

Diskussionsdokument zum Zukunftsthema „Separation“

Wien, am 18. Juni 2007

Diskussionsbeiträge können bis 14.09.2007 an ausblick@rtr.at
übermittelt werden.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	3
2.	Ökonomische Aspekte	4
2.1.	Warum soll separiert werden?	4
2.2.	Potenzielle Kosten der Separation	6
2.3.	Fazit	9
3.	Stand der Diskussion	10
3.1.	Europäische Kommission (EK)	10
3.2.	Interessenvertretungen (exemplarisch)	11
3.3.	OECD.....	11
4.	Formen der Separation – wie soll separiert werden?	13
4.1.	Die Einteilung im Rahmen dieses Dokuments	13
4.2.	Accounting Separation	13
4.3.	Organisatorische Separation	14
4.4.	Strukturelle Separation	15
5.	Technische Aspekte – was soll separiert werden?	17
6.	Rechtliche Aspekte – kann bzw. wie könnte separiert werden?	21
6.1.	Die derzeitige Rechtslage.....	21
6.1.1.	Möglichkeiten im allgemeinen Wettbewerbsrecht	21
6.1.2.	Möglichkeiten im Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bzw. im TKG 2003	22
6.2.	Mögliche zukünftige Regelungen.....	24
6.2.1.	Europa	24
6.2.2.	Österreich	25
6.2.3.	Fazit	25
7.	Beispiele	28
7.1.	Allgemeines.....	28
7.2.	Openreach	28
7.2.1.	Allgemeines.....	28
7.2.2.	Der „Strategic Review of Telecommunications“ der Ofcom.....	29
7.2.3.	Die Verpflichtungszusagen der BT	30
7.2.4.	Umsetzung und Erfahrungen.....	32
8.	Fragen	34
9.	Schlussfolgerungen	36
10.	Literaturverzeichnis	37

1. Einleitung

Im Rahmen des von der RTR-GmbH organisierten Symposiums „Die Zukunft nach 10 Jahren Telekom Liberalisierung“ am 18.06.2007 wurden, neben einer rückblickenden Studie über die Auswirkungen der bisherigen Regulierungstätigkeit in Österreich, auch drei Zukunftsthemen präsentiert. Diese Zukunftsthemen umfassen „Next Generation Networks: Regulierung“, „Next Generation Networks – Investitionsanreize und Kostenrechnung“ und das gegenständliche Thema „Separation“. Das vorliegende Diskussionsdokument stellt die derzeit europaweit diskutierte Einführung einer möglichen neuen Regulierungsverpflichtung zur vertikalen Separation des „Incumbents“ und deren mögliche Auswirkungen in ökonomischer und rechtlicher Hinsicht in Österreich dar und soll zur öffentlichen Diskussion zu den im Dokument identifizierten sowie allfälligen weiteren Fragestellungen anregen. Am 16.10.2007 wird wieder ein Regulierungs-Workshop stattfinden, in dessen Rahmen die drei genannten Zukunftsthemen weiter vertieft werden sollen und bei dem ein um die eingelangten Stellungnahmen erweitertes Dokument zu diesem Thema präsentiert werden wird.

Das Thema Separation wird von der RTR-GmbH aus zwei Gründen als wichtiges Zukunftsthema angesehen: Einerseits ist die europaweite Diskussion dafür verantwortlich, dass bereits derzeit, also noch vor Veröffentlichung der Meinung der Europäischen Kommission (im Folgenden: EK) zum „Review 2006“¹ grundlegende Überlegungen auch von der RTR-GmbH angestellt werden. Andererseits gibt es aber auch intrinsische Gründe für die Beschäftigung mit „Separation“ als Zukunftsthema. Die Regulierungsbehörden haben grundsätzlich den Auftrag, die regulierten Märkte sukzessive und soweit wie möglich zu nachhaltigem Wettbewerb zu überführen und so die Notwendigkeit für sektorspezifische (ex-ante-) Regulierung – nach Umfang und Intensität – zurückzufahren. Es ist daher auf der Basis der geführten Diskussion zu überlegen, ob „Separation“ in der einen oder anderen Form ein geeignetes Mittel sein kann, diese Zielsetzung (schneller) zu erreichen oder deren Erreichung zu erleichtern. Gleichzeitig ist jedoch darauf hinzuweisen, dass mit dem gegenständlichen Dokument zum derzeitigen Zeitpunkt lediglich eine Aufarbeitung von diesbezüglichen Grundlagen zur Diskussion gestellt werden soll, dass aber in der bloßen Befassung mit dem Thema Separation noch keine inhaltliche Tendenz der Regulierungsbehörde pro oder contra „Separation“ gesehen werden kann.

Das vorliegende Dokument stellt einleitend in Punkt 2 die grundsätzliche ökonomische Motivation für die Diskussion um vertikale Separation dar. Darauf aufbauend wird in Punkt 3 überblicksweise der Stand der Diskussion zusammengefasst, wobei besonderes Augenmerk auf die Äußerungen der EK gelegt wird. Punkt 4 thematisiert die unterschiedlichen, verwendeten Begriffe und stellt die Einteilung (in „strukturelle“ und „organisatorische“ Separation) dar, auf der das weitere Dokument aufbaut. In Punkt 5 wird zur Herstellung eines konkreten Österreichbezuges (aufbauend auf der derzeitigen Netzstruktur) erörtert, inwieweit eine Separation im Fall der Telekom Austria² ein Schritt zur Erreichung der damit verbundenen Ziele sein könnte. Punkt 6 stellt überblicksweise die rechtlichen Grundlagen dar, wobei sowohl die derzeitigen Möglichkeiten als auch die zukünftig möglichen Entwicklungen bzw. Tendenzen diskutiert werden. Punkt 7 analysiert als wesentlichstes praktisches Beispiel für organisatorische Separation im Telekommunikationsbereich die Situation der British Telecom (BT) – Openreach. Soweit sich aus der Aufarbeitung der Grundlagen zu den jeweiligen Themen Fragestellungen ergeben haben, werden diese – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zur öffentlichen Diskussion gestellt.

¹ Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services

² Im Weiteren wird – auch unter Berücksichtigung der aktuellen Umstrukturierung des Konzerns – auf die derzeitige Telekom Austria FixNet AG, die den Betrieb Festnetz der Telekom Austria Aktiengesellschaft zum Stichtag 31.12. 2006 übernommen hat, als „Telekom Austria“ referenziert.

2. Ökonomische Aspekte

Im vorliegenden Abschnitt wird basierend auf den Erkenntnissen der ökonomischen Literatur diskutiert, warum bzw. unter welchen Umständen vertikale Integration zu Wettbewerbsproblemen führen kann. Im Weiteren werden Auswirkungen sowie potenzielle Vor- und Nachteile einer vertikalen Separation betrachtet.

2.1. Warum soll separiert werden?

Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine Situation, in der ein Unternehmen alleine über einen notwendigen, aber nicht replizierbaren Input A (z.B. die Teilnehmeranschlussleitung) verfügt, der für die Produktion eines Gutes B (z.B. Sprachtelefonie oder Internetzugang) verwendet wird. Diesen Input nutzt das Unternehmen einerseits selbst, stellt ihn andererseits aber auch anderen Unternehmen bereit, die damit ebenfalls Gut B produzieren. Das vertikal integrierte Unternehmen steht also mit jenen Unternehmen, denen es Input A bereitstellt, auf der nächsten Wertschöpfungsstufe in Wettbewerb.

Das vertikal integrierte Unternehmen hat nun grundsätzlich eine Reihe von Möglichkeiten, Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe bei der Bereitstellung des notwendigen Inputs zu benachteiligen. Die direkteste Form ist, den Input extern zu höheren Preisen bereitzustellen als intern, was zu einem margin squeeze für die Wettbewerber führen kann. Jedoch gibt es auch eine Reihe von nicht-preislichen Parametern, die das integrierte Unternehmen einsetzen kann. So kann es beispielsweise die Bereitstellung verzögern, wesentliche Informationen vorenthalten, die Qualität des Inputs verschlechtern, oder den Input mit anderen Produkten oder Diensten bündeln, die der Wettbewerber nicht unbedingt benötigt. So ein Verhalten hat eine Erhöhung der Kosten für die Mitbewerber bzw. eine Einschränkung ihres Absatzes zur Folge oder führt zu einem first-mover Vorteil.³ Insgesamt werden solche Verhaltensweisen eines vertikal integrierten Unternehmens, die zum Ausschluss von Wettbewerbern führen, als vertical foreclosure bezeichnet.

Obwohl das vertikal integrierte Unternehmen also über eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Diskriminierung verfügt, bedeutet das nicht, dass es diese auch automatisch einsetzen wird. Dies ist davon abhängig, ob ein Anreiz zu einem solchen Verhalten besteht. Von einem Anreiz im ökonomischen Sinne wird dann gesprochen, wenn das Unternehmen durch sein Verhalten den Gewinn erhöhen kann. Die Frage, ob und wann diese Voraussetzung gegeben ist, ist bereits seit längerer Zeit Gegenstand von Diskussionen.⁴ Ein entscheidender Beitrag, der hier als Ausgangspunkt dienen soll, ist ein Argument, das auf die Chicago School of Economics aus den 1970ern zurückgeht. Entsprechend diesem Argument hat ein vertikal integrierter Monopolist keinen Anreiz, seine Mitbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene zu benachteiligen, da er bereits durch die Festlegung des Preises für den nicht replizierbaren Input (auf der Vorleistungsebene) den maximal möglichen Gewinn verdienen kann. Der Gewinn kann auch durch Diskriminierung der Wettbewerber nicht erhöht werden.⁵ Aus dieser Sicht wird vertikale Integration nur dann stattfinden, wenn sie wirtschaftlich effizient ist, während die Gefahr von vertical foreclosure gering ist.

In den 80er und 90er Jahren des 20. Jahrhunderts wurde die Sicht der Chicago School zunehmend in Frage gestellt, da sich zeigte, dass die Argumentation nur unter bestimmten Annahmen gültig ist. Insbesondere muss der Monopolist den Preis für den Input frei bestimmen können und es muss vollständiger Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene herrschen. Sind diese Bedingungen nicht gegeben, so kann das

³ Für eine detailliertere Darstellung dieser und weiterer Verhaltensweisen siehe ERG (2006), Abschnitt 2.3

⁴ Für einen Überblick siehe auch Rey et al (2001) oder OPTA (2004).

⁵ Dieses Argument wird oft auch mit den Worten „there is only one monopoly profit to gain“ umschrieben bzw. als „law of one profit“ bezeichnet.

vertikal integrierte Unternehmen im Allgemeinen nicht durch Preissetzung auf der Vorleistungsebene sämtliche Gewinne abschöpfen und es existiert eine Reihe von Fällen, in denen ein Anreiz zu vertical foreclosure besteht, es also profitabel für das integrierte Unternehmen ist, Konkurrenten zu diskriminieren.⁶

Der im Zusammenhang mit Telekommunikationsmärkten relevanteste Fall ist jener, in der der Monopolist auf der Vorleistungsebene einer (bindenden) Zugangs- und Preisregulierung unterworfen ist. Wird der Preis, wie es in der Praxis häufig der Fall ist, in Höhe der Kosten festgelegt, so können die Gewinne nicht durch Preissetzung auf der Vorleistungsebene abgeschöpft werden. Kann das Unternehmen aber die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am nachgelagerten Markt. Das wiederum führt zu höheren Gewinnen.⁷ Liegt der Zugangspreis über den Kosten, so besteht ein Trade-off zwischen Gewinnen auf der Vorleistungsebene und Gewinnen auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe, was den Anreiz zur Diskriminierung senkt.⁸

Ein vertikal integriertes Unternehmen kann weiters dann Anreiz zu foreclosure haben, wenn es der Markteintritt auf der nachgelagerten Stufe einem Konkurrenten ermöglicht, ebenfalls in den Monopolmarkt einzusteigen. Kann ein Unternehmen beispielsweise durch den Bezug des Vorleistungsproduktes in den nachgelagerten Markt einsteigen, dort einen Kundenstock und eine Reputation aufbauen, so sinkt das Risiko und damit auch die Kapitalkosten von weiteren Investitionen.⁹

Insgesamt kann festgehalten werden, dass ein vertikal integrierter Monopolist, der seinen Mitbewerbern auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe einen essenziellen Input zur Verfügung stellt und einer kostenorientierten Preisregulierung unterworfen ist, in aller Regel einen Anreiz zur Diskriminierung seiner Wettbewerber hat.

Dass es sich hierbei nicht um rein hypothetische Überlegungen handelt, kann aus der regulatorischen Praxis ersehen werden. Praktisch seit Beginn der Liberalisierung führten alternative Betreiber immer wieder Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission, bei denen diskriminierendes Verhalten von Telekom Austria behauptet wurde. Dabei ging es vorwiegend um Nichtbereitstellung, verspätete Bereitstellung oder inadäquate Bereitstellung von Vorleistungsprodukten oder aber um die Ausübung eines margin squeeze. Allfälligen schriftlichen Aufforderungen der Regulierungsbehörde zur Abstellung der oben dargestellten Missbräuche kam Telekom Austria im Regelfall zur Vermeidung bescheidmäßiger Maßnahmen nach, weshalb ein Großteil der erwähnten Missbrauchs- bzw. Aufsichtsverfahren eingestellt wurde.

Ungleichbehandlungen bei nichtpreislichen Parametern können die unterschiedlichsten Formen annehmen und sind daher besonders schwer zu überwachen bzw. nachzuweisen. Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass es trotz den Verpflichtungen, die nach dem TKG 2003 auferlegt werden können (v.a. Zugang, Gleichbehandlung, Preiskontrolle) zu mehr oder weniger starken Beeinträchtigungen des Wettbewerbs durch Telekom Austria kommen kann.

Aus diesen Gründen wird die Option der vertikalen Separation in der internationalen Diskussion als Abhilfe gegen solche Verhaltensweisen betrachtet. Zunächst soll hier der Fall der strukturellen Separation¹⁰, also der Eigentumstrennung betrachtet werden. Wird das

⁶ Siehe z.B. Carlton/Perloff (2000), S. 388 ff oder Rey/Tirole (2003)

⁷ Siehe Economides (1998) und Beard et al (2001)

⁸ Siehe Sappington (2006), Sibley/Weisman (1998) und Beard et al (2001)

⁹ Siehe Beard et al (2003)

¹⁰ Vgl. unten Punkt 4

Unternehmen in zwei¹¹ Teile aufgespaltet – etwa in einen, der das monopolistische Vorleistungsprodukt erbringt und einen, der Dienste an Endkunden bereitstellt – die vollkommen unabhängig voneinander operieren, so verschwinden sowohl die Möglichkeiten, aber auch die Anreize zu vertical foreclosure. Da das Unternehmen, das den essenziellen Input kontrolliert, nicht mehr auf der Endkundenebene tätig ist, kann es auch nicht seine entgangenen Gewinne auf Vorleistungsebene mit Gewinnen auf der Endkundenebene kompensieren („quersubventionieren“) und hat daher keinen Anreiz zur Verdrängung von Mitbewerbern. Dies ist gleichzeitig der größte Nutzen, der von einer vertikalen Separation erwartet werden kann:

- Eliminierung der Möglichkeiten und des Anreizes zur Verdrängung von Wettbewerbern (vertical foreclosure);
- gleiche Wettbewerbsbedingungen, insbesondere auf der Endkundenebene;
- geringere Barrieren für Zutritt und Expansion und eine Intensivierung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene, was langfristig zu geringeren Preisen, besserer Qualität und mehr Innovationen (zumindest auf Endkundenebene) führt;
- Reduktion der Intensität bzw. des Umfangs der Regulierung auf nachgelagerten Wertschöpfungsebenen.

Bezüglich des letzten Punktes ist anzumerken, dass zwar durch die Separation ein Unternehmen kreiert wird, das (ausschließlich) über schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur verfügt und somit einer dauerhaften regulatorischen Aufsicht bedarf, jedoch wäre eine Aufsicht über diese Bottlenecks, so es sich tatsächlich um welche handelt, auch ohne vertikale Separation erforderlich. Da mit vertikaler Separation aber der Anreiz zu Diskriminierung wegfällt, ist auch wesentlich weniger Aufwand in Form der Festlegung von Verpflichtungen, deren Überwachung und der Führung von Verfahren im Falle einer Verletzung der Verpflichtungen erforderlich. Ein chancengleicher Wettbewerb ermöglicht bzw. erleichtert es weiters, Regulierungsmaßnahmen auf der Endkundenebene zu reduzieren bzw. überhaupt zurückzunehmen. Hier besteht großes Potenzial für die Reduktion regulatorischer Kosten.

2.2. Potenzielle Kosten der Separation

Die Vorteile einer vertikalen Separation sind jedoch gegen die potenziellen Kosten abzuwägen. Kosten entstehen zunächst direkt durch die Gründung des neuen Unternehmens, etwa durch den organisatorischen Aufwand, das neue Branding, die Zumietung bzw. Errichtung neuer Geschäftsräumlichkeiten, eventuell der Einstellung neuer Mitarbeiter, die Änderung der Ablaufprozesse, etc.¹² Diese Prozesse verursachen nicht nur Kosten, sondern nehmen auch viel Zeit in Anspruch. Selbst wenn der Prozess letztlich erfolgreich ist, muss also zumindest mit einer Übergangsperiode gerechnet werden, in der es zu Anlaufschwierigkeiten und damit einhergehenden Unsicherheiten oder Verschlechterung der Dienstqualität kommen kann. Weiters sind Auswirkungen auf den Börsenkurs, das Rating, steuerliche Auswirkungen (Umsatzsteuer, Körperschaftsteuer), arbeitsrechtliche Auswirkungen (z.B. bei Betriebsübergängen) denkbar.

Im Weiteren entstehen Kosten vor allem dadurch, dass Vorteile der vertikalen Integration nicht mehr genutzt werden können. Diese Vorteile sollen im Folgenden diskutiert werden.

In der Literatur wird vertikale Integration auch als eine make-or-buy Entscheidung des Unternehmens betrachtet, d.h. ein Unternehmen entscheidet sich, entweder einen Input

¹¹ Auch eine Trennung in mehr als zwei Bereiche ist denkbar.

¹² Hohe Kosten können sich insbesondere ergeben, wenn eine neue Marke etabliert werden muss. Die Einführung der Marke Jet2Web beispielsweise kostete laut Pressemeldungen EUR 15 Mio. Quelle: Report-Online vom 13.06.2002.

selbst herzustellen (vertikale Integration) oder aber ihn zuzukaufen.¹³ Es gibt verschiedene Gründe, einen Input selbst herzustellen anstatt ihn zuzukaufen.¹⁴

Einer der wesentlichsten Gründe besteht in der Optimierung von Transaktionskosten. Transaktionskosten zwischen eigenständigen Unternehmen können insbesondere dann hoch sein, wenn eine oder beide Seiten spezifische Investitionen tätigen müssen und beträchtliche Unsicherheit über zukünftige Entwicklungen besteht. Investitionen sind dann als spezifisch anzusehen, wenn sie nur für die Herstellung von Produkten bzw. Dienstleistungen für das andere Unternehmen verwendet werden können. Tätigt ein Unternehmen spezifische Investitionen, so besteht die Gefahr von opportunistischem Verhalten der Gegenseite, nachdem die Investitionen bereits getätigt wurden (z.B. „Nachverhandeln“ von neuen Bedingungen). Diesem Risiko kann einerseits durch das Abschließen von langfristigen Verträgen, die jedoch schwierig aufzusetzen und zu überwachen sein könnten, oder aber durch vertikale Integration vorgebeugt werden. Ohne vertikale Integration kann es zu höheren Kosten oder aber überhaupt zu einem Ausbleiben der spezifischen Investitionen (und damit auch Innovationen) kommen.

Ein anderer Vorteil besteht in der Realisierung von Verbundvorteilen. Verbundvorteile treten dann auf, wenn es kostengünstiger ist, zwei oder mehrere Produkte gemeinsam herzustellen als sie getrennt zu produzieren. Würde beispielsweise das Telekommunikationsnetz in Zugangnetz und Kernnetz aufgeteilt, so ist anzunehmen, dass bestimmte Vorteile, z.B. bei der Kompatibilität oder beim Einsatz von Mitarbeitern, verloren gingen. Dies könnte einen Rückgang der Systemzuverlässigkeit zur Folge haben. Weiters ist es schwieriger (auch für den Endkunden), die Verantwortung für Fehler bzw. Ausfälle eindeutig einem Betreiber zuzuordnen.

Ein in der Literatur häufig genannter Vorteil vertikaler Integration¹⁵ besteht in der Beseitigung doppelter Margenaufschläge (double marginalization). Double marginalization tritt dann auf, wenn auf zwei aufeinander folgenden Wertschöpfungsstufen Marktmacht besteht. Marktmacht erlaubt es dem Unternehmen, welches ein Vorleistungsprodukt herstellt, den Preis über die Kosten der Leistungserstellung anzuheben. Dieser bereits „überhöhte“ Preis stellt nun die Kosten für das Unternehmen auf der nachgelagerten Wertschöpfungsebene dar, welches, da es auch über Marktmacht verfügt, ebenfalls einen Aufschlag auf diesen Preis vornimmt. Vertikale Integration führt nun dazu, dass die Preisexternalität zwischen den beiden Unternehmen internalisiert wird, was sowohl für die Unternehmen als auch für die Konsumenten von Vorteil ist: Der Gewinn des integrierten Unternehmens ist größer als die Summe der Gewinne der beiden Unternehmen, die produzierte Menge steigt und der Preis sinkt folglich. Im vorliegenden Falle ist die Eliminierung doppelter Margenaufschläge jedoch de facto kaum relevant, da regulierte Vorleistungsprodukte im Regelfall zu kostenorientierten Preisen angeboten werden müssen und es daher in solchen Fällen auch ohne vertikale Integration ohnehin nicht zu doppelten Margenaufschlägen kommen sollte.

Schließlich sind auch die Auswirkungen auf Investitionen und Innovationen der alternativen Betreiber zu berücksichtigen. Hier muss nach verschiedenen Wertschöpfungsebenen unterschieden werden. Einerseits kann die Schaffung eines „level playing field“ dazu führen, dass Vorleistungsprodukte, wie z.B. Entbündelung, verstärkt in Anspruch genommen werden und so die Investitionen, die zum Bezug dieser Produkte erforderlich sind (im Falle der Entbündelung Infrastruktur zur Anbindung des Hauptverteilers an das eigene Netz), ebenfalls steigen. Andererseits kann beispielsweise der Anreiz sinken, in eigene Infrastruktur bis zum Teilnehmer zu investieren, da der Bezug von Vorleistungsprodukten (wie eben Entbündelung) vergleichsweise attraktiver wird. Durch Separation und der damit

¹³ Siehe Church/Ware (2000), S. 684

¹⁴ Siehe auch Perry (1989) und Joskow (2005)

¹⁵ Siehe z.B. Church/Ware (2000), S. 685

einhergehenden Verbesserungen für alternative Betreiber beim Bezug von Vorleistungsprodukten kommt es also zu einer Verschiebung der Investitionsanreize. Grundsätzlich muss festgehalten werden, dass Investitionsanreize nicht primär durch Diskriminierung, sondern durch die Festlegung eines adäquaten Zugangspreises bei gleichzeitiger Sicherstellung von Gleichbehandlung gesteuert werden sollten. Geht man davon aus, dass die von Regulierungsbehörden festgelegten Zugangspreise die korrekten Investitionsanreize im Falle eines „level playing field“ bereitstellen, so wird durch eine Förderung der Gleichbehandlung auch die „Richtigkeit“ der Investitionsanreize sichergestellt. Im Falle einer Diskriminierung kann es hingegen dazu kommen, dass zu wenig Vorleistungsprodukte bezogen und ineffiziente (oder auch gar keine) Investitionen in Infrastruktur getätigt werden.

Bezüglich der Investitionen sowohl des Incumbent als auch der alternativen Betreiber ist schließlich zu berücksichtigen, dass es in der Übergangsphase (nach der Aufteilung des Unternehmens), wie oben angesprochen, zu Anlaufschwierigkeiten und Unsicherheiten kommen kann, die sich negativ auf die Investitionsanreize auswirken. Hier ist eine Abwägung zwischen den kurzfristigen negativen Effekten und den zu erwartenden langfristigen positiven Effekten zu treffen.

Die Frage, wie groß die Nachteile der vertikalen Separation sind, kann nicht pauschal beantwortet werden. Sowohl die direkten Kosten als auch die Kosten in Form von höheren Transaktionskosten, nicht getätigten Investitionen oder entgangenen Verbundvorteilen sind wesentlich davon beeinflusst, welche Netzelemente bzw. Dienste nun genau in ein eigenständiges Unternehmen ausgelagert werden.¹⁶ Selbst wenn dies bekannt ist, besteht jedoch keine einheitliche Einschätzung über den Saldo aus Kosten und Nutzen. So folgert OECD (2003) in Bezug auf die Trennung der „letzten Meile“ (local loop) vom Rest des Netzwerks beispielsweise (S. 32): „The benefits of structural separation of the local loop are uncertain while the costs are certain and appear potentially large. There is little evidence that the benefits of structural separation of the local loop are sufficiently in excess of costs.“ Kruse (1999, S. 118) folgert hingegen: „Wäre nun eine sektorale Struktur, in der die Ortsnetze vom Rest der Telekom abgetrennt wären, der gegenwärtigen Situation vorzuziehen? In dieser Form kann diese Frage bejaht werden. [...] Hinsichtlich der Einführung zukünftiger Innovationen, die bestimmte Investitionen erfordern, kann man indes nicht a priori völlig sicher sein. Allerdings bestehen diese Unsicherheiten auch bei der gegenwärtigen Struktur.“

Neben der strukturellen (eigentumsmäßigen) Separation werden gegenwärtig verschiedene Modelle der funktionalen (organisatorischen) Separation nach dem Beispiel von Openreach in Großbritannien diskutiert. Dabei wird versucht, die Anreizstruktur bei der Bereitstellung von Vorleistungsprodukten zu verändern, um so die Vorteile der strukturellen Separation zu realisieren, während die Vorteile der vertikalen Integration erhalten bleiben sollen. So soll z.B. durch örtliche Trennung der einzelnen Bereiche, einheitliche Bestelloberflächen, eigene Anreizsysteme für Mitarbeiter und Überwachung durch ein „Board“ die Gleichbehandlung der Mitbewerber gesichert werden. Dennoch sollen durch die gemeinsame Eigentümerschaft die Vorteile der vertikalen Integration insbesondere hinsichtlich der Investitionsanreize erhalten bleiben. Ob mittels funktionaler Separation tatsächlich die Vorteile der strukturellen Separation realisiert und ihre Nachteile vermieden werden können, steht jedoch nicht mit Sicherheit fest. Ebenso wäre es denkbar, dass eine Diskriminierung selbst durch alle begleitenden Maßnahmen nicht vollständig verhindert werden kann (da ja der Anreiz aufgrund der eigentumsmäßigen Verschränkung weiterhin bestehen kann) und bestimmte Vorteile der vertikalen Integration dennoch verloren gehen. Diese – letztlich empirische – Fragestellung wird am prominentesten Beispiel für funktionelle Separation, nämlich

¹⁶ Vgl. unten Punkt 5

Openreach, analysiert.¹⁷ Jedenfalls sollte funktionale Separation flexibler in dem Sinne sein, dass Veränderungen bei regulierten Produkten (z.B. aufgrund technischer Änderungen oder Änderungen der Netzstruktur) im Zeitverlauf leichter organisatorisch abgebildet werden können als bei struktureller Separation, bei der eine im weiteren Verlauf im Wesentlichen unverrückbare Grenze gezogen wird.

2.3. Fazit

Aus ökonomischer Sicht ändert strukturelle Separation die Anreize dahingehend, dass keine (vor allem nicht-preisliche) Diskriminierung des separierten Unternehmens mehr zu erwarten ist. Organisatorische bzw. funktionale Separation versucht die sich daraus ergebenden Vorteile (möglichst ohne deren Nachteile) nachzubilden. Der potenzielle Nutzen der Separation besteht im Wesentlichen in der Eliminierung der Möglichkeiten und des Anreizes zur Verdrängung von Wettbewerbern (vertical foreclosure), der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene, geringeren Barrieren für Zutritt und Expansion und in einer Intensivierung des Wettbewerbs auf der Endkundenebene, was langfristig zu geringeren Preisen, besserer Qualität und mehr Innovationen (zumindest auf Endkundenebene) führt. Außerdem sollte sich die Intensität bzw. der Umfang der Regulierung reduzieren lassen.¹⁸ Die Meinungen, inwieweit diese Vorteile tatsächlich auftreten werden, gehen auseinander und werden daher nachfolgend zur Diskussion gestellt:

Diskussionsfragen:

1. Was könnte sich bei angeordneter struktureller oder funktioneller Separation der Telekom Austria gegenüber der derzeitigen Lage für die Wettbewerber und/oder die Konsumenten ändern?
2. Welche Kosten und Nutzen der Separation sind zu erwarten?
3. Ist organisatorische („functional“) Separation flexibler (insbesondere auch für eine mögliche spätere Änderung bzw. Rückabwicklung), weniger komplex und mit geringeren Kosten verbunden, als „structural separation“?
4. Welche anderen Vor- und Nachteile sind bei organisatorischer bzw. struktureller Separation denkbar?

¹⁷ Vgl. unten Punkt 7.2

¹⁸ Z.B. Prof. Pierre Larouche, University of Tilburg, NL, Seminar „functional separation – a new remedy?“ in Brüssel, 15.02.2007: „The alternative to functional separation is access regulation. A step that is more costly, harder to implement and potentially less effective“

3. Stand der Diskussion

Die dargestellten ökonomischen Aspekte möglicher Kosten und Nutzen vertikaler Separation werden seit Ende 2005, verstärkt ab Herbst 2006, mit dem Fokus auf ein mögliches neues Regulierungsinstrument, regelmäßig und zum Teil kontrovers diskutiert. Nachfolgend werden die wesentlichen Aussagen bzw. Veröffentlichungen, insbesondere der Europäischen Kommission, der Interessenvertretungen ECTA und ETNO, sowie der OECD im Überblick dargestellt.

3.1. Europäische Kommission (EK)

Seitens der EK wurde ab Ende 2005 in verschiedenen Dokumenten, in Reden von Kommissarin Reding, sowie Pressemeldungen und Vorträgen¹⁹ wiederholt zum Thema Separation Stellung genommen. So wird in einer für die EK erstellten Studie von Hogan & Hartson LLP und Analysys vom Juli 2006 eine „option of structural separation“ als ex-ante-Maßnahme („measure of last resort“) sowie begleitendes „soft law“ gefordert. Im Impactassessment²⁰ zum laufenden „Review 2006“ wägt die EK drei mögliche Optionen – „Remove or restrict sector-specific regulation“, „Adopt an ‘open access’ model for new network infrastructure“ und „Maintain the current model“ – ab, wobei (noch) letztere Option als geeignetster Ansatz erachtet wird. Auch in verschiedenen Reden geht Kommissarin Reding immer wieder auf das Thema Separation ein. So wird anfangs noch unter Verweis auf das Beispiel AT&T gefordert, dass ein „European way of structural separation“ gefunden werden müsse, der vielleicht so radikal sein müsse, wie die USA in den 1980ern, während in der Folge nur mehr „functional separation“ als Maßnahme zur Verbesserung der derzeitigen Wettbewerbssituation in Bereichen, in denen nicht mit Infrastruktur-basiertem Wettbewerb gerechnet werden kann, genannt wird. Kommissarin Reding meint weiters, die Sinnhaftigkeit von Separation müsse auf einer „case by case“-Basis geprüft werden. Wesentlich erscheint jedenfalls, dass die EK wiederholt darauf hinweist, dass Separation unter dem derzeitigen Rechtsrahmen rechtlich nicht möglich ist²¹. Grundsätzlich ist (auch vor diesem zuletzt genannten Hintergrund) eine Tendenz der EK erkennbar, Regelungen betreffend Separation in die Änderungen der Richtlinien im Zuge des „Review 2006“ aufnehmen zu wollen, wobei primär wohl an „functional separation“ (nach dem zuletzt im Staff Working Document²² zum 12. Implementierungsbericht ausdrücklich als positiv dargestellten Beispiel Openreach) gedacht wird. Vollständige strukturelle Aufspaltung wird aber nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern – ebenfalls im Hinblick auf das Beispiel Openreach – als Möglichkeit für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezeichnet, auf freiwilliger Basis eine Verringerung der Regulierungsintensität zu erreichen.

Auch von der ERG/IRG, Projektteam „Review“, werden Überlegungen angestellt, ob und wie Separation in den Rechtsrahmen eingearbeitet werden kann. Dabei wird diskutiert, im Rahmen des Review 2006 Artikel 10 (Gleichbehandlungsverpflichtung) und 11 (getrennte Buchführung) der Zugangsrichtlinie zu adaptieren bzw. zu erweitern. Bei identifiziertem „leveraging“-Potenzial geht die ERG davon aus, dass auch Auswirkungen (z.B. Informationsverpflichtungen) auf Märkte möglich sein müssen, auf denen keine beträchtliche Marktmacht festgestellt wurde. Neben den genannten Adaptierungen in den Artikeln 10 und 11 schlägt die ERG daher einen neuen Artikel 10a der Zugangsrichtlinie vor, der „functional separation“ ermöglichen soll. Die Vorschläge der ERG/IRG werden derzeit mit der EK diskutiert.

¹⁹ Im Zeitraum von Juni 2006 bis Juni 2007.

²⁰ Commission Staff Working Document Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, COM(2006) 334 final.

²¹ Vgl. unten Punkt 6.1.2

²² COM(2007) 155

3.2. Interessenvertretungen (exemplarisch)

ECTA²³ fordert unter Verweis auf das Beispiel BT-Openreach, die nationalen Regulierungsbehörden (NRAs) müssten die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung bekommen, „functional separation“ als Regulierungsverpflichtung aufzuerlegen. „Functional separation“ ermögliche es besser als „structural separation“, auf Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen zu reagieren, sei weniger komplex zu realisieren und mit geringeren Kosten verbunden, und sollte daher als zusätzliches Regulierungsinstrument in die Liste der Zugangsrichtlinie aufgenommen werden. Eine angeordnete „functional separation“ sei, genauso wie die übrigen Regulierungsverpflichtungen, regelmäßig zu überprüfen, z.B. auch im Hinblick auf NGN-Entwicklungen²⁴. Zusätzlich sollten NRAs auch die Möglichkeit haben, freiwillige Verpflichtungszusagen von Incumbents anzunehmen. Die Möglichkeit, „functional separation“ verpflichtend anzuordnen, führe in diesen Fällen zur erforderlichen „bargaining power“ der NRA. „Functional separation“ führe auch wegen der damit verbundenen höheren Sicherheit und höheren Effektivität des Zugangs zu erhöhten Investitionsanreizen.²⁵

ETNO²⁶ weist darauf hin, dass in der bisherigen Diskussion nicht nachgewiesen worden ist, dass die bisher bestehenden Regulierungsinstrumente nicht ausreichend seien und daher „functional“ bzw. „structural separation“ zusätzlich erforderlich sei. Im Fall verpflichtender Separation sei ein Rückgang der Investitionsanreize zu erwarten. Separation als Regulierungsinstrument sei in einem schnelllebigem Sektor, wie dem Kommunikationssektor, ungeeignet und würde lediglich Momentaufnahmen der Wettbewerbssituation liefern. Überdies wäre wegen zu erwartender unterschiedlicher Anwendung in den Mitgliedstaaten die Harmonisierung gefährdet.

3.3. OECD

Im April 2001 veröffentlichte die OECD eine Empfehlung²⁷ über strukturelle Trennung in regulierten Industrien. Darin wird empfohlen, dass in diesen Industrien (insbesondere Bahn, Telekommunikation, Energie, Post) im Fall, dass regulierte Unternehmen gleichzeitig wettbewerbliche und nicht-wettbewerbliche Unternehmensbereiche hätten, eine Abwägung der Vor- und Nachteile von Verhaltensaufgaben und strukturellen Auflagen durchgeführt werden solle. Dabei seien unter Berücksichtigung der (ökonomischen) Besonderheiten der einzelnen Industrien die Vor- und Nachteile struktureller Maßnahmen gegenüber den Vor- und Nachteilen vertikaler Integration abgewogen worden. In einem Bericht²⁸ aus dem Jahr 2006 wird diese Empfehlung einer Überprüfung unterzogen und vorgeschlagen, die Empfehlung aufrecht zu belassen. Dazu fasst der Bericht die bisherigen Erfahrungen mit struktureller Separation insbesondere in den Sektoren Bahn und Energie zusammen und evaluiert die entsprechenden Vor- und Nachteile („benefits and costs“). Mögliche Vorteile seien die Reduktion des Erfordernisses von Regulierung in den kompetitiven Teilen der Unternehmen, die Förderung von Innovation und Effektivität in diesen Teilen und die Verhinderung von Quersubventionierungen. Als Kosten werden u.a. der Verlust von Verbundvorteilen, höhere Transaktionskosten, hohe direkte Kosten der Separation und die mögliche Verringerung der Verlässlichkeit des Systems (insbesondere im Bahnbereich)

²³ European Competitive Telecommunications Association – <http://www.ectaportal.com>

²⁴ Zum Thema „Next Generation Network (NGN)“ siehe auch das Diskussionsdokument zum Zukunftsthema „Next Generation Network – Regulierung“

²⁵ Zum Thema „Investitionsanreize“ siehe auch das Diskussionsdokument zum Zukunftsthema „Next Generation Network - Investitionsanreize und Kostenrechnung“

²⁶ European Telecommunications Network Operators' Association – <http://www.etno.be>

²⁷ C(2001)78/FINAL

²⁸ Report to the Council on Experiences on the Implementation of the Recommendation concerning Structural Separation in Regulated Industries, C(2006)65

dargestellt. Die „benefits and costs“ seien von Land zu Land und Industrie zu Industrie sehr unterschiedlich, sodass allgemeine Aussagen schwierig seien.

Betreffend den Telekommunikationssektor führt der Bericht aus, dass bisher kein OECD Mitgliedstaat eine strukturelle Trennung des Incumbents vorgenommen habe. „Operational separation“ wurde demgegenüber umgesetzt und habe das Potenzial, die bisherigen Probleme mit Access-Regulierung zu lösen. Unter Bezugnahme auf einen Bericht der „Working Party on Telecommunication and Information Services Policies (TISP)“ aus dem Jahr 2003²⁹ führt der Report weiter aus, dass auch nach struktureller Trennung weiterhin Regulierung zur Verhinderung von Monopolpreisen erforderlich sein würde und dass ein nachteiliger Effekt auf Investments in Infrastruktur zu befürchten sei, wenn dem zu trennenden Unternehmen die Vorteile vertikaler Integration genommen würden. Die Vorteile struktureller Trennung seien unsicher, während die Kosten einerseits sicher eintreten würden und potenziell auch sehr hoch seien. Es gäbe auch bisher kein Beispiel struktureller Trennung, an Hand dessen diese Kosten genauer abgeschätzt werden könnten.

²⁹ „The Benefits and Costs of Structural Separation of the Local Loop“, DSTI/ICCP/TISP(2002)13/FINAL

4. Formen der Separation – wie soll separiert werden?

Wie soeben gezeigt wurde, wird der Themenkomplex Separation in der bisherigen Diskussion in verschiedener Hinsicht durchaus kontrovers beurteilt. So werden insbesondere für die verschiedenen möglichen Formen von Separation die unterschiedlichsten Begriffe – wie accounting-, functional-, operational-, virtual-, legal-, structural-, corporate-, management-, informational- und ownership-separation bzw. divestiture – herangezogen, wobei ein und derselbe Begriff oft mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet wird.

Bei der nachfolgend behandelten Frage nach der Form der Separation soll daher dargestellt werden, mit welchen Mitteln – z.B. getrennte Buchführung, „Chinese Walls“, eigene Rechtsträger – der angestrebte Erfolg³⁰ erreicht werden soll.

Die weitere Frage, welche Teile des Netzwerks bzw. Geschäftsbereichs abgetrennt werden könnten, wird darauf aufbauend in Punkt 5 behandelt.

4.1. Die Einteilung im Rahmen dieses Dokuments

Aus Sicht der RTR-GmbH erscheint eine Klassifizierung der möglichen Formen der Separation in folgende Kategorien zweckmäßig, die auch der weiteren Darstellung in diesem Diskussionsdokument zu Grunde liegt:

Accounting separation stellt die vergleichsweise gelindeste und seit Beginn der Liberalisierung auferlegte Verpflichtung für Telekom Austria dar. Mit dieser Verpflichtung soll allerdings primär Preisdiskriminierung, nicht auch nicht-preisliche foreclosure-Strategien, erkannt bzw. verhindert werden.

Mögliche Regulierungsinstrumente, mit denen derartige nicht-preisliche foreclosure-Strategien verhindert werden könnten, sind demgegenüber:

- Organisatorische (innerbetriebliche) Separation, wie sie zumindest ansatzweise von Telekom Austria seit 2002 (freiwillig) vorgenommen wurde. Dabei sind unterschiedlichste Ausformungen denkbar. Derartige Formen der Separation werden oft als „functional separation“ oder „operational separation“ bezeichnet. Aber auch die Begriffe virtual-, structural-, corporate-, management-, informational-separation“ fallen, abhängig von der konkreten Ausgestaltung, in diese Kategorie.
- Strukturelle (Ownership) Separation, die einen völligen Verkauf des Bereichs der zu separieren ist, vorsieht. Der Unterschied zu den soeben angesprochenen Formen der organisatorischen Separation besteht dabei im Wesentlichen darin, dass eine solche „structural separation“ die Anreize zu vertical foreclosure jedenfalls verändert, während dies bei der organisatorischen Separation von der konkreten Ausgestaltung abhängen wird.

Zu diesen Formen der Separation im Einzelnen:

4.2. Accounting Separation

Accounting separation³¹ ist das derzeit in Europa weitestgehend akzeptierte Remedy zur Überwachung von preislicher Diskriminierung. Auch die EK widmet dem Remedy weiten

³⁰ Vgl. oben Punkt 2.1

³¹ Vgl. zuletzt auch das Sonderrechnungslegungsgesetz (SRLG), BGBl I Nr. 14/2007 vom 20.04.2007

Raum³². In Österreich wurde Telekom Austria diese Verpflichtung seit Beginn der Regulierung (ex-lege nach TKG 1997 bzw. durch Marktanalyseentscheidungen nach dem TKG 2003) auferlegt. Bereits 1998 entwickelte Telekom Austria in Zusammenarbeit mit der Regulierungsbehörde ein Kostenrechnungsmodell, um die Voraussetzungen für die getrennte Buchführung zu schaffen. Zuletzt wurden in den diversen Marktanalyse-Bescheiden aus dem Jahr 2006 entsprechende Verpflichtungen auferlegt, wonach „Telekom Austria AG ... zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ... 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“)“ hat.

Die jährliche Überprüfung des Kostenrechnungssystems stellt sicher, dass die Verrechnung der Kosten auf einzelne Produkte/Dienste für die Regulierungsbehörde transparent und nachvollziehbar ist. Es ist sichergestellt, dass sowohl den Vorleistungsprodukten als auch den Endkundenprodukten die gleichen Kostenelemente verrechnet werden. Dabei ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass Telekom Austria-intern historische Vollkosten verrechnet werden, während die Preise der Vorleistungsprodukte auf den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung beruhen und damit die extern verrechneten Preise regelmäßig deutlich unter den intern verrechneten Preisen liegen. Dieser bedeutende Vorteil der Leistungsverrechnung für alternative Netzbetreiber könnte bei einer Separierung eventuell wegfallen.

Wie erwähnt, ermöglicht Accounting Separation jedoch lediglich die Überwachung der preislichen Nichtdiskriminierung, während nicht-preisliche Komponenten davon unberührt bleiben.

4.3. Organisatorische Separation

Um die Nichtdiskriminierung der nicht-preislichen Komponenten zu gewährleisten, könnte man verschiedene Formen der organisatorischen Separation in Erwägung ziehen. Dabei werden Geschäftsprozesse derart gestaltet, dass durch die Art und Weise der Organisation Diskriminierung erschwert wird bzw. die Anreize dazu verringert werden. Im Idealfall der organisatorischen Separation gibt es eigene Verantwortungsbereiche, die Leistungen für den eigenen Retail-Bereich oder Wholesale-Bereich und für dritte Nachfrager in vollkommen identer (diskriminierungsfreier) Weise erbringen.

Vorstellbar als (kombinierbare) Maßnahmen zur organisatorischen Trennung erscheinen z.B.:

- Die Einrichtung eigener Geschäftsbereiche;
- ein eigenes Management;
- ein eigenes ergebnisbezogenes Incentivesystem;
- eine personelle Trennung (weisungsfreies und disziplinarrechtlich getrenntes Personal für die getrennten Bereiche; keine Überschneidungen beim Personal; z.B. Personal, das einen Anschluss herstellt, wird strikt vom Vertriebspersonal getrennt; eventuell inklusive eigenem ergebnisbezogenem Incentivesystem);
- räumliche Trennung;

³² Z.B. Empfehlung der Kommission vom 19.09.2005 über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation

- weisungsfreie Mitarbeiter als „Schiedsgericht“ bzw. Compliance-Manager;
- eigene Brand;
- ein eigener Rechnungskreis mit getrennter Darstellung im Jahresabschluss und in den Quartalsberichten;
- getrennte Informationssysteme: Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Retail-Bereich keine Informationen über den Wholesale-Bereich erhält, um daraus Vorteile ziehen zu können, z.B. um gezielte Werbeaktionen setzen zu können oder Werbeaktionen von Wholesale-Kunden analysieren zu können – „Chinese Walls“.

Beispiel Telekom Austria Wholesale

Als Beispiel für eine mögliche (leichte) Form der organisatorischen Trennung kann darauf verwiesen werden, dass Telekom Austria bereits seit 2002 (entsprechend einem Aufsichtsratsbeschluss vom November 2001) ihr Wholesale-Business derart organisiert, dass für Wholesale-Produkte ein eigener Bereich geschaffen wurde. Damit gibt es innerhalb der Telekom Austria einen Bereich, der unter dem Druck von Ergebnisverantwortung für die Vermarktung von Wholesale-Produkten verantwortlich ist. Es existiert daher innerhalb der Telekom Austria ein Bereich, der Interesse am Verkauf von Wholesale-Leistungen hat. Obgleich damit Ansätze zu organisatorischer Separation gesetzt wurden, geht diese Trennung nicht so weit, wie es derzeit beispielsweise mit der Gründung der BT-Openreach in Großbritannien versucht wird.

4.4. Strukturelle Separation

Wie erwähnt, besteht strukturelle Separation in einem völligen Verkauf des Bereichs, der zu separieren ist. Der Unterschied zu den soeben angesprochenen Formen der organisatorischen Separation besteht dabei im Wesentlichen darin, dass derartige strukturelle Separation die in Punkt 2.1 dargestellten Anreize jedenfalls verändert, während dies bei der organisatorischen Separation von der konkreten Ausgestaltung abhängen wird.

Strukturelle Separation stellt aber wohl auch den stärksten Eingriff in die Rechtsposition der betroffenen Unternehmen dar. Insbesondere bei einem Verkauf des Zugangsnetzes würde Telekom Austria mit einem Schlag das wesentliche Asset, und damit auch entsprechenden Marktwert verlieren. Dabei wird bei einer allfälligen Ermittlung der konkreten monetären Auswirkungen nicht nur auf die Buchwerte (die eventuell neu zu bewerten sind) des zu trennenden Teils abzustellen sein, sondern vielmehr auch die Auswirkungen auf den Aktienkurs zu berücksichtigen sein – wenn der Aktienkurs der Telekom Austria Erwartungen hinsichtlich des Festnetzes enthält, dann wohl primär im Zusammenhang mit dem Zugangsnetz.

In den Diskussionen und Veröffentlichungen wird regelmäßig auch der Begriff „legal separation“ verwendet. Dabei werden (wie z.B. im Energiesektor) eigene Rechtsträger gegründet und die zu separierenden Teile in diese ausgelagert, wobei diese Unternehmen zumindest zum Teil im Eigentum des Incumbent verbleiben. Derartige rechtliche Trennung kann je nach Eigentümerstruktur und konkreter Ausgestaltung der Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftstätigkeit (nur) organisatorische oder (schon) strukturelle Trennung sein, da die Frage der Rechtspersönlichkeit per se nichts an der Anreizstruktur ändert. „Structural separation“ liegt dabei jedenfalls dann vor, wenn „Ownership separation“, also die gänzliche Veräußerung des ausgegliederten Rechtsträgers vorliegt. Bei anderen Ausgestaltungen wäre zu überprüfen, ob nach der konkreten Einrichtung (Anteile, Minderheitenstimmrechte, Veto-Möglichkeiten, Besetzung des Aufsichtsrates u.ä.) eine organisatorische oder bereits eine strukturelle Separation gegeben ist. Legal separation wird daher in diesem Dokument nicht als eine eigene (Unter-)Kategorie

betrachtet. Bei Gründung von (neuen) Rechtsträgern wäre jedoch jedenfalls zu berücksichtigen, dass es neben den Kosten für die Einrichtung (Gründung) auch zu steuerlichen (z.B. Körperschaftssteuer, Umsatzsteuer) Implikationen kommen wird. Auf die Darstellungen zu den rechtlichen Grundlagen unten in Punkt 6 wird verwiesen.

Diskussionsfrage:

5. Wie bewerten Sie die dargestellte Einteilung in organisatorische und strukturelle Separation und die Charakterisierung dieser verschiedenen Typen von Separation?

5. Technische Aspekte – was soll separiert werden?

Aufbauend auf die dargestellte Unterscheidung in organisatorische und strukturelle Separation wird im folgenden Abschnitt diskutiert, welche Teile der Telekom Austria allenfalls von einer Separation betroffen sein könnten.

Eine der wesentlichsten Fragen, die sich im Zuge einer funktionellen oder strukturellen Separation stellt, ist jene, wo das Unternehmen separiert werden soll bzw., anders ausgedrückt, welche Dienste es bereitstellen und über welche Infrastruktur es verfügen soll. Auslöser der mit vertikaler Integration verbundenen Wettbewerbsprobleme ist ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, die von vertikal integrierten Unternehmen bereitgestellt wird und von Mitbewerbern schwer oder nicht repliziert werden kann. Im Telekommunikationsbereich liegen die Gründe für die Marktzutrittsbarrieren meist in der Kostenstruktur, die durch erhebliche Skalenvorteile einerseits und versunkene Kosten andererseits geprägt ist. Ziel der vertikalen Separation sollte es grundsätzlich sein, jene Infrastruktur, die schwer bzw. nicht replizierbar ist bzw. die auf ihr basierenden Dienste in ein eigenes Unternehmen (strukturell oder organisatorisch) auszulagern.

Eine allfällige Trennung des festen Telekommunikationsnetzes der Telekom Austria in nicht-, schwer- und leicht-replizierbare Infrastruktur ist jedoch nicht so einfach möglich, wie dies zum Zwecke der Separation wünschenswert wäre. Es soll nun zunächst anhand von verschiedenen gegenwärtig regulierten Vorleistungsprodukten der Telekom Austria die Frage erörtert werden, welche Infrastruktur zur Erbringung dieser Dienste erforderlich ist. Die Tatsache, dass es sich um regulierte Dienste handelt, impliziert bereits, dass es um Dienste geht, die vollständig oder großteils auf schwer- bzw. nicht-replizierbarer Infrastruktur basieren. Im Anschluss daran sollen Möglichkeiten der Separation diskutiert werden. Zur Steigerung der Lesbarkeit wird die jeweils erforderliche Infrastruktur hier nur cursorisch dargestellt.

Entbündelung: Die erforderliche Infrastruktur für die Entbündelung besteht in der Teilnehmeranschlussleitung (Kupferdoppelader) sowie einer Kollokationsmöglichkeit.

Originierung und Terminierung: Für Originierung und Terminierung ist die Infrastruktur des PSTN/ISDN-Netzes vom Teilnehmer inklusive der ersten Teilnehmervermittlungsstelle erforderlich. Gegenwärtig kann der Verkehr an 44 Teilnehmervermittlungsstellen an alternative Betreiber übergeben werden. Die zu Grunde liegende Infrastruktur besteht im Wesentlichen aus der Teilnehmeranschlussleitung (Kupferdoppelader), dem Hauptverteiler, der Verbindung vom Hauptverteiler zur Vermittlungsstelle sowie der Vermittlungsstelle selbst.

Carrier Selection/Carrier Pre-Selection (CS/CPS): Die Infrastruktur für die Erbringung von CS/CPS entspricht jener für Originierung bzw. Terminierung. Für die Erbringung von CS/CPS ist zusätzlich nur noch eine entsprechende Software in der Vermittlungsstelle erforderlich, die erkennt, an welchen Betreiber der Anruf weitergeleitet werden soll.

Wholesale Line Rental (WLR): Auch die Infrastruktur für die Erbringung von WLR entspricht in Wesentlichen jener für Originierung bzw. Terminierung.

Terminierende Segmente von Mietleitungen: Mietleitungen, die bis zu einem Endkunden/Teilnehmer gehen, werden über die Teilnehmeranschlussleitung (die – entsprechend der Größe des Kunden – entweder aus Kupfer oder aus Glasfaser bestehen kann) und anschließend über das übertragungstechnische Netz realisiert. Die im übertragungstechnischen Netz hauptsächlich eingesetzte Technologie ist SDH. Auf Strecken, wo viel Verkehr anfällt, wird teilweise auch WDM eingesetzt. Die zu Grunde liegende Infrastruktur bildet hauptsächlich Glasfasern.

Bitstream Access: Für Bitstream Access, wie er gegenwärtig von Telekom Austria erbracht wird, sind zunächst ebenfalls Teilnehmeranschlussleitung und Hauptverteiler erforderlich, wobei jedoch neben dem Hauptverteiler zusätzliche Einrichtungen, wie z.B. ein DSLAM, betrieben werden. Anschließend wird der Datenstrom in einem regionalen ATM-Netz³³ zum BRAS (Broadband Remote Access Server) weitergeleitet. Von dort wird im nationalen ATM-Netz ein L2TP-Tunnel zu einem von neun definierten Übergabepunkten geschaltet.

Eine Aufteilung der Infrastruktur zwischen zwei Unternehmen sollte nun idealer Weise insbesondere die folgenden Kriterien erfüllen:

- Die Infrastruktur eines Unternehmens umfasst die gesamte schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur. Replizierbare Infrastruktur ist nicht umfasst.
- Die Aufteilung ist eindeutig, d.h. für jede Verbindung bzw. jedes Netzwerkelement ist festgelegt, wem es gehört und wer es betreibt.
- Die Schnittstelle ist so gestaltet, dass eine Zusammenschaltung der Netze bzw. der Betrieb des gesamten Netzes (weiterhin) reibungslos möglich ist.
- Die Aufteilung soll so gestaltet sein, dass sie über einen längeren Zeitraum bestehen kann. Insofern sind absehbare Änderungen in der Netzwerkstruktur, wie etwa die Änderung der Anzahl der (zusammenschaltungsfähigen) Vermittlungsstellen oder Investitionen in Glasfaser bis zum Kabelverzweiger, zu berücksichtigen.

Welche Möglichkeiten bestehen nun, die Infrastruktur unter Berücksichtigung dieser Punkte aufzuteilen? Eine Möglichkeit läge darin, lediglich den am schwierigsten zu replizierenden Teil der Infrastruktur, die Teilnehmeranschlussleitung, auszugliedern. Der Vorteil bestünde darin, dass eine eindeutige Grenze gezogen werden kann (Teilnehmeranschlussleitung inklusive Hauptverteiler bzw. Kollokationsmöglichkeiten) während auch die Gestaltung der Schnittstelle relativ einfach möglich wäre. Allerdings könnte bei einer Ausgliederung der Teilnehmeranschlussleitung lediglich Entbündelung erbracht werden, nicht aber die anderen gegenwärtig regulierten Dienste. Schwer- bzw. nicht-replizierbare Infrastruktur jenseits des Hauptverters und die darauf basierenden Dienste wären nicht erfasst.

Sollen weitere Dienste erbracht werden, so sind zusätzliche Netzelemente erforderlich. So wäre es beispielsweise möglich, die Trennlinie bei den 44 zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen zu ziehen.³⁴ Bei dieser Variante könnten alle Dienste (außer Bitstream Access) erbracht werden. Problematisch ist hier jedoch die Gestaltung der Schnittstelle, da die Trennlinie mitten durch das übertragungstechnische Netz ginge. Das übertragungstechnische Netz wird sowohl für die Erbringung von regulierten Diensten als auch für die Erbringung von nicht regulierten Diensten verwendet. Ein Beispiel hierfür sind Mietleitungen. Die Marktabgrenzung für terminierende Segmente der RTR-GmbH orientiert sich an jenen 28 Städten, in denen Telekom Austria 43 (der nunmehr 44) zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen betreibt. In der Netzwerktechnik ist diese Aufteilung natürlich nicht explizit nachgebildet. Ein Betreiben der Infrastruktur für terminierende Segmente getrennt von der Infrastruktur für Trunk-Segmente ist also kaum möglich.

Da eine Aufteilung in zwei Netze, die von unterschiedlichen Einheiten betrieben werden, grundsätzlich problematisch ist, wurde beispielsweise von Ofcom eine Variante gewählt, bei der Openreach lediglich die „passiven“ Netzelemente (die „physische“ Infrastruktur), nicht aber die „aktiven“ Netzelemente (Modems, Switches, also elektronische Bauteile) besitzt. Während also Openreach die zu Grunde liegende Infrastruktur besitzt, wird das Netz

³³ ATM wird über das SDH-Netz realisiert.

³⁴ Eine weitere Variante, die betrachtet werden könnte, ist die Trennung bei den ca. 150 Teilnehmervermittlungstellen, wobei mit dieser Infrastruktur eine Übergabe des Verkehrs an alternative Betreiber bei den 43 zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen nicht immer möglich wäre.

weiterhin von BT Wholesale betrieben. Dies hat den großen Vorteil, dass die Netzintegrität sichergestellt ist und keine zusätzlichen Kosten durch den Betrieb separater Netze entstehen. Der damit verbundene Nachteil besteht jedoch darin, dass Openreach nicht alle Dienste selbst erbringen kann, sondern sich für die Erbringung bestimmter Dienste an BT Wholesale wenden muss. Da BT Wholesale letztlich auch weiß, ob der Dienst von BT Retail oder einem alternativen Betreiber nachgefragt wurde, entsteht wiederum die Problematik der Diskriminierung, sozusagen „eine Ebene höher“. Es ist also fraglich, ob durch eine solche Konstruktion dem vertikal integrierten Unternehmen tatsächlich Anreiz und Möglichkeiten zu vertical foreclosure genommen werden.

Bei manchen Diensten stellt sich darüber hinaus auch noch die Frage, ob die zu Grunde liegende Infrastruktur im gesamten Bundesgebiet oder nur in bestimmten geografischen Gebieten schwer bzw. nicht replizierbar ist. Bei terminierenden Segmenten von Mietleitungen beispielsweise wurde von der Telekom-Control-Kommission eine geografische Differenzierung der Regulierungsinstrumente vorgenommen, die mit Unterschieden in der Wettbewerbsintensität gerechtfertigt wurde.³⁵ Demnach würde sich bei der Ausgliederung der Infrastruktur die Frage stellen, ob dies einheitlich über das gesamte Bundesgebiet oder differenziert geschehen sollte. Obwohl eine geografische Differenzierung aufgrund der Unterschiede in der Replizierbarkeit gegebenenfalls gerechtfertigt wäre, so ist sie mit ähnlichen Problemen verbunden, wie oben im Zusammenhang mit terminierenden und Trunk-Segmenten von Mietleitungen bzw. Netzintegrität angesprochen wurden.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach dem Zeithorizont für eine mögliche Separierung. Es ist davon auszugehen, dass bis zur Schaffung entsprechender europäischer und nationaler Rechtsgrundlagen³⁶ und der Umsetzung derartiger Vorgaben in die Praxis mehrere Jahre vergehen werden. Im Hinblick auf die laufenden Diskussionen zum Thema NGN³⁷ ist daher fraglich, inwieweit eine Diskussion von Separationsmöglichkeiten auf der Basis der derzeitigen (technischen) Gegebenheiten für diesen Zeithorizont Geltung haben kann. Mangels Kenntnis der künftigen Entwicklungen muss aber die Diskussion grundsätzlich auf der derzeitigen Netzstruktur der Telekom Austria aufgebaut werden. In rechtlicher Hinsicht ist jedoch sicher zu stellen, dass die mit einer Separation angestrebten Ziele bei einer künftigen Änderung der Bedingungen weiterhin erreicht werden können. In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass durch zukünftige Entwicklung gänzlich neue „Bottlenecks“, etwa bestimmte Daten(-banken), auftauchen könnten, die derzeit nicht absehbar sind. Diese Situation ist von bloßen, wenn auch vielleicht weit gehenden technologischen Entwicklungen des Anschlussnetzes insofern zu unterscheiden, als für letztere (die technischen Entwicklungen) über die Form der Separation Vorsorge getroffen werden könnte, für die gänzlich neu auftretenden anderen möglichen Arten von Bottlenecks, demgegenüber wegen deren derzeitiger Unvorhersehbarkeit möglicherweise nicht im selben Ausmaß. Die Separation der derzeit bestehenden und absehbaren Bottleneck-Assets bzw. -Services kann daher diesbezüglich keine Möglichkeit zur Regulierung von Bottlenecks jeder Art für alle Zukunft darstellen.

Diskussionsfragen:

Auch im Zusammenhang mit den in den Kapiteln 4 und 5 dargestellten Themen stellt die RTR-GmbH – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende Fragestellungen zur Diskussion:

³⁵ Siehe Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.11.2006, M 11/06, http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M-11-06?OpenDocument. Zusätzlich zur geografischen Differenzierung erfolgte eine Differenzierung auch nach Bandbreite.

³⁶ Siehe unten Punkt 6.2

³⁷ Vgl. dazu das Diskussionsdokument zum Zukunftsthema „Next Generation Network – Regulierung“.

6. Welche konkrete Form der Separation könnte in Österreich hinsichtlich der (organisatorischen und/oder strukturellen) Ausgestaltung und der abzutrennenden Assets als zweckmäßig erachtet werden?
7. Sind die oben angeführten Kriterien für die Aufteilung der Infrastruktur zwischen zwei Unternehmen im Fall der Separation geeignet und ausreichend? Welche zusätzlichen oder alternativen Kriterien könnte man heranziehen?
8. Wie könnten Änderungen des Netzes der Telekom Austria (NGN – Entwicklungen) berücksichtigt werden? Diese Frage umfasst sowohl den technischen Aspekt (z.B. hinsichtlich möglicher Änderungen der Trennlinie zwischen separiertem Teil und Restunternehmen) als auch den rechtlichen Aspekt (Wie können diese zukünftig erforderlichen Verpflichtungen bereits heute abgebildet werden?).
9. Welche neuen „Bottlenecks“ könnten durch künftige Entwicklungen auftreten?

6. Rechtliche Aspekte – kann bzw. wie könnte separiert werden?

6.1. Die derzeitige Rechtslage

Aufbauend auf der für dieses Dokument herangezogenen Einteilung (siehe oben Punkt 4) in zwei große Gruppen von Separation – nämlich strukturelle und organisatorische – wird im folgenden Kapitel dargestellt, ob und inwieweit nach den derzeit geltenden (nationalen und europäischen) Rechtsgrundlagen derartige Separationen möglich sind bzw. wären. Dabei wird sowohl das allgemeine Wettbewerbsrecht (Missbrauchsaufsicht, Kartellverbot und Fusionskontrolle) als auch der Bereich des ex-ante Rechtsrahmens beurteilt.

6.1.1. Möglichkeiten im allgemeinen Wettbewerbsrecht

6.1.1.1. Europa

Fusionskontrolle

Nach Art. 8 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung VO 139/2004 kann die EK ihre Entscheidung über einen angezeigten Zusammenschluss mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der EK hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind. Maßnahmen, durch die sich der Markt strukturell verändert, sind zum Gegenstand von Bedingungen zu machen, die hierzu erforderlichen Durchführungsmaßnahmen hingegen zum Gegenstand von Auflagen. Zuletzt wurde der „Divestiture of a business to a suitable purchaser“ als mögliche Auflage im Konsultationsdokument zu den „draft revised guidelines on remedies“ vom 24.04.2007 breiter Raum gewidmet.³⁸ Im Rahmen der Fusionskontrolle sind daher sogar strukturelle Separationen möglich, organisatorische sind ebenfalls denkbar. Die Herangehensweise der Fusionskontrolle beruht grundsätzlich auf ex-ante Betrachtungen.

Kartellverbot (Art. 81 EG) und Missbrauchsaufsicht (Art. 82 EG)

Auch nach den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag iVm der Verfahrensverordnung VO 1/2003 wären (strukturelle oder organisatorische) Separationen sowohl als Verpflichtung zur Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen Art. 81f EG (iVm. Art. 7 der VO 1/2003) als auch in Form der Annahme von Verpflichtungszusagen (Art. 9 der VO 1/2003) möglich.

6.1.1.2. Österreich

Nach dem österreichischen Kartellgesetz bestehen folgende vergleichbare Möglichkeiten:

Fusionskontrolle

Nach § 12 Abs. 2 KartG 2005 kann das Kartellgericht den Ausspruch, dass der Zusammenschluss nicht untersagt wird, mit entsprechenden Beschränkungen oder Auflagen verbinden. Zulässig ist z.B. die Verpflichtung, Beteiligungen zu veräußern, aus Gesellschaften auszuscheiden, personelle Verflechtungen aufzulösen oder bestimmte wettbewerbsbeschränkende Absprachen nicht einzugehen. Wenn sich nach diesem Ausspruch die maßgeblichen Umstände ändern, kann das Kartellgericht auf Antrag eines am Zusammenschluss beteiligten Unternehmers erteilte Beschränkungen oder Auflagen ändern oder aufheben. Nach § 16 kann das Kartellgericht auch nachträglich Maßnahmen auftragen, durch die die Wirkungen des Zusammenschlusses abgeschwächt oder beseitigt werden,

³⁸ Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 vom 24.04.2007, http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf

unter anderem wenn einer mit der Nichtuntersagung verbundenen Auflage zuwidergehandelt wird.

Kartellverbot und Missbrauchsaufsicht

Nach § 26 KartG 2005 hat das Kartellgericht kartellrechtswidriges Verhalten wirksam abzustellen, indem es den beteiligten Unternehmen und Unternehmervereinigungen die hierzu erforderlichen Aufträge erteilt. Auch eine Änderung der Unternehmensstruktur kann grundsätzlich aufgetragen werden, allerdings nur, wenn keine anderen gleich wirksamen Maßnahmen zur Verfügung stehen oder diese mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmer verbunden wären. Statt der in § 26 vorgesehenen Abstellung kann das Kartellgericht auch Verpflichtungszusagen der beteiligten Unternehmer und Unternehmervereinigungen für bindend erklären, wenn zu erwarten ist, dass diese Zusagen künftige Zuwiderhandlungen ausschließen.

6.1.2. Möglichkeiten im Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste³⁹ bzw. im TKG 2003

6.1.2.1. Europa

Die Marktanalyseverfahren nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie

Das (dreistufige) Konzept des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste sieht in den Art. 14ff Rahmenrichtlinie iVm 8ff Zugangsrichtlinie grundsätzlich vor, dass (1) für die ex-ante Regulierung relevante Märkte definiert, (2) diese Märkte analysiert und (3) bei festgestellten Wettbewerbsproblemen geeignete und verhältnismäßige Vorabverpflichtungen aus dem Katalog der Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie auferlegt, geändert oder aufgehoben werden. Als mögliche Verpflichtungen kommen Transparenz, Gleichbehandlung, getrennte Buchführung, Zugang sowie Kostenrechnung und Preiskontrolle in Frage. Einerseits ist daher immer eine Bindung an die konkreten Wettbewerbsbedingungen auf einem bestimmten Markt erforderlich, um Verpflichtungen aufzuerlegen, andererseits ist die Verpflichtung zu organisatorischer (mit Ausnahme der getrennten Buchführung) oder struktureller Separation nicht in dieser so genannten regulatorischen „Toolbox“ enthalten. Eine verpflichtende Anordnung von struktureller und/oder organisatorischer Separation (die notwendigerweise nicht nur einen bestimmten Markt betraf, sondern märkteübergreifende Wirkungen hätte) scheidet daher für die (regelmäßigen) Marktanalyseverfahren auf der Basis des derzeit geltenden Rechtsrahmens aus. Dies entspricht offenbar auch der (wiederholt) geäußerten Meinung der EK⁴⁰. Vielleicht hat das auch damit zu tun, dass die EK derzeit keine Veto-Möglichkeit in Bezug auf die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten hat und daher mögliche Probleme hinsichtlich der harmonisierten Vorgangsweise der nationalen Regulierungsbehörden sieht.

Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie

Nach Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie können Regulierungsbehörden bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auch andere als die oben angeführten, in den Art. 9 bis 13

³⁹ Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. Nr. L 108 vom 24.04.2002 S. 33 („Rahmenrichtlinie“), Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. Nr. L 108 vom 24.04.2002 S. 21 („Genehmigungsrichtlinie“), Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. Nr. L 108 vom 24.04.2002 S. 51 („Universaldienstrichtlinie“), und Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, ABl. Nr. L 108 vom 24.04.2002 S. 7 („Zugangsrichtlinie“) und Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. Nr. L 201 vom 31.07.2002, S. 37 („Datenschutzrichtlinie“).

⁴⁰ Vgl. oben Punkt 3.1

Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung auferlegen. Für diese Fälle besteht eine Veto-Möglichkeit der EK.

Es erscheint grundsätzlich denkbar, eine allfällige (nachgewiesene) Unwirksamkeit auferlegter Zugangs-, Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen als „außergewöhnliche Umstände“ iSd Art. 8 Abs. 3 zu qualifizieren. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch und gerade allfällige Maßnahmen nach Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie dem Gebot der Verhältnismäßigkeit⁴¹ unterliegen und insbesondere eine so einschneidende Maßnahme wie die Verpflichtung zur Separation auf der Basis des Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie schwer vorstellbar ist. Auch die EK und die ERG/IRG sind scheinbar der Meinung, dass derzeit keine Möglichkeit zur Anordnung einer Verpflichtung zur Separation gegeben ist, da die (Neu-) Schaffung entsprechender Kompetenzen im Rahmen des Review intensiv diskutiert wird. Diesbezüglich anderer Meinung sind das italienische Ministerio delle Comunicazioni und die Regulierungsbehörde AGCOM. In einem im April 2007 im Parlament eingebrachten Änderungsvorschlag zum italienischen Kommunikationsgesetz wird unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie eine Kompetenz der AGCOM zur Auferlegung von „functional separation“ unter außergewöhnlichen Umständen vorgeschlagen.⁴²

Art. 10 Genehmigungsrichtlinie

Ebenfalls theoretisch denkbar wäre eine Verpflichtung zu Separation über Art. 10 der Genehmigungsrichtlinie. Danach kann einem Unternehmen, das (u.a.) seine im Rahmen von Marktanalyseverfahren auferlegten Verpflichtungen nicht einhält, die Abstellung dieser „Mängel“ durch die „gebotenen angemessenen Maßnahmen“ aufgetragen werden. Als derartige Maßnahmen könnten auch eine verpflichtende Separation oder nur von Teilaspekten einer solchen, z.B. Chinese Walls aufzuziehen, Belegschaft nur für einen Bereich zu beschäftigen, o.ä. angedacht werden. Wie schon bei Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie erscheint allerdings auch bei Art. 10 Genehmigungsrichtlinie sehr zweifelhaft, ob derart einschneidende strukturelle oder organisatorische Maßnahmen auf dieser Grundlage möglich sind. Die EK geht offenbar auch diesbezüglich nicht davon aus, da sie allgemein annimmt, dass der derzeitige Rechtsrahmen eine Verpflichtung zu Separation nicht vorsieht.

Sonstige Möglichkeiten

Auch im derzeitigen Rechtsrahmen wäre eine vom Unternehmen freiwillig (wohl in Abstimmung mit der Regulierungsbehörde) vorgenommene strukturelle oder organisatorische Separation möglich. Die Auswirkungen einer derartigen Separation auf die Wettbewerbssituation auf verschiedenen Märkten wäre im Rahmen der regelmäßigen Marktanalyseverfahren zu berücksichtigen. Eine „Garantie“ für eine Rücknahme von Regulierungen könnte aber vorab nicht abgegeben werden, sodass die Anreize für eine derartige freiwillige Separation wohl eher gering sein werden, soweit nicht andere Gründe (steuerliche o.ä.) dafür sprechen, oder wie beim Beispiel Openreach⁴³, regulatorischer Druck über das allgemeine Wettbewerbsrecht ausgeübt werden kann.

Da nationalstaatliche Regelungen durchaus strenger sein können als es die einschlägigen Richtlinien vorschreiben, wäre auch eine ohne europäische Vorgabe erfolgende gesetzliche Verpflichtung zur Separation denkbar. So wurden z.B. in Italien derartige Überlegungen angestellt, um einen (gänzlichen) Verkauf der Telecom Italia ins Ausland möglicherweise zu verhindern.

⁴¹ Vgl. unten Punkt 6.2.3

⁴² <http://www.comunicazioni.it/en/index.php?IdNews=172>

⁴³ Siehe unten Punkt 7.2

6.1.2.2. Österreich

Grundsätzlich kann auf die soeben gemachten Ausführungen verwiesen werden, da die europäischen Rechtsgrundlagen in österreichisches Recht umgesetzt wurden. Die Darstellung zu Art. 14ff Rahmenrichtlinie gilt daher sinngemäß auch für §§ 35ff TKG 2003, zu Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie für § 47 TKG 2003 und zu Art. 10 Genehmigungsrichtlinie für § 91 TKG 2003. Auch eine freiwillige oder eine ohne europarechtliche Verpflichtung gesetzlich angeordnete Separation wäre möglich.

6.2. Mögliche zukünftige Regelungen

Nach allgemeinem Wettbewerbsrecht bestehen somit, anders als im geltenden Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, über Missbrauchsaufsicht, Kartellverbot und Fusionskontrolle schon derzeit Möglichkeiten zu (verpflichtender) Separation. Im Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation scheint demgegenüber derzeit keine der dargestellten Rechtsgrundlagen ausreichend zu sein, um Separation auferlegen zu können. Neue diesbezügliche Rechtsgrundlagen könnten auf der Basis folgender Kompetenzgrundlagen erlassen werden:

6.2.1. Europa

6.2.1.1. Art. 86 Abs. 3 EG – Die „Liberalisierungskompetenz“

Nach Art. 86 Abs. 3 EG kann die EK zur Durchsetzung der Absätze 1 und 2 leg. cit. mittels Richtlinien oder Entscheidungen Vorschriften betreffend öffentliche oder monopolartige Unternehmen erlassen. Im Telekommunikationssektor wurden bisher auf dieser Basis die „Liberalisierungsrichtlinien“ (insbesondere: Endgeräte Richtlinie 88/301/EWG; Dienst Richtlinie 90/388/EWG⁴⁴; Kabelrichtlinie 95/51/EWG⁴⁵; 2. Kabelrichtlinie 1999/64/EWG⁴⁶, 96/2/EG (Mobilfunk); Wettbewerbsrichtlinie 96/19/EG; Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG⁴⁷) erlassen. Die EK könnte auf der Basis des Art. 86 Abs. 3 EG – ähnlich wie die Kabelnetze – Regelungen betreffend strukturelle oder organisatorische Separation bei Kabelnetzen in Richtlinien vorsehen.

6.2.1.2. Art. 95 EG – Die „Harmonisierungskompetenz“

Nach Art. 95 EG kann der Rat, „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ erlassen. Diese Zuständigkeit lag dem „Open Network Provision“ (ONP)-Rechtsrahmen und liegt auch dem derzeitigen Richtlinienpaket für elektronische Kommunikation zu Grunde. Auch die Änderungen dieses Rechtsrahmens im Rahmen des laufenden „Review 2006“ werden auf Art. 95 EG beruhen. Durch derartige auf Artikel 95 basierende Richtlinien(änderungen) könnte daher eine Verpflichtung zu Separation europarechtlich vorgeschrieben werden. Dabei wäre eine Abstimmung mit dem Rat und letztendlich dessen Zustimmung und die des europäischen Parlaments erforderlich.

⁴⁴ Der Sprachtelefoniedienst wurde erst per 01.01.1998 liberalisiert.

⁴⁵ Als Änderung der Richtlinie 90/388/EWG; Einführung verpflichtender getrennter Buchführung beim Betrieb von Telekommunikations- und Kabelnetzen.

⁴⁶ Als Änderung der Richtlinie 90/388/EWG; Einführung verpflichtender struktureller Trennung, nicht allerdings die vorab diskutierte Eigentümerseparation; siehe „Cable Review“ ABI. 1998 Nr. C 71 S. 4

⁴⁷ Diese ersetzt alle bisherigen Liberalisierungsrichtlinien.

6.2.1.3. Tendenz der EK: Art. 95 – Der Review

Grundsätzlich lässt die EK die Tendenz⁴⁸ dazu erkennen, ein neues Regulierungsinstrument zur organisatorischen Separation („functional separation“) im Rahmen des Review 2006, also über eine Änderung der Richtlinien nach Art. 95 EG, vorzusehen.

Inhaltlich ist darauf hinzuweisen, dass das Beispiel BT-Openreach offenbar dem entspricht, was die EK unter „functional separation“ versteht. Diese „freiwillige“ Separation der Openreach beruhte aber wesentlich darauf, dass Ofcom mit verpflichtender struktureller Separation nach Wettbewerbsrecht argumentieren konnte, was nach derzeitiger europäischer und österreichischer Rechtslage für die Regulierungsbehörden des Telekommunikationssektors nicht vorgesehen ist. Der EK dürfte dieser Konnex zwischen Sektorregulierung und der Möglichkeit zu struktureller Separation zweckmäßig erscheinen, damit, wie bei Ofcom gegenüber BT, ausreichender regulatorischer Druck möglich ist, um Unternehmen zu einer freiwilligen funktionellen Separation bringen zu können. Strukturelle Separation wird somit offenbar nicht als tatsächliches Ziel für den Telekomsektor angesehen, könnte aber als Mittel zur Durchsetzung „freiwilliger“ (organisatorischer) Separation (ähnlich Openreach) vorgesehen werden.

Zusammengefasst erscheint daher derzeit eine Adaptierung der Zugangsrichtlinie (und allenfalls begleitendes Soft-Law) wahrscheinlich. Die Stellungnahme der EK zum Review 2006 wird für Herbst 2007 erwartet.

6.2.2. Österreich

Bei Erlass von europäischen Regelungen betreffend Separation müssten diese innerhalb der jeweils in den Richtlinien gesetzten Frist in nationales Recht umgesetzt werden.

Wie bereits oben angesprochen wurde, wäre auch eine ohne europarechtliche Verpflichtung gesetzlich angeordnete Separation – ähnlich der Verpflichtung zur Entbündelung der TASL vor Erlass der VO 2887/2000 – möglich.

6.2.3. Fazit

Aus Sicht der RTR-GmbH ergeben sich für die mögliche Einführung eines neuen Regulierungsinstruments „Separation“ mehrere mögliche Diskussionspunkte:

Einerseits wäre Separation wohl ein „Cross Market Remedy“ und daher mit der dargestellten derzeitigen Grundsystematik der Marktanalysen, wonach Wettbewerbsprobleme auf einem bestimmten Markt mittels konkreter Regulierungsverpflichtungen gelöst werden sollen, schwer vereinbar. Zu diskutieren wäre diesbezüglich, ob dieses Problem über quasi „abgestimmte“ Regulierungsverpflichtungen auf verschiedenen Märkten (wie derzeit z.B. bei der Accounting Separation) lösbar sein könnte.

Andererseits wären möglicherweise (zum Teil) Produkte bzw. Märkte, bezüglich derer keine beträchtliche Marktmacht des Unternehmens festgestellt wurde, von der Separation betroffen, was ebenfalls der Systematik des geltenden Rechtsrahmens widersprechen könnte.

Drittens wäre zu überlegen, ob wegen der hohen Eingriffsintensität und möglicherweise Unumkehrbarkeit des Eingriffs für die Anordnung von Separation die derzeit wesentlich auf Anreizstrukturen basierende Regulierung ausreichend wäre, oder ob nicht Evidenz gefordert ist, dass andere Regulierungen (Access, Nichtdiskriminierung) tatsächlich nicht ausreichend sind. Damit im Zusammenhang wird in den Diskussionen immer wieder auch die Frage

⁴⁸ Vgl. oben Punkt 3.1

gestellt, ob Separation als „normales“ Remedy der Toolbox hinzugefügt werden sollte/kann oder ob es sich um ein „Last Resort“ handelt sollte/muss.

Diese Fragestellungen müssen nach Ansicht der RTR-GmbH im Zusammenhang mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit betrachtet werden, auf das an mehreren Stellen⁴⁹ des europäischen Rechtsrahmens hingewiesen wird. 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 Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Unternehmens darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme muss es sich daher um das Minimum⁵⁰ handeln, das zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich und ausreichend ist⁵¹.

Um die Verhältnismäßigkeit einer möglichen Separation überprüfen zu können, müsste daher sicher gestellt sein und dargelegt werden, dass andere Regulierungsverpflichtungen nicht ausreichend sind, um den angestrebten Zweck – die wirksame Verhinderung von diskriminierendem Verhalten – erreichen zu können. Lediglich wenn mit keinen anderen (Kombinationen von) regulatorischen Maßnahmen das Auslangen gefunden werden kann, bzw. wenn derartige andere Maßnahmen nicht als gelindere Mittel zu betrachten wären, wäre eine Auferlegung einer verpflichtenden Separation zulässig, sodass eine Vereinbarkeit eines derartigen Regulierungsinstrumentes mit der Systematik des europäischen Rechtsrahmens gegeben zu sein scheint. Es wäre dabei auch durchaus denkbar, dass eine (einmalige) Separation wegen der zu erwartenden Rücknahme der Intensität und des Umfangs an Regulierung gegenüber der fortgesetzten umfassenden Regulierung auf verschiedenen Märkten, als gelinderes und somit verhältnismäßiges Mittel zu betrachten sein könnte. Ob eine bestimmte Form von organisatorischer Separation oder andere Maßnahmen⁵² die gelindesten Mittel darstellen, kann daher nicht vorab, sondern nur nach genauer Analyse der Situation beantwortet werden.

Nach dem soeben Gesagten wäre auch die Frage, ob Separation ein „normales“ Remedy oder ein „Last Resort“ ist, dahingehend zu beantworten, dass jedenfalls nur das gelindeste Mittel – sei es Separation oder eine andere (Kombinationen von) regulatorischen Verpflichtungen – zulässig ist und daher keine diesbezügliche Unterscheidung zu treffen ist.

Diskussionsfragen:

Zusammengefasst stellt die RTR-GmbH folgende Fragen zur Diskussion:

10. Inwieweit ist ein mögliches neues Regulierungsinstrument „Separation“ mit der derzeitigen Systematik der Marktanalysen vereinbar? Dabei sind nach Ansicht der RTR-GmbH insbesondere die Fragen der „Cross Market“-Wirkung, der anreiz- versus evidenzbasierten Regulierung, der Wirkung auf Produkte bzw. Märkte, bezüglich derer keine beträchtliche Marktmacht der Telekom Austria festgestellt wurde und der Verhältnismäßigkeit zu diskutieren.
11. Auf Basis welchen Ansatzes sollte die Verhältnismäßigkeit einer möglichen Separation konkret überprüft werden?

⁴⁹ So in Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie

⁵⁰ Siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission

⁵¹ Vgl. Stratil, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003

⁵² Wie Zugangsverpflichtung, Transparenzverpflichtung, Nichtdiskriminierungsverpflichtung

12. Inwieweit könnte freiwillige Separation Vorteile (hinsichtlich der Wirksamkeit, der Überprüfbarkeit, der zeitlichen Komponente) gegenüber verpflichtender Separation haben?

Wie schon in Punkt 5 ist auch im gegebenen Zusammenhang wesentlich, wie Änderungen des Netzes der Telekom Austria (NGN – Entwicklungen) berücksichtigt werden können. Diese Frage umfasst neben den technischen Aspekten auch den rechtlichen Aspekt, d.h. die Frage:

13. Wie könnten zukünftig erforderliche Verpflichtungen bereits heute abgebildet werden?

7. Beispiele

7.1. Allgemeines

Im Zuge der Erstellung dieses Diskussionsdokuments wurden von der RTR-GmbH verschiedene österreichische und internationale Beispiele betrachtet, die in mehr oder weniger engem Konnex zum Thema „Separation“ stehen. So wurden, neben der oben angesprochenen Umstrukturierung der Telekom Austria im Jahr 2002 (Telekom Austria Wholesale), die Gründung der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG (ORS), die Gründung der Netco 3G GmbH durch Hutchison 3G Austria GmbH im Jahr 2005, die Ausgliederung des Netzwerkmanagements durch One GmbH, die Umstrukturierung der ÖBB sowie die „Unbundling“-Maßnahmen im Energiesektor betrachtet. Da allerdings einerseits die Gründe für die genannten Maßnahmen andere waren (z.B. Effizienzgründe), als sie der gegenständlichen Diskussion um Separation zu Grunde liegen, und da andererseits aus Erfahrungen aus anderen Branchen/Sektoren nur bedingt Rückschlüsse auf den Telekomsektor gezogen werden können⁵³, werden diese Beispiele hier nicht im Detail dargestellt. Lediglich im Hinblick auf die ORS kann darauf hingewiesen werden, dass sich zeigt, dass reine Ausgliederungen („legal separation“) in eigene Gesellschaften ohne flankierende Maßnahmen für die Lösung des Problems der Diskriminierung nicht zielführend sein dürften, auch wenn allenfalls die Transparenz der Unternehmung erhöht wird.

International wurden AT&T, Telia Sonera, Neuseeland, Australien Portugal, die jüngsten Entwicklungen in Italien⁵⁴, die Niederlande sowie die „Kabelrichtlinien“ Richtlinie 95/51/EG, Richtlinie 99/64/EG und die Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG evaluiert. Soweit dabei Erkenntnisse bzw. Fragestellungen ableitbar waren, wurden diese im gegenständlichen Diskussionsdokument berücksichtigt. Darüber hinaus ist insbesondere bemerkenswert, dass mit OPTA eine NRA der Meinung ist, dass nach den Ergebnissen ihrer jüngsten Marktanalysen derzeit eine verpflichtende „functional separation“ unverhältnismäßig sei und unerwünschte Effekte haben könnte. Unter Berücksichtigung der Marktsituation in den Niederlanden, insbesondere der hohen Verbreitung der Kabelnetze im Anschlussbereich, sei kein Regulierungsinstrument erforderlich, das voraussetze, dass effektiver und selbsttragender Wettbewerb weder bestehe noch erreichbar sei.

Das wesentlichste internationale Beispiel für „functional separation“ im Telekomsektor stellt jedoch die Gründung von BT-Openreach dar. Auf dieses Beispiel wird daher im Folgenden im Detail eingegangen:

7.2. Openreach

7.2.1. Allgemeines

In jüngerer Zeit hat im Bereich der Separation vor allem in Großbritannien eine bemerkenswerte Entwicklung stattgefunden. Dort wurden als Folge des im Jahr 2004 von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom durchgeführten „Strategic Review of Telecommunications“ per Anfang 2006 Vertrieb und Bereitstellung eines Großteils der von BT angebotenen regulierten Vorleistungsprodukte in einen eigenständigen Unternehmensteil (Arbeitstitel „Access Services Division“, später „Openreach“) ausgelagert (so genannte „operational separation“), um durch eine wirksame Implementierung der BT in verschiedenen Marktanalysen auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung mit Anwendung des Prinzips „Equivalence of Input“ endlich ein grundlegendes Mittel gegen die trotz spezifischer

⁵³ Vgl. auch oben in Punkt 3.3 (OECD).

⁵⁴ AGCOM konsultiert seit 02.05.2007 ein Dokument über die zukünftige Regulierung des Zugangsnetzes der TI vor dem Hintergrund der Migration zu einem „Next Generation Access Network“. Dabei wird „functional separation“ als mögliches verhältnismäßiges Regulierungsinstrument für Italien angesehen; vgl. auch oben Punkt 6.1.2.1.

Verpflichtungen immanently vorhandene Ungleichbehandlung zwischen dem Retail-Arm von BT und Wettbewerbern zu schaffen.

7.2.2. Der „Strategic Review of Telecommunications“ der Ofcom

Der im Jahr 2004 durchgeführte „Strategic Review of Telecommunications“ der Ofcom sollte die Rolle der Regulierung für den gesamten britischen Telekommunikationssektor im Hinblick darauf bewerten, ob die Kosten der Sektorregulierung noch gerechtfertigt seien und ob nicht bestimmte regulatorische Ansätze aufgrund des technologischen Wandels und aufgrund von Änderungen im Verbraucherverhalten als überholt angesehen werden müssten. Da Ofcom in den von ihr durchgeführten Marktuntersuchungen Wettbewerbsprobleme vor allem im Festnetzbereich festgestellt hatte, bildete dieser einen Schwerpunkt des Review, vor allem im Hinblick auf die Marktmacht von BT im Anschlussnetzbereich und die Notwendigkeit, wirkliche Gleichberechtigung beim Zugang zu jenen Teilen des Festnetzes von BT herzustellen, die für Wettbewerber nicht replizierbar waren.

Der Review war in drei Abschnitte gegliedert: in Phase I wurde die Bedeutung des Telekommunikationssektors für die gesamte britische Wirtschaft sowie die Frage untersucht, inwieweit Wettbewerb und Regulierung zu Preissenkungen, Qualitätsverbesserung und größerer Auswahl für den Verbraucher geführt und Investitionen und technologische Entwicklung im Sektor bewirkt hätten. Phase II bewertete wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb auf den relevanten Telekommunikationsmärkten sowie alternative Ansätze zu Sektorwettbewerb und -regulierung und zeigte eine Reihe von Regulierungsoptionen für Ofcom auf. Phase III mündete in einen Abschlussbericht, welcher die Kernfragen und Vorschläge zu deren Lösung herausarbeitete.

Die fünf Hauptfragen der ersten Konsultation im April 2004 kreisten darum, welche Kerneigenschaften einen gut funktionierenden Telekommunikationsmarkt kennzeichneten, wie in solchen Märkten wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb erreicht werden könne und was die Hauptwettbewerbshindernisse seien, ob und inwieweit eine Rückführung der Regulierung möglich erscheine, wie Ofcom Anreize für Investitionen in Next Generation Networks setzen könne und welche Relevanz vertikale Integration im Telekommunikationssektor habe bzw. inwieweit eine vollständige funktionelle Äquivalenz durch strukturelle oder betriebliche Separation bei BT erreicht werden könne.

Ogleich Ofcom feststellte, dass sich die bisherige Regulierung im Hinblick auf Preissenkungen und andere Vorteile für den Verbraucher als wirksam erwiesen hatte, hielt sie das bisherige Regulierungsmodell weder für geeignet, der aktuellen Verbrauchernachfrage in Bezug auf Auswahl, Vielfalt und Innovation zu entsprechen, noch dafür, Anreize für wirksame und zeitgerechte Investitionen in Next Generation Networks zu schaffen. Ein komplexeres Dienstangebot für den Verbraucher setzt nach Ansicht von Ofcom verstärkten Wettbewerb unter Infrastrukturbetreibern voraus mit der Folge, dass der einzelne Diensteanbieter Vorleistungen von unterschiedlichen Infrastrukturbetreibern beziehen könnte und hierdurch nicht länger auf regulatorische Intervention angewiesen wäre. Die derzeitige Regulierung bewirke jedoch mittelfristig keinen hinreichend effektiven Wettbewerb durch konkurrierende Ende-zu-Ende-Festnetzinfrastrukturen. Regulierung müsse den Wettbewerb auf der Infrastrukturebene fördern, wo er sich eher wirksam und nachhaltig entfalten könne.

Das Ausmaß an versunkenen Kosten bei Investitionen in Telekommunikationsinfrastruktur und die enormen Größenvorteile führen laut Ofcom dazu, dass es immer nur eine geringe Anzahl von Netzbetreibern geben werde. Ogleich sich Ofcom vor allem dem Infrastrukturwettbewerb verpflichtet fühlt, meint sie, einige Netzbestandteile („Enduring Bottlenecks“) seien – insbesondere im Anschlussnetzbereich – unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten entweder gar nicht oder nur hochgradig ineffizient replizierbar. Da nachhaltiger Infrastrukturwettbewerb ohne offenen und wirklich gleichberechtigten Zugang zu

derartigen Netzbestandteilen zu risikoreich wäre, müssen sich Unternehmen, die in diesem Bereich in den Wettbewerb eintreten wollen, bei den o.g. Netzbestandteilen auf die Gewährung von Netzzugang durch BT verlassen. Ofcom schließt daraus, dass zur Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs im Festnetzbereich BT ihren Wettbewerbern Netzzugang zu den gleichen Konditionen ermöglichen muss, die sie sich selbst gewährt („equality of access“). Gleichzeitig gibt die vertikale Integration BT jedoch Möglichkeit und Anreiz zur Diskriminierung von Wettbewerbern und Verlagerung ihrer Marktmacht auf Nachbarmärkte. Fallstudien von Ofcom zeigen, dass diese Anreize in einer Reihe von Vorleistungsmärkten (Entbündelung, terminierende Mietleistungssegmente, CPS, Bitstromzugang) zu Ungleichbehandlung geführt haben. Auch bei Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung bleibt Diskriminierung bei nichtpreislichen Parametern nur schwierig überwachbar und bekämpfbar. Ofcom suchte daher nach einer regulatorischen Verpflichtung, die die Vorteile vertikaler Integration bewahrt, ohne Anreize zur Ungleichbehandlung zu geben.

In ihrem Konsultationsdokument im Zuge der Phase II des Review arbeitete Ofcom drei Optionen für eine künftige Telekommunikationsregulierung heraus. Option I sah eine Aufgabe der gesamten ex-ante Regulierung vor, wurde jedoch von Ofcom aufgrund des Fortbestehens der wirtschaftlichen Bottlenecks im (BT-Fest-)Netz und der Abhängigkeit der anderen Marktteilnehmer von den entsprechenden Vorleistungen verworfen. Nach Option II sollte eine Anrufung der britischen Wettbewerbskommission erfolgen mit der Begründung, dass inhärente Marktstrukturen weiterhin Anreize für ein wettbewerbswidriges Verhalten von BT böten; jedoch wäre eine Untersuchung durch die Wettbewerbskommission überaus zeitraubend und ihr Ausgang ungewiss (für alle Beteiligten) gewesen. Gemäß der – schlussendlich gewählten – Option III sollte von BT eine Gewährung wirklicher Gleichberechtigung beim Netzzugang („real equality of access“) erreicht werden. Einerseits sollte der Retail-Arm von BT die gleichen Vorleistungsprodukte, -prozesse und -preise wie seine Wettbewerber („equivalence of input“) verwenden und andererseits gleichzeitig eine betriebliche Trennung („functional separation“ bzw. „operational separation“) in der Weise sicherstellen, dass für die für die Verwaltung von BT's Bottlenecks Zuständigen ein tatsächlicher Anreiz geschaffen würde, um diese Leistungen auch anderen Betreibern mit der gleichen Effizienz und dem gleichen Engagement wie gegenüber dem Retail-Arm von BT bereitzustellen.

Mit der „funktionellen Trennung“ sollte dem Problem der Ungleichbehandlung durch einen vertikal integrierten Betreiber insbesondere bei nicht-preislichen Parametern begegnet werden, welches nicht ausschließlich durch Auferlegung von individuellen Verpflichtungen im Bereich Zugang und Zusammenschaltung in den jeweiligen SMP-Märkten gelöst werden kann; gleichzeitig dient die „funktionelle Trennung“ als Komplement zu den BT im Bereich Zugang und Zusammenschaltung auferlegten spezifischen Verpflichtungen. Im Vergleich zur strukturellen Trennung bietet eine funktionelle Trennung die Möglichkeit, den Umfang der eingegangenen Verpflichtungen an technologische und marktliche Entwicklungen anzupassen, ohne auf die Vorzüge einer vertikalen Integration im Hinblick auf Innovationen verzichten zu müssen; zudem werden die Rechtsform des betroffenen Unternehmens und die Eigentumsrechte der Aktionäre nicht berührt.

7.2.3. Die Verpflichtungszusagen der BT

Ausgehend von einem ersten Vorschlag von BT für Änderungen im Hinblick auf Unternehmen und Organisationsstruktur im Februar 2005 erfolgte die Umsetzung von Option III über eine Reihe freiwilliger Verpflichtungszusagen von BT zur Vermeidung einer

Anrufung der Wettbewerbskommission, die im September 2005 von Ofcom akzeptiert wurden.⁵⁵

Diese Verpflichtungszusagen von BT sahen in ihrer endgültigen Form im Wesentlichen Folgendes vor:

- BT verpflichtete sich in Bezug auf bestimmte von ihr angebotene regulierte Vorleistungen (im Wesentlichen entbündelte Teilnehmeranschlussleitung, WLR bzw. Anschlussleistung, Bitstreamprodukt IP-Stream, bestimmte Backhaul-Produkte sowie terminierende Mietleitungssegmente) zur Befolgung des Grundsatzes „equality of access“ (gleiche Produkte, Preise, Prozesse).
- Die gesamte Zugangsinfrastruktur (einschließlich Kupferleitung, Hauptverteiler, dazugehörige Kabelschächte und andere zivile Infrastruktur bis zur „ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle“) sollte in einen eigenen Unternehmensteil („Access Services Division“) ausgelagert werden, der folgende schon heute von Wettbewerbern verwendete Zugangsprodukte anbieten wird:
 - Alle Arten von Wholesale Line Rental (auch „WLR“ oder Wiederverkauf der Anschlussleistung),
 - Entbündelung (Vollentbündelung und shared use),
 - Glasfaserzugangsprodukte einschließlich Wholesale Extension Service (WES) und TILLAP/TILLBP-Vorleistungsmietleitungen (terminierende Mietleitungssegmente),
 - Ethernet- und SDH-Backhaul-Produkte zur Anbindung von Kollokationsstandorten bzw. Teilabschnitten von Teilnehmeranschlussleitungen,
 - (andere SMP-Produkte wie CPS oder das Bitstreamprodukt IP-Stream werden weiterhin von BT Wholesale angeboten).
- Organisation dieses Unternehmensteils als eigenständige Geschäftseinheit mit eigener Leitung und betrieblicher Unabhängigkeit (eigene Buchhaltung etc.) in eigenen Räumlichkeiten, mit einer von BT weit gehend abgekoppelten IT-Infrastruktur und mit einer eigenen Marke; die Entlohnung sollte ausschließlich auf der isolierten Leistung dieses Unternehmensteils basieren; im Unternehmensteil sollten „Chinese Walls“ gegenüber BT implementiert werden, d.h., kein Angestellter dieses Unternehmensteils sollte vertrauliche Informationen an andere Unternehmensteile von BT weitergeben dürfen.
- Ein verbindlicher Zeitplan mit festen Daten wurde in Bezug darauf festgelegt, ab welchem Zeitpunkt der neue Unternehmensteil welches Zugangsprodukt auf Basis „equivalence of input“ anbieten muss (z.B. Entbündelung ab Juni 2006, WLR ab Juni 2007, WLR ISDN-2 ab September 2007, WLR ISDN-30 ab Dezember 2007, Wholesale Ethernet Service („WES“) und Backhaul Ethernet Service („BES“) ab September 2006) und mit Anreizen für die Zielerreichung (bzw. Preisnachlässen bei Nichterreichung).
- Einrichtung eines Equality of Access Board zur Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungszusagen durch den neu etablierten Unternehmensteil sowie durch BT Wholesale.

⁵⁵ Final statements on the Strategic Review of Telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise Act 2002, vgl. <http://www.ofcom.org.uk/telecoms/btundertakings/>

- Verpflichtungszusagen betreffend Design des 21CN im Hinblick auf „equivalence of access“.
- Verbindlichkeit und Einklagbarkeit der Verpflichtungszusagen von BT.

Gleichzeitig mit der Konzentration der Regulierung auf „Enduring Economic Bottlenecks“ (insbesondere im Zugangsbereich) ging Ofcom davon aus, an anderer Stelle (insbesondere im Endkundenbereich) deregulieren zu können. So kündigte sie an, nach Einführung eines gebrauchsfertigen WLR-Produkts bei monatlichem Anschlussentgelt und bei den Verbindungsentgelten, sämtliche diesbezügliche Entgeltkontrollmaßnahmen aufzuheben.

7.2.4. Umsetzung und Erfahrungen

Seit Abgabe der Verpflichtungszusagen wurden Quartalsberichte über deren Implementierung veröffentlicht; im Oktober 2006 veröffentlichte Ofcom einen zusammenfassenden Erfahrungsbericht⁵⁶. Zusätzlich führte die RTR-GmbH im Zuge der Erstellung des gegenständlichen Diskussionsdokuments eine Reihe von Interviews mit Vertretern von Ofcom und Repräsentanten alternativer Betreiber in London durch, um deren bisherige Erfahrungen mit der Gründung von Openreach zu evaluieren.

In Realisierung der Verpflichtungszusagen von BT wurde innerhalb von vier Monaten nach Abgabe der Verpflichtungszusagen eine gesonderte, betrieblich und räumlich von BT getrennte Access Services Division mit ca. 30.000 Angestellten, die von BT Wholesale, BT Retail und extern rekrutiert wurden, unter der Bezeichnung „Openreach“ errichtet. Der für Openreach bestellte CEO gehört nicht dem BT Bereichsleitergremium an, sondern berichtet wie dieses direkt an den CEO von BT. Für die Mitarbeiter wurden separate Erfolgsbeteiligungsmodelle aufgesetzt, die sich ausschließlich an den Erträgen dieses Unternehmensteils und nicht an den Erträgen des gesamten BT Konzerns orientieren.

Daneben verfügt Openreach über eigene Buchhaltungs-, Betriebs- und Handelssysteme und hat mit der Verbreitung der eigenen Marke bei Uniformen, Identitätskarten und Fahrzeugen begonnen; zudem wurde ein (auf der Openreach-Website abrufbarer) „Code of practice“ mit Regeln für die Außenkommunikation zwischen Openreach-Angehörigen und BT Mitarbeitern erstellt. Anlaufschwierigkeiten bei der personellen Ausstattung mit Kundenbetreuern konnten aufgrund des Umstands, dass hier auch externes Personal und nicht ausschließlich frühere BT Angehörige aufgenommen wurden, bis Juni 2006 gelöst werden.

Eine neue Plattform zur Kommunikation mit externen Kunden („equivalence management platform“) wurde entwickelt und aufgesetzt. Insbesondere im Bereich der Annexleistungen zur Entbündelung (Backhaul-Mietleitungen, Kollokation) wurden signifikante Verbesserungen erzielt. Das Equality of Access Board („EAB“), welches die Einhaltung der der BT auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtungen durch Openreach und BT Wholesale sicherstellen soll, wurde ins Leben gerufen. Überdies veranlasste BT Wholesale Änderungen in der Organisation zur Implementierung von „Chinese Walls“. Darüber hinaus wird derzeit eine Aufspaltung der 71 von BT und Openreach gemeinsam verwendeten Management-informationssysteme („MIS“) sowie der Operational Support Systems („OSS“) durchgeführt.

Die infolge der Aufspaltung von Openreach zu tragenden Kosten (also z.B. Anlaufkosten von GBP 70 Mio.) werden, soweit dies bei regulierten Vorleistungsentgelten möglich ist, nach Informationen von BT auf die von Openreach vertriebenen Wholesale-Produkte umgelegt; Ofcom geht jedoch davon aus, dass die laufenden Betriebskosten im Vergleich zu früher keine signifikante Änderung erfahren und dass ein Teil dieser Kosten aufgrund der Umstellung bei Informationssystemen ohnedies angefallen wäre.

⁵⁶ Evaluation of the Impact of the Telecoms Review, 18.10.2006

Nach Aussage von Ofcom und Repräsentanten alternativer Betreiber bestehen zeitliche und qualitative Probleme derzeit vor allem noch bei der Bereitstellung von Entbündelungsprodukten (z.B. Backhaul Extension Service, Kollokation – teilweise auch bedingt durch den starken Nachfrageanstieg auf bis zu 30.000 TASL-Bestellungen/Woche) sowie in der Bereitstellung von WLR. Insbesondere die Vertreter der alternativen Betreiber haben die Notwendigkeit der baldigen Bereitstellung einer marktfähigen Version von WLR3 (einer Nachfolgeversion des derzeitigen WLR Produktes) durch Openreach hervorgehoben. Eine vollständige Umsetzung der Verpflichtung zum Anbieten von WLR3 ist allerdings erst bis zum Jahr 2009 vorgesehen. Darüber hinaus haben alternative Betreiber in einem Interview mit der RTR-GmbH den Umstand kritisiert, dass die Vorleistungsverträge, wie schon zuvor mit der BT Group, als Ganzes abgeschlossen werden und bei bestimmten Vertragsverletzungen (z.B. Beeinträchtigung von Markenrechten) einen pauschalen Ausschluss von der Benutzung des „BT Gateway“ (elektronische Schnittstelle für Bestellvorgänge) vorsehen, der als unverhältnismäßig angesehen wird.

Angaben von Ofcom zufolge hatte die Abspaltung von Openreach als eigenständigem Unternehmensteil aufgrund des Wegfalls der potenziellen Unsicherheit aufgrund der Möglichkeit eines Eingriffs der Wettbewerbskommission eine positive Wirkung auf die Finanzmärkte (Kurssteigerungen der Aktien von BT und börsennotierten ANB), weshalb sich die bisher weit verbreitete Ansicht, dass funktionelle Trennung zum Wegfall von Investitionsanreizen führe, nach Ofcoms Auffassung als unzutreffend erweist. Überdies habe die Entwicklung im Zuge der funktionellen Trennung einen starken Anstieg der Entbündelungszahlen bewirkt, was Ofcom darauf zurückführt, dass einige Unternehmen sich nach Bekanntwerden der Verpflichtungszusagen von BT zur Freigabe von Investitionsmitteln in größerem Umfang entschlossen hätten. Die damit einher gehenden deutlichen Impulse für den Breitbandmarkt zeigen laut den der Ofcom vorliegenden Zahlen neben einer Ausweitung der Abdeckung durch Entbündelung auf 70 % der Haushalte einen steigenden Preiswettbewerb durch Zunahme von Bündelangeboten, aber auch z.B. einen Anstieg bei den durchschnittlichen Bandbreiten auf jetzt 8 Mbps. Darüberhinaus hat Ofcom die angekündigte Deregulierung der Kontrolle bei Endkundenprodukten von BT verwirklicht und nach Durchführung eines Konsultationsverfahrens am 19.07.2006 in der Presse sowie in einem auf ihrer Website veröffentlichten Statement verlautbart, dass die Entgeltkontrolle bei Grund- und Verbindungsentgelten von Festnetz-Sprachtelefonieprodukten der BT zum 31.07.2006 wegfallen werde.

Fazit: Das Beispiel Openreach scheint ein durchaus viel versprechender Ansatz zur Lösung der Problematik der nichtpreislichen Diskriminierung zu sein. Es wurden auch teilweise schon Erfolge (z.B. starker Anstieg bei Entbündelungen) erzielt. Die vollständige Umsetzung der Verpflichtungszusagen wird jedoch noch länger dauern. Es ist daher bisher nicht abschließend zu bewerten, inwieweit die angestrebten Ziele tatsächlich erreicht werden können.

Diskussionsfrage

14. Inwieweit können die bisherigen Erfahrungen mit der Gründung von Openreach vor dem Hintergrund unterschiedlicher Bedingungen in Großbritannien und Österreich (z.B. hinsichtlich der im Strategic Review ermittelten Grundlagen oder hinsichtlich bestimmter Grundprinzipien für organisatorische Separation) als Beispiel bzw. Vorbild für eine mögliche Separation in Österreich herangezogen werden?

8. Fragen

Die im Rahmen der Diskussion der einzelnen dargestellten Themenbereiche identifizierten Fragestellungen werden der Übersichtlichkeit halber nachfolgend nochmals zusammengefasst:

Zu „2. Ökonomische Aspekte“

1. Was könnte sich bei angeordneter struktureller oder funktioneller Separation der Telekom Austria AG gegenüber der derzeitigen Lage für die Wettbewerber und/oder die Konsumenten ändern?
2. Welche Kosten und Nutzen der Separation sind zu erwarten?
3. Ist organisatorische („functional“) Separation flexibler (insbesondere auch für eine mögliche spätere Änderung bzw. Rückabwicklung), weniger komplex und mit geringeren Kosten verbunden, als „structural separation“?
4. Welche anderen Vor- und Nachteile sind bei organisatorischer bzw. struktureller Separation denkbar?

Zu „4. Formen der Separation – wie soll separiert werden?“

5. Wie bewerten Sie die dargestellte Einteilung in organisatorische und strukturelle Separation und die Charakterisierung dieser verschiedenen Typen von Separation?

Zu „5. Technische Aspekte – was soll separiert werden?“

6. Welche konkrete Form der Separation könnte in Österreich hinsichtlich der (organisatorischen und/oder strukturellen) Ausgestaltung und der abzutrennenden Assets als zweckmäßig erachtet werden?
7. Sind die oben angeführten Kriterien für die Aufteilung der Infrastruktur zwischen zwei Unternehmen im Fall der Separation geeignet und ausreichend? Welche zusätzlichen oder alternativen Kriterien könnte man heranziehen?
8. Wie könnten Änderungen des Netzes der Telekom Austria (NGN – Entwicklungen) berücksichtigt werden? Diese Frage umfasst sowohl den technischen Aspekt (z.B. hinsichtlich möglicher Änderungen der Trennlinie zwischen separiertem Teil und Restunternehmen) als auch den rechtlichen Aspekt (Wie können diese zukünftig erforderlichen Verpflichtungen bereits heute abgebildet werden?).
9. Welche neuen „Bottlenecks“ könnten durch künftige Entwicklungen auftreten?

Zu „6. Rechtliche Aspekte – kann bzw. wie könnte separiert werden?“

10. Inwieweit ist ein mögliches neues Regulierungsinstrument „Separation“ mit der derzeitigen Systematik der Marktanalysen vereinbar? Dabei sind nach Ansicht der RTR-GmbH insbesondere die Fragen der „Cross Market“-Wirkung, der anreiz- versus evidenzbasierten Regulierung, der Wirkung auf Produkte bzw. Märkte, bezüglich derer keine beträchtliche Marktmacht der Telekom Austria festgestellt wurde und der Verhältnismäßigkeit zu diskutieren.
11. Auf Basis welchen Ansatzes sollte die Verhältnismäßigkeit einer möglichen Separation konkret überprüft werden?

12. Inwieweit könnte freiwillige Separation Vorteile (hinsichtlich der Wirksamkeit, der Überprüfbarkeit, der zeitlichen Komponente) gegenüber verpflichtender Separation haben?

13. Wie könnten zukünftig erforderliche Verpflichtungen bereits heute abgebildet werden?

Zu „7.2. Openreach“

14. Inwieweit können die bisherigen Erfahrungen mit der Gründung von Openreach vor dem Hintergrund unterschiedlicher Bedingungen in Großbritannien und Österreich (z.B. hinsichtlich der im Strategic Review ermittelten Grundlagen oder hinsichtlich bestimmter Grundprinzipien für organisatorische Separation) als Beispiel bzw. Vorbild für eine mögliche Separation in Österreich herangezogen werden?

9. Schlussfolgerungen

Die Auswahl von „Separation“ als Zukunftsthema der Regulierung beruht einerseits darauf, dass zur Zeit europaweit Diskussionen zu diesem Thema stattfinden und die Anwendbarkeit bzw. mögliche Relevanz dieses Themas für die spezifische Situation in Österreich evaluiert werden soll. Separation in der einen oder anderen Form könnte zudem geeignet sein, Regulierung nach Intensität und/oder Umfang dem regulatorischen Grundauftrag entsprechend zurückzuführen.

Separation kann daher eine interessante Regulierungsoption für die Zukunft sein. Die Meinungsbildung der RTR-GmbH ist aber derzeit weder eindeutig pro noch contra Separation als Regulierungsinstrument. Das Thema wird vielmehr vorerst zur öffentlichen Diskussion gestellt, um einen möglichst umfassenden Überblick, insbesondere in Bezug auf die konkrete österreichische Situation, zu diesem Thema zu erhalten.

Alle Interessierten sind eingeladen, ihre Ansichten und Meinungen zum Thema „Separation“ in die Diskussion einzubringen. Diskussionsbeiträge können bis 14.09.2007 an ausblick@rtr.at übermittelt werden.

10. Literaturverzeichnis

- Beard, T. R., Kaserman, D., Mayo, J. (2003): On the Impotence of Imputation. *Telecommunications Policy* 27, 585-595
- Beard, T. R., Kaserman, D., Mayo, J. (2001): Regulation, Vertical Integration and Sabotage. *Journal of Industrial Economics*, 49(3), 319-333
- Church, J, Ware, R. (2000): *Industrial Organization. A Strategic Approach*. McGraw Hill
- Carlton, D. W, Perloff, J. M. (2000): *Modern Industrial Organization*. Addison-Wesley
- Economides, N. (1998): The Incentive for Non-Price Discrimination by an Input Monopolist. *International Journal of Industrial Organization*, 16, 271-284
- ERG (2006): Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework. Final Version May 2006. ERG (06) 33, http://www.erg.eu.int/documents/docs/index_en.htm
- Joskow, P.L. (2005): Vertical Integration. Forthcoming, *Handbook of New Institutional Economics*, Kluwer, http://econ-www.mit.edu/faculty/download_pdf.php?id=1228
- Kruse, J. (1999): Asymmetrische Regulierung durch vertikale Integration. In: Peter Oberender (Hrsg.), *Die Dynamik der Telekommunikationsmärkte als Herausforderung an die Wettbewerbspolitik*, Schriftenreihe des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 266, Berlin (Duncker & Humblot) 1999, S. 107-120
- OECD (2003): The Benefits and Costs of Structural Separation of the Local Loop. DSTI/ICCP/TISP(2002)13/FINAL, 03-Nov-2003, <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/18518340.pdf>
- OPTA (2004): Vertical Integration: Efficiency and Foreclosure. Economic Policy Note, no. 3, May 2004, <http://www.opta.nl/download/EPN03%2Epdf>
- Perry, M.K. (1989): Vertical Integration: Determinants and Effects. In: *Handbook of Industrial Organization*, Volume I, Edited by R. Schmalensee und R.D. Willig, Elsevier Science Publishers B.V.
- Rey, P., Seabright, P., Tirole, J. (2001): The Activities of a Monopoly Firm in Adjacent Competitive Markets: Economic Consequences and Implications for Competition Policy. IDEI Working Paper No 132, <http://idei.fr/doc/wp/2001/activities2.pdf>
- Rey, P., Tirole, J (2003): A Primer on Foreclosure. In: *Handbook of Industrial Organization III*, edited by Mark Armstrong and Rob Porter
- Sibley, D.S., Weisman, D.L. (1998): Rasing rivals' costs: The entry of an upstream monopolist into downstream markets. *Information Economics and Policy*, 10, 451-470
- Sappington, D.E.M. (2006): Regulation in Vertically-Related Industries: Myths, Facts, and Policy. *Review of Industrial Organization*, 28, 3-16