

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

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 27.10.2004 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 7/03 einstimmig folgenden

Bescheid

beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria AG auf dem Vorleistungsmarkt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“ iSd § 1 Z 7 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten betreffend die Leistung „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

2.2. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „FL-LRAIC“ („Forward Looking – Long Run Average Incremental Costs“) orientiert.

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

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das neben einem allgemeinen Teil zumindest folgende Komponenten enthält, die näher bestimmt werden müssen:

1. Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen
2. Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3. Verkehrsarten und Entgelte
4. Regelungen betreffend Verbindungsnetzbetreiber (Durchführung, Umsetzung)
5. Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf niedrigerer Netzhierarchieebene (Informationspflicht, Joining Link, Durchführungsbestimmungen, Überlauf, Schadenersatz)
6. Regelungen betreffend Zugang zu den tariffreien Diensten (Durchführung, Abrechnung, Einrichtung)
7. Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste (Entgelte)
8. Regelungen betreffend sonstiger Dienste
9. Regelungen betreffend Verbindungsnetzbetreiber-Vorauswahl
10. Regelungen betreffend den tariffreien Zugang zu Online-Diensten
11. Regelungen betreffend den Zugang zu Online-Diensten des Rufnummernbereiches 718
12. Regelungen betreffend eventtarifizierter Dienste
13. Regelungen betreffend der Verkehrsübergabe an Transitnetzbetreiber im Auftrag von Dritten

2.5. Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ihre Kosten und Erträge auf dem Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ 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 Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

2.6. Telekom Austria AG hat erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „FL-LRAIC“ hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist. Das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung wird von der Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

3. Die auf Grund der festgestellten marktbeherrschenden Stellung nach § 33 TKG (1997) iVm § 133 Abs. 7 TKG 2003 weitergeltenden Verpflichtungen der Telekom Austria AG werden, soweit sie sich auf den Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 7 TKMVO 2003 beziehen, gemäß §§ 37 Abs. 2 iVm 133 Abs. 7 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 7/03 amtswegig eingeleitet.

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

Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

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

Am 15.04.2004 übermittelte UTA Telekom AG, der im gegenständlichen Verfahren keine Parteistellung zukommt, ein Schreiben an die RTR-GmbH über die „weitere Vorgangsweise betreffend Märkteanalyse und Konsultationsverfahren“ (ON 19). Dieses Schreiben wurde am 07.05.2004 von der RTR-GmbH beantwortet (ON 23). Weiters übermittelte die Telekom Austria am 16.04.2004 ein Schreiben, dem ein Privatgutachten betreffend die „Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria“ angeschlossen war (ON 20). Am 22.04.2004 wurde ein weiteres Schreiben der Telekom Austria dem ein „Positionspapier“ der Telekom Austria und eine Zusammenfassung des zuvor genannten Gutachtens beilagen, übermittelt (ON 21).

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

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass Telekom Austria AG (im Folgenden „TA“ bzw. „Telekom Austria“) unter anderem auch auf dem Vorleistungsmarkt Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Telekom Austria gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung (auch) in Bezug auf den gegenständlichen Markt einzuräumen; es wurde Telekom Austria daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 7/03 vom Mai 2004 übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, (auch) zu den den Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ betreffenden Ausführungen Stellung zu nehmen.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG

zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Telekom Austria AG aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im genannten Erstgutachten vom Mai 2004 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ zu begegnen.

Dabei war eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Am 16.07.2004 übermittelt Telekom Austria in den Verfahren M 1/03 bis M 9/03 eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 25). Dieser Stellungnahme waren als „Expertise zum Gutachten ‚Marktanalyse Festnetz Sprachtelefonie‘“ bezeichnete Ausführungen von DDr. Doris Hildebrand (European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH) beigelegt.

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

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

Am 22.10.2004 übermittelte Telekom Austria auch im gegenständlichen Verfahren ein weiteres Schreiben, in dem sie ausführte, dass durch den „kommunizierten Zusammenschluss UTA – tele2“ Auswirkungen auf die laufenden Marktanalyseverfahren gegeben seien, da es auf „Teilmärkten“ zu einer neuen Verteilung der Marktanteile komme.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) definiert in § 1 Z 7 diesen Markt wie folgt:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 8 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Unter Originierung versteht man eine Vorleistung von Teilnehmernetzbetreibern, deren Zweck darin besteht, den von Nutzern an Netzabschlusspunkten des eigenen Kommunikationsnetzes initiierten Verkehr vom Netzabschlusspunkt bis zur nächstgelegenen mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ist eine Vermittlungsstelle, an der ein solcher Verkehr zumindest einem anderen Netzbetreiber übergeben wird.

Nachfrager der Originierungsleistung sind hauptsächlich Verbindungsnetzbetreiber, die aufgrund von Betreiberwahl bzw. –vorauswahl von Nutzern anderer Kommunikationsnetze ausgewählt werden, um abgehende Verbindungen abzuwickeln.

Weitere Nachfrager der Originierungsleistung sind Dienstenetzbetreiber. Damit die in ihren Netzen betriebenen Dienste(nummern) von Nutzern anderer Kommunikationsnetze erreicht werden können, müssen Dienstenetzbetreiber auf die Originierungsleistung des betreffenden Teilnehmernetzbetreibers zurückgreifen.

Teilnehmernetzbetreiber erbringen Originierungsleistungen an sich selbst, auch dann, wenn die Originierung nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle erfolgt.

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

Dieser Markt inkludiert Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen.

Der relevante Markt inkludiert die Originierungsleistungen aller Teilnehmernetzbetreiber.“

Die Marktdefinition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (vgl. Ziffer 8 des Anhangs).

2. Zum Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

2.1. Abgrenzung Terminierung – Originierung – Transit:

Die TKMVO 2003 grenzt die Leistungen der Originierung, der Terminierung und des Transit derart voneinander ab, dass die erste bzw. letzte zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle – jene an der zumindest ein anderer Netzbetreiber zusammenschaltet ist – die Märkte trennt. Dabei umfasst die Originierung jenen Abschnitt vom Hauptverteiler (HVt) des Teilnehmers bis zur ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle (unberührt davon bleibt das Zugangnetz). Die Terminierung umfasst jenen Abschnitt von der letzten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Hauptverteiler des Teilnehmers. Damit wird sichergestellt, dass jeder Anruf auf jeden Fall aus einer Originierung und einer Terminierung besteht. Alle anderen Leistungen der Übertragung werden dem Transit zugerechnet.

Da die Telekom Austria über eine hierarchische Netzstruktur verfügt (verschiedene Ebenen von Vermittlungsstellen), alternative Netzbetreiber (ANB) ihren Verkehr aber zumeist nur über eine oder wenige Vermittlungsstellen führen, ist zu unterscheiden, dass die Originierung im Fall der Telekom Austria vom Hauptverteiler bis zur ersten zusammenschaltungsfähigen lokalen VSt (derzeit sind 43 VSten als lokale POIs definiert) geht, während bei ANBs die Originierung bis zur ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle gerechnet wird. Für das Netz der Telekom Austria werden die zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen den 43 lokalen VSten gleichgesetzt, die Telekom Austria alternativen Netzbetreibern zur Übergabe bzw. zur Übernahme angeboten hat, während die zusammenschaltungsfähigen VSten bei ANB diejenigen sind, an denen mindestens ein anderer Netzbetreiber zusammenschaltet ist.

Unter dem Begriff „Originierung“ wurde nach dem bisherigen Verständnis sowohl die lokale, als auch die regionale und die nationale Originierungsleistung, also Bündelprodukte mit Transitleistungen verstanden. In diesem Bescheid bezieht sich die der Begriff „Originierung“ demgegenüber gemäß der Definition der TKMVO 2003 nur auf die lokale Originierung, nämlich auf die Leistung der Übermittlung des Verkehrs vom Hauptverteiler zur ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle. Um Originierungsleistungen zu erbringen, muss ein Netzbetreiber entweder über eigene oder entbündelte Leitungen Teilnehmer an sein Netz angeschlossen haben. Die Analyse des Originierungsmarktes steht daher mit der Untersuchung der Anschlussmärkte im Zusammenhang.

Der Markt für Originierung umfasst definitionsgemäß Gesprächsminuten und Online Minuten. Obwohl die Leistung der Originierung aus technischer Sicht homogen ist und für jedes

Gespräch erbracht wird, ist sie für die Zwecke der Marktanalyse danach zu unterteilen, ob ein Entgelt auf dem Originierungsmarkt verlangt wird und ob das Gespräch das Originierungsnetz verlässt (netzexterne Verbindungen).

Die folgende Tabelle stellt netzübergreifende Originierungsleistungen im Überblick dar:

Art	Ebene	Umsatz	Netz	Bündelart	Destination
Originierung	Lokal	Mit Vorleistungsentgelten	netzextern		VNB
					Diensterufnummern
					Online-Dienste
		Ohne Vorleistungsentgelte	netzintern	geografische Rufnummern	
				Diensterufnummern	
				Online-Dienste	
			netzextern	andere Festnetze	
				Mobilfunknetze	
	internationale Rufnummern				
	Online-Dienste				
	Bündel- produkt	Mit Vorleistungsentgelten	netzextern	single tandem	VNB
					Online-Dienste
				double tandem	VNB
					Online-Dienste
					Diensterufnummern
Ohne Vorleistungsentgelte		netzextern	single tandem	andere Festnetze	
				Mobilfunknetze	
	internationale Rufnummern				
	Online-Dienste				
double tandem	andere Festnetze				
	Mobilfunknetze				
	internationale Rufnummern				
	Online-Dienste				

2.2. Eigenleistungen

Der Markt für Originierung ist ein Vorleistungsmarkt, d.h. die Nachfrager der Leistung sind keine Endkunden, sondern andere Kommunikationsnetzbetreiber oder -dienstebetreiber. Die Nachfrager der Leistung verwenden die auf dem Markt für Originierung bezogenen Leistungen als Basis für ihre Produkte am Endkundenmarkt. Die Nachfrage nach der Vorleistung Originierung ist daher eine von der Endkundennachfrage abgeleitete Nachfrage.

In den Markt werden auch Eigenleistungen eingerechnet. Darunter werden jene Leistungen verstanden, die die Infrastrukturebene (Wholesale-Arm) eines Kommunikationsnetzbetreibers an seinen eigenen Retail-Arm zur Bereitstellung von Endkundendiensten erbringt. Diese Leistungen werden unternehmensintern erbracht. Die Eigenleistung ist zu

berücksichtigen, weil wie dargestellt die Nachfrage nach dem Vorleistungsprodukt „Originierung“ auf der Nachfrage am Endkundenmarkt basiert. Wird der in den Leitlinien zur Marktanalyse vorgesehene hypothetische Monopolistentest (HM-Test) auf der Vorleistungsebene durchgeführt, so sind – zusätzlich zur angebotsseitigen und nachfrageseitigen Substitution – auch die Folgen einer 5-10%igen Preiserhöhung am Vorleistungsmarkt auf die Nachfrage am Endkundenmarkt zu berücksichtigen. Da eine 5-10%ige Erhöhung der Preise am Vorleistungsmarkt im Allgemeinen auch zu einer Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt führen wird, ist sie immer dann unprofitabel, wenn hinreichend viele Kunden als Reaktion auf die Preiserhöhung zu vertikal integrierten Anbietern wechseln würden. Hierdurch wird offenbar, dass die Marktmacht eines hypothetischen Monopolisten, der sein Vorleistungsprodukt ausschließlich extern anbietet auch durch solche Unternehmen eingeschränkt wird, die ihre Vorleistung ausschließlich (oder auch) intern anbieten. Folglich ist der Vorleistungsmarkt zumindest so breit wie die Endkundenmärkte zu definieren, umfasst also sowohl extern als auch intern bereitgestellte Vorleistungen. Bei einer Nichtberücksichtigung der intern erbrachten Leistungen würde die Marktmacht von Unternehmen, die Vorleistungsprodukte extern verkaufen, überschätzt, da ihre Marktmacht auch durch Wettbewerber auf der Vorleistungsebene, die diese Leistungen ausschließlich (oder zusätzlich) intern bereitstellen, eingeschränkt wird. Das könnte in Situationen, in denen große Unternehmen ihren Bedarf ausschließlich intern decken, dazu führen, dass der diese große Nachfrage befriedigende Wholesale-Bereich auf dem entsprechenden Vorleistungsmarkt keine Marktanteile hätte. Dies würde im weiteren dazu führen, dass der Marktanteil von etwaig existierenden alternativen Anbietern des Vorleistungsproduktes, die das Produkt (auch) extern anbieten, stark überproportional wäre. Eine solche Betrachtung der Marktanteile würde die vorhandenen wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse nicht nur nicht widerspiegeln, sondern geradezu konterkarieren.

Im Rahmen einer Wettbewerbsanalyse sind Eigenleistungen daher zu berücksichtigen; sie lassen sich jedoch nicht für alle Indikatoren gleichermaßen sinnvoll verwenden, wie im Folgenden dargestellt wird. Während sie bei der Ermittlung der Marktanteile und bei der Bestimmung der vertikalen Integration berücksichtigt werden oder für die Beurteilung eines eventuellen auf Foreclosure gerichteten Verhaltens wichtige Informationen liefern können, sind sie für andere Indikatoren wie Preissetzung oder Performancemaße von untergeordneter Bedeutung. Ein Vorleistungsmarkt mit großem Anteil an Eigenleistungen erschwert naturgemäß die umsatzorientierte Betrachtung, sodass die Analyse hauptsächlich auf Mengendaten zurückgreifen muss.

Die Telekom Austria betreibt ein öffentliches festes Telefonnetz, in welchem Verkehr originiert wird.

3. Anbieter am Markt

3.1. Anbieter und Wettbewerbsbeurteilung

Um die Effektivität des Wettbewerbs auf einem Markt zu beurteilen, ist die Zahl der Anbieter neben den Marktanteilen, ein Maß für Konzentration und ein wichtiger Indikator, dessen Bedeutung auf Märkten mit hohen Eintrittsbarrieren wächst. Aus der Zahl der Anbieter kann zwar nicht notwendigerweise ein direkter Schluss auf die Wettbewerbsintensität gezogen werden, da auf einem Oligopolmarkt, auf dem nur wenige Anbieter tätig sind, der Wettbewerb nicht zwangsläufig weniger intensiv sein muss. Allerdings deutet ein Markt mit vielen Anbietern daraufhin, dass der Wettbewerb intensiver ausfallen könnte, da die Asymmetrie der Interessen steigt.

Bedeutend in diesem Zusammenhang ist daher die Analyse der Eigentümerstrukturen und Geschäftsbereiche der Betreiber. Damit lassen sich erstens Interessen und Anreize identifizieren und zweitens die möglichen Voraussetzungen für einen Markteintritt analysieren. Aus diesen Ergebnissen können gegebenenfalls Aussagen abgeleitet werden,

welche Unternehmen über ähnliche Voraussetzungen verfügen und eventuell als potenzielle Wettbewerber in Betracht kämen.

Im Folgenden werden daher die Anbieter auf dem gegenständlichen Markt, deren Verankerung in der Wertschöpfungskette, internationale Verflechtungen sowie einige Basiskennzahlen in Bezug auf die Unternehmensgröße dargestellt. Die absolute Größe eines Unternehmens hat für die Beurteilung einer marktmächtigen Stellung insofern Relevanz, als in der Regel mit der Größe eine Reihe von Vorteilen, wie beispielsweise beim Zugang zu Finanzmitteln, beim Einkauf von Equipment oder im Bereich Werbung und Marketing einhergehen.

3.2. Untersuchung der Anbieterstruktur

Im Vergleich zur Vielzahl an Anbietern von Telefondiensten gegenüber Endkunden ist die Anzahl der Originierungsnetzbetreiber gering geblieben. Seit 1999 waren nie mehr als 18 Betreiber auf diesem Markt tätig.

Die beiden Jahre 2000 und 2001 weisen die höchste Anzahl an Anbietern auf (2001: 18); im Jahr 2000 traten 9 Unternehmen in den Markt. 2002 mussten bereits sieben Unternehmen ihre Originierungsdienste einstellen. In den Jahren 2002 und 1Q-3Q 2003 waren dieselben Anbieter am Markt tätig.

Die Originierung wird für verschiedene Typen von Gesprächen verwendet, wie quell- oder zielnetztaffizierte Gespräche, netzinterne oder –externe Gespräche.

Angesichts der flachen Netzwerkarchitektur und geringen Anzahl an VSten, bieten nur wenige alternative Betreiber Bündelprodukte (bestehend aus Originierung und Transit) oder netzinternen Verkehr mit Transit an (Priority/Telekabel, T-Mobile, tele.ring, UTA). Einige ANBs erbringen keine Originierung zu Diensternummern, weil sie nur Geschäftskunden angeschlossen haben, die solche Dienste nicht in Anspruch nehmen.

Die Anbieter lassen sich hinsichtlich ihrer Voraussetzungen grob in drei Gruppen unterteilen: Betreiber mit eigenem oder überlassenem Netz wie Telekom Austria, UTA, LIWEST, Tele.ring und Priority/Telekabel, Betreiber, die einem Internationalen Telekomkonzernverbund (mit Muttergesellschaft im Ausland) angehören, wie Colt (COLT Telecom Group plc), Equant (France Telekom, ehemalig: Global One) oder eTel (ehemalig: RSLCom), T-Mobile (Festnetz), MCI WorldCom, Tele.ring (Festnetz) und Priority/Telekabel und letztlich Betreiber, deren Kerngebiet die Informationstechnologie ist, wie IT-Austria (Bankenkonsortium) und Aplus Informationstechnologie GmbH.

Gemessen nach Verkehrsminuten für das 1. bis 3. Quartal 2003 sind die größten Betreiber Telekom Austria, Priority/Telekabel, UTA, tele.ring, T-Mobile und eTel.

1. Telekom Austria

Seit November 2000 notiert die Telekom Austria, der ehemalige Monopolist (Incumbent), an der Börse. 52,8% der Aktien sind im Streubesitz, die ÖIAG (Republik Österreich) hält die restlichen 47,2%.

2. Telekabel/Priority

Telekabel Wien GmbH und die lokalen Telekabelgesellschaften sind Tochtergesellschaften der Cable Networks Austria BV bzw. der UPC, die demnach als wirtschaftliche Einheit berücksichtigt werden. Telekabel bietet auch Kabelfernsehen in Wien und anderen Städten an. Mehrheitseigentümer der UPC ist UGC Europe Inc., eine Tochter der UnitedGlobalCom Inc. (UGC). UGC bietet in elf europäischen Ländern die Dienste Kabelfernsehen, Internet Zugang und Sprachtelefonie an. Im Oktober 2001 teilte die Priority Telekom der

Regulierungsbehörde mit, dass sämtliche Agenden der Priority betreffend Zusammenschaltung von der Telekabel Wien GmbH wahrgenommen werden (amtsbekannt, K 42a/99).

3. UTA Telekom AG

An der UTA ist die VTÖ Beteiligungs-GmbH zu 75% beteiligt, die sich wiederum im Eigentum von acht Landesenergieversorgern befindet. Die restlichen 25% sind im Besitz von Banken und einer Versicherung. Die Backbone Infrastruktur wurde UTA von den Landesenergieversorgern zur Verfügung gestellt, die bereits vor der Liberalisierung eigene Telekommunikationsnetze für interne Kommunikation verwendeten.

Mit Schreiben vom 14.10.2004 teilten die UTA Telekom AG und die Tele2 Telecommunications GmbH der RTR-GmbH gemeinsam mit, dass die schwedische Muttergesellschaft Tele2 AB „die UTA Telekom AG übernommen hat.“ Wie weiters mitgeteilt wird, werden die Unternehmen bis zum Abschluss der kartellrechtlichen Prüfung getrennt weitergeführt.

4. Tele.ring Telekom Services GmbH

Tele.ring ist ein 100%-iges Tochterunternehmen von Western Wireless International Corporation (WWI), einer weltweit tätigen Tochter der 1994 gegründeten Western Wireless Corporation (WWC), eines US-Telekom-Anbieters. Tele.ring wurde ursprünglich von den österreichischen Bundesbahnen und von der Verbundgesellschaft gegründet und verwendet daher die Telekom-Infrastruktur der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) und der Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG (Verbund).

5. T-Mobile Austria GmbH

T-Mobile Austria ist eine Tochter der T-Mobile International AG & Co. KG, ein Unternehmen der Deutschen Telekom Gruppe. T-Mobile, vormals max.mobil hat ihr Hauptgeschäftsfeld im Mobilfunkbereich.

6. E-Tel Austria AG:

eTel Austria AG, vormals RSL Com Austria AG, ist seit Juni 2001 Teil der irischen eTel Gruppe, mit Sitz in Dublin und weitere Niederlassungen in einigen osteuropäischen Ländern.

Diese Feststellungen zeigen, dass erfolgreiche Markteinsteiger zumeist entweder auf ein bestehendes Netzwerk zurückgreifen oder eingebettet in einem internationalen Konzern eine solche Infrastruktur errichten. Potenzielle Kandidaten verfügen meist über ausreichendes Telekommunikationswissen und umfangreiche Erfahrung, sodass „Quereinsteiger“ aus anderen Branchen beinahe auszuschließen sind. Konzerne, die eine Niederlassung in Österreich betreiben und Originierungsverkehr erbringen, verfügen über internationale Telekommunikationsstrecken, die sie für die Anbindung an ein österreichisches Netz verwenden. Die Unternehmensstruktur in Österreich spricht gegen einen verstärkten Markteinstieg internationaler Telekomkonzerne in den Originierungsmarkt. Die Großunternehmen als Endkunden profitierten bereits von der Liberalisierung durch Angebote von alternativen Netzbetreibern und für die vielen Klein- und Mittelbetriebe lohnt sich der Aufwand einer Direktanbindung oft nicht.

Impulse auf den Originierungsmarkt könnten weiters von regionalen Kabelbetreibern ausgehen, die ihre Netze auf Sprachtelefonie aufrüsten. Einige (etwa 100) haben bereits die Voraussetzungen für das Anbieten von Internet Diensten geschaffen, sodass in der Folge auch Sprachtelefonie angeboten werden könnte. Diese Betreiber üben ihre Aktivitäten zumeist regional begrenzt aus, sodass ihr potenzieller Kundenkreis einige wenige

Gemeinden umfasst. Oft sind sie selbst Kleinunternehmen, die Investitionen in eine Aufrüstung oder einen Ausbau scheuen bzw. nicht aufbringen können.

Schließlich haben auch Unternehmen aus der Datenbranche (Informationstechnologie) ihr Geschäftsfeld um Sprachtelefonie ergänzt und bieten meist ihren bestehenden Kunden, die Datendienste beziehen, Sprachtelefonie an. Die Verkehrsmengen der Sprachtelefonie dieser Anbietergruppe bewegen sich allerdings in einem kaum nennenswerten Bereich, auch der Kundenstock konzentriert sich auf bestimmte Branchen oder Regionen.

3.3. Schlussfolgerung

Potenzielle Markteinsteiger verfügen entweder über eine bereits bestehende Infrastruktur und/oder sind in einer internationalen Gruppe verankert. Zur ersten Gruppe können auch regionale Kabelnetzbetreiber gezählt werden, die durch Netzzumrüstung ihren Kunden auch Sprachtelefonie anbieten könnten. Die Unternehmensstruktur in dieser Branche und der regionale Fokus sprechen allerdings gegen wettbewerbsfördernde Markteintritte. Eine zweite Gruppe potenzieller Markteinsteiger wären internationale Konzerne, die in Österreich (noch) nicht tätig sind. Angesichts des Umstandes, dass das attraktive Geschäftskundensegment von ANBs bereits gut erschlossen ist, sind auch in diesem Bereich für den für die Analyse absehbaren Zeitraum keine signifikanten Impulse zu erwarten. Es ist weiters zu erwarten, dass es in den nächsten Jahren zu keinen massiven Markteintritten kommen wird und somit von dieser Seite keine substantiellen Impulse für den Wettbewerb am Originierungsmarkt gesetzt werden.

4. Zur Analyse des Marktes „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

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

4.1. Marktanteile

4.1.1. Marktanteile und Wettbewerbsbeurteilung

Marktanteile gehören – auch wegen ihrer relativ einfachen Operationalisierbarkeit – zu den wichtigsten Indikatoren für Marktmacht. Die Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ zur Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und price-cost margins 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 geben allerdings Auskunft darüber, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt. In der Spruchpraxis haben sich folgende Schwellenwerte durchgesetzt: Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25% kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. Ab einem Marktanteil von 40% bestehen nach der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission (EK) Bedenken über die Existenz einer beherrschenden Stellung, wiewohl auch eingeräumt wird, dass in einigen Fällen unter dieser Schwelle (aufgrund anderer Faktoren) eine Marktbeherrschung vorliegen könnte. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sieht die Schwelle bei 50%, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von Marktmacht erwiesen ist.

Generell bedeutet ein hoher Marktanteil alleine jedoch noch nicht, dass das betreffende Unternehmen auch über beträchtliche Marktmacht verfügt (vgl. SMP-Guidelines, §75). So ist es zum Beispiel wichtig, den Marktanteil eines Unternehmens nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt sondern auch die Veränderung des Marktanteils im Zeitverlauf zu betrachten. Ist der Marktanteil hoch und über längere Zeit stabil, so kann eher die Existenz von Marktmacht

angenommen werden, als wenn der Marktanteil in der Vergangenheit gesunken ist oder beträchtlichen Schwankungen unterworfen war. Weiters ist der Marktanteil auch in Verhältnis zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen von Marktmacht wahrscheinlicher, als in Fällen in denen mehrere Unternehmen über gleich hohe Marktanteile verfügen. Im letzteren Fall ist eventuell das Vorliegen einer gemeinsamen Marktmacht zu prüfen. Schließlich ist der Marktanteil – wie alle Indikatoren – nur eines von vielen Kriterien zur Beurteilung von Marktmacht (wenn auch ein wichtiges) und daher nur in Verbindung mit anderen Indikatoren aussagekräftig. Dennoch bleiben Marktanteile für die zugrunde liegenden Marktanalysen ein besonderer Indikator, insofern diese als notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung für das Feststellen von individueller Marktmacht gelten.

Marktanteile prägen die konkrete Marktstruktur, die wiederum in Abhängigkeit von der jeweiligen Marktphase zu sehen ist.

4.1.2. Berechnungsmethode der Marktanteile

Für die Berechnung von Marktanteilen kann der wertmäßig berechnete Umsatz, die Gesprächsminuten, die Anzahl der Gespräche, die Anzahl der Anschlüsse oder aber die Anzahl der Teilnehmer herangezogen werden. Den Umsatz wird man im Regelfall verwenden, wenn heterogene Produkte miteinander verglichen werden sollen. In der Analyse des gegenständlichen Marktes wird jedoch auf die Beurteilung nach Verkehrsminuten abgestellt, weil die Produkte meist in Minuten gemessen, oft in Bündeln verkauft werden und Eigenleistungen, bei denen eine minutenmäßige Erfassung am einfachsten zu operationalisieren ist, zu berücksichtigen sind.

4.1.3. Feststellung der Marktanteile:

4.1.3.1. Eigenleistungen:

Wie bereits festgestellt, sind Eigenleistungen, also jene Leistungen, die ein Unternehmen sich selbst erbringt, bei der Betrachtung der Marktanteile mit einzubeziehen. In der Analyse ist daher zu berücksichtigen, dass 65,43% (2002: 66,02%) aller Originierungsleistungen auf Eigenleistung entfallen und nur 34,57% (2002: 33,98%) extern angebotene Produkte darstellen, mit denen auch ein Umsatz auf dem Vorleistungsmarkt generiert wird. Die extern angebotenen Leistungen teilen sich (im dritten Quartal 2003) zu 32,25% auf Originierung zu VNB, 1,92% zu Diensterufnummern und 0,4% auf Online-Verkehr auf.

Die Eigenleistung „Originierung“ und die Originierung zu Diensterufnummern können nur von denjenigen Betreibern erbracht werden, die entweder mittels eines eigenen Anschlussnetzes oder über entbündelte/gemietete Leitungen Kunden angeschlossen haben. Eine Substitution findet daher erst statt, wenn der Kunde den Anschlussbetreiber wechselt. Die Originierung zu Verbindungsnetzbetreibern (VNB) wird nur von Telekom Austria aufgrund regulatorischer Verpflichtungen angeboten. Da die Originierungsleistung für die VNBs weiterhin von der Telekom Austria erbracht wird, findet eine direkte Substitution auf Vorleistungsebene nicht statt, sodass die Marktanteile zwar die Verhältnisse am Anschlussmarkt wieder geben, die Originierungsleistung der Telekom Austria für den nachfragenden Betreiber aber kaum substituierbar ist.

4.1.3.2. Marktanteile der Telekom Austria nach Produktgruppen:

Im Jahr 2002 hielt Telekom Austria einen Anteil an Originierungen zu Diensterufnummern von über 80%, zu Onlinenummern von ca. 85% und erbrachte knapp unter 95% aller Eigenleistungen. Originierung zu VNB wurde ausschließlich von Telekom Austria erbracht. Daraus ergibt sich ein Gesamtmarktanteil der Telekom Austria (über alle Originierungen) von etwa 95%. Bezogen auf die ersten drei Quartale 2003 hielt Telekom Austria noch einen

Anteil an Originierungen zu Diensterufnummern von über 75%, zu Onlinenummern von ca. 90% und erbrachte nach wie vor etwa 95% aller Eigenleistungen. Originierung zu VNB wurde auch in diesem Zeitraum ausschließlich von Telekom Austria erbracht. Der Gesamtmarktanteil der Telekom Austria (über alle Originierungen) von etwa 95% blieb bestehen.

4.1.3.3. Marktanteile im Originierungsmarkt über alle Produktkategorien

Die Marktanteile im gegenständlichen Markt über alle Produktkategorien in Verkehrsminuten gemessen zeigen, dass Telekom Austria sowohl im Jahr 2002 als auch im Zeitraum 1Q-3Q 2003 über einen Anteil von knapp 95% verfügte. Die restlichen etwa 5% des Marktes teilen sich die anderen Anbieter, wobei der zweitgrößte über etwa 2% (2002) bzw. 2,5% (bis zum dritten Quartal 2003), der drittgrößte über knapp 1% (2002 bzw. bis zum dritten Quartal 2003) verfügte. Alle anderen Betreiber haben jeweils deutlich unter 1% Marktanteil. In den Jahren 2002 und 1Q-3Q 2003 konnte die Telekom Austria ihren Marktanteil nahezu behaupten, die Veränderung betrug lediglich 0,2 Prozentpunkte.

4.1.3.4. Marktanteile nach Anschlüssen:

Die Marktanteile in der Originierung korrelieren mit den Marktanteilen der Anschlüsse der Betreiber, wobei leichte Verschiebungen durch die Kundenstruktur (Privatkunden, Geschäftskunden) erklärt werden können. Betreiber, die viele Geschäftskunden angeschlossen haben, erzielen tendenziell einen höheren Umsatz pro Anschluss.

Telekom Austria verfügte im Jahr 2002 und bezogen auf die ersten drei Quartale 2003 über knapp unter 95% der Anschlüsse, der zweitgrößte Anbieter über knapp 5% (2002 bzw. bis zum dritten Quartal 2003). Alle anderen Betreiber haben jeweils deutlich unter 1% Marktanteil.

4.1.3.5. Marktkonzentration:

Eines der gebräuchlichsten Konzentrationsmaße stellt der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) dar, der 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.

Der HHI bleibt im gegenständlichen Markt über die Monate 2002 bis September 2003 bei knapp unter 9000 und zeigt schwach fallende Tendenz. Die hohe Marktkonzentration bleibt bestehen.

4.1.4. Schlussfolgerung

Betrachtet man den Marktanteil der Telekom Austria und die Veränderung von 2002 auf 1Q-3Q 2003 zeigt sich, dass die Telekom Austria einen Marktanteil von knapp 95% auf dem Gesamtmarkt aufweist. Ein signifikanter Trend nach unten ist nicht zu verzeichnen. Der Abstand zum Anbieter mit dem zweitgrößten Marktanteil ist erheblich (knapp 95% zu knapp 2,5%). Auch der HHI bleibt in der betrachteten Periode über 8800, was einer hohen Marktkonzentration entspricht.

Auf der Basis der Marktanteile ist daher anzunehmen, dass die Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt verfügt. Da die Marktanteile alleine allerdings noch keine sichere Aussage zulassen (siehe oben Punkt 4.1.1), werden in der Folge die weiteren relevanten Marktmachtindikatoren geprüft.

Wie festgestellt teilten UTA Telekom AG und Tele2 Telecommunications GmbH mit, dass die schwedische Tele2 AB „die UTA Telekom AG übernommen hat.“ Da UTA einen Anteil von lediglich etwa 1% (gemessen in Minuten) am Originierungsmarkt aufweist und Tele2 auf diesem Markt keine Leistungen anbietet, sind auch im Fall einer Vereinigung der beiden Unternehmen keine Auswirkungen auf den gegenständlichen Markt für Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten anzunehmen.

4.2. Markteintrittsbarrieren

Marktzutrittsbarrieren (§ 35 Abs. 1 Zi. 2 TKG 2003, SMP-Guidelines §§ 78 und 80) sind jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben können, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben ohne dass dadurch zusätzlicher Markteintritt erfolgt. Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmens. 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 Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden. Hohe strukturbedingte Marktzutrittsbarrieren bestehen beispielsweise, wenn erhebliche Skalen-, Verbund-, und Dichtevorteile sowie hohe versunkene Kosten für den Markt charakteristisch sind. Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Generell kann festgehalten werden, dass Markteintrittsbarrieren insofern ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktmächtigen Stellung sind, als sie eine notwendige Voraussetzung für die langfristige Abwesenheit von effektivem Wettbewerb darstellen. Existieren keine Markteintrittsbarrieren, ist unabhängig vom Grad der Konzentration (jedenfalls längerfristig) entweder durch Markteintritt oder durch potenziellen Wettbewerb ein kompetitives Marktergebnis zu erwarten.

4.2.1. Kategorien von Marktbarrieren:

Folgende Kategorien von Marktbarrieren sind für den gegenständlichen Markt wesentlich:

4.2.1.1. Versunkene Kosten:

Als versunken wird jener Anteil an den Fixkosten bezeichnet, den ein Unternehmen im Falle eines Marktaustritts auf Grund fehlender alternativer Verwendungen bzw. eines signifikant geringeren Wertes in der Zweitverwendung nicht rückgängig machen kann (Spezifität des Kapitals). Die Wertminderung in der Zweitverwendung kann unterschiedliche Gründe haben: Produktionsmittel können an keinem anderen Ort einsetzbar sein (räumliche Irreversibilität) und/oder sie können nicht für die Produktion anderer Dienste (Nutzungsarten) verwendet werden (sachlich irreversibel).

Hohe versunkene Kosten erzeugen insbesondere aus zwei Gründen Asymmetrien zwischen Neueinsteigern und bestehenden Betreibern. Zum einen steigen mit zunehmender Spezifität des eingesetzten Kapitals (mangels Sicherheiten) die Kapitalkosten für Neueinsteiger, zum anderen ist die Gefahr von strategischem Verhalten seitens bestehender Betreiber (z.B. entry deterrence) gerade auf Märkten mit hohen versunkenen Kosten groß.

4.2.1.2. Skalenvorteile und Verbundvorteile:

Größenvorteile (Skalenvorteile oder economies of scale) und Verbundvorteile (economies of scope) sind per se keine Markteintrittsbarriere, da sie den bestehenden Betreiber in gleichem Maße zur Verfügung stehen wie Neueinsteigern. Sie sind allerdings dann zu den Markteintrittsbarrieren zu zählen, wenn sie in Verbindung mit anderen Markteintrittsbarrieren – insbesondere in Verbindung mit versunkenen Kosten – auftreten. Skaleneffekte haben – insbesondere bei Abwesenheit rechtlicher Eintrittsbarrieren – einen wesentlichen Einfluss auf die Industriestruktur (Konzentration). Je höher die Größenvorteile desto weniger Unternehmen sind bei gegebener Nachfrage imstande, die optimale Mindestbetriebsgröße (minimum efficient scale) eines effizienten Unternehmens zu erreichen und desto höher ist die Marktkonzentration.

4.2.1.3. Zusammenschaltung

Die direkte oder indirekte Zusammenschaltung mit anderen Netzen ist eine notwendige Voraussetzung für den Markteintritt eines Wettbewerbers. Betreiber sind nach § 48 TKG 2003 grundsätzlich verpflichtet, zusammenzuschalten und damit die Erreichbarkeit ihrer Teilnehmer von anderen Teilnehmern zu gewährleisten. Insbesondere größere Netzbetreiber haben weniger Interesse an einer Zusammenschaltung mit kleinen Betreibern oder Neueinsteigern, weil sie sich damit Konkurrenten sowohl an den Endkunden- als auch an den Vorleistungsmärkten schaffen. Da die Zusammenschaltung nicht verweigert werden darf, können unangemessene Konditionen, Verzögerungen bei Verhandlungen, Zurückhaltung von Informationen und andere antikompetitive Praktiken eine nicht unerhebliche Markteintrittsbarriere bilden, die potenziellen Wettbewerbern den Markteintritt erheblich erschweren oder gar unmöglich machen. Insbesondere wenn ein vertikal integriertes Unternehmen, das am Vorleistungsmarkt über Marktmacht verfügt, diese auf die Endkundenmärkte überträgt, kann es zu allokativen Wettbewerbsverzerrungen kommen.

4.2.1.4. Wechselkosten

In vielen Märkten hat der Incumbent den Vorteil, dass er über einen bestehenden Kundenstock verfügt und seine Kunden hinsichtlich des Wechsels zu anderen Betreibern träge sind. Die Transaktionskosten, die mit einem solchen Wechsel verbunden sind, sind nicht zu unterschätzen, da Informationen eingeholt, Wissen aufgebaut, Kostenvergleiche angestellt werden müssen. Außerdem verfügt der Incumbent über Daten aus dem Telefonierverhalten seiner Kunden, die er zum Zwecke seiner Tarifgestaltung und zur Steuerung von Innovation verwenden könnte.

4.2.2. **Untersuchung der Marktbarrieren**

Markteintritts- und -austrittsbarrieren sind durch den Anschlussmarkt bedingt und gelten daher auch für den Originierungsmarkt. Um die Originierungsleistung anzubieten, muss der Betreiber die Verfügungsmacht über den Anschluss besitzen und diese gegebenenfalls gegenüber dem Nachfrager verrechnen. Üblicherweise wird der Eigentümer der Infrastruktur der Originierungsnetzbetreiber sein, lediglich im Fall der Entbündelung wäre jener Betreiber, der die Leitung entbündelt hat, der Originierungsnetzbetreiber. Im Falle von Wiederverkauf der Anschlussleistung („Resale“) hingegen bliebe die Verfügungsgewalt beim Netzbetreiber, der den Kunden physisch angeschlossen hat. Die Originierung wird über diesen abgewickelt.

Um am Originierungsmarkt tätig zu sein bedarf es angeschlossener Teilnehmer, die aktiv Gespräche führen. Teilnehmeranschlüsse sind nur mit massiven Investitionsausgaben zu realisieren und als schwer duplizierbare Infrastruktur anzusehen. Die hohen Investitionskosten stellen zum großen Teil versunkene Kosten dar, denen eine alternative Verwendungsmöglichkeit fehlt. Zusätzlich zu diesen Investitionen in das Netz sind noch Werbungs-, Marketing- und Vertriebsleistungen zu erbringen, um das Vertrauen und den Bekanntheitsgrad bei den potenziellen Kunden zu steigern und sie schließlich für den Wechsel des Anschlusses zu gewinnen. Neben diesen Barrieren könnten für einen Neueinsteiger – bis eine effiziente Mindestgröße erreicht ist – die eigenen

Durchschnittskosten über den Preisen am Markt liegen. Die Telekom Austria jedoch profitiert von Skalenerträgen und kann daher durch ihre Größe mit niedrigeren Kosten rechnen. Erschwerend kommt noch hinzu, dass die Unternehmensstruktur in Österreich durch viele Kleinbetriebe geprägt ist, für die ein eigener Direktanschluss oder die Entbündelung oftmals nicht profitabel genug ist. Hinzu kommt, dass kommunikationsintensive Unternehmen, die für die Betreiber besonders interessant sind, im Zuge der Liberalisierung von den Telekomunternehmen bereits angesprochen wurden.

Angesichts der erheblichen Investitionskosten zur Erschließung von Kunden zielen regulatorische Maßnahmen wie Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (TASL) auf die Senkung dieser Marktbarriere und sollen den Markteintritt erleichtern. Allerdings können die Entbündelung (und Teilentbündelung) die Marktbarriere nur unzureichend senken, weil diese Option nur für wenige urbane Gebiete wirtschaftlich sinnvoll erscheint und die Umsetzung sich bisher tatsächlich auf diese beschränkt. Mit Jahresende 2003 waren ca. 26.000 Teilnehmerleitungen entbündelt, wovon nur ein geringer Teil für Sprachtelefonie Verwendung fand. Der Anteil der – auf Grund verwendbarer Kollokationsräume – potenziell entbündelbaren Leitungen an der Gesamtzahl aller Leitungen lag mit Jahresende 2003 bei ca. 48%. Zum Entscheidungszeitpunkt beträgt dieser Anteil knapp 52%. Absolut gesehen sind zum Entscheidungszeitpunkt etwa 58.000 Leitungen entbündelt. Eine weitere Erleichterung ist die Möglichkeit der ANBs, ihren Netzausbau nach dem jeweiligen Geschäftsmodell zu skalieren und sich auf profitable Kunden zu konzentrieren. Im Gegensatz zum Mobilfunk gibt es im Festnetzbereich keine Verpflichtung zu flächendeckender Vernetzung, zumal durch Nutzung des Telekom Austria Netzes in Form von Verbindungsnetzbetrieb der Infrastrukturaufbau in unprofitablere Regionen entfallen kann. Damit werden die Einstiegskosten gesenkt. Die Konzentration der Bevölkerung in Ballungsräumen erleichtert ebenfalls den Markteintritt, soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Regionen gleichermaßen für alle ANBs interessant sind und die Aktivitäten der ANBs sich vornehmlich auf diese (insbesondere den Großraum Wien) konzentrieren.

Neben den bisher besprochenen exogenen (von außen vorgegebenen) Marktbarrieren kann ein marktmächtiges Unternehmen endogen durch sein Verhalten Marktbarrieren schaffen:

4.2.2.1. Erhöhung der Wechselkosten

Zu den endogenen Markteintrittsbarrieren zählen etwa die Verlängerung der Kündigungsfristen und Vertragsdauern, exzessive Pönalen für vorzeitige Kündigungen, Spezialtarife für Benutzergruppen, die Erhöhung von Entgelten für Nummernportabilität und administrative Barrieren für den Wechsel. Wenn ein Unternehmen von solchen Maßnahmen absieht und seine Marktanteile trotzdem halten kann, kann dies als Indiz dafür gewertet werden, dass sie schlichtweg nicht notwendig sind und Marktanteile auch ohne sie gehalten werden können.

Aktivitäten der Telekom Austria, die darauf ausgerichtet waren, im Anschlussbereich die Wechselkosten zu erhöhen, konnten bisher nicht beobachtet werden. Es gibt weder Treueprogramme, noch enthalten die Verträge Pönalia für vorzeitige Kündigungen. Entgelte für Nummernportierung wurden regulatorisch festgelegt. Das Fehlen von endogenen Marktbarrieren ist durch die hohen Marktanteile der Telekom Austria sowie auf Grund der dargelegten exogenen Marktbarrieren erklärbar.

4.2.2.2. Exklusivverträge

Marktbarrieren können auch dadurch aufgebaut werden, indem das marktmächtige Unternehmen Verträge mit bestimmten Nachfragern (z.B. einzelnen VNB) schließt, die ihnen den exklusiven oder bevorzugten Bezug einer notwendigen Vorleistung zusichern; andere Betreiber werden vom Bezug der Leistung ausgeschlossen oder erhalten schlechtere, diskriminierende Konditionen, sodass das marktmächtige Unternehmen kontrollieren kann,

welche anderen Unternehmen zu welchen Konditionen mit ihr auf den nachgelagerten Märkten konkurrieren können.

Die Telekom Austria wurde durch die bisherige Regulierung an einer solchen Praxis gehindert. Dass solche Wettbewerbsprobleme auftreten können, belegt der Fall der Cybertron um die Kollokationsflächen im Verfahren RZUS 60/00 vor der (damaligen Telekom Control GmbH. Cybertron schloss mit der Telekom Austria Verträge über die exklusive Nutzung der für die Entbündelung notwendigen Kollokationsflächen, ohne sie aber tatsächlich alle für ihre Entbündelung zu verwenden. Damit konnten andere potenzielle Interessenten mangels Flächen nicht entbündeln. Erst das Verfahren konnte diese Praxis abstellen und die Vergabe der Flächen nach der tatsächlichen Nutzung ausrichten, gleichzeitig wurden die ANB verpflichtet, nicht genutzte Flächen zurückzugeben.

4.2.3. Schlussfolgerung

Die Marktein- und -austrittsbarrieren sind in diesem investitionsintensiven Markt, der durch Größenvorteile geprägt ist und in dem ein „minimum efficient scale“ notwendig ist, um profitabel zu operieren, erheblich. Es gibt zwar einige Faktoren, die diese Barrieren (insbesondere) im Vergleich zum Mobilfunk senken und den Markteinstieg erleichtern – wie die Möglichkeit zur Entbündelung oder die Konzentration der Kunden in Ballungsräumen – doch haben diese bisher nicht ausreichend restringierende Auswirkungen auf die Telekom Austria ausgeübt. Endogene Barrieren, durch bewusste Handlungen des marktmächtigen Unternehmens im Falle fehlender Regulierung, können zusätzlich Marktbarrieren schaffen. Eine solche Verhaltensweise wurde bisher nur in Ansätzen beobachtet. Die hohen exogenen Marktbarrieren reichen für sich genommen aus, das Entstehen effektiven Wettbewerbs einzuschränken.

4.3. Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Telekom Austria verfügt als ehemaliger Monopolist über ein flächendeckendes Netz und profitiert auf Grund ihrer Netzgröße und ihres Verkehrsvolumens von steigenden Skalenerträgen. Alternative Teilnehmernetzbetreiber können keine vergleichbaren Skalenerträge realisieren.

4.4. Gesamtmarktentwicklung

4.4.1. Gesamtmarktentwicklung und Wettbewerb

Wie dargestellt leitet sich der Wettbewerb um den Verbindungsaufbau primär davon ab, welcher Netzbetreiber die Verfügungsgewalt über die Anschlüsse innehat und sohin den Verbindungsaufbau erbringt und wie viel die Teilnehmer aktiv telefonieren. Der Wettbewerb am Originierungsmarkt lässt sich daher nur in Zusammenhang mit den Verhältnissen am Anschlussmarkt darstellen. Die Gesamtmarktentwicklung gibt ein gutes Bild über den Markt, für den Wettbewerb spielt sie insofern eine Rolle, als ersichtlich wird, ob der Markt stark wächst oder ob er stagniert. Einen unmittelbaren Rückschluss auf den Wettbewerb lässt die Gesamtmarktentwicklung nicht zu, doch in einem stagnierenden Markt müsste ein Neueinsteiger um Kunden bestehender Betreiber werben, sodass mittelbar der Markteinstieg unattraktiver als in einem rasch wachsenden Markt ist, in dem der Markteinsteiger neue Kunden erschließen kann und somit keine bestehenden Wechselbarrieren überwunden werden müssen.

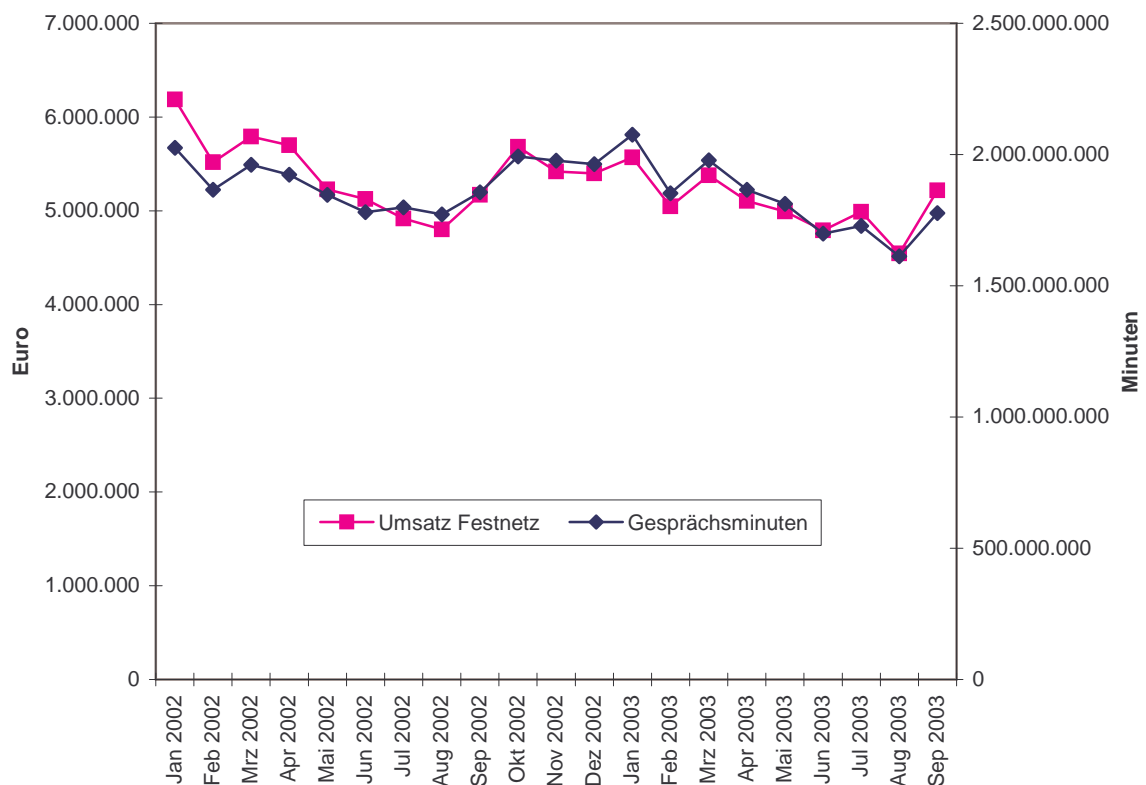
4.4.2. Untersuchung der Gesamtmarktentwicklung

Die Festnetzsprachtelefonie basiert auf altbewährten Technologien, der Markt für Originierung hat vor der Liberalisierung bereits die ersten drei Marktphasen (Einführung,

Wachstum, Reife) durchlaufen. Als am 1.1.1998 die Liberalisierung in Kraft trat, existierten über 3,5 Millionen Anschlüsse. Der Originierungsmarkt wurde bis dahin nur von der Telekom Austria bedient, die Originierungsleistung für ihre Endkunden erbrachte.

Mit der Liberalisierung verlor die Telekom Austria ihr Monopol für Festnetzsprachtelefonie und regulatorische Auflagen zwangen sie, Originierung als Vorleistung für andere Netzbetreiber zu erbringen, sodass ihre Konkurrenten ihre Kunden bedienen konnten. Neben diesen Verbindungsnetzbetreibern, die auf die Zuführung des Verkehrs von Kunden der Telekom Austria angewiesen waren, etablierten sich andere Betreiber mit eigenem Zugang zum Endkunden (Teilnehmernetzbetreiber), die vertikal integriert agierten und hauptsächlich am Endkundenmarkt ihre Leistungen anboten. Diese originieren nur Gespräche, die ihre eigenen Teilnehmer über sie abwickeln und bieten mangels gesetzlicher bzw. regulatorischer Verpflichtung, keine Zuführung zu VNB an.

Die folgende Abbildung zeigt die Entwicklung der Umsätze und Verkehrsminuten an Originierung (Gesamtmarkt):



Für den Zeitraum von 2002 bis zum 3. Quartal 2003 zeigt sich, dass der Originierungsmarkt stagniert bzw. sich leicht zurück bildet. Gemessen in Verkehrsminuten betrug die Reduktion 4,43%.

Der Originierungsmarkt bestand vor der Liberalisierung fast ausschließlich aus Eigenleistungen. Zu diesem Zeitpunkt war der nachgelagerte Endkundenmarkt bereits gesättigt, neue Anschlüsse wurden nicht erwartet, dafür aber ein durch die Liberalisierung bedingtes, preisinduziertes Mengenwachstum. In dieser Marktphase stiegen die Marktteilnehmer in den Markt ein, mit dem Ziel Kunden vom ehemaligen Monopolisten Telekom Austria abzuwerben. Neukundenpotenzial gab es zu dieser Zeit kaum und nur einige wenige Teilnehmernetzbetreiber traten in den Originierungsmarkt ein. In der Weiterentwicklung konnte zwar die Einführung von Verbindungsnetzbetreibern den

Originierungsmarkt beleben, weil durch die gesenkten Endkumentarife ein merkliches Mengenwachstum zu verzeichnen war, doch dies war nur von kurzer Dauer. Im Zeitraum 1Q-3Q 2003 entwickelte sich das Gesamtvolumen ein wenig rückläufig. Mit einem verstärkten Markteintritt neuer Betreiber ist weiterhin nicht zu rechnen, weil der Einstieg in einen tendenziell schrumpfenden Markt nicht attraktiv erscheint und damit neue exogene Impulse nicht zu erwarten sind, allenfalls können Anbieter in den Markt einsteigen, die sich auf Bündelprodukte (wie Breitbandzugang und Sprachtelefonie) spezialisieren.

Nachfolgend wird die Marktentwicklung der spezifischen Kategorien der Originierung dargestellt:

4.4.2.1. Originierung zu Diensterufnummern

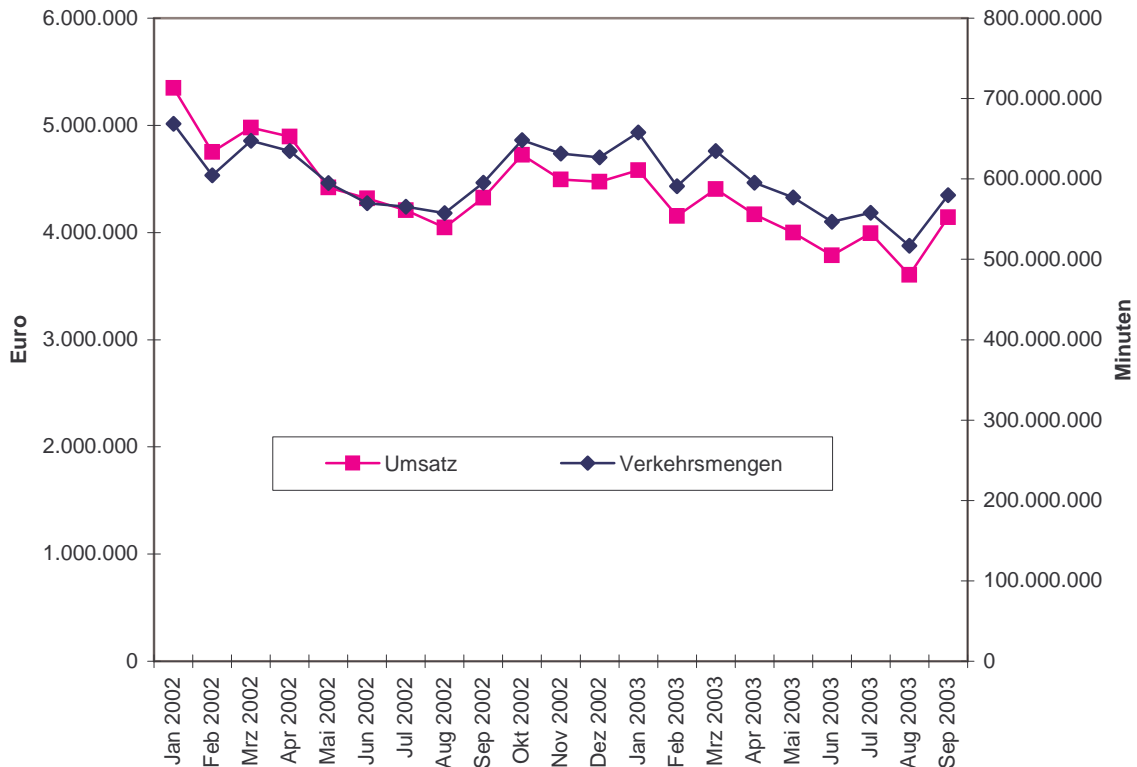
Die Verteilung und Entwicklung dieses Sektors hängt vom Wettbewerb um Anschlüsse ab und wie oft und wie lange angeschlossene Teilnehmer zielnetztarifizierte Nummern anrufen. Tendenziell werden Privatkunden diese tariffreien Dienste oder Mehrwertnummern nutzen, weil Diensteanbieter vornehmlich private Kunden erreichen wollen und die Nutzung von für Diensterufnummern vergebenen Bereichen seitens der Unternehmen oftmals (zentral) ausgeschlossen ist. Wer den anrufenden Teilnehmer angeschlossen hat, der erbringt auch die Originierung zu Diensterufnummern. Daher ist auch hier Wachstum und Entwicklung von der Endkundenseite (Anschlüsse und Gesprächsverhalten) abhängig.

Telekom Austria originiert knapp 80% (1Q-3Q 2003 bzw. knapp 82% im Jahr 2002) der Gesprächsminuten (Diensterufnummern und Online Minuten mit Vorleistungsumsätzen). Der zweit- und drittgrößte Betreiber haben in diesem Bereich einen Anteil von jeweils etwa 10%.

4.4.2.2. Originierung zu VNB

Dieses durch Regulierung induzierte Produkt, das darauf abzielt, Wettbewerbern die Möglichkeit zu geben, Sprachtelefonieleistungen an Endkunden zu erbringen wird nur von Telekom Austria angeboten. Durch dieses Angebot können die VNB auf den Endkundenmärkten den Telekom Austria Kunden Leistungen, die ein Substitut zu den Leistungen der Telekom Austria darstellen, anbieten. Die Minuten sind in den ersten Jahren der Liberalisierung stark gestiegen, doch für den Zeitraum von 2000 bis zum 3. Quartal 2003 ist eine merkliche Stagnation zu verzeichnen. Dieser Trend zeichnet sich jedoch analog auf allen Sprachtelefoniemärkten im Festnetz ab.

Die nachfolgende Tabelle zeigt die Entwicklung der Gesprächsminuten und des Umsatzes der Telekom Austria für Originierung zu VNB:



Während die Verkehrsminuten 2002 und 1Q-3Q 2003 relativ stabil blieben, ist ein leichter Rückgang der Umsätze zu verzeichnen, der auf die Reduktion der angeordneten Minutenentgelte in der Entscheidung der TKK vom 9.9.2002, in den Verfahren Z 11/02ff, zurückzuführen ist.

4.4.2.3. Eigenleistungen

Unter Eigenleistung ist im gegebenen Zusammenhang die Erbringung der Originierung an sich selbst bzw. an den Endkundenbereich des eigenen Unternehmens zu verstehen. Durch den Markteintritt von wenigen Teilnehmernetzbetreibern seit der Liberalisierung sind auf dem Originierungsmarkt keine entscheidenden Impulse für den Wettbewerb verzeichnet worden. Der Wettbewerb hängt stark von der Wettbewerbssituation auf den Endkundenanschlussmärkten ab.

Telekom Austria originiert knapp 95% der Gesprächsminuten, was ihrer Position auf den Anschlussmärkten entspricht. Der zweitgrößte Betreiber hält in diesem Bereich einen Anteil von knapp 3% (ebenso im Jahr 2002). Alle anderen Betreiber haben um bzw. unter 1,5%.

4.4.3. **Schlussfolgerung**

Die Wettbewerbsbeurteilung des Originierungsmarktes steht im Zusammenhang mit den Anschlussmärkten, weil Änderungen und Entwicklungen der Anschlussmärkte sich im Originierungsmarkt wieder finden. Wie auch die Anschlussmärkte befindet sich der Originierungsmarkt in der Sättigungsphase, wobei leichte Rückgänge 2002-9/2003 sowohl hinsichtlich der Verkehrsminuten als auch der Anzahl der Gespräche zu verzeichnen sind.

Ein scharfer Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern (am Anschlussmarkt und abgeleitet der Originierungsmarkt) in einer solchen Phase ist aus heutiger Sicht nicht zu erwarten. Die Abwerbung von Kunden ist in einem gesättigten Markt mit erheblichen Kosten verbunden,

weil der Endkunde nur bei signifikanten Preisreduktionen oder anderen Vorzügen den Netzbetreiber wechselt. Entscheidende Wachstumsimpulse für den Markt im Bereich der Sprachtelefonie oder Internet Einwahl sind ebenfalls nicht zu erwarten.

4.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

4.5.1. Nachfrageseitige Gegenmacht und Wettbewerbsbeurteilung

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

Ökonomisch betrachtet haben Kunden in der Regel eine nachfrageseitige Gegenmacht, weil sie auf veränderte Preise mit veränderter Nachfragemenge reagieren. Konkret nehmen sie in der Regel die nachgefragte Menge zurück, sobald die Anbieter auf dem Markt ihre Preise erhöhen. Inwieweit die Menge bei einer bestimmten Erhöhung des Preises zurückgeht, hängt letztlich von der Elastizität der Nachfrage ab.

In der Diskussion um die nachfrageseitige Gegenmacht steht aber nicht diese Elastizität im Vordergrund (weil sie auf allen Märkten vorhanden ist), vielmehr geht es um die Verhandlungsmacht, die ein Kunde aufgrund seiner Bedeutung für den Anbieter, seiner abgenommenen Menge, seiner Produkte, die er im Gegenzug anbieten kann, ausüben kann und somit die Ausübung von Marktmacht einschränken kann.

4.5.2. Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht

Die Untersuchung der Gegenmacht erfolgt auf Produktebene, weil sie für die unterschiedlichen Produkte auf diesem Markt sehr unterschiedlich ausfällt und eigentlich nur für ein einziges Produkt – Originierung zu zielnetztarifierten Nummern – von größerer Relevanz ist. Wie festgestellt werden drei Dienste auf diesem Markt angeboten:

- Originierung zu VNBs
- Eigenleistungen
- Originierung zu zielnetztarifierten Rufnummern

Für die Originierung zu VNBs („One-way Access“) ist eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuschließen, weil der VNB seine Leistungen in Konkurrenz zur Telekom Austria anbietet und auf die Vorleistung Originierung angewiesen sind. Die Telekom Austria hat daher grundsätzlich wenig Interesse, Mitbewerbern den Zugang zu ihrem Netz einzuräumen. Nachfrageseitige Gegenmacht ist sohin auf Grund der Einseitigkeit des Interesses auf Originierung auszuschließen.

Bei Eigenleistungen andererseits ist eine nachfrageseitige Gegenmacht nicht zu untersuchen, weil dasselbe Unternehmen als Nachfrager auftritt.

Die dritte Kategorie an Originierungsleistungen, besteht in der Originierung zu zielnetztarifierten Nummern, für die der Originierungsnetzbetreiber ein Vorleistungsentgelt erhält. Ein Originierungsnetzbetreiber, wie die Telekom Austria, bietet am Originierungsmarkt die Leistung „Originierung“ an. Der Dienstenetzbetreiber fragt diese Leistung nach, führt das Gespräch durch sein Netz und stellt es dem Contentanbieter zu, der an sein Netz angeschlossen ist.

Telekom Austria steht am Originierungsmarkt mit anderen Teilnehmernetzbetreibern im Wettbewerb, der sich aus dem Anschlussmarkt ableitet. Gleichzeitig steht sie am Dienstenetzmarkt mit dem Dienstenetzbetreiber in Wettbewerb um den Contentanbieter und

hat einen Anreiz, den Contentanbieter für sein Netz zu gewinnen, weil damit das Gespräch netzintern geführt wird, sie an den Erträgen des Contentanbieter beteiligt ist und keine Leistungen an Externe erbringen muss.

Zielnetztarifizierte Nummern unterteilen sich in tariffreie Nummern (Endkunden telefonieren kostenfrei zu einer Rufnummer, die gesamten Kosten werden vom Contentanbieter getragen), Nummern mit geregelten Tarifobergrenzen (die Kosten werden zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen geteilt) und Mehrwertnummern (der Anrufende trägt das gesamte Entgelt, das sich aus den Telefon- und Inhaltskosten zusammensetzt). Diese Originierung zu zielnetztarifizierten Rufnummern macht jedoch nur etwa 2% der insgesamt am Markt erbrachten Minuten aus und steht daher in der Beurteilung der Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt nicht im Vordergrund.

In allen diesen im Marktanalysegutachten im Detail untersuchten Fällen hat Telekom Austria ökonomisch ein Interesse Monopolpreise zu setzen. Da sie selbst als Dienstenetzbetreiber auftritt und damit um Contentanbieter konkurriert, können die anderen Netzbetreiber keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben. Vielmehr bestehen für Telekom Austria Anreize die Kosten ihrer Konkurrenten durch hohe Vorleistungspreise zu erhöhen und gleichzeitig durch günstige Angebote an Contentanbieter diese zum Wechsel in ihr Netz zu ermutigen.

4.6. Vertikale Integration und Marktmachtübertragung

4.6.1. Vertikale Integration und Wettbewerbsbeurteilung

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

Es lassen sich drei Typen von Strategien der Marktmachtübertragung unterscheiden:

1. Verweigerung des Zugangs: Das Unternehmen verweigert Produkte oder Dienste des Vorleistungsmarktes, auf dem es Marktmacht besitzt, mit der Absicht, dass die Konkurrenten ihre Dienste am nachgelagerten Markt nicht erbringen können und daher gegebenenfalls aus dem Markt ausscheiden. Damit schwächt oder verhindert es den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.
2. Übertragung von Marktmacht mittels Preissetzung: Ein Unternehmen überträgt seine Marktmacht durch Preise, indem es durch Diskriminierung bei Preisen von Vorleistungsmärkten die Kosten der nachgelagerten Unternehmen erhöht und sich selbst damit einen Wettbewerbsvorteil am nachgelagerten Markt verschafft.
3. Übertragung von Marktmacht mittels qualitativer Variablen: Ein Unternehmen verweigert nicht unmittelbar den Zugang, sondern versucht durch nicht preisliche Maßnahmen den Zugang zu erschweren und die (Transaktions-) Kosten der Konkurrenten zu erhöhen. Solche Maßnahmen können das Ausnutzen von Informationsvorsprüngen sein, um die eigene Wettbewerbsposition zu verbessern oder den Konkurrenten Informationen vorzuenthalten, die für das erfolgreiche Agieren am Markt notwendig wäre,

Diskriminierung in der Qualität gegenüber Dritten, Verzögerungen bei Tests und andere (Vgl. European Regulators Group (ERG), 2003).

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

Die Strategien können für Österreich nicht empirisch nachgewiesen werden, da der Markt bislang der Regulierung unterworfen ist. Daher wird im folgenden Kapitel untersucht, zu welchem Verhalten ein marktmächtiges Unternehmen, konkret die Telekom Austria, bei Abwesenheit von Regulierung einen Anreiz hätte.

4.6.2. Untersuchung der vertikalen Integration

4.6.2.1. Verweigerung des Zugangs

Die Telekom Austria ist ein vertikal integriertes Unternehmen, das eine herausragende Stellung auf dem Originierungsmarkt einnimmt, gleichzeitig aber auf potentiell kompetitiven Endkundenmärkten tätig ist. Aufgrund regulatorischer Verpflichtungen gewährte sie Verbindungsnetzbetreibern Zugang zu ihren Teilnehmern. Da die VNB auf den Endkundenmärkten um die Gespräche der bei Telekom Austria angeschlossenen Kunden konkurrieren, hat diese wenig Interesse, ihnen am Vorleistungsmarkt Dienste anzubieten, damit sie auf den Endkundenmärkten in Konkurrenz zu ihr treten können. Telekom Austria hat daher keinen z.B. Anreiz, für alle von ihr angebotenen Endkundenprodukte, die Originierungsleistungen als Vorleistungen erfordern (z. B. flat-rate Angebote), solche Vorleistungen auch anderen Anbietern anzubieten. Eine Aufhebung der regulatorischen Verpflichtung der Originierung zu VNB würde daher wahrscheinlich zu einer Verweigerung des Zugangs und damit zur Eliminierung eines Großteils der Konkurrenten der Telekom Austria am Endkundenmarkt führen und mithin den Wettbewerb bei Verbindungsleistungen substantiell gefährden.

4.6.2.2. Marktmachtübertragung mittels Preis

Wenn die Telekom Austria für die Originierung Entgelte verlangt, die höher als ihr eigener interner Verrechnungspreis liegen oder deren Differenz zum Endkundenpreis de-facto alternative Betreiber vom Endkundenmarkt ausschließt, dann betreibt sie Margin Squeeze und überträgt ihre Marktmacht auf Endkundenmärkte. Damit kann Telekom Austria auf Endkundenmärkten niedrige Preise anbieten, während sie von anderen Betreibern hohe Originierungsentgelte verlangt. Dies schließt auch die Möglichkeit ein, dass das marktmächtige Unternehmen die am Originierungsmarkt erzielten Gewinne für seinen eigenen Wettbewerbsvorteil auf potentiell kompetitiven Endkundenmärkten gegenüber Konkurrenten einsetzt, die auf solche Vorleistungsgewinne nicht zurückgreifen können. Eine solche Quersubventionierung hat auch allokativer Wohlfahrtsverluste aufgrund falscher Preissignale zur Folge.

Insbesondere Verbindungsnetzbetreiber, die auf die Vorleistung der Originierung angewiesen sind, um ihre Leistungen am Endkundenmarkt zu erbringen, wären von einer Aufhebung der Regulierungsmaßnahmen betroffen. Ihr Erfolg auf den Endkundenmärkten hängt im wesentlichen von der Spanne zwischen den Originierungsentgelten und den Endkundenentgelten ab. Eine Erhöhung der Originierungsentgelte der Telekom Austria würde sie doppelt unter Druck setzen, weil sie einerseits mit höheren Kosten konfrontiert wären und andererseits die Telekom Austria die erzielten Übergewinne verwenden könnte, um ihre Position auf den Endkundenmärkten zu stärken. Die bisherige Regulierung der Originierungsentgelte verhinderte ein solches wettbewerbsfeindliches Vorgehen und eine Übertragung der Marktmacht der Telekom Austria.

4.6.2.3. Übertragung mittels nicht preislicher Variablen

Eine potentielle antikompetitive Maßnahme sind Verzögerungen, die mannigfaltig in Form von langen Verhandlungen, angeblichen technischen Problemen etc. auftreten und die Zusammenschaltung, respektive den Markteintritt von Konkurrenten verschleppen können.

Da die Telekom Austria mit allen Netzbetreibern zusammengeschaltet ist, verfügt sie über Informationen über Verkehrsströme der Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten. Beispielsweise könnte ein Anreiz bestehen, den Verkehr der VNB auszuwerten und so Rückschlüsse auf die Kunden und Kundenstruktur ihrer Konkurrenten ziehen, deren Umsätze und Margen abschätzen und Aktivitäten setzen, um gezielt attraktive Kunden ihrer Mitbewerber anzusprechen. Sie könnte auch Informationen über ihre Netzausbaupläne und Umstrukturierungsvorhaben, die die Originierung betreffen, den Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt vorenthalten oder verzögert preisgeben, sodass Mitbewerber einzelne Services nicht mehr anbieten können oder nicht rasch genug auf ein neues Produkt der Telekom Austria reagieren können. Es wird deutlich, dass ohne entsprechende Auflagen diese Informationen zu Wettbewerbsvorteilen der Telekom Austria auf den Endkundenmärkten führen könnten.

Die Telekom Austria konnte durch die bisherige Verpflichtung (nach dem TKG 1997) zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebots und durch die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission (z.B. in Bezug auf VNB) derartige antikompetitiven Maßnahmen nicht setzen. Durch die gesetzliche Möglichkeit des TKG (1997) und auch TKG 2003 nach sechs Wochen Verhandlung die Regulierungsbehörde anzurufen und ein Verfahren einzuleiten, waren allfälligen Verzögerungstaktiken enge Grenzen gesetzt. Auch hinsichtlich Qualität, Information etc. enthält das Standardzusammenschaltungsangebot entsprechende Bestimmungen. Weitere potentielle antikompetitive Maßnahmen könnten in unangemessenen Bedingungen für die Erbringung seiner Vorleistung bestehen, die z. B. ein bestimmtes, für den Bezug der Vorleistung aber irrelevantes Verhalten vom Konkurrenten verlangen. Diese Maßnahmen zielen darauf ab, die Kosten der Konkurrenten zu erhöhen oder ihre Verkäufe am Endkundenmarkt zu beschränken. Beispielsweise könnte Telekom Austria einen Anreiz haben, am Vorleistungsmarkt Sicherheitsleistungen oder Bankgarantien, die das übliche Maß übersteigen und/oder den Zweck verfehlen, verlangen oder sie könnte proprietäre technische Vorgaben setzen, ihre Konkurrenten zur Entwicklung kostspieliger Softwarelösungen zwingen und damit die Kosten ihrer Mitbewerber erhöhen.

4.6.2.4. Horizontale Marktmachtübertragung

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

Für den Originierungsmarkt kommt der Transitmarkt als ein solcher zweiter Markt in Frage. Vorausgesetzt der Transitmarkt sei ein potentiell kompetitiver Markt, würde die Telekom Austria das Produkt Originierung diesfalls nicht mehr getrennt anbieten, sodass die Betreiber dann nur mehr das Bündelprodukt Originierung und Transit beziehen könnten. Damit fehlt die Möglichkeit, die Originierungsleistung von der Telekom Austria erbringen zu lassen und den Transit selbst zu erstellen bzw. von einem Dritten zu beziehen. Damit würde die Telekom Austria ihre Marktmacht auf den Transitmarkt übertragen. Ihre Konkurrenten am Transitmarkt könnten keine adäquaten Bündelprodukte anbieten, sodass sie einen Teil ihrer Kunden an die Telekom Austria verlieren würden, selbst wenn sie die Transitleistung günstiger anbieten würden. Dies hätte auch erhebliche Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs bei Transitleistungen. Bisher wurden solche Bündelprodukte (single und double tandem Originierung) reguliert.

4.6.3. Schlussfolgerung

Im Falle einer Aufhebung der Regulierung auf dem Originierungsmarkt hätte die Telekom Austria als vertikal integriertes Unternehmen einen Anreiz, ihre Marktmacht auf nachgelagerte Endkundenmärkte zu übertragen. Sie könnte mit der Verweigerung des Zugangs insbesondere VNB aus den Verbindungsmärkten verdrängen und damit dort einen potentiellen Wettbewerb substantiell gefährden. Selbst bei einer Zugangsverpflichtung könnte die Telekom Austria durch exzessive Preise für Vorleistungen die Kosten ihrer Mitbewerber erhöhen und sich damit einen Wettbewerbsvorteil auf den Endkundenmärkten verschaffen. Die durch diese Marktmachtausübung erzielten Gewinne könnten auf potentiell kompetitiven Endkundenmärkten eingesetzt werden, um einen Wettbewerbsvorteil zu generieren. Die Übertragung der Marktmacht muss nicht nur durch exzessive Vorleistungspreise erfolgen, sondern kann auch dadurch geleistet werden, indem Dritten eine mindere Qualität angeboten wird, Zusammenschaltungsverhandlungen verzögert und Informationen vorenthalten oder zum eigenen Vorteil genutzt werden. Da die Telekom Austria sowohl auf dem Originierungs- als auch auf dem Transitmarkt tätig ist, könnte sie durch Bündelprodukte ihre Marktmacht auf dem Originierungsmarkt auf den Transitmarkt übertragen.

4.7. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Die Originierungsleistungen der Telekom Austria wurden seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG [1997] – reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung entzogen, sodass deren Untersuchung auf Basis einer Ex-post-Betrachtung (wie haben sich die Unternehmen in der Vergangenheit verhalten) allenfalls Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen liefern würde. Aus diesem Grund ist eine Ex-ante-Betrachtung anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Originierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter „Green-Field-Ansatz“).

Die Analyse des gegenständlichen Marktes stützt sich daher in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Originierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

4.8. Marktergebnis

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

4.9. Entgelte

4.9.1. Untersuchung der Entgelte

Die lokalen Originierungsentgelte der Telekom Austria sind ab 01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 1,24 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,02 (peak) und Cent 0,51 (off-peak) gesunken, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 34% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 11% auf Cent 0,91, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,59% auf Cent 0,85 (peak) und um 1,96% auf Cent 0,50 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 3,58% auf Cent 0,82 (peak) bzw. auf Cent 0,48 (off-peak).

Die regionalen Originierungsentgelte der Telekom Austria und damit über die Reziprozität die Originierungsentgelte der ANBs sind ab 01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 2,03 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,53 (peak) und Cent 0,73 (off-peak) gesunken, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 40% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 9% auf Cent 1,39, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,47% auf Cent 1,30 (peak) und um 1,37% auf Cent 0,72 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 1,77% auf Cent 1,28 (peak) bzw. auf Cent 0,71 (off-peak).

Dies zeigt, dass die Entgelte für die peak Zeiten innerhalb von zweieinhalb Jahren um etwa ein Drittel reduziert wurden, während die offpeak Entgelte (seit Einführung der Spreizung in peak und offpeak) von 2000 bis Oktober 2003 gleich geblieben sind.

Wie oben festgestellt hat ein Unternehmen, das Marktmacht auf einem Markt ausüben kann, ohne Androhung von Regulierung Anreize dazu, seinen gewinnmaximalen Preis über den Kosten zu setzen. Der Preis wird zwischen den wohlfahrtsoptimalen Grenzkosten und dem Monopolpreis liegen, sofern die Nachfrager am nachgelagerten Markt nicht in Konkurrenz stehen. Für die Originierung zu VNB und zu zielnetztarifierten Nummern ist dies aufgrund von Regulierungsverpflichtungen auszuschließen. Wenn davon ausgegangen wird, dass das marktmächtige Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit den Nachfragern steht, kann dieses bei der Preissetzung Verdrängungstaktiken verfolgen. Denn dann bestehen Anreize, die Vorleistungsentgelte auch über den Monopolpreis hinaus zu erhöhen, sodass die Konkurrenten am Endkundenmarkt oder am Markt für Anschlüsse von Diensteanbietern ihre Endkundenpreise anheben müssen. Das marktmächtige, vertikal integrierte Unternehmen könnte seine Endkundenpreise unter denen der Konkurrenten setzen und damit einerseits am Vorleistungsmarkt Übergewinne abschöpfen und am Endkundenmarkt die Wettbewerber aus dem Markt drängen. Selbst eine Regulierung der Preise am Endkundenmarkt allein reicht nicht aus, um solche Praktiken zu verhindern, weil das marktmächtige Unternehmen weiterhin erhöhte Vorleistungsentgelte setzen und die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen könnte (Margin Squeeze).

Die durchschnittlichen Originierungsentgelte der größten Betreiber (für den Zeitraum 1Q-3Q/2003) liegen zwischen knapp 0,7 und 1,5 Cent und damit im angeordneten Rahmen. Die Originierungsentgelte der Telekom Austria liegen erheblich unter jenen der alternativen Betreiber, weil für Telekom Austria ein Entgelt für lokale Originierung angeordnet wurde. ANB verrechnen – aufgrund des Fehlens einer hierarchischen Netzstruktur – regionale Originierung.

4.9.2. Schlussfolgerung

Die Marktmacht eines Unternehmens drückt sich letztlich darin aus, inwieweit es dem Unternehmen gelingt, seine Entgelte dauerhaft über die Kosten zu setzen und dort supranormale Profite zu erwirtschaften. Können diese „langfristig“ aufrechterhalten werden, ohne dass der Wettbewerbsdruck die Preise senkt und diese Übergewinne eliminiert, kann das Unternehmen Marktmacht ausüben. Im Gegensatz zu einem Anbieter ohne Marktmacht

ist ein Monopolist kein Preisnehmer, der zum Marktpreis anbieten muss, sondern ein Preissetzer. Bei der Preissetzung unterliegt der Monopolist zwei Beschränkungen, zum einen technologischen Beschränkungen und zum anderen durch die Marktnachfrage, aber keinen Beschränkungen durch andere Anbieter. Um den Gewinn zu maximieren, wird der Monopolist folglich den Output bis zu jenem Niveau erhöhen, bei dem die Erlöse einer weiteren Einheit (abgeleitet von der Marktnachfrage) genau gleich den zusätzlichen Kosten für diese weitere Einheit (gegeben durch die Technologie) sind. Mit anderen Worten liegt der gewinnmaximale Preis des Monopolisten dort, wo der Grenzerlös gleich den Grenzkosten ist. Über dieser Outputmenge des gewinnmaximierenden Monopolisten hinaus gibt es noch Zahlungsbereitschaft zu Preisen, die oberhalb der Grenzkosten liegen, die jedoch den gesamten Gewinn des Monopolisten verringern. In einer Wettbewerbssituation wird es Anbieter geben, die diese Gewinne abschöpfen, indem sie zu Preisen anbieten, die unterhalb des Monopolpreises liegen, solange sie ihre Kosten decken. Unter der (Standard-) Annahme einer fallenden Nachfragefunktion wird daher die Outputmenge eines gewinnmaximierenden Monopolisten immer geringer und der Preis höher als in einer Wettbewerbssituation sein, was einen entsprechenden Verlust für die Gesamtwohlfahrt nach sich zieht. Dieser theoretischen Überlegung stehen in der Telekommunikation eine Reihe von anderen Faktoren entgegen, die bei der Preisbeurteilung mitberücksichtigt werden müssen.

Die Kostenstruktur besteht zu einem überwiegenden Teil aus fixen (versunkenen) Kosten und nur zu einem geringen Teil aus variablen Kosten. Die wettbewerbliche „First Best Lösung“, die Preise auf dem Niveau der Grenzkosten zu setzen, würde die Fixkosten nicht abdecken und daher langfristig zu einem Ausscheiden aus dem Markt führen. Daher ist eine Second Best Lösung, in der sich die Preise an den langfristigen Durchschnittskosten orientieren, für den Bereich der Telekommunikation besser geeignet.

Oft sind freie Preisentwicklungen am Markt nicht feststellbar, weil die Preise sich nie frei am Markt bilden konnten. Wenn Entgelte reguliert werden, dann lassen sich aus der Regulierung zwar über den Preis Aussagen treffen, für die Beurteilung des Preissetzungsverhaltens der Unternehmen ist dies aber nicht geeignet. Im vorliegenden Fall lässt sich daher zwar anhand der Konzepte der Monopoltheorie das mögliche Preissetzungsverhalten eines Monopolisten in Abwesenheit von Regulierung untersuchen, aus den tatsächlich am Markt verrechneten Entgelten sind aber lediglich Rückschlüsse auf die Regulierungstätigkeit möglich.

Aufgrund der bisherigen Regulierung können freie Preisbildungen am Markt nicht beobachtet werden. Aus ökonomischer Sicht hat ein profitmaximierendes Unternehmen in einem unregulierten Umfeld und ohne die Androhung von Regulierung Anreize dazu, aufgrund seiner Marktmacht Preise über Kosten zu setzen, insbesondere im Hinblick darauf, dass seine Nachfrager Konkurrenten am Endkunden- bzw. Diensteanbietermarkt sind.

4.10. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Originierungsleistung im Netz der Telekom Austria waren daher zusammengefasst für den Fall der Nicht-Regulierung zu identifizieren:

Wettbewerbsproblem 1: Exzessive Preise

Aufgrund ihrer Marktmacht hat Telekom Austria grundsätzlich Anreize, exzessive Preise zu setzen, da einer Preiserhöhung über das Wettbewerbsniveau keine entsprechenden Nachfrageverluste gegenüberstehen und so der Gewinn erhöht werden kann.

Wettbewerbsproblem 2: Vertikale Marktmachtübertragung durch Verweigerung des Zugangs.

Telekom Austria hat Anreize dazu, Marktmacht durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zur Originierungsleistung auf die Endkunden-Verbindungs Märkte zu übertragen

und diese damit für den Wettbewerb abzuschotten (foreclosure). Auf die Problematik der Marktmachtübertragung durch Nichtanbieten adäquater Vorleistungsprodukte für angebotene Endkundenprodukte (siehe unten: Wettbewerbsproblem 4) wird in diesem Zusammenhang hingewiesen.

Wettbewerbsproblem 3: Margin Squeeze

Gegenüber den Verbindungsnetzbetreibern bestehen Anreize für die Telekom Austria, die Vorleistungspreise hoch zu setzen, um die VNB-Margen am Endkundenmarkt zu verringern und/oder sie aus den Endkundenmärkten zu drängen. Gegenüber Dienstenetzbetreibern (DNB) bestehen Anreize für Telekom Austria, hohe Originierungsentgelte zu verlangen, um die Preise der DNB gegenüber Inhaltenanbietern hoch zu halten (und gleichzeitig diesen Inhaltenanbietern günstige Preise zu offerieren, damit diese in ihr Netz wechseln).

Wettbewerbsproblem 4: Vertikale Marktmachtübertragung mittels nicht preislicher Variablen

Telekom Austria könnte anderen Betreibern, insbesondere VNB, schlechtere Konditionen als sich selbst anbieten und damit ihre unmittelbaren Konkurrenten auf den Verbindungsmärkten benachteiligen. Derartige Foreclosure-Strategien können etwa darin bestehen, dass Telekom Austria Endkundenprodukte am Markt anbietet, die Originierungsleistungen als Vorleistungen erfordern (z.B. flat-rate Angebote), diese Vorleistungen anderen Betreibern aber nicht bzw. nicht spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anbietet und dadurch ihre Marktmacht auf die Endkundenmärkte überträgt.

Gegenüber Zusammenschaltungspartnern bestehen Anreize für Telekom Austria, die Zusammenschaltung zu verzögern, Informationen der Konkurrenten auszuwerten bzw. ihnen Informationen vorzuenthalten oder etwa unangemessene Bedingungen (überhöhte Sicherheitsleistungen, ...) zu setzen.

Wettbewerbsproblem 5: Horizontale Marktmachtübertragung

Telekom Austria könnte Originierung nur im Bündel mit Transit anbieten, sodass Marktmacht aus dem Originierungsmarkt auf den Transitmarkt übertragen wird.

5. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

5.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Regulierungsinstrumente für den Markt Originierung im öffentlichen Telefonnetze an festen Standorten:

In der Folge werden unter Bedachtnahme auf die dargestellten Prinzipien die Regulierungsinstrumente ausgewählt. Dabei werden zunächst jene (Kombinationen von) Regulierungsinstrumente(n) identifiziert, die geeignet sind, den dargestellten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken. In einem zweiten Schritt – wenn mehrere alternative Instrumente geeignet sind – werden jene Instrumente ausgewählt, die das gelindeste Mittel darstellen (Prinzip 1). Dies erfolgt für die Regulierungsinstrumente jeweils im Unterkapitel „Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten“. Weitere Erläuterungen zur konkreten Ausgestaltung des Regulierungsinstrumentes der Entgeltkontrolle (Operationalisierung) finden sich in Kapitel **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und die identifizierten Wettbewerbsprobleme) Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) und nicht Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden. Die zugrunde liegende Infrastruktur zum Teilnehmer ist kaum replizierbar, die Sinnhaftigkeit einer Duplizierung ist überdies volkswirtschaftlich fraglich, sodass der Einsatz der Regulierungsinstrumente vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen fokussiert.

In Folge werden die nach dem TKG 2003 in Frage kommenden Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

5.2.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003

5.2.1.1. Zweck

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

(Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Originierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

5.2.1.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Die Telekom Austria erbringt wie festgestellt drei Arten von Leistungen, für die sie auf dem Vorleistungsmarkt ein Originierungsentgelt einhebt:

1. Originierung zu VNB
2. Originierung zu zielnetztarifierten Diensterufnummern
3. Originierung zu zielnetztarifierten Online Diensten

Die Originierungsleistung zu VNB ist sicher zu stellen, damit die Grundlage für effektiven Wettbewerb auf den Endkunden-Verbindungsmärkten geschaffen wird. Da die Telekom Austria der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist und als einziger die Originierung zu VNB zu erbringen hat, ist auch die Zugangsverpflichtung hinsichtlich der Originierungsleistung der Telekom Austria aufzuerlegen. Dabei ist von Telekom Austria sicherzustellen, dass sie direkt mit anderen Netzen an den gegenwärtig 43 zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen im Netz der Telekom Austria zusammenschaltet. Dies soll der Gefahr begegnen, dass Telekom Austria den Verkehr für VNB entweder nur auf höherer Netzebene übergibt (Bündelung mit Transitleistungen) oder diesen ausschließlich über ein (mit ihr verbundenes/kooperierendes) Drittnetz sendet, dessen Betreiber ein überhöhtes Transitentgelt verlangt. Um solche Marktmacht-Übertragungsstrategien auszuschließen, ist Telekom Austria zu verpflichten, mit anderen Netzen direkt (im obigen Sinne) zusammenzuschalten.

Darüber hinaus ist Telekom Austria auch zur indirekten Zusammenschaltung über einen dritten Anbieter zu verpflichten. Damit wird Betreibern, die nicht an den betreffenden lokalen Vermittlungsstellen (den gegenwärtig 43 zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen im Netz der Telekom Austria) mit der Telekom Austria zusammengesaltet sind, ermöglicht, den bei der Telekom Austria originierenden Verkehr an einen anderen Betreiber, der über lokale Zusammenschaltung mit der Telekom Austria verfügt, zum Weitertransport übergeben lassen zu können. Analog zur oben vorgesehenen Verpflichtung der direkten Zusammenschaltung ist damit sicher gestellt, dass eine Übertragung von Marktmacht aus der Originierung auf den Transitmarkt durch Bündelung der Dienste hintangehalten wird und den Wettbewerbern alternative Angebote (für Transitleistungen) zur Verfügung stehen.

Auch im Falle der Originierung zu zielnetztarifierten Diensterufnummern sowie zielnetztarifierten Online-Diensten soll Telekom Austria die Möglichkeit genommen werden, ihre Marktmacht resultierend aus den Teilnehmeranschlüssen auf dem Originierungsmarkt auszuüben, indem sie die direkte bzw. indirekte Zusammenschaltung auf der Ebene der ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen (kann der Verkehr erst auf Ebene der Hauptvermittlungsstellen übergeben werden, so gelten diese als erste zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstellen) verweigert.

Veränderungen in der Anzahl und Örtlichkeit lokaler zusammenschaltungsfähiger Vermittlungsstellen (etwa durch Netzurückbau) ist analog im Sinn der obigen Ausführungen Rechnung zu tragen. Solche Änderungen sollen seitens Telekom Austria alternativen Anbietern so zeitgerecht bekannt gegeben werden, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird (potentielles Wettbewerbsproblem der vertikalen Marktmachtübertragung durch Vorenthalten von Informationen).

Die Zugangsverpflichtung stellt insbesondere sicher, dass das marktbeherrschende Unternehmen auf angemessene Nachfrage die Zusammenschaltung nicht verweigert, weil

die Erreichbarkeit aus dem größten Netz Österreichs sichergestellt werden muss und eine Übertragung von Marktmacht auf den Transitmarkt und auf die entsprechenden Endkundenmärkte zu verhindern ist. Telekom Austria hat trotz geringem Interesse an einer solchen Zusammenschaltung alle dafür notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und die entsprechenden Leistungen und Informationen bereitzustellen (Duldung des Anschlusses durch Joining Link etc.). Eine solche Verpflichtung ist insbesondere bei der Zusammenschaltung mit VNB wichtig, da in diesem Fall das Interesse der Telekom Austria aufgrund der Konkurrenzsituation auf den nachgelagerten Märkten besonders gering ist.

5.2.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die Zugangsverpflichtung ist als geeignet zu betrachten (vgl. ERG (2004), S. 80), wenn sie Zugang zu Vorleistungen sicherstellt, deren Replikation als technisch nicht durchführbar und/oder wirtschaftlich ineffizient gilt und in den nächsten Jahren auch keine Änderung dieses Umstandes zu erwarten sein wird. Eine solche Verpflichtung birgt jedoch die Gefahr, dass alternative Netzbetreiber ihren eigenen Infrastrukturaufbau reduzieren und stattdessen auf die Möglichkeit des regulierten Zugangs zurückgreifen. Folglich könnte die Möglichkeit des Zugangs die Investitionsbereitschaft in Infrastrukturaufbau hemmen. Dieses Risiko ist jedoch im Fall der Originierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gering, da die Infrastruktur zur Erbringung der Originierungsleistung, nämlich der Anschluss der Teilnehmer, wirtschaftlich zumeist nicht replizierbar ist.

Alternativ zu einer Verpflichtung der Gewährung von Zugang nach § 41 TKG 2003 ist die Gleichbehandlungsverpflichtung in Erwägung zu ziehen. Diese Verpflichtung sieht vor, dass ein Unternehmen Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen bereitzustellen hat wie für sich selbst bzw. verbundene oder andere Unternehmen. Diese Bestimmung deckt den Aspekt des Missbrauchs mittels nicht-preislicher Praktiken ab. Dennoch kann die Gleichbehandlungsverpflichtung (allein) im Falle der Originierung 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 Gleichbehandlung kein gelinderes Mittel, weil, um gleiche Effektivität der Regulierung sicher zu stellen, die Intensität der Auflagen kaum geringer wäre.

Die wichtigsten Zugangsarten und ihre Konditionen sind über ein Standardzusammenschaltungsangebot zu definieren und zu veröffentlichen. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zur Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 verwiesen. Weiters ist die Zugangsverpflichtung auch in Verbindung mit der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 zu sehen. Danach hat Telekom Austria sicherzustellen, dass für alle angebotenen Endkundenprodukte, die Originierungsleistungen als Vorleistungen erfordern (z.B. flat-rate Angebote), solche Vorleistungen anderen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung von Endkundenprodukten angeboten werden. Auf die Begründung zur Gleichbehandlungsverpflichtung wird verwiesen.

5.2.1.4. Fazit

Um dem festgestellten Wettbewerbsproblem der Verweigerung des Zugangs und der vertikalen wie horizontalen Übertragung von Marktmacht zu entgegnen, ist der Telekom Austria aus den dargestellten Gründen das Regulierungsinstrument einer Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 41 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 aufzuerlegen. So ist sichergestellt, dass auf angemessene Nachfrage nach Zugang entsprechende Angebote bereitgestellt und dass weiters die oben genannten Originierungsleistungen sowohl über direkte als auch indirekte Zusammenschaltung bereitgestellt werden.

5.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003

5.2.2.1. Zweck

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

Die Entgeltkontrolle ist eine notwendige Ergänzung zur Zugangsregulierung, da das marktmächtige Unternehmen sonst – über Setzen exzessiver Zugangspreise – die Möglichkeit zu preislichen Foreclosure-Strategien hätte (vgl. ERG (2004), S. 35). Darüber hinaus führen überhöhte Preise zu einer geringeren Menge an Originierungsleistungen als jener, die sich bei effektivem Wettbewerb einstellen würde, sofern die Nachfrage nicht vollkommen preisunelastisch ist, wovon nach dem Gutachten der Amtssachverständigen nicht auszugehen ist. Dadurch entstehen allokativen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste.

5.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv (d.h. direkt und der Natur des Problems angemessen) dem identifizierten Problem der exzessiven Preise zu begegnen (vgl. ERG (2004), S. 82). Dieses Regulierungsinstrument vermag somit auch zu verhindern, dass Telekom Austria überhöhte Preise setzt, um die Zusammenschaltungskosten ihrer Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition am Endkundenmarkt – bis hin zu einer Verdrängung aus den Märkten – zu verschlechtern. Da auf dem vorliegenden Markt auf absehbare Zeit keine hinreichende Replizierung der Infrastruktur erwartet werden kann (Prinzip 2), ist der Maßstab der Kostenorientierung anzuwenden, da nur damit allokativen und produktiven Ineffizienzen hintangehalten werden können.

Hinsichtlich des Originierungsmarktes ist im Falle fehlender Regulierung ein solches Verhalten der Telekom Austria insbesondere gegenüber VNB zu erwarten, da diese Betreiber den Kunden der Telekom Austria Verbindungsleistungen anbieten, die in unmittelbarer Konkurrenz zu den Verbindungsleistungen der Telekom Austria stehen. Dadurch bestehen für Telekom Austria Anreize, ihre Marktmacht auf dem Originierungsmarkt auszuüben, indem sie – wenn der Zugang zum Teilnehmer durch eine entsprechende Betreiber(vor)auswahl-Verpflichtung auf den Endkunden-Zugangsmärkten sichergestellt wird – durch exzessiv hohe Originierungsentgelte die Kosten ihrer Mitbewerber derart erhöht, dass für einen effizienten Betreiber die Marge zwischen den Vorleistungs- und Endkundenpreisen für eine wirtschaftlich sinnvolle Leistungserbringung zu gering wird (Margin Squeeze). Sie überträgt damit ihre Marktmacht vertikal vom Originierungsmarkt auf die Endkundenmärkte. Ein solches Wettbewerbsproblem betrifft nicht nur die Originierung zu VNB, sondern analog auch Originierung zu zielnetztarifierten Diensternummern und Online-Diensten.

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert eine solche Praxis, indem dem marktmächtigen Unternehmen Auflagen erteilt werden, wie es diese Originierungsentgelte festzulegen hat. Das Instrument entspricht der Natur des vorliegenden Wettbewerbsproblems insofern, als es unmittelbar auf den hier relevanten strategischen Parameter, den Preis, abzielt. Andererseits ist eine solche Verpflichtung für das betroffene Unternehmen eingriffsintensiv, weil sein Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens am Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. In diesem Zusammenhang ist 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 VNB auf Basis kostenorientierter Entgelte zu ermöglichen. Das TKG 2003 normiert daher für die Kategorie der Originierungsentgelte zu VNB die Entgeltkontrolle in der Ausprägung der Kostenorientierung.

Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig, die Originierungsentgelte auf Basis der Kosten der Telekom Austria zu regulieren, wobei der (auch bisher anzuwendende) Ansatz der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs; „FL-LRAIC-Ansatz“) aufgrund des Ausscheidens von vermeidbaren Kosten und Effizienzüberlegungen der geeignete Ansatz ist. Damit wird sichergestellt, dass die Zusammenschaltungspartner nur die für die Erbringung der Originierung notwendigen Leistungen abgelten und die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung darstellen. Eine Ermittlung der Kosten auf dieser Basis ist auch verhältnismäßig, weil die Telekom Austria mit Abstand die meisten Minuten originiert und für alle Netzbetreiber der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist.

Für die weiteren Originierungskategorien (zu Diensteanbietern und Online-Diensten) wird im folgenden Kapitel dargestellt, warum nicht andere, gelindere Regulierungsinstrumente zur Anwendung kommen können.

5.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Während für Betreiber(vor)auswahl (Originierung zum VNB) durch § 46 Abs. 2 TKG 2003 Kostenorientierung als Entgeltmaßstab für den Zugang sowie Einrichtung gesetzlich vorgeschrieben ist, ist hinsichtlich anderer Originierungsleistungen als Alternative zur Entgeltkontrolle in der Ausprägung Kostenorientierung zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung (nach § 38 TKG 2003) mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung die Kostenorientierung ersetzen kann (ERG (2004), S. 82). Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Es wäre zwar denkbar, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese die Produktebene betreffende Maßnahme nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen und die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen sind. Darüber hinaus erscheint es nicht verhältnismäßig, für Originierungsleistungen unterschiedlicher Zielbestimmung (VNB, Diensterufnummern, Online Dienste) unterschiedliche Standards der Entgeltkontrolle vorzusehen, da dies nicht nur die Konsistenz der Regulierung gefährdet, sondern vor allem auch die Belastung für das Unternehmen erhöht. Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig; eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist daher vorzuziehen.

5.2.2.4. Fazit

Die Entgeltkontrolle nach dem Maßstab der FL-LRAIC stellt trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive Instrument dar, das dem Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise am Originierungsmarkt der Telekom Austria begegnen kann.

5.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003

5.2.3.1. Zweck

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der

gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene oder andere Unternehmen. Weiters kann die (allgemeine) Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen (etwa in Form von Verzögerungen bei den Verhandlungen, dem Vorenthalten notwendiger Informationen und anderer unangemessener Maßnahmen, die letztendlich die Kosten der Konkurrenten erhöhen oder den Markteintritt verzögern) Marktmacht auf andere Märkte überträgt. Um die Gleichbehandlungsverpflichtung zu unterstützen, ist es aus ökonomischer Sicht angebracht, das Unternehmen zu verpflichten, ein Standardzusammenschaltungsangebot (SZA) zu veröffentlichen.

5.2.3.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist insbesondere geeignet, dem identifizierten Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung mittels nicht-preislicher Variablen (etwa in Form von Verzögerungen bei den Verhandlungen, dem Vorenthalten notwendiger Informationen und anderer unangemessener Maßnahmen, die letztendlich die Kosten der Konkurrenten erhöhen oder den Markteintritt verzögern), Einhalt zu gebieten. Einen wesentlichen Bereich der allgemeinen Gleichbehandlungsverpflichtung stellt die Verpflichtung der Telekom Austria dar, für alle von ihr angebotenen Endkundenprodukte, die Originierungsleistungen als Vorleistung erfordern (z. B. flat-rate Angebote), solche Originierungsprodukte alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Dabei erscheint es der Telekom-Control-Kommission wesentlich festzuhalten, dass die Leistungen auf dem gegenständlichen Markt (Originierung zu VNB, zu Diensten und zu Onlinenummern) vordefiniert sind, d.h. das Anbieten von Endkundenprodukten der Telekom Austria wird nicht über neue Arten von Originierung, sondern über die Verrechnungsmodalitäten – z. B. flat-rate Angebote – erfolgen. Telekom Austria hat daher, wenn sie sich derartige Vorleistungsprodukte für neue Endkundenprodukten selbst anbietet (Wholesaleebene an Retailebene), diese Leistungen über die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 auch allen anderen Betreibern zu denselben Bedingungen, insbesondere daher zu denselben Verrechnungsmodalitäten, und mit der gleichen Qualität zumindest zeitgleich mit den Endkundenprodukten anzubieten. Auf die Ausführungen zur Zusammenschaltungsverpflichtung wird hingewiesen.

Zur Konkretisierung und Operationalisierung der Gleichbehandlungsverpflichtung ist Telekom Austria zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebots (SZA) zu verpflichten, weil sie für alle Betreiber der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist. Mittels Diskriminierung könnte Telekom Austria andernfalls gegenüber bestimmten Gruppen von Nachfragern, beispielsweise den VNB, eine selektive Foreclosure-Politik betreiben. Damit eine solche Diskriminierung nicht vorgenommen werden kann und damit neu eintretende VNB dieselben Konditionen erhalten, ist die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung gestützt durch das SZA notwendig und verhältnismäßig.

Das SZA erlaubt es, mehr Rechtssicherheit und eine bessere Information der Anbieter in den Markt zu bringen, weil die auf den Endkundenmärkten konkurrierenden Unternehmen über die Konditionen der Mitbewerber informiert sind. Das SZA hat alle notwendigen technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bestimmungen zu enthalten, die für den Bezug der Leistung der Originierung erforderlich sind, und sollte jedenfalls auch den oben genannten Möglichkeiten der Nachfrage nach direkter und indirekter Zusammenschaltung zur Förderung des Wettbewerbs entsprechen.

Die bisher auf Basis des SZA durchgeführten Zusammenschaltungen haben sich insofern bewährt, als alternative Netzbetreiber, aber insbesondere vor dem Markteintritt stehende Unternehmen, über genügend Informationen hinsichtlich der Bedingungen einer Zusammenschaltung mit der Telekom Austria verfügten, sodass es ihnen möglich war, die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer Zusammenschaltung bzw. eines Business Case einschätzen zu können noch bevor konkrete Verhandlungen aufgenommen wurden.

Ein SZA senkt weiters für alle Beteiligten die Transaktionskosten, weil zentrale Elemente von vornherein festgelegt sind, sodass die Stabilität im Markt sichergestellt werden kann und die Anreize zu Investitionen und zu Eintritten in nachgelagerte Märkte gegeben sind. Darüber hinaus verkürzt ein SZA die Zeit der Verhandlungen, da nur über Abweichungen verhandelt werden muss, vermeidet zum Teil mögliche Streitigkeiten und gibt Betreibern die Sicherheit, Leistungen zu nicht-diskriminierenden Konditionen erwerben zu können.

Telekom Austria hat ein SZA zu veröffentlichen, das neben einem allgemeinen Teil zumindest folgende Komponenten enthält, die näher bestimmt werden müssen:

1. Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen
2. Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3. Verkehrsarten und Entgelte
4. Regelungen betreffend Verbindungsnetzbetreiber (Durchführung, Umsetzung)
5. Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf niederer Netzhierarchieebene (Informationspflicht, Joining Link, Durchführungsbestimmungen, Überlauf, Schadenersatz)
6. Regelungen betreffend Zugang zu den tariffreien Diensten (Durchführung, Abrechnung, Einrichtung)
7. Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste (Entgelte)
8. Regelungen betreffend sonstiger Dienste
9. Regelungen betreffend Verbindungsnetzbetreiber-Vorauswahl
10. Regelungen betreffend den tariffreien Zugang zu Online-Diensten
11. Regelungen betreffend den Zugang zu Online-Diensten des Rufnummernbereiches 718
12. Regelungen betreffend eventtarifizierter Dienste
13. Regelungen betreffend der Verkehrsübergabe an Transitnetzbetreiber im Auftrag von Dritten

5.2.3.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Wie oben ausgeführt dient die Verpflichtung der Telekom Austria, ein Standardzusammenschaltungsangebot zu legen, primär dazu, die für die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung wesentlichen Konditionen des Zugangs festzulegen und die Transaktionskosten zu verringern. Es ist deshalb geeignet, mögliche nicht-preisliche wettbewerbswidrige Strategien zu unterbinden. Die Zugangsverpflichtung andererseits stellt sicher, dass allen Betreibern auf Anfrage ein angemessener Zugang gewährt werden muss. Sie geht daher über die im SZA für Standardfälle vorgesehene Verpflichtung hinaus, wobei eine diskriminierende Behandlung der Nachfrager auch für andere (nicht im SZA vorgesehene) Formen des Zugangs auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeschlossen ist, sofern dem nicht objektive Kriterien, wie sie etwa in § 41 Abs. 3 TKG 2003 genannt sind, entgegenstehen.

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

5.2.3.4. Fazit

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

5.2.4. Getrennte Buchführung - § 40

5.2.4.1. Zweck

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

5.2.4.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

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

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

- Erlöse
- Aufwände
- Durchschnittlich gebundenes Kapital
- Investitionen
- Kennzahlen zu Personal, Anzahl Leitungen, etc.

Hinsichtlich der Aufwände sollten folgende Kostenarten unterscheidbar sein:

- Personalkosten
- Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern,
- Kapitalkosten

- sonstige Kosten

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

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

5.2.4.3. Fazit

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

5.2.5. **Transparenzverpflichtung**

5.2.5.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu liefern und zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, wenn durch die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) und durch die anderen auferlegten Instrumente die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist.

5.2.5.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Durch das SZA sollten alle für die allgemeine Zusammenschaltung notwendigen Informationen verfügbar sein. Informationen, die andere Zugangsformen betreffen und der Verpflichtung entsprechen, einer angemessenen Anfrage nachzukommen, sind bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine zusätzliche Transparenzverpflichtung erscheint daher nicht erforderlich und wird nicht auferlegt.

5.2.5.3. Fazit

Das Regulierungsinstrument Transparenz ist nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw. durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

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

Nach den Ergebnissen des gegenständlichen Verfahrens konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.

6. Die Sicht anderer europäischen Regulierungsbehörden zum Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

Im Rahmen von Verfahren gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie; vgl. § 129 TKG 2003) wurden von anderen nationalen Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Analysen bzw. Maßnahmen betreffend die Märkte „Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ gemäß Z. 8 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 betreffend relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte europaweit kommuniziert. Im Folgenden sollen die Erkenntnisse

dieser Analysen und gegebenenfalls die Kommentare der Europäischen Union (bzw. gegebenenfalls der anderen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union) gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie – soweit sie bekannt sind – zusammengefasst dargestellt werden. Die den Zusammenfassungen zugrunde liegenden Informationen stammen vom CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

6.1. Finnland

Die finnische Regulierungsbehörde FICORA notifierte am 21.11.2003 Entscheidungsentwürfe betreffend die Originierungsmärkte im Festnetz. FICORA grenzt die Originierungsmärkte regional ab („borders of the traditional areas of telecommunications operators“). Insgesamt werden 46 SMP-Operators identifiziert.

FICORA schlägt vier „sets of obligations“ (aus provision of IC, publication of delivery terms and tariff information, cost orientation and non discrimination, cost-accounting und accounting separation) vor, die auf unterschiedliche Betreiber gemäß einem Annex zur Notifikation Anwendung finden.

In einem Kommentar der EK vom 17.12.2003 wird darauf hingewiesen, dass die geographische Abgrenzung der Originierungsmärkte „not inconsistent with methodology“ sei, dass FICORA aber die Entwicklung der Märkte hinsichtlich „pricing constraint“ beobachten soll.

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

6.2. Portugal

Mit einer 1. Notifikation vom 26.05.2004 notifierte die portugiesische Regulierungsbehörde ANACOM einen Maßnahmenentwurf, der nur die Marktdefinition und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht (SMP-Operator) unter anderem auf dem Originierungsmarkt, nicht jedoch Regulierungsinstrumente betrifft. Der Originierungsmarkt wird national abgegrenzt.

Die PT Group wird als SMP-Operator im Originierungsmarkt identifiziert (Marktanteil über 90%, hohe Marktkonzentration, Overall size of market leader, Eintrittsbarrieren, keine countervailing buyer power und Profitabilität des Marktführers „as shown by the cost accounting system“).

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

Mit einer 2. Notifikation vom 22.07.2004 notifierte ANACOM einen Maßnahmenentwurf, mit dem folgende Regulierungsinstrumente für die PT Group auf dem Originierungsmarkt vorgeschlagen werden:

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

- kostenorientierte Preise und price-control

In einem Kommentar der EK vom 03.09.2004 wird bezüglich der vorgeschlagenen Maßnahmen auf dem Originierungsmarkt nicht Stellung genommen.

6.3. Schweden

Die schwedische Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation – PTS (Post- & Telestyrelsen) notifizerte am 10.05.2004 einen Entscheidungsentwurf betreffend den Originierungsmarkt. Dieser wird – obwohl einige Betreiber nur regional tätig sind – wegen hinreichend homogener Wettbewerbsverhältnisse, national abgegrenzt. PTS identifiziert TeliaSonera, als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht.

Begründet wird diese SMP-Feststellung mit 83% Marktanteilen (Originierungsminuten 2002), hohen Markteintrittsbarrieren, Kontrolle über Infrastruktur, das Fehlen von potenziellem Wettbewerb, das Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht, vertikale Integration sowie mit Skalen- und Verbundvorteilen.

Folgende Verpflichtungen werden TeliaSonera auferlegt:

- Verpflichtung, auf berechnete Anträge hin Zugang zu gewähren, inklusive Zusammenschaltungsverpflichtung
- die Verpflichtung, ein Standardangebot zu veröffentlichen
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung
- Verpflichtung zur getrennten Buchführung
- Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle und Kostenrechnung.

In ihrem Kommentar vom 9.6.2004 wird von der Europäischen Kommission bezüglich der vorgeschlagenen Maßnahmen auf dem Originierungsmarkt nicht Stellung genommen.

6.4. United Kingdom

Die britische Regulierungsbehörde Office of Telecommunications – Oftel (nunmehr: Office of Communications – Ofcom) notifizerte am 26.08.2003 einen Entscheidungsentwurf (auch) betreffend den Markt Nr. 8 der Märkteempfehlung der EK. Die Marktdefinition der Originierung umfasst nach Ofcom den Dienst, einen Anruf vom Konzentrador zu einer lokalen Vermittlungsstelle zu übermitteln.

Oftel hat folgende Märkte identifiziert:

- Originierung in Schmalband Netzen an festen Standorten in Großbritannien ausgenommen Hull
- Originierung in Schmalband Netzen an festen Standorten in der Hull-Area. In Hull ist Kingston der einzige Anbieter von Originierung.

Der Marktanteil von British Telecom (BT) entwickelte sich von 1999 bis 2003 stabil und lag zwischen 75%-79%. Die Marktbarriere in diesem Markt ist von versunkenen Kosten geprägt, die beim Aufbau einer Infrastruktur entstehen. Signifikante Skalenerträge wurden festgestellt. In der Gegend um Hull hat Kingston einen Marktanteil von 100%.

Daher hat BT eine marktbeherrschende Stellung in diesem Markt für UK ausgenommen Hull. Kingston ist in Hull marktbeherrschend.

Aufgrund der Marktanalyse der wholesale fixed narrowband exchange line Märkte, der Originierungsmärkte, der Vermittlungs- und Transitmärkte wurden den Betreibern mit

marktbeherrschender Stellung Regulierungsinstrumente auferlegt. Diese sind jedoch pauschal den analysierten Märkten zugewiesen und nicht spezifisch zugeordnet.

1. Allgemeine Auflagen
 - berechtigten Anträgen auf Netzzugang zu entsprechen
 - Gleichbehandlungsverpflichtung, insbesondere den eigenen Retail-Arm nicht zu bevorzugen
 - Kostenbasis LRIC und Kostenkontrolle
 - Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsvertrages
 - Preise und Konditionen sind von vornherein anzuzeigen
 - Technische Informationen sind anzuzeigen
 - Transparenzverpflichtung bezüglich der Qualität der Dienste
2. Besondere Auflagen
 - Betreiberauswahl
 - Betreibervorauswahl
 - Wholesale Line Rental (Resale der Anschlussleistung)
 - Number Translation Services Call Origination
 - FRIACO Angebot (Flat Rate Internet Access Call Origination)

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

In einem weiteren Entscheidungsentwurf, notifiziert am 08.07.2004, schlägt Ofcom, als weitere Verpflichtung für BT wegen der festgestellten beträchtlichen Marktmacht eine Verpflichtung zur Kostenkontrolle und eine Verpflichtung zum Anbieten von „Number Translation Services“ (NTS) vor. Weiters wurde eine „draft direction“ notifiziert, mit der festgelegt wird, in welcher Weise BT die Entgelte für NTS (für originierenden oder transitierenden Verkehr) zu berechnen hat. Die EK hat dazu keinen Kommentar abgegeben.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Martin Pahs sowie DI Kurt Reichinger vom Mai 2004 („Marktanalyse Festnetz Sprachtelefonie - Wirtschaftliches Gutachten zu den Marktanalyseverfahren nach dem neuen Rechtsrahmen (Märkte Nr. 1- 9 der TKMVO 2003)“).

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

Die Feststellungen zu den Marktanalysen bzw. den spezifischen Regulierungsverpflichtungen einiger nationaler Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gründen sich auf Dokumente, die sich auf der – grundsätzlich frei zugänglichen – Kommunikationsplattform der Europäischen Union – dem so genannten CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator,

<http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) – befinden. Diese Plattform dient (auch) der praktischen Durchführung der Koordinationsverfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie bzw. § 129 TKG 2003 (eCCTF – e-Communication Consultation Task Force). Die den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens übermittelt.

Im Zusammenhang mit der Stellungnahme und Urkundenvorlage der Telekom Austria AG, die auch im Verfahren zu M 7/03 eingebracht wurden (M 7/03-20), ist festzuhalten, dass das vorgelegte Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH betreffend „Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria“ vom April 2004 wenige Anhaltspunkte für gegenständliches Verfahren enthält. Das vorgelegte Gutachten bezieht sich nur in einigen Punkten auf den gegenständlichen Originierungsmarkt im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Konkret führt Telekom Austria (bzw. EE&MC) in diesem Gutachten aus (Seite 168), dass bei „den Märkten sieben (Originierung) und acht (Terminierung) auf der Vorleistungsebene ... Regulierungsmaßnahmen weiterhin notwendig sein“ werden. Telekom Austria wendet sich daher nicht grundsätzlich gegen Regulierung auf Vorleistungsmärkten. Die Auffassung der Telekom Austria (aaO) wonach „die Regulierung aufgrund der Markttatsachen abzubauen“ sei, wird von Telekom Austria nicht weiter substantiiert. Welche Regulierungsmaßnahmen aus ökonomischer Sicht erforderlich sind, um die erkannten Wettbewerbsprobleme zu adressieren ergibt sich aber detailliert aus dem Gutachten der Amtssachverständigen. Diese Ausführungen liegen daher der Entscheidung wesentlich zu Grunde.

Auch die im Weiteren übermittelte Zusammenfassung des genannten Gutachtens sowie das Dokument der Telekom Austria AG „Im Wissen liegt die Zukunft – Investieren in Informationsnetze“ (M 7/03-21) haben ebenfalls keine Aussagekraft für gegenständliches Verfahren.

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

2.1. Marktanalyse-Gutachten:

Am 16.07.2004 übermittelte Telekom Austria in den Verfahren M 1/03 bis M 9/03M eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten. Dieser Stellungnahme waren als „Expertise zum Gutachten ‚Marktanalyse Festnetz Sprachtelefonie‘“ bezeichnete Ausführungen von DDr. Doris Hildebrand (European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH) beigelegt, die zum Teil auch den gegenständlichen Markt betreffen.

Auf diese Ausführungen der Telekom Austria wird im Folgenden im Detail eingegangen:

Auf Seite 22 ihres Schriftsatzes sieht Telekom Austria einen Widerspruch im Gutachten (betreffend die Seiten 111 und 112 des Gutachtens), da dieses ausführe, dass Quereinsteiger aus anderen Bereichen nahezu auszuschließen seien. Dies stehe im Widerspruch dazu, dass mit UTA und Telekabel Unternehmen im Markt vertreten sind, die „nicht unmittelbar in der Telekommunikationsbranche in Österreich beheimatet sind bzw. waren“. Dabei übersieht Telekom Austria, dass sich die Ausführungen der Gutachter primär auf Prognosen beziehen und daher bereits tatsächlich (seit langem) am Markt befindliche Unternehmen wie die genannten zweifellos keinen Widerspruch darlegen können. Im Übrigen ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass beide genannten Unternehmen sehr wohl unmittelbar in der Telekommunikationsbranche in Österreich beheimatet sind und auch seit Beginn der Liberalisierung waren. Zum zweiten Argument der Telekom Austria betreffend Kabelnetzbetreiber ist zu sagen, dass diese nach Meinung der Telekom-Control-Kommission nicht unter den Begriff der „Quereinsteiger“ im Sinne der Ausführungen des Gutachtens zu subsumieren sind, weil sie schon über – auch für Originierungsleistungen potenziell nutzbare – Infrastruktur verfügen. Das Argument der Telekom Austria kann daher keinen Widerspruch im Gutachten aufzeigen.

Weiters führt Telekom Austria aus, dass nach den Ausführungen der Gutachter potenzielle Markteinsteiger entweder bereits über Infrastruktur verfügen, oder in einer internationalen Gruppe verankert sind. Demgegenüber werde gesagt, dass kleineren Anbietern die finanziellen Mittel für größere Investitionen fehlten. Darin ist allerdings nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission kein Widerspruch zu sehen, weil die Gutachter damit lediglich aussagen, dass eventuell einige größere regionale Kabelnetzbetreiber (die schon über Infrastruktur verfügen) ihre Netze aufrüsten könnten. Kleine Betreiber werden diese Investitionen aber nach aller Wahrscheinlichkeit nicht tätigen.

Zum Argument der Telekom Austria betreffend die angeblich unterschiedliche Gewichtung des Indikators „Marktanteil“ wird lediglich darauf hingewiesen, dass dem Indikator „Marktanteil“ in resistenten Monopolmärkten, wie den Terminierungsmärkten, auf die Telekom Austria über ihr Zitat verweist, ein anderes Gewicht in der Wettbewerbsbeurteilung zukommt, als in Märkten mit mehreren Marktteilnehmern, wie dem gegenständlichen Originierungsmarkt. Das Argument der Telekom Austria kann daher keinen Widerspruch im Gutachten aufzeigen.

Bezüglich der Argumente der Telekom Austria zur angeblich unschlüssigen Darstellung des HHI wird darauf hingewiesen, dass die Abbildung 54 des Gutachtens entgegen der Annahme der Telekom Austria gar keine Durchschnittswerte, sondern die Monatswerte des HHI darstellt. Das Argument der Telekom Austria geht daher von einer falschen Grundlage aus und kann daher keine Widersprüche des Gutachtens aufzeigen.

Auf Seite 20 ihres Schriftsatzes ortet Telekom Austria einen Widerspruch, weil die Gutachter ausführen, die Tatsache, dass Telekom Austria keine Maßnahmen wie Einführung von Treueprogrammen o. ä. gesetzt, hat deute darauf hin, dass derartige Maßnahmen nicht notwendig seien. Nach Ansicht der Telekom Austria könnte das Unterbleiben solcher Maßnahmen ebenso gut darauf zurückzuführen sein, dass sie „schlicht und ergreifend untersagt“ bzw. „juristisch nicht durchsetzbar“ sind. Diese Annahme der Telekom Austria wird von der Telekom-Control-Kommission nicht geteilt. Die Einführung von Treueprogrammen oder Ähnlichem wäre im Hinblick auf deren konkrete Ausgestaltung bei einem Antrag der Telekom Austria zu prüfen gewesen, eine grundsätzliche Unzulässigkeit war nach der geltenden Rechtslage allerdings nicht gegeben.

Das Gutachten hatte im Übrigen auftragsgemäß (auch) die Anreizstrukturen unter den Gegebenheiten in einem nicht regulierten Umfeld („Green-Field-Ansatz“) zu untersuchen. Auch wenn diese Grundannahme nicht jedes Mal explizit erwähnt worden sein sollte, ist dem Gutachten inhaltlich zweifelsfrei zu entnehmen, dass auch hinsichtlich der Originierung die Markteintrittsbarrieren „nur theoretisch durchgespielt“ wurden. Auch dieses Argument der Telekom Austria kann daher keinen Widerspruch im Gutachten aufzeigen.

Zum Argument der Telekom Austria betreffend die Größenvorteile wird darauf hingewiesen, dass der gegenständliche Markt national abgegrenzt ist. Die von Telekom Austria dargestellten europäischen Vergleiche können daher nicht überzeugen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die von Telekom Austria als Beispiel herangezogene Tele2, wie sich aus dem Gutachten (vgl. die von Telekom Austria zitierte Tabelle 17) ergibt, gar kein Anbieter auf dem gegenständlichen Originierungsmarkt ist. Der Marktanteil der Tele2 auf den Verbindungsmärkten hat keine direkte Aussagekraft für den Wettbewerb am Originierungsmarkt.

Soweit Telekom Austria ausführt (Seite 21, „120/103f.“), die Aussage der Gutachter, der Wettbewerb am Originierungsmarkt lasse sich nur in Zusammenhang mit den Verhältnissen am Anschlussmarkt verstehen, verstoße gegen die einzuhaltende Trennung der Märkte, ist auszuführen, dass die Märkte auch voneinander getrennt sind. Abhängigkeiten zwischen den Vorleistungs- und Endkundenmärkten sind vorhanden. Dies berührt aber die Frage der Marktdefinition und nicht die Marktanalyse. Es kann diesbezüglich auf Kapitel D.9 verwiesen werden.

Die von Telekom Austria im Übrigen (Seite 21, „120.“) genannten wachsenden Segmente sind nur von marginaler Bedeutung (Diensterufnummern: 1,92% 1Q-3Q 2003 vom Originierungsmarkt, Calling-Cards haben mit dem Originierungsmarkt nichts zu tun). Das Argument der Telekom Austria kann daher keine Unschlüssigkeit des Gutachtens darlegen.

Auch das Vorbringen der Telekom Austria zu den Seiten 122/123 des Gutachtens kann nicht überzeugen. Die zitierte Aussage („Die Minuten sind in den ersten Jahren der Liberalisierung stark gestiegen, doch für 2000-3Q2003 ist eine merkbliche Stagnation zu verzeichnen“) betrifft nicht unmittelbar die Abbildung, sondern ist erkennbar eine allgemeine Feststellung zu den vorliegenden Daten. Eine konkrete Aussage zu der Abbildung findet sich unmittelbar nach der Abbildung.

Die Anzahl der Gespräche (Vorbringen der Telekom Austria zu Seite 124 des Gutachtens) ist nur von untergeordneter Bedeutung und wird daher in der Analyse lediglich als Hilfskriterium herangezogen. Vorhergehend findet sich die Entwicklung der Gesprächszahl in den allgemeinen Aussagen der Gutachter. Die Tatsache, dass die Schlussfolgerung (auch) die Entwicklung der Gesprächszahl erwähnt, kann nach Meinung der Telekom-Control-Kommission jedenfalls keine Unschlüssigkeit des Gutachtens darlegen, zumal die wesentliche Argumentation erkennbar die Verkehrsminuten betrifft.

Ebenfalls zu Seite 124 des Gutachtens führt Telekom Austria aus, dass Internet Einwahl nur an einer einzigen Stelle des Gutachtens erwähnt sei. Da Internet Einwahl (Schmalband) Teil des Marktes ist, wie aus der Marktdefinition hervorgeht, wurde sie in der Analyse auftragsgemäß immer mitberücksichtigt, wenn auch nicht immer explizit erwähnt. Es wurde einleitend in Kapitel 6.3.1 des Gutachtens ausgeführt, dass der Markt die Online Minuten umfasst. Zum Zweck der zusammenfassenden Darstellung, dass diese Leistungen eingeschlossen sind, wurden sie in der Schlussfolgerung explizit erwähnt.

Zur Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht führt Telekom Austria (zu Seite 126 des Gutachtens) aus, „dass eine Erhöhung der Originierungsentgelte genehmigungspflichtig wäre.“ Und daher die Verdrängung anderer DNB nicht so einfach wäre, wie im Gutachten dargestellt. Dazu ist auszuführen, dass die Analyse auftragsgemäß (dem „Green-Field-Ansatz“ folgend) die Situation unter der Annahme analysieren musste, dass es keine Regulierung am Markt gäbe. Daher konnte nicht davon ausgegangen werden, dass eine Erhöhung der Originierungsentgelte genehmigungspflichtig wäre, da dies die Marktanalyse ad absurdum geführt hätte.

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

2.2. Regulierungsinstrumente-Gutachten:

Am 07.09.2004 übermittelte Telekom Austria eine Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten. Die genannte Stellungnahme der Telekom Austria bezieht sich vorwiegend auf die Endkundenmärkte nach § 1 Z. 1 bis Z 6 TKMVO 2003. Lediglich in einigen Punkten bezieht sich Telekom Austria zum Teil auch auf den gegenständlichen Markt. Auf dieses Vorbringen der Telekom Austria wird nachfolgend im Detail eingegangen:

In Punkt 4.4 (Seite 33) führt Telekom Austria zum Thema „Exzessive Preise“ aus, dass das Gutachten den Nachfragerückgang nicht berücksichtige, der sich aus der Substitution von Festnetzverkehr durch Mobilverkehr ergebe. Dazu ist auszuführen, dass nach der derzeitigen Marktdefinition die Endkunden- und Vorleistungsmärkte für Originierung im Festnetz und im Mobilnetzbereich getrennt sind, weil – zumindest nach derzeitigem Stand –

die auf diesen Märkten angebotenen Produkte nicht substituierbar sind. Das Argument der Telekom Austria geht daher schon von einer rechtlich unrichtigen Voraussetzung aus.

Auf Seite 34 führt Telekom Austria zum Thema „Vertikale Marktmachübertragung durch Verweigerung des Zugangs“ aus, dass die Gefahr einer derartigen Marktmachübertragung durch eine Transparenz „bezüglich der Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen in Form eines SZA“ unterbunden werden kann. Die Gleichbehandlungsverpflichtung stelle sicher, dass Telekom Austria den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten nicht verzerren könne. Damit führt Telekom Austria aber inhaltlich zu den Endkundenmärkten, nicht zum Vorleistungsmarkt der Originierung aus. Die Annahmen der Gutachten hinsichtlich der geeigneten Regulierungsverpflichtungen betreffend den Originierungsmarkt werden damit von der Telekom Austria vielmehr weitgehend bestätigt. Dasselbe gilt auch für die weiteren Ausführungen der Telekom Austria betreffend Betreiber(vor)auswahl.

Auf Seite 35 führt Telekom Austria zum Thema „Margin Squeeze“ aus, dass eine Zugangsverpflichtung auf der Endkundenebene (Zugangsmärkte) nicht gerechtfertigt wäre, weil mit der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung nach §§ 48 und 49 TKG 2003 das Auslangen gefunden werden könne. Damit führt Telekom Austria erneut zu Endkundenmärkten, nicht zum gegenständlichen Vorleistungsmarkt der Originierung aus, so dass auf diese Ausführungen der Telekom-Control-Kommission in den entsprechenden Verfahren (M 1/03 bis M 6/03) einzugehen sein wird. Zum Verhältnis der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung nach §§ 48 und der Zugangsverpflichtung nach § 41 abs. 2 Z 9 TKG 2003 wird auf Punkt D.7.2.1.2 verwiesen.

Auf Seite 35 führt Telekom Austria zum Thema „Vertikale Marktmachübertragung mittels nicht preislicher Variablen“ aus, dass die Gutachter der Telekom Austria implizit Handlungen wie die Verzögerung einer Zusammenschaltung oder Auswertung und Vorenthaltung von Informationen unterstellten, die nicht belegt werden könnten. Dazu ist auszuführen, dass das Gutachten auftragsgemäß auch die Anreizstrukturen unter den Gegebenheiten in einem nicht regulierten Umfeld („Green-Field-Ansatz“) zu untersuchen hatte. Die zitierten Aussagen sind daher nicht als Vorwurf gegenüber der Telekom Austria zu verstehen, sondern stellen lediglich mögliche Szenarien dar, zu denen die Gegebenheiten in einem nicht regulierten Umfeld einen Anreiz bieten. Im Übrigen führt Telekom Austria auch diesbezüglich aus, dass das identifizierte potenzielle Wettbewerbsproblem über eine Gleichbehandlungsverpflichtung – einem SZA wird sogar ausdrücklich zugestimmt – adressiert werden kann.

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

In der mündlichen Verhandlung brachte Telekom Austria keine neuen Argumente gegen die Gutachten der Amtssachverständigen vor, die den gegenständlichen Markt betreffen. Die Protokollrüge der Telekom Austria vom 17.09.2004, eingelangt am 20.09.2004, wurde zum Akt genommen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

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

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – der „Regulierungsinstrumente“ (dh 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).

3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

Gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

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

4. Relevanter Markt

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

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Green-Field-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71).

Fußnote 73 zu den Leitlinien hält darüber hinaus fest, dass „die NRB keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Markt für Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten:

Zusammengefasst wurden folgende potentiellen Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit Originierungsleistungen festgestellt (Punkt B.4.10):

1. Exzessive Preise
2. Vertikale Marktmachtübertragung durch Verweigerung des Zugangs
3. Margin Squeeze
4. Vertikale Marktmachtübertragung mittels nicht preislicher Variablen
5. Horizontale Marktmachtübertragung

Aufgrund dieser Feststellungen, auf deren rechtliche Beurteilung im Folgenden kurz eingegangen wird, gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 auf dem Vorleistungsmarkt Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten einzustufen ist und daher kein effektiver Wettbewerb besteht.

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

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

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Wie festgestellt verfügt Telekom Austria (Stand 2000 bis drittes Quartal 2003) auf dem Markt für Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten über einen Marktanteil von knapp 95%. Ein signifikanter Trend nach unten ist nicht zu verzeichnen, der Abstand zum Anbieter mit dem zweitgrößten Marktanteil ist erheblich (95% zu 2,45%). Auch der HHI bleibt in der betrachteten Periode über 8800.

Diese „überragende“ Stellung der Telekom Austria und damit ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 spricht daher nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen

zum allgemeinen Wettbewerbsrecht deutlich für einen marktbeherrschende Stellung der Telekom Austria auf dem Originierungsmarkt.

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

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

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für eine (alleinige) beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als Marktmachtindikatoren. Randziffer 80 der Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittsschranken“. So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215).

Die festgestellten Marktein- und -austrittsbarrieren sind im gegenständlichen investitionsintensiven Markt, der durch Größenvorteile geprägt ist, erheblich (Punkt B.4.2).

Auch dieser Indikator spricht daher für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

6.3. Zu den Indikatoren „technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur sowie das „Ausmaß an Produktdifferenzierung“

Diese Indikatoren sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 1, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

Auch die genannten Indikatoren sprechen nach den Feststellungen (Punkt B.4.3) für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, bzw. können jedenfalls die auf Grund der bisher dargestellten Indikatoren bestehenden Hinweise auf beträchtliche Marktmacht (insbesondere wegen des Marktanteils) nicht erschüttern.

6.4. Gesamtmarktentwicklung:

Auch die Feststellungen betreffend die Gesamtmarktentwicklung (Punkt B.4.4) sprechen nicht gegen die Annahme der beträchtlichen Marktmacht der Telekom Austria.

6.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen (und gemeinsamen: § 35 Abs. 4

Z 3 TKG 2003) marktbeherrschenden Stellung angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Nach den Feststellungen kann jedoch Telekom Austria in allen untersuchten Fällen (Punkt B.4.5.2) Monopolpreise setzen, ohne durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt zu werden.

Das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf dem Originierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, wird daher nicht erschüttert, da keine nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

6.6. Zum Indikator „Vertikale Integration und Marktmachtübertragung“

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

Im Falle einer Aufhebung der Regulierung auf dem Originierungsmarkt hätte die Telekom Austria als vertikal integriertes Unternehmen nach den Feststellungen (Punkt B.4.6) einen Anreiz, ihre Marktmacht auf nachgelagerte Endkundenmärkte zu übertragen.

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

6.7. Zum Indikator „Marktverhalten“

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

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik oder Preisentwicklung lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Originierung – mit 1998 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) von der Telekom-Control-Kommission – als Ersatz privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen. Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte war – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme. Verträge wurde lediglich auf der Basis der jeweiligen „Leitentscheidungen“ der Telekom-Control-Kommission (Z 1/97, Z 30/99, Z 6/01, Z 11/02, Z 10/03) mit nicht an den Verfahren Beteiligten unter Anwendung des § 34 TKG (1997) abgeschlossen. Es steht daher fest, dass über einen mehrjährigen Zeitraum nie

Einigungen über die Höhe der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte erreicht wurden. Konkrete Schlussfolgerungen lassen sich hieraus jedoch nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß ziehen.

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

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt daher die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen (Punkt B.4.10) dazu zeigen, dass Telekom Austria – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann. Der gegenständlich betrachtete Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria.

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

7.1. Allgemeines

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl
- Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

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

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art. 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der alleinigen Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten. Diesem Prinzip wird durch die auferlegten Regulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt entsprochen.

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung – Zugangsrichtlinie, sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste - Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group (ERG), die als beratendes Gremium der Europäischen Kommission eingerichtet wurde, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind. Dieses Dokument trägt den Titel "ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework" (im Weiteren „ERG“, M 15/03-37) und wurde der Verfahrenspartei übermittelt (ON 37).

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.5.1 verwiesen. Zusammengefasst wurden folgende Prinzipien identifiziert:

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen
2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden
3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden
4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Zunächst werden jene Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben identifiziert, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen.

Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten sodann geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

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

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

7.2.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

7.2.1.1. Allgemeines

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw.

Zusammenschaltungsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen. Auch nach dem neuen Rechtsrahmen gilt der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang und Zusammenschaltung vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 Zugangs-RL; Stratil, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; ERG, S. 50). In diesem Zusammenhang hält die ERG jedoch wie folgt fest: „However, the experience of NRAs shows that commercial negotiation is the exception rather than the rule“.

Auch die Telekom-Control-Kommission konnte wie bereits ausgeführt (Punkt 6.7) in den letzten Jahren in ihrer Tätigkeit als Streitschlichtungsstelle feststellen, dass über die Frage der Zusammenschaltung – als wesentlichste Form des Zugangs – zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze regelmäßig keine Einigung herbeigeführt werden konnte. In den letzten Jahren spielte in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission insbesondere die grundsätzliche Berechtigung zur Zusammenschaltung sowie die Höhe der wechselseitig zur Verrechnung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte eine bedeutende Rolle.

Die Anordnung der in Punkt B.5.2.1 konkret festgestellten Zugangsverpflichtungen erscheint daher erforderlich.

7.2.1.2. Verhältnismäßigkeit:

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

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

§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 (bzw. Art. 12 Abs. 1 lit. i. Zugangs-RL) sieht ebenfalls eine Zusammenschaltungsverpflichtung vor, die jedoch nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 eine *lex specialis* gegenüber der

allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung (lex generalis) darstellt, der – im Fall der Notwendigkeit der Auferlegung – allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgend („lex specialis derogat legi generali“) der Vorzug zu geben ist. Würde man einer anderen Interpretation näher treten, so wäre die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 sinnentleert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sohin davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können. Eine Zusammenschaltungsverpflichtung ist sohin geeignet, diese Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere Norm stellt § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung auf § 41 TKG 2003 zu gründen war; die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung tritt in dieser Konstellation in den Hintergrund, bleibt jedoch grundsätzlich bestehen.

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 ist im gegenständlichen Fall lediglich in Form der Zusammenschaltung gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 iVm § 3 Z 25 TKG 2003 von Bedeutung, da die zu untersuchende Leistung – die Originierung – eine Zusammenschaltungsleistung darstellt. Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission sind sämtliche auferlegten Verpflichtungen der Telekom Austria als marktmächtigem Unternehmen betreffend die Vorleistung der Originierung unter § 41 Abs.2 Z. 9 zu subsumieren. Die Telekom-Control-Kommission geht in diesem Zusammenhang daher nicht davon aus, dass eine Auferlegung von weiteren „Zugangsformen“ des § 41 Abs. 2 TKG 2003 notwendig ist, um das aufgezeigte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission auch voraussetzt, dass die Verfahrenspartei z. B. „den bereits gewährten Zugang [in Form der Zusammenschaltung] nicht nachträglich verweigern“ (lit. 3 leg. cit.) sowie gegebenenfalls die „Kollokation (z.B. für den Fall der direkten Zusammenschaltung) ermöglichen“ wird (lit. 6 leg. cit.).

Da die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2002 grundsätzlich jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes trifft, kann die – bereits vorgenommene – Abwägung der Verhältnismäßigkeit dieser Verpflichtung (– die im Sinne einer Interessenabwägung deutlich für eine Auferlegung dieser Verpflichtung spricht [Effizienzgewinne durch die Any-to-any-Erreichbarkeit, Foreclosure-Strategien] –) in den Hintergrund treten: es ist nämlich davon auszugehen, dass eine allgemeine rechtliche Bestimmung, die sich an einen weiten Adressatenkreis richtet, grundsätzlich verhältnismäßig ist und im Einklang mit dem öffentlichen Interesse steht.

Die Vorab-Verpflichtung der Zusammenschaltung beschränkt sich jedoch primär auf „nichtpreisliche“ Aspekte, weswegen sie alleine nicht geeignet ist, alle identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. In der Folge sind daher die anderen auferlegten Verpflichtungen zu beurteilen.

7.2.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

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

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

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

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

Wie festgestellt (Punkt B.5.2.2), hat Telekom Austria einen Anreiz, die Originierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Originierungsentgelte als Vorleistungskosten einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Originierungsentgelte bei diesem wider. Da weiters im Fall von Verbindungsnetzbetrieb die Originierungskosten den Endkundentarif (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Terminierungsnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. Stratil, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

7.2.2.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten:

Wie festgestellt ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig, die Originierungsentgelte auf Basis der Kosten der Telekom Austria zu regulieren. Der (auch bisher anzuwendende) Ansatz der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs; „FL-LRAIC-Ansatz“) ist dabei aus folgenden Gründen der – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeignete Ansatz:

1. ECPR (Efficient Component Pricing)

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). ECPR-Preise wären vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs auf dem Originierungsmarkt zu rechnen wäre. Da davon nicht auszugehen ist, eignet sich dieser Ansatz für die Ermittlung der Originierungskosten nicht.

2. Benchmarking

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Dies ist nach den Feststellungen im Fall der Telekom Austria nicht gegeben.

3. Kostenorientierung

Telekom Austria ist der wichtigste Zusammenschaltungspartner für alle Anbieter, da alle Netzbetreiber mit ihr direkt zusammengeschaltet sind. Sie verfügt über ein flächendeckendes Netz und originiert mit Abstand die meisten Minuten. Darüber hinaus hat sie nach den Feststellungen einen Anreiz, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen. Daher ist es verhältnismäßig, die Originierungsentgelte auf Basis ihrer Kosten zu regulieren, wobei der FL-LRAIC Ansatz aufgrund des Ausscheidens von vermeidbaren Kosten und Effizienzüberlegungen der geeignete Ansatz ist. Damit wird sichergestellt, dass die Zusammenschaltungspartner nur die für die Erbringung der Originierung notwendigen Leistungen abgelten.

Für die konkrete Berechnung der Originierungskosten wurde in den (meisten der) bisher vor der Regulierungsbehörde geführten Verfahren sowohl ein Top-Down als auch ein Bottom-Up Ansatz herangezogen. Bei ersterem geht man von der Netztopologie des marktbeherrschenden Unternehmens aus (wobei es sich diesfalls nur um eine Annäherung an die vom FL-LRAIC konzeptionell geforderten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handeln kann); bei letzterem modelliert man ein effizientes Netz entweder ohne (Scorched Earth bzw. „Green Field Ansatz“) oder unter teilweiser („Scorched Node Konzept“) Berücksichtigung der grundsätzlichen Netztopologie des tatsächlichen Netzes. Mischformen aus Bottom-up und Top-down Modellen sind denkbar.

Die bisherige Regulierungspraxis, die auf FL-LRAIC basierte, hat gezeigt, dass dieser Ansatz den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten fördert, weil alternative Betreiber nur für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Telekom Austria ein Entgelt entrichten mussten. Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs. 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der mit Investitionen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt.

Freilich kann die Regulierungsbehörde solche Kosten nur dann ermitteln, wenn die notwendigen Daten in dem geforderten Detailgrad und in der erforderlichen Form übermittelt werden.

Für die Telekom Austria scheint daher aus den dargestellten Gründen die Methode, die Originierungsentgelte und andere mit der Originierung in Zusammenhang stehende Entgelte weiterhin auf Basis von FL-LRAIC festzulegen, weil sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung darstellen, als zweckmäßig. Eine Ermittlung der Kosten auf dieser Basis ist auch verhältnismäßig, weil die Telekom Austria mit Abstand die meisten Minuten terminiert und für alle Netzbetreiber der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist.

Die Ermittlung der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung soll als Ableitung aus dem für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 notwendigen Kostenrechnungssystem möglich sein. Die gemeinsame Nutzung eines einzigen Kostenrechnungssystems sowohl für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 als auch nach § 40 TKG 2003 ist für Telekom Austria nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weniger aufwändig und daher als weniger eingriffsintensiv einzustufen als die Verwendung mehrerer verschiedener Kostenrechnungssysteme. Darüber hinaus soll durch die Verwendung eines einheitlichen Kostenrechnungssystems Konsistenz gewährleistet werden und Quersubventionierungen hintangehalten werden.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die „Marktkräfte“ dafür sorgen werden, dass Telekom Austria die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Originierungsentgelts einhält bzw. korrekt umsetzt, da jedem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit offen steht, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Originierungsentgelts dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen. Alternativ kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 einleiten. Dies allerdings nur in begründeten Fällen. Sollte seitens der Telekom-Control-Kommission der begründete Verdacht entstehen, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, so ist die Einleitung eines solchen Verfahrens denkbar.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Nach den Feststellungen (Punkt B.5.2.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

7.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung

7.2.3.1. Allgemeines:

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

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

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

Die Möglichkeit, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art. 9 Abs. 2, 3 Zugangs-RL). Eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorab-Verpflichtungen ist deutlich gegeben. So hält auch die ERG (S. 49) im Zusammenhang mit der Nichtdiskriminierung wie folgt fest: „Transparency is a natural complement to this obligation...“.

Wie festgestellt (Punkt B.5.2.3) ist zur Adressierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 als

auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebots (SZA) nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich.

Die Form der Veröffentlichung des SZA wird der Telekom Austria überlassen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission eine Veröffentlichung auf der Unternehmenshomepage für zweckmäßig erachtet. Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass analoge Zusammenschaltungsverträge bereits die Basis der Zusammenschaltungsbeziehungen zwischen der Verfahrenspartei und Festnetz- bzw. Mobilnetzbetreiber darstellen und die Partei keine besonderen Tätigkeiten mehr vorzunehmen hat.

Nach den Feststellungen (Punkt B.5.2.3.3) sind gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

7.2.4. Getrennte Buchführung

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

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen (vgl. ERG, S. 49ff, Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL). Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben. So hält auch die ERG (S. 49) 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.“

Nach den Feststellungen (Punkt B.5.2.4.2) ist zur unterstützenden Adressierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Die Telekom-Control-Kommission kommt mit dieser Gliederung der Anregung der Telekom Austria im Hinblick auf eine bestimmtere Gliederung der getrennten Buchführung nach. Die oben dargestellte Kostengliederung stellt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission einen hinsichtlich des mindestens notwendigen Detaillierungsgrades der Kostenarten gangbaren Kompromiss zwischen der Anregung der Telekom Austria und der im Regulierungsinstrumente-Gutachten vorgeschlagenen Aufschlüsselung der Kostenarten dar.

Der von Telekom Austria vorgebrachte Aufwand für die Implementierung der getrennten Buchführung ist der Telekom-Control-Kommission insoweit nicht nachvollziehbar, als Telekom Austria aufgrund von § 43 Abs. 3 TKG (1997) schon in der Vergangenheit zu einer rechnungsmäßigen Trennung ihrer Tätigkeiten im Telekommunikationsbereich von ihren anderen Geschäftsfeldern sowie gem. § 45 Abs. 1 TKG 1997 zum Betrieb eines Kostenrechnungssystems verpflichtet war, welches eine Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Diensteelemente sowie eine nachträgliche Überprüfung erlaubte.

Telekom Austria unterliegt bereits derzeit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, da sie mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/02-114 vom 20.9.2002 gemäß § 33 Abs. 4 TKG (1997) als marktbeherrschend auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen festgestellt wurde. Telekom Austria ist daher derzeit gemäß § 133 Z 7 TKG 2003 iVm § 43 Abs. 4 TKG (1997) auf den oben angeführten Märkten zur getrennten Buchführung verpflichtet. Aus diesem Grund erscheint auch die Verpflichtung der Telekom Austria, die getrennte Buchführung nach § 40 TKG 2003 erstmals für das Jahr 2004 zu führen, zweckmäßig und angemessen.

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

Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der geschilderten Granularität (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) erscheint daher auch diesem Gesichtspunkt als angemessen. Zur Verhinderung von Marktmachtübertragungen ist dieses Regulierungsinstrument daher als unterstützendes Element der Telekom Austria aufzuerlegen.

7.2.5. Transparenz

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen. Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 90 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

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

Im gegebenen Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen dass insbesondere durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines SZA alle für die allgemeine Zusammenschaltung notwendigen Informationen verfügbar zu sein haben. Informationen, die andere Zugangsformen betreffen, sind auf Grund der Verpflichtung, einer angemessenen Anfrage nachzukommen bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, wenn durch die erwähnten Verpflichtungen und die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist, was nach den Ausführungen des Gutachtens der Fall ist.

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

7.2.6. Weitere Verpflichtungen

Die Regulierungsbehörde kann auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Das sind entweder Verpflichtungen auf der Endkundenebene (§ 43 ff TKG 2003) oder bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Verpflichtungen, die nicht im TKG 2003 genannt sind.

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

8. Zusammenfassende Beurteilung der spezifischen Verpflichtungen

Im Rahmen der Analyse des gegenständlichen Originierungsmarktes wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme identifiziert:

1. Exzessive Preise: Originierungsnetzbetreiber haben einen Anreiz, exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren.
2. Vertikale Marktmachtübertragung durch Verweigerung des Zugangs: Telekom Austria könnte Anreize dazu haben, Marktmacht durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zur Terminierungsleistung auf die Endkunden-Verbindungs-märkte zu übertragen und diese damit für den Wettbewerb abzuschotten (foreclosure).
3. Margin Squeeze: Telekom Austria als mit Abstand größter Terminierungsnetzbetreiber könnte Anreize haben, andere Betreiber mittels überhöhter Preise einem Margin Squeeze auszusetzen um sie so aus den Endkundenmärkten zu drängen bzw. ihre Wettbewerbsposition nachhaltig zu verschlechtern.
4. Vertikale Marktmachtübertragung mittels nicht preislicher Variablen: Telekom Austria könnte anderen Betreibern, insbesondere etwa VNB, schlechtere Konditionen als sich selbst anbieten und damit ihre unmittelbaren Konkurrenten auf den Verbindungs-märkten benachteiligen. Gegenüber Zusammenschaltungspartnern wird Telekom Austria Anreize haben, Zusammenschaltungen zu verzögern, unangemessene Bedingungen (überhöhte Sicherheitsleistungen, ...) zu fordern und Informationen der Konkurrenten auszuwerten bzw. ihnen Informationen vorzuenthalten, um den Eintritt der Konkurrenten in die Endkundenmärkte zu verzögern bzw. deren wettbewerbliche Position (Erhöhung ihrer Kosten) zu beeinträchtigen.
5. Horizontale Marktmachtübertragung: Telekom Austria könnte Originierung nur im Bündel mit Transit anbieten, sodass Marktmacht aus dem Originierungsmarkt auf den Transitmarkt übertragen wird.

Die festgelegten Vorab-Verpflichtungen (Zugangsverpflichtung, Entgeltkontrolle, Gleichbehandlung und SZA, sowie getrennte Buchführung) sind nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission geeignet, den identifizierten potentiellen Wettbewerbsproblemen (im Fall der Nicht-Regulierung) zu begegnen. Die geführte Diskussion hat ergeben, dass diese Aufstellung an Verpflichtungen auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der Telekom Austria schafft. Wie aufgezeigt, steht die Anwendung dieser Verpflichtungen auch in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen.

Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit und Ernsthaftigkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist eine weitergehende Minderung des Regulierungseingriffes nicht angebracht, da man Gefahr laufen würde, dass ein „milderes“ Instrumentarium nicht bzw.

nicht mehr geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Ohne entsprechende geeignete Regulierungsinstrumente zur Hand zu haben – wie z.B. lediglich eine Verpflichtung zur Transparenz – könnte die Regulierungsbehörde auch keine effektive Regulierungsandrohung aufbauen bzw. könnte nur mit unzumutbaren Zeitverzögerungen – nach Einleitung und Durchführung eines neuen Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 TKG 2003 – intervenieren.

9. Zur 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.

Da mit Spruchpunkt 3. des vorliegenden Bescheides Telekom Austria den identifizierten Wettbewerbsproblemen entsprechende spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Markt auferlegt werden, treten gleichzeitig die gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 weitergeltenden Verpflichtungen der Telekom Austria mit Rechtskraft dieses Bescheides außer Kraft.

10. Zur Marktabgrenzung der TKMVO 2003

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

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

§ 1 Z 7 TKMVO 2003 sieht einen Vorleistungsmarkt „Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ vor. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

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

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen

(§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

III. Hinweis

Gegenständlicher Bescheid ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 27.10.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann