M 10/09 – 34

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 06.09.2010 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

A. Gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass A1 Telekom Austria AG auf dem Endkundenmarkt „Gespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 10 TKMV 2008 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B. A1 Telekom Austria AG werden gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.1 Anzeigepflicht

B 1.1 A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs 1 iVm Abs 2 iVm Abs 3 TKG 2003 neue marktgegenständliche Endkundenentgelte und alle dafür zur Anwendung vorgesehenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen für die marktgegenständlichen Verbindungsentgelte der Regulierungsbehörde vor ihrer Wirksamkeit anzuzeigen.

B.1.2 Die Regulierungsbehörde kann den gemäß Spruchpunkt B.1.1 angezeigten Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Leistungsbeschreibungen innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn sie dem TKG 2003, dem auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, den §§ 864a oder 879 ABGB, dem §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz, dem Kartellgesetz 2005 oder diesem Bescheid nicht entsprechen.

B.1.3 Der Regulierungsbehörde ist zur Sicherstellung der Replizierbarkeit der marktgegenständlichen Gesprächsleistungen ohne Margin Squeeze sowie zur Überprüfung der Entgeltkontrolle iSv von Spruchpunkt B.2.2 und B.2.4 spätestens zeitgleich mit einer erfolgten Anzeige von Entgeltbestimmungen eine Darstellung der wettbewerblichen Verträglichkeit der beabsichtigten Tarifmaßnahme samt allen dafür erforderlichen Daten in elektronischer Form durch A1 Telekom Austria AG zu übermitteln. Die Frist nach Spruchpunkt B.1.2 beginnt zu laufen, sobald die zur Beurteilung der Anzeige durch die Regulierungsbehörde erforderlichen Unterlagen und Nachweise vollständig beigebracht wurden.

B.1.4. Auf eine innerhalb von drei Wochen ab Einlangen der Anzeige von Entgeltbestimmungen bei der Regulierungsbehörde an A1 Telekom Austria AG ergehende Mitteilung, ob und gegebenenfalls welche Unterlagen zur Beurteilung der Anzeige von Entgeltbestimmungen im Hinblick auf die in Spruchpunkt B.2 angeordnete Entgeltkontrolle nachzureichen sind, hat A1 Telekom Austria AG diese in elektronischer Form nachzureichen.

B.1.5 Vom Widerspruchsrecht im Sinne des Spruchpunktes B.1.2 sind kurzfristige Aktionsangebote ausgenommen, sofern diese Aktionsangebote nicht zeitlich eng aneinandergereiht sind („Kettenangebote“).

Kurzfristige Aktionsangebote sind dadurch charakterisiert, dass

1. der Zeitraum, innerhalb dessen seitens des Endkunden der Vertragsabschluss zu den vergünstigten Aktionsbedingungen erfolgen kann, drei Monate ab Aktionsbeginn nicht übersteigen darf,

2. die Inanspruchnahme des Aktionsangebotes seitens A1 Telekom Austria AG nicht mit einer vertraglichen Mindestlaufzeit von über zwei Jahren kombiniert wird und

3. der Abstand zum vorangegangenen kurzfristigen Aktionsangebot zumindest die Hälfte der Angebotsdauer des vorangegangenen Aktionsangebots jedoch mindestens ein Monat beträgt.

B.2 Entgeltkontrolle

B.2.1 A1 Telekom Austria AG wird gemäß § 43 Abs 1 iVm Abs 2 iVm Abs 3 TKG 2003 verpflichtet, für die von ihr angebotenen und marktgegenständlichen

- Gespräche für Nichtprivatkunden zu den Zonen: In- und Ausland, Fest- und Mobilnetze,
- Gespräche für Nichtprivatkunden für Rufe im Nummernbereich 07xx,
- Gespräche für Nichtprivatkunden für Rufe zu privaten Netzen im Nummernbereich 05xx,
- Gespräche für Nichtprivatkunden innerhalb VPNs, insofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,

- Gespräche für Nichtprivatkunden im Rahmen des Verbindungsnetzbetriebs des regulierten Unternehmens („Dial 1001“) und

- Gespräche für Nichtprivatkunden bei Tarifen verbundener Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt

Entgelte so zu verrechnen, dass bis zum Abschluss des nächsten Marktanalyseverfahrens das in Spruchpunkt B.2.2 dargestellte maximale Ausmaß nicht überschritten wird.

B.2.2 Für die Berechnung des nicht zu überschreitenden maximalen Entgeltausmaßes sind die um die je Gesprächskategorie anfallenden Vorleistungskosten (Terminierung auf lokaler Ebene in nationale Festnetze, Terminierung in nationale Mobilnetze sowie bei Auslandsgesprächen die internationale Terminierung in Verbindung mit allfälligen Transitleistungen) reduzierten Preise zum jeweiligen Jahresende ab 2011 heranzuziehen. Das Ergebnis der Multiplikation des sich so ergebenden Betrages mit den Mengen des Jahres 2009 darf nicht höher sein als das Ergebnis der Multiplikation des sich so ergebenden Betrages zum Jahresende 2009 mit den Mengen des Jahres 2009 (Price-Cap).

B.2.3 Eine Inflationsanpassung der in Spruchpunkt B.2.2 definierten Preisobergrenze ist erst bei Überschreitung einer kumulierten Inflation von 5 % auf Basis des Verbraucherpreisindex 2005 (Indexwert Dezember 2009) zulässig.

B.2.4 Entgelterhöhungen bei einzelnen marktgegenständlichen Gesprächsleistungen sind zulässig, sofern A1 Telekom Austria AG die Einhaltung der in Spruchpunkt B.2.2 definierten Preisobergrenze nachweist. Der Nachweis hat anhand von Planrechnungen (inkl aktueller Umsätze und Mengen sowie Prognoseumsätze und -mengen der von der Entgeltanpassung betroffenen Gesprächsleistungen sowie der übrigen im jeweiligen Güterkorb enthaltenen Gesprächsleistungen) zu erfolgen und plausibel darzulegen, dass das neue Entgelt mit der in Spruchpunkt B.2.2 definierten Preisobergrenze im Einklang steht.

B.2.5 A1 Telekom Austria AG hat zur Überprüfung und Einhaltung der in Spruchpunkt B.2.2 definierten Preisobergrenze und unter Berücksichtigung der Struktur des jeweiligen Güterkorbs sowie des Produktivitätsfortschrittes auf Anforderung der Regulierungsbehörde die tatsächlichen Umsatzerlöse und Mengen je Tarif bereit zu stellen.

B.2.6 A1 Telekom Austria AG hat zur Hintanhaltung einer Preis-Kosten-Schere für die von ihr angebotenen marktgegenständlichen Gesprächsleistungen Entgelte so zu verrechnen, dass es einem effizienten Wettbewerber unter jeweiliger Inanspruchnahme der anfallenden Vorleistungen (siehe Spruchpunkt B.2.2) möglich ist, die Endkundenprodukte von A1 Telekom Austria AG zu vergleichbaren Kosten (Kostenmaßstab: vermeidbare Kosten) herzustellen wie A1 Telekom Austria AG.

B.2.7 Nach Spruchpunkt B.1.1 angezeigte Bündelprodukte, die zumindest teilweise ein marktgegenständliches Produkt enthalten, müssen hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Verträglichkeit den Prüfkriterien Replizierbarkeit, Margin Squeeze-Freiheit und Vermeidung von Marktmachtübertragung entsprechen.

B.3 Getrennte Buchführung

B.3.1 A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs 4 TKG 2003 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Gesprächsleistungen und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“).

B.3.2 In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erlöse,
- 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 notwendige Informationen.

B.4 Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen

Die der Telekom Austria AG und der Mobilkom Austria AG auf den Märkten „Inlandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ und „Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 4 bzw 6 TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 mit Bescheid zu M 4/06-64 vom 02.04.2007 bzw Bescheid zu M 6/06-64 vom 02.04.2007 auferlegten spezifischen Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs 2 S 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.04.2009 wurde das Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 10/09 amtswegig eingeleitet.

Im September 2009 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 1-2/09 sowie M 10/09 (Festnetzendkundenmärkte)“) übermittelt (ON 7).

Zu diesem Gutachten langten Stellungnahmen der Telekom Austria TA AG (ON 18 vom 04.11.2009), der UPC Telekabel Wien GmbH (ON 17 vom 02.11.2009, stellvertretend eingebracht auch für UPC Broadband GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel Klagenfurt GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Austria GmbH, UPC Oberösterreich GmbH, UPC Austria Services GmbH sowie UPC Wireless GmbH), der Tele2 Telecommunication GmbH (ON 20 vom 09.11.2009), der mobilkom Austria AG (ON 21 vom 09.11.2009), der LIWEST Kabelmedien GmbH (ON 23 vom 09.11.2009) sowie der Energie AG Oberösterreich Data GmbH (ON 24 vom 10.11.2009) ein.

Am 11.11.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt (ON 25).

Am 08.07.2010 wurde die Verschmelzung von Telekom Austria TA AG und Mobilkom Austria AG durch Eintragung des neuen Firmennamens „A1 Telekom Austria AG“ (in der Folge: A1 Telekom) in das Firmenbuch abgeschlossen.

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 10/09: A1 Telekom, UPC Telekabel Wien GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel Klagenfurt GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Austria GmbH, UPC Oberösterreich GmbH, UPC Austria Services GmbH, UPC Wireless GmbH), Tele2 Telecommunication GmbH, LIWEST Kabelmedien GmbH, Colt Technology Services GmbH sowie Energie AG Oberösterreich Data GmbH.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Marktabgrenzung

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

Auf Produktebene sind durch diesen Bescheid die folgenden Kategorien von Gesprächsleistungen erfasst:

- Gespräche für Nichtprivatkunden zu den Zonen: In- und Ausland, Fest- und Mobilnetze,

- Gespräche für Nichtprivatkunden für Rufe im Nummernbereich 07xx,

- Gespräche für Nichtprivatkunden für Rufe zu privaten Netzen im Nummernbereich 05xx,

- Gespräche für Nichtprivatkunden innerhalb VPNs, insofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,

- Gespräche für Nichtprivatkunden im Rahmen des Verbindungsnetzbetriebs des regulierten Unternehmens („Dial 1001“),

- Gespräche für Nichtprivatkunden bei Tarifen verbundener Unternehmen auf dem gegenständlichen Markt

Neben der Diensteerbringung über das PSTN existieren zwei Arten von VoIP-Diensten:

- Voice-over-Internet (VoI)

VoI ist dadurch charakterisiert, dass der VoIP-Anbieter seine Dienste auf Basis des (Public) Internet zur Verfügung stellt, diese jedoch im Allgemeinen nicht mit dem (Breitband)Internet-Zugang zum Endkunden gebündelt sind. Der Zugang zum Endkunden wird über eine bereits bestehende (Breitband)Internet-Anbindung des Endkunden realisiert, das Internet bzw. ein bestehender Internet-Zugang wird vom VoIP-Anbieter, der keinen gemanagten Dienst erbringt, daher als „Zugangsnetz“ verwendet. Der Internet-Zugang des Kunden, das heißt der physische Anschluss inklusive Internet Connectivity, wird im Allgemeinen von einem unabhängigen Dritten bereitgestellt.

VoI ist in unterschiedlichen Angebotsvarianten zu finden: Manche ermöglichen volle Konnektivität mit dem klassischen Telefonnetz, andere bieten nur abgehende Gespräche ins klassische Telefonnetz oder beschränken sich auf Gespräche zwischen Internet-Usern.

- Voice over Broadband (VoB)

Von VoI zu unterscheiden ist Voice-over-Broadband (VoB), das in der Form von Voice-over-DSL (VoDSL) auf der Kupferdoppelader oder „Voice-over-CATV“ in Kabel-TV-Netzen Verwendung findet. VoB ist dadurch charakterisiert, dass der VoIP-Anbieter seine Dienste in Kombination mit einem von ihm bereitgestellten (Breitband)Internet-Zugang zur Verfügung stellt und die VoIP-Technologie zum Transport der Sprachdaten im Anschlussnetz verwendet.

VoB-Dienste ermöglichen im Allgemeinen volle Konnektivität ins klassische Telefonnetz und sind hinsichtlich der Produktcharakteristika im Allgemeinen ein weitgehendes Äquivalent zum klassischen Telefondienst. Dies nicht zuletzt dadurch, dass der Anbieter durch das kombinierte Anbieten von VoIP-Dienst und (Breitband)Internet-Zugang die Qualitätsparameter im Anschlussnetz kontrolliert. Darüber hinaus können VoB-Betreiber grundsätzlich die Bedingungen für die Nutzung geografischer Rufnummern erfüllen.

Sämtliche In- und Auslandsverbindungen von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten sind im Markt enthalten, sofern sie nicht mittels Voice over Internet realisiert werden; mittels Voice over Broadband realisierte In- und Auslandsverbindungen sind im gegenständlichen Markt enthalten.

Gesprächsleistungen aus öffentlichen Sprechstellen sind nicht im Markt enthalten. Dieser Markt beinhaltet auch Wählverbindungen über Fax und Modem. Aufgrund objektiv ähnlicher Wettbewerbsbedingungen umfasst der Markt das gesamte Bundesgebiet.

2. Zum Endkundenmarkt „Gespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“

Auf diesem Markt wurden im Jahr 2008 von allen Betreibern gemeinsam Umsatzerlöse in Höhe von ca 288 Mio € bei rückläufiger Tendenz erzielt.

Am stärksten betroffen sind dabei die Umsätze für Gespräche „ins Festnetz“, bei denen die Erlöse vom Jahr 2006 auf 2007 um 16 % zurückgingen. Auch bei Gesprächen „ins Ausland“ und „ins Mobilnetz“ sinken die Umsätze seit 2004 kontinuierlich. Am deutlichsten zeigte sich die Abnahme jedoch vom Jahr 2005 auf 2006 mit einem Minus von über 13 % bei beiden Gesprächsdistanzen. Auch die Erlöse aus dem schmalbandigen Internetverkehr („Dial-In“) gehen stark zurück. Zuletzt (von 2006 auf 2007) wurden die Umsätze in dieser Kategorie sogar fast halbiert (- 47 %).

Die Summe der von Endkunden konsumierten Gesprächsminuten auf dem gegenständlichen Markt ging in den letzten beiden Jahren um 14 % zurück.

Die Rückgänge bei Verbindungs- und Anschlussentgelten sind hauptsächlich auf den vom Mobilfunksektor ausgehenden intermodalen Wettbewerb zurückführen. Dieser kommt wiederum im Verbindungsbereich - und insbesondere bei Gesprächen in nationale Festnetze - besonders stark zur Geltung. Zudem ist ein Teil des anhaltenden Umsatzrückgangs auch auf weitere Preissenkungen zurückzuführen, die jedoch in ihrem Ausmaß zunehmend geringer ausfallen. Diese beiden Effekte lösen einander im Zeitverlauf ab, wobei der intermodale Mobilfunkwettbewerb in zunehmendem Maße die Rückgänge in den Festnetzumsätzen erklärt. Hinzu kommen noch geringfügige Effekte durch - gemäß TKMV 2008 - nicht marktrelevante IP-Sprachlösungen.

Durch die jüngste Preisentwicklung des Mobilfunks (Einführung von Pauschalpaketen mit hohen Inklusivminuten) wurde ein für das gesamte Festnetz spürbarer wettbewerblicher „Price-Cap“ eingezogen. Der durchschnittliche implizite Mobilfunkpreis kam im Jahr 2007 erstmals unter dem impliziten Festnetzpreis zu liegen.

Generell betreffen diese Entwicklungen den Festnetzsektor als Ganzes und nicht einzelne Betreiber im Speziellen. Was die betreiberindividuelle Positionierung innerhalb des Festnetzsektors betrifft, konnte A1 Telekom in den letzten beiden Jahren Marktanteile stabilisieren und zurückgewinnen.

A1 Telekom ist auf allen telekommunikationsrechtlich-relevanten und festnetzspezifischen Wertschöpfungsstufen aktiv und damit vollständig vertikal integriert.

Es werden im gesamten Festnetzsektor verstärkt Voice over Internet Protocol (VoIP) Produkte angeboten. Anbieter von VoIP-Produkten in Form von VoB sind in Österreich beispielsweise Tele2, UPC oder Silver Server.

Verbindungsnetzbetreiber (VNB) nehmen auf dem gegenständlichen Markt Gespräche aus dem originierenden Netz auf und stellen sie wieder an das terminierende Netz zu, wobei Originierung und Terminierung auch im selben Netz erfolgen können. Da auf vorhandene Infrastruktur zurückgegriffen wird, ist ein originierendes und terminierendes eigenes Zugangsnetz bis zum Kunden nicht notwendig.

Bei der VNB-Auswahl ist Call-by-Call (CbC) von Carrier Pre-Selection (CPS) zu unterscheiden: CbC bedeutet, dass der Anrufer bei jedem einzelnen Gespräch den VNB durch Vorwahl einer spezifischen Netzbetreiberkennziffer auswählt; erfolgt das nicht, wird das Gespräch von A1 Telekom durchgeführt und abgerechnet. Bei CPS wird aufgrund einer dauerhaften Voreinstellung der Netzbetreiberkennziffer der gesamte Verkehr eines Kunden

(mit Ausnahme von Rufen zu Mehrwertdiensten und Diensten im öffentlichen Interesse) über das Verbindungsnetz geführt, für das er sich zuvor entschieden hat.

3. Zur SMP-Analyse des Marktes „Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“

Relevante Kriterien (Indikatoren) zur Beurteilung von Marktmacht auf dem Markt für „Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ sind vor allem Marktanteile und deren Entwicklung im Zeitverlauf, die Höhe der Markteintrittsschranken, das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht, das Ausmaß an Innovationen, der internationale Vergleich sowie das Preissetzungsverhalten.

3.1. Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

Die Marktanteile von A1 Telekom steigen auf sehr hohem Niveau weiter an: Der Umsatzmarktanteil von A1 Telekom betrug auf diesem Markt zum Zeitpunkt der letzten Marktanalyse (Dezember 2005) noch 60 % (ON 7, Abb 9), und stieg im Jahr 2008 schon auf 71 %. Als zweitgrößter Betreiber zu diesem Zeitpunkt ist Tele2 mit einem Umsatzmarktanteil von knapp über 10 % zu nennen. Die verbleibenden Marktanteile verteilen sich auf die weiteren 78 Betreiber auf diesem Markt.

Der Minutenmarktanteil von A1 Telekom stieg im selben Vergleichszeitraum von ca 55 % auf 60 % im Dezember 2008 an.

Das preisliche Unterbieten von A1 Telekom durch eine große Zahl von Anbietern führt zu keinen substantiellen Marktanteilsverschiebungen. Vielmehr ist gerade in den letzten Jahren eine zunehmende Marktanteilskonzentration bei gleichzeitig zunehmendem Mark-Up des Incumbent Unternehmens A1 Telekom festzustellen.

Der in allen Gesprächskategorien steigende Marktanteil von A1 Telekom ist nicht nur auf externes Unternehmenswachstum, wie der im Jahr 2007 erfolgten Übernahme der eTel, zurückzuführen.

Die ungleiche Marktanteilsverteilung spiegelt sich auch in den Werten des für die Berechnung des Konzentrationsausmaßes herangezogenen Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) wider. Das Konzentrationsausmaß errechnet sich aus der Summe der Quadrate der in Prozent vorliegenden Marktanteile. Der Wert dieses Index liegt daher zwischen 0 und 10.000, wobei ein Wert nahe bei 0 atomistische Konkurrenz anzeigt. Ein Wert von 10.000 bedeutet, dass es einen monopolistischen Anbieter und damit volle Marktkonzentration gibt.

Der Anstieg der HHI-Werte (Umsätze) von 4.000 Punkten im Dezember 2005 auf 5.400 Punkte im Dezember 2007 bei Inlandsgesprächen und von 3.300 Punkten im Dezember 2005 auf 4.800 Punkte im Dezember 2007 bei Auslandsgesprächen spiegeln das hohe und steigende Konzentrationsausmaß dieses Marktes wider. Das wird auch durch den gestiegenen Marktanteil der sechs größten Betreiber am Markt bestätigt: Die sechs größten Betreiber am Markt hatten im Jahr 2005 einen kumulierten Umsatzmarktanteil von 80 %, während dieser Wert per Dezember 2007 auf 90 % stieg. Der gegenständliche Markt tendiert somit – bewirkt auch durch die 2007 erfolgte Übernahme der eTel durch die vormalige Telekom Austria AG – in Richtung eines immer enger werdenden Oligopols, mit A1 Telekom als nach wie vor deutlich größtem Unternehmen. Diesen Konsolidierungsprozessen stehen hingegen keinerlei nennenswerte Neueintritte in den Markt gegenüber. Auch sind Neueintritte vor dem Hintergrund der Entwicklungen der letzten Jahre nicht zu erwarten, da es keine Anhaltspunkte für eine diesbezügliche Trendumkehr gibt.

Insgesamt resultiert für Nichtprivatkunden eine immer asymmetrischer werdende Marktstruktur, wobei der Vergangenheit keinerlei Anzeichen hinsichtlich einer künftigen Trendwende entnommen werden können.

Die Umsatzmarktanteile der A1 Telekom liegen um rund 10 Prozentpunkte über den Minutenmarktanteilen, was den Schluss zulässt, dass das regulierte Unternehmen im Aggregat noch immer signifikant höhere Preise setzen kann.

Die Veränderungsraten der CPS Stände sowie bei CbC (Verbindungsnetzbetrieb) lassen in Übereinstimmung mit den Konsolidierungsprozessen der aktuellen Marktphase und dem europaweiten Trend deutlich rückläufige Entwicklungen erkennen. Derzeit machen bei leicht fallender Tendenz weniger als 150.000 Nichtprivatkunden von der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl Gebrauch.

3.2. Markteintrittsbarrieren und potenzieller Wettbewerb

Markteintrittsbarrieren sind all jene Faktoren, die es einem auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher Markteintrittsbarrieren sind (dh je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht des etablierten Unternehmens. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Markteintrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorliegen.

Markteintrittsbarrieren können in strukturelle und in rechtliche Markteintrittsbarrieren eingeteilt werden.

3.2.1. Strukturelle Markteintrittsbarrieren

3.2.1.1. Versunkene Kosten

Die mit einem Marktauftritt verbundenen versunkenen Kosten sind zwar auf dem gegenständlichen Markt geringer einzustufen als auf dem benachbarten Zugangsmarkt, dennoch entstehen auch hier nicht vernachlässigbare Marktbarrieren. So sind selbst für „reine“ Verbindungsnetzbetreiber Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig.

Im Vergleich zum Privatkundenmarkt werden alternative Anbieter am Nichtprivatkundenmarkt dabei im Durchschnitt deutlich höhere Ausgaben tätigen. Zudem entstehen spezifisch dem Retailbereich zurechenbare versunkene Kosten, da die alternativen Anbieter von Festnetzsprachtelefonie individuelle Marktbearbeitungen (Werbeaufwand) zu betreiben haben, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Die angeführten Kosten können typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden.

Endogen versunkene Kosten durch Werbeaufwendungen führen aber nicht nur zu Kostenasymmetrien, sondern begründen auch Skalenvorteile und erhöhen so den Kapitalbedarf potentieller Konkurrenten, die in den Markt eintreten wollen. Ein höherer Kapitalbedarf führt zu einer weiteren Kostenasymmetrie, da potentielle Konkurrenten aufgrund von Unsicherheit und Informationsasymmetrien Kapital oft nur zu ungünstigeren Konditionen beschaffen können als der Incumbent.

3.2.1.2. Vorteile des Incumbents

Es bestehen auf diesem Gesprächsmarkt für Gespräche von Nichtprivatkunden ferner signifikante Wechselbarrieren zu Lasten von alternativen Betreibern, da für Bestandskunden des Incumbent oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und damit einhergehend eine entsprechend hohe Loyalität zum Unternehmen besteht. Alternative Wettbewerber haben demgegenüber einen deutlich geringeren Bekanntheitsgrad bzw. können keine vergleichsweise hohe Kundenbindung aufbauen. Damit diese Barrieren überwunden werden können, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden. Ein derartiger Einsatz ist auch deshalb erforderlich, da Endkunden (insbesondere des Incumbents) von den Erfolgen der Liberalisierung indirekt – ohne selbst zu wechseln – profitieren können. Auch derartige Kosten können typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden.

Speziell an Nichtprivatkunden adressierte Produkte zeichnen sich oftmals durch individuelle Lösungen hinsichtlich Zusatzdiensten, Qualitätsmerkmalen oder Serviceleistungen aus. Das obere Ende solcher Gestaltungsspielräume bilden vollständig integrierte Systemlösungen, in denen projekt-individuell kalkulierte Produktbündel bestehend aus breitbandigen und schmalbandigen Leistungen sowie diversen Netz- und Serviceleistungen zusammengeführt werden. Gegebenenfalls kommt es darin auch zu einer Verknüpfung mehrerer Unternehmensstandorte und/oder zu einer Realisierung (virtueller) privater Netzwerke. Angesichts solcher Anforderungen hinsichtlich Ressourcen und technischem Know-how ist die Akquisition von Marktanteilen für alternative Wettbewerber auf Nichtprivatkundenmärkten wie dem gegenständlichen deutlich schwieriger.

Das bloße Unterbieten innerhalb einzelner Gesprächskategorien reicht angesichts der erforderlichen Breite des Produktsortiments daher nur sehr bedingt aus, um bestimmte Kundensegmente ansprechen zu können.

Dies gilt erst recht angesichts der für Geschäftskunden zunehmenden Bedeutung von „clusterübergreifenden“ Bündelungsformen sowie von „Zusatzausstattungen“ (Nebenstellenanlagen, Least Cost Router, Mietleitungen). Hinzu kommt die Reputationswirkung bzw. der damit verbundene Vorteil des über einen langen Zeitraum etablierten Incumbent-Unternehmens.

Für alternative Betreiber ist es daher schwieriger, eine enge Kundenbindung aufbauen, als für den Incumbent; insbesondere bei Call by Call Kunden ist das kaum möglich.

3.2.1.3. <u>One-stop-shopping</u>

Der zunehmende Trend zum „One-stop-shopping“ erfordert insbesondere auf diesem Markt die Notwendigkeit, als Komplettanbieter bzw als Anbieter von Bündelprodukten auf den jeweiligen Märkten agieren zu können. Insbesondere für Nichtprivatkunden ist der Bezug von Paketleistungen einerseits aufgrund rabattierter Bündelpreise häufig billiger, zum Anderen ist die Möglichkeit, alles aus einer Hand zu beziehen, für viele schlicht bequemer (geringere Transaktionskosten). Diejenigen Anbieter, die über ein entsprechend breites Produktportfolio verfügen, können gleichzeitig auch mit entsprechenden Verbundvorteilen in der Produktion (alle Wertschöpfungsstufen umfassend) rechnen. Umgekehrt begründet die Notwendigkeit, als Komplettanbieter agieren zu müssen, für potentielle Newcomer wiederum einen erhöhten Kapitalbedarf und reduziert so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts.

Beim Incumbent ist hingegen traditionell ein hohes Ausmaß an horizontaler Integration, d.h. ein sehr stark diversifiziertes Portfolio an Leistungen und Konditionen gegeben. Hinzu kommt, dass der Incumbent weitestgehend uneingeschränkt für die vollständige Endkundenproduktpalette auf selbst realisierte Vorleistungen zurückgreifen kann.

3.2.2. Rechtliche Markteintrittsbarrieren

Rechtliche Markteintrittsbarrieren auf diesem Markt entstehen (ON 34, S 40, Tabelle 6) aufgrund der Tatsache, dass nach vorherigem unzulässigem Verhalten des Incumbent bis zum Einschreiten der Regulierungsbehörde zwangsläufig eine Verzögerung auftritt. Das kann insbesondere im Zusammenhang mit Aktionsangeboten, der Entbündelung und der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl der Fall sein. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Situation zu einem Marktvorsprung des Incumbent führt.

Ferner können für Teilnehmernetzbetreiber rechtliche Markteintrittsbarrieren im Zusammenhang mit der notwendigen Erwirkung der Zuteilung von Rufnummern auftreten.

3.3. Innovationen

Innovationstätigkeit wird generell als Einführung von neuem, als Verwirklichung neuer Ideen oder Verfahren verstanden (ON 34).

Das Produkt, das auf diesem Gesprächsmarkt angeboten wird, umfasst das Führen von abgehenden Gesprächen sowie die Nutzung anderweitiger Dienste des öffentlichen Telefonnetzes (Fax, Modem) durch Nichtprivatkunden.

In den letzten Jahren gab es drei wesentliche Entwicklungen auf diesem Markt: (i) die steigende Bedeutung von Mobiltelefonie und von mobilen Breitbandprodukten mit einer damit einhergehenden schleichenden Substitution des Festnetzes, (ii) das vermehrte Aufkommen von Telefondiensten auf Basis von Voice-over-IP (VoIP) und (iii) die bevorstehende Migration von den klassischen Telekommunikationsnetzen hin zu sog. Next Generation Networks (NGN). Insbesondere die letztgenannte Entwicklung spielt auf diesem Gesprächsmarkt für Nichtprivatkundengespräche eine (wenn auch geringe) Rolle.

Im Betrachtungszeitraum von zwei Jahren ist nicht mit signifikanten Auswirkungen auf den Gesprächsmarkt durch Migration von den klassischen Telekommunikationsnetzen hin zu sog. Next Generation Networks (NGN) zu rechnen.

Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die angekündigte Trennung von Transport- und Diensteebene im NGN nicht so deutlich, wie noch vor einigen Jahren angenommen, ausfallen dürfte, wodurch mit einer geringer als ursprünglich angenommenen Innovationskraft auf Diensteebene zu rechnen ist. Die baldige und intensive Verschränkung von klassischen Telekommunikationsdienstleistungen mit innovativen Web-Angeboten dürfte nach heutiger Sicht jedenfalls noch einige Jahre auf sich warten lassen.

3.4. Internationaler Vergleich

Ein internationaler Vergleich dient als Benchmark, an dem das Ergebnis am österreichischen Markt für Festnetzsprachtelefonie gemessen wird. Trotz eingeschränkter empirischer Vergleichbarkeit und teils fraglicher methodischer Validität lassen sich folgende Feststellungen treffen:

Der Minutenmarktanteil von A1 Telekom als Incumbent zeigt auf den Gesprächsmärkten (ohne Unterscheidung zwischen Privat- und Nichtprivatkunden) per Dezember 2007 ein im Ergebnis unauffälliges Bild: So kommt der Minutenmarktanteil von A1 Telekom in den Gesprächskategorien „Nationale Anrufe Gesamt“ mit 61,8 % (EU-Durchschnitt: 61,3 %), „Anrufe zu Mobilnetzen“ mit 59,3 % (EU-Durchschnitt: 60,6 %) und „Anrufe ins Ausland“ mit 57,9 % (EU-Durchschnitt: 52,5 %) zu liegen.

Beim EU-Vergleich der monatlichen Ausgaben für Grund- und Verbindungsentgelte von Nichtprivatkunden der Incumbents im September 2008 zeigt sich, dass die A1 Telekom mit

dem beim Vergleich berücksichtigten Gesprächskategorien ziemlich genau im EU-Durchschnitt liegt. Dieses Bild wird auch bei isolierter Betrachtung von nutzungs- und weniger nutzungsintensiven Nichtprivatkundensegmenten bestätigt, bei denen der Vergleich jeweils ergibt, dass A1 Telekom im tariflichen Mittelfeld zu liegen kommt.

3.5. Preise

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferentiale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster geben wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität.

Aufgrund der Regulierung war A1 Telekom die Preissetzung auf diesem Markt von Beginn der Liberalisierung an entzogen. Die Preise wurden von der Regulierungsbehörde nach Antrag (bzw. zuletzt auf diesem Markt nach Anzeige im Zuge der „unechten ex-post Regulierung“) auf kostenorientierter Basis festgelegt. Der Preisgestaltung des gegenwärtigen SMP-Betreibers A1 Telekom kommt auf diesem Markt daher nur eingeschränkte Bedeutung zu.

Bei den Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden ist eine langfristige Stagnation in den Durchschnittspreisen bei einem gleichzeitig anhaltenden Mark-Up von A1 Telekom festzustellen. Es gibt kaum Anhaltspunkte, die zukünftige Preissenkungen erwarten lassen würden. Alternative Anbieter haben in zunehmendem Maße und nicht zuletzt aufgrund des Umstandes, dass deren Marge wesentlich von gegebenen Vorleistungskosten abhängt, eine preisliche Untergrenze erreicht.

Nichtprivatkunden werden allerdings häufig umsatz- und mengenbezogene individuelle Nachlässe gewährt, da diese regelmäßig ein Vielfaches der Gesprächsmenge und des Umsatzes von Privatkunden generieren. Darüber hinaus ist gerade bei einzelnen Subsegmenten mit weiteren (jedoch intransparenten) Rabattgewährungen in Form von umfassenden Bündellösungen (integrierte Systemleistungen) zu rechnen.

Der Übergang von auf Bonuspakten (primär für Privatkunden) basierenden Tarifinnovationen hin zu cluster- bzw. anschlussübergreifenden Bündelproduktgestaltungen brachte eine Vermischung von klassischen Privat- und Nichtprivatkundentarifmodellen mit sich. Obwohl grundsätzlich als Privatkundenprodukt konzipiert und beworben, zeigen sich bei Bündelprodukten gewisse kundensegmentspezifische Verschiebungen: Die seit 2007 von A1 Telekom mit entsprechend lukrativen Bündelrabatten erfolgreich auf den Markt gebrachten Bündelprodukte (insbesondere Kombipakete) wurden auch von einzelnen Nichtprivatkundensegmenten (insbesondere KMU und/oder ISDN-Basiskunden) in Anspruch genommen. Der große Markterfolg der vergangenen Kombipakete lässt erwarten, dass A1 Telekom auf Business-Fokus konzipierte Aktionen am gegenständlichen Verbindungsmarkt in noch stärkerem Ausmaß als bisher auf den Markt bringen wird.

Für Nichtprivatkunden existieren zahlreiche Ausgestaltungs- und Differenzierungsmöglichkeiten (etwa Rufnummernanzeige, Einzelentgeltnachweis oder das Anbieten von Hotlines oder Telefonanlagen für Nichtprivatkunden) in Form von Zusatzdiensten, die in Anspruch genommen werden können. Auf Seiten der A1 Telekom existiert insbesondere für Nichtprivatkunden ein sehr breites Produktportfolio, welches nur von sehr wenigen Teilnehmernetzbetreibern in ähnlicher Form nachgebildet werden kann. Als spezifisches Gestaltungspotential kommt weiters die Mobilfunkkomponente des Unternehmens A1 Telekom hinzu, die im Rahmen der obig skizzierten Bündelungsformen („triple play“, „quadruple play“) einen nicht zu vernachlässigenden Vorteil begründet.

Auf dem gegenständlichen Markt für Gespräche von Nichtprivatkunden erfährt das Instrument der Preisdifferenzierung nicht zuletzt auch aufgrund der Komplementarität der Anschluss- und Verbindungsbereiche intensive Verwendung. Die existierende Tarifstruktur der A1 Telekom entspricht einer Produkt- und Preisbündelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen in Form zweigliedriger Tarife. Die Tarife sind optional gestaltet (daher auch die Bezeichnungen „Options"- bzw. „Optionaltarife"), insofern sich die Konsumenten selbst den angebotenen Tarifmodellen gemäß ihren Präferenzen zuordnen („Self Selection") und so Information über ihr Nachfrageverhalten enthüllen.

Auf dem gegenständlichen Markt ergibt sich weiters die Problematik der Gewährung von großzügig gewährten Rabattabschlägen bzw den letztlich entscheidenden kumulierten Rabatten an (bestimmte) Nichtprivatkunden.

Die wettbewerbliche Problematik verschiebt sich in den Themenkomplex „Preisdifferenzierung / Produktbündelung sowie Übertragung von Marktmacht („horizontal leveraging" und „vertical leveraging"), die selektive Anwendung von Kampfpreisen („predatory pricing") sowie die Gefahr von überhöhten Preisen („excessive pricing").

3.6. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verhandlungsstärke im Sinne einer nachfrageseitigen Gegenmacht (§ 35 Abs 2 Z 3 TKG 2003) ist bei Nichtprivatkunden grundsätzlich denkbar. Jedoch ist selbst bei den größten Nichtprivatkunden fraglich, inwiefern die Kosten/Nutzen Relation in Form der Gegenüberstellung von resultierenden Transaktionskosten und Kommunikationskosteneinsparungen überhaupt ein entsprechendes Verhandlungsengagement entstehen ließe. Eine weitere Begrenzung erfährt das Potential nachfrageseitiger Gegenmacht dahingehend, als gerade bei Nichtprivatkunden nur mehr eine sehr kleine Gruppe von Anbietern eine entsprechend breite Produktpalette anbieten kann, wie diese gerade von den umsatzstärksten Unternehmen (Stichwort: „Systemintegrierte Gesamtlösungen") nachgefragt wird. Die hohe und weiter steigende Marktkonzentration auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt schränkt somit das Potential nachfrageseitiger Gegenmacht wieder deutlich ein.

3.7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

A1 Telekom verfügt auf dem gegenständlichen Markt nach wie vor über erhebliche und im wirtschaftlichen Sinne bedeutende alleinige Marktmacht: Die Wettbewerbsindikatoren „Umsatzmarktanteil der A1 Telekom", „Kumulierter Marktanteil der sechs größten Betreiber am Markt", „HHI in Umsätzen bei Inlandsgesprächen von Nichtprivatkunden", „HHI in Umsätzen bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden" sowie „Marktrelevanz und Größenordnung bedeutender Unternehmensübernahmen" sprechen in steigendem Ausmaß gegen das Vorliegen von effektivem Wettbewerb auf diesem Markt.

Die angeführten Marktstrukturindikatoren werden im Folgenden angeführt und mit den entsprechenden Werten für den Dezember 2005 verglichen:

Wettbewerbsindikator	**Ausprägung per Dezember 2005**	**Ausprägung 2007/2008**	**Anmerkungen**
Umsatzmarktanteil A1 Telekom	60 %	71 % (Jahr 2008)	Jeweils In- und Auslandsgespräche
Kumulierter Marktanteil der sechs größten	86 %	90 % (Dezember	

Betreiber am Markt		2007)	
HHI in Umsätzen bei Inlandsgesprächen von Nichtprivatkunden	4.000 Punkte	5.400 Punkte (Dezember 2007)	HHI in Punkten zwischen 0 (atomistische Konkurrenz) und 10.000 (Monopol)
HHI in Umsätzen bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden	3.300 Punkte	4.800 Punkte (Dezember 2007)	HHI in Punkten zwischen 0 (atomistische Konkurrenz) und 10.000 (Monopol)
Bedeutende Unternehmens-übernahmen	2004: Tele2-UTA (damals größter alternativer Anbieter für NP-Gespräche	2006: UPC-Inode 2007: A1 Telekom - eTel	Mit Übernahme der großen ANB durch die größten ANB bzw durch A1 Telekom stieg die Konzentration beträchtlich; UTA, Inode und eTel waren jeweils die wichtigsten ANB für NP-Gespräche

Neben A1 Telekom konnte nur eine kleine Gruppe von Anbietern signifikante Marktanteile für sich gewinnen und halten. Die Marktstruktur wird im Wesentlichen von den Unternehmen A1 Telekom und Tele2 geprägt. Die starke Asymmetrie in der Marktanteilsverteilung hat sich nach der Übernahme des Unternehmens eTel durch das größte Unternehmen - A1 Telekom - zwischenzeitlich deutlich verstärkt. So liegen die Umsatzmarktanteile von A1 Telekom (inkl eTel) im Jahr 2008 bei steigender Tendenz bei 71 % und sind damit um 11 Prozentpunkte höher als bei Abschluss der letzen Marktanalyseverfahren. Die Minutenmarktanteile der A1 Telekom liegen um rund 10 Prozentpunkte unter den Umsatzmarktanteilen, was den Schluss zulässt, dass das regulierte Unternehmen im Aggregat noch immer signifikant höhere Preise setzen kann.

Der gegenständliche Markt tendiert in Richtung eines immer enger werdenden Oligopols, mit A1 Telekom als nach wie vor deutlich größtem Unternehmen.

In den letzten beiden Jahren, kam es zu einer Konsolidierung der Umsatzmarktanteile sowie zu signifikant ansteigenden Konzentrationswerten. Den ansteigenden Konzentrationswerten stehen keine nennenswerten Neueintritte in den Markt gegenüber. Vom intermodalen Wettbewerb durch Mobilfunkprodukte ist auf dem gegenständlichen Markt binnen der nächsten zwei Jahre zwar zunehmender Druck aber keine entscheidende Auswirkung auf das Wettbewerbsniveau zu erwarten. Technologisch bedingte, strukturelle Änderungen sind nicht absehbar oder aus derzeitiger Sicht mit hoher Unsicherheit behaftet. Letzteres gilt auch für Modifikationen aufzuerlegender Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene und deren wettbewerbliche Auswirkungen (Intensität und Zeitvolumen) auf diesem Markt.

Auf diesem Markt bestehen signifikante Markteintrittsbarrieren in Form eines oftmals bei Bestandskunden des Incumbents über einen langen Zeitraum existierenden Vertragsverhältnisses und damit verbundener hoher Loyalität. Daraus resultiert die Notwendigkeit individueller Marktbearbeitung, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden. Derartige Kosten könnten typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden. Auch erklären die für Nichtprivatkunden teils hohen Anforderungen hinsichtlich der Breite des Produktsortiments, dass das bloße Unterbieten innerhalb einzelner

Gesprächskategorien eben nur sehr bedingt ausreicht, um bestimmte Kundensegmente ansprechen zu können.

Nicht-preislichen Parametern kommt hohe Bedeutung zu. Dies zeigt sich unter anderem am Angebot von speziell an Nichtprivatkunden adressierten Produkten mit individuellen Lösungen hinsichtlich Zusatzdiensten, Qualitätsmerkmalen oder Serviceleistungen. Das obere Ende solcher Gestaltungsspielräume bilden vollständig integrierte Systemlösungen, in denen projekt-individuell kalkulierte Produktbündel bestehend aus breitbandigen und schmalbandigen Leistungen zusammengeführt werden. In diesem Zusammenhang bestätigt auch der beobachtbare Trend zum „one-stop-shopping“ eine Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können, was für sich genommen wiederum potentiellen Marktzutritt erschwert. Angesichts solcher Anforderungen hinsichtlich Ressourcen und technischem Know-how ist die Akquisition von Marktanteilen vor allem in Hinblick auf (umsatzstarke) Großkunden für alternative Wettbewerber auf Nichtprivatkundenmärkten deutlich schwieriger.

Verhandlungsstärke im Sinne nachfrageseitiger Gegenmacht ist auf diesem Markt in viel zu geringem Ausmaß vorhanden, um effektiven Wettbewerb zu gewährleisten.

Eine diesbezüglich grundlegende Änderung innerhalb der nächsten Jahre kann vor dem Hintergrund der absehbaren technischen Entwicklung und trotz der intermodalen Konkurrenz nicht ausgemacht werden. Technologisch bedingte, strukturelle Änderungen sind nicht absehbar oder aus derzeitiger Sicht mit hoher Unsicherheit behaftet.

4. Wettbewerbsprobleme

Folgende potenzielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Endkundenmarkt werden für den Fall festgestellt, dass ein regulatorischer Eingriff unterbleibt:

4.1. Problematik der „Produktbündelung“ und Marktmachtübertragung

A1 Telekom kann als einziges Unternehmen flächendeckend die komplementären Anschluss- und Verbindungsleistungen kombinieren. Daher besteht die Möglichkeit zur horizontalen Übertragung von Marktmacht von monopolistischen Bereichen (Anschluss) in potentiell wettbewerbsfähige Bereiche (Gespräche).

So bleiben die in den vergangenen Verfahren identifizierten Wettbewerbsprobleme bzw. die horizontalen und vertikalen Marktmachtübertragungsformen (Leveraging; Quersubventionierung; unlautere Bündelungsformen, welche innerhalb von Nichtprivatkunden segmentspezifisch einerseits zu Predatory Pricing und Margin Squeeze, und andererseits zu „excessive pricing“ führen können) am gegenständlichen Markt für Gespräche für Nichtprivatkunden aufrecht. Neben den asymmetrischen Produkt- und Tarifgestaltungsmöglichkeiten zeigen sich weiters auch die historisch bedingten Vorteile des Incumbents (Kundenloyalität, Reputation, tatsächliche oder subjektiv empfundene Qualitätsvorteile).

4.1.1. Übertragung von Marktmacht durch Produktbündelung

4.1.1.1. Horizontale, „clusterinterne“ Übertragung von Marktmacht

Die oben festgestellten Preisdifferenzierungen bringen die Problematik der Marktmachtübertragung („leveraging“) mit sich. Insbesondere die von A1 Telekom in der Vergangenheit eingeführten Optionaltarife und Bündelprodukte zeigen, dass den reinen Verbindungsnetzbetreibern ein typischerweise geringerer Preissetzungs- und Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht. So beinhalten beispielsweise die von A1

Telekom angebotenen Tarifbündel Flatrate-Elemente, welche von VNB, die über kein derartiges und flächendeckendes Ausgleichspotential zwischen Anschluss- und Verbindungsmärkten verfügen, nur bedingt nachgebildet werden können. Die Verschlechterung der Wettbewerbsmöglichkeiten trifft vor allem VNB. Sie können in der Regel weder Freiminutenkontingente noch Flatrates anbieten und sind daher auch nicht ohne weiteres in der Lage, entsprechende Alternativprodukte zu lancieren.

Bei Optionaltarifen können potentielle Kostenasymmetrien hinsichtlich der Preiselastizität betreiberspezifischer Kundensegmente auftreten.

Alternative Wettbewerber verfügen typischerweise über preissensiblere Kunden, die dies durch ihren Wechsel bereits zum Ausdruck gebracht haben, mit – bei entsprechenden Preisnachlässen – „heavy-user" Verhalten. Zudem sind gerade bei preissensiblen Wechselkunden kaum bedeutende Gewinnmargen zu lukrieren. Umgekehrt bieten Optionalpakete dem Incumbent (mit vergleichsweise preisinelastischeren Kundensegmenten) ein nicht unerhebliches Finanzierungspotential.

Aufgrund der Tatsache, dass Preisdifferenzierungen am Sprachtelefoniemarkt die eindeutig bedeutendste unternehmerische Strategiegröße darstellen sowie angesichts der stark asymmetrischen Marktanteilsverteilung auf dem benachbarten Anschlussmarkt kommt dieser Ungleichheit in den Gestaltungsmöglichkeiten wettbewerbliche Bedeutung zu.

4.1.1.2. Horizontale, „clusterübergreifende" Übertragung von Marktmacht

Auf dem gegenständlichen Markt ist ein vielschichtiges und auf Subsegmente (KMU / Großunternehmen) ausgestaltetes Tarifschema festzustellen. Darüber hinaus kommt den Bündelungslösungen bei Nichtprivatkunden eine (im Vergleich zu Privatkunden) noch größere Bedeutung zu, insofern hierin deutlich höhere Anforderungen an die horizontale Integration des Anbieters gestellt werden. So werden vielfach nicht nur klassische Telekommunikationsdienste (wie Sprache und Internet) sondern auch eine Reihe von service- und netzwerkspezifischen Zusatzdiensten sowie Zubehör- und Hardwarekomponenten endkundenseitig nachgefragt. Dieser Bündelnachfrage kann nur mehr von wenigen alternativen Anbietern entsprochen werden.

Auf diesem Markt ist (wie auch dem benachbarten Zugangsmarkt für Nichtprivatkunden) die Tendenz erkennbar, dass sich der Preisgestaltungswettbewerb zunehmend auf die Ebene von Bündelprodukten verlagert (clusterübergreifende Bündelreaktionsverbundenheit). Die benachbarten Zugangs(endkunden-)märkte sind somit horizontaler Anknüpfungspunkt wesentlicher Bündelprodukte.

Derartige Bündelungsformen sind dann wettbewerblich bedenklich, sofern Bündelelemente nicht bzw nur bedingt für ANB replizierbar sind. Die Frage der Replizierbarkeit stellt sich insbesondere dann, wenn die Wettbewerber bei der Zusammenstellung des Bündels von Vorleistungen des marktmächtigen Unternehmens abhängig sind. Existieren Skalenvorteile auf der Vorleistungsebene, so ist das Bündel nur dann wirtschaftlich replizierbar, wenn diese Größenvorteile auch an die Konkurrenten weitergegeben werden. Ist ein Bündel technisch und wirtschaftlich replizierbar, so ist auch die Gefahr der Marktmachtübertragung gering. Die Replizierbarkeit ist aber gerade in Bezug auf den benachbarten und nach wie vor stark monopolistisch geprägten Anschlussbereich und die Tatsache, dass nur mittelbar entsprechende Vorleistungsprodukte (Entbündelung) existieren bzw. Vorleistungsprodukte bislang nur in sehr geringem Umfang Marktverbreitung fanden (Naked-DSL), auch auf diesem Markt nach wie vor stark eingeschränkt.

Im Zusammenhang mit clusterübergreifender Bündelung kommt es typischerweise immer auch zu einem Zusammentreffen von regulierten und nichtregulierten Produkten. So stehen neben den für Konsumenten potentiell vorteilhaften Bündeleffekten auch wettbewerbliche

Bedenken gegenüber. Bestehen Bündelprodukte zudem aus regulierten und nicht regulierten Leistungen, wie bei der Bündelung von Festnetz- und Mobilfunkdiensten, entstehen Möglichkeiten für strategisches Preissetzungsverhalten und für strategische Behinderungen des Marktzutritts von Neulingen. So wird das Incumbent Unternehmen generell strategische Anreize haben, Gemeinkosten verstärkt den weniger wettbewerbsintensiven Bereichen zuordnen, um dort höhere Preise verlangen zu können, während sich im wettbewerbsintensiveren Bereich der Spielraum nach unten (gegebenenfalls bis zu Predatory Pricing (Kampfpreise) bzw. einem Margin Squeeze) (Preis-Kosten-Schwere) erhöht. Zugrunde liegende Informationsasymmetrien stärken tendenziell entsprechende Einflussmöglichkeiten auf Seiten des Incumbents.

Schließlich sind auch im Rahmen von derartigen Bündelprodukten inkludierte Bindungsfristen bzw. sonstige Vertragsgestaltungen, die darauf ausgerichtet sind, Wechselbarrieren zu errichten bzw. zu erhöhen, als potentielles Wettbewerbsproblem anzusehen, insofern diese nicht-preislichen Gestaltungsmöglichkeiten durchaus geeignet sind, die Marktmechanismen zu lähmen.

4.1.1.3. Vertikale Marktmachtübertragung

Bei gegebenen (weil insbesondere regulierten) Vorleistungspreisen kann ein Margin Squeeze nur von Kampfpreisen auf Endkundenebene ausgehen, wodurch die Profitabilität von Wettbewerbern negativ beeinflusst wird. Kann jedoch auch der Vorleistungspreis strategisch beeinflusst werden, so kommt eine zweite Preiskomponente hinzu, mit der gegebenenfalls in Verbindung mit Kampfpreisen auf Endkundenebene, ein Margin Squeeze herbeigeführt werden könnte.

Kampfpreise auf Seiten des Incumbent Unternehmens können neben konkreten Marktaustritten auch Verdrängungswirkung in Form zurück gewonnener Marktanteile haben und so (etwa bei signifikanten Wechselbarrieren) ein reales Wettbewerbsproblem sein.

Angesichts der vertikalen Marktbeziehungen besteht am gegenständlichen Markt für Verbindungsleistungen für Nichtprivatkunden die Problematik von selektiven Kampfpreisen für spezielle Kundengruppen. So stellen für alternative VNB die Gesamtkosten der notwendigen Zusammenschaltungsprodukte (auf Vorleistungsebene) in Verbindung mit den unternehmensspezifischen VNB-Selbstkosten (auf Endkundenebene) eine Preisgrenze dar, unterhalb der VNB nicht mehr kostendeckend operieren können. Die aggregierten Vorleistungskosten betragen auf VNB-Seite ca 50 – 75 % der Gesamtkosten (ON 34, S 64f).

Es besteht für ANB nach wie vor eine substantielle Abhängigkeit von infrastrukturbasierten Vorleistungen, und somit ein nicht unwesentliches Margin Squeeze Potential; dies auch deswegen, weil allfällige Effizienzvorteile auf Endkundenebene für VNB eben nur einen gewissen Preisspielraum eröffnen können.

Daneben sind jedoch auch die folgenden Kostenvorteile auf Seiten der VNB denkbar: a) Nutzung einer kostengünstigeren Technologie als die des Incumbent, b) Effizienz- und Kostenvorteile im Bereich der Verwaltungskosten aufgrund einer „schlankeren“ Organisation sowie c) durch die bewusste Konzentration auf ausgewählte besonders lukrative Geschäftsfelder.

Im Zeitverlauf ist einerseits eine graduelle aber moderate Verringerung der Abhängigkeit von Vorleistungsbeziehern von A1 Telekom festzustellen.

Dieser Entwicklung wird aber andererseits dadurch entgegengenwirkt, dass bei kurzfristiger Betrachtungsweise für den Incumbent nur vernachlässigbare Grenzkosten anfallen. VNB sind hingegen aber auch kurzfristig mit konstanten und substantiellen Grenzkosten

konfrontiert, die durch Zahlungen (ua an den Incumbent) teilweise auch unmittelbar ausgabewirksam sind.

Im Gegensatz zu den Gesprächsleistungen für Privatkunden ist der intermodale Wettbewerb bei Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden nicht hinreichend ausgeprägt, da Geschäftskunden ein deutlich inelastischeres Gesprächsverhalten aufweisen, und die wettbewerblichen Restriktionen des Mobilfunks daher bei Nichtprivatkunden (bei Zugängen wie Gesprächen) deutlich weniger stark greifen. Bei Abwesenheit von Regulierung würde sich die wettbewerbliche Situation auf dem gegenständlichen Markt für Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden auf Endkundenebene nur noch verschärfen, auf die disziplinierende Wirkung im Falle einer Deregulierung kann daher nicht vertraut werden.

Das auf diesem Markt erreichte Wettbewerbsniveau ist von der auf dem benachbarten Zugangsmarkt auferlegten CPS/CbC Verpflichtung abhängig.

4.1.1.4. Fazit

Auf Grund der hohen Marktkonzentration und der substantiellen Markteintrittsbarrieren zeigen sich auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt die Auswirkungen von clusterinternen wie clusterübergreifenden Marktmachtübertragungsstrategien, die im benachbarten Zugangsmarkt ihren Ausgang nehmen.

Die Marktmachtübertragungsmechanismen („horizontal leveraging“, „vertical leveraging“) kommen dabei in verstärkender Weise zum Tragen.

4.2. Gefahr von Kampfpreisen und/oder Preis-Kosten-Scheren

Das Incumbent Unternehmen hat bei Abwesenheit von Regulierung generell strategische Anreize, Marktmachtübertragungsstrategien („leveraging“, „bundling“) zu forcieren und Gemeinkosten verstärkt dem weniger wettbewerbsintensiven Bereich zuzuordnen, um dort Übergewinne verlangen zu können, während sich im wettbewerbsintensiveren gegenständlichen Markt der Spielraum nach unten (gegebenenfalls bis zu Kampfpreisen bzw einem Margin Squeeze) erhöht.

Im Zusammenhang mit der Tendenz, wonach sich der Preiswettbewerb in den letzten Jahren zunehmend auf clusterübergreifende Bündelprodukte verlagerte, besteht die Gefahr der mangelnden technischen und wirtschaftlichen Replizierbarkeit von marktgegenständlichen Produkten bzw. des Vorliegens von Kampfpreisen (predatory pricing) oder einer Preis-Kosten-Schwere (Margin Squeeze).

Ferner ist bei Gesprächen für Nichtprivatkunden und hier insbesondere bei bestimmten Nachfragergruppen (etwa jenen der umsatzmäßig bedeutendsten Großkunden) mit einem Unterschreiten der zulässigen Preisuntergrenze aufgrund von wenig nachvollziehbaren Rabattierungspraktiken im Rahmen von projektindividuell kalkulierten Gesamtlösungen zu rechnen.

4.3. Gefahr überhöhter Preise

A1 Telekom kann im Aggregat (alle Nichtprivatkundensegmente umfassend) dauerhaft einen signifikanten Mark-up gegenüber den größten Konkurrenten aufrechterhalten. In diesem Zusammenhang weist gerade die Existenz einer großen Gruppe von alternativen Anbietern in Verbindung mit nur sehr geringen bzw vernachlässigbaren kumulierten Marktanteilen, und der Tatsache, dass die Preise des Incumbent-Unternehmens über Jahre hinweg durchschnittlich von der Gruppe der ANB signifikant unterboten wurden, gerade nicht auf die Existenz effektiven Wettbewerbs hin. A1 Telekom hält bei gleichzeitiger Stagnation der Durchschnittspreise gegenüber den größten alternativen Anbietern auf diesem

Gesprächsmarkt (Tele2 und UPC) über Jahre hinweg dauerhaft einen hohen Mark-up aufrecht. Diese Betrachtung gilt für das Aggregat sämtlicher Subsegmente (KMUs/SOHO/Großunternehmen) bei Nichtprivatkundenmärkten und würde durch Berücksichtigung aller übrigen (jedoch sehr kleinen) alternativen Anbieter, die teils noch geringere Durchschnittspreise setzen, nur noch verstärkt werden.

4.4. Fazit

Eine grundlegende Änderung der hier festgestellten Wettbewerbsprobleme kann vor dem Hintergrund der gegebenen Wettbewerbssituation und der denkbaren Entwicklungen auf dem gegenständlichen Markt für die nächsten 1-2 Jahre nicht ausgemacht werden.

5. Zu den zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen

Im Folgenden wird die Eignung bzw Nichteignung der untersuchten Regulierungsinstrumente, die auf dem gegenständlichen Markt festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen, dargestellt.

Die folgende Gliederung der untersuchten spezifischen Verpflichtungen erfolgt danach, ob sie dem marktmächtigen Unternehmen gegebenenfalls auf Vorleistungs- oder Endkundenebene auferlegt werden.

5.1. Spezifische Verpflichtungen auf Vorleistungsebene

5.1.1. Betreiber(vor)auswahl

Die Betreiber(vor)auswahl ermöglicht es alternativen Betreibern ohne direkten Zugang zum Teilnehmer, Verbindungsleistungen am Endkundenmarkt anzubieten. Sie unterbindet gewisse Möglichkeiten der Marktmachtübertragung auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt und schafft somit eine wesentliche Voraussetzung für effektiven Wettbewerb auf diesem Markt.

Dieses Instrument ist aber – weder alleine, noch in Verbindung mit anderen spezifischen Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene – ausreichend, die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf diesem Verbindungsmarkt, wie insbesondere die selektive Anwendung von Kampfpreisen bzw Herbeiführung eines Margin Squeeze, für den regulierungsrelevanten Zeitraum adäquat zu bekämpfen.

5.1.2. Resale, Entbündelung, virtuelle Entbündelung, Mietleitungen, Naked-DSL, Zugang auf Basis Voice over Broadband

Diese Zugangsverpflichtungen bekämpfen primär wettbewerbliche Strukturen auf den Märkten für Zugangsleistungen, nur mittelbar auch diejenigen auf Verbindungsmärkten wie dem gegenständlichen.

Diese Zugangsverpflichtungen ermöglichen dabei insofern wettbewerbliche Impulse auf Endkundenebene, als damit den alternativen Anbietern zunehmende Unabhängigkeit sowie Gestaltungsfreiheit der wettbewerblichen Parameter ermöglicht wird. So verlieren die Wettbewerbsprobleme der horizontalen Marktmachtübertragung sowie der antikompetitiven Preissetzung (erst) mit zunehmender Etablierung infrastrukturbasierten Wettbewerbs sukzessive an Bedeutung.

Angesichts des nach wie vor stark monopolistisch geprägten benachbarten Marktes für Zugangsleistungen für Nichtprivatkunden kommt allerdings dem Infrastrukturwettbewerb nur unterstützende Funktion zu. Auf Vorleistungsregulierungen basierender Dienstewettbewerb

bleibt daher für die Etablierung kompetitiver Strukturen des gegenständlichen Gesprächsmarktes auch mittelfristig essentiell.

Zudem wird durch die Betreiber(vor)auswahl alternativen Anbietern der Dienstewettbewerb nur prinzipiell ermöglicht; die auf dem diesem Verbindungsmarkt identifizierten Wettbewerbsprobleme (1. Problematik der Produktbündelung und Marktmachtübertragung, 2. Gefahr von Kampfpreisen und Margin Squeeze sowie 3. Gefahr von überhöhten Preisen) können damit aber nicht angemessen bekämpft werden. Dies wäre erst im Falle eines hinreichend etablierten Infrastrukturwettbewerbs gewährleistet.

Diese spezifischen Verpflichtungen sind daher nicht ausreichend, um die auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt festgestellten Wettbewerbsprobleme adäquat zu bekämpfen.

5.1.3. Verpflichtungen auf Originierungs- und Terminierungsmärkten

Hinsichtlich der auferlegten Verpflichtungen am Markt für Originierungsleistungen sind insbesondere die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen sowie begleitende Auflagen wie insbesondere Kostenorientierung und Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung zu untersuchen.

Die gemäß § 46 TKG 2003 auf dem benachbarten Zugangsmarkt auferlegte Verpflichtung zur „Betreiber(vor)auswahl korrespondiert mit den erwähnten am Markt für Originierungsleistungen auferlegten Verpflichtungen.

Die auf unterschiedlichen Märkten auferlegten Verpflichtungen, ermöglichen in kongruenter Form Dienstewettbewerb auf Endkundenebene. Aufgrund dieser faktischen Deckungsgleichheit kann aber hierin (bzw in der Kombination dieser (beiden) spezifischen Verpflichtungen) unmöglich ein Ersatz für eine auferlegte Endkundenregulierung gesehen werden, da die Auswirkungen der auf dem Markt für Originierungsleistungen auferlegten spezifischen Verpflichtungen sich nicht von denen der Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl unterscheiden.

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

Auf individuellen Terminierungsmärkten sind ferner (und analog zu Originierungsmärkten) ebenfalls regulierte Zusammenschaltungsentgelte festgelegt. Ähnlich zu § 46 TKG 2003 bzw zu den Verpflichtungen am Originierungsmarkt sind solche Zusammenschaltungsverpflichtungen bei nur unvollständig bzw nur ansatzweise etabliertem Infrastrukturwettbewerb aber vielmehr als notwendige Basisregulierung auf Vorleistungsebene anzusehen („conditio sine qua non“), die Dienstewettbewerb auf Endkundenmärkten überhaupt erst ermöglichen sollen. Ein Ersatz für eine Endkundenregulierung können die Zusammenschaltungsverpflichtungen allerdings nicht sein, da die Wettbewerbsprobleme der überhöhten Preise, von Kampfpreisen und damit die Gefahr eines Margin Squeeze sowie der (horizontalen) Bündelung von Produkten (Marktmachtübertragung) damit bereits definitionsgemäß nicht ausreichend bekämpft werden können.

Hinsichtlich allfälliger Verpflichtungen am Transitmarkt ist auf das Verfahren M 9/03 hinzuweisen, bei dem bereits von kompetitiven Marktverhältnissen ausgegangen wurde. Auch im Rahmen der TKMV 2008 kommt dieser Umstand in der Nicht-Aufnahme als relevanter Markt zum Ausdruck. Unabhängig vom Bestehen einer ex-ante Regulierung auf

dem Transitmarkt ist festzustellen, dass der den Transitleistungen zurechenbare Inputkostenanteil bei Zugrundelegung der wichtigsten Transitverkehrsart („V5“, gewichtet nach peak und off-peak) weniger als 5% des durchschnittlichen Endkundenpreises (gewichtet in Bezug auf Privat- und Nichtprivatkunden, sowie hinsichtlich der Differenzierung peak und off-peak) beträgt.

Allfällige spezifische Regulierungsmaßnahmen am Transitmarkt hätten daher a priori nur einen geringen – und hinsichtlich der identifizierten Wettbewerbsprobleme jedenfalls zu geringen sowie zudem nicht zielgerichteten – Effekt auf den gegenständlichen Gesprächsmarkt.

Auch diese spezifischen Verpflichtungen sind daher nicht ausreichend, um die auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt festgestellten Wettbewerbsprobleme adäquat zu bekämpfen.

5.1.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

Als Alternative zur Entgeltkontrolle (Kostenorientierungsverpflichtung) ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung (gemäß § 38 TKG 2003) auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle (auf Vorleistungs- und Endkundenebene) ersetzen kann. Die Gleichbehandlungsverpflichtung besagt, dass ein Unternehmen Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen bereitzustellen hat wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Diese Bestimmung deckt primär den Aspekt des Missbrauchs mittels nicht-preislicher Praktiken ab.

Dieses Regulierungsinstrument stellt eine begleitende Hilfsmaßnahme in Bezug auf Vorleistungsregulierungen dar bzw. vermag bei entsprechender Wettbewerbskonstellation allenfalls eben diese zu ersetzen, nicht hingegen Endkundenverpflichtungen gemäß § 43ff TKG 2003. Auch die Kombination von Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene und getrennter Buchführung kann daher die auferlegten Endkundenregulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht ersetzen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung selbst kann auf dem gegenständlichen Gesprächmarkt auch nicht als gleichwertiger Ersatz zur Entgeltkontrolle betrachtet werden, da 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.

5.1.5. Transparenzverpflichtung

Eine auferlegte Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu liefern und gegebenenfalls zu veröffentlichen. Dieses Regulierungsinstrument bezieht sich auf den Zugang und stellt ähnlich zu § 40 TKG 2003 eine begleitende Hilfsmaßnahme in Bezug auf Vorleistungsregulierungen (gemäß §§ 38, 41, 42 TKG 2003) dar, bzw vermag bei entsprechender Wettbewerbskonstellation allenfalls eben diese zu ersetzen, nicht hingegen Endkundenverpflichtungen gemäß § 43-46 TKG 2003. Es ist nicht zu erkennen, wie die bloße Transparenz von Vorleistungskonditionen die identifizierten Wettbewerbsprobleme auf Endkundenebene einschränken oder gar eliminieren sollte. So wäre einem alternativen Anbieter, der sich am Markt mit nachhaltig antikompetitiven Preisen konfrontiert sieht, selbst mit einer minutiösen Darlegung sämtlicher Vorleistungs- oder auch Endkundenkonditionen wenig geholfen bzw würde dies nichts an der Existenzgefährdung seines Unternehmens etwa im Falle einer erfolgreichen Verdrängungsstrategie ändern.

Diese spezifische Verpflichtung ist daher nicht geeignet, die festgestellten Wettbewerbsprobleme effektiv zu bekämpfen.

5.2. Spezifische Verpflichtungen auf Endkundenebene

Es ist darauf zu achten, dass keine überhöhten Preise verlangt werden, der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht behindert wird und Dienste bei clusterübergreifenden Angeboten nicht wettbewerbswidrig und in Form von Kampfpreisen bei Gesamtlösungen für Nichtprivatkunden gebündelt werden. Obwohl einerseits kontrollierende Preisregulierungsformen erforderlich sind, bedarf es andererseits angesichts der im gesamten Festnetzbereich seit Jahren bestehenden Überkapazitäten einer notwendigen Flexibilisierung, damit das Incumbent-Unternehmen sowie alle anderen ANB in geeigneter Form auf den intermodalen Wettbewerbsdruck reagieren können.

Eine völlige Deregulierung stellt keine Regulierungsoption dar, da auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt für Nichtprivatkunden i) kein hinreichend effektiver Wettbewerb gegeben ist und ii) die Maßnahmen auf Vorleistungsebene den Wettbewerb auf Endkundenebene auf absehbare Zeit nur bedingt beeinflussen können.

Auf Endkundenebene ist daher zur Ergänzung der Vorleistungsregulierung nach geeigneten Alternativen zur vergleichsweise strengeren Kostenorientierungsverpflichtung zu suchen, um mehr Preisflexibilität zu ermöglichen. Bei der Umsetzung ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass sich – wie auch bisher – auf Endkundenebene wettbewerblich relevante Unterscheidungen (insbesondere hinsichtlich der Kundengruppe) auf Vorleistungsebene nicht abbilden lassen. Zudem muss auch den auf Endkundenebene identifizierten Wettbewerbsproblemen regulatorisch entsprochen werden.

5.2.1. Entgeltkontrolle

In der Vergangenheit wurde den Wettbewerbsproblemen der überhöhten bzw uU einen Margin Squeeze verursachenden Entgelten mit der Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten entsprochen.

Die auf den Festnetzmärkten (Zugangs- und Verbindungsmärkte) zuletzt angewandte Tarifmatrix (zur detaillierten Darstellung der Tarifmatrix siehe ON 7, Pkt 3.2.2) stellt die Grundsystematik der bisherigen kostenorientierten Entgeltregulierung des marktmächtigen Unternehmens dar. Im Kern galt, dass die auf den Festnetzmärkten einschlägigen produktspezifischen Kosten und Erlöse nach Tarifmodellen und Gesprächszonen gegliedert wurden. Grundbedingung war, dass die Summe aus Grund- und Verbindungsentgelten für jeden einzelnen Tarif zumindest kostendeckend sein musste.

Die Endkundenpreisregulierung im europäischen Vergleich zeigt, dass in den vergangenen Jahren im Wesentlichen – nicht zuletzt auch aufgrund der praktischen Unzulänglichkeiten sonstiger Alternativen – zwei Regulierungsformen zur Anwendung kamen: Verschiedene Ausprägungen einer ex-ante (kostenorientierten) Entgeltgenehmigung, sowie diverse Price-Cap Konstruktionen.

5.2.1.1. Kontrolle der Preisobergrenze mittels Price-Cap

Konstituierendes Merkmal einer Price-Cap Regulierung ist eine Preisobergrenze für einzelne Produkte bzw. bestimmte Produktgruppen (auch: „Güterkörbe“), wobei unter Berücksichtigung der Preisbeschränkungen allenfalls generierte Gewinne vom regulierten Unternehmen einbehalten werden können und so einen Anreiz zur Effizienzsteigerung darstellen.

Der Price-Cap selbst wird im Allgemeinen innerhalb eines festgesetzten Zeitrahmens gemäß einer vorherbestimmten Regel, die Produktivitätsfortschritt, Inflation sowie sonstige exogene Faktoren widerspiegeln soll, periodisch angepasst. Nach Ablauf dieses Zeitrahmens werden die einzelnen Anpassungsfaktoren und Gewichtungen von der Regulierungsbehörde erneut auf ihre Angemessenheit hin überprüft und gegebenenfalls neu definiert.

Auf dem gegenständlichen Markt haben die Entgelte in Periode t+1 (p^{t+1}) die folgende Bedingung zu erfüllen:

$$\frac{\sum_{i=1}^{n}\left(p_i^{t+1} - VLK_i^{t+1}\right)q_i^t}{\sum_{i=1}^{n}\left(p_i^t - VLK_i^t\right)q_i^t} \leq 1 + RPI^t - X$$

In der dargestellten Gleichung bezeichnet q_i^t die Mengen von Produkt *i* in Periode *t*, RPI^t (Retail price index; Verbraucherpreisindex) die Inflationsrate in Periode *t,* VLK die ausgezahlten Vorleistungen und *X* das erwartete Produktivitätswachstum.

Die je nach Gesprächskategorie anfallenden Vorleistungskosten setzen sich im Einzelfall entweder aus der Terminierung auf lokaler Ebene in nationale Festnetze, der Terminierung in nationale Mobilnetze sowie bei Auslandsgesprächen der internationalen Terminierung in Verbindung mit allfälligen Transitleistungen zusammen.

Die Price-Cap-Spezifikation sieht vor, dass das regulierte Unternehmen die realen Preise ggf periodisch um einen bestimmten exogenen Faktor *(X)* absenkt. Damit sollten sich Outputpreise an der Entwicklung eines wettbewerblichen Umfeldes orientieren bzw deren Änderungsrate am Wachstum der Inputpreise und der Produktivitätssteigerungen. Price-Caps sprechen also unmittelbar das Problem überhöhter Preise an. Zentral für die Price-Cap-Konstruktion ist die Zusammenfassung wettbewerblich gleicher oder ähnlicher Produkte.

Für die Berechnung des Price-Cap werden Aggregatswerte aller in Punkt B.1 der Feststellungen angeführten Gesprächsarten herangezogen; diese beziehen sich auf die Summe aller relevanten (einzelnen) Verbindungsentgelte (p_i) für sämtliche relevanten Entfernungszonen und Gesprächsarten (Gespräche in nationale Festnetze, in nationale Mobilnetze, ins Ausland). Die zugehörigen Mengen (q_i) beziehen sich auf sämtliche marktrelevanten Gespräche in eigene und fremde Netze.

5.2.1.2. Kontrolle der Preisuntergrenze

Bei Gesprächen für Nichtprivatkunden kann weder mit hinreichend effektivem intramodalen noch mit intermodalem Wettbewerb gerechnet werden. Von daher besteht für alternative Anbieter das Risiko, einem Margin Squeeze ausgesetzt zu werden.

Insbesondere bei Bündelprodukten, die zumindest teilweise aus marktgegenständlichen Produkten bestehen, ist die Margin Squeeze Kontrolle daher relevant.

5.2.1.3. Kurzfristige Aktionsangebote

Auch kurzfristige Aktionsangebote des regulierten Unternehmens bringen wettbewerbliche Gefahrenpotentiale mit sich. Folglich ist ein regulatorischer Ausgleich zwischen zusätzlichen temporären Freiheitsgraden auf Seiten des regulierten Unternehmens und den dadurch entstehenden wettbewerblichen Gefahrenpotenzialen zu finden.

Es sind daher Kriterien zur Zulässigkeit von kurzfristigen Aktionsangeboten zu definieren. In der Vergangenheit wurden solche kurzfristigen Aktionsangebote hinsichtlich der Dauer des

Aktionsangebotes, hinsichtlich der höchstzulässigen vertraglichen Bindungsfrist sowie hinsichtlich des zeitlichen Mindestabstands zur vorherigen kurzfristigen Aktion definiert. Mit diesen Kriterien soll dem regulierten Unternehmen einerseits preisliche und marketingtechnische Flexibilität eingeräumt werden, andererseits führte die zeitliche Befristung dazu, dass damit auch wettbewerbliche Gefahrenpotenziale in Schranken gehalten werden konnten.

5.2.1.4. Unechte ex-post Regulierung

Es existiert auch auf diesem Markt Wettbewerbsdruck aus dem Mobilfunksektor. Dieser Druck wirkt nicht nur auf das SMP-Unternehmen sondern auf den gesamten Festnetzsektor. Abnehmende Verbindungsumsätze im Festnetz gehen mit positiven Wachstumsraten (bei Minuten) im Mobilfunk einher. Der erwähnte intermodale Wettbewerb mit den Mobilfunkbetreibern ist in geeigneter Form im Rahmen der Spezifikation der angemessenen und geeigneten Regulierungsinstrumente mit zu berücksichtigen.

Eine „unechte" ex-post Regulierung stellt einen Übergang zwischen den beiden „Endpunkten" der Regulierung mittels eines klassischen ex-post Regimes mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts und der ex-ante Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar. Die angeordnete unechte ex-post Regulierung unterscheidet sich von den Möglichkeiten des allgemeinen Wettbewerbsrechts etwa dahingehend, dass hierin vorab Berichts- und Anzeigepflichten vorgesehen sind, und Vorabprüfkriterien zugrunde gelegt sein können bzw. werden. Die Auferlegung einer unechten ex-post Regulierung verbessert daher insbesondere das preisliche Reaktionsvermögen des marktmächtigen Unternehmens.

Genau diese Vorabverpflichtungen verleihen einer unechten ex-post Regulierung den aus wettbewerblichen Überlegungen (noch) erforderlichen Präventivcharakter bzw. bilden diese Elemente einer ex-ante Regulierung genau die spezifische Differenz zu einer klassischen ex-post Regulierung.

Voraussetzung für einen Widerspruch der Regulierungsbehörde aufgrund der Nicht-Einhaltung des Price-Caps bzw. Unmöglichkeit der Replizierbarkeit sind die gleichzeitig mit der Anzeige der Tarife und der allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Leistungsbeschreibungen zu übermittelnden Kostenrechnungsdaten sowie Kalkulationsunterlagen sowie die äußere Gestaltung der Werbemittel. Diese Daten sind daher bei jeder Anzeige an die Regulierungsbehörde zu übermitteln, wobei A1 Telekom in diesen Unterlagen die wettbewerbliche Verträglichkeit auf Basis der in weiterer Folge beschriebenen Prüfungsmaßstäbe nachzuweisen hat.

Die bereits in den letzten Jahren erfolgte Überführung der Verpflichtung der ex-ante Genehmigung in ein Regime der „unechten ex-post Regulierung" ist daher nach wie vor geeignet, die auf diesem Verbindungsmarkt festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

5.2.2. Bündelprodukte

Werden Grund- (bzw. Herstellungs-) und Verbindungsentgeltleistungen im Rahmen einer Tarifoption kombiniert (clusterinterne Bündelung von regulierten Produkten), so dürfen dadurch nicht die einzelnen zugrunde liegenden ex-ante Regulierungsverpflichtungen umgangen werden. Gleiches gilt, wenn Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden etwa mit mobilen oder breitbandigen Diensten in einem Gesamtbündel kombiniert werden (clusterübergreifende Bündelung von regulierten und unregulierten Produkten).

Angezeigte Bündelprodukte, die zumindest teilweise ein marktgegenständliches Produkt enthalten, müssen daher zur Bekämpfung der im Zusammenhang mit Bündelprodukten

existierenden Wettbewerbsprobleme der 1.) Übertragung von Marktmacht mittels Produktbündelung, 2.) Kampfpreise und 3.) Herbeiführung eines Margin Squeeze hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Verträglichkeit den Prüfkriterien Replizierbarkeit, Margin Squeeze-Freiheit und Abwesenheit von Marktmachtübertragungspotenzial entsprechen.

5.2.3. Getrennte Buchführung

Produktbündelung wurde als (potentielles) Wettbewerbsproblem identifiziert. Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung ist daher weiters das Instrument der getrennten Buchführung erforderlich, da getrennte Buchführung die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schafft.

Da die Preiskontrolle nur die Produkte des relevanten Gesprächsmarktes umfasst und diese nur einen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellen, ist die getrennte Buchführung zudem für das gesamte Unternehmen notwendig. Die reine Preiskontrolle in einem Teilbereich würde das Problem von Quersubventionen aus anderen Geschäftsbereichen nicht lösen. Es ist daher eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich. Somit können Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden. Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Entgeltkontrolle im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte richtig zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Margin Squeeze-Freiheit und wettbewerblicher Kompatibilität einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw umgekehrt) verschoben werden.

Die der A1 Telekom hinsichtlich der Märkte gemäß § 1 Z 1, 2, 4, 6, 7, 8 TKMVO 2003 im Rahmen von Verfahren nach § 37 TKG 2003 auferlegte Verpflichtung zur getrennten Buchführung entsprechend der Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 ist nach wie vor aufrecht (ON 7, amtsbekannt, allen Verfahrensparteien bekannt).

Um Kostenverschiebungen zwischen den regulierten Märkten und zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintan zuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen, hat die getrennte Buchführung zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 gegliedert zu erfolgen. Da enge Beziehungen zwischen den Märkten der TKMVO 2003 und jenen der TKMV 2008 bestehen, erleichtert die Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 auch die Überprüfung der Kostenzuordnungen nach den Märkten der TKMV 2008.

Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erlöse,
- 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.

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

5.3. Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorabverpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum gegenständlichen Markt, zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht sowie zu den Regulierungsoptionen ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom September 2009 (ON 7).

Die sonstigen Feststellungen gründen auf den jeweils angeführten Quellen. Solche den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden den Verfahrensparteien im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gemäß § 45 Abs 3 AVG übermittelt.

Auf das Vorbringen der Parteien zum erstellten Gutachten wird an der entsprechenden Stelle der rechtlichen Beurteilung eingegangen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Marktdefinition der RTR-GmbH

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.

Der verfahrensgegenständliche Endkundenmarkt „Gespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ ist in § 1 Z 10 TKMV 2008 (BGBl II Nr 505/2008) als einer von mehreren nationalen Märkten definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003).

1.1. Relevanzkriterien für die sektorspezifische ex ante-Regulierung und Primat der Vorleistungsregulierung

Im Folgenden wird vor dem Hintergrund der in der aktuellen „Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -Dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“, (Abl L 344/65, „Märkteempfehlung“) angeführten Relevanzkriterien die Notwendigkeit der sektorspezifischen ex ante-Regulierung dargestellt.

Die erwähnten Relevanzkriterien sind 1. Die Existenz beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse (struktureller und/oder rechtlicher Natur), 2. Keine längerfristige Tendenz des Marktes Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit von sektorspezifischer Regulierung und 3. Das Unzureichen der Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts um existierende Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

Die Europäische Kommission hatte in ihrem Schreiben vom 02.03.2009 (SG-Greffe (2009), D/1281 zur Sache AT/2009/0880) das kumulative Vorliegen der drei Relevanzkriterien thematisiert. Im Folgenden wird daher auf das Vorliegen der drei erwähnten Relevanzkriterien auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt eingegangen:

1.1.1. Kriterium 1: Zur Existenz beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse struktureller und/oder rechtlicher Natur

Im anhängigen Verfahren der Telekom-Control-Kommission wurden beträchtliche anhaltende Zugangshindernisse festgestellt (Punkt B.3.2 der Feststellungen).

Der zunehmende Trend zum „one-stop-shopping“ stellt eine Notwendigkeit dar, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können, was für sich genommen wiederum potentiellen Marktzutritt erschwert. Die ebenfalls auf diesem Markt anzutreffenden Projektgeschäfte bei insbesondere größeren Nichtprivatkunden begründen signifikante und andauernde Wechselbarrieren.

Die festgestellten Wettbewerbsprobleme wurzeln generell im derzeit nicht stattfindenden selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb auf dem benachbarten Anschlussmarkt. Aufgrund der bei Nichtprivatkunden am benachbarten Anschlussmarkt nach wie vor gegebenen quasimonopolistischen Marktstruktur kann durch marktmachtmissbräuchliches Verhalten wie bspw durch antikompetitive Preissetzung, die auf dem benachbarten Anschlussmarkt existierende Marktmacht auf den gegenständlichen Markt übertragen werden.

Ferner für das Vorliegen dieses Kriteriums sprechen in diesem Sinne die auf diesem Markt bestehenden signifikanten Markteintrittsbarrieren in Form eines oftmals bei Bestandskunden des Incumbents über einen langen Zeitraum existierenden Vertragsverhältnisses und damit verbundener hoher Loyalität. Ferner stellt die Notwendigkeit individueller Marktbearbeitung, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren, ein Zugangshindernis im Sinn der Märkteempfehlung dar.

Erschwerend kommt dazu, dass zur Überwindung dieser Barrieren von den alternativen Betreibern ein aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden muss und derartige Kosten im Falle eines Marktaustritts typischerweise nicht mehr wiedergewonnen werden können. Als Zugangshindernis im Sinne der Märkteempfehlung ist auch zu werten, dass das bloße Unterbieten innerhalb einzelner Gesprächskategorien nur sehr bedingt ausreicht, um bestimmte Kundensegmente auf dem gegenständlichen Markt anzusprechen.

1.1.2. Kriterium 2: Zur fehlenden Tendenz des Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung

Seit der anlässlich des Vorgängerverfahrens durchgeführten Marktanalyse kam es zu einer Verschlechterung der marktstrukturellen Voraussetzungen für eine Entwicklung des Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs.

So belegt die in Punkt B.3.7. der Feststellungen angeführte Tabelle der Wettbewerbsindikatoren „Umsatzmarktanteil der A1 Telekom“, „Kumulierter Marktanteil der sechs größten Betreiber am Markt“, „HHI in Umsätzen bei Inlandsgesprächen von Nichtprivatkunden“, „HHI in Umsätzen bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden“ sowie „Marktrelevanz und Größenordnung bedeutender Unternehmensübernahmen“ in steigendem Ausmaß die fehlende Tendenz des Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung.

Für die fehlende Tendenz dieses Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung spricht in diesem Sinne, dass neben A1 Telekom nur eine kleine Gruppe von Anbietern signifikante Marktanteile für sich gewinnen und halten konnte. Derzeit wird die Marktstruktur im Wesentlichen von den Unternehmen A1 Telekom und Tele2 als dem zweitgrößten Betreiber geprägt. Der gegenständliche Markt

tendiert somit in Richtung eines immer enger werdenden Oligopols, mit A1 Telekom als nach wie vor deutlich größtem Unternehmen.

Insbesondere die Tatsache, dass den ansteigenden Konzentrationswerten keine Neueintritte mit nennenswerten wettbewerblichen Auswirkungen in den Markt gegenüber stehen und es in letzten beiden Jahren zu einer Konsolidierung der Umsatzmarktanteile sowie zu signifikant ansteigenden Konzentrationswerten kam, spricht ebenfalls für die fehlende Tendenz dieses Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung. Die fehlenden Neueintritte in den Markt sprechen auch für das Vorliegen von Markteintrittsbarrieren.

Da auch vom intermodalen Wettbewerb durch Mobilfunkprodukte auf dem gegenständlichen Markt binnen der nächsten zwei Jahre noch keine signifikante Änderung auf das Wettbewerbsniveau zu erwarten ist, ist auch aus diesem Grund von einer fehlenden Tendenz dieses Marktes in Richtung effektiven Wettbewerbs bei Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung auszugehen.

Sowohl bei der Entwicklung des von regulierten Vorleistungen abhängigen intramodalen Wettbewerbs, als auch bei den intermodalen Wettbewerbsimpulsen lässt sich in den nächsten Jahren in Bezug auf Nichtprivatkunden kein gleichwertiger Ersatz für die bisherige Endkundenregulierung erkennen. So zeigt sich derzeit, dass trotz der Basisregulierungen der Vorleistungsebene (CPS/CbC, WLR, VoB, naked-DSL) bei allen nationalen Nichtprivatkundenmärkten auf eine abnehmende Wettbewerbsintensität zu schließen ist. Für den regulierungsrelevanten Zeitraum ist von keiner Änderung auszugehen.

1.1.3. Kriterium 3: Zum Unzureichen der Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts um existierende Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen

Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist es, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht gemäß dem Kartellgesetz 2005 sowie der einschlägigen Bestimmungen des AEUV ist nach dem System der Wettbewerbsregulierung nicht dafür konzipiert, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie die sich aus diesen Marktstrukturen ergebenden Verhaltensanreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ausreichend zu bekämpfen.

Die marktstrukturellen Defizite des benachbarten Zugangsmarktes ermöglichen die Übertragung der dort bestehenden beträchtlichen Marktmacht auf diesen Markt bspw durch antikompetitive Preissetzung.

Eine Überführung in die ex-post Wettbewerbsaufsicht würde daher die ohnehin wettbewerblich schon problematische Marktkonzentration mit großer Wahrscheinlichkeit noch in Richtung einer (dann freilich nur mehr schwer umkehrbaren) vollständigen Marktkonzentration, die als solche nicht Ziel der Regulierung sein kann, verstärken. Diesfalls wäre dann erneut mit den spezifischen Verpflichtungen des sektorspezifischen Rechts das bestehende (Quasi-)Monopol im Anschluss-, wie in späterer Folge möglicherweise auch auf diesem Markt, aufzubrechen. Eine Überführung ins allgemeine Wettbewerbsrecht kann daher auch künftig nur bei substantiellen markstrukturellen Änderungen am gegenständlichen Markt regulatorisch verantwortet werden. Diese sind aber bei Gesprächsleistungen für Nichtprivatkunden für die österreichische Marktsituation im Rahmen dieser Marktanalyseperiode nicht absehbar. Die deutlichen Konsolidierungsprozesse der letzten Jahre während aufrechter Endkundenregulierung bestätigen das Unzureichen der Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts nachhaltig.

1.1.4. Primat der Vorleistungsregulierung

Art 17 Abs 1 lit b Universaldienstrichtlinie sieht vor, dass, nur wenn die Regulierungsbehörde festgestellt hat, dass das marktmächtige Unternehmen auf dem gegenständlichen (Endkunden-)Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene nicht zur Erreichung der in Art 8 der Rahmenrichtlinie vorgegebenen Regulierungsziele führen würden, auf Endkundenmarktebene ex-ante Endkunden-Regulierungsinstrumente aufzuerlegen sind.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wird im Einzelnen unter Punkt D.5 der rechtlichen Beurteilung gewürdigt. Dass die Regulierungsziele des Art 8 Rahmenrichtlinie durch Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen im relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren nicht erreicht werden könnten bzw die festgestellten Wettbewerbsprobleme in diesem Zeitraum nicht adäquat bekämpft werden können, ergibt sich aus den Feststellungen. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

2. 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.

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Nach § 37 Abs 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch. Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen dieser Marktanalyseverfahren an die Marktabgrenzung der TKMV 2008 gebunden.

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABl C 165/6 vom 11.7.2002). Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“).

4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission näher bezeichnete Kriterien, die in § 35 TKG 2003 gelistet sind, zu berücksichtigen.

5. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Endkundenmarkt „Gespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ (Spruchpunkt A.)

Nachfolgend werden die in Punkt B.3 getroffenen Feststellungen unter dem Aspekt des Vorliegens von Wettbewerb bewertet.

5.1. Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

Im Kontext der Untersuchung alleiniger beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens nennt § 35 Abs 2 Z 1 TKG 2003 „die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren.

Die Leitlinien halten dabei fest, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen wurde, da Marktbeherrschung unter bestimmten Vorraussetzungen auch ohne hohen Marktanteil vorliegen kann. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes setzt die Schwelle bei 50 % an, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von Marktmacht als erwiesen gilt. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein marktmächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht aus.

Weiters ist der Marktanteil auch in Relation 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 einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen.

Sowohl der Umsatzmarktanteil von A1 Telekom von 71 % als auch der Minutenmarktanteil von 60 % liegen jeweils bei steigender Tendenz weit über der Vermutungsschwelle für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.

A1 Telekom ist damit weiterhin der mit Abstand größte Marktteilnehmer, was auch durch den festgestellten großen Abstand zum zweitgrößten Betreiber in besonderem Ausmaß für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch A1 Telekom iSd § 35 TKG 2003 spricht.

5.2. Markteintrittsbarrieren

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs 2 Z 2 TKG 2003) nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittsschranken“ in Rz 80 der Leitlinien angeführt. So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zB 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, 21.02.1973). Hohe Marktzutrittsschranken können dazu führen, dass sich ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil „unabhängig" von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern verhalten und beispielsweise Preise über den Kosten verlangen kann (vgl EuGH Rs 27/76 – United Brands, 14.02.1978).

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

Zwar sind die mit einem Marktauftritt verbundenen und versunkenen Kosten auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt geringer einzustufen als auf dem benachbarten Zugangsmarkt, dennoch entstehen auch hier nicht vernachlässigbare Marktzutrittsbarrieren:

Alternative Anbieter von Festnetzsprachtelefonie müssen individuelle Marktbearbeitungen durchführen, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren.

Die Tatsache, dass Bestandskunden der A1 Telekom oftmals ein über einen langen Zeitraum existierendes Vertragsverhältnis und damit verbunden entsprechende Loyalität aufweisen und somit ein für alternative Wettbewerber nur schwer oder nicht erreichbarer Bekanntheitsgrad des ehemaligen Monopolisten existiert, begründen ebenfalls signifikante Wechselbarrieren.

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

Schließlich stellt der beobachtbare Trend zum „One-stop-shopping" und die damit einhergehende Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt agieren zu können, ebenfalls eine Markteintrittsbarriere dar, da diese Notwendigkeit einen erhöhten Kapitalbedarf für potentielle Newcomer begründet, und so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts reduziert.

Auch die auf diesem Markt anzutreffenden Projektgeschäfte bei insbesondere größeren Nichtprivatkunden begründen signifikante und andauernde Wechselbarrieren.

Damit diese Barrieren überwunden werden, muss von den alternativen Betreibern ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs erfolgen. Derartige Kosten könnten typischerweise im Falle eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden. Auch erklären die für Nichtprivatkunden teils hohen Anforderungen hinsichtlich der Breite des Produktsortiments, dass das bloße Unterbieten innerhalb einzelner Gesprächskategorien eben nur sehr bedingt ausreicht, um bestimmte Kundensegmente ansprechen zu können.

Auch dieser Indikator spricht daher für die Stellung der A1 Telekom als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003.

5.3. Innovationen und Internationaler Vergleich

Aus den Feststellungen lassen sich hinsichtlich der Marktmachtindikatoren „Innovationen“ und „Internationaler Vergleich“ keine Rückschlüsse auf ein mögliches Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 durch einen Betreiber ziehen.

5.4. Preise

Die Möglichkeit, Entgelte 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 und sich auf diese Weise unabhängig von Kunden und Mitbewerbern zu verhalten.

Die Heranziehung impliziter Preise als Vergleichsbasis ist besser und umfangreicher, als wenn nur einzelne Tarifmodelle bestimmter Betreiber beispielhaft herangezogen würden.

Es wurde festgestellt, dass auf Seiten der A1 Telekom ein sehr breites Produktportfolio, welches nur von sehr wenigen Wettbewerbern in ähnlicher Form nachgebildet werden kann, existiert. Außerdem verschafft die nutzbare Mobilfunkkomponente des bis zum 08.07.2010 mit der Telekom Austria TA AG im Konzern verbundenen Unternehmens Mobilkom Austria und die damit möglichen Bündelungsformen („triple play“, „quadruple play“) der A1 Telekom auch nach der am 08.07.2010 erfolgten Verschmelzung der Festnetz- und der Mobilnetzsparte einen nicht zu vernachlässigenden Vorteil. Die festgestellten zahlreichen Ausgestaltungs- und Differenzierungsmöglichkeiten können durch A1 Telekom aufgrund des existierenden breiten Produktportfolios im Vergleich zu nicht vollständig integrierten Betreibern leicht am Markt angeboten werden.

Die Feststellungen zeigen ferner, dass A1 Telekom bei marktgegenständlichen Gesprächen einen signifikanten Mark-Up aufrecht erhalten kann und dabei noch Marktanteile gewinnt.

Generell rückt eine Bewertung von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden („Greenfield-Ansatz“), in den Vordergrund der Subsumption.

Es wurde ferner festgestellt, dass A1 Telekom über Anreize verfügt, einerseits überhöhte Preise und andererseits in umkämpften Kundensegmenten in Verbindung mit clusterinterner bzw. –externer Bündelung Kampfpreise anzuwenden und damit ihre auf dem benachbarten Zugangsmarkt wurzelnde Marktmacht auch auf den gegenständlichen Markt zu übertragen. Der gegenständliche Markt wird nun bereits von A1 Telekom beherrscht (Bescheide M 4/06 und M 6/06); es ist daher davon auszugehen, dass bei Abwesenheit von Regulierung auf dem gegenständlichen Markt sich die wettbewerbliche Situation noch weiter verschlechtert.

Auch dieser Marktmachtindikator spricht daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 durch A1 Telekom.

5.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung (§ 35 Abs 2 Z 3 TKG 2003) angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß § 35 Abs 1 TKG 2003, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von

seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Da zu berücksichtigen ist, dass nur mehr wenige Anbieter eine entsprechend breite Produktpalette anbieten können, wie sie von den umsatzstärksten Unternehmen (Stichwort: „Systemintegrierte Gesamtlösungen“) nachgefragt wird, letztere daher nur über eingeschränkte Alternativen verfügen, ist das Potential nachfrageseitiger Gegenmacht auf diesem Markt allerdings als gering anzusehen.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher – wenn auch in geringem Ausmaß – für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht iSv § 35 TKG 2003 durch A1 Telekom.

5.6. Zusammenfassende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

Aufgrund der auf Basis der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen vorgenommenen Würdigung der einzelnen Marktmachtindikatoren nach § 35 Abs 2 TKG 2003 gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass A1 Telekom als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs 1 TKG 2003 anzusehen ist.

Insbesondere die trotz Aufrechterhaltens eines preislichen Mark-ups steigenden Marktanteile, die vollständige vertikale Integration der A1 Telekom, die weiterhin bestehenden Markteintrittsbarrieren, die kaum vorhandene nachfrageseitige Gegenmacht sowie bestehende Anreize für A1 Telekom zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten waren dafür ausschlaggebend.

Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex-ante Regulierung ergibt, dass A1 Telekom aufgrund ihrer de facto nach wie vor monopolartigen Stellung auf dem benachbarten Zugangsmarkt Anreize hat, antikompetitive Preise (exzessive Preise bzw. Kampfpreise, abhängig von Wettbewerb und Nachfragelastizität) auf dem gegenständlichen Gesprächsmarkt zu setzen. Insgesamt ist festzustellen, dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und A1 Telekom über beträchtliche Marktmacht gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Darüber hinaus zeigt sich, dass die von der Europäischen Kommission in der aktuellen, „Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -Dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“, (Abl L 344/65) angeführten kumulativ vorzuliegenden Relevanzkritieren, nämlich

1. Existenz beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse (struktureller und/oder rechtlicher Natur),

2. längerfristig (ohne sektorspezifische Regulierung) keine Tendenz des Marktes Richtung effektiven Wettbewerb und

3. Unzureichen der Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts um den wettbewerblichen Problemen zu entsprechen,

auf dem gegenständlichen Markt vorliegen.

Daher war wie in Spruchpunkt A. zu entscheiden.

6. Zu den spezifischen Verpflichtungen nach dem TKG 2003 (Spruchpunkt B.)

6.1. Allgemeines

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. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art 8 Abs 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs 4 der Zugangs-RL und in Art 17 Abs 2 der Universaldienst-RL, jeweils in der Fassung vor dem „Review"). 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 diese ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 TKG 2003 (bzw dessen unionsrechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zudem zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz. 118 der Leitlinien) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil* [Hg.], TKG 2003, Rz 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 normierte Grundsatz der 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 (vgl auch VwGH Zl 2005/03/0179-7 v. 22.11.2005, S 47).

6.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Grundsätzlich sind bei der Auferlegung von einzelnen spezifischen Verpflichtungen bzw einer Kombinationen derselben zunächst die Instrumente zu identifizieren, die geeignet sind, die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen. Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – jene ausgewählt, die das gelindeste und am geringsten eingriffsintensive Mittel darstellen.

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

Aus der Verwendung des Konjunktivs sowohl in Art 17 Abs 1 lit b Universaldienstrichtlinie als auch in § 43 Abs 1 Z 2 TKG 2003 ergibt sich, dass nur wenn die Regulierungsbehörde gemäß § 43 Abs 1 Z 1 TKG 2003 festgestellt hat, dass das betreffende Unternehmen auf dem gegenständlichen (Endkunden-)Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt und gemäß Z 2 leg cit spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs 2 TKG 2003 vorgegebenen Regulierungsziele führen würden, auf Endkundenmarktebene ex-ante Endkunden-Regulierungsinstrumente aufzuerlegen sind.

Sowohl der Wortlaut der europarechtlichen Bestimmung als auch des § 43 Abs 1 TKG 2003 stellen durch die Verwendung des Konjunktivs […nicht … zur Erreichung der … vorgegebenen Ziele … führen würden…] eindeutig auf eine von der Regulierungsbehörde

zu treffende Prognoseentscheidung ab. Das Fällen von Prognoseentscheidungen liegt geradezu im Wesen einer ex-ante Regulierung. Die im gegenständlichen Verfahren gewählte Vorgangsweise der gleichzeitigen Analyse der allfälligen Wettbewerbsprobleme des gegenständlichen Marktes mit denen der benachbarten Vorleistungsmärkte stellt die Umsetzung des Prinzips des Primats der Regulierung der Vorleistungsmärkte dar.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits unter Punkt D.5 der rechtlichen Beurteilung gewürdigt. Dass die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 durch Auferlegung spezifischer (Vorleistungs-)Verpflichtungen im relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren nicht erreicht werden könnten bzw die festgestellten Wettbewerbsprobleme in diesem Zeitraum nicht adäquat bekämpft werden können, ergibt sich aus den Feststellungen. Daher ist eine Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen auch auf der Endkundenebene erforderlich.

Unter Bezugnahme auf die Regulierungsziele des TKG 2003, des Europäischen Rechtsrahmens sowie der identifizierten Wettbewerbsprobleme werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der A1 Telekom in Spruchpunkt B. auferlegten spezifischen Verpflichtungen dargestellt. Diese sind komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient dazu, einzelnen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist gemäß den Feststellungen sichergestellt, dass die Wettbewerbsprobleme tatsächlich und effektiv bekämpft werden können.

Über die im Folgenden dargestellten sowie angeordneten spezifischen Verpflichtungen hinaus existieren keine weiteren spezifischen Verpflichtungen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

6.2.1. Anzeige (Spruchpunkt B.1)

Den festgestellten Wettbewerbsproblemen kann mittels einer Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 TKG 2003 entgegengewirkt werden, nach der Entgeltbestimmungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen für die marktgegenständlichen Endkundenprodukte vor deren Anwendung, also spätestens zeitgleich mit dem Marktauftritt, der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind und dieser bei Verstoß der angezeigten Entgeltbestimmungen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Leistungsbeschreibungen gegen das TKG 2003, die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen, die §§ 864a oder 879 ABGB, das Kartellgesetz 2005, die §§ 6 und 9 Konsumentenschutzgesetz idGF oder diesen Bescheid ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird.

Daher sind alle neuen Entgelte, allgemeinen Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen und ihre Änderungen, die sich, wie festgestellt, sinnvoller Weise nicht isoliert betrachten lassen, der Regulierungsbehörde vorab zur Anzeige vorzulegen, sofern diese marktgegenständliche Verbindungsleistungen betreffen. Andernfalls wären die Voraussetzungen zur Prüfung der vor Wirksamkeit angezeigten marktgegenständlichen Verbindungsentgelte auf deren wettbewerbliche Verträglichkeit nicht gegeben.

Die Verpflichtung, wonach Entgelte und AGB gemeinsam der angeordneten Entgeltkontrolle unterliegen ist darauf zurückzuführen, dass 1.) andernfalls die Voraussetzungen zur Prüfung der vorab anzuzeigenden marktgegenständlichen Verbindungsentgelte auf deren Übereinstimmung mit der angeordneten Entgeltkontrolle nicht gegeben wären, 2.) dass ansonsten die Umgehung der angeordneten Entgeltregulierung möglich wäre und 3.) dass sonstige Maßnahmen gesetzt werden könnten, die geeignet wären, signifikante Wechselbarrieren zu Lasten von Wettbewerbern von A1 Telekom zu errichten. Aus diesen Gründen sind Entgelte und AGB und ihre Änderungen im Sinne von § 45 TKG 2003 in Verbindung mit § 43 TKG 2003 allesamt der Regulierungsbehörde spätestens mit

Inverkehrbringen anzuzeigen, sofern es zu Änderungen in den Entgelten und/oder AGB für Verbindungsleistungen des gegenständlichen Marktes kommt.

Die Auferlegung dieser Verpflichtung ist erforderlich, da die Einhaltung der der A1 Telekom ebenfalls auferlegten Entgeltkontrolle nur durch eine Anzeigepflicht überprüft und im Falle eines Verstoßes nur durch ein Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde gewährleistet werden kann. Gleichzeitig war zur Operationalisierung der Anzeigepflicht in Anlehnung an das bestehende Widerspruchsverfahren gemäß § 25 Abs 6 TKG 2003 die Aufnahme von Verfahrensbestimmungen zur Hemmung des Fristenlaufs bei Nichtvorlage der zur Beurteilung angezeigter Entgeltbestimmungen, allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. Leistungsbeschreibungen notwendigen Unterlagen und Nachweise (etwa in Bezug auf die Entgeltkontrolle, Gestaltung von Werbemitteln in Muster- oder Entwurfsform, sofern zumutbar, Anbieten und Zusammenstellung von teilweise marktgegenständlichen Produktbündeln) bzw. zur Anforderung entsprechender Nachweise durch die Regulierungsbehörde erforderlich.

Die im Rahmen des mit diesem Bescheid neuerlich auferlegten unechten ex-post Verfahrens angeordnete Anzeigepflicht für die marktgegenständlichen Endkundenprodukte stellt den geringstmöglichen Eingriff und das mildeste Mittel dar, welches dennoch eine Bekämpfung der identifizierten Wettbewerbsprobleme unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 erlaubt. Die Anordnung einer Verpflichtung zur ex-ante Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie im Bescheid M 2/09 der Telekom-Control-Kommission ist daher nicht erforderlich (ON 7).

Die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle (Price-Cap) bringt es mit sich, dass auch die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung mitzuberücksichtigen ist. Hinsichtlich der Nichterfassung von kurzfristigen Aktionsangeboten nach Spruchpunkt B.1.5 von der Möglichkeit zum Widerspruch nach Spruchpunkt B.1.2 wird auf Punkt E.2.2.4 der Begründung verwiesen.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Überprüfung der Einhaltung der Spruchpunkte B.2.1 (Preisobergrenze) und B.2.6 (Margin Squeeze-Freiheit) außerhalb des Verfahrens nach § 25 TKG 2003 erfolgen kann.

6.2.2. Entgeltkontrolle (Spruchpunkt B.5)

Die Bestimmung des § 37 TKG 2003 eröffnet der Regulierungsbehörde nicht nur die Möglichkeit, eine (oder mehrere) geeignete spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 auszuwählen und dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen, sondern auch die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Verpflichtung (diesfalls zur Entgeltkontrolle) derart zu spezifizieren, dass diese geeignet ist, den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen.

Das Fehlen effektiven Wettbewerbs wurde bereits gezeigt. Es wurde ferner festgestellt, dass A1 Telekom in Abwesenheit von Regulierung ökonomische Anreize hat, auf diesem Markt andere als Wettbewerbspreise anzuwenden.

Bei der Festlegung der Endkunden-Entgeltkontrolle ist zu berücksichtigen, dass A1 Telekom diesen prinzipiell bestehenden Handlungsspielraum nur sehr bedingt zu ihrem Vorteil verwenden kann, da sie auch auf diesem Gesprächsmarkt Wettbewerbsdruck von mobiler Seite ausgesetzt ist, wenn auch in geringerem Ausmaß als auf den Endkundenmärkten für Privatkunden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass auf dem gegenständlichen Markt das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise nur in Segmenten, in denen sie keinem disziplinierendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, auftritt.

Auf Grund der von mobilen Angeboten wettbewerblich für das gesamte Festnetz de facto vorgegebenen Preisobergrenze, der Tatsache, dass bereits seit dem Jahr 2007 der durchschnittliche implizite Mobilfunkpreis unter dem impliziten Festnetzpreis zu liegen kommt (aaO) sowie angesichts der auch von alternativer Seite existierenden Bündelprodukte inklusive mobiler Sprachtelefonie und mobilem Breitbandzugang zum Internet ist daher abzuwägen, ob das Beibehalten der auf diesem Gesprächsmarkt bisher angeordneten Kostenorientierungsverpflichtung noch angemessen ist, oder ob eine andere Form der Entgeltkontrolle nicht ebenso geeignet ist, alle festgestellten Wettbewerbsprobleme effektiv zu bekämpfen. Dabei ist dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) Rechnung zu tragen.

Eine Entgeltkontrolle auf Basis Price-Cap führt nun einerseits zu höherer Flexibilität in der Preissetzung und schränkt das marktmächtige Unternehmen in seinem Handlungsspielraum weniger ein, da dieses Preisregulierungsregime die Möglichkeit bietet, sowohl überhöhten Preisen als auch - und insbesondere - Kampfpreisen und Preissetzungsverhalten, welches Wettbewerber einer Preis-Kosten-Schere aussetzt, durch die vorgesehenen Berichts- und Nachweispflichten zeitnahe und effizient zu begegnen. Eine Verschlechterung der Situation der Mitbewerber durch das Preissetzungsverhalten der A1 Telekom auf diesem Markt ist daher ausgeschlossen.

Da der festgestellte Wettbewerbsdruck von mobiler Seite alle Festnetzbetreiber betrifft, wäre ein Beibehalten der bereits auferlegten Kostenorientierungsverpflichtung nur gegenüber A1 Telekom nicht mehr angemessen und daher unverhältnismäßig, da es dem regulierten Unternehmen in unangemessener Weise erschwert würde, gegenüber Bündelprodukten von alternativer Seite (UPC, Tele2) mit inkludiertem mobilen breitbandigen Internetzugang sowie mobiler Sprache wettbewerblich bestehen zu können.

Mit der Möglichkeit flexiblerer Preisgestaltung, wie sie auch den Wettbewerbern der A1 Telekom auf diesem Verbindungsmarkt zur Verfügung steht, kann besser wettbewerblich agiert werden. Da die festgestellten Wettbewerbsprobleme auch mit der angeordneten Entgeltkontrolle bekämpft werden können, ist die Telekom-Control-Kommission insgesamt der Ansicht, dass die Aufrechterhaltung der bisherigen Verpflichtung zur Kostenorientierung angesichts der nunmehrigen Marktsituation nicht mehr verhältnismäßig und ein Übergang zur weniger eingriffsintensiven Entgeltkontrolle auf Basis Price-Cap angemessen ist.

Die Überprüfung der Einhaltung des Spruchpunktes B.2.4 (Preisobergrenze) kann außerhalb des Widerspruchsverfahrens erfolgen.

Auf die angeordneten Maßnahmen zur Einhaltung der erforderlichen Preisuntergrenze wird in Punkt 2.2.2 der Begründung eingegangen.

6.2.2.1. <u>Kontrolle der Preisobergrenze</u>

Bei der Anwendung der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Price-Cap ist von folgenden Vorgaben und Berechnungsschritten auszugehen:

Da bei Gesprächen für Nichtprivatkunden auch „exzessive“ Preissetzung als potentielles Wettbewerbsproblem festgestellt wurde, ist aus regulatorischer Sicht zu gewährleisten, dass Absenkungen in den Vorleistungsentgelten auch an die Endkunden weitergegeben werden. Die Erlöse aller marktgegenständlichen Verbindungsentgelte beziehen sich daher auf eine um ausgezahlte Vorleistungen (VLK) bereinigte Größe. Dabei sind von den Endkundenpreisen (p_i) die jeweils zugehörigen Vorleistungen der Terminierung auf lokaler Ebene in nationale Festnetze, der Terminierung in nationale Mobilnetze sowie – bei Auslandsgesprächen – die internationale Terminierung in Verbindung mit allfälligen Transitleistungen in Abzug zu bringen.

Kommt es innerhalb der marktgegenständlichen Verbindungsentgelte zu Erhöhungen, so ist vom regulierten Unternehmen ein entsprechender Nachweis hinsichtlich der Kompatibilität mit der Gesamtspezifikation der Price-Cap Regulierung darzubringen. Das gilt auch hinsichtlich der Einführung von neuen Tarifmodellen, wobei hier anhand von Planrechnungen plausibel darzulegen ist, dass die neuen Tarifmodelle mit der Gesamtspezifikation für den gesamten Geltungszeitraum der Anordnung (dazu unten) vereinbar sind.

In Bezug auf Preiserhöhungen, die über die regulatorisch zulässige Inflationsanpassung hinausgehen, ist auf die gesetzlichen Universaldienstbestimmungen hinzuweisen, wonach A1 Telekom diesfalls eine entsprechende Anzeige der Entgelte vorzunehmen hätte. Die Entscheidungspraxis der TKK hat in der Vergangenheit gezeigt, dass Entgelterhöhungen in der Regel dann als erschwinglich anzusehen sind, wenn sie die Inflation nicht überschreiten. Zur Überprüfung der Erschwinglichkeit ist die allgemeine Regel nach § 26 Abs 1 TKG 2003 heranzuziehen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist ferner bezüglich Preiserhöhungen auf die zweimonatige Anzeigefrist nach § 25 TKG hinzuweisen.

Hinsichtlich der Inflationsanpassung ist der Price-Cap an den Index der Verbraucherpreise (VPI, Retail Price Index - RPI) zu koppeln. Als gesamtwirtschaftlicher Indikator spiegelt der VPI in gewissem Maße auch allgemeine Kostensteigerungen im Telekomsektor (insbesondere hinsichtlich Löhne und Sachmittel) wider und hat umgekehrt den Vorteil gegenüber unternehmensindividuellen Indikatoren, dass er nicht vom regulierten Unternehmen beeinflusst werden kann. Im Falle Österreichs kommt die aktuell verfügbare Indexreihe des „Verbraucherpreisindex 2005" (VPI 2005) zur Anwendung. Die konkrete Implementierung ist so vorzunehmen, dass eine durchschnittliche Erhöhung der Entgelte erst bei einer kumulierten Inflation von 5 % (auf Basis des VPI) zulässig ist. Ferner soll der Ausgangsindexwert gemäß VPI 2005 möglichst zeitnah zur regulatorischen Gültigkeit der Güterkörbe sein. Entsprechend dem Bezugszeitraum ist auf den Indexwert im Dezember 2009 zurückzugreifen.

Der Faktor X ist mit Null anzusetzen, da angesichts der voraussichtlichen Geltungsdauer dieses Bescheides eine Erhöhung des Produktivitätsfaktors nichts zur Lösung der festgestellten Wettbewerbsprobleme beitragen könnte, und mit einem X-Faktor in Höhe von Null der regulatorisch als notwendig angesehenen Preisflexibilisierung entsprochen wird.

Die obigen Spezifikationen sind bis zum Abschluss des nächsten Marktanalyseverfahrens verbindlich. Im Zuge des nächsten Verfahrens ist eine Überprüfung ihrer Einhaltung vorzunehmen. Ergibt die Überprüfung, dass es zu Überschreitungen des Price-Caps gekommen ist, so sind ggf. im Rahmen des nachfolgenden Price-Cap-Geltungszeitraums Anpassungen vorzunehmen.

Die Verpflichtung, wonach Entgelte und AGB gemeinsam einer derartigen Regulierung unterliegen sollen, ist (weiterhin) zweckmäßig, da ohne diese Verpflichtung Umgehungen der Entgeltregulierung möglich wären (so können etwa sehr lange Bindungsfristen durchaus auch Entgeltrelevanz besitzen) und weiters Maßnahmen gesetzt werden könnten, die geeignet wären, signifikante Wechselbarrieren zu errichten.

Soweit A1 Telekom fordert, Preiseffekte von Mengeneffekten zu isolieren, da es andernfalls durch Verschiebungen im Produktmix durch eine andere Zusammensetzung des Warenkorbes zu einer rein rechnerischen Erhöhung der Durchschnittspreise kommen könnte, ohne dass A1 Telekom während des unter Beobachtung stehenden Zeitraums Tarifmaßnahmen gesetzt hätte, ist ihr entgegenzuhalten, dass die vorgesehene Berechnungsformel (siehe dazu Punkt B.5.2.1.1) dies bereits gewährleistet, da für beide Zeiträume (Anfangsperiode und Folgeperiode) die gleichen Mengen, nämlich jene des Zeitpunkts q^t (das ist die Ausgangsperiode), herangezogen werden. Weiters fordert A1 Telekom generell, dass durch entsprechende Gestaltung der Price-Cap-Regelungen

sicherzustellen sei, dass A1 Telekom nicht aufgrund von nicht von A1 Telekom zu vertretenden Entwicklungen gezwungen wird, ihre Tarife abzusenken: Hier ist festzuhalten, dass solche Faktoren mangels entsprechender Prognostizierbarkeit keinen Eingang in eine Price-Cap-Regulierung finden können, da diese die Festschreibung bestimmter Rahmenparameter bei der Auferlegung der entsprechenden Entgeltkontrollverpflichtung im Marktanalysebescheid zwingend voraussetzt.

Für die Heranziehung des VPI als Indikator zur Beurteilung der Geldwertentwicklung (auf Endkundenebene) spricht, dass er als wesentlichster volkswirtschaftlicher wie einzelwirtschaftlicher Orientierungsmaßstab fungiert. Als gesamtwirtschaftlicher Indikator spiegelt der VPI in gewissem Maße auch allgemeine Kostensteigerungen im Telekomsektor (insbesondere hinsichtlich Löhne und Sachmittel) wider und hat umgekehrt den Vorteil gegenüber unternehmensindividuellen Indikatoren, dass er nicht vom regulierten Unternehmen beeinflusst werden kann. Er erscheint von daher geeignet, die maximal zulässigen Preiserhöhungen je Produktkorb, zu definieren. Die Anordnung, wonach Preiserhöhungen erst ab einer kumulierten Inflation in Höhe von 5 % zulässig sein sollen, stellt eine angemessene Abwägung zwischen den Interessen des verpflichteten Unternehmens, nicht unverhältnismäßig eine zwischenzeitliche Geldentwertung „vorfinanzieren“ zu müssen und den Interessen der Endkunden an einer Vorhersehbarkeit ihrer Endkundentarife dar. Der diesbezüglichen Kritik von A1 Telekom (ON 18) und mobilkom austria (ON 21) war daher nicht zu folgen.

Zur Kritik von A1 Telekom an der Duplizierung der Überprüfung ihrer Tarife durch die Auflage der Price-Cap-Regulierung neben der bestehenden Erschwinglichkeitsprüfung nach § 26 Abs 1 TKG 2003 ist auszuführen, dass die Telekom-Control-Kommission im Rahmen der Überprüfung nach § 26 Abs 1 TKG es als ein wesentliches Kriterium für die Erschwinglichkeit erachtet, wenn die Steigerung bei den Entgelten im Zeitverlauf in angemessener Relation zu der Steigerung der Verbraucherpreise sowie der Einkommen steht. Weiters werden gemäß der Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission (G 144/06 vom 05.02.2007) nicht die Auswirkungen eines Tarifantrags auf die Erschwinglichkeit des Einzeltarifes, sondern auf die Erschwinglichkeit aller (POTS)-Entgelte geprüft. Von einer Duplizierung ist daher angesichts der unterschiedlichen Prüfmaßstäbe nicht auszugehen.

6.2.2.2. Kontrolle der Preisuntergrenze

Eine regulatorische Kontrolle der Preisuntergrenze auf diesem Markt ist erforderlich, da die Price-Cap-Regulierung nur sicherstellt, dass die Preise für die marktgegenständlichen Produkte nach oben hin auf weitgehend gleichem Niveau bleiben, die angeordnete Form der Entgeltkontrolle auf Basis Price-Cap gleichzeitig aber ungeeignet ist, um insbesondere den Wettbewerbsproblemen der Anwendung von Kampfpreisen bzw Margin Squeeze-Praktiken, Übertragung von Marktmacht und der ungerechtfertigten Bündelung von Diensten zu begegnen.

In Hinblick auf den intramodalen Wettbewerb bieten Vorleistungsverpflichtungen gegenwärtig noch keine hinreichende Replizierbarkeit für ANB im Sinne effektiven Wettbewerbs. Integraler Bestandteil der nachträglichen Prüfung bei Gesprächsleistungen ist daher die Analyse von Auswirkungen geplanter Tarifänderungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der alternativen Netzbetreiber. Soweit regulatorisch möglich, ist damit die Gefahr, dass Kampfpreise Anwendung finden, zu verhindern.

Die Margin Squeeze Kontrolle hinsichtlich dieses Verbindungsmarktes ist insbesondere bei Bündelprodukten relevant. Es ist der Grundsatz zu beachten, dass es aufgrund des tendenziell auch bei Nichtprivatkunden gestiegenen intermodalen Wettbewerbsdrucks zu keiner regulatorischen Verschärfung kommen soll. Es ist daher (auch künftig) bei der Margin Squeeze Kontrolle nur auf die einem ANB jeweils entstehenden (bündelproduktspezifischen) Vorleistungskosten Bezug zu nehmen. Bei der Operationalisierung der Überprüfung, ob eine

Preis-Kosten Schere vorliegt, sind die je Gesprächskategorie zugehörigen Originierungs- und Terminierungsleistungen heranzuziehen. Bei Auslandsgesprächen sind neben Terminierungsleistungen des Weiteren auch anteilige (ausländische) Transitleistungen zu berücksichtigen. Im Sinne der Flexibilisierung der Preisgestaltungsmöglichkeiten ist hierbei immer auf die künftig jeweils gültigen Vorleistungsentgelte Bezug zu nehmen, die etwa im Rahmen von kurzfristigen Aktionsangeboten (temporär) deutlich abgesenkt sein können.

Es ist für jedes Jahr einmal (im Nachhinein) die Kostendeckung für den regulierten Verbindungsbereich zu überprüfen, wobei sämtliche Kosten und Erlöse der für die gegenständlichen Verbindungsleistungen relevanten Produkte des regulierten Unternehmens einzubeziehen sind (Basis Vollkosten). Wenn bei Preisänderungen (Preisreduktionen) einzelner Produkte (zB Aktionsangebote) der Verdacht besteht, dass die Preisuntergrenze der variablen Kosten nicht eingehalten wird, ist auch auf Einzelproduktebene eine Margin Squeeze-Überprüfung durchzuführen.

Die UPC-Gruppe (ON 17), Tele2 (ON 20), sowie die Energie AG Oberösterreich Data GmbH (ON 24) kritisierten vor dem Hintergrund der hohen Marktanteile von A1 Telekom das Abgehen von der Kostenorientierungsverpflichtung. Es sei angesichts der Stärke von A1 Telekom auf dem gegenständlichen Markt nicht nachvollziehbar, warum nunmehr eine Price-Cap-Regulierung mit größeren Preisgestaltungsspielräumen für A1 Telekom angeordnet würde. Die Gewährung zusätzlicher Gestaltungsspielräume für A1 Telekom um wettbewerblichen Druck aus dem Mobilsektor besser begegnen zu können, sei angesichts der in jüngster Zeit unter Herbeiführung eines Margin Squeeze zu Lasten von alternativen Anbietern erfolgten „Rückgewinnung“ von Marktanteilen durch Bündelprodukte und der dadurch im Ergebnis verschlechterten Ertragslage für alternative Anbieter nicht gerechtfertigt. Hierzu ist auszuführen, dass A1 Telekom generell verpflichtet ist, die sich nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz 2005, Art 102 AEUV) ergebende Preisuntergrenze in Höhe der variablen Kosten bei der Einzelproduktbetrachtung einzuhalten. Insofern tritt für alternative Anbieter durch die Umstellung auf eine Price-Cap-Regulierung keine Verschlechterung ihrer Position ein.

Den Anregungen der erwähnten Betreiber wurde vor diesem Hintergrund nicht gefolgt.

Zur Kritik der UPC-Gruppe und der Tele2 an der bisherigen Handhabung der Margin Squeeze Kontrollrechnung im Zusammenhang mit der Kontrollmatrix ist wie folgt auszuführen: Die Kontrollmatrix stellt sowohl bei der Prüfung auf Einzelproduktebene zu vermeidbaren Kosten als auch bei Prüfung der Vollkosten über alle Produkte hinweg angesichts der nunmehr auferlegten Price-Cap-Regulierung keinen Bestandteil der Entgeltkontrolle mehr dar. Hinsichtlich der Überprüfung mehrerer Produkte ist auf die Entscheidung der EK zur Rs COMP/38.784 zu verweisen, in der in Rn 388 festgehalten wurde, dass „die Wettbewerber zumindest in der Lage sein müssen, die Produktstruktur [des incumbent] zu rentablen Bedingungen nachzubilden“.

Dieses nunmehr zur Anwendung gelangende Regelwerk entspricht dem gegenwärtigen wettbewerbsrechtlichen EU-Prüfstandard, wie er sich aus den einschlägigen Entscheidungen (Rs des EuGH C-62/86 – AKZO Chemie B.V./Europäische Kommission, Rs des EuGH C-333/94 – Tetra Pak, Rs der EuGH C-395/96 – Compagnie Maritime Belge, Rs des EuGH C-55/06 – Arcor, Rs des EuGI T- 271/03 – Deutsche Telekom AG/Europäische Kommission, Rs des EuGI T-340/03 – France Télécom (Wanadoo Interactive) inklusive Rechtsmittelurteil Rs des EuGH C-202/07) ergibt, aber auch in der Mitteilung der Kommission betreffend Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art 82 des EG-Vertrags (nunmehr Art 102 AEUV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, (K(2009) 864 vom 09.02.2009) festgehalten ist. Aus diesem Grund war der Forderung der UPC-Gruppe nicht zu folgen. Der Forderung nach quartalsweiser bzw in kürzeren Abständen als derzeit (Tele2) Durchführung der Margin Squeeze-Kontrollrechnung war aus dem gleichen Grund nicht zu

folgen. Diese Forderung erscheint angesichts des bisher zur Praxis der Margin Squeeze-Kontrolle Ausgeführten nicht geeignet, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen, und damit als unverhältnismäßig zu Lasten von A1 Telekom.

Die in Spruchpunkt B.2.5 angeordnete Verpflichtung für A1 Telekom zur Bereitstellung von Daten zu Erlösen und Kosten je Tarif gründet auf der Notwendigkeit der raschen Durchführung eines anlassbezogenen Verfahrens zur Sicherstellung der Einhaltung der maximal zulässigen Preisuntergrenze der vermeidbaren Kosten bei einzelnen Produkten (Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Anwendung von Kampfpreisen oder durch Herbeiführen eines Margin Squeeze).

6.2.2.3. Bündelprodukte

Hinsichtlich des Anbietens von Bündelprodukten, die zumindest teilweise aus einem marktgegenständlichen Produkt bestehen, wurde das Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht mittels Produktbündelung festgestellt.

In Spruchpunkt B.2.7 wurde daher angeordnet, dass beantragte Bündelprodukte, die zumindest teilweise ein marktgegenständliches Produkt enthalten, hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Verträglichkeit den Prüfkriterien Replizierbarkeit, Margin Squeeze-Freiheit und Vermeidung von Marktmachtübertragung entsprechen müssen, um die Umgehung der hinsichtlich der einzelnen Bündelteile auferlegten ex-ante Verpflichtungen hintan zu halten.

Die Überprüfung der drei genannten Kriterien gewährleistet somit die wettbewerbsgemäße Gestaltung von Bündelprodukten durch A1 Telekom und ist daher – ebenso wie andererseits die grundsätzliche Zulässigkeit von Bündelprodukten durch das marktmächtige Unternehmen – als angemessen zu erachten.

Die Telekom-Control-Kommission geht zur Konkretisierung des Spruchpunktes B.2.7 von folgenden Erwägungen aus:

Weder bei clusterinterner Bündelung von regulierten Produkten (Bündelung von Grund- [bzw. Herstellungs-] und Verbindungsentgeltleistungen im Rahmen einer Tarifoption) noch bei clusterübergreifender Bündelung von regulierten und unregulierten Produkten (Bündelung von Zugangsleistungen an festen Standorten etwa mit mobilen oder breitbandigen Diensten) dürfen hinsichtlich der in den gegenständlichen Markt fallenden einzelnen Bündelteile die angeordneten Verpflichtungen umgangen werden.

Der Regulierungsbehörde ist daher zeitgleich mit einer eingebrachten Tarifanzeige eine Vorabdarlegung der wettbewerblichen Verträglichkeit der beabsichtigten Tarifmaßnahme samt all den dafür erforderlichen Daten in elektronischer Form zu übermitteln. Die wettbewerbliche Verträglichkeit hat sich an den Prüfkriterien 1. Replizierbarkeit, 2. Margin Squeeze und 3. Marktmachtübertragungspotenzial zu orientieren. Diese Prüfkriterien gelten auch für die so genannten „kurzfristigen“ Aktionsangebote, sofern diese marktgegenständliche Gesprächsleistungen an festen Standorten inkludieren.

Bündelprodukte können dann von regulatorischer Relevanz sein, wenn sie die folgenden Bedingungen erfüllen:

- Das Bündel umfasst zwei oder mehrere Produkte auf einem oder mehreren Märkten, auf denen der Betreiber, der das Bündel anbietet, über eine marktbeherrschende Stellung (SMP - Stellung) verfügt; oder

- das Bündel umfasst sowohl ein Produkt auf einem Markt, auf dem der Betreiber, der das Bündel anbietet, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, als auch ein Produkt auf einem Markt, auf dem der Betreiber keine SMP-Stellung hat; oder

- das Bündel umfasst zwei oder mehrere Produkte auf einem oder mehreren Märkten, auf denen der Betreiber, der das Bündel anbietet, zwar keine SMP-Stellung hat, bei zumindest einem der Produkte verfügt der Betreiber aber auf dem zugehörigen Vorleistungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung.

- In beiden Fällen sind beide oder nur eines der Produkte entweder nur im Bündel erhältlich oder aber bei Bezug des Bündels werden ein Preisnachlass oder andere Vorteile gewährt, die der Kunde bei Bezug der Einzelkomponenten nicht erhält.

Feststellungen zur Bündelung von Grund- und Verbindungsentgelten werden in spezifischerer Form bereits in Punkt B.5.3.2 getroffen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher primär auf clusterübergreifende Bündelungsformen.

6.2.2.3.1. Replizierbarkeit

Ist ein Bündel für Mitbewerber replizierbar, liegen keine Wettbewerbsprobleme vor. Der Begriff der Replizierbarkeit umfasst dabei die folgenden Komponenten:

- Technische Replizierbarkeit: Wettbewerber haben die Möglichkeit, zeitgleich ein Bündel anzubieten, das in den Produkteigenschaften und der Qualität der Leistung(en) dem Bündel des marktmächtigen Unternehmens gleichwertig ist. Dabei muss es hinreichend viele Mitbewerber geben, die das Bündel anbieten können, sodass antikompetitive Effekte durch das Bündel des SMP-Betreibers ausgeschlossen sind. Eine Replizierbarkeit von wenigen Wettbewerbern mit wenigen Kunden oder geringer Flächendeckung ist nicht ausreichend, um ein Bündel als replizierbar zu bezeichnen.

- Wirtschaftliche Replizierbarkeit: Einem effizienten Wettbewerber muss es möglich sein, das Bündel zu vergleichbaren Kosten (Kostenmaßstab: variable Kosten) herzustellen wie dem marktmächtigen Unternehmen. Bezieht ein Konkurrent regulierte Vorleistungen vom marktmächtigen Unternehmen, so bedeutet dies, dass das Bündel einen margin squeeze Test erfüllen muss.

6.2.2.3.2. Margin Squeeze Test

Ist das Bündel für Mitbewerber nicht replizierbar, so muss gewährleistet sein, dass kein Margin Squeeze beim regulierten Produkt auftritt. Hier ist zunächst zu überprüfen, ob dann ein margin squeeze entsteht, wenn der gesamte Preisvorteil des Bündels (Extremfall) im Vergleich zu den Einzelkomponenten nur dem regulierten Produkt zugerechnet wird. Ist dies nicht der Fall, so kann das Vorliegen eines Margin Squeeze ausgeschlossen werden.

Entsteht ein Margin Squeeze, wenn der gesamte Preisvorteil dem regulierten Produkt zugerechnet wird, so ist eine ergänzende Margin Squeeze-Rechnung auf Ebene des Bündels durchzuführen. Dabei wird der Preis des Bündels mit den gesamten Vorleistungskosten verglichen, wobei auch Kosteneinsparungen durch den Verkauf als Bündel berücksichtigt werden. Die Differenz zwischen dem Endkundenpreis und den Vorleistungskosten muss so groß sein, dass ein effizienter Betreiber seine verbleibenden Kosten decken kann.

Ist das Bündel für Mitbewerber technisch replizierbar, so ist der Margin Squeeze Test grundsätzlich auf Ebene des Bündels durchzuführen. Die Prüfung kann zu folgenden Ergebnissen führen:

- Liegt ein margin squeeze vor, so ist das Bündel nicht zulässig.

- Liegt kein margin squeeze vor und ist das Bündel nach den oben genannten Kriterien in hinreichendem Umfang auch technisch replizierbar, so bestehen auch keine Wettbewerbsprobleme und das Bündel ist zulässig.

- Liegt kein margin squeeze vor und ist das Bündel nach den oben genannten Kriterien nicht in hinreichendem Umfang technisch replizierbar, so wird in einem letzten Schritt die Gefahr der Marktmachtübertragung geprüft.

6.2.2.3.3. Gefahr der Marktmachtübertragung

Ist ein Bündel für Mitbewerber technisch nicht replizierbar, so besteht – selbst wenn kein Margin Squeeze vorliegt – insbesondere bei positiv korrelierter Nachfrage zwischen den Produkten im Bündel die Gefahr der Marktmachtübertragung auf den benachbarten Verbindungsmarkt bzw der Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung auf dem gegenständlichen Markt.

Deren Ausmaß hängt von einer Reihe von Faktoren ab:

- Wie groß ist jener Teil des Marktes, der eine starke Präferenz für das Bündel hat (und daher wahrscheinlich vom marktmächtigen Unternehmen versorgt werden wird)? Wie groß ist andererseits der Wegfall der Nachfrage für Unternehmen, die das Bündel nicht anbieten können? Dabei sind aus wirtschaftlicher Sicht insbesondere folgende Fragestellungen relevant:

    - Werden die Produkte nur im Bündel verkauft, sodass jeder, der das SMP-Produkt nachfragt, auch das nicht-SMP Produkt beziehen muss?

    - Falls die Produkte auch getrennt verkauft werden: Ist der Abschlag auf das Bündel (im Vergleich zu den stand alone-Produkten) so groß, dass ein signifikant großer Anteil an Konsumenten das Bündel beziehen wird?

    - Wie stark ist die Präferenz der Konsumenten für das Bündel?

    - Können Konsumenten, die eine Präferenz für das Bündel haben, in dem Zeitraum, in dem das Bündel angeboten wird, auf das Bündel wechseln oder existieren Barrieren für manche oder alle Konsumenten, die einem Wechsel entgegenstehen? Je länger das Bündel angeboten wird, desto mehr Kunden werden potentiell das Angebot auch in Anspruch nehmen können.

    - Hat ein Bündel ungewöhnlich lange Bindungsfristen, so erhöht dies den zukünftigen Effekt des Bündels am Markt. Aufgrund des zunehmenden Wettbewerbsdrucks auf den Zugangsmarkt für Privatkunden kann jedoch die ökonomische Bindungsfrist bei Anschlüssen bzw. Bündelprodukten mit inkludiertem Anschlussprodukt auf bis zu zwei Jahre verlängert und den Angeboten der Wettbewerber angepasst werden.

        - Wie groß ist das Ausmaß der fixen Kosten bzw. der Skalenvorteile auf den Märkten, deren Produkte gebündelt werden? Ist das Ausmaß der Skalenvorteile gering, so kann ein Unternehmen auch mit einer kleinen Ausbringungsmenge (profitabel) in den Markt eintreten und die Gefahr der Markmachtübertragung ist entsprechend geringer.

        - Wie groß ist das Ausmaß an Marktmacht auf den Märkten, deren Produkte gebündelt werden? Je stärker die Stellung auf jedem dieser Märkte ist, desto weniger Alternativen haben die Konsumenten, und

desto eher ist folglich auch eine Marktmachtübertragung bzw eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung möglich.

- Bündelung zur Verschleierung von Kampfpreisen oder eines Margin Squeeze? Bündelung kann von einem Unternehmen mit Marktmacht schließlich auch dazu benutzt werden, Verdrängung mittels Kampfpreisen oder Margin Squeeze zu verschleiern. Anstatt die Preise direkt so festzulegen, dass sie einem Kampfpreisniveau entsprechen bzw sich ein Margin Squeeze ergibt, werden die Produkte gebündelt, wodurch sich implizite Preise ergeben, die dieselben Effekte erzielen.

Bündel können potentiell auch positive Effekte mit sich bringen. Positive Effekte können insbesondere durch Kostenersparnisse und Entsprechen der Konsumentenpräferenzen auftreten. Die festgestellte Gefahr der Marktmachtübertragung ist daher gegen potentiell positive Effekte des Bündels abzuwägen. Bei dieser Abwägung sind folgende Faktoren zu berücksichtigen:

Kostenersparnisse:

- Entstehen Kostenersparnisse durch den Verkauf als Bündel? Kostenersparnisse bei der Produktion per se sind keine hinreichende Bedingung für die Zulässigkeit des Verkaufs im Bündel. Grundsätzlich bedeuten Verbundvorteile in der Produktion nicht, dass es billiger ist, die Güter im Bündel zu verkaufen. Es sind nur solche Verbundvorteile relevant, die auch tatsächlich als Bündel realisiert werden können.

- Wie groß sind die entstehenden Kostenersparnisse?

Entsprechen der Konsumentenpräferenzen:

- Nachfrageseitig ist Bündelung dann effizient, wenn der Wert des Bündels für Konsumenten höher ist als die Summe der Werte der einzelnen Komponenten. Haben Konsumenten zB eine starke Präferenz für eine einzige Rechnung („one-stop-shopping“), so werden sie Zugang und Nutzung eher beim selben Betreiber kaufen; ein entsprechendes Angebot ist wohlfahrtserhöhend. Positive Effekte können auch durch das Einsparen von Transaktionskosten (wiederum zB durch eine einzige Rechnung) entstehen. Dies impliziert jedoch nicht, dass die Produkte ausschließlich im Bündel angeboten werden müssen. Vielmehr sind Konsumenten insgesamt bei gemischter Bündelung (es gibt die Bündelteile auch einzeln) im Gegensatz zu reiner Bündelung (es gibt keine einzelnen Bündelteile) besser gestellt, da auch den Präferenzen jener Kunden entsprochen wird, die sich nur für einen Bündelteil interessieren.

- Wie viele Konsumenten haben eine Präferenz für das Bündel und wie stark ist diese Präferenz?

- Befriedigt das Bündel als solches ein neues Bedürfnis, dh, hat es innovativen Charakter?

Zusammenfassend können daher gewisse Merkmale eines Bündels abgeleitet werden, anhand derer die möglichen gesamtwirtschaftlichen Effekte des Bündels abgeschätzt werden können (vgl folgende Tabelle 1).

Nr.	Merkmal	(Mögliche) Effekte	+/-
1	Kostenersparnisse durch Bündelung	Größere Effizienz	+
2	Konsumenten bevorzugen das Bündel	Größerer Nutzen	+
3	Nachfrage nach den Produkten ist positiv korreliert und	Marktmachtübertragung	-
4	Das Bündel ist für Konkurrenten nicht replizierbar		
5	Der implizite Preis eines Produktes im Bündel ist unter den Kosten	predatory pricing, margin squeeze	-

Tabelle 1: Merkmale von Bündeln und mögliche gesamtwirtschaftliche Effekte

Die Frage der Replizierbarkeit stellt sich insbesondere dann, wenn die Wettbewerber bei der Produktion des Bündels von Vorleistungen des marktmächtigen Unternehmens abhängig sind. Existieren Skalenvorteile auf der Vorleistungsebene, so ist das Bündel nur dann wirtschaftlich replizierbar, wenn diese auch an die Konkurrenten weitergegeben werden. Ist ein Bündel technisch und wirtschaftlich replizierbar, so ist auch die Gefahr der Marktmachtübertragung gering. Ebenso gilt, dass das Bündel nur dann einen Verdrängungseffekt haben kann, wenn es auch von hinreichend vielen Konsumenten nachgefragt wird. Ein Bündel, dessen Erfolg am Markt als gering eingestuft wird, ist daher auch meist als wettbewerblich unbedenklich zu beurteilen.

Die folgende Abbildung 1 stellt zusammenfassend die obig beschriebenen Prüfkriterien (1. Replizierbarkeit, 2. Margin Squeeze und 3. die Gefahr der Marktmachtübertragung) in einer grafischen Darstellung des damit verbundenen Prüfungsprozederes dar.

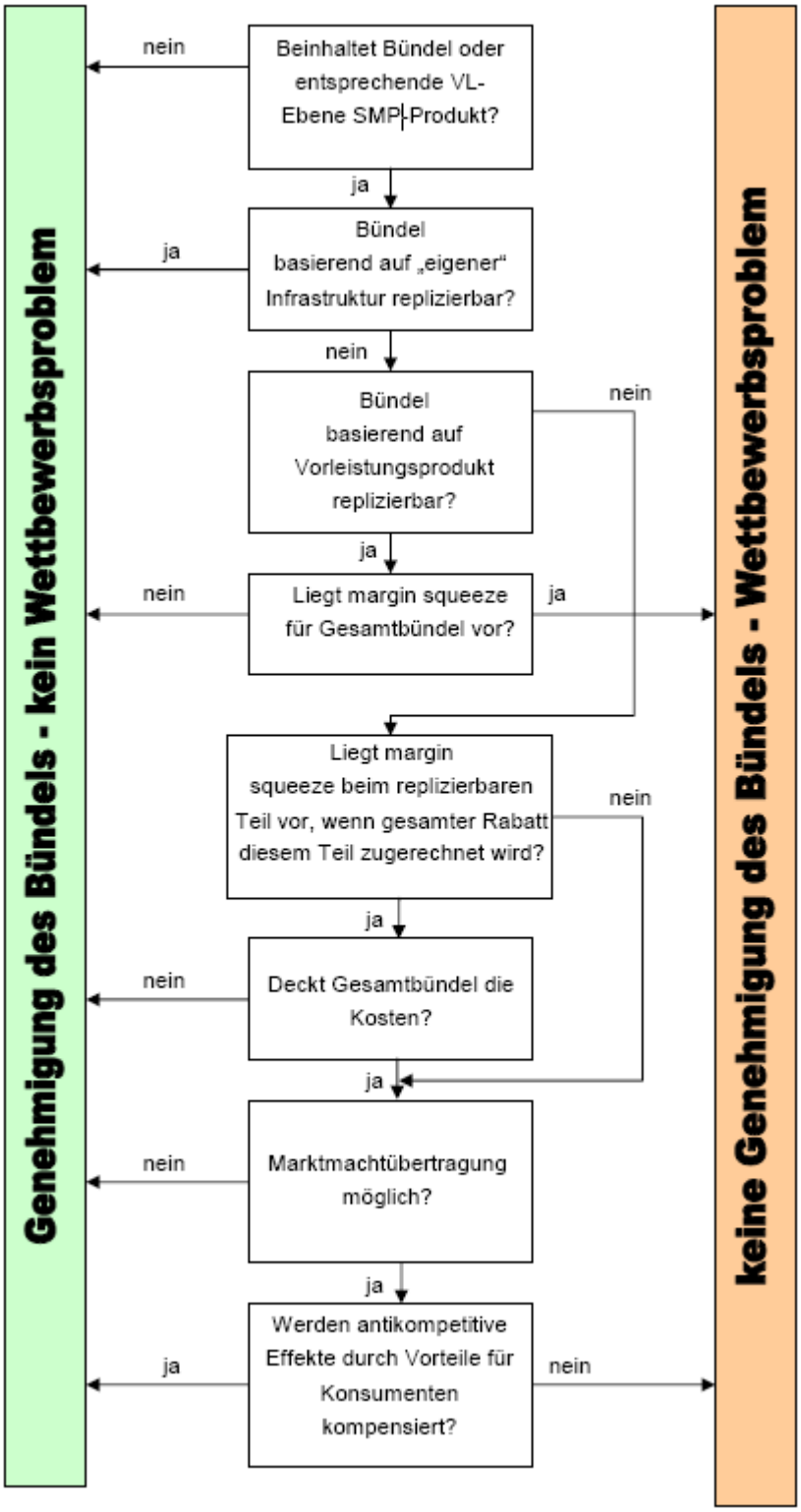

Abbildung 1: (ex-ante) Prüfprozedere bei clusterübergreifenden Produktbündeln

Bei der Prüfung eines clusterübergreifenden Bündels sind demnach die folgenden Überlegungen anzustellen:

Eine notwendige erste Bedingung, die das Bündel bzw. der Preis des Bündels erfüllen muss, ist, dass kein margin squeeze oder predatory pricing vorliegt. Liegt beides nicht vor, so ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob das Bündel für (effiziente) Mitbewerber – technisch wie

wirtschaftlich – replizierbar ist. Ist dies der Fall, so gibt es üblicherweise auch keine Wettbewerbsprobleme.

Ist das Bündel nicht replizierbar, so ist drittens zu prüfen, ob eine Übertragung der Marktmacht auf andere Märkte möglich ist. Ist dies der Fall, so sind die möglichen Effizienzgewinne durch das Angebot des Bündels gegen die möglichen antikompetitiven Effekte abzuwägen. Besteht keine hinreichend plausible Gefahr der Marktmachtübertragung oder überwiegen die Effizienzgewinne, so sollte das Bündel aus wirtschaftlicher Sicht genehmigt werden.

Bei der Beurteilung des Bündels sind also gegebenenfalls die möglichen Vorteile (größere Effizienz und größerer Nutzen) gegen die möglichen antikompetitiven Effekte abzuwägen. Dabei ist ein hinreichend langer Zeitraum (jedenfalls mehr als ein Jahr) zu betrachten, da manche positiven Effekte nur kurzfristig wirken, langfristig jedoch (durch die Verdrängung und den reduzierten Wettbewerb) die negativen Effekte überwiegen können.

6.2.2.3.4. Mögliche Abhilfen

Entsprechend den obigen Ausführungen existieren im Wesentlichen zwei Fälle, in denen ein Bündelprodukt als wettbewerblich bedenklich eingestuft wird:

1. Durch die Preissetzung entsteht ein Margin Squeeze oder Kampfpreis.

2. Das Bündel ist (technisch) nicht replizierbar und es besteht die Gefahr der Marktmachtübertragung, deren negative Effekte nicht durch potentiell positive Effekte (Effizienz, Nutzen) kompensiert werden können.

Zu 1.: Margin Squeeze: Da es sich hier um ein Problem handelt, das allein die Preissetzung betrifft, kann es auch allein durch eine Anpassung des Preises (bzw. der Preise) gelöst werden.

Als potentielle Abhilfemaßnahme steht zur Verfügung, dass das Unternehmen entweder den Vorleistungs- oder den Endkundenpreis so anpassen muss, dass kein Margin Squeeze entsteht.

Zu 2.: Gefahr der Marktmachtübertragung: Dieses Problem berührt nicht nur die Preispolitik des Unternehmens, sondern auch seine Bündelungspolitik an sich und die Frage der Replizierbarkeit des Bündels.

Als potentielle Abhilfemaßnahme steht zur Verfügung, dass das Unternehmen durch das Angebot von geeigneten Vorleistungen das Bündel für Mitbewerber (technisch und wirtschaftlich) replizierbar zu machen hat. Bei durch das Unternehmen nachgewiesenen Effizienzsteigerungen ist ein „Bündelrabatt“ (im Verhältnis zum ungebündelten Anbieten des SMP-Produktes) zulässig.

Die Telekom-Control-Kommission hält eine Bemessung der vertraglichen Bindungsfristen für marktgegenständliche Gesprächsleistungen auf maximal zwei Jahre für wettbewerblich noch verträglich und verweist auf die diesbezüglich bestehende Praxis (Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu G 153/09 vom 22.02.2010).

Mit diesen – der bestehenden Praxis entsprechenden – Prüfschritten wird eine sachlich angemessene und damit den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit entsprechende Prüfmethodik vorgesehen. Es existieren keine Anhaltspunkte, von der geschilderten und bestehenden Praxis bei der Prüfung von Bündelprodukten abzugehen.

6.2.2.4. Kurzfristige Aktionsangebote

Zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist es hinsichtlich der Entgeltkontrolle von kurzfristigen Aktionsangeboten erforderlich, einen Ausgleich zwischen regulatorisch erforderlichen zusätzlichen temporären Freiheitsgraden und marketingtechnischer Flexibilität auf Seiten des regulierten Unternehmens und den dadurch entstehenden wettbewerblichen Gefahrenpotenzialen auf Seiten der alternativen Anbieter zu finden.

Daher sind hinsichtlich der regulatorischen Zulässigkeit von Aktionsangeboten mit diesem Markt zurechenbaren Produkten geeignete Kriterien vorab zu definieren. Diese Kriterien sind:

- Die Dauer des Aktionsangebotes – das ist der Zeitraum, innerhalb dessen seitens des Endkunden die vertragliche Einigung über die Inanspruchnahme der vergünstigten Aktionsbedingungen erfolgen muss – darf drei Monate nicht übersteigen.

- Die Inanspruchnahme des Aktionsangebotes darf seitens A1 Telekom nicht mit einer „überlangen“ Vertragsbindung des Endkunden junktimiert werden. Die Fristen dürfen jeweils zwei Jahre nicht überschreiten.

- Der Abstand zum vorangegangenen kurzfristigen Aktionsangebot muss mindest die Hälfte der Angebotsdauer des vorangegangenen Aktionsangebots betragen, mindestens jedoch ein Monat.

Durch die in § 25 Abs 2 TKG 2003 festgelegte Anzeigepflicht von allen Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist gewährleistet, dass die Regulierungsbehörde von allen von A1 Telekom auf den Markt gebrachten Aktionsangeboten rechtzeitig Kenntnis erlangt.

Durch die Festlegung der angeführten Kriterien ist in Verbindung mit der Miteinbeziehung von solchen kurzfristigen Aktionsangeboten in die nach Spruchpunkt B.2 angeordnete Entgeltkontrolle eine angemessene Abwägung zwischen dem wettbewerblichen Gefährdungspotenzial, das aus der fehlenden Überprüfbarkeit der Entgeltkontrolle zur Hintanhaltung der Herbeiführung eines Margin Squeeze resultieren würde einerseits und der Notwendigkeit für A1 Telekom, über preisliche und marketingtechnische Flexibilität verfügen zu können andererseits, gefunden.

Es würde der Intention der zeitlichen Befristung widersprechen, wenn ein Aktionsangebot zwar lediglich in einem Zeitraum von drei Monaten angeboten wird, jedoch eine unangemessen lange wettbewerbliche Auswirkung entfaltet. Aus diesem Grund war die maximal zulässige vertragliche Bindungsfrist des Endkunden bei kurzfristigen Aktionsangeboten in Höhe von zwei Jahren anzuordnen.

In Bezug auf die angeordnete Entgeltkontrolle zur Sicherstellung der zeitgleichen Nachbildbarkeit solcher Aktionsangebote durch alternative Anbieter, ohne einem Margin Squeeze ausgesetzt zu sein, war in Anlehnung an die bestehende Spruchpraxis an der Auferlegung dieser Verpflichtung gemäß § 43 Abs 2 Z 3 TKG 2003 als angemessen und notwendig festzuhalten. Ansonsten bestünde das Risiko, dass es durch entsprechendes unmittelbares Aufeinanderfolgenlassen von solchen zeitlich befristeten Aktionen („Kettenangebote“) bzw. durch das Anbieten von Aktionen, die nicht den drei oben angeführten Kriterien entsprechen, es zu einer de facto Umgehung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle kommen kann. Die Konkretisierung des zeitlichen Mindestabstandes mit mindestens der Hälfte der Angebotsdauer des vorangegangenen Aktionsangebots mindestens jedoch einem Monat zwischen zwei kurzfristigen Aktionen, die Produkte des gegenständlichen Marktes enthalten, erfolgte aus Gründen der Rechtssicherheit für alle

Verfahrensparteien und stellt eine angemessenen Interessensausgleich zwischen den beteiligten Verfahrensparteien dar.

Die UPC-Gruppe und Tele2 kritisierten, dass die von A1 Telekom im Rahmen ihrer Kombipakete angebotenen Aktionstarife eine derart lange Geltungsdauer hätten, dass nicht mehr von Aktionstarifen gesprochen werden könne und forderte eine Begrenzung der Geltungsdauer der Kombipakettarife. Tele2 kritisierte ferner, dass es durch das Aneinanderreihen solcher kurzfristiger Aktionsangebote möglich wäre, die Entgeltregulierung zu umgehen. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen in Punkt D.6.2.2.2 zur Kontrolle der Preisuntergrenze verwiesen.

6.2.3. Getrennte Buchführung (Spruchpunkt B.3)

Gemäß § 43 Abs 4 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht 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). Diese spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben.

Nach den Feststellungen ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Da die auferlegte Entgeltkontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und diese in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellen, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen getrennt von den übrigen von A1 Telekom angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 notwendig. Damit ist sichergestellt, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw umgekehrt) verschoben werden. Werden einem gemeldeten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem oder mehreren Märkten Verpflichtungen zur getrennten Buchführung auferlegt, so können diese Verpflichtungen nach Erwägungsgrund 5 der Empfehlung der Kommission 2005/698/EG über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation vom 19.09.2005, ABl L 266/64 v. 11.10.2005 auch für Märkte gelten, auf denen der Betreiber keine marktbeherrschende Stellung einnimmt, damit zB die Kohärenz der Daten gewährleistet bleibt. In Konkretisierung des Umfangs der Verpflichtung ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine getrennte Buchführung aus diesen Gründen zumindest auf Ebene der Märkte der TKMVO 2003 erfolgen sollte.

Dabei dient die Erwähnung der - außer Kraft getretenen - TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 ausschließlich Referenzzwecken, um die Aufzählung der entsprechenden Märkte zu vermeiden.

Da A1 Telekom auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt und auf diesen Märkten zu kostenorientierten Entgelten verpflichtet wurde, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung jedenfalls ein verhältnismäßiges Regulierungsinstrument, da (i) sie für die Entgeltkontrolle im obigen Sinn erforderlich ist, (ii) die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering sind und (iii) erhebliche Synergien bestehen.

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung auch hinsichtlich dieses Marktes ist daher angemessen und verhältnismäßig.

6.3. Zur Aufhebung der bestehenden Verpflichtungen (Spruchpunkt B.4)

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

Der Telekom Austria AG (nunmehrige A1 Telekom Austria AG) und der Mobilkom Austria AG wurden mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission zu M 4/06-64 und M 6/06-64 vom 02.04.2007 spezifische Verpflichtungen auferlegt.

Mit Spruchpunkt B des vorliegenden Bescheids werden der A1 Telekom spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission zu M 4/06-64 und M 6/06-64 vom 02.04.2007 den beiden erwähnten Unternehmen auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Inkonsistenzen mit dem Inhalt dieses Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem gegenständlichen Endkundenmarkt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft dieses Bescheids aufzuheben sind.

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

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

Der vorliegende Entwurf einer Vollziehungshandlung ist daher den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination iSd §§ 128 f TKG 2003 zu unterwerfen.

III. Hinweis

Der gegenständliche Akt ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 06.09.2010

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé