von infrastrukturbasiertem Wettbewerb sukzessive an Bedeutung verlieren. Dies allerdings nur in dem Ausmaß, in dem infrastrukturbasierter Wettbewerb sich tatsächlich etabliert. Die Telekom-Control-Kommission verweist daher an dieser Stelle auf die nur relativ geringe Bedeutung der Entbündelung auf dem gegenständlichen Markt (ON 80, Kapitel 2.2) bzw. auf die Marktanteile der Telekom Austria am Markt für Zugangsleistungen bei Privatkunden (siehe Punkt B 2.1.1 dieses Bescheides).

Zum Thema „Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl“:

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria zum Thema „Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl“ (ON 87, Punkte 3.1., 3.3.) führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass die Verpflichtung zur Betreiber(vor)-auswahl unmittelbar nur auf die wettbewerblichen Struk-

turen (bzw. die Ermöglichung des Dienstewettbewerbs überhaupt) zielt, aber nicht dazu geeignet ist, die festgestellten verhaltensbasierten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf die getroffenen Feststellungen zu Punkt B 3.2.4. dieses Bescheides, bzw. auf das tatsächliche Verhältnis von Dienst- und Infrastrukturwettbewerb auf Festnetzmarkten, wie in ON 80, Kapitel 2.5 dargestellt.

Zum Thema „3-Kriterien-Test“:

Hinsichtlich der Ausführungen der Telekom Austria zum 3-Kriterien Test (ON 87, Punkt 3.2.) ist wiederholend auf die Systematik der Wettbewerbsregulierung gemäß den §§ 35 – 37 TKG 2003 hinzuweisen.

Wie sich aus dem Vorbringen von Telekom Austria selbst ergibt, ist die Frage des Vorliegens aller 3 Kriterien als Voraussetzung für „sektorspezifische Interventionen“ auf der Ebene der Marktdefinition angesiedelt und demgemäß bei der Marktdefinition gem. § 36 TKG 2003 zu beachten. Die Telekom-Control-Kommission weist auf ihre diesbezüglichen Ausführungen hin.

Zum Thema „unvollständige Überprüfung der Regulierungsoptionen“:

Telekom Austria bringt auch in Punkt 3.3 der ON 87 das Thema Entbündelung und Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl vor. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf das bereits zu diesem Thema in der Beweiswürdigung bzw. in Punkt B 3.2.2 und B 3.2.4 Ausgeführte.

Hinsichtlich des Vorbringens in Punkt 3.3. der ON 87, Gliederungspunkt 5, zum Thema „zunehmende Wettbewerbsintensivierung auf bereits deregulierten Märkten“ führt die Telekom-Control-Kommission aus wie folgt:

Die von Telekom Austria, unter Verweis auf die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu M 5/03 – Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden - gezogene Schlussfolgerung, wonach eine zunehmende Wettbewerbsintensivierung auf bereits deregulierten Märkten impliziere, dass bestehende Regulierung den Wettbewerb nur verhindere, ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission methodisch verkürzt und nur bei sehr oberflächlichen Vergleichen bloßer „Marktergebnisse“ erzielbar. Eine umfassendere Betrachtung müsste insbesondere auch die strukturellen Marktgegebenheiten mit einbeziehen. Nur eine solche Analyse könnte die tatsächlichen Unterschiede der wettbewerblichen Gegebenheiten adäquat erfassen. Alleine die unterschiedliche Regulierungsintensität als wesentliche Erklärungsgröße für die wettbewerbliche Entwicklung am Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden anzusehen, ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission unzureichend begründet.

Aus dem gleichen Grund ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission der gezogene Vergleich zu Mobilfunkendkundenmärkten als methodisch unrichtig und daher unangebracht zurückzuweisen, da hier gänzlich andere marktstrukturelle Gegebenheiten vorliegen. So herrscht auf Mobilfunkendkundenmärkten bekanntermaßen vor allem deshalb nachhaltiger Wettbewerb, da auf diesen Märkten mehrere vollständig und flächendeckend vertikal integrierte Betreiber mit eigener Infrastruktur tätig sind, während die Marktkonstellation auf Festnetzmärkten, wie dem gegenständlichen, gänzlich anders ausgeprägt ist.

Zum Thema „stabilisierende Marktanteile auf schrumpfenden Märkten“:

Telekom Austria führt in Punkt 3.4 der ON 87 aus, dass stabilisierende Marktanteile auf schrumpfenden Märkten geradezu „natürlich“ für solche Märkte seien und diese daher nicht, bzw. allenfalls in geringem Ausmaß, für unternehmensindividuelle Marktmacht sprechen würden. Auch diese Aussage entbehrt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission wiederum jeder methodischen Grundlage. Bei schrumpfenden Märkten wird man als „natürlich“ wohl nur die Abnahme von absoluten Größen ansehen können, nicht aber die von relativen Größen (wie eben der Verschiebung von Marktanteilen untereinander).

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens zu den Substitutionseffekten in diesem Punkt der ON 87 weist die Telekom-Control-Kommission neuerlich auf die hier nicht gegenständliche Frage der Marktabgrenzung hin. In der Sache weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass vorgebrachte Darstellungen (in den Abbildungen 1-6 der ON 87) sich ebenfalls ausschließlich mit der Frage der sachlichen Marktabgrenzung beschäftigen. Die Ausführungen zum zurückgehenden Gesamtmarktumsatz, zur Marktanteilsentwicklung Festnetz/Mobilnetz, zur Prognose der Verkehrsentwicklung von Festnetz und Mobilnetz und zu den Kündigungsgründen von Telekom Austria-Kunden betreffen ausnahmslos Marktabgrenzungsfragen und sind daher für dieses Verfahren nicht von Belang. Lediglich in methodischer Hinsicht weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die wissenschaftliche Standardmethode zur Durchführung einer korrekten Marktabgrenzung, dies ist der „Hypothetische Monopolistest“, zur Überprüfung der angestellten Substitutionsüberlegungen, von Telekom Austria in der ON 87 nicht einmal erwähnt wird. Es mangelt daher erst recht an einem präzisen Vorbringen hinsichtlich des tatsächlichen Substitutionsverhaltens.

Im Übrigen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass sich das Vorbringen von Telekom Austria, wonach die Vorleistungsregulierungsinstrumente nicht vollständig und nicht in kumulativer Form überprüft worden seien – von den obig bereits entkräfteten Argumenten abgesehen –, in bloßen Behauptungen erschöpft. Bezeichnenderweise finden sich in der Stellungnahme von Telekom Austria keinerlei Ausführungen, wie eine solche Überprüfung der „kumulativen Wirkung“ aus Sicht von Telekom Austria ausgestaltet sein sollte. In methodischer Sicht verweist die Telekom-Control-Kommission darauf, dass sich die Ausführungen im Ergänzungsgutachten (ON 80) hingegen an sämtlichen im TKG 2003 in den §§ 38-42 genannten Verpflichtungen auf Vorleistungsebene orientieren.

Die sich durch ON 87 ziehende Behauptung der Telekom Austria, dass im Ergänzungsgutachten neue Marktentwicklungen nicht oder nicht ausreichend mitberücksichtigt wurden, steht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in Widerspruch zu den Ausführungen der Kapitel 2.1-2.5 des Ergänzungsgutachtens (ON 80) bzw. zu den getroffenen Feststellung in Punkt B 3.2 und B 3.3 dieses Bescheides.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission erweist sich sohin das gesamte Vorbringen der Telekom Austria in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten als unbegründet und nicht geeignet, die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des Ergänzungsgutachtens (ON 80) in Zweifel zu ziehen. Die Telekom-Control-Kommission weist den Vorwurf eines mangelhaften Gutachtensauftrages zurück, da der Sachverhalt als ausreichend ermittelt angesehen wird und rechtlich bewertet werden kann.

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 – den "Regulierungsinstrumenten" (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 der Regulierungsbehörde bei der Vollziehung der Vorgaben des neuen Rechtsrahmens, gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip für angemessen und effektiv befundene Regulierungsinstrumente aufzuerlegen, die am besten geeignet erscheinen, das (die) festgestellte(n) Wettbewerbsproblem(e) zu bekämpfen.

3. Zur Marktabgrenzung des Marktes Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche 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 Dienstmarkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

Das Ergebnis der Überprüfung der von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH mit der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) idF BGBl. II Nr. 117/2005 festgelegten Märkte ergab, dass der gegenständliche Markt nach wie vor als der sektorspe-

zifischen ex-ante Regulierung unterliegend anzusehen ist (Beschluss der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom 6.2.2006).

§ 1 Z 3 TKMVO 2003 sieht einen Endkundenmarkt „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ vor; das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet des Marktes ist dabei das Bundesgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

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

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, wer-

den 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 Marktanalyse-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. Die begriffliche Unterscheidung zwischen effektivem Wettbewerb und selbsttragendem Wettbewerb ist nicht in der Interpretation der einzelnen Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht zu sehen. Die unterschiedlichen Begriffe zielen vielmehr auf eine Unterscheidung hinsichtlich der Abhängigkeit des, bereits erreichten, Wettbewerbsniveaus auf dem Endkundenmarkt vom Bestehen einer Regulierung auf dem komplementären Vorleistungsmarkt ab.

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“.

Bis dato gab es eine wesentliche Vorleistungsregulierung für die Endkundenmärkte der Festnetzsprachtelefonie, nämlich die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl (ON 25).

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), der Wettbewerb aber eben nicht selbsttragend ist, da er zentral von der Basisvorleistungsregulierung der Betreiber(vor)auswahl abhängt. Die begriffliche Unterscheidung zwischen effektivem und selbsttragendem Wettbewerb ist daher jedenfalls nicht als konstitutiv für die Beurteilung über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht bzw. von effektivem Wettbewerb zu sehen. Die unterschiedlichen Begriffe zielen vielmehr auf eine Unterscheidung hinsichtlich der Abhängigkeit des bereits erreichten Wettbewerbsniveaus auf dem Endkundenmarkt vom Bestehen einer Regulierung auf den Vorleistungsmärkten ab.

Die sachliche Rechtfertigung für dieses Wettbewerbsverständnis ergibt sich aus der de facto monopolistischen Marktmacht auf dem benachbarten 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 keiner wie auch immer gearteten (auch nicht auf anderen Märkten) ex ante

Regulierung unterliegen sollte. Diese Überlegung wird auch durch den Wortlaut des § 43 TKG 2003 („Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“) gestützt, in dem es in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen in Abs. 1 Z 1 leg cit heißt: „[...] kein Wettbewerb herrscht“. Auch 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 daher bereits aus dem Charakter der ex ante Regulierung selbst, dass auch die Auswirkungen der Aufhebung von Regulierungsinstrumenten mitzuberücksichtigen sind. Die Telekom-Control-Kommission weist daher das Vorbringen der TA hinsichtlich der angeblichen fehlenden gesetzlichen Grundlage für den gewählten Wettbewerbsbegriff zurück.

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 Universalienrichtlinie bzw. des § 43 Abs. 1 TKG 2003 verwiesen.

Das Vorbringen von TA, dass das unterschiedliche Ergebnis der Marktanalysen (ON 25), nämlich die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt im Gegensatz zur Feststellung von effektivem Wettbewerb auf dem Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz (§ 1 Z 5 TKMVO 2003) 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 Vorleistungsteile „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 Auslandsgespräches abwickeln zu können. Es ist für die Telekom-Control-Kommission daher nicht nachvollziehbar, worin hier ein unterschiedlicher Prüfmaßstab zur Anwendung gekommen sein soll.

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

§ 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 Stel-

lung 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, derzu folge 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 ausreiche, 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 effektiver Wettbewerb auf einem dieser Märkte gegeben, sind regulatorische Maßnahmen zur Lösung aktueller bzw. potentieller Wettbewerbsprobleme 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 Wettbewerb (ohne jegliche Regulierung) gesprochen werden. Der Wettbewerb am Endkundenmarkt kann also effektiv, aber zentral von Regulierungen auf anderen Märkten abhängig sein.

TA kritisierte diesbezüglich unter anderem in ON 30 unter dem Titel der fehlenden „Verhältnismäßigkeit“ des Marktanalyse-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 auf den Endkundenmarkt, zudem würden anzustellende wettbewerbsrechtliche Hintergrundüberlegungen nicht getätig: 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.

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 auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (ABI. 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 Regulierungsauflagen „bekämpft“ werden“. Diesbezüglich ist auszuführen, dass der Ausdruck der denkmöglichen Wettbewerbsprobleme seitens der TKK immer vor dem Hintergrund gegebener Anreizstrukturen und gegebener Regulierungsinstrumente angewendet wurde.

TA kritisierte in diesem Zusammenhang (ON 20, S 140), dass die Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten feststellten, 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 obigen Ausführungen zum Thema selbsttragenden Wettbewerbs ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine Regulierung des benachbarten 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 zu begegnen. Daher wurde dieser Markt auch als relevanter Markt in die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission und letztlich in die TKMVO 2003 aufgenommen. Aus den genannten Gründen 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 aus § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 ersichtlichen Prinzip des Vorranges der Regulierung der Vorleistungsmärkte vor einer Regulierung auf 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 der ausgeführten Abhängigkeit der Wettbewerber von Telekom Austria vom Zugang zur Vorleistung, dem signifikanten Markanteilsvorsprung auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt in Verbindung mit der stark asymmetrischen Verteilung der Marktanteile und dem unterschiedlichen Grad an Integration.

Das Marktanalyse-Gutachten der Amtssachverständigen (ON 25) untersucht eingehend die Situation auf dem gegenständlichen Markt, insbesondere an Hand der relevanten Markt-

macht-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 führen würde, da angesichts der festgestellten Anreize für TA zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten bzw. zur Anwendung von Kampfpreisen mit einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen für alternative Anbieter sowie für Privatkunden 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.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile — über 50 % — ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung (Z 78 der Leitlinien). Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist (Z 75 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste ABI 2002/C 165/03).

Zur Frage der Marktanteilsberechnung:

Zur Frage der Verwendung von Preisen (Umsatzmarktanteilen) oder von Mengenwerten (Verkehrsmengen je Zeiteinheit) bei der Berechnung von Marktanteilen auf dem gegenständlichen Markt hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Die Verwendung von Preisen spiegelt die tatsächliche Preissetzungsmacht eines Unternehmens wider. Durch die Fähigkeit, Preise über dem Wettbewerbsniveau aufrechterhalten zu können, erlangt ein Unternehmen die Möglichkeit, höhere Umsätze zu generieren und damit zu einem verbesserten Betriebsergebnis beizutragen.

Das Abstellen auf Mengenwerte alleine hingegen würde nicht auf die je nach Tarifangebot unterschiedlichen Minutenpreise (z.B peak – off peak) abstellen. Es würde daher nicht auf die tatsächlich auf Grund der unterschiedlichen Preise generierten Umsätze abgestellt werden.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ein Abstellen auf die Preise alleine etwaige höhere Kosten nicht reflektieren würde. In diesem Fall würden erhöhte Preise nicht zu einem Gewinn über Wettbewerbsniveau führen (da eben entsprechend höhere Kosten gegenüber stehen).

Die Telekom-Control-Kommission stellt daher primär auf die jeweils erzielten Umsatzmarktanteile ab, bezieht allerdings die erzielten Mengenwerte (hier Minutenanteile) in die Betrachtung mit ein.

Aus den Feststellungen ergibt sich ein stabilisierter Marktanteil von TA von knapp über 50 %, wobei der gegenständliche Markt sich in Richtung eines enger werdenden Oligopols, mit Telekom Austria als nach wie vor deutlich größten Betreiber entwickelt. Der Rest verteilt sich neben dem Unternehmen „Tele2/UTA“ mit einem Marktanteil von circa 34 % auf eine größere Anzahl kleinerer Anbieter (mit Marktanteilen von jeweils deutlich unter 5%).

Zum Vorbringen der TA (ON 30, S 3), dass das Marktanalyse-Gutachten keine wettbewerbsrechtlichen Hintergrundüberlegungen enthalte, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass solche Überlegungen nicht Bestandteil des Gutachtensauftrages waren, da diese Frage bereits mit der Marktdefinition entschieden war. Eines der Kriterien für die Aufnahme eines Marktes in die Liste der ex ante Kontrolle zugänglichen Sektormärkte gründet in der Unzulänglichkeit von Maßnahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Märkteempfehlung der EK, drittes Kriterium). Allfällige diesbezügliche Überlegungen sind daher im Stadium der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht nicht mehr anzustellen. 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 nicht gefolgt werden.

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 auch nach dem Zusammenschluss von Tele2 und UTA stark asymmetrische Marktstruktur am gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht Folge leisten: TA ist der größte Anbieter von Festnetzkommunikationsleistungen und ist als einziger Anbieter von marktgegenständlichen Leistungen österreichweit flächendeckend vertikal in-

tegriert. Daneben gibt es wenige „mittelgroße“ Anbieter mit nur teilweise eigener, und auch nur regionaler Infrastruktur, sowie eine vergleichsweise große Anzahl von teils sehr kleinen Anbietern. Es ist daher für die Telekom-Control-Kommission aus diesem Grund und unter Einbeziehung vorhandener Marktbarrieren nicht nachvollziehbar, warum TA vermeint, auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt, wenn auch unter den Gegebenheiten der ex ante Regulierung, in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt zu sein.

TA führte in ihren Stellungnahmen zum gegenständlichen Markt 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 müsse im Rahmen dieses Verfahrens berücksichtigt werden.

Diesbezüglich ist 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 den gegenständlichen Verbindungsmarkt als Regulierungsinstrumente auf den erwähnten Anschlussmärkten gemäß § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 anzusehen sind. Der Regulierung der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl wurde eingehend Rechnung getragen. Ohne dieses Regulierungsinstrument („Basisregulierung“) würde es mangels Anschlussnetzen der alternativen Anbieter zu einem Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf dem gegenständlichen Markt kommen. Dem diesbezüglichen Vorbringen der TA war daher nicht näher zu treten, wiewohl festzustellen ist, dass die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl für die wettbewerblichen Strukturen des gegenständlichen Markts von zentraler Bedeutung ist.

Dieses Bild wird nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission durch die jüngst veröffentlichten Quartalszahlen von TA (Quartal 1 – 3 / 2004) noch bestätigt. Wenn auch die dort veröffentlichten Zahlen nicht zwischen den einzelnen Verbindungsmärkten unterscheiden, es wird nur auf „Wireline“ bzw. „Fixed line market shares“ referenziert, so ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission im Zusammenhang mit den getroffenen Feststellungen, dass TA auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Zum Zusammenschluss der UTA und der Tele2:

In Bezug auf den Zusammenschluss von „Tele2/UTA“ ist auszuführen, dass es durch diesen Zusammenschluss auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt zu Marktanteilsverschiebungen insofern kommt, als die Marktanteile dieser beiden Wettbewerber der TA auf dem gegenständlichen Markt nunmehr zusammenzurechnen sind.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass Tele2 und UTA sich bisher im Wesentlichen auf unterschiedliche Kundensegmente spezialisiert haben, wobei es auf dem gegenständlichen Markt für Inlandsgespräche von Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten aufgrund der schon bisher überschneidenden Aktivitäten der beiden Zusammenschlusspartner zu nennenswerten Marktanteilsvergrößerungen kommt. Dies deshalb, da beide Wettbewerber nur auf dem gegenständlichen Markt mit vergleichbaren Endkunden-

produkten tätig sind und bereits jetzt erwähnenswerte Marktanteile erreicht haben. Gemäß den Feststellungen ergibt sich ein Marktanteil der „Tele2/UTA“ von ca. § 34 %.

Bezüglich der Marktanteilsbetrachtung ist allerdings auf die nach wie vor gegebene und oben beschriebene Abhängigkeit vom Zugang zu Vorleistungsprodukten bzw. von Produkten auf dem benachbarten Zugangsmarkt hinzuweisen. Der reine Blick auf die Marktanteile von TA bzw. von „Tele2/UTA“ würde die wirtschaftliche Stärke der beiden Wettbewerber nicht angemessen widerspiegeln.

Dies primär deshalb, da mögliche wettbewerbliche Auswirkungen des Zusammenschlusses, beispielsweise durch eine möglicherweise zu erwartende Veränderung der Marktbearbeitung durch „Tele2/UTA“, aus derzeitiger Sicht der TKK höchstwahrscheinlich nicht bereits innerhalb des im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens zu beurteilenden Zeitrahmens von ca. zwei Jahren Auswirkungen zeitigen können.

Darüberhinaus ist zu berücksichtigen, dass auch nach Durchführung des angemeldeten Zusammenschlusses sich die Abhängigkeit der beiden Zusammenschlusspartner von TA nicht ändert. Beide werden nach Durchführung des Zusammenschlusses über ein im Verhältnis zur TA vergleichsweise unbedeutendes Anschlussnetz in gleicher Größe verfügen, wie eben jetzt UTA. In Bezug auf die Verfügbarkeit über ein Anschlussnetz ergibt sich daher am gegenständlichen Markt keine unterschiedliche Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission führt der angemeldete Zusammenschluss von „Tele2/UTA“ aus derzeitiger Sicht im Ergebnis zu keiner geänderten wettbewerblichen Einschätzung auf dem gegenständlichen Markt.

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 zueinander, insbesondere auch auf den Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber abzustellen. Wie festgestellt, ist TA der mit signifikantem Abstand (15 Prozentpunkte) größte Wettbewerber auf dem gegenständlichen Markt.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht aus allen obigen Gründen dieser Marktmachtindikator derzeit für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

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 weiteren Märkten tätig ist. Die wettbewerbliche Problematik kann sich dahingehend manifestieren, dass ein Unternehmen, das auf mehreren Märkten, darunter insbesondere auf einem Vorleistungsmarkt, tätig ist, aufgrund der Verflechtung dieser 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.

Da daher jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten der Zugangs- und Vorleistungsmärkte abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen, die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachfragenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu anti-kompetitivem 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 Umfang, vertikal integriert (ON 25).

Dieser Marktmachtindikator spricht ebenfalls für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, da durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt als auch auf dem benachbarten Zugangsmarkt tätig ist, sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Zugangsmarkt auch auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt überträgt.

Da gemäß den Feststellungen 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 aus diesem Grund von Vorleistungen der TA abhängig.

6.1.3. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potentiell Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der SMP-Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittsbarrieren“ 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 strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageriveau 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 Marktzutrittsbarrieren 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 befürworten und stehen so den Regulierungszielen des § 1 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 entgegen.

Die Prüfung von Marktzutrittsbarrieren 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 potentiell 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 Wettbewerbs nur dann als hinreichend wahrscheinlich, um die Marktmacht eines marktmächtigen Unternehmens zu beschränken, wenn 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 sind zwar im Vergleich zu den Zugangsmärkten auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt die Markteintrittsbarrieren auf Grund der vergleichsweise geringeren Investitionskosten vergleichsweise gering, allerdings ist auch auf dem gegenständlichen Markt auf Grund zu tätiger Investitionen (Werbung, Branding) und bestehender Vorteile der TA von existierenden Markteintrittsbarrieren auszugehen, die gerade auch unter Berücksichtigung der späten Marktphase die Wahrscheinlichkeit für Markteintritte entsprechend verringern.

2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintritts und Erheblichkeit desselben:

Die Geltungsdauer des gegenständlichen Bescheides ist 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 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 tendenziell doch davon auszugehen, dass innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ungefähr zwei Jahren im Gegensatz zum Beginn der Liberalisierung auf Grund des nunmehr gesättigten Marktes wenig ökonomische Anreize bestehen, dass zusätzliche Mitbewerber in den gegenständlichen Markt eintreten. Sollten solche Eintritte Eintritt tatsächlich erfolgen, erscheint der Telekom-Control-Kommission auf Grund der obigen Argumente die Möglichkeit eines neu eintretenden Verbindungsnetzbetreibers zur Gewinnung signifikanter Marktanteile als sehr gering.

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 „kostengünstigen Anbieten“ derselben, die ja ohne vergleichbare Anfangsinvestitionen möglich sei, keine strukturellen Barrieren im Anschlussnetz mehr gebe. Auf Grund der Verflochtenheit des benachbarten Anschlussmarktes mit dem gegenständlichen Verbindungsmarkt gebe es auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt 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 auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt durch TA gekommen.

Diesbezüglich hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen: Die Tatsache, dass mit dem TKG 2003 keine Konzessionspflicht für das Erbringen von Festnetzsprachtelefonprodukt 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.

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 daraus resultierende 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 auf dem benachbarten Zugangsmarkt 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 Verbindungsmarkt besteht eben in der Bereitstellung des Zugangs gebündelt mit der Verbindungsleistung (Gespräche) für den Endkunden. 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.

Die zudem spezifisch auf dem gegenständlichen Markt dem alternativen Anbieter entstehenden und spezifisch dem Retailbereich zurechenbaren versunkenen Kosten durch typischerweise intensive Werbekampagnen zur Information einer hinreichenden Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile und letztlicher Akquise, stellen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ebenfalls Markteintrittsbarrieren dar.

Die Tatsache, dass für Bestandskunden der TA oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und damit verbunden entsprechende Loyalität besteht und somit ein für alternative Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten existiert, begründen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ebenfalls signifikante Wechselbarrieren.

Weiters ist auch nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission typischerweise geringere Kundenbindung auf Seiten der Verbindungsnetzbetreiber, sowie die Möglichkeit für Endkunden, von den Erfolgen der Liberalisierung auch indirekt – ohne selbst zu wechseln – zu profitieren, als Markteintrittsbarriere für alternative Anbieter zu qualifizieren.

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 der TA zur Erbringung des Universaldienstes derzeit gesetzlich vorgesehen ist und die Interessen der Endnutzer fördert.

Bezüglich des Vorbringens von TA hinsichtlich der Möglichkeit zur Entbündelung ist auszuführen, dass die Entbündelung dazu beitragen kann, dem bestehenden de facto Monopol im Zugangsbereich zu begegnen. Die Entbündelung fungiert daher als (eine) Möglichkeit, unter anderem auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt überhaupt erst die Voraussetzungen für das Entstehen von Wettbewerb zu schaffen.

Freilich kann die Entbündelung auf dem gegenständlichen Markt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission angesichts der Ausführungen zu den spezifischen Markteintrittsbarrieren des gegenständlichen Verbindungsmarktes nicht substantiell zur Senkung der Markteintrittsbarrieren beitragen.

Zur Bestreitbarkeit von Märkten:

Bezüglich des Vorbringens der TA im Hinblick auf die vorliegende Bestreitbarkeit des gegenständlichen Verbindungsmarktes hat die Telekom-Control-Kommission dieses Bescheides erwogen, dass das diesbezügliche Vorbringen von TA nicht geeignet ist, die getroffenen Feststellungen in Frage zu stellen.

Dies vor allem deshalb, da die der Theorie der bestreitbaren Märkte zu Grunde liegenden restriktiven Annahmen, nämlich (1) Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren und (2) hinreichend lange Reaktionszeit der (des) etablierten Unternehmen, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachteten) Profite realisieren kann („hit and run“ Strategie), auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht vorliegen:

In Bezug auf das Kriterium der Abwesenheit jeglicher Markteintritts- und Marktaustrittsbarrieren ist insbesondere festzustellen, dass auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt eine Reihe von endogenen Marktbarrieren, die durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Unternehmen bestimmt werden, existieren. Die Telekom-Control-Kommission verweist an dieser Stelle insbesondere auf die hohe Werbeintensität und Bedeutung der Kundenbindung auf den Kommunikationsendkundenmärkten. Ferner geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass Präferenzen bzw. Markentreue der Konsumenten für die bereits am Markt aktiven Unternehmer existieren. Die Annahme des Modells der bestreitbaren Märkte, dass sich die Konsumenten vollkommen rational verhalten, d.h. sich lediglich an den Preisen orientieren, erscheint der Telekom-Control-Kommission als nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechend. Darüberhinaus würde diese Annahme in klarem Widerspruch zu den Feststellungen stehen, wonach TA zumindest teilweise in der Lage ist, im Durchschnitt höhere Preise zu setzen.

In Bezug auf die zweite Annahme, nämlich das Vorliegen einer derart langen Reaktionszeit der etablierten Unternehmen, sodass ein Neueinsteiger in den Markt eintreten und die (von ihm vor dem Eintritt beobachteten) Profite realisieren kann („hit and run“ Strategie), führt die Telekom-Control-Kommission wie folgt aus:

Dem Modell der bestreitbaren Märkte liegt die hypothetische Situation unregulierter Märkte zugrunde. Würde das SMP-Unternehmen keinerlei ex-ante Verpflichtungen unterliegen, so könnte es jederzeit, von internen Organisationsprozessen abgesehen bzw. in Abhängigkeit von diesen, ohne wesentliche zeitliche Verzögerung auf den Markteintritt neuer Anbieter reagieren. Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission notwendig, die hypothetische Situation der Nichtregulierung als Vergleichsbasis heranzuziehen, da genau dies der Schlussfolgerung bzw. Forderung in als bestreitbar identifizierten Märkten entspräche. An dieser Stelle sei daher gesondert auf die regulatorische Bedeutung bzw. die Unterschiede zwischen einem ex-post und ex-ante Regulierungsregime verwiesen. Ex-post Kontrolle greift definitionsgemäß erst bei erfolgtem Schaden, der jedoch gerade in der Telekommunikationsbranche aufgrund der spezifischen Wettbewerbs- bzw. Marktstrukturprobleme (schwer zu duplizierende Infrastruktur als „essential facility“ in Händen des Incumbent) oftmals – nach teils langwierigen Verfahren – nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Eine Vorabregulierung wird zudem nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in jenen Fällen geeigneter sein, in denen zur Behebung des Wettbewerbsproblems zahlreiche Anforderungen nötig sind (detaillierte Buchhaltung, Kostenrechnung, generelles Monitoring) oder wenn ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich ist.

Darüberhinaus ist für den entry-lag (Zeitverzögerung des Markteintritts) auf Seiten der Wettbewerber von TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission durchaus mit einer signifikanten Zeitspanne zu rechnen. Diese kann unter anderem durch die Bereitstellung der für einen Verbindungsnetzbetrieb nötigen Netzelemente, die erforderlichen Verhandlungsprozesse für Zusammenschaltungsvereinbarungen, die Erreichung eines hinreichend großen Bekanntheitsgrades, die Bereitstellung entsprechender customer care- sowie Billing-Einrichtungen entstehen. Ferner besitzt der Incumbent über vielfältige Verzögerungsmög-

lichkeiten, da er eben im Besitz der nicht ersetzbaren Infrastruktur im Anschlussbereich ist (ON 25). In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass in anderen Industriezweigen ein Markteintritt eines Mitbewerbers erst mittelbar über die Marktbeobachtung feststellbar ist, im vorliegenden Markt jedoch auf Grund der Zusammenschaltung (Vorleistungsabhängigkeit) unmittelbar noch vor dem Markteintritt bekannt wird, und daher die Chancen auf eine „hit and run“-Strategie schon im Ansatz zum Scheitern verfeit sind.

Aufgrund dieser Überlegungen kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass die Theorie der bestreitbaren Märkte auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt keine gegenteilige Evidenz über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht beizubringen vermag. Den diesbezüglichen Argumenten der TA war daher nicht zu folgen.

6.1.4. Preise und Performance

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren.

Das *Verhalten am Markt* (§ 35 Abs. 1 Z 13 TKG 2003) umfasst daher auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens. Diese ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. So geben zB Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferentiale 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 Zugangsmärkten auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens auf den benachbarten Zugangsmärkten (Märkte gemäß § 1 Z 1 und 2 der TKG 2003) in Betracht zu ziehen.

Reinen Verbindungsnetzbetreibern steht gemäß den Feststellungen ein im Vergleich zur Telekom Austria weitaus geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zu Verfügung. Da TA ein vollintegrierter Betreiber ist und sowohl auf dem Zugangs- als auch auf den Verbindungsmärkten aktiv ist, kann sie ihre wirtschaftliche Stärke auf Grund der äußerst hohen Marktanteile auf den benachbarten Zugangsmärkten mittels Bündelung der Leistung auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt ausdehnen (Übertragung von Marktmacht). Das Preissetzungsverhalten kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission 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 daher vermutet werden, dass das Unternehmen über eine (gewisse) Marktmacht verfügt. Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten, ist daher ein wesentliches Indiz für Marktmacht.

Auch auf dem gegenständlichen Markt verschiebt sich daher die eigentliche Wettbewerbsproblematik in den Fragenkomplex „Produktbündelung“ bzw. der Übertragung von Marktmacht („leveraging“). Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht genau dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten.

Des weiteren ist diese Wettbewerbsproblematik in Verbindung mit Marktbarrieren und Verdrängungspreisen zu sehen.

Zur Performanceanalyse:

Die von Telekom Austria in den Jahren 2001 – 2003 basierend auf dem festgestellten erhöhten Preisniveau erreichte Umsatzrentabilität von etwa 30 % auf dem gegenständlichen Markt (unter Berücksichtigung eines fiktiven Kapitalzinssatzes der Telekom Austria) spricht für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, da sie die Möglichkeit der TA widerspiegelt, ihre Preise zumindest teilweise unabhängig von denen ihrer Mitbewerber zu gestalten.

Da die Feststellungen zur erzielten Performance (Rentabilität) und zur Preisgestaltung der TA ergeben, dass im Durchschnitt von TA in bestimmten Segmenten des gegenständlichen Marktes höhere Preise angewendet werden, diese auch von TA auch mit einer entsprechenden Kostenüberdeckung für das „Produkt“ Inlandsgespräche (wenn auch nach Gesprächs-distanz verschieden) korrelieren, obgleich die Preissetzung der Telekom Austria einem ex-ante Entgeltgenehmigungsverfahren unterliegt, spricht dieser Marktmachtindikator nach An-sicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

Gleichzeitig hat TA offensichtlich Anreize, auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt in besonders kompetitiven Segmenten Kampfpreise anzuwenden, 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 (ON 25), dass TA Anreize hat, ihre de-facto Monopolstellung im Anschlussbereich zur Setzung überhöhter Preise am benachbarten Zugangsmarkt auszunutzen und die im Monopol-Bereich erwirtschafteten Übergewinne zu unerlaubter Subventionierung von predatory pricing (Kampfpreise) auf dem gegenständli-chen Verbindungsmarkt 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 Ab-hängigkeit des Dienstewettbewerbs von der Regulierung der Zugangsmärkte hinzuweisen. Die Tatsache, dass alternative Anbieter auf den Verbindungsmärkten zueinander in Konku-renz treten, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass unter den gegebenen Umständen (sie-he Punkt 2.1. dieses Bescheides) der Wettbewerb auf der Diensteebene von der Regulie-rung im Anschlussbereich und von der ex ante Entgeltkontrolle auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt abhängig ist und TA auf Grund der Möglichkeit zur Bündelung von Pro-dukten über klare wettbewerbliche Vorteile verfügt. 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 Bezug-nahme auf das oben Ausgeführte zum Thema Abhängigkeit des Wettbewerbs auf den Ver-bindungsmärkten von der Regulierung im Anschlussbereich entgegen zu treten.

6.1.5. Technologische Entwicklung

Hinsichtlich des technologischen Entwicklungspotentials (vgl. ON 25) kann man zumindest für den Privatkundenmarkt keine wesentlichen Änderungen in den nächsten (zwei) Jahren erwarten.

Dieser Marktmachtindikator kann gegenwärtig jedoch nicht wesentlich zur Frage des Vorlie-gens von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria beitragen.

6.1.6. Internationaler Tarifvergleich

Aus den internationalen Tarifvergleichen (vgl. ON 25, „International Benchmarking“) können keine systematischen Schlüsse gezogen werden, diese wären allenfalls bei „Ausreißern“

zulässig. Das Vergleichsprodukt („TikTak Privat“) der Telekom Austria bewegt sich bei Privatkunden vielmehr im Mittelfeld; bei der Gegenüberstellung der dreiminütigen Gesprächskosten für die Destinationen „national“ und „lokal“ mit den einhergehenden Vorleistungskosten, ergeben sich für Österreich Vergleichswerte, die in Summe in etwa ebenfalls im Durchschnitt liegen. Die Relevanz dieses Indikators wird aufgrund mangelnder Vergleichbarkeit und teils fraglicher methodischer Validität jedoch entsprechend verringert.

Dieser Marktmachtindikator kann daher nicht wesentlich zur Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria beitragen.

6.1.7. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

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

Diese Indikatoren können daher nicht weiter zur Beurteilung der aktuellen Wettbewerbs-situation beitragen.

6.2. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen und rechtlichen Situation

Der festgestellte Marktanteil der TA zusammen mit den auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt festgestellten Markteintrittsbarrieren erscheint zusammen mit den Vorteilen der Integration auch unter Berücksichtigung des Zusammenschlusses von „Tele2/UTA“ in Verbindung mit der festgestellten Marktmacht auf dem benachbarten Zugangsmarkt als ausreichend, um vom Vorhandensein alleiniger beträchtlicher Marktmacht auszugehen.

Die Marktentwicklung weist darauf hin, dass Telekom Austria bei reinen Inlandsgesprächen (d.h. ohne Dial-in) nach wie vor in einzelnen Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes höhere Preise aufrechterhalten kann, wobei diese Preisaufschläge im Vergleich zu den Auslandsgesprächen aber eher moderat ausfallen. Parallel dazu praktiziert TA unter Ausnutzung ihrer vertikalen Integration in anderen, marketingtechnisch leicht kommunizierbaren und darstellbaren Teilsegmenten des gegenständlichen Marktes trotz bestehender ex ante-Entgeltkontrolle ansatzweise Kampfpreise.

Auf dem gegenständlichen Markt besteht das Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung durch Produktbündelung mit dem Grundentgelt sowie mit Produkten, die außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 (bspw. Breitbandinternetzugang für Endkunden) liegen.

Die Indikatoren „Technologische Entwicklung“ sowie der internationale Tarifvergleich konnten vergleichsweise nicht wesentlich zur abschließenden Wettbewerbsbeurteilung beitragen.

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 benachbarten Zugangsmarkt Anreize hat, neben der Anwendung exzessiver Preise auf dem komplementären Zugangsmarkt auf dem gegenständlichen Verbindungs-markt Kampfpreise (zB in Form selektiver Rabatte) anzuwenden und somit die auf dem komplementären Zugangsmarkt existierende Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungs-markt zu übertragen.

Aufgrund der in den Punkten 6.1.1 – 6.1.7 vorgenommenen Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass TA als Unternehmen mit alleiniger beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs. 2 iVm § 35 Abs. 1 und 2 TKG 2003 einzustufen ist.

Da der Sachverhalt als ausreichend ermittelt angesehen wird und rechtlich bewertet werden kann, weist die Telekom-Control-Kommission den Vorwurf eines mangelhaften Gutachtensauftrages zurück.

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: Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl
- 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. In den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel vorliegen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung für das betroffene Unternehmen 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 Universalienst-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 2002/627/EG der Europäischen Kommission vom 29. Juli 2002 (ABl L 2002/38, 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 gelindste 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. 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 Beteilung 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 konkrete Begründung betreffend die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt erfolgen.

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

Die auferlegten Regulierungsinstrumente (ex ante Entgeltkontrolle sowie die getrennte Buchführung) gelten für alle Produkte der reinen Sprachtelefonie, die gemäß der Marktdefinition in der TKMVO 2003 vom gegenständlichen Verbindungsmarkt umfasst und von TA angeboten werden.

Weitere Regulierungsinstrumente, die geeignet sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu entschärfen, existieren nicht (ON 32). 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 „Verbindungsmarkt-Produkten“ in wettbewerblicher Hinsicht 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. Verpflichtungen auf Endkundenebene – zu Spruchpunkt 2.1.

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. 2 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.

Auf Grund des erwähnten Prinzips der Subsidiarität der Regulierung der Endkundenmärkte gegenüber der Regulierung auf Vorleistungsmärkten 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“.

Die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl stellt von ihrer Intention her sicher, dass Wettbewerber der TA, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügen, diesem gleichwohl im Wettbewerb mit der integrierten Telekom Austria Dienste anbieten können. Diese Verpflichtung bezieht sich auf Verbindungsleistungen und ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht geeignet, wettbewerblichen Defiziten im Anschlussbereich zu begegnen. Hinsichtlich der Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung wird durch diese zwar eine Möglichkeit geschaffen, auf den komplementären Zugangsmärkten in preislicher Hinsicht mit Telekom Austria in Konkurrenz zu treten, sie kann aber nur in Teilbereichen (und auch da erst nach Annahme am Markt) wettbewerbliche Parität sicherstellen, wobei sich bestehende Wettbewerbsdefizite auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt auswirken. Trotz Bestehen der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl besteht auf dem gegenständlichen Markt das Wettbewerbsproblem der Kampfpreise durch Rabattgewährung in Verbindung mit dem Bestehen von Markteintrittsbarrieren weiter. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission besteht für Telekom Austria gegebenenfalls die Möglichkeit, einzelne Anschlussprodukte und Verbindungsprodukte in einer Weise zu bündeln, sodass eine Replizierbarkeit seitens anderer Anbieter auf Basis der bestehenden Vorleistungsprodukte nicht möglich ist.

Aus den genannten Gründen sind die auf dem komplementären Zugangsmarkt auferlegten Verpflichtungen zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung nicht alleine zur effektiven Begegnung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignet.

Da die vorgesehenen Regulierungsinstrumente auf der Vorleistungsebene sohin aus den genannten Gründen nicht zur effektiven Begegnung der festgestellten Wettbewerbsprobleme 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 Endkundenebene 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 ihre Anhörung 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 nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb 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 hinreichend spezifiziert, als nicht hinreichend 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 festgestellte 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.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle erscheint ferner auch vor dem Hintergrund der bereits aufgrund des ONP-Rechtsrahmens bestehenden Verpflichtung zur ex-ante Entgeltkontrolle und der getrennten Buchführung als verhältnismäßig. Die Feststellungen des Marktanalyse-Gutachtens (ON 25) in Bezug auf das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht zeigen, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der TA geprägt ist. Der Marktanteil von TA von ca. 95 % im Anschlussbereich führt zur Situation, dass TA Anreize hat, bei der Bereitstellung der Verbindungsleistungen an ihre Endkunden Kampfpreise zur Schwächung ihrer Wettbewerber auf dem gegenständlichen Markt anzuwenden. Die der TA auf dem benachbarten Zugangsmarkt auferlegten Regulierungsinstrumente der Betreiber(vor)auswahl, bzw. die auf den Märkten gemäß § 1 Z 7 und Z 8 TKMVO auferlegten Verpflichtungen zur Originierung und zur Terminierung sind von ihrem Wesen her nicht dazu geeignet, das festgestellte Wettbewerbsproblem der Anwendung von Kampfpreisen auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt zu bekämpfen, sondern dienen dazu, den Wettbewerbern von TA den Zugang zum Teilnehmer zu ermöglichen.

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene bzw. im Anschlussbereich nicht ausreichen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen, insbesondere dem der Produktbündelung und der selektiven Kampfpreise, zu begegnen, ist gemäß § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 die Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive der Dienstebeschreibungen sowie deren Änderungen vorzusehen. Für die preislichen Wettbewerbsprobleme der Kampfpreise und der Bevorzugung bestimmter Endkundengruppen (Rabattgestaltungen im Rahmen individueller Gesamtlösungen, vgl. ON 32) eignen sich die Verpflichtungen nach § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aus ökonomischer und auch rechtlicher Sicht insofern, als das Unternehmen Kampfpreise zu unterlassen hat und Endnutzer nicht unangemessen bevorzugen darf. Damit wird den Wettbewerbsproblemen gezielt begegnet und ein solcher Marktmachtmisbrauch verhindert.

Im Konkreten kann dem Wettbewerbsproblem der Kampfpreise nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex-ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden. § 45 TKG 2003 erwähnt auch die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Eine Price-Cap-Regulierung vermag bei entsprechender Konstruktion gegebenenfalls dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise zu begegnen, indem eine Preisobergrenze eingezogen wird und diese sich im Zeitverlauf reduziert. Doch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt besteht das Wettbewerbsproblem primär nicht in überhöhten Preisen, sondern in der Möglichkeit zu Margin Squeeze durch Kampfpreise bei entsprechender Produktbündelung. Daher ist eine Price-Cap-Regulierung für die Verbindungsmärkte kein geeignetes Instrument, diesen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Schließlich sei auf die diesbezügliche Erfahrung auf den deutschen Vergleichsmärkten verwiesen, die die (deutsche) Monopolkommission (Monopolkommission (2001), S. 88) wie folgt zusammenfasst: „[Es] bleibt unklar, wie die RegTP auf Dauer wettbewerbsverhindernde Preissetzungen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung wirksam verhindern will. In Bezug auf den Verdrängungsmissbrauch (Preisdumping) kommt die Price-Cap-Regulierung de facto dem Übergang von einer Ex-ante-Kontrolle zu einer Ex-post-Kontrolle gleich.“ Und weiters (aaO, S 98) über die Wirksamkeit der Price-Cap-Regulierung: „Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 29 erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit einer Ex-post-Kontrolle des Verdrängungsmissbrauchs angemeldet.“ Schließlich legt auch die gegebene horizontale Verflochtenheit der Zugangs- und Verbindungsmärkte eine gesamt- und einheitliche Untersuchungsmethodik und einen korrespondierenden einheitlichen Regulierungsansatz nahe.

Die ex-ante Tarifgenehmigung für Änderungen der Tarife und des Tarifgefüges ist hingegen ein adäquates Mittel, um insbesondere den Wettbewerbsproblemen des Margin Squeeze und der Produktbündelung zu begegnen.

Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung besteht 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. 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.

Neben der Hintanhaltung von Kampfpreisen zur Ausschaltung des Wettbewerbes 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 oder unangemessene Bevorzugung von Endnutzern) verhindert wird. Im Hinblick auf den notwendigen Zugang auf Vorleistungsebene (Originierung bzw. Terminierung) wird auf die in den Verfahren zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht gemäß § 37 TKG 2003 zu M 1/03, M 2/03, M 7/03 und M 8/03 auferlegte Verpflichtung zur „Gewährleistung entsprechender Vorleistungsprodukte“ hingewiesen.

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene innerhalb des relevanten Zeitraums von ca. zwei Jahren nicht alleine dazu beitragen können, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, sind die genannten Regulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzige effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung, das sind der Schutz der Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht, die Verhinderung von Marktmachtübertragung und die Förderung von Markteintritten und des Wettbewerbs, zu fördern. Auch die Feststellungen hinsichtlich der erzielbaren Wirkung aller untersuchten Vorleistungsregulierungsinstrumente (Punkt B 3.2.) zeigen, dass zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme die ex-ante Entgeltkontrolle unumgänglich ist.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle erscheint ferner auch vor dem Hintergrund der bereits aufgrund des ONP-Rechtsrahmens bestehenden Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle und der getrennten Buchführung als verhältnismäßig.

Dieses Regulierungsinstrument war daher aufzuerlegen.

Zur Tarifregulierung im Konkreten:

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene sowie die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren aus den angeführten Gründen nicht ausreichen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, ist im Hinblick auf die Kostenorientierung der Endkundenentgelte eine Verpflichtung zur Genehmigung von Entgelt- 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 Kampfpreise angewendet werden 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 (bzw. die Entbündelung) vom Markt angenommen wird, diesem Umstand im Rahmen der jeweils anzuwendenden ex ante-Entgeltkontrolle Rechnung zu tragen sein wird.

Dem Wettbewerbsproblem der Kampfreise auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt 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 Verbindungsentgelt möglichen horizontalen Marktmachtübertragung (ON 32). In Bezug auf Wettbewerbsprobleme bei dial-in Produkten ist auszuführen, dass diesbezüglich keine Feststellungen getroffen wurden und sohin diesbezüglich keine Regulierungsinstrumente aufzuerlegen wären.

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 Kampfpreise zu bekämpfen:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Inlandszonen,
- b) Tarife für Gespräche in nationale Mobilnetze,
- c) Tarife für Rufe in den Nummernbereich 07xx,
- d) Tarife für Rufe zu privaten Netzen in den Nummernbereich 05xx,
- e) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,
- f) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG („Dial 1001“) betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – e),
- g) Rabatte betreffend a) – f).

Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 45 Abs. 5 TKG 2003 beantragte Entgelte unter Auflagen oder Bedingungen befristet genehmigen. Die Notwendigkeit der Vorabgenehmigung der Entgelte von TA mit Ausnahme von (Werbe-)Aktionsangeboten bis zu dreimonatiger Laufzeit ergibt sich insbesondere 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 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 dem gegenständlichen Verbindungsmarkt die Auferlegung dieser Verpflichtung gemäß § 43 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als angemessen und notwendig erscheint, da es ansonsten durch unmittelbar aufeinander folgende Aktionsangebote mit einer Gesamt-dauer von mehr als drei Monaten 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 einzige 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, ist auszuführen, dass diese Wettbewerbsproblematik in Verbindung mit 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 niedrigeren 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 infrastrukturbasierten Vorleistungen und somit ein nicht unwe sentliches Margin-Squeeze Potential (ON 25), dies deshalb, da allfällige Effizienzvorteile auf Endkundenebene allein für ANB eben nur einen gewissen (eingeschränkten) 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.

§ 45 TKG 2003 erwähnt unter anderem die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Dass diese den oben genannten Wettbewerbsproblemen jedoch nicht adäquat begegnen, 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 ist das 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 aber nur um die spezifischen Probleme im Rahmen der Implementierung von Price-Caps vermehrt werden.

Der Kostenrechnungsstandard für die zur Genehmigung vorzulegenden Tarife hat sich gemäß der bisherigen Spruchpraxis am Konzept der „Prognosekosten“ – Kosten, 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 – zu 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 7.2.2 dieser Anordnung verwiesen.

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. dieses Bescheides verwiesen.

Basierend auf dieser Matrix ergeben sich auch zukünftig folgende – kumulativ zu erfüllende – 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 bis zu 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. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass aufeinander folgende Aktionsangebote mit einer Gesamtdauer von mehr als 3 Monaten eine Änderung des Tarifgefüges darstellen und daher eine Umgehung der ex ante Tarifgenehmigungspflicht darstellen würden. Dementsprechend würde eine Kette von Aktionen, bei der der verbundene Zeitraum die Dauer von 3 Monaten überschreitet als einer Tarifgenehmigungsverpflichtung unterliegend angesehen.

Im Hinblick auf die angeordnete ex ante Endkundentarifgenehmigungspflicht von VPNs (Virtuelle private Netze) hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass die Verwendung des öffentlichen Netzes von TA bei der Bewerkstelligung eines VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt, im Hinblick auf die beschriebenen Wettbewerbsprobleme (Abhängigkeit von Vorleistungsprodukten) die Auferlegung der ex ante-Entgeltkontrolle rechtfertigt, um den Wettbewerbsproblemen effektiv zu begegnen.

7.2.2. Getrennte Buchführung – zu Spruchpunkt 2.2.

Gemäß § 40 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschließung 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 gegebenenfalls der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder 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 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. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des gegenständlichen Endkundenmarktes. Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse von den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Produkten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

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, daher ist die getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend der Märktegliederung der TKMVO 2003 erforderlich.

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

derung 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 Mietleitungsdiensstes 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 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 Regulierungsinstruments aufgrund der bisherigen Regulierung von Endkundenentgelten gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

Auch die Feststellungen hinsichtlich der erzielbaren Wirkung aller untersuchten Vorleistungsregulierungsinstrumente (Punkt B 3.2.) zeigen, dass zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme die Verpflichtung zur getrennten Buchführung unumgänglich ist.

Dieses Regulierungsinstrument war daher aufzuerlegen.

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 das Vorliegen von 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 Anlagengütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber, wie insbesondere die Verkehrsmengen 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 § 33 TKG (1997) war ein Auslöser für die Verpflichtungen der TA gemäß TKG (1997). 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 die Leistungen des gegenständlichen Marktes 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 3 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.

Im fortgesetzten Verfahren erscheint nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die neuerliche Durchführung der Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 als nicht geboten. Dieser (Ersatz)Bescheid ist in materieller Hinsicht mit dem bekämpften Bescheid des Ausgangsverfahren ident.

Aus leg. cit. resultiert nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine Verpflichtung zur neuerlichen Konsultation bzw. Koordination von bereits konsultierten bzw. koordinierten Bescheiden.

8.1. Zu den eingelangten Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens nach § 128 TKG 2003

Es wurde von folgenden Organisationen eine Stellungnahme abgegeben: Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber - VAT (ON 54), Interessensverband Telekommunikation (ON 56) und von TA (ON 53).

Der VAT konzentrierte sich in seiner Stellungnahme auf die ex-ante Tarifgenehmigungsverpflichtung der TA. Im Detail wird kritisiert, dass die Anwendung der „Kontrollmatrix“ auch weiterhin die Übertragung von Marktmacht zulasse. Dies ergebe sich aus der fehlenden Kostendeckung der Grundentgelte jeder einzelnen Tarifoption. Es würden sich Quersubventionierungen zwischen den Grundentgelten für den Anschluss und den Verbindungsentgelten, sowie zwischen Inlands- und Auslandsgesprächen ergeben. Es würde darüberhinaus die Entstehung eines margin-squeeze nicht verhindert werden. Beim gegenständlichen Markt könnte es sich darüberhinaus nicht um ein Oligopol handeln.

VAT führte ferner aus, dass die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Ausnahme von Aktionsn 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 die Ausnahme von Aktionsangeboten mit einer Dauer von bis zu 3 Monaten sich lediglich auf die Verpflichtung zur Vorabgenehmigung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Dienstebeschreibung und Endkundenentgelte bezieht, nicht jedoch auf die Verpflichtung, dass die Endkundenentgelte insgesamt (also unter Einbeziehung von Aktionsangeboten) dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen müssen. Aus Punkt 7.2.1 der Begründung dieser Anordnung ist ersichtlich, dass auch Rabatte (und diesen gleichzusetzende erlösmindernde Umstände, z.B. kurzfristige Werbeangebote) von der Verpflichtung zur Kostenorientierung umfasst sind und sohin in einer Überprüfung der Kostenorientierung der Endkundenentgelte berücksichtigt werden.

Der Verweis auf die bestehende Regulierungspraxis, nämlich die Genehmigungsfreiheit von bis zu dreimonatigen Aktionsangeboten, stellt aus Sicht 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 Mitbewerber der TA an kostenorientierten Preisen am Endkundenmarkt dar. Hinsichtlich der von VAT geforderten Klarstellung, dass auch tarifgenehmigungsfreie Aktionsangebote von TA der Kostenorientierung unterliegen sollten ist gerade auch auf die Formulierung des Spruchpunktes 2.1. 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.

Bezüglich der Ausführungen des VAT zum dritten Kriterium der Kontrollmatrix ist auszuführen, dass dort festgelegt wird, dass sich einzelne Entgelte für einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt zu orientieren haben. Wie ausgeführt, hat die Telekom-Control-Kommission eine Abwägung zwischen den Interessen der TA an einer wettbewerbsfähigen Tarifgestaltung auf Endkundenniveau und dem Interesse von alternativen Anbietern an einem diskriminierungsfreien Zugang zu notwendigen Vorleistungen zu treffen. Durch die Eingrenzung auf einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen hinsichtlich ihrer Untergrenze, das heißt der Vorleistungskosten, wird diesem Umstand Rechnung getragen.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der ex-ante Entgeltkontrolle verweist die Telekom-Control-Kommission auf Punkt 7.2.1 der Begründung. Allenfalls notwendige Konkretisierungen müssen zwangsläufig in diesen Tarifgenehmigungsverfahren - in Abhängigkeit der zukünftig gestellten Tarifanträge seitens TA - erfolgen. Die Existenz von zweigliedrigen Tarifen bzw. die hohe Komplexität des gesamten Tarifgefüges erfordert eine graduelle und ausbalancierte Handhabe. So ist einerseits eine vollkommene Deregulierung aller Produktbereiche nicht sinnvoll vertretbar, genauso wenig allerdings andererseits eine regulatorische Preisfestsetzung eines jeden einzelnen Produktes. Die aus dieser Überlegung resultierende Durchschnittsbetrachtung erscheint sohin als unumgänglich. Ergänzend weist die Telekom-Control-Kommission daraufhin, dass auch für alternative Anbieter die Möglichkeit besteht, durch das Anbieten entsprechender Endkundenprodukte den auch Verbindungsnetzbetreibern zur Verfügungen stehenden Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Gestaltung einzelner Verbindungsentgelte zu nutzen.

Hinsichtlich der vom VAT angeregten Ergänzung des Entscheidungsentwurfs zur gebotenen Einhaltung des „EG-Wettbewerbsrechts“ bei der Endkundentarifgestaltung ist auszuführen, dass die Bestimmungen der Art. 81, 82 EG-Vertrag unmittelbar anwendbares Recht darstellen. Eine gesonderte Verpflichtung von TA zur Beachtung dieser Bestimmungen im Rahmen dieses Bescheides erübrigt sich daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission.

Der Aussage, wonach es sich beim gegenständlichen Markt um kein Oligopol handeln könne, da keinerlei Anzeichen für „Parallelverhalten“ auszumachen seien, kann nicht zugesimmt werden: Es gibt Oligopolmärkte mit und ohne Anzeichen von Parallelverhalten. Eine enge (und symmetrische) Oligopolstruktur stellt lediglich einen, wenn auch wesentlichen, Indikator im Rahmen einer Kollusionsanalyse dar. Die Telekom-Control-Kommission hält daher an ihren Feststellungen hinsichtlich der Entwicklung in Richtung eines Oligopols fest.

Die Stellungnahme des Interessensverbandes Telekommunikation (IVTK) ist durch eine großteils durchgängige Vermischung von Wettbewerbsproblemen der Anschlussmärkte und der Verbindungsmärkte gekennzeichnet. Aus diesem Grund erscheint es der Telekom-Control-Kommission nur möglich, den in der Stellungnahme enthaltenen Kritikpunkten ein vergleichsweise geringes Gewicht einzuräumen. Hinsichtlich der eingemahnten Informationen bezüglich Teilnehmerstände der einzelnen Betreiber, CPS- und CbC-Ständen und Umsätzen einzelner Betreiber ist auf die Ausführungen zum Thema vertikale Integration und Übertragung von Marktmacht vom Anschlussbereich auf den gegenständlichen Markt bzw. auf die Entscheidung zum entsprechenden Markt des Anschlussbereichs (Markt gemäß § 1 Z 2 TKMVO 2003) zu verweisen.

TA brachte in ihrer Stellungnahme unter Verweis auf das im bisherigen Verlauf des Verfahrens Vorgebrachte vor, dass die Auswirkungen des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Effekte nicht ausreichend untersucht worden wären und kritisiert die Nichteinhaltung eines spezifischen Gutachtens. Diesbezüglich ist auf die Feststellungen hinsichtlich allfälliger Marktanteilsverschiebungen zu verweisen.

Die Telekom-Control-Kommission weist neuerlich darauf hin, dass bei der Beurteilung allfälliger wettbewerblicher Auswirkungen ausschließlich auf den relevanten Zeitraum von ca. zwei Jahren abzustellen ist. Allfällige Auswirkungen auf den gegenständlichen Markt, beispielsweise durch gesteigerte Aktivitäten des neuen Unternehmens „Tele2/UTA“ im Bereich der Entbündelung, sind wie festgestellt, für den hier relevanten Zeitraum von ca. zwei Jahren nicht in einem Ausmaß zu erwarten, dass die Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht in Zweifel zu ziehen wären.

Hinsichtlich des Verweises von TA auf die Veröffentlichung der Bundeswettbewerbsbehörde betreffend den Zusammenschluss von Tele2 und UTA und den dort getätigten Aussagen zur erwarteten Erhöhung des Wettbewerbsdruckes auf TA ist festzuhalten, dass die Bundeswettbewerbsbehörde zwar auf die einzelnen Märkte der TKMVO 2003 eingeht, allerdings

festhält, dass nur auf dem Markt für Inlandsgespräche von Privatkunden gemäß § 1 Z 3 TKMVO 2003 die kartellrechtlich relevante Vermutungsschwelle von 30 % Marktanteil (marginal) überschritten wird. Ferner hält die Bundeswettbewerbsbehörde explizit fest, dass TA auch nach dem Zusammenschluss von Tele2 und UTA die „bei weitem stärkste Stellung auf diesem Markt einnehmen wird“. Die allgemein von der Bundeswettbewerbsbehörde getroffenen Feststellungen hinsichtlich zu erwartenden gesteigertem Wettbewerbsdruck durch das neue Unternehmen „Tele2/UTA“ erscheinen zu allgemein gehalten, um auf eine konkrete Auswirkung auf den gegenständlichen Markt schließen zu lassen. Ergänzend hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass durch die getroffenen Feststellungen der Bundeswettbewerbsbehörde hinsichtlich fehlender wettbewerbsrechtlicher Bedenken durch den Zusammenschluss von Tele2 und UTA nicht geeignet erscheinen, die im gegenständlichen Verfahren getroffenen Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht von TA iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 in Zweifel zu ziehen.

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

Diese Stellungnahme (ON 55) stützt das Ergebnis der Telekom-Control-Kommission. Die Europäische Kommission teilte mit, dass sie keine Anmerkungen habe. Hinsichtlich der im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zur Marktdefinition des gegenständlichen Marktes gemachten Anmerkung der Europäischen Kommission, dass die Bundeswettbewerbsbehörde „in keiner der genannten Sachen konsultiert wurde“, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass der Maßnahmenentwurf am 17.12.2004 auf der Homepage der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH in vollem Umfang zum Download bereitgestellt wurde, und daher auch die Bundeswettbewerbsbehörde die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme hatte.

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 2.10.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung
i. u. Dr. Daniel Röthler
Stv. Leiter Recht

