

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 6.12.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 6/03 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Markt für Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 6 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

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

Von der Kostenorientierung sind folgende Verbindungsentgelte umfasst:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Auslandszonen und zu ausländischen Mobilnetzen,
- b) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,
- c) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG („Dial 1001“) betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – b)
- d) Rabatte betreffend a) - c).

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

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

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

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Verfahren zu M 6/03 gemäß § 37 TKG 2003 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Wolfgang Briglauer, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Martin Pahs und DI Kurt Reichinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens (in der Folge Marktanalyse-Gutachten) zur Frage beauftragt, ob auf dem Markt „Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ gemäß § 1 Z 6 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) aus wirtschaftlicher

Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. In diesem Zusammenhang waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. Ferner war durch die Gutachter das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den gegenständlichen Markt zu berücksichtigen waren.

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

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

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

Am 7.6.2004 fasste die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 6/03 (Marktanalyse Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten) den vorläufigen Beschluss, dass die TA auf dem Markt „Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 6 TKMVO 2003 vorläufig über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Am 19.10.2004 wurde beim Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht der Zusammenschluss der UTA Telekom AG (UTA) und der Tele2 Telecommunication Services GmbH (Tele2) angezeigt. Innerhalb der vierwöchigen Frist des § 42 b Abs. 1 KartG wurde von keiner der Amtsparteien ein Prüfantrag gestellt.

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

B. Festgestellter Sachverhalt

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

1.1. TKMVO 2003

In § 1 Z 6 TKMVO 2003 wird der Markt „Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ genannt. Die erläuternden Bemerkungen der TKMVO 2003 halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 6 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

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

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

Im Ausland tätige Kommunikationsnetzbetreiber, die aus dem Inland kommenden Verkehr transitieren bzw. terminieren, sind gegebenenfalls anderen regulatorischen Bedingungen unterworfen als im Inland tätige Kommunikationsnetzbetreiber. Da im Inland tätige Betreiber zur Durchführung von Auslandsgesprächen auf oben genannte Vorleistungen zurückgreifen müssen, unterschiedliche wettbewerbliche Gegebenheiten vorliegen und darüber hinaus unterschiedliche Verrechnungsregimes (z.B. Ac-

counting Rate Regime) zur Anwendung kommen, ist von einem eigenen und einheitlichen Markt für Auslandsgespräche auszugehen.

Dieser Markt beinhaltet auch Wählverbindungen über Fax und Modem.“

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

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

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

Es bestehen komplementäre Beziehungen zwischen dem vorliegenden Markt und dem Zugangsmarkt für Nichtprivatkunden (§ 1 Z 2 TKMVO 2003). Anschlussleistungen gemäß den Märkten § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 werden, unter der Voraussetzung, dass der betreffende Betreiber seine Endkunden entweder selbst angeschlossen hat oder über entbündelte Leitungen verfügt, vielfach im Bündel mit Leistungen für Gesprächsverbindungen, sohin auch mit Leistungen des gegenständlichen Marktes, angeboten.

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

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

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

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

Als marktrelevant gelten Festnetzgespräche ins Ausland ebenso wie die Gespräche in ausländische Mobilfunknetze. Die bei öffentlichen Sprechstellen anfallenden Verkehrsvolumina für Auslandsgespräche werden dabei aus Plausibilitätsüberlegungen zu 100% dem Privatkundenmarkt für Auslandsgespräche (§ 1 Z 5 TKMVO 2003) zugerechnet und sind sohin für den gegenständlichen Markt nicht relevant.

2. Zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht

2.1. Die einzelnen Marktmachtindikatoren

2.1.1. Marktentwicklung und Marktanteile

Die größten vier am Nichtprivatkundenmarkt tätigen Anbieter (inklusive Telekom Austria) vereinigen mehr als 85% der Umsatzmarktanteile auf sich. Aus Abbildung 1 geht zudem hervor, dass i) sich die Marktanteile der Telekom Austria seit dem Jahr 2002 stabilisiert haben, und diese ii) zudem nach wie vor über 60% der in Umsätzen gemessenen Marktanteile auf sich vereinigt.

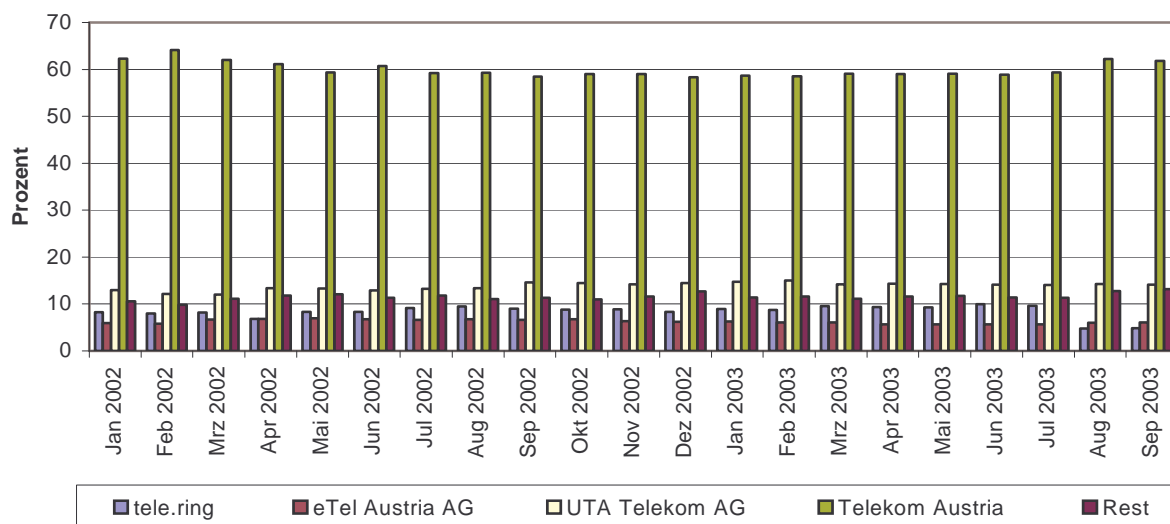


ABBILDUNG 1: VERTEILUNG DER UMSATZMARKTANTEILE BEI NICHTPRIVATKUNDEN

Die Marktanteile der Telekom Austria am Markt für internationale Festnetzgespräche liegen im Wesentlichen auf dem Niveau der Vergleichsmärkte für Inlandsgespräche. Gesamt gesehen, tendiert der gegenständliche Markt in Richtung eines enger werdenden Oligopols. Es können keine Anzeichen dafür ausgemacht werden, die zukünftig eine grundlegende Abkehr von dieser Entwicklung erwarten ließen. Auf dem gegenständlichen Markt zeigt sich (Abbildung 1) eine im Laufe der letzten beiden Jahre sehr nachhaltig ausgeprägte Stabilisierung der Marktstruktur. Diese Feststellung wird auch durch den im Wesentlichen parallelen Verlauf der Konzentrationsraten bei den Verkehrsmengenwerten und den Umsätzen jeweils für den gegenständlichen Markt bestätigt (Abbildung 2):

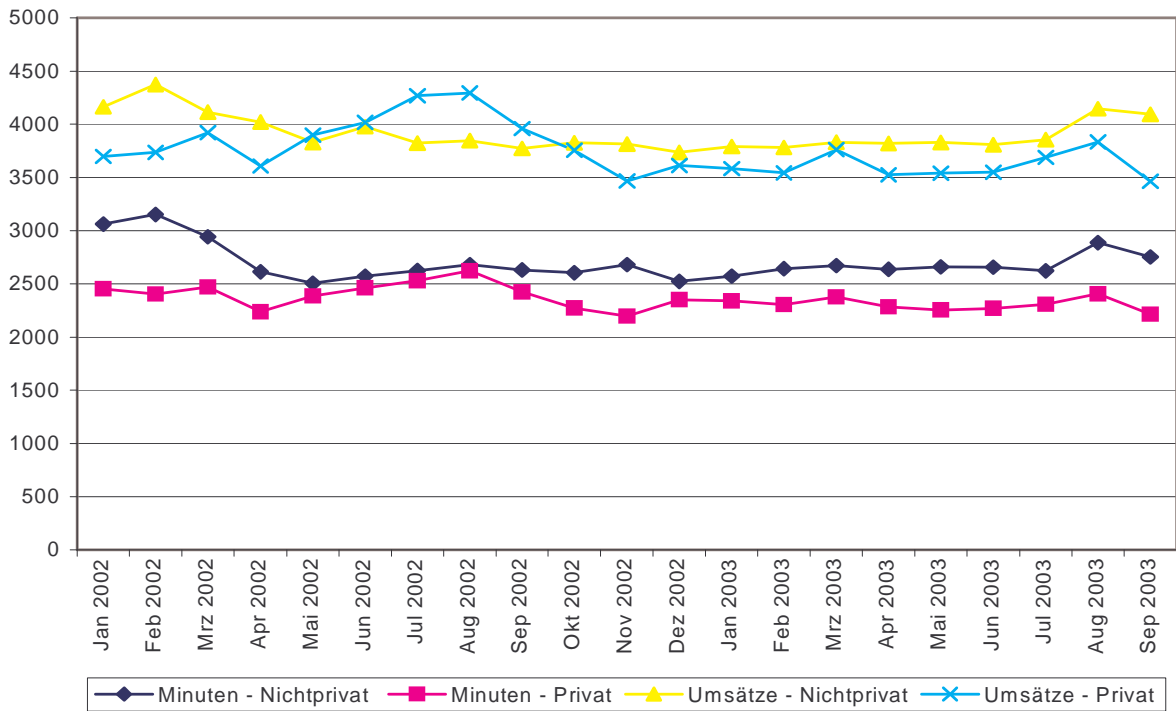


ABBILDUNG 2: HHI: KONZENTRATIONS RATEN FÜR AUSLANDSGESPRÄCHE

Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl war auch auf dem gegenständlichen Markt – neben der ex ante-Entgeltregulierung - das bedeutendste Regulierungsinstrument der bisherigen Regulierung. Die insbesondere in den Jahren 1998-2001 erfolgten Marktanteilsgewinne der alternativen Anbieter gingen mit einem spiegelbildlichen Anstieg in der Verwendung von Carrier Selection einher.

2.1.2. Vertikale Integration

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

Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbes am gegenständlichen Markt bei Abwesenheit von jeglicher Regulierung ist insbesondere der Anreiz von TA relevant, durch die grundsätzliche Verweigerung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung bzw. der Möglichkeit zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl den möglichen Wettbewerb auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten zu verhindern. Auf dem gegenständlichen Markt reduziert sich allerdings die Abhängigkeit vom Vorleistungsanbieter Telekom Austria. Für die internationale Weiterleitung und Zustellung von Auslandsgesprächen – zumindest hinsichtlich der wesentlichsten Destinationen – stehen allen Betreibern (Telekom Austria wie auch den alternativen Anbietern) eine Reihe von internationalen Carriern zur Verfügung. Freilich muss aber auch hier von – teils größenabhängig – unterschiedlichen Einkaufsmöglichkeiten und Verhandlungspositionen ausgegangen werden.

Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bzw. die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl stellt bezüglich des auf das Inland entfallenden Anteils der notwendigen Vorleistung eine notwendige Voraussetzung für die Dienstleistung auf den Verbindungsmärkten dar. Alternative Betreiber, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügen, können mit der Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl den Endkunden im Wettbewerb mit der vertikal integrierten Telekom Austria Dienste anbieten.

2.1.3. Marktzutrittsbarrieren

Marktzutrittsbarrieren können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben können, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche, disziplinierende Markteintritte erfolgen.

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

Die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ist ein Schlüsselkriterium für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Je höher Marktbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen.

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

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

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

Schließlich begründet der bereits beobachtbare Trend zum „One-Stop-Shopping“ eine Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können. Diejenigen, denen dies möglich ist, können auch mit entsprechenden Verbundvorteilen in der Produktion rechnen. Umgekehrt würde eine derartige Notwendigkeit, als Komplettanbieter agieren zu müssen, für potentielle Newcomer einen erhöhten Kapitalbedarf begründen und so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts reduzieren.

Die Wettbewerbsproblematik liegt daher primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren. Als Beleg dafür zeichnete sich in letzter Zeit eine Phase der Konsolidierung der Marktanteile der Telekom Austria auf hohem Niveau (rund 60%) ab. Alternative Anbieter können die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen. Diese sind im gegenständlichen Markt deshalb vergleichsweise hoch, als Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale hier besonders wichtig sind. Sowohl tatsächliche Qualitätsvorsprünge auf Seiten der Telekom Austria aufgrund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile erklären solche Wechselbarrieren. Letztere dürften vor allem im Zuge von Unternehmenskonkursen alternativer Anbieter noch verstärkt werden, da diesfalls mit negativen Reputationswirkungen auf die Gesamtheit aller alternativen Betreiber zu rechnen ist.

Zur Bestreitbarkeit von Märkten:

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

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

Beide Annahmen sind auf dem gegenständlichen Markt nicht erfüllt:

Zur ersten Annahme ist festzustellen, dass im Rahmen dieser Modelltheorie unter Abwesenheit von Marktbarrieren verstanden wird, dass keine exogenen (technisch bedingten) versunkenen Kosten existieren. Diese sind für die zugrunde liegenden Märkte tatsächlich verhältnismäßig gering (ON 25). Doch übersieht die konventionelle Theorie der bestreitbaren Märkte, dass auch eine Reihe von endogenen Marktbarrieren, die eben nicht Folge einer vorgegebenen Industriestruktur sind, sondern vielmehr durch das strategische Verhalten der bereits am Markt aktiven Teilnehmer bestimmt werden, existieren. Es sei an dieser Stelle insbesondere an die hohe Werbeintensität und Bedeutung der Kundenbindung auf den Kommunikationsendkundenmärkten verwiesen. Als besonders problematisch erweist sich daher die im Modell der bestreitbaren Märkte implizit enthaltene Forderung, dass die Konsumentenseite keinerlei Präferenz bzw. Markentreue, aus welchen Gründen auch immer, für die bestehenden Unternehmer aufweist. In dem Modell wird vielmehr davon ausgegangen,

dass sich die Konsumenten vollkommen rational verhalten, d.h. auf den homogenen Produktmärkten orientieren sich die Konsumenten lediglich an den Preisen. Dies steht jedoch klar in Widerspruch zu den Feststellungen, wonach TA zumindest teilweise in der Lage ist, im Durchschnitt höhere Preise zu setzen, ohne entsprechende Umsatz- bzw. Marktanteilsverluste in Kauf nehmen zu müssen.

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

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

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

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

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

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

Insgesamt kann daher auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit bzw. auf die disziplinierenden Effekte der potentiellen Konkurrenz nicht vertraut werden, die Marktbarrieren sind daher auch auf dem gegenständlichen Markt nicht vernachlässigbar. So stünde potentielle Konkurrenz insbesondere auch in Widerspruch mit dem nach wie vor jedenfalls in Ausschnitten zugunsten der Telekom Austria existierenden höheren Preisniveau.

2.1.4. Preise

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

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

Im Gegensatz zur Vergleichssituation auf den Märkten für Inlandsgespräche kann die Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt bei stabil bleibenden Marktanteilen jedenfalls in Ausschnitten höhere Preisniveaus aufrechterhalten. Diese höheren Preisaufschläge gehen jedoch im Gegensatz zum Markt für Privatkunden auf dem vorliegenden Markt für Nichtprivatkunden deutlich weniger auf Kosten niedrigerer Marktanteilsniveaus (vgl. ON 25, Kapitel 5.1.3.). Die Marktanteile der TA auf dem gegenständlichen Markt sind daher beträchtlich höher als auf dem Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden.

Auch auf dem gegenständlichem Markt verschiebt sich die eigentliche Wettbewerbsproblematik in den Fragenkomplex „Produktbündelung“ bzw. der Übertragung von Marktmacht („leveraging“) sowie „excessive pricing“. Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht genau dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten. Weiters muss dem Potential an Wohlfahrtszugewinnen, die mit der Produktbündelung einhergehen, die damit verbundene Problematik der Marktmachtübertragung gegenübergestellt werden. Nicht-Privatkunden fragen oftmals eine Vielfalt von unterschiedlichen Telekommunikationsleistungen nach, wobei die Auswahl des Betreibers oftmals im Zusammenhang mit der Abwicklung von Projektgeschäften erfolgt.

Wie insbesondere die nach Anschlussarten differenzierten Tarifstrukturen zeigen, offeriert Telekom Austria auch bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden eine höhere Tarifvielfalt. Auf Grund der je nach Tarifmodell unterschiedlichen Abrechnungsformen, z.B. die Art

der Taktung (vgl. ON 25, Kapitel 5.5.2.), die diversen Vergünstigungen einzelner Tarifoptionen (etwa einheitliche Tarife zu ausländischen Fest- und Mobilnetzen) oder sonstiger Tarifspezifika ergibt sich nur eine eingeschränkte Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Tarife.

So können etwa bei dem für Geschäftskunden konzipierten Tarifmodell „TikTak Business“ von TA individuell 3 internationale „Wunschdestinationen“ mit entsprechend niedrigeren Tarifen gewählt werden.

Das Problem der Vergleichbarkeit von unterschiedlichen Tarifpaketen kann umgangen werden, indem man eine „Preisgröße“ konstruiert und (die jeweils relevanten) Umsätze durch die zugehörigen Sprachminuten dividiert und so einen „impliziten Preisbasket“ errechnet. Der Vergleich der Preise auf dem gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden durch die Gutachter erfolgte sohin auf Basis der Berechnung von „impliziten Preisen“, wobei es auf Grund der nicht mehr isolierten Darstellung der Preis- und Mengeneffekte notwendig ist, Korrekturfaktoren in die Berechnung der impliziten Preise miteinzubeziehen.

Im Gegensatz zur Vergleichssituation auf den Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden kann Telekom Austria, den obigen Ausführungen zur Berechnung impliziter Preise folgend, auf dem gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden bei stabil bleibenden Marktanteilen zum Teil deutlich höhere Preisniveaus aufrecht erhalten. Diese höheren Preisaufschläge führen im Vergleich zu der Marktsituation bei Auslandsgesprächen von Privatkunden jedoch nicht zu einem niedrigeren Marktanteil (vgl. ON 25, Kapitel 5.1.3).

Hinsichtlich der weiteren wettbewerblichen Entwicklung können nur schwer preisliche Änderungstendenzen ausgemacht werden, auch nicht hinsichtlich der Richtung allfälliger Preisanpassungen. Am ehesten wird man auch hier – analog zu den Marktanteilsverläufen – mittelfristig von einer konstanten Fortentwicklung ausgehen müssen. Im Gegensatz zu den Märkten für Inlandsgespräche besteht bei gegenständlichem Markt allerdings nach wie vor ein Potential an Preisunterbietungen für alternative Anbieter, wenn auch in etwas geringerem Ausmaß als bei Privatkunden.

2.1.5. Performance

Die Wahl geeigneter Performance-Maße ist ein wichtiger Schritt, um Marktmacht von Unternehmen zu beschreiben. Exzessiv hohe Werte für ein Performance-Maß eines Unternehmens, das heißt eine hohe erreichte Rentabilität des eingesetzten Kapitals im Vergleich zu Konkurrenten, lassen gegebenenfalls den Schluss auf eine starke Marktposition zu.

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

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

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

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

Telekom Austria erreichte auf dem gegenständlichen Markt in den Jahren 2001 – 2003 basierend auf dem festgestellten erhöhten Preisniveau eine Umsatzrentabilität von etwa 30 % (auf Zehnerschritte gerundet). Dieser Wert beinhaltet bereits einen fiktiven Kapitalkostenzinssatz der Telekom Austria.

Die relativ hohen Kostenüberdeckungsgrade in der Zone „Ausland“ der Kontrollmatrix (ON 25, vgl. Annex 8.1.) bringen zum Ausdruck, dass hier Telekom Austria vergleichsweise hohe Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stehen.

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

2.1.6. Technologisches Entwicklungspotential

Hinsichtlich des technologischen Entwicklungspotentials ist ungewiss, welche Anbieter von den hier erwarteten Innovationsschüben, bspw. VOIP, am besten profitieren können. Bezüglich Nichtprivatkunden ist speziell darauf hinzuweisen, dass die Telekom Austria in der Regel über direkte und damit qualitativ hochwertige Leitungen in eine Vielzahl von Ländern verfügt. Auch aufgrund von Größenunterschieden muss hier mit einer gewissen Asymmetrie in den Gestaltungsmöglichkeiten gerechnet werden.

2.1.7. Internationaler Tarifvergleich

Aus den internationalen Tarifvergleichen (vgl. Kapitel 5.6.2.; ERG: „International Benchmarking“) können keine systematischen Schlüsse gezogen werden. Wenn auch keine groben Ausreißer festgestellt werden können, so ist dennoch festzuhalten, dass sich das Vergleichsprodukt der Telekom Austria bei Nichtprivatkunden preislich im oberen Bereich befindet; die Relevanz dieses Indikators wird jedoch aufgrund nur sehr eingeschränkter Vergleichbarkeit und teils fraglicher methodischer Validität entsprechend verringert.

2.1.8. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verhandlungsstärke im Sinne einer nachfrageseitigen Gegenmacht ist bei Nichtprivatkunden prinzipiell denkbar. Auf dem gegenständlichen Markt hat allerdings selbst der größte Kunde weniger als 3% des Marktumsatzes der Telekom Austria (bzw. bei Bezug auf den Gesamtmarkt noch entsprechend weniger). Es gibt innerhalb der Gruppe der Geschäftskunden keinen einzigen der auf Grund seiner Größe eine für den Gesamtmarkt hinreichend disziplinierende Gegenmacht auf TA ausüben könnte.

2.1.9. Weitere Indikatoren

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

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

2.2. Ergebnis der Wettbewerbsanalyse am Markt für Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden

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

Die Wettbewerbsproblematik liegt am vorliegenden Markt, wie eingangs ausgeführt, primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren. Als Beleg dafür zeichnete sich in letzter Zeit eine Phase der Konsolidierung der Marktanteile der Telekom Austria auf hohem Niveau (rund 60%) ab. Alternative Anbieter können die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen. Diese sind im gegenständlichen Markt deshalb vergleichsweise hoch, als Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale hier besonders wichtig sind und marktrelevante Leistungen häufig in Form von Projektgeschäften bezogen werden. Sowohl tatsächliche Qualitätsvorsprünge auf Seiten der Telekom Austria aufgrund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile erklären solche Wechselbarrieren.

Aufgrund der Wechselkosten besteht die Gefahr, dass Telekom Austria ihre Marktmacht zum Nachteil der Nichtprivatkunden ausübt und überhöhte Endkundenpreise zur Anwendung bringt. Weiters besteht die Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nur bedingt repliziert werden können. Diese Problematik wird auf dem vorliegenden Markt durch die hohe Bedeutung individueller Gesamtlösungen noch verschärft (ON 25, Kapitel 7.1.6).

Die Anreize von TA, den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt nachhaltig zu beeinflussen, sind auf Grund der dafür vorhandenen Möglichkeiten gegeben.

3. Regulierungsinstrumente

3.1. Auswahl und Bewertung der Regulierungsoptionen für den gegenständlichen Markt

Ausgangspunkt für die Feststellung angemessener Regulierungsinstrumente sind die folgenden Wettbewerbsprobleme: (i) Vorhandensein von Marktbarrieren, (ii) überhöhte Preise zum Nachteil der Endkunden und (ii) Marktmachtübertragung durch Produktbündelung.

3.1.1. Verpflichtungen auf Endkundenebene

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

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

Dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise kann gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex-ante-Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden (ON 32). Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfüllt die Verpflichtung, die Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen zur Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch nicht nachbildbare Bündelung von Produkten) verhindert wird.

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

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

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

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

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

Die unmittelbar bestehenden, horizontal-komplementär verbundenen Zusammenhänge zwischen Zugangs- und Gesprächsbereichen begründen die Notwendigkeit einer Genehmigung der Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für sämtliche Endkundenmärkte der Sprachtelefonie, auf denen Telekom Austria (vorläufig) eine SMP-Stellung innehat, das sind die Märkte für Inlandsgespräche für (Nicht)Privatkunden, der für Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden sowie die beiden Zugangsmärkte. Die gegenwärtigen Tarifangebote (Tarifpakete) der TA beinhalten teilweise Produkte von verschiedenen Märkten der TKMVO 2003.

3.1.2. Getrennte Buchführung

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

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

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

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

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

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

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

3.1.3. Fazit

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

- Da sich Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sinnvollerweise nicht isoliert betrachten lassen und die Vorleistungsregulierung nicht ausreicht, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, sollten Entgelte und Allgemeine Ge-

schaftsbedingungen des gegenständlichen Marktes und ihre Änderungen mit Ausnahme von Aktionen von bis zu dreimonatiger Dauer der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorgelegt und u.a. auf ihre Kostenorientierung überprüft werden. Die Genehmigung hat unter Bedachtnahme auf § 45 TKG 2003 zu erfolgen, wobei die Nebenbestimmungen nach § 45 Abs. 5 TKG 2003 zu berücksichtigen sind.

- Die ex-ante-Entgeltgenehmigung sollte auf Basis einer gesamt- und einheitlichen Kostenorientierung gemäß dem dargestellten Prüfmaßstab (ON 32) bzw. der darin enthaltenen Kostenrechnungsprinzipien erfolgen.
- Getrennte Buchführung wird gemäß den obigen Überlegungen als notwendig für eine adäquate und zeitnahe Kostenüberprüfung erachtet.

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

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum gegenständlichen Markt in Bezug auf das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus den eingehenden, schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten (ON 25). Die aus ökonomischer Sicht geeigneten Regulierungsinstrumente ergeben sich aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 32).

Hinsichtlich der Stellungnahmen und Urkundenvorlagen der TA, die auch im gegenständlichen Verfahren eingebracht wurden (ON 20, 30, 37 und 38), hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass die vorgelegten Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE & MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 großteils nur auf internen Quellen und Schätzungen der TA beruhen und im Vergleich zu den im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens der Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die auf Datenlieferungen sämtlicher Betreiber zurückgehen, nicht hinreichend repräsentativ erscheinen. Zu den in den Gutachten von EE & MC teils in sehr allgemeiner Form angesprochenen Punkten ist die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen daher zu anderen Feststellungen gelangt als sie in den EE & MC-Gutachten nahe gelegt werden.

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

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

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

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

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

TA kritisiert unspezifisch, aber auch in Bezug auf den gegenständlichen Markt sinngemäß die Darstellungen der Datenreihen, die sich in ihrer Form, in den Zeitreihen und im Aggregationsniveau unterscheiden würden.

Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf den Umfang der von der RTR-GmbH erhobenen Daten und auf die Unabhängigkeit der Amtssachverständigen bei der Auswahl der im Gutachten heranzuziehenden Grafiken. In diesem Zusammenhang wird auch auf die aufgrund der notwendigen Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit eines Gutachtens zwangsläufig zu erfolgende Auswahl der in das Gutachten Eingang findenden Grafiken verwiesen.

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

Zum Vorwurf unterschiedlicher Zeitreihen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ziehen unterschiedliche Datenqualität, unterschiedliche zeitliche Verfügbarkeit (etwa bei Marktvolumensdaten einerseits und Tarifdaten andererseits) sowie Strukturbrüche in den Datenmodellen selbst (etwa hinsichtlich der Unterscheidung Privat- und Nichtprivatkunden) unterschiedliche Zeitreihen geradezu zwangsläufig nach sich. So ergibt sich für die Telekom-Control-Kommission in nachvollziehbarer Weise, dass, will man etwa historisch längere Zeiträume aufzeigen, es mitunter „zwangsläufig“ notwendig erscheint, auf eine höhere Aggregationsstufe umzusteigen.

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

Zum Vorwurf der vermeintlichen Inkonsistenzen innerhalb des Marktanalysegutachtens:

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

tors als schlussendlich nicht geeignet erscheint, die getroffenen Schlussfolgerungen des Marktanalyse-Gutachtens in Frage zu stellen.

Zum Pauschalvorwurf methodischer Unzulänglichkeiten:

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

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

Die Tatsache, dass Marktanalysen gemäß dem neuen Rechtsrahmen nicht auf die Analyse der Marktanteile zu reduzieren sind, bedarf angesichts der Auflistung der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 enthaltenen Indikatoren für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht keiner näheren Erläuterung, entsprechendes kommt auch ganz offensichtlich im Marktanalysegutachten zum Ausdruck. Viel weniger klar (ON 30) dürfte hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die nach wie vor besondere Bedeutung von Marktanteilen sein, so geht aus § 35 TKG 2003 sowie den SMP-Leitlinien nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission jedenfalls implizit hervor, dass beträchtliche Marktanteile eine notwendige wenn auch nicht hinreichende Bedingung für die Feststellung von SMP sind.

Zur Anmerkung der TA (ON 30, Beilage C, S.40ff.) dass die Gutachter den Wachstumsverlauf bei CPS-Ständen mit einer logarithmischen Trendlinie illustriert hatten, anstelle der von TA vorgeschlagenen linearen Trendlinie, merkt die Telekom-Control-Kommission an, dass nach ihrer Ansicht sich schon aus dem Vergleich zur vorgeschlagenen linearen Trendlinie (ON 30, Beilage C, S.41) ergibt, dass die in ON 25 gewählte Darstellungsweise treffender ist.

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

Zum Vorwurf logischer Vermischungen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

with significant market power: narrowband services“, S. 11-12; nunmehr von der Europäischen Kommission publizierte und im Internet abrufbare Endfassung im Rahmen der von der Kommission beauftragten Studien zu Regulierungsfragen).

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

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

3. Zur Marktabgrenzung des Marktes „Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“

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

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

§ 1 Z 6 TKMVO 2003 sieht einen Endkundenmarkt „Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ vor; das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet des Marktes ist dabei das Bundesgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

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

4. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

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

In Ziffer 114 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kom-

munikationsnetze und –dienste, ABI L C 165/6 vom 11.7.2002 (im Folgenden: SMP-Leitlinien) wird in Bezug auf das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten im Falle der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht wie folgt ausgeführt: „Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen, ist jedoch nicht mit den Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens vereinbar, insbesondere nicht mit Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie. Mit anderen Worten, die NRB [nationalen Regulierungsbehörden, Anm.] müssen einem Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, mindestens eine Verpflichtung auferlegen.“

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

Zur Frage sich selbsttragender vs. effektiver Wettbewerb:

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

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

Dieser Definition zufolge besteht effektiver Wettbewerb in der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht. Art. 14 Abs. 2 der R-RL und daran angelehnt § 35 Abs. 1 TKG 2003 definieren den Begriff „beträchtliche Marktmacht“ als einen Zustand, in dem „ein Unternehmen allein oder mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten“.

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

Nun ist es zwar denkbar, dass Endkundenmärkte insoweit in effektivem Wettbewerb stehen, dass sie keiner Endkundenregulierung bedürfen (wie es im Übrigen auf dem Auslandsprivatkundenmarkt der Fall ist), der Wettbewerb aber eben nicht selbsttragend ist, da er zentral von der Basisvorleistungsregulierung der Betreiber(vor)auswahl abhängt. Die begriffliche Unterscheidung zwischen effektivem und selbsttragendem Wettbewerb ist daher jedenfalls nicht als konstitutiv für die Beurteilung über das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht bzw. von effektivem Wettbewerb zu sehen. Die unterschiedlichen Begriffe zielen vielmehr auf eine Unterscheidung hinsichtlich der Abhängigkeit des bereits erreichten Wettbewerbsniveaus auf dem Endkundenmarkt vom Bestehen einer Regulierung auf den Vorleistungsmärkten ab.

Die sachliche Rechtfertigung für dieses Wettbewerbsverständnis ergibt sich aus der de facto monopolistischen Marktmacht auf dem benachbarten Zugangsmarkt, auf Grund der es ohne Basisvorleistungsregulierung zu einem Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf den Verbindungsmärkten käme. Es kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weder dem europäischen noch dem österreichischen Gesetzgeber unterstellt werden, eine Definition von Wettbewerb gewählt zu haben, die nicht auf die Notwendigkeit von Basisvorleistungsregulierungen abstellt. Es würde den Regulierungszielen des TKG 2003 geradezu entgegenlaufen, wenn ein ausschließlich im reinen Wortsinn der Bestimmungen des Art. 14 Abs. 2 R-RL bzw. des § 35 Abs. 1 TKG 2003 effektiver, aber eben nicht selbsttragender, Endkundenmarkt keiner wie auch immer gearteten (auch nicht auf anderen Märkten) ex ante Regulierung unterliegen sollte. Diese Überlegung wird auch durch den Wortlaut des § 43 TKG 2003 („Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer“) gestützt, in dem es in Bezug auf die Tatbestandsvoraussetzungen in Abs. 1 Z 1 leg cit heißt: „[...] kein Wettbewerb herrscht]“. Auch durch die fehlende Eingrenzung des Wettbewerbsbegriffs in der lex specialis für das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten auf den Endkundenmärkten, kommt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zum Ausdruck, dass die Definition des effektiven Wettbewerbs in § 35 Abs. 1 TKG 2003 das von der Telekom-Control-Kommission gewählte Wettbewerbsverständnis des selbsttragenden Wettbewerbs gerade nicht ausschließt.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ergibt sich daher bereits aus dem Charakter der ex ante Regulierung selbst, dass auch die Auswirkungen der Aufhebung von Regulierungsinstrumenten mitzuberücksichtigen sind. Die Telekom-Control-Kommission weist daher das Vorbringen der TA hinsichtlich der angeblichen fehlenden gesetzlichen Grundlage für den gewählten Wettbewerbsbegriff zurück.

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

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

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

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

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

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield“-Ansatz). So hält auch die Europäische Kommission in ihren „Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht“ wie folgt

fest: „Bei der Ex ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...] muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung zu dem Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71 der Leitlinien).

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

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

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am gegenständlichen Markt

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

Vor dem Hintergrund des § 37 Abs. 1 TKG 2003 wie auch gemäß Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie ergibt sich eine von der Regulierungsbehörde heranzuziehende dynamische Betrachtungsweise. Demgemäß sollte die Untersuchung der tatsächlichen Wettbewerbssituation auch die Frage umfassen, ob der Markt potentiell wettbewerbsorientiert ist und somit ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist. Liegt also kein effektiver Wettbewerb vor, so ist die Frage zu klären, ob der Markt eventuell im Zeitverlauf von selbst in Richtung effektiven Wettbewerb tendiert. Stützt sich der vorgefundene effektive Wettbewerb hingegen auf die Regulierung auf der Vorleistungsebene, so kann nicht von selbsttragendem Wettbewerb (ohne jegliche Regulierung) gesprochen werden. Der Wettbewerb am Endkundenmarkt kann also effektiv, aber zentral von Regulierungen auf anderen Märkten abhängig sein.

Stellt man jedoch auf selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb ab, so ist in diesem Zusammenhang (v.a. auf Vorleistungsmärkten) auch das Ausmaß und die Entwicklung der Infrastrukturinvestitionen zu betrachten. In ihrer Einschätzung des Wettbewerbs hat die Regulierungsbehörde daher den voraussehbaren oder zumindest wahrscheinlichen Veränderungen am jeweils gegenständlichen Markt im Rahmen ihrer zu treffenden Prognosebeurteilung für den jeweils relevanten Zeitraum Rechnung zu tragen.

Diesem Verständnis des § 37 TKG 2003 Folge tragend, wurden die Gutachter des Marktanalyse-Gutachtens bereits im Gutachtensauftrag vom 20.10.2003 beauftragt, festzustellen, „ob aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge“.

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

mentarien der Vorleistungsebene für den Endkundenmarkt, sowie würden anzustellende wettbewerbsrechtliche Hintergrundüberlegungen nicht getätigt: Zusammengefasst sei der Vorrang der Regulierung der Vorleistungsmärkte nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Unter Zugrundelegung der Ausführungen zum Art 17 der Universaldienst-Richtlinie kam die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass dem Vorbringen der TA diesbezüglich nicht zu folgen war.

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

Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (ABl. C 165, S. 5 vom 11.7.2002) fest, dass „bei der ex ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen sind als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“.

Angemerkt wird darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Abschnitt 3.1. der Leitlinien). Den diesbezüglichen Ausführungen der TA konnte daher von der Telekom-Control-Kommission bei der Entscheidung über die aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente nicht gefolgt werden. TA selbst führt aus, dass es sich bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt um „theoretische, denkmögliche Wettbewerbsprobleme [...] handelt, die somit präventiv mit tatsächlichen Regulierungsaufgaben „bekämpft“ werden“. Diesbezüglich ist auszuführen, dass der Ausdruck der denkmöglichen Wettbewerbsprobleme seitens der TKK immer vor dem Hintergrund gegebener Anreizstrukturen und gegebener Regulierungsinstrumente angewendet wurde.

TA kritisierte in diesem Zusammenhang (ON 20, S 140), dass die Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten feststellten, dass sich Wettbewerber auf den Endkundenmärkten [...] sehr rasch etablieren konnten. Es wäre unabdingbar gewesen, zu prüfen, ob die Maßnahmen auf den Vorleistungsmärkten ausreichen, um Wettbewerb sicherzustellen. Ferner seien für kurzfristig auftretende Wettbewerbsprobleme die Kartellgerichte bzw. die Bundeswettbewerbsbehörde zuständig. Im Zusammenhang mit obigen Ausführungen zum Thema selbsttragenden Wettbewerbs ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine Regulierung des benachbarten Zugangsmarktes nach wie vor notwendig ist, um das erreichte Wettbewerbsniveau auf den Verbindungsmärkten durch die mögliche Übertragung von Marktmacht nicht zu schwächen. Die Frage des Ausreichens der Regulierung auf Vorleistungsmärkten ist zwar bei der Regulierung von Endkundenmärkten zu stellen (Primat der Regulierung der Vorleistungsmärkte), allerdings weist die Telekom-Control-Kommission in Bezug auf das Vorbringen der TA zur Zuständigkeit der Kartellgerichte und der Bundeswettbewerbsbehörde im Falle von kurzfristig auftretenden Wettbewerbsproblemen darauf hin, dass es primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie die aus diesen Marktstrukturen sich ergebenden Verhaltensanreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu begegnen. Daher wurde dieser Markt auch als relevanter Markt in die Märkteempfehlung der Europäischen Kommission und letztlich in die TKMVO 2003 aufgenommen. Aus den genannten Gründen konnte daher den Ausführungen von TA nicht näher getreten werden.

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

Die Eingrenzung der Untersuchung der Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 35 Abs. 2 TKG 2003 ergibt sich aus dem enormen Marktanteilsvorsprung auf Grund der asymmetrischen Marktanteilsverteilung auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt und dem unterschiedlichen Grad der Integration.

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

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

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

6.1.1. Marktentwicklung und Marktanteile

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

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

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

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

Zur Frage der Marktanteilsberechnung:

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

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

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

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

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

Da die größten vier am Nichtprivatkundenmarkt tätigen Anbieter (inklusive Telekom Austria) mehr als 85% der Umsatzmarktanteile auf sich vereinigen und sich die Marktanteile der Telekom Austria seit dem Jahr 2002 nach wie vor deutlich in einer Höhe über 60% der in Umsätzen gemessenen Marktanteile stabilisiert haben, spricht dieser Marktmachtindikator deutlich für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

Bei der Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht aufgrund der Verteilung der Marktanteile ist gemäß der Rechtsprechung der EK auch auf die Verteilung der Marktanteile der Wettbewerber, insbesondere auch auf den Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber abzustellen. In Umsätzen gemessen liegt der Marktanteil von TA viermal über dem des nächstgrößeren Unternehmens.

Zum Vorbringen der TA (ON 30, S 3), dass das Marktanalyse-Gutachten keine wettbewerbsrechtlichen Hintergrundüberlegungen enthalte, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass solche Überlegungen nicht Bestandteil des Gutachtensauftrages waren, da diese Frage bereits mit der Marktdefinition entschieden war. Eines der Kriterien für die Aufnahme eines Marktes in die Liste der der ex ante Kontrolle zugänglichen Sektormärkte gründet in der Unzulänglichkeit von Maßnahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Märkteempfehlung der

EK, drittes Kriterium). Allfällige diesbezügliche Überlegungen sind daher im Stadium der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht nicht mehr anzustellen. Wie sich aus dem Gutachtensauftrag vom 20.10.2003 ergibt, handelt es sich um ein ökonomisches Gutachten. Im Endergebnis kann diesem Vorbringen von TA unter Verweis auf die obigen Ausführungen nicht gefolgt werden.

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

Dem Argument von TA (ON 20, S 140), dass der Verhaltensspielraum von TA durch die am Markt befindliche Anzahl der Marktteilnehmer eingeschränkt sei, kann die Telekom-Control-Kommission unter Verweis auf die auch nach dem Zusammenschluss von Tele2 und UTA stark asymmetrische Marktstruktur insbesondere auf dem komplementären Zugangsmarkt aber auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nicht Folge leisten: TA ist der größte Anbieter von Festnetzkommunikationsleistungen und ist als einziger Anbieter von marktgegenständlichen Leistungen österreichweit flächendeckend vertikal integriert. Daneben gibt es wenige „mittelgroße“ Anbieter mit nur teilweise eigener, und auch nur regionaler Infrastruktur, sowie eine vergleichsweise große Anzahl von teils sehr kleinen Anbietern. Es ist daher für die Telekom-Control-Kommission aus diesem Grund und unter Einbeziehung vorhandener Marktbarrieren nicht nachvollziehbar, warum TA vermeint, auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt, wenn auch unter den Gegebenheiten der ex ante Regulierung, in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt zu sein.

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

Diesbezüglich ist auf die Bestimmung des § 46 TKG 2003 zu verweisen. Diese Bestimmung normiert, dass die Regulierungsinstrumente der BetreiberAuswahl und der BetreiberVorauswahl gegebenenfalls „bei der Bereitstellung des Anschlusses“ aufzuerlegen sind. Die „Bereitstellung des Anschlusses“ wird durch § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 erfasst. Die dort enthaltenen Märkte sind die Märkte für den Zugang von Privatkunden bzw. Nichtprivatkunden, zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Diese beiden Märkte sind Endkundenmärkte. Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass gemäß Art. 19 Universaldienstrichtlinie (Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten) bzw. § 46 Abs. 1 TKG 2003, die Regulierungsinstrumente der BetreiberAuswahl und der BetreiberVorauswahl ungeachtet etwaiger Auswirkungen auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt als Regulierungsinstrumente auf den erwähnten Anschlussmärkten gemäß § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 anzusehen sind. Der Regulierung der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl wurde eingehend Rechnung getragen. Ohne dieses Regulierungsinstrument („Basisregulierung“) würde es mangels Anschlussnetzen der alternativen Anbieter zu einem Zusammenbrechen der wettbewerblichen Strukturen auf dem gegenständlichen Markt kommen. Dem diesbezüglichen Vorbringen der TA war daher nicht näher zu treten, wiewohl festzustellen ist, dass die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl für die wettbewerblichen Strukturen des gegenständlichen Markts von zentraler Bedeutung ist.

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

Bezüglich des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA zeigen sich keine Auswirkungen, die hinsichtlich der Effektivität des Wettbewerbs auf dem gegenständlichen Markt unterschiedliche Schlüsse nahe legen würden. So hat UTA auf dem gegenständlichen Markt einen Marktanteil von unter 15 %. Tele2 war bisher auf dem gegenständlichen Markt nicht aktiv, sodass „Tele2/UTA“ zusammen keine höheren Marktanteile erreichen werden; der gegenständliche Markt wird dadurch hinsichtlich der Beurteilung des Wettbewerbs nicht nachhaltig beeinflusst.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht daher dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.1.2. Vertikale Integration

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

Auf dem gegenständlichen Markt reduziert sich die Abhängigkeit vom Vorleistungsanbieter Telekom Austria in Bezug auf die auf das Ausland entfallende Verbindungsleistung allerdings substantiell. Für die Weiterleitung und Zustellung von Auslandsgesprächen – zumindest hinsichtlich der wesentlichsten Destinationen – stehen allen Betreibern (Telekom Austria wie auch den alternativen Anbietern) eine Reihe von internationalen Carriern zur Verfügung. Freilich muss aber auch hier von – teils größenabhängig – unterschiedlichen Einkaufsmöglichkeiten und Verhandlungspositionen ausgegangen werden.

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

Die Abhängigkeit der alternativen Anbieter von der Vorleistungsbereitstellung der TA reduziert sich allerdings auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt substantiell, da – zumindest hinsichtlich der wichtigsten Destinationen - eine Reihe von internationalen Carriern zur Verfügung stehen.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher in geringem Ausmaß für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.1.3. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

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

In ihrer Empfehlung über relevante Märkte unterscheidet die Europäische Kommission zwischen zwei Arten von Marktzutrittsbarrieren, nämlich strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse: Ein strukturelles Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden. Hohe strukturell bedingte Marktzutrittsbarrieren bestehen beispielsweise, wenn erhebliche Skalen-, Verbund- und Dichtevorteile sowie hohe versunkene Kosten für den Markt charakteristisch sind. Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

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

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Hohe Marktzutrittschranken können dazu führen, dass ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil sich unabhängig von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern (EuGH Rs. United Brands, 14.2.1978) verhalten und bspw. Preise über den Kosten verlangen kann.

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

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

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

1. Zur Wahrscheinlichkeit des Markteintrittes:

Der Rechtsprechung der EK folgend, gilt ein Markteintritt eines potentiellen Wettbewerbers nur dann als hinreichend wahrscheinlich, um die Marktmacht eines marktmächtigen Unternehmens zu beschränken, wenn wahrscheinlich ist, dass ein solcher Markteintritt auch angesichts möglicher Gegenreaktionen des marktmächtigen Unternehmens als ausreichend rentabel erscheint (Entscheidungen der EK zu M.1383 – Exxon/Mobil, Rz 221ff; M 330 - McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann, Rz 73 ff sowie M.269 – Shell/Montecatini, Rz 85ff).

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind zwar im Vergleich zu den Zugangsmärkten auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt die Markteintrittsbarrieren auf Grund der vergleichsweise geringeren Investitionskosten vergleichsweise gering, allerdings ist auch auf dem gegenständlichen Markt auf Grund zu tätiger Investitionen (Werbung, Branding) und bestehender Vorteile der TA von existierenden Markteintrittsbarrieren auszugehen, die gerade auch unter Berücksichtigung der späten Marktphase die Wahrscheinlichkeit für Markteintritte entsprechend verringern.

2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintritts und Erheblichkeit desselben:

Die Geltungsdauer des gegenständlichen Bescheides ist mit dem Abschluss eines zukünftigen Verfahrens zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht für den gegenständlichen Markt befristet. Die einem solchen zukünftigen Verfahren gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 zugrunde liegende TKMVO 2003 muss alle zwei Jahre überprüft werden. Wenn nun auch keine eindeutige Frist, innerhalb derer ein Markteintritt erfolgen muss, aus der Entscheidungspraxis der EK abgeleitet werden kann, so ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission tendenziell doch davon auszugehen, dass innerhalb des hier relevanten Zeitraums von ungefähr zwei Jahren im Gegensatz zum Beginn der Liberalisierung auf Grund des nunmehr gesättigten Marktes wenig ökonomische Anreize bestehen, dass zusätzliche Mitbewerber in den gegenständlichen Markt eintreten. Sollten solche Eintritte tatsächlich erfolgen, erscheint der Telekom-Control-Kommission auf Grund der obigen Argumente die Möglichkeit eines neu eintretenden Verbindungsnetzbetreibers zur Gewinnung signifikanter Marktanteile als sehr gering.

TA brachte diesbezüglich (ON 20, S 143 – 150) zusammengefasst vor, dass Marktbarrieren auf den Endkundenmärkten nicht mehr gegeben seien, da es durch den nicht mehr bestehenden Zwang zur Konzession keine institutionellen Zugangsbarrieren mehr gebe. Ferner sei es sogar so, dass es durch die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung samt „kostengünstigen Anbieten“ derselben, die ja ohne vergleichbare Anfangsinvestitionen möglich sei, keine strukturellen Barrieren im Anschlussnetz mehr gebe. Auf Grund der Verflochtenheit des benachbarten Anschlussmarktes mit dem gegenständlichen Verbindungsmarkt gebe es auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt auch keine strategischen Markteintrittsbarrieren, allenfalls solche, die durch alternative Anbieter errichtet worden wären. Darüberhinaus sei es durch die Trennung von Netzanschluss und Diensten zu einer Reduktion der Markteintrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt durch TA gekommen.

Diesbezüglich hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen: Die Tatsache, dass mit dem TKG 2003 keine Konzessionspflicht für das Erbringen von Festnetzsprachtelefonieprodukten mehr besteht, bedeutet für sich genommen nur, dass tatsächlich allenfalls bestehende rechtlich/institutionelle Markteintrittsbarrieren nicht mehr in diesem Ausmaß existieren. Allerdings darf das nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht darüber hinwegtäuschen, dass es nur einer verhältnismäßig kleinen Anzahl von Anbietern gelungen ist, signifikante Marktanteile zu erobern – überdies gelang das nur auf den Verbindungsmärkten.

Entgegen dem Vorbringen von TA bestehen auch für Verbindungsnetzbetreiber Markteintrittsbarrieren für den gegenständlichen Markt, sollten sie sich entschließen, in Zukunft als Teilnehmernetzbetreiber operativ sein zu wollen. Es bestehen für einen solchen Verbindungsnetzbetreiber angesichts der hohen versunkenen Kosten nach wie vor beträchtliche Markteintrittsbarrieren, die von der Errichtung eines eigenen flächendeckenden Festnetzes gerade im Anschlussbereich Abstand nehmen lassen (ON 25). Die daraus resultierende Notwendigkeit zur Erbringung von Verbindungsleistungen (Gespräche) durch Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl bringt darüber hinaus auch am gegenständlichen Markt die Abhängigkeit der Verbindungsnetzbetreiber vom flächendeckenden Anschlussnetz der TA für den auf das Inland entfallenden Teil der notwendigen Vorleistung zum Ausdruck. In diesem Zusammenhang wird auf das auferlegte Regulierungsinstrument der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl auf dem benachbarten Zugangsmarkt hingewiesen.

Auf dem gegenständlichen Markt sind die Markteintrittsbarrieren nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission insbesondere deshalb gegeben, da Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale hier besonders wichtig sind. Sowohl tatsächliche Qualitätssprünge auf Seiten der Telekom Austria aufgrund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur, als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile erklären solche Wechselbarrieren. Letzte Komponente dürfte vor allem im Zuge von Unternehmenskonkursen alternativer Anbieter noch verstärkt werden, da diesfalls mit negativen Reputationswirkungen auf die Gesamtheit aller alternativen Betreiber zu rechnen ist.

Zum Vorbringen der TA, dass alternative Anbieter Marktbarrieren durch das Anbieten von Bündelprodukten samt dem mittelbaren Herbeiführen eines „one-stop-shop-Effektes“ errichten würden, hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass das Anbieten von Bündeln, die mit denen der TA vergleichbar sind, aufgrund der vertikalen Integration der TA und den derzeit verfügbaren Vorleistungsprodukten (eben ohne Resale), nur jenen alternativen Betreibern möglich ist, die ebenfalls über ein Anschlussnetz verfügen. Die spezifische Wettbewerbsproblematik der Produktbündelung am gegenständlichen Verbindungsmarkt besteht eben in der Bereitstellung des Zugangs gebündelt mit der Verbindungsleistung (Gespräche) für den Endkunden bzw. in der Abwicklung von Projektgeschäften. Alternative Anbieter ohne eigenes Zugangsnetz, das sind die allermeisten der Wettbewerber der TA, können daher, wie ausgeführt, auf Grund der auch am gegenständlichen Verbindungsmarkt in Bezug auf den auf das Inland entfallenden Anteils der notwendigen Vorleistung keine Produktbündel aus Zugangsprodukten und Gesprächsleistungen anbieten. Das diesbezügliche Vorbringen der TA geht daher ins Leere.

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

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

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

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

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

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

Zur Bestreitbarkeit von Märkten:

Bezüglich des Vorbringens der TA im Hinblick auf die vorliegende Bestreitbarkeit des gegenständlichen Verbindungsmarktes hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, dass das

diesbezügliche Vorbringen von TA nicht geeignet ist, die getroffenen Feststellungen in Frage zu stellen.

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

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

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

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

Darüberhinaus ist für den entry-lag (Zeitverzögerung des Markteintritts) auf Seiten der Wettbewerber von TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission durchaus mit einer signifikanten Zeitspanne zu rechnen. Diese kann unter anderem durch die Bereitstellung der für einen Verbindungsnetzbetrieb nötigen Netzelemente, die erforderlichen Verhandlungsprozesse für Zusammenschaltungsvereinbarungen, die Erreichung eines hinreichend großen Bekanntheitsgrades, die Bereitstellung entsprechender customer care- sowie Billing-Einrichtungen entstehen. Ferner besitzt der Incumbent über vielfältige Verzögerungsmöglichkeiten, da er eben im Besitz der nicht ersetzbaren Infrastruktur im Anschlussbereich ist (ON 25). In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass in anderen Industriezweigen ein Markteintritt eines Mitbewerbers erst mittelbar über die Marktbeobachtung feststellbar ist, im vorliegenden Markt jedoch auf Grund der Zusammen-

schaltung (Vorleistungsabhängigkeit) unmittelbar noch vor dem Markteintritt bekannt wird, und daher die Chancen auf eine „hit and run“-Strategie schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt sind.

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

6.1.4. Preise und Performance

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

Das Verhalten am Markt (§ 35 Abs. 1 Z 13 TKG 2003) umfasst daher auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens. Diese ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. So geben zB Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität. Bei der Untersuchung des gegenständlichen Marktes ist aufgrund der engen Verbundenheit mit den Zugangsmärkten auch die Preissetzungspolitik eines Unternehmens auf den benachbarten Zugangsmärkten (Märkte gemäß § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003) in Betracht zu ziehen.

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

Die Feststellungen zeigen, dass im Gegensatz zur Vergleichssituation auf den Märkten für Inlandsgespräche die Telekom Austria hier sowohl bei Privat- als auch Nichtprivatkunden bei stabil bleibenden Marktanteilen deutlich höhere Preisniveaus aufrechterhalten kann. Diese höheren Preisaufläge gehen jedoch am vorliegenden Markt im Gegensatz zu Markt für Inlandsgespräche von Privatkunden deutlich weniger auf Kosten niedrigerer Marktanteilsniveaus.

Wie insbesondere die nach Anschlussarten differenzierten Tarifstrukturen zeigen, offeriert Telekom Austria auch bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden eine höhere Tarifvielfalt. Sofern ANB etwa über Entbündelung Grundentgelt und Verbindungsentgelte gemeinsam verrechnen und kombinieren können, verringert sich die diesbezüglich bei Privatkunden festgestellte Ungleichheit in den Gestaltungsmöglichkeiten, wenn auch nicht gänzlich.

Auch auf dem gegenständlichem Markt verschiebt sich die eigentliche Wettbewerbsproblematik in den Fragenkomplex „Produktbündelung“ bzw. der Übertragung von Marktmacht („leveraging“) sowie „excessive pricing“. Telekom Austria, das als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiert, entsteht

genau dadurch ein relativer Vorteil in den Preisgestaltungsmöglichkeiten. Weiters muss dem Potential an Wohlfahrtszugewinnen, die mit der Produktbündelung einhergehen, die damit verbundene Problematik der Marktmachtübertragung gegenübergestellt werden.

Zur Performanceanalyse:

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

TA hat offensichtlich trotz ex ante Entgeltkontrolle Anreize, auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt exzessive Preise zu setzen.

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

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht aus allen diesen Gründen der Marktmachtindikator der Preisgestaltung und des Performanceergebnisses für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria AG.

6.1.5. Technologische Entwicklung

Hinsichtlich des technologischen Entwicklungspotentials (vgl. ON 25, Kapitel 5.4.4.) ist ungewiss, welche Unternehmen von den hier erwarteten Innovationsschüben (bspw. VOIP) am besten profitieren können. Bezüglich Nichtprivatkunden ist speziell darauf hinzuweisen, dass die Telekom Austria in der Regel über direkte und damit qualitativ hochwertige Leitungen in eine Vielzahl von Ländern verfügt. Auch aufgrund von Größenunterschieden muss hier mit einer gewissen Asymmetrie in den Gestaltungsmöglichkeiten gerechnet werden.

Dieser Marktmachtindikator spricht daher prinzipiell für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt. Seine tatsächliche Bedeutung hinsichtlich des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht ist allerdings im Hinblick auf den prinzipiell auch für Wettbewerber der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt leichter möglichen Zugang zur infrastrukturbasierten Vorleistung stark zu relativieren.

6.1.6. Internationaler Tarifvergleich

Aus den internationalen Tarifvergleichen (vgl. ON 25, Kapitel 5.6.2.1.) können keine systematischen Schlüsse für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht gezogen werden. Wenn auch hinsichtlich der untersuchten Destinationen keine „Ausreißer“ festgestellt werden können, so ist dennoch festzuhalten, dass sich das Vergleichsprodukt der Telekom Austria bei Nichtprivatkunden preislich im oberen Bereich befindet. Die Relevanz dieses Indikators wird jedoch aufgrund nur sehr eingeschränkter Vergleichbarkeit und teils fraglicher methodischer Validität entsprechend verringert.

Aufgrund seiner bedingten Aussagekraft kann dieser Indikator daher nicht wesentlich zur Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria beitragen. Die festgestellte empirische Evidenz deutet nicht auf außergewöhnliche Marktmacht von Telekom Austria hin.

6.1.7. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

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

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

6.2. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

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

Die Wettbewerbsproblematik am gegenständlichen Markt liegt primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren. Diese manifestieren sich insofern, als Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale in der Wahrnehmung der Marktgegenseite auf dem gegenständlichen Markt besonders wichtig sind. Sowohl tatsächliche Qualitätsvorsprünge auf Seiten der Telekom Austria aufgrund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur, als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile erklären die Wechselbarrieren für Endkunden der Telekom Austria.

Aufgrund der Wechselkosten besteht die Gefahr, dass Telekom Austria ihre Marktmacht zum Nachteil der Nichtprivatkunden ausübt und überhöhte Preise verlangt. Weiters besteht die Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nicht repliziert werden können. Diese Problematik wird auf dem vorliegenden Markt durch die hohe Bedeutung individueller Gesamtlösungen (zB Bündelung mit Produkten, die außerhalb der TKMVO 2003 liegen) noch verschärft (vgl. ON 25, Kapitel 7.1.6).

Der festgestellte Marktanteil der TA und der beträchtliche Abstand zu den Mitbewerbern spricht auch unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA für das Vorhandensein von beträchtlicher Marktmacht von TA.

Weiters für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht spricht das Performanceergebnis von über 30 % auf Grund der Fähigkeit, ein vergleichsweise erhöhtes Preisniveau aufrecht zu erhalten.

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

Auch in der Marktverhaltensdimension verweisen die insbesondere bei Nichtprivatkunden praktizierten Gesamtlösungen, sowie die auch im Rahmen von Rabatten nicht zu vernachlässigende Verdrängungsproblematik auf tatsächliche und potentielle Wettbewerbsprobleme, wie der Beständigkeit der Marktbarrieren, der Gefahr überhöhter Preise sowie der Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nicht repliziert werden können.

Die ausgewiesenen Marktanteilsverläufe verweisen auf keine grundlegende Änderung innerhalb der nächsten (zwei) Jahre. Dennoch muss diesem Markt aufgrund der hohen Volatilität von Umsätzen bedeutender Nichtprivatkunden in Verbindung mit möglichen technologischen Umbrüchen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Insgesamt ist sohin festzuhalten, dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und TA über alleinige beträchtliche Marktmacht gemäß § 35 Abs. 1 und 2 TKG 2003 verfügt.

7. Zu den Regulierungsinstrumenten

7.1. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

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

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

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. In den einschlägigen Bestimmungen

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

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 (Vorleistungsverpflichtungen) nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.2. Zur Auswahl der Regulierungsinstrumente im Konkreten

Basierend auf den aufgezeigten Zweck- und Zielbestimmungen des nationalen wie auch des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste und -netze sowie den vier Prinzipien des ERG-Dokuments soll im Weiteren die konkrete Begründung betreffend die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt erfolgen.

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

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

Weitere Regulierungsinstrumente, die geeignet sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu entschärfen, existieren nicht (ON 32). Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen umfasst, da sich an der geschilderten wettbewerblichen Ausgangslage auch bei neuen „Verbindungsmarkt-Produkten“ in wettbewerblicher Hinsicht nichts ändern würde.

Bei den vorliegenden Instrumenten handelt es sich um komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist sichergestellt, dass den Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich begegnet werden kann.

7.2.1. Verpflichtungen auf Endkundenebene

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

§ 43 Abs. 1 TKG 2003 stellt darauf ab, ob „auf dem relevanten Endkundenmarkt kein Wettbewerb herrscht“. Dieser Wortlaut ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dahingehend zu interpretieren, dass auf dem betreffenden Endkundenmarkt kein effektiver Wettbewerb iSv § 37 Abs. 2 TKG 2003 herrscht. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch

den Verweis des Art. 17 Abs. 1 lit a der Universaldienstrichtlinie gestützt, der auf das Nichtvorliegen von wirksamem Wettbewerb iSv Art. 16 der Rahmenrichtlinie abstellt.

Es ist daher von der Regulierungsbehörde eine Prognoseentscheidung über die Effekte einer Regulierung auf Vorleistungsebene auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte zu treffen. Dies ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission aus der Verwendung des Konjunktivs sowohl in Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie als auch in § 43 Abs. 1 Z 2 TKG 2003. In beiden Normen ist darauf abzustellen, „ob die Regulierung auf Vorleistungsebene [...] nicht zur Erreichung [...] der Regulierungsziele führen würde“.

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

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

Da die vorgesehenen Regulierungsinstrumente auf der Vorleistungsebene sohin aus den genannten Gründen nicht zur effektiven Begegnung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ausreichen würden, sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission beide Voraussetzungen der Anwendung des § 43 TKG 2003 gegeben. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind daher die diesbezüglichen Einwände der TA, denen zufolge sich aus Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie bzw. § 43 Abs. 1 TKG 2003 zwingend ergäbe, dass zuerst auf der Vorleistungsebene Regulierungsinstrumente auferlegt werden, sowie anschließend erst nach Beobachtung der Auswirkungen dieser Vorleistungsregulierung allenfalls Regulierungsinstrumente auf der Endkundenebenen auferlegt werden dürften, als nicht stichhaltig anzusehen.

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

TA brachte, unter Hinweis auf ihre Anhörung am 6.9.2004, vor (ON 38, S 13), dass aus der Verbindung der lit. a und lit. b des Absatzes 1 des Art. 17 Universaldienstrichtlinie mit dem Wort „und“ sich ergebe, dass beide Bedingungen dieser Absätze vorliegen müssten, und dass vor dem Auferlegen von Verpflichtungen auf einem Endkundenmarkt, sohin nach dem

Abschluss der Marktanalyse der Vorleistungsmärkte, zu prüfen sei, ob auch ohne Vorleistungsregulierung effizienter Wettbewerb auf dem jeweiligen Endkundenmarkt herrsche. Ferner verweist TA auf den Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie, aus dem sich ergebe, dass vor der Regulierung der Endkundenebene das Ausreichen der Regulierung der Vorleistungsebene geprüft werden müsse.

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

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

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

Es ist daher entgegen dem Vorbringen der TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gesetzlich nicht geboten, dass auf der Vorleistungsebene als geeignet festgestellte Regulierungsinstrumente zuerst angeordnet werden, sodann ihre Auswirkungen auf den nachgelagerten Endkundenmarkt untersucht werden und danach in einem weiteren Schritt auf den nachgelagerten Endkundenmärkten unter Umständen Regulierungsinstrumente auferlegt werden. Die Interpretation des § 43 Abs. 1 TKG 2003 im Sinne der Stellungnahme von TA (ON 30 und ON 38) findet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bereits im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung.

Da gemäß den Gutachtern (ON 32) die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene nicht ausreichen, um den Wettbewerbsproblemen zu begegnen, ist die Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen vorzusehen.

Für das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise (bzw. selektiver Kampfpriese durch Rabatte) und der ungerechtfertigten Bündelung von Diensten sind die Bestimmungen des § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 einschlägig, da sie das Unternehmen verpflichten, solche Verhaltensweisen zu unterlassen. Damit wird den festgestellten Wettbewerbsproblemen gezielt begegnet und der beschriebene Marktmachtmissbrauch verhindert.

Im Konkreten kann dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex-ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden (ON 32). § 45 TKG 2003 erwähnt auch die grundsätzliche Möglichkeit einer Price-Cap-Regulierung von Endkundenpreisen. Die Regulierung mit Price-Caps vermag den Wettbewerbsproblemen weniger bzw. nicht adäquat zu begegnen (ON 32, Kapitel 3.3.1.3.3). Die ex-ante Tarifgenehmigung für Änderung der Tarife und des Tarifgefüges ist hingegen ein adäquates Mittel, um insbesondere den Wettbewerbsproblemen überhöhter Preise und der Produktbündelung zu begegnen. Schließlich legt auch die gegebene horizontale Verflochtenheit der Zugangs- und Verbindungsmärkte eine gesamt- und einheitliche Untersuchungsmethodik und einen korrespondierenden einheitlichen Regulierungsansatz nahe.

Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung besteht weiters die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung (nach § 40 TKG 2003), da diese die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schafft und auch Produktbündelung als (potentielles) Wettbewerbsproblem identifiziert wurde. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig.

Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfüllt die Verpflichtung, die Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderung zur Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch Bündelung von Produkten) verhindert wird.

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene innerhalb des relevanten Zeitraums von ca. zwei Jahren nicht alleine dazu beitragen können, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, sind die genannten Regulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste (weil einzig effektive) Mittel, um die Ziele der Regulierung, das sind der Schutz der Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht, die Verhinderung von Marktmachtübertragung und die Förderung von Markteintritten und des Wettbewerbs, zu fördern.

Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante Entgeltkontrolle erscheint ferner auch vor dem Hintergrund der bereits aufgrund des ONP-Rechtsrahmens bestehenden Verpflichtung zur ex ante-Entgeltkontrolle und der getrennten Buchführung als verhältnismäßig. Die Feststellungen des Marktanalyse-Gutachtens (ON 25) in Bezug auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb zeigen, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der TA geprägt ist.

Zur Tarifregulierung im Konkreten:

Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene sowie die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren aus den angeführten Gründen nicht ausreichen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, ist im Hinblick auf die Kostenorientierung der Endkundenentgelte eine Verpflichtung zur Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen gemäß den Bestimmungen des § 43 Abs. 2 und 3 TKG 2003 aufzuerlegen. Es ist darauf hinzuweisen, dass auf Grund der Komplementarität der beiden Regulierungsinstrumente in dem Ausmaß, indem der Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (bzw. die Entbündelung) vom Markt angenommen wird, diesem Umstand im Rahmen der jeweils anzuwendenden ex ante-Entgeltkontrolle Rechnung zu tragen sein wird. In Bezug auf die mit Bescheiden zu M 1/03 und M 2/03 auf den horizontal benachbarten Zugangsmärkte ebenfalls auferlegte Verpflichtung, den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung (Resale) anzubieten, ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden kann.

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

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

Von der Kostenorientierung sind umfasst:

- a) Tarife für Gespräche zu allen Auslandszonen und zu ausländischen Mobilnetzen,
- b) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,
- c) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG („Dial 1001“) betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß a) – b) sowie
- d) Rabatte betreffend a) - c).

Die Regulierungsbehörde kann gemäß § 45 Abs. 5 TKG 2003 beantragte Entgelte unter Auflagen oder Bedingungen befristet genehmigen. Die Notwendigkeit der Vorabgenehmigung der Entgelte von TA mit Ausnahme von (Werbe-)Aktionsangeboten bis zu dreimonatiger Laufzeit ergibt sich insbesondere aus der Möglichkeit für TA, durch entsprechende Tarife auf der Endkundenebene zum Nachteil ihrer Endkunden überhöhte Preise zur Anwendung zu bringen. In Bezug auf die angeordnete Notwendigkeit der Vorabgenehmigung von Aktionsangeboten mit mehr als dreimonatiger Laufzeit hat die Telekom-Control-Kommission in Fortführung der bestehenden Spruchpraxis erwogen, dass angesichts des festgestellten Wettbewerbsproblems der möglichen Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt die Auferlegung dieser Verpflichtung gemäß § 43 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 als angemessen und notwendig erscheint, da es ansonsten durch unmittelbar aufeinander folgende Aktionsangebote mit einer Gesamtdauer von mehr als drei Monaten zu einer Umgehung der ex ante Tarifgenehmigungspflicht als solcher kommen kann.

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

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

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

Zum Verhältnis dieses Regulierungsinstruments zur getrennten Buchführung wird auf die Ausführungen zu Punkt 7.2.2 dieser Anordnung verwiesen.

In Bezug auf die Konkretisierung der anzuwendenden Kostenrechnungsmethode wird daher auf die in ON 32 (Annex 5) enthaltene „Tarifmatrix“ bzw. die Ausführungen des Punktes 3.1.1 dieser Anordnung verwiesen.

Basierend auf dieser Matrix ergeben sich auch zukünftig folgende Kriterien:

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

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

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

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

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

7.2.2. Getrennte Buchführung

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

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

Dieses Instrument ist grundsätzlich als Ergänzung zu anderen Instrumenten, wie gegebenenfalls der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder auch der Preiskontrolle zu sehen. So hält auch die ERG (S. 49) wie folgt fest: „This obligation is specifically put in place to support the obligations of transparency and non-discrimination. It may also act to support the NRA in implementing price control and cost accounting obligations.“

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des gegenständlichen Endkundenmarktes. Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse von den den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Produkten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

Aufgrund der Tatsache, dass die von TA beantragten Tarife unterschiedliche Märkte der TKMVO 2003 betreffen, sind im Regelfall TA-Produkte auf unterschiedlichen relevanten Märkten der TKMVO 2003 betroffen, daher ist die getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend der Marktgliederung der TKMVO 2003 erforderlich.

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

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

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

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

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

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

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

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

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

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

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

Soweit die Regulierungsbehörde vor In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes festgestellt hat, dass ein Unternehmer marktbeherrschend im Sinne des § 33 TKG (1997) ist, gelten die sich aus dem TKG (1997) ergebenden Pflichten für marktbeherrschende Unternehmer § 133 Abs. 7 TKG 2003 solange weiter, bis für das betreffende Unternehmen ein Bescheid nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 ergangen ist oder die Aufhebung der Verpflichtungen nach § 37 Abs. 3 TKG 2003 wirksam wird.

Die Marktbeherrschung auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen festen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes nach § 33 TKG (1997) war ein Auslöser für die Verpflichtungen der TA gemäß TKG (1997). Da die TA vor In-Kraft-Treten des TKG 2003 am 20.08.2003 mit Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 als marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Festnetzsprachtelefondienstes iSd TKG (1997) festgestellt wurde, gelten dzt. die bislang bestehenden Verpflichtungen des TKG (1997) für die TA in Bezug auf die Leistungen des gegenständlichen Marktes weiter.

§ 37 Abs. 2 S 2 TKG 2003 sieht vor, dass bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen, soweit sie den relevanten Markt betreffen, nach Maßgabe der Ergebnisse des

Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt werden.

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden TA spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Markt auferlegt. Der Markt wurde durch § 1 Z 6 TKMVO 2003 abgegrenzt.

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

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

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

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

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 6.12.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann