

## **Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003**

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 18.02.2008 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 1/07 einstimmig folgenden Bescheidentwurf beschlossen:

### **I. Spruch**

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

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

2.1. Telekom Austria TA AG hat in den Versorgungsgebieten ihrer Hauptvermittlungsstellen, die nicht nachfolgend aufgezählt werden, dh in „Gebiet 2“, und in denen Telekom Austria TA AG sich selbst oder anderen Vorleistungskunden breitbandigen Zugang anbietet, gemäß § 41 Abs. 2 TKG 2003 auf Vorleistungsebene breitbandigen Bitstream-Zugang samt dafür notwendigen Annex-Leistungen ungebündelt und entsprechend der Nachfrage entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet Protokoll“-basiert zu gewährleisten.

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

22220	Wien-Kaisermühlen	22278	Wien-Arsenal
22222	Wien-Stadlau	22282	Wien-Hietzing
22223	Wien-Kagran	22283	Wien-Meidling
22224	Wien-Afrikanergasse	22284	Wien-Hetzendorf
22225	Wien-Leopoldau	22286	Wien-Liesing
22227	Wien-Brünner-Straße	22288	Wien-Mauer
22228	Wien-Prater	22289	Wien-Sechshaus
22229	Wien-Breitenlee	22292	Wien-Fünfhaus
22231	Wien-Berggasse	22293	Wien-Zollergasse

22232	Wien-Grinzing	22294	Wien-Baumgarten
22233	Wien-Treustraße	22297	Wien-Hadersdorf
22236	Wien-Döbling	31627	Graz-Triestersiedlung
22237	Wien-Heiligenstadt	31628	Graz-Straßgang
22239	Wien-Jedlersdorf	31629	Graz-Puntigam
22240	Wien-Ottakring	31631	Graz-Geidorf
22242	Wien-Hebragasse	31640	Graz-Raaba
22247	Wien-Gersthof	31641	Graz-St. Peter
22249	Wien-Klausgasse	31651	Graz-Eggenberg
22252	Wien-Krugerstraß	31661	Graz-Gösting
22255	Wien-Margareten	31669	Graz-Stattegg
22256	Wien-Dreihufeisengasse	31671	Graz-Mitte
22259	Wien-Gumpendorf	31691	Graz-Gries
22261	Wien-Wienerberg	46302	Klagenfurt-West
22262	Wien-Favoriten	46303	Klagenfurt-SO
22263	Wien-Neutorgasse	46304	Klagenfurt-Nord
22265	Wien-Taubstummengasse	46305	Klagenfurt-Mitte
22267	Wien-Inzersdorf	51202	Innsbruck-Mitte
22268	Wien-Oberlaa	51204	Innsbruck-Pradl
22269	Wien-Vösendorf	51206	Innsbruck-Rum
22272	Wien-Rasumofskygasse	51208	Innsbruck-Hötting
22274	Wien-Simmering	66202	Salzburg-Al (Alpenstraße)
22276	Wien-Kaiser-Ebersdorf	66203	Salzburg-Le (Lehen)
22277	Wien-Schwechat	66204	Salzburg-Re (Residenzplatz)
66205	Salzburg-Itz (Itzling)	522302	Hall in Tirol
66207	Salzburg-Pa (Paris Lodronstr.)	522402	Wattens
66264	Salzburg-Fu (Fuggerstraße)	524202	Schwaz
66285	Salzburg-Wa (Wals)	533202	Wörgl
73204	Linz-Ha (Haydnstraße)	535602	Kitzbühel
73205	Linz-Gn (Grünstraße)	537202	Kufstein
73207	Linz-Fa (Fadingerstraße)	541202	Imst
73208	Linz-We (Wegscheid)	552202	Feldkirch
73223	Linz-Le (Leonfeld)	552302	Götzis
73224	Linz-Ste (Steg)	555202	Bludenz
73239	Linz-Kl (Kleinmünchen)	557206	Dornbirn
223102	Purkersdorf	557402	Bregenz-Mitte
223602	Mödling	557403	Bregenz-Schendl.
223603	Brunn am Gebirge	557602	Hohenems
223653	Guntramsdorf	557702	Lustenau
225280	Baden-Ost	557802	Höchst
226202	Korneuburg	624402	Golling
226602	Stockerau	624502	Hallein
262202	Wiener Neustadt	624602	Grödig
268202	Eisenstadt	646202	Bischofshofen
273202	Krems a.d. Donau	658202	Saalfelden
274222	St. Pölten-Nord	722302	Enns

313502	Kalsdorf bei Graz	722902	Traun
335202	Oberwart	722907	Haid bei Ansfeld
357202	Judenburg	723702	St. Georgen a.d. Gusen
361202	Liezen	724202	Wels
384221	Leoben-West	725202	Steyr-Gr
386202	Kapfenberg	725206	Steyr-Ta
386205	Bruck a.d. Mur	758202	Kirchdorf a. d. Krems
421202	St. Veit a.d. Glan	761202	Gmunden
424203	Villach-Süd	767202	Vöcklabruck
424204	Villach-Ost	772202	Braunau am Inn
424205	Villach-West		

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

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

2.1.2. die regionale Übergabe des Verkehrs betreffend die in Spruchpunkt 2.1. genannten Bitstream-Produkte zunächst auf Ebene der neun im „ISPA-Angebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ idF vom 31.10.2007 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.3. die nationale Übergabe des Verkehrs betreffend die in Spruchpunkt 2.1. genannten Bitstream-Produkte zunächst auf Ebene der neun im „ISPA-Angebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ idF vom 31.10.2007 bestehenden Übergabepunkte in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.4. betreffend die in Spruchpunkt 2.1. genannten Bitstream-Produkte den Zugang auf Vorleistungsebene nichtdiskriminierend nicht nur zu ermöglichen, wenn der Endkunde über einen POTS- oder ISDN-Basisanschluss verfügt, sondern auch ohne Verpflichtung des entsprechenden Endkunden zum Bezug eines Festnetz-Sprachtelefonie-Produktes von Telekom Austria TA AG („naked-DSL“). Diese „naked-DSL“-Produkte haben in unterschiedlichen Verkehrsklassen so angeboten zu werden, dass sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Endkundenbeziehungen vom Nachfrager nach breitbandigem Bitstream-Zugang wahrgenommen werden können. In technischer Hinsicht muss alternativen Nachfragern nach einem „naked-DSL“-Produkt das Anbieten von Festnetz-Sprachtelefonieprodukten in der gleichen Qualität und Zuverlässigkeit, wie sie Telekom Austria TA AG ihren eigenen Endkunden bereitstellt, möglich sein.

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

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

2.2.1. Vorleistungsprodukte iSd Spruchpunktes 2.2. sind jeweils auf Basis des tatsächlich von den Endkunden entrichteten Entgelts anzubieten. Der Retail-Abschlag errechnet sich aus den vermeidbaren Kosten von Telekom Austria TA AG. Weiters sind bei der Berechnung

des Zugangspreises solche Kosten zu berücksichtigen, die Telekom Austria TA AG aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen.

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

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

2.2.4. Telekom Austria TA AG hat die Migration zwischen verschiedenen marktgegenständlichen Vorleistungsprodukten maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung anzubieten.

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

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

2.4. Telekom Austria TA AG hat betreffend die in Spruchpunkt 2.1. genannten Bitstream-Produkte gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „breitbandigen Bitstream-Zugang“ gemäß Spruchpunkt 2.1., 2.1.2, 2.1.3. und 2.1.4. binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides auf ihrer Webseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Das Standardangebot hat sich am „ISPA-Angebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ der Telekom Austria TA AG idF vom 31.10.2007 zu orientieren und zumindest alle Produkte zu umfassen, die in diesem „ISPA-Angebot der Telekom Austria TA AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ von Telekom Austria TA AG angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne des § 1 Z 17 TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 zuzurechnen sind. Es hat alle gängigen Bandbreiten und entsprechend inkludierte Download-Volumina abzudecken sowie alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen zu enthalten.

Ferner müssen im Standardangebot folgende Regelungen enthalten sein:

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

- Migration zu „naked-DSL“.

Ferner müssen bezüglich dieser Aufzählung Bestimmungen hinsichtlich

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

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

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

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

3. Die mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05-59 vom 28.2.2006 der Telekom Austria AG (nunmehrige Telekom Austria TA AG) auferlegten Verpflichtungen auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene werden mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.4. gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben.

Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.4. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05-59 vom 28.2.2006 wird mit Ablauf von zwei Monaten nach Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 aufgehoben.

Für zum Zeitpunkt der Rechtskraft dieses Bescheides bestehende Vereinbarungen über das marktgegenständliche Produkt zwischen Telekom Austria TA AG und Vorleistungsnehmern wird die Aufhebung der erwähnten Verpflichtungen gem. § 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 erst sechs Monate nach Rechtskraft dieses Bescheides wirksam.

## **II. Begründung**

### **A. Verfahrensablauf**

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

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

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

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

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

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

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

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

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

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

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

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

Andere Zugangstechnologien wie z.B. UMTS/HSDPA, PLC (Powerline Communications), Glasfaserleitungen bis zum Endkunden (FTTH) sowie Breitbandanbindungen über Satellit bzw. Zugangsformen wie Mietleitungen oder die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sind nicht Bestandteil dieses Marktes, da von ihnen keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die im Markt inkludierten Produkte ausgeht. Außerdem sind Zugänge, die über öffentliche Hotspots (z.B WLAN-Hotspots an öffentlich zugänglichen Orten) realisiert werden, nicht im Markt enthalten.

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

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

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

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

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

Der geografische Markt umfasst das gesamte österreichische Bundesgebiet.

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

## **2. Überblick über den relevanten Markt**

### **2.1. Historische Entwicklung und bisherige Regulierungspraxis**

#### **2.1.1. Vorleistungsebene**

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

##### **2.1.1.1. Das ISPA-Wholesaleoffer der Telekom Austria in der Fassung vom 31.10.2007:**

Telekom Austria bietet im Rahmen ihres „Angebots der Telekom Austria betreffend Internetzugangslösungen für Internet Service Provider (ISP)“ vom 31.10.2007 zahlreiche Produkte mit unterschiedlichen technischen Parametern an. So können neben verschiedenen Datenübertragungsraten auch unterschiedliche Overbookingfaktoren sowie zwischen symmetrischen und asymmetrischen Breitbandzugängen gewählt werden. Die Services umfassen den ADSL-Zugang von einem Endkunden der Telekom Austria mit einem Fernsprechanschluss oder mit einem ISDN-Basisanschluss in den ADSL- bzw. SDSL-Ausbaugebieten der Telekom Austria zu einem Übergangspunkt als komplettes (Breitband-) Internet Zubringer Service. Dieses Service beinhaltet alle technischen Komponenten eines Internet Zubringer Services in einem Virtual Path (VP), der pro DSLAM von allen ISP für den Zugangsservice benutzt wird. Die Verkehrsübergabe erfolgt an mehreren definierten L2TP Tunnel Endpunkten (nach RFC 2661), die mit den Übergabepunkten verbunden sind.

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

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

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

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

Neben dem Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) der Telekom Austria gibt es auch DSL-Bitstream-Produkte von alternativen Anbietern, die über entbundelte Leitungen realisiert werden. Als Beispiele seien UPC und Tele2 genannt, über deren Infrastruktur andere ISPs Zugang zu Endkunden erlangen.

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

### **2.1.2. Endkundenebene**

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

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

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

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

Breitbandzugänge über CATV sind vor allem in Ballungszentren und in dicht besiedelten Wohngebieten, zum Teil aber auch in ländlichen Gebieten verfügbar. In Österreich sind



derzeit mehr als 250 Kabelnetzbetreiber unterschiedlichster Größe tätig, von denen über 100 Breitbandzugänge (Retail bzw. Wholesale) anbieten. Jeder Kabelnetzbetreiber ist dabei in seinem Versorgungsgebiet weitestgehend exklusiv tätig, eine Überschneidung von Versorgungsgebieten zwischen Kabelnetzbetreibern ist de facto nicht zu beobachten. Der Anteil der über CATV-Netze mit Breitbandzugang versorgbaren Haushalte wird auf Basis der von den Betreibern angegebenen Daten auf etwa 50 % geschätzt.

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

Zum Jahresende 2006 waren auf Grund der von Entbündelungspartnern errichteten Kollokationen an Hauptverteilerstandorten mehr als 60 % der österreichischen Haushalte über diese Zugangsinfrastruktur mit DSL versorgbar.

Die Abdeckung mit HSDPA (welches Bandbreiten vergleichbar mit Festnetz-Breitbandinternet verspricht) durch die Mobilfunkbetreiber zeigt für die Jahresmitte 2007 folgende Werte: Die zum Telekom Austria Konzern gehörende Mobilkom hat (nach eigenen Angaben) mit ca. 85% die größte HSDPA-Abdeckung bezogen auf die Bevölkerung. Die anderen Betreiber erreichen eine Bevölkerungsabdeckung zwischen ca. 60% (Hutchison), ca. 55 % (ONE) und ca. 45% (T-Mobile). Da sich der HSDPA-Ausbau ebenso wie der Ausbau von Kabelnetzen bzw. die Entbündelung auf Ballungsräume und dicht besiedelte Gebiete konzentriert, ist davon auszugehen, dass sich die HSDPA-Netze von T-Mobile, One und „3“ weitgehend mit den CATV- bzw. ULL-versorgten Gebieten decken.

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

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

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

#### **3.1. Feststellungen zur alleinigen Marktbeherrschung**

##### **3.1.1. Marktanteile**

Telekom Austria verfügt über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 47 % (davon ca. 9 % aus Fremdleistungen resultierend) aller Zugangsrealisierungen, während UPC über einen Marktanteil von ca. 30 % (davon ca. 1 % aus Fremdleistungen resultierende verfügt (ON 5 Abb. 4). Kein anderer der am gegenständlichen Markt tätigen weiteren Wettbewerber erzielte einen Marktanteil von über 5 %.

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

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

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

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

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

Eine Untergliederung der Fläche in Hauptverteiler (HVt)-Einzugsbereiche der Telekom Austria und Betrachtung nach der Anzahl der „großen“ Betreiber, die in einem HVt-Einzugsbereich tätig sind, bestätigt dieses Bild: In jenen HVt-Einzugsbereichen, in denen 3 bzw. 4 große Betreiber (und zusätzlich ev. auch kleine Betreiber) tätig sind, hat Telekom Austria einen wesentlich geringeren Marktanteil als in jenen, wo Telekom Austria der einzige Betreiber ist bzw. mit nur einem größeren Betreiber konkurriert. Als „große“ Betreiber gelten entsprechend den Ergebnissen der durchgeführten Betreiberabfrage Telekom Austria, UPC, Tele2, LIWEST, Salzburg AG, Kabelsignal, Telesystem Tirol, B.net und Cablecom. Alle anderen Betreiber werden im Weiteren auch als „kleine“ Betreiber bezeichnet.

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

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

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

Mobile Breitbandanschlüsse, die gemäß der zugrunde liegenden Marktabgrenzung nicht im gegenständlichen Markt enthalten sind, werden, wie die Ende 2006 zu Zwecken der Marktabgrenzung durchgeführte nachfrageseitige Erhebung der RTR-GmbH gezeigt hat, zumindest zu diesem Zeitpunkt zu einem wesentlichen Teil komplementär zum festen Breitbandanschluss verwendet. Das Bestehen einer nachhaltigen, dh für die Marktabgrenzung relevanten Substitutionsbeziehung zwischen mobilen und festen Breitbandanschlüssen konnte daher trotz der vor allem in Ballungsräumen deutlich angestiegenen Zahl an mobilen Breitbandanschlüssen nicht festgestellt werden. Die mögliche Entwicklung bei mobilen Breitbandanschlüssen kann ferner angesichts einer möglichen Trendumkehr beim Anstieg der mobilen Breitbandanschlüsse auf Grund nicht eingehaltener aber versprochener Downloadraten seitens mobiler Anbieter zum gegenwärtigen Zeitpunkt kaum prognostiziert werden.

### 3.1.2. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

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

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

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

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

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

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

Der Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang ist vor allem aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten insgesamt gesehen von hohen Zutrittsbarrieren gekennzeichnet. In Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten, wo Skalenvorteile leichter zu realisieren sind, ist Marktzutritt durch Kabelnetzbetreiber bzw. Entbündler häufig bereits erfolgt. In dünn besiedelten Gebieten, wo Telekom Austria meist der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur ist, sind die Marktzutrittsbarrieren wesentlich höher. Zwar wurden in solchen Gebieten teilweise Funknetze (W-LAN bzw. WLL/WiMax) errichtet, deren Bedeutung (gemessen am Marktanteil) blieb bisher jedoch gering.

### **3.1.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur**

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

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

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

### **3.1.4. Nachfrageseitige Gegenmacht**

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

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

- Die meisten alternativen Betreiber (insbesondere Kabelnetzbetreiber) bieten dem Bitstream-Zugang äquivalente Leistungen nur ausgewählten ISPs an.
- Bei einem Wechsel können Umrüstkosten anfallen.
- Telekom Austria ist das einzige Unternehmen mit flächendeckender Infrastruktur. Bei einem Wechsel kann – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation mit mehreren Betreibern erforderlich sein, was die Transaktionskosten erhöhen kann.

- Da andere Betreiber nicht die gleiche Reichweite wie Telekom Austria aufweisen, kann dies zum Verlust von Kunden oder zur Verkleinerung des potentiellen Marktes in einer bestimmten Region führen.
- Schließlich können bei einem Wechsel zu Kabelnetzbetreibern auf der Vorleistungsebene Kosten dadurch entstehen, dass das Equipment beim Endkunden getauscht werden muss, so zum Beispiel bei einem Wechsel von Telekom Austria zu einem Kabelnetzbetreiber. Dies verursacht nicht nur Umstellungskosten, sondern setzt auch die Bereitschaft des Endkunden voraus, DSL-Internetzugang durch CATV-Zugang zu ersetzen.

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

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

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

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

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

### **3.1.5. Produktdifferenzierung**

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

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

Bündelprodukten erzielten Erlösanteilen in Relation zum Gesamtumsatz lassen sich für keinen einzigen Betreiber aussagekräftige Schlussfolgerungen ziehen.

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

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

### **3.1.6. Vertikale Integration**

In der Praxis bestehen auf Grund der konkreten Verwendungsweise des Bitstream-Angebotes durch ISPs Verdrängungsanreize für Telekom Austria:

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

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

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

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

Der Anreiz zur Zugangsverweigerung bzw. Diskriminierung ist in jenen Gebieten geringer, in denen Telekom Austria mit mehreren Betreibern in Wettbewerb steht. Bei einer Zugangsverweigerung wäre es sehr unwahrscheinlich, dass alle ISP-Kunden zu Telekom Austria wechseln würden (was eher dort der Fall wäre, wo Telekom Austria als einziger Betreiber tätig ist). Für Telekom Austria kann es in diesem Fall daher besser sein, ISPs auf Vorleistungsebene Bitstream-Zugang anzubieten, als einen Kunden überhaupt zu verlieren.

### **3.1.7. Preissetzungsverhalten**

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

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

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

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

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

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

Insgesamt lässt sich aber festhalten (ON 5), dass die Endkundenpreise stark gefallen sind, was grundsätzlich für einen kompetitiven Endkundenmarkt spricht. Eine plausible Erklärung dafür, dass TA teurer geworden ist, besteht darin, dass Telekom Austria in den letzten beiden Jahren ihre Netzabdeckung wesentlich erweitert hat, was den oben beschriebenen Trade-off etwas verstärkt. Darüber hinaus sind jene Gebiete, die durch Telekom Austria in

den letzten zwei Jahren erschlossen wurden, auch jene mit höheren Kosten pro Teilnehmer, was ebenfalls zu einer Erhöhung der durchschnittlichen Kosten und somit der Preise im Vergleich zu den Wettbewerbern führt.

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

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

### **3.1.8. Sonstige Indikatoren**

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

### **3.2. Feststellungen zur gemeinsamen Marktbeherrschung aus ökonomischer Sicht**

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

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

Das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Telekom Austria und UPC Telekabel kann daher ausgeschlossen werden.



## **4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht**

### **4.1. Zur geographischen Unterteilung**

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

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

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

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

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

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

Bei Telekom Austria und den Entbündlern (Tele2 und UPC) ist davon auszugehen, dass sie einen bestimmten HVt-Einzugsbereich immer zu 100% versorgen, bei anderen Kabelnetzbetreibern und Funknetzbetreibern ist das nicht zwingend der Fall.

Eine Einbeziehung von Kabel- (aber auch Funknetzbetreibern) in den Versorgungsgrad eines HVt-Einzugsbereichs ist nur dann sinnvoll, wenn diese innerhalb der Fläche eines HVt-Einzugsbereichs einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die dort tätigen Anbieter von DSL-Anschlüssen ausüben können. Dazu ist es zwar nicht erforderlich, dass sie den gesamten HVt-Einzugsbereich abdecken, unterhalb eines bestimmten Versorgungsgrades ist aber nicht von einem signifikanten Wettbewerbsdruck auszugehen. Im Weiteren wird von einer Abdeckung durch ein Kabelnetz von zumindest 65% ausgegangen, ab der ein Kabelnetzbetreiber mit berücksichtigt wird.

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

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

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

Aus den beiden herangezogenen Kriterien ergeben sich 162 HVt-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria großem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. In 31 HVt-Einzugsbereichen davon beträgt der Marktanteil von Telekom Austria zumindest 50 %. Im Hinblick auf die Spruchpraxis des allgemeinen Wettbewerbsrechts war dieses Kriterium ebenfalls von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigen (dazu siehe Punkt D 7.2.).

Es ergibt sich daher folgende Regel für die Unterteilung der Fläche:

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

Aus diesen Kriterien ergeben sich folgende HVt-Einzugsbereiche in „Gebiet 1“, in denen der Wettbewerbsdruck auf Telekom Austria groß genug ist, um aus ökonomischer Sicht von der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten (mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) abzusehen und Telekom Austria ferner über einen Marktanteil von weniger als 50 % verfügt:

22220	Wien-Kaisermühlen	22278	Wien-Arsenal
22222	Wien-Stadlau	22282	Wien-Hietzing
22223	Wien-Kagran	22283	Wien-Meidling
22224	Wien-Afrikanergasse	22284	Wien-Hetzendorf
22225	Wien-Leopoldau	22286	Wien-Liesing
22227	Wien-Brünner-Str	22288	Wien-Mauer
22228	Wien-Prater	22289	Wien-Sechshaus
22229	Wien-Breitenlee	22292	Wien-Fünfhaus
22231	Wien-Berggasse	22293	Wien-Zollergasse
22232	Wien-Grinzing	22294	Wien-Baumgarten
22233	Wien-Treustraße	22297	Wien-Hadersdorf
22236	Wien-Döbling	31627	Graz-Triestersiedlung
22237	Wien-Heiligenstadt	31628	Graz-Straßgang
22239	Wien-Jedlersdorf	31629	Graz-Puntigam
22240	Wien-Ottakring	31631	Graz-Geidorf
22242	Wien-Hebragasse	31640	Graz-Raaba
22247	Wien-Gersthof	31641	Graz-St. Peter
22249	Wien-Klausgasse	31651	Graz-Eggenberg
22252	Wien-Krugerstraße	31661	Graz-Gösting
22255	Wien-Margareten	31669	Graz-Stattegg

22256	Wien-Dreihufeisengasse	31671	Graz-Mitte
22259	Wien-Gumpendorf	31691	Graz-Gries
22261	Wien-Wienerberg	46302	Klagenfurt-West
22262	Wien-Favoriten	46303	Klagenfurt-SO
22263	Wien-Neutorgasse	46304	Klagenfurt-Nord
22265	Wien-Taubstummengasse	46305	Klagenfurt-Mitte
22267	Wien-Inzersdorf	51202	Innsbruck-Mitte
22268	Wien-Oberlaa	51204	Innsbruck-Pradl
22269	Wien-Vösendorf	51206	Innsbruck-Rum
22272	Wien-Rasumofskygasse	51208	Innsbruck-Hötting
22274	Wien-Simmering	66202	Salzburg-Al (Alpenstraße)
22276	Wien-Kaiser-Ebersdorf	66203	Salzburg-Le (Lehen)
22277	Wien-Schwechat	66204	Salzburg-Re (Residenzplatz)
66205	Salzburg-Itz (It	522302	Hall in Tirol
66207	Salzburg-Pa (Paris Lodronstr.)	522402	Wattens
66264	Salzburg-Fu (Fuggerstraße)	524202	Schwaz
66285	Salzburg-Wa (Wals)	533202	Wörgl
73204	Linz-Ha (Haydnstraße)	535602	Kitzbühel
73205	Linz-Gn (Grünstraße)	537202	Kufstein
73207	Linz-Fa (Fadingerstraße)	541202	Imst
73208	Linz-We (Wegscheid)	552202	Feldkirch
73223	Linz-Le (Leonfeld)	552302	Götzis
73224	Linz-Ste (Steg)	555202	Bludenz
73239	Linz-Kl (Kleinmünchen)	557206	Dornbirn
223102	Purkersdorf	557402	Bregenz-Mitte
223602	Mödling	557403	Bregenz-Schendl.
223603	Brunn am Gebirge	557602	Hohenems
223653	Guntramsdorf	557702	Lustenau
225280	Baden-Ost	557802	Höchst
226202	Korneuburg	624402	Golling
226602	Stockerau	624502	Hallein
262202	Wiener Neustadt	624602	Grödig
268202	Eisenstadt	646202	Bischofshofen
273202	Krems a.d. Donau	658202	Saalfelden
274222	St. Pölten-Nord	722302	Enns
313502	Kalsdorf bei Graz	722902	Traun
335202	Oberwart	722907	Haid bei Ansfeld
357202	Judenburg	723702	St. Georgen a.d.Gusen
361202	Liezen	724202	Wels
384221	Leoben-West	725202	Steyr-Gr
386202	Kapfenberg	725206	Steyr-Ta
386205	Bruck a.d. Mur	758202	Kirchdorf a. d. Krems
421202	St. Veit a.d. Glan	761202	Gmunden
424203	Villach-Süd	767202	Vöcklabruck
424204	Villach-Ost	772202	Braunau am Inn

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

Diese Liste für das Gebiet 1 enthält 131 HVt-Einzugsbereiche. „Gebiet 2“ besteht aus all jenen HVt-Einzugsbereichen, die nicht in Gebiet 1 enthalten sind und in denen Telekom Austria sich selbst oder anderen Vorleistungskunden xDSL-Zugänge anbietet.

Der Marktanteil der Telekom Austria beträgt per Ende März 2007 ca. 28 % in Gebiet 1 sowie ca. 75 % in Gebiet 2. Auf HVt-Ebene beträgt der Marktanteil von Telekom Austria in den HVt-Einzugsbereichen des Gebietes 1 unter 50 %.

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

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

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

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

## 4.2. Zugangsverpflichtung

### 4.2.1.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

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

Der Zugang hat prinzipiell auf zumutbare Nachfrage zu Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen ermöglicht zu werden. Als notwendige Annex-Leistungen können insbesondere solche betrachtet werden, die Telekom Austria auch gegenüber eigenen Endkunden erbringt, wie bspw. die Herstellung

und Einrichtung des Endkundenanschlusses, aber auch Leistungen, die typischerweise gegenüber dem nachfragenden ISP erbracht werden, zB Einrichtung von Übergabepunkten.

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

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

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

Zu „naked-DSL“:

Um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene zu schaffen, ist darüber hinaus in Gebiet 2 ein Zugang zu „naked DSL“ Produkten auf Vorleistungsebene erforderlich, deren Parameter (Uploadgeschwindigkeit, Downloadgeschwindigkeit, Datenvolumen) sich an den am Markt gängigen Produkten orientieren. Bei einem naked DSL Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Zumindest die bestehenden Profile sollen (gegebenenfalls in angepasster Form) weiterhin angeboten werden. Die naked DSL Produkte sollen technisch so gestaltet sein, dass es alternativen Betreibern möglich ist, unterschiedliche Dienste wie beispielsweise insbesondere auch Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand anzubieten, ohne entbündeln zu müssen. Um Nachfragern von naked DSL die Möglichkeit zu geben, ihren Endkunden solche Dienste anzubieten, die die Einhaltung von Quality of Service (QoS) Parametern wie Delay, Jitter oder Paket Loss voraussetzen, sind seitens TA unterschiedliche Verkehrsklassen anzubieten. Die jeweils vereinbarten Qualitätskriterien sind durchgängig zwischen CPE des Endkunden und Übergabepunkt des Nachfragers sicherzustellen. Die Verfügbarkeit hochqualitativer Verkehrsklassen ist insbesondere Voraussetzung für die Erbringung von IP-basierten Sprachdiensten in jener Qualität und Zuverlässigkeit, wie Telekom Austria sie ihren eigenen Endkunden bereitstellt.

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

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

Der Zugang zu einem IPTV-Vorleistungsprodukt ist auf diesem Markt nicht aufzuerlegen, da ein solches Produkt nicht Teil des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene ist. Ein Bitstream-Produkt, das technisch so gestaltet ist, dass für ISPs die Übertragung von eigenen IPTV-Produkten übertragungstechnisch in gleicher Weise wie bei Telekom Austria möglich ist, ist von TA in Zusammenhang mit einer zumutbaren Nachfrage im Anlassfall zu prüfen.

#### **4.2.2. Entgeltkontrolle**

##### **4.2.2.1. Zweck**

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

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

##### **4.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme**

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

Es bestehen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten:

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

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

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die

Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher primär für Märkte relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste durch die Setzung überhöhter Preise erwartet werden.

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

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

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

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

Berechnung des margin unter Zugrundelegung der Retail-minus Methode:

Die Berechnung des Zugangspreises hat, den obigen Ausführungen folgend, gemäß des Retail-Minus Ansatzes erfolgen. Die Berechnung sollte dabei jeweils auf Basis des tatsächlichen, von den Endkunden in diesen Produktgruppen entrichteten Entgelts erfolgen. Eine Gewichtung innerhalb einer Produktgruppe erfolgt basierend auf der Anzahl der von den Endkunden bezogenen Produkte innerhalb dieser Produktgruppe.

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

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

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

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

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

Da der gegenständliche Markt eine Saisonalität von einem Jahr aufweist (z.B. Weihnachtsgeschäft) ist ein Durchrechnungszeitraum für die Berechnung des Margin-Squeezes von einem Jahr, berechnet ab dem Zeitpunkt der Überprüfung, als sachgerecht und daher angemessen.

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

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

Basis für die Berechnung des Zugangspreises ist der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis sein. Für die Berechnung des Abschlags vom Endkunden- auf den Vorleistungspreis (Marge) sind insbesondere folgende vermeidbare Kosten auf Endkundenebene zu betrachten (auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

- Marketing und Vertrieb
- Rechnungslegung (Billing) inklusive nicht einbringbarer Forderungen (bad debt)
- Rechnungserstellung
- Produktentwicklung und -management
- Kundenservice / Callcenter



- Kosten der Anbindung inklusive der internationalen Anbindung,
- Kosten für Zusatzleistungen wie Web-space, E-mail Adressen etc.
- Sonstige der Endkundenebene zurechenbare Gemeinkosten

Weiters werden bei der Berechnung des Zugangspreises solche Kosten berücksichtigt, die Telekom Austria aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen. Dies sind insbesondere (wiederum auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

- Kosten der Rechnungslegung auf Vorleistungsebene
- Administrative Kosten
- Zusätzliche Investitionen die aufgrund der externen Bereitstellung anfallen

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

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

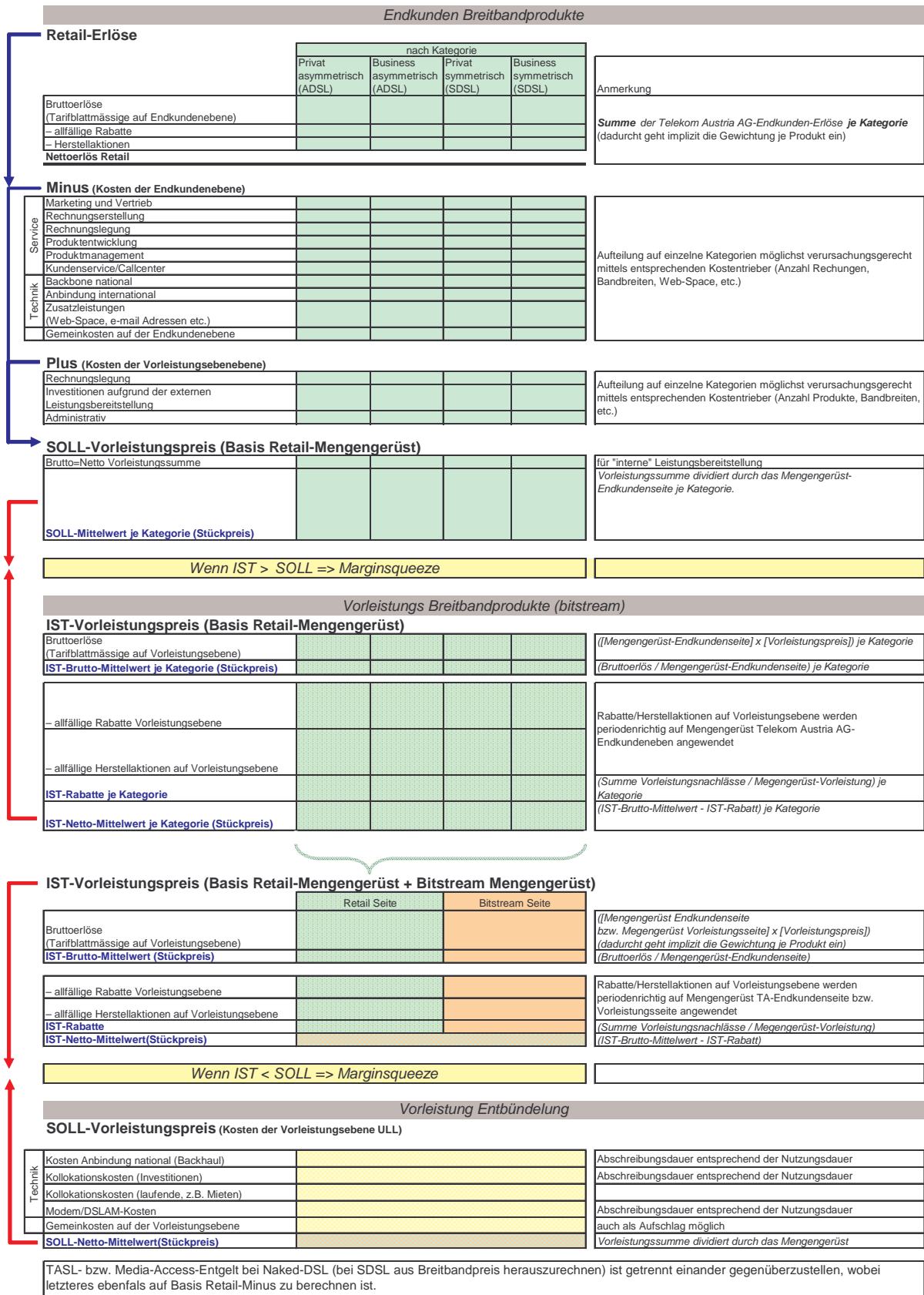


ABBILDUNG 2: BERECHNUNGSSCHEMA FÜR MARGIN-SQUEEZE

Zunächst werden in dem dargestellten Berechnungsschema die Bruttoerlöse um allfällige Rabatte und Herstellaktionen gekürzt. Sodann wird der Abschlag (Minus) bestehend aus Kosten der Endkundenebene abgezogen. Die Vertriebskosten der Vorleistungsebene werden als Aufschlag (Plus) hinzugezählt um somit den Margin-squeeze freien

Vorleistungspreis (SOLL-Vorleistungspreis) zu erhalten. Dieser SOLL-Vorleistungspreis wird dem tatsächlich verrechneten IST-Vorleistungspreis, bestehend aus Endkundenerlösen abzüglich allfälliger Rabatte und Herstellaktionen, gegenübergestellt.

Konsistenz der Entgelte:

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

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

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

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

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

Umsätzen und Absatzmengen) der Regulierungsbehörde auf Nachfrage zur Verfügung zu stellen.

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

Nationale versus regionale Entgelte:

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

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

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

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

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

Investitionsanreize:

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

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

Bei der Festlegung des Zugangspreises ist sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Durch die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus sind die Investitionsanreize für Telekom Austria auf jeden Fall sichergestellt, da Telekom Austria die absolute Höhe des Zugangspreises frei

bestimmen kann, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht. Retail-minus führt zu korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie Telekom Austria.

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

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

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

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

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

Sonstige Leistungen:

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

#### 4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

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

#### 4.2.2.4. Fazit

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten eines Bitstream-Produktes auf Basis einer Retail-minus Entgeltkontrolle ist daher notwendig, um insbesondere das

Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht auf den benachbarten Endkundenmarkt hintanzuhalten.

#### **4.2.3. Nicht-preisliche Parameter - Gleichbehandlungsverpflichtung**

##### **4.2.3.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme**

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

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

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

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

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

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

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

Migration:

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

Dies umfasst unter anderem Bestimmungen zur Optimierung von Prozessen betreffend:

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

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

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

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

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

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

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

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

Kennzahlen:

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

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

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

#### 4.2.3.2. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

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

#### 4.2.3.3. Fazit

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

### 4.2.4. **Getrennte Buchführung**

#### 4.2.4.1. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

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

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

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

- Erträge, unterteilt nach Gebiet 1 und Gebiet 2,



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

#### 4.2.4.2. Fazit

Dieses Regulierungsinstrument ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle notwendig.

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

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

### 4.4. **Zusammenfassung – Regulierungsinstrumente**

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

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

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

- Getrennte Buchführung

Mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, die bundesweit gilt (siehe dazu Punkt B 4.1.), sind diese Regulierungsinstrumente nur in dem in Punkt B 4.1. definierten „Gebiet 2“ aufzuerlegen. Bei den vorliegenden Instrumenten handelt es sich um komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist sichergestellt, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich beseitigt werden. Gleichzeitig ist dieses Set an Maßnahmen jenes, welches am wenigsten eingriffsintensiv für das marktmächtige Unternehmen Telekom Austria ist.

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

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

## C. Beweiswürdigung

### 1. Allgemeines

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

### 2. Zum Vorbringen der Telekom Austria zum Thema Marktanalyse-Gutachten, zum Regulierungsinstrumente-Gutachten, in ihren Stellungnahmen und in der Anhörung vom 3.12.2007:

Telekom Austria brachte im Verfahren in einer Anhörung am 3.12.2007 sowie in fünf eingebrachten Stellungnahmen (ON 3 vom 2.8.2007, ON 7 vom 26.9.2007 und ON 11 vom 23.8.2007; ON 12 vom 7.11.2007 und ON 13 vom 9.11.2007) im Wesentlichen folgende Punkte vor: Keine ausreichende Berücksichtigung der steigenden Bedeutung von mobilen Breitbandzugängen bei der Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes, daraus resultierende sich nachteilig entwickelnde Anschlusszahlen im Festnetz, fehlende vorausschauende Analyse des gegenständlichen Marktes, Nichtberücksichtigung von neuen glasfaserbasierten Angeboten am gegenständlichen Markt, regional differenzierte Preise – Preissetzungsverhalten, Bündelprodukte, Vorankündigungsfrist, Übergangsfrist zur „neuen Regelung“, Quality of Service – Parameter bei naked DSL, Kennzahlenübermittlung, Berechnung der Zugangspreise, Margin Squeeze, Freiwilligkeit der Angebotslegung, Dauer der Vorankündigungsfrist für neue Produkte und Ausreichen des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Im Folgenden wird sachlich gegliedert auf diese Punkte eingegangen:

#### 2.1. Zum Vorbringen zum Thema „Keine ausreichende Berücksichtigung der steigenden Bedeutung von mobilen Breitbandzugängen bei der Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes“

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

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

Zusammengefasst würden mobile Breitbandzugänge über HSDPA mittlerweile auch von Privatkunden verstärkt genutzt werden: Mobile Breitbandzugänge seien daher insbesondere im Einsteiger- und Standard-Usersegment als vollständiges Substitut zu festnetzgestützten Breitbandanschlüssen zu sehen. Per Ende Juni seien bei steigender Tendenz über 440.000

mobile Datenkarten verkauft worden, dies entspreche bereits einem Anteil von 20 % aller Breitbandzugänge.

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

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

## **2.2. Zum Vorbringen hinsichtlich sich nachteilig entwickelnder Anschlusszahlen im Festnetz**

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

Die Telekom-Control-Kommission verweist daher auf die zu Punkt C 2.1. soeben gemachten Ausführungen.

## **2.3. Zum Vorbringen hinsichtlich einer fehlenden vorausschauenden Analyse des gegenständlichen Marktes**

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

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

Wettbewerbsintensität in zwei Segmente (Punkt B 4.1. dieses Bescheides) mittelbar auch wettbewerbsrelevante Einflüsse von zB mobilen Breitbandanschlüssen mitberücksichtigt werden.

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

#### **2.4. Zum Vorbringen hinsichtlich der Nichtberücksichtigung von neuen glasfaserbasierten Angeboten am gegenständlichen Markt**

Telekom Austria brachte am Beispiel des jüngst in den gegenständlichen Markt eingetretenen Unternehmens blizznet in Wien vor, dass auf dem gegenständlichen Markt auch infrastrukturbasierte Angebote, konkret mittels Glasfaser, zur Verfügung stünden. Das würde zu einer zusätzlichen Dynamik für die marktgegenständliche Leistung führen.

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

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

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

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

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

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

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen, aus denen hervorgeht, dass Telekom Austria über weite Teile des Marktes über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, was insbesondere für die „letzten Abschnitte“, also den Zugang zum Endkunden bzw. zum Hauptverteiler, gilt und der Tatsache, dass Entbündler daher bei der Anbindung an ihr Backbone in vielen Fällen auf Mietleitungen (terminierende Segmente) von Telekom Austria

angewiesen sind, kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass ein margin-squeeze für Entbündler dann entstehen kann, wenn Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt und somit gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung senkt. Um daher das Entstehen eines margin-squeezes für Entbündler zu vermeiden, war dem Vorbringen von Telekom Austria nicht Folge zu leisten und die kritisierte Verknüpfung der beiden Vorleistungsentgelte neuerlich anzuordnen.

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

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

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

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

## **2.6. Zum Vorbringen hinsichtlich Bündelprodukten**

Telekom Austria bringt vor, dass CATV-Betreiber durch die Möglichkeit der Bündelung ihrer Breitbandangebote mit TV-Angeboten im Vergleich zu Telekom Austria bessere Wettbewerbsbedingungen vorfinden würden. Durch Quersubventionierung der Breitbandzugänge aus dem TV-Angebot hätten CATV-Betreiber ihren Marktanteil in den

Ballungsräumen halten können und in absoluten Zahlen sogar ausbauen können. Telekom Austria habe keine Möglichkeiten zu dieser Bündelung.

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

## **2.7. Ergebnis**

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

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

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

## **2.8. Zum Vorbringen zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:**

Am 23.10.2007 übermittelte Telekom Austria im Verfahren M 1/07 ihre Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 11). In dieser Stellungnahme kritisierte Telekom Austria die Ausführungen der Gutachter hinsichtlich Regulierungsinstrumenten (ON 8) im Wesentlichen wie folgt:

### **2.8.1. Zum Vorbringen hinsichtlich der Vorankündigungsfrist**

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

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

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

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

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

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

### **2.8.2. Zum Vorbringen hinsichtlich Übergangsfrist der neuen Regelung**

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

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

In diesem Bescheid ist nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt. Angeordnet wurde, dass bestehende Wholesale-Verträge des „Gebietes 1“ frühestens zu einem Zeitpunkt sechs Monate nach Inkrafttreten dieses Bescheides sowie nur unter Einhaltung der im xDSL-Wholesale-Vertrag vereinbarten Kündigungsfrist seitens Telekom Austria kündbar sind.

Nachfrager nach x-DSL-Vorleistungsprodukten in „Gebiet 1“ stehen mit Inkrafttreten der gegenständlichen Anordnung vor der Tatsache, dass Telekom Austria ab diesem Zeitpunkt

rechtlich nicht mehr verpflichtet ist, xDSL-Vorleistungsprodukte auf Basis von Retail-minus und diskriminierungsfrei anzubieten.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich Folgendes erwogen:

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

Telekom Austria wird in „Gebiet 1“ zukünftig (mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) keinen Verpflichtungen mehr unterliegen. Bezieher von xDSL-Vorleistungsprodukten haben darüberhinaus hinsichtlich jedes einzelnen Vorleistungsproduktes regelmäßig auch einen korrespondierenden Endkundenvertrag abgeschlossen. Die getroffenen Vereinbarungen auf dem gegenständlichen Markt sind Voraussetzung dafür, dass alternative ISPs ihren Endkunden Breitbandinternetprodukte auf Basis von xDSL-Wholesale anbieten können. Es ist daher zu berücksichtigen, dass ein etwaiges Wegfallen der Vorleistung durch Telekom Austria nicht nur dazu führt, dass zukünftig keine zusätzlichen Endkundenverträge abgeschlossen werden können, sondern auch dazu, dass unter Umständen für bestehende Endkundenverträge die notwendige Vorleistung wegfällt (sofern es dem alternativen ISP nicht rechtzeitig gelingt, auf andere – allerdings nicht marktgegenständliche – Vorleistungsprodukte auszuweichen). Es besteht daher für alternative Nachfrager von xDSL-Wholesale zusätzlich zum Risiko des Wegfalls bzw. der Verschlechterung des Vorleistungsproduktes das konkrete und bezifferbare Risiko, gegenüber eigenen Endkunden schadenersatzpflichtig auf Grund von Nichterfüllung zu werden.

Die Aufhebung der Verpflichtung zum Abschluss neuer xDSL-Wholesale-Verträge bereits mit Rechtskraft dieses Bescheides ist angesichts der getroffenen Überlegungen und der in Gebiet 1 existierenden geringen Markteintrittsbarrieren (insb. auf Infrastrukturebene existierende Alternativen) angemessen.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass mit der angeordneten – auf das Bestehen von Endkundenverträgen abstellenden – Frist zur Aufhebung der bestehenden marktgegenständlichen Verpflichtungen entweder mit Rechtskraft dieses Bescheides (für neu abzuschließende Endkundenverträge) oder nach Ablauf von sechs Monaten (für bestehende Endkundenverträge) eine angemessene und den Interessen aller Beteiligten entgegenkommende Anordnung gefunden wurde.

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

### **2.8.3. Zum Vorbringen hinsichtlich Quality of Service Parametern bei naked DSL**

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

Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen:

Es muss alternativen Betreibern möglich sein, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie in Form von Voice over Broadband (VoB) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand anzubieten, ohne entbündeln zu müssen. Neben der Verfügbarkeit von unterschiedlichen Verkehrsklassen stellte sich die Notwendigkeit der durchgängigen Sicherstellung der oben genannten notwendigen Werte für QoS-Parameter zwischen



Endgerät des Endkunden (Customer Premises Equipment – CPE) und Übergabepunkt des Nachfragers heraus, um es alternativen Nachfragern nach naked-DSL-Produkten zu ermöglichen, ihren Endkunden Festnetz-Sprachtelefonie in jener Qualität und Zuverlässigkeit anbieten zu können, wie dies Telekom Austria für ihre eigenen Endkunden bereitstellt.

Die Verfügbarkeit hochqualitativer Verkehrsklassen unter anderem zur Priorisierung von Sprachpaketen ist daher Voraussetzung für die Erbringung von IP-basierten Sprachdiensten in der beschriebenen Qualität.

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

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

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

Nicht zuletzt vor dem Grundsatz der Technologieneutralität bei der Auferlegung von Verpflichtungen gemäß §§ 37 ff TKG 2003 war daher dem Vorbringen von Telekom Austria nicht Folge zu leisten.

#### **2.8.4. Zum Vorbringen hinsichtlich der Übermittlung zusätzlicher Kennzahlen**

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **2.8.5. Zum Vorbringen hinsichtlich der Berechnung der Zugangspreise und zum Margin Squeeze und zu den Produktkörben**

Die Telekom-Control-Kommission verweist hinsichtlich des diesbezüglichen Vorbringens auf Punkt C 2.5.

#### **2.8.6. Zum Vorbringen hinsichtlich der freiwilligen Angebotslegung und zum Ausreichen des allgemeinen Wettbewerbsrecht**

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

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

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

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

### **2.8.7. Zum Vorbringen hinsichtlich der Abgrenzung der Gebiete 1 und 2 dieses Bescheides**

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

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

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

### **2.8.8. Ergebnis**

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

In der mündlichen Verhandlung am 03.12.2007 brachte Telekom Austria keine überzeugenden neuen Argumente zur Marktanalyse des gegenständlichen Marktes vor bzw. wurde das diesbezügliche Vorbringen entkräftet.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zu den rechtlichen Grundlagen**

Der geltende europäische Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste und das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – gegebenenfalls identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

### **2. Marktdefinition der RTR-GmbH**

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Gemäß § 36 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde – nach § 115 Abs. 1 TKG 2003 ist dafür die RTR-GmbH zuständig – durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten

nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

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

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

### **3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission**

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

#### **3.1. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003**

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

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

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

#### **3.2. Relevanter Markt**

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte

voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt.

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

#### **4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht**

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

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

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

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

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

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

Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71).

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

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

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

## **5. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

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

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

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

Die getroffenen Feststellungen zum Vorhandensein von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC haben ergeben, dass die untersuchten Indikatoren in ihrer Gesamtheit eindeutig gegen das Vorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC sprechen. Da das Vorhandensein von alleiniger und gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht sich bereits logisch ausschließt, sieht die Telekom-Control-Kommission daher von einer detaillierten rechtlichen Begründung für das Nichtvorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC ab.

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

### **6.1. Zum Indikator „Marktanteile“**

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

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

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25 % kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50 % – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung („SMP-Guidelines“), Rn 75 mit Verweis auf Rs C-62/86 AKZO/Kommission, Rs T-228/97 Irish Sugar/Kommission und andere). Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann zwar auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

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

Wie festgestellt, verfügt Telekom Austria (Oktober 2004 bis Februar 2007) auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 47 % bei zuletzt leicht sinkender Tendenz.

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

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

Die hingegen für das Gebiet 2 festgestellten Marktanteile von mindestens 65 % (im Mittel etwa 75%) legen umso mehr die Vermutung nahe, dass Telekom Austria in Gebieten, wo inklusive Telekom Austria maximal zwei große Betreiber vor Ort sind, keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

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

## **6.2. Zum Indikator „Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb“**

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

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

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

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

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

### **6.3. Zum Indikator „nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“**

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

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

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

### **6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“**

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

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in



beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wie festgestellt, ist Telekom Austria in vielen Teilen des geographischen Marktes der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur, sodass für viele Kunden keine Möglichkeit eines Wechsels zu einem anderen Betreiber besteht (mit eigener Infrastruktur). *Da das Netz der Telekom Austria ständig erweitert wird und auch in Zukunft weiter ausgebaut werden soll, und ein weiterer Ausbau von Kabelnetzen aufgrund der hohen Expansionsbarrieren hingegen unwahrscheinlich ist, ist ein Anstieg dieses Anteils zu erwarten(F?).*

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

#### **6.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“**

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

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

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

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

#### **6.6. Zum Indikator „Vertikale Integration und Marktmachtübertragung“**

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

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

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

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

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

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

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

#### **6.7. Zum Indikator „Marktverhalten, Preissetzungsverhalten“**

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

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

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

darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Fn. 73 der Leitlinien).

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

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

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

#### **6.8. Sonstige Indikatoren**

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

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

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

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

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

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

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

### **7.1. Allgemeines**

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

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

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

### **7.2. Zur geographisch unterschiedlichen Auferlegung von Regulierungsinstrumenten**

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

Aus der Vorgabe der „Eignung“ sowie dem anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 34 Abs. 1 TKG 2003 sowie Artikel 21 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Abl. C 165/6 vom 11.7.2002) folgt, dass auferlegte Verpflichtungen zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks geeignet sein müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zweckes angemessen

und erforderlich ist. Deshalb ist nur in jenen Gebieten, in denen aktuelle bzw. potentielle Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden, die Auferlegung von geeigneten Regulierungsinstrumenten rechtlich geboten.

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

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

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

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

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

### **7.3. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten**

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

Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten sodann geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip

der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

### **7.3.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen in Gebiet 2**

#### *7.3.1.1. Allgemeines*

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

Bezüglich Zugang sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangsvertragsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen.

#### *7.3.1.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten*

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

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

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

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

Der Zugang zu Bitstream-Produkten hat ungebündelt zu erfolgen, damit der Nachfrager nicht gezwungen ist, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst

bereitstellen kann bzw. nicht benötigt (Entbündelungsgrundsatz). In Spruchpunkt 2.1. dieses Bescheides wurde angeordnet, dass Telekom Austria entsprechend der Nachfrage das marktgegenständliche Vorleistungsprodukt entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet-Protokoll“-basiert anbieten muss. Die Einräumung einer „Wahlmöglichkeit“ für den nachfragenden ISP gründet ebenfalls im Gedanken, dass ein ISP die für ihn günstigere Zugangstechnologie von Telekom Austria beziehen können soll. Da Telekom Austria ihrem Retail-Bereich derzeit beide Technologien anbietet, ist die Auferlegung dieser Verpflichtung auch vor der Nichtdiskriminierungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 gerechtfertigt.

Der von Telekom Austria zu gewährleistende Zugang in Gebiet 2 muss es – um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen – nachfragenden ISPs jedenfalls ermöglichen, alle marktgegenständlichen Endkundenprodukte von Telekom Austria bei zumindest gleicher Effizienz technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise – die, technologieneutral, innerhalb des gegenständlichen Marktes zu liegen kommen - müssen daher gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. „Gleichzeitig“ ist so zu verstehen, dass ISPs ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit Telekom Austria am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt bzw. den neuen Preisen) möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte, die, technologieneutral, dem gegenwärtigen Markt zuzurechnen sind, z.B. Veränderungen der Bandbreite bzw. –preise, spätestens am Tage der Produkteinführung durch Telekom Austria am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs mindestens vier Wochen zuvor über diese Änderung informiert werden. Bei wesentlichen Produktinnovationen, die besondere Anpassungserfordernisse nach sich ziehen, sollte Telekom Austria entsprechend dem Implementierungsaufwand längere Vorlaufzeiten vorsehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Die Telekom-Control-Kommission ist unter Verweis auf die in Punkt C 2.8.1. angestellten Überlegungen der Auffassung, dass die Beibehaltung der bestehenden Verpflichtung zur Anordnung einer vierwöchigen Vorankündigungsfrist den Interessen aller Beteiligten gerecht wird und nicht unverhältnismäßig ist. Entsprechende Bestimmungen sind in das Standardangebot aufzunehmen.

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

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

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

Bei einem „naked-DSL“-Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Der Zugang zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene in unterschiedlichen Verkehrsklassen zur Priorisierung



von Sprachpaketen ermöglicht es alternativen Betreibern daher, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie (VoB: Voice over Broadband bzw. Vol: Voice over Internet) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand (one-stop-shopping) anzubieten, ohne die Teilnehmeranschlussleitung entbündeln zu müssen. Voraussetzung dafür ist nun neben unterschiedlichen Verkehrsklassen die Notwendigkeit der durchgängigen Sicherstellung der in den Feststellungen genannten notwendigen Werte für QoS-Parameter zwischen Endgerät des Endkunden (Customer Premises Equipment – CPE) und Netzübergabepunkt des Alternativen. Nur unter diesen Bedingungen ist die Erbringung von Sprachtelefoniediensten in der gleichen Qualität und Zuverlässigkeit, wie sie Telekom Austria ihren eigenen Endkunden bereitstellt, gewährleistet.

Die Telekom-Control-Kommission ordnet daher die Verpflichtung zum Anbieten von naked-DSL-Produkten in der beschriebenen Qualität an. Zudem hat sich Telekom Austria in ihren Stellungnahmen auch nicht grundsätzlich gegen die Bereitstellung von „naked-DSL“-Produkten ausgesprochen.

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

Ein solches Produkt kann unter diesen Voraussetzungen auch auf Sicht durchaus als zukunftsichere, mit niedrigeren Markteintrittskosten behaftete Alternative zum gegenwärtigen Resale-Produkt (Wiederverkauf der Anschlussleistung), wie es auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie auferlegt ist, betrachtet werden (ON 5). Insgesamt senkt ein solches Produkt die Marktzutrittsbarrieren von alternativen ISPs auf der Endkundenebene erheblich („ladder of investment“), verringert so die Gefahr einer Marktmachtübertragung und unterstützt so auch den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

Aus diesen Gründen ist es erforderlich, dass Nachfrager von naked DSL die Möglichkeit erhalten, ihren Endkunden solche Dienste anzubieten, die die Einhaltung von Quality of Service (QoS) Parametern wie Delay, Jitter oder Packet Loss voraussetzen. Um dies zu ermöglichen, sind seitens Telekom Austria unterschiedliche Verkehrsklassen anzubieten. Die jeweils vereinbarten Qualitätskriterien sind durchgängig zwischen CPE des Endkunden und Übergabepunkt des Nachfragers sicherzustellen.

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

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

### **7.3.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung in Gebiet 2**

#### **7.3.2.1. Allgemeines zu § 42 Abs. 1 TKG 2003:**

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit

verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

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

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

Art. 13 Abs. 1 der „Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung“ (Zugangsrichtlinie) ermächtigt die Regulierungsbehörde zur Hintanhaltung von unter anderem „Preisdiskrepanzen“ (in der englischen Version „to apply a margin squeeze“, „Preis-Kosten-Schere“) zur Auflage von Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 7.3.2.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten:

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

Insbesondere vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel ist angesichts der Marktanteile davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von Telekom Austria betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen. Gemäß den Feststellungen verfügt gegenwärtig Telekom Austria über einen Marktanteil von ca. 47 %. Da Telekom Austria auf der Endkundenebene derzeit im Wesentlichen einen national einheitlichen Preis setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch in jene Gebiete überträgt, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist, kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, vergleichsweise gering sind.

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

Telekom Austria kann durch eine Senkung des Bitstream- und Endkundenpreises Entbündler einem margin-squeeze aussetzen. Aus regulatorischer Sicht sind margin squeezes grundsätzlich über alle Stufen der Vorleistungswertschöpfungskette zu vermeiden. Im hier vorliegenden Fall, in dem ein margin squeeze gegenüber der nächsten (bzw.

komplementären) Stufe der Nachhaltigkeit auf der Ladder of investment (der Entbündelung) ausgelöst werden kann, kann dem Wettbewerbsproblem nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission allerdings mit der Auflage, entweder das Entgelt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen oder das Entgelt für terminierende Segmente von Mietleitungen entsprechend abzusenken, begegnet werden.

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

Entsprechend den getroffenen Feststellungen ist die Basis für die Berechnung des Zugangspreises der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis.

Der so errechnete Margin ist sodann von den Endkundenpreisen von Telekom Austria abzuziehen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen. Um eine etwaige Veränderung des margin bei einer Änderung des Endkundenpreises hintanzuhalten, ist in einem solchen Fall auch der Margin unter Berücksichtigung der oben angeführten Kosten neu zu berechnen. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass zur Vermeidung von wettbewerblichen Nachteilen wesentliche Änderungen bei den vermeidbaren Kosten die Telekom Austria zu einer Änderung des Standardangebots veranlassen.

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

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

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

Nationale versus regionale Entgelte:

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

Da am Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb herrscht (s. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu dem Verfahren M 10/06 vom 4.9.2006) ist daher davon auszugehen, dass Telekom Austria bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist. Daher kann ein ISP, dem die

österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten.

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

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

Konsistenz der Entgelte:

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

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

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

Investitionsanreize:

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

Es ist also bei der Festlegung des Zugangspreises sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria, vor allem in dünn besiedelten Gebieten, Anreiz zu effizienter Produktion sowie

Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen.

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

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

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

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

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

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

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

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

Sonstige Leistungen:

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

#### 7.3.2.3. Zum Verhältnis der Entgeltkontrolle zur Gleichbehandlungsverpflichtung

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

Ausgangspunkt ist die Feststellung (Punkt 4.2.2), dass - ausschließlich - hinsichtlich der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes zur Vermeidung eines margin squeeze prinzipiell beide Regulierungsinstrumente gleich geeignet sind. Im Falle der Entgeltkontrolle wird explizit auf die von den jeweiligen Endkundenpreisen in Abschlag zu bringenden Kosten des TA-Retails verwiesen, während im Falle der Argumentation über die

Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 darauf abgestellt wird, dass die Gleichbehandlungsverpflichtung sicherstellt, dass „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen“ (§ 38 TKG 2003).

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

### **7.3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung in Gebiet 2**

#### **7.3.3.1. Allgemeines zu § 38 TKG 2003**

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

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

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

Standardangebot:

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

#### **7.3.3.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten**

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

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

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

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

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

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

Das Angebot soll zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit (im „ISPA-Angebot“) von Telekom Austria angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne der TKMVO 2003



zuzurechnen sind. Darüber hinaus sind gemäß dem in § 38 Abs. 3 TKG 2003 festgelegten Entbündelungsgrundsatz auch „naked-DSL“-Produkte in das zu legende Standardangebot aufzunehmen. Ebenso sind in das Standardangebot Bestimmungen hinsichtlich der entsprechend längeren Vorlaufzeit für ISPs für den Fall vorzusehen, dass Telekom Austria technisch neue Produkte, die – technologie-neutral - innerhalb des bestehenden Marktes zu liegen kommen, auf den Endkundenmarkt bringt.

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

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

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

Die festgelegte Frist zur Legung eines Standardangebotes binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ist vor dem Hintergrund angemessen, dass ein marktgegenständliches Standardangebot bereits besteht, das Telekom Austria im Wesentlichen übernehmen kann. Die vorgesehene Frist ist auch ausreichend, um eine allfällige Aktualisierung desselben vorzunehmen. Allenfalls in einem Verfahren nach § 50 TKG 2003 angeordnete Regelungen sind ebenfalls nichtdiskriminierend anzubieten und auch in das Standardangebot aufzunehmen.

#### 7.3.3.3. Zum Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten

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

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

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern (wie etwa VNB) durch nicht-preisliche Praktiken zu unterbinden bzw. um den Eintritt in nachgelagerte

Märkte zu erleichtern, ist die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG 2003 und die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 für Telekom Austria notwendig, angemessen und verhältnismäßig. Insbesondere das Standardangebot stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

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

#### **7.3.4. Getrennte Buchführung für das gesamte Bundesgebiet**

##### **7.3.4.1. Allgemeines zu § 40 TKG 2003**

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

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen (vgl. ERG, S. 49ff, Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL). Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben. So hält auch die ERG (S. 49) fest: „This obligation is specifically put in place to support the obligations of transparency and non-discrimination. It may also act to support the NRA in implementing price control and cost accounting obligations“.

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

##### **7.3.4.2. Zur angeordneten Verpflichtung im Konkreten**

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

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

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

Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

### **7.3.5. Transparenz**

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

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

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

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

### **7.3.6. Weitere Verpflichtungen**

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

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

## **8. Zur Aufhebung der Verpflichtungen des Bescheides M 1/05-59**

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

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheides werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 1/05-59 vom 28.2.2006 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen

Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

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

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

Die Frist zum Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung wird von der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich bestehender xDSL-Anschlüsse (für ebenfalls bestehende Endkundenverträge) mit sechs Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides festgelegt. Angeordnet wurde, dass zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides bestehende Wholesale-Verträge des „Gebietes 1“ frühestens zu einem Zeitpunkt sechs Monate nach Rechtskraft dieses Bescheides sowie nur unter Einhaltung der im xDSL-Wholesale-Vertrag vereinbarten Kündigungsfrist seitens Telekom Austria kündbar sind.

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

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

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

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

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

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

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

### **III. Hinweis**

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

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 18.02.2008

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé