

M 12/03-34

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 6.09.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 12/03 einstimmig folgenden Maßnahmenentwurf beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z. 12 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs. 1 TKG 2003 auf zumutbare Nachfrage nichtdiskriminierenden Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen zu gewähren. In diesem Zusammenhang hat die Telekom Austria AG

2.1.1. Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen verschiedener Bandbreiten an vom Kunden spezifizierten Standorten zu ermöglichen,

2.1.2. auf Nachfrage die Übergabe von terminierenden Segmenten von Mietleitungen an einem vom Kunden spezifizierten Standort sowohl auf eigene Infrastruktur als auch auf Infrastruktur Dritter zu ermöglichen,

2.1.3. dem Nachfrager die Koppelung von terminierenden Segmenten von Mietleitungen mit niedrigen Datenraten mit einem terminierenden Segment einer höherbitratigen Mietleitung in ihrem Netz auf Nachfrage zumindest in denjenigen Städten zu ermöglichen, für welche gegenwärtig der mit Bescheid G 8/03-16 der Telekom-Control-Kommission genehmigte „Städtetarif“ gilt,

2.1.4. auf Nachfrage Zugang zu allen erforderlichen Infrastrukturteilen bzw. Diensten (zB Kollokation) sowie Annexleistungen zu gewährleisten, die für den Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen erforderlich sind,

2.1.5. den Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen ungebündelt zu ermöglichen; dh, der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er nicht nachgefragt hat.

2.2. Die Telekom Austria AG hat die Entgelte für die unter Spruchpunkt 2.1.1. angeführten Zugangsleistungen gem. § 42 Abs. 1 TKG 2003 an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und die Entgelte für die unter den Spruchpunkten 2.1.2. bis 2.1.4. angeführten Leistungen an den Ist-Kosten zu orientieren.

2.3. Die Telekom Austria AG hat Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gem. § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, dh, ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen.

2.4. Für die gem. Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen hat die Telekom Austria AG bis 31.01.2005 gem. § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot zu veröffentlichen. Das Standardangebot hat hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte und allfälligen Rabatte anzugeben. In das Standardangebot hat die Telekom Austria AG zumindest Angaben zu den folgenden Punkten aufzunehmen:

- Mindestvertragsdauer
- Kündigungsfrist
- Art der Vertragsverlängerung

- Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung

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

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

2.6. Die Telekom Austria AG hat erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ein Kostenrechnungssystem iSd Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinsichtlich der gem. Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen gem. § 42 Abs. 1 TKG 2003 möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist. Das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung wird von der Regulierungsbehörde oder von einer von ihr beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden MMag. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens („Marktanalyse-Gutachten“) zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z. 12 der 1. Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der RTR-GmbH (kurz „TKMVO 2003“) aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die dem Vorliegen von selbsttragendem Wettbewerb gegebenenfalls entgegen stehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und Abs. 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren. In der Sitzung am 15.3.2004 beschloss die Telekom-Control-Kommission, Dr. Wilhelm Schramm als technischen Gutachter zwecks Mitwirkung an dem og. Gutachten als weiteren Amtssachverständigen gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu bestellen.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (kurz „RTR-GmbH“) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat daraufhin im Rahmen des von ihr geführten Verfahrens VBAF 2003 die erforderlichen Daten erhoben und diese den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das auf Basis der von der RTR-GmbH erhobenen Daten erstellte wirtschaftliche Gutachten (ON 23) übermittelt.

Nach Erörterung des Gutachtens stellte die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung am 3.05.2004 fest, dass vorläufig davon auszugehen sei, dass die Telekom Austria AG (im Folgenden „TA“) über beträchtliche Marktmacht auf dem Endkundenmarkt „Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis 2 Mbit/s“ und auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen verfüge. Hiervon wurde TA mit Schreiben vom 6.05.2004 in Kenntnis gesetzt.

Gleichzeitig bestellte die Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die gemäß § 37 Abs. 3 TKG 2003 aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente MMag. Dr. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen und beauftragte sie mit der Erstellung eines Gutachtens (in der Folge „Regulierungsinstrumente-Gutachten“) zur Frage, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das gemäß dem Marktanalyse-Gutachten potentiell marktmächtige Unternehmen TA aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den in diesem Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen. In diesem Zusammenhang hatten die Gutachter auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

In einem Schreiben vom 28.05.2004 (ON 26) nahm die TA zu dem ihr mit Schreiben vom 6.05.2004 übermittelten Marktanalyse-Gutachten Stellung.

Mitte Juli 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28) übermittelt. Das Gutachten wurde TA gemeinsam mit dem von der European Regulators Group erstellten Dokument „Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“ (ERG 03-030, rev.1) am 21.07.2004 zugestellt (ON 29).

Mit Schreiben vom 10.08.2004 (ON 30) legte TA die von ihr als wesentlich erachteten Kritikpunkte zum Regulierungsinstrumente-Gutachten dar.

Am 16.8.2004 wurde TA von der Telekom-Control-Kommission angehört (ON 32).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Marktabgrenzung

In der TKMVO 2003 wird der Markt Nr. 12 als „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ bezeichnet. Die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 13 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Als terminierende Segmente gelten alle Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte auf Vorleistungsebene, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. -dienstbetreiber bereitgestellt werden und nicht als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind.

In diesem Markt sind weiters unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten und unbeschaltete Glasfaserleitungen, die von Kommunikationsnetz- bzw. -dienstbetreibern vermietet oder verkauft worden sind, enthalten.

In den relevanten Markt sind auch jene terminierenden Segmente miteinzubeziehen, die ein Kommunikationsnetzbetreiber einem im selben Unternehmen integrierten Kommunikationsdienstbetreiber für das Anbieten von Mietleitungen auf Endkundenebene zur Verfügung stellt.

Dieser Markt enthält nicht Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten.“

Als terminierende Segmente gelten alle Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte auf Vorleistungsebene, die entweder über keine, oder nur eine oder innerhalb einer der 28 Trunk-Städte geführt werden. Trunk-Städte sind gem. den EB zu § 1 Z. 11 TKMVO 2003 jene 28 österreichischen Städte, in denen die Telekom Austria ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hat (Wien, Graz, Linz, Salzburg, Innsbruck, Klagenfurt, Villach, Wels, Sankt Pölten, Dornbirn, Steyr, Wiener Neustadt, Feldkirch, Baden, Amstetten, Mödling, Spittal an der Drau, Bruck an der Mur, Telfs, Lienz, Vöcklabruck, Ried im Innkreis, Eisenstadt, Korneuburg, Wörgl, Hollabrunn, Judenburg, Bruck an der Leitha). Weiters werden alle Leitungen, die über mindestens zwei Trunk-Städte geführt werden, in ein Trunk-Segment (Stück zwischen den Trunk-Städten) und ein bzw. zwei terminierende Segmente (Verbindung zwischen Trunk-Stadt und Netzabschlusspunkt des Nutzers) zerlegt.

Neben nationalen Mietleitungen sind auch unbeschaltete Glasfasern und unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten (nicht Entbündelung) Teil des Marktes für terminierende Segmente. Auch joining links zur Zusammenschaltung von Netzpunkten sind jedenfalls terminierende Segmente.

Zusätzlich zu den terminierenden Segmenten, die für Dritte erbracht werden, zählen auch jene terminierenden Segmente zum Markt, die als Eigenleistung zur internen Bereitstellung für Endkundenmietleitungen verwendet werden.

2. Zum Markt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“

Insgesamt stellt sich der Markt für terminierende Segmente (ohne Eigenleistungen) wie folgt dar: 28 Betreiber erwirtschafteten 2002 einen Umsatz von EUR 155 Mio., und 29 Unternehmen erzielten von Jänner bis September 2003 einen Umsatz von EUR 108 Mio., die Anteile unbeschalteter Glasfasern machen jeweils ca. 4% aus, unbeschaltete Kupferdoppeladern erzielen 0,1% des Umsatzes. Die im Dezember 2002 vermieteten 29.000 Vorleistungsmietleitungen mit terminierenden Segmenten hatten 2,5 Mio. Mietleitungsenden

gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten (die Betrachtung der Kapazitäten von terminierenden Segmenten erfolgt in der Gewichtung der Enden in 64 kbit/s-Äquivalenten; diese Vorgangsweise wurde gewählt, um eine einheitliche Bewertung von „nur terminierenden Segmenten“ im Vergleich zu „Trunk-Segmenten mit zwei terminierenden Segmenten“ zu gewährleisten), im September 2003 sind es bereits 3 Mio. Mietleitungsenden gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten. Ca. 11.000 unbeschaltete Glasfaserpaare wurden 2002 sowie 2003 vermietet.

Relevante Kriterien (Indikatoren) zur Beurteilung von Marktmacht auf dem Markt für terminierende Segmente sind vor allem Marktanteile und deren Entwicklung im Zeitverlauf (§ 35 Abs. 2 Z. 1 TKG 2003), die Höhe der Markteintrittsschranken (Z. 2), sowie die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (Z. 12). Weitere relevante Kriterien sind das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht (Z. 3) sowie das Ausmaß der Produktdifferenzierung (Z. 10) und das Preissetzungsverhalten (Z. 13) sowie sonstige Indikatoren gem. § 35 TKG 2003.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden unter Bezugnahme auf die untersuchten Marktmachtindikatoren Feststellungen zum Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ (kurz „Markt für terminierende Segmente“) getroffen.

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

Bei der Untersuchung der Marktanteile wurden sowohl Umsatz- als auch Kapazitäts-Marktanteile (letztere gemessen nach der Anzahl der Mietleitungsenden in 64 kbit/s-Äquivalenten) sowie Marktanteilsentwicklungen der größten Betreiber am Markt für terminierende Segmente gemessen.

Auf der Vorleistungsebene werden in die Marktanteilsberechnung auch Eigenleistungen einbezogen, dh Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selbst zur Verfügung stellt. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

Das Unternehmen mit dem mit Abstand größten Umsatzmarktanteil ist die TA (> 65%); das zweitgrößte Unternehmen, UTA, hält einen Umsatzmarktanteil von < 10%. Es folgen EVN, Wienstrom und Salzburg AG mit Umsatzmarktanteilen von jeweils < 10% des Marktes. Die restlichen 12% des Marktes entfallen auf insgesamt 24 Unternehmen. Der Anteil des Umsatzes, der mit der Vermarktung unbeschalteter Glasfaser erzielt wird, ist mit ca. 4% sehr gering. 2003 vermieten 14 Betreiber nur Mietleitungen, acht Unternehmen vermieten nur unbeschaltete Glasfasern und sieben Unternehmen sind in beiden Geschäftsfeldern aktiv.

Die Umsatzmarktanteilsentwicklung zeigt, dass der Anteil der TA zwar Schwankungen von ca. 5% unterworfen ist, jedoch insgesamt auf hohem Niveau stabil bleibt und keinem eindeutigen Trend folgt. Während kleinere Unternehmen gegen Ende der Betrachtungsperiode geringfügig Marktanteile dazu gewinnen konnten, stagnieren die Anteile von UTA, EVN und Wienstrom auf niedrigem Niveau bzw. sinken sogar leicht.

Durch die Nichtberücksichtigung der Eigenleistungen beim Umsatz wird vor allem der Marktanteil der TA unterschätzt, da sie das einzige Unternehmen mit signifikantem Eigenleistungsanteil (iHv > 10% gemessen an der Anzahl der Mietleitungsenden in 64 kbit/s-Äquivalenten) ist.

Gemessen an der Anzahl der in 64 kbit/s-Äquivalenten gemessenen Mietleitungsenden kommt die TA auf einen Marktanteil von > 45% und liegt damit deutlich vor Wienstrom und

UTA mit jeweils < 15%. Die Marktanteile aller anderen Betreiber liegen jeweils unter 5%. Unbeschaltete Glasfasern werden bei den Kapazitäten nicht berücksichtigt.

Die Marktanteilsentwicklung gemessen an der Anzahl der in 64 kbit/s-Äquivalenten gemessenen Mietleitungen zeigt, dass der Anteil der TA am Gesamtmarkt in der Periode vom 1. Quartal 2002 bis zum 3. Quartal 2003 um ca. 5% gestiegen ist und auch insgesamt einen leichten Trend nach oben aufweist, der im 3. Quartal 2003 auf neue Projektgeschäfte zurückzuführen ist. UTA und Wienstrom mussten hingegen Marktanteilsverluste hinnehmen. Kleinere Betreiber („Rest“) konnten ihre Marktanteile um ca. 4% erhöhen. Allerdings steht dem Kapazitätswachstum der TA gegen Ende der Periode noch kein Umsatz gegenüber, da dieser erst später generiert wurde und im Rahmen der Datenerhebung bis September 2003 nicht mehr erfasst werden konnte.

Durch die Nichtberücksichtigung unbeschalteter Glasfasern wird der Kapazitätsmarktanteil der „Rest“-Größe unterschätzt, da ca. 10% aller Leitungen unbeschaltete Glasfasern sind; diese werden größtenteils durch drei Unternehmen vermietet.

Vergleicht man nun die Umsatz- und Kapazitätsmarktanteile der einzelnen Betreiber, so lassen sich daraus Aussagen über ihre durchschnittlichen Preise ableiten. So verfügt die TA bei Umsätzen über einen wesentlich höheren Marktanteil als bei Kapazitäten, während dies bei den größten Konkurrenten der TA – UTA und Wienstrom – genau umgekehrt ist. Der Durchschnittspreis der TA für Endkundenmietleitungen liegt also höher als jener ihrer Konkurrenten. Die Differenz zwischen Umsatz- und Kapazitätsmarktanteil der TA ergibt sich insb. daraus, dass TA bei den geringeren – und auf ein 64 kbit/s-Äquivalent bezogen teureren – Bandbreiten bis 2 Mbit/s über eine besonders starke Stellung verfügt, während alternative Anbieter vor allem im Segment der – auf ein 64 kbit/s-Äquivalent bezogen preiswerteren – Bandbreiten mit mehr als 2 Mbit/s aktiv sind. Die TA hält dennoch signifikant höhere Marktanteile als ihre Konkurrenten, die auch noch relativ stabil sind.

Aufgrund der starken Asymmetrie der Marktanteile kann das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden, weshalb sich eine Behandlung bei den übrigen Marktmachtindikatoren erübrigt.

3.2. Markteintrittsbarrieren

3.2.1. Allgemeines zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

Markteintrittsbarrieren sind all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen.

In ihrer Empfehlung 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl L 114/45 v. 8.05.2003) unterscheidet die Europäische Kommission strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse. Strategische Markteintrittsbarrieren sind im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant.

3.2.2. Strukturelle Markteintrittsbarrieren

Ein strukturbedingtes Zugangshindernis liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden.

Die wichtigsten strukturbedingten Zugangshindernisse liegen in der Existenz von Skalenvorteilen in Verbindung mit versunkenen Kosten, die sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitung (Grabungskosten) ergeben. Da es sich auf diesem Markt um Vorleistungen für Endkundenverbindungen bzw. Verbindungen zum Netzabschlusspunkt eines Nutzers mit relativ geringen Verkehrsmengen handelt, ist das Ausmaß der Skalenvorteile im Vergleich zur Größe des Gesamtmarktes (der gesamten Nachfrage nach

Übertragungskapazität) auf einer bestimmten Strecke meist sehr groß. Dies ergibt sich daraus, dass die Fixkosten der Produktion (vor allem die Kosten für das Verlegen der Leitung) unabhängig von der Verkehrsmenge sind, was wiederum bedeutet, dass nur wenige Unternehmen – in vielen Fällen vielleicht sogar nur ein einziges – gleich effizient (unter weitgehender Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren können.

Auch der Anteil der versunkenen Kosten ist üblicherweise hoch, da eine alternative Nutzung der letzten Teile (Verbindung zum Endkunden) kaum möglich ist.

Wenn Unternehmen nicht bereits über Infrastruktur verfügen, wie dies zB bei Energieversorgern oder Kabelnetzbetreibern der Fall ist, wirken Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten auf dem Markt für terminierende Segmente als substantielle Marktzutrittsbarriere. Tatsächlich sind die meisten der am Markt tätigen Unternehmen neben den Betreibern von Sprachtelefonie (wie TA, UTA und tele.ring) regionale Energieversorger (wie Wienstrom, EVN oder Vorarlberger Kraftwerke) oder Kabelnetzbetreiber (wie Telekabel oder Kabelsignal). Diese können bei der Verlegung von Infrastruktur auf Synergieeffekte zurückgreifen, indem sie bereits verlegte Leitungen benutzen oder Telekommunikationsinfrastruktur bei Grabungen mitverlegen. Gleichzeitig mit den geringeren Kosten können diese Unternehmen von den Erfahrungen bei der Verlegung von Infrastruktur profitieren, wodurch der Netzausbau vereinfacht wird. Für Mietleitungen mit höheren Datenraten als 2 Mbit/s, bei denen die bisher verlegte Infrastruktur (Kupferdoppeladern) zur Übertragung dieser hohen Kapazitäten vielfach nicht ausreicht, unterliegen alle Unternehmen denselben Markteintrittsbarrieren, die sich aus Skalenvorteilen und versunkenen Kosten ergeben.

Für neu in den Markt eintretende Unternehmen wird das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert. Nachfrageseitige Wechselbarrieren ergeben sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen (lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung, Verlust von Rabatten) sowie aus den Transaktionskosten, die bei einem Betreiberwechsel anfallen (da die Angebote auf die Kundenbedürfnisse zugeschnitten werden, müssen in der Regel Angebote eingeholt und evaluiert werden).

3.2.3. Rechtliche Markteintrittsbarrieren

Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Rechtliche Marktzutrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen entstehen im Zusammenhang mit Leitungsrechten und sog. „Aufgrabungsverboten“. Derartige Barrieren resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus Aufgrabungsverboten der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll. In beiden Fällen kann sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere darstellen, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen. Dies gilt ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten.

Bei der Beurteilung der Relevanz der vorstehend angeführten Arten von Markteintrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie zB der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. Auch in den nächsten ein bis zwei Jahren wird leitungsgebundene

Technologie vorherrschend sein, wodurch Skalenvorteile und versunkene Kosten auf Grund von Leitungsverlegungen weiter gegeben sind. Bei der Gestaltung von Verträgen bzw. des rechtlichen Rahmens ist ebenfalls nicht zu erwarten, dass die oben ausgeführten Überlegungen innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre wesentlich relativiert würden.

Insgesamt sind die Markteintrittsbarrieren vor allem auf Grund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten für Unternehmen, die zum jetzigen Zeitpunkt mit eigener Infrastruktur in den Markt eintreten wollen, als hoch zu betrachten.

3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

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

Grundsätzlich verfügt ein hoher Anteil der am relevanten Markt tätigen Unternehmen – regional unterschiedlich – über eigene Netzinfrastruktur. So gilt dies für die Festnetz-Sprachtelefonie-Betreiber TA, UTA und tele.ring sowie für die regionalen Energieversorger und Kabelnetzbetreiber, die einen Großteil der am Markt tätigen Unternehmen stellen. Reine Wiederverkäufer gibt es kaum.

Aus den der Telekom-Control-Kommission vorliegenden betreiberübergreifenden Informationen über die Lage der Mietleitungsenden (Netzabschlusspunkte, die durch eigene Infrastruktur angebunden sind, sowie jene Enden, deren Anbindung auf dem Vorleistungsmarkt zugekauft werden musste) wird ersichtlich, dass das Ausmaß an Anbindung sehr unterschiedlich verteilt ist. So hält die TA in allen Bundesländern zwischen >70% und >90% der Netzabschlusspunkte. Diese Zahl unterschätzt den tatsächlichen Anteil an Infrastruktur der TA, da einige Betreiber terminierende Segmente von der TA zumieten, welche daher in die Berechnung doppelt eingehen, einmal bei der TA und einmal beim Betreiber, der sie zumietet und anschließend als terminierendes Segment weitervermietet. Die TA selbst mietet keine terminierenden Segmente von anderen Betreibern zu. Weiters zeigt sich, dass neben der TA nur UTA als einziger größerer Mitbewerber existiert, der in allen Bundesländern präsent ist. Alle anderen von ihrer Größe her relevanten Betreiber sind jeweils nur in einem einzigen Bundesland tätig.

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (zB in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können. Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann bzw. wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

Wie aus den Feststellungen zu Markteintrittsbarrieren und Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur hervorgeht, ist das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, das sich aus der Möglichkeit eines Wechsels zu einem anderen Betreiber bzw. aus der Möglichkeit zur internen Erbringung der Leistung ergibt, in den meisten Fällen als eher gering einzustufen.

Schließlich stellt sich die Frage, ob einzelne Kunden aufgrund ihrer Größe im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen der TA potentiell über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen. Im Jahr 2002 (Daten für 2003 sind nicht verfügbar) vermietete die TA am Vorleistungsmarkt an ihre Kunden (< 70), erzielte dabei einen Umsatz von < EUR 150.000.000 und vermietete dabei eine durchschnittliche Gesamtkapazität von < 500.000 64 kbit/s-Äquivalenten. Der größte Abnehmer von Mietleitungen der TA ist ihr eigenes Tochterunternehmen Mobilkom. Da es sich hier um ein verbundenes Unternehmen handelt, kann das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht ausgeschlossen werden.

Der zweitgrößte Kunde der TA zeichnete im Jahr 2002 für < 25% des Gesamtumsatzes und < 30% der insgesamt vermieteten Kapazitäten auf den Märkten für Trunk- und terminierende Segmente verantwortlich. Bei diesem Anteil ist das Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht nicht auszuschließen. Schließlich ist ersichtlich, dass bereits auf den dritt- und viertgrößten Kunden nur mehr ein kleiner Anteil am Gesamtumsatz bzw. der Gesamtkapazität entfällt. Da die TA trotz einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung verschiedene Möglichkeiten hat, zwischen ihren Nachfragern zu differenzieren (vor allem über Rabatte, teilweise auch über Bündelprodukte, die beide unter den über § 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltenden Verpflichtungen nach dem TKG 1997 zulässig sind), kann die (potentiell vorliegende) nachfrageseitige Gegenmacht des größten Kunden von den anderen Kunden „isoliert“ werden. Zudem verfügt selbst ein großer Kunde nur dann über nachfrageseitige Gegenmacht, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen. Wie bereits erwähnt, ist ein solches Drohpotential am vorliegenden Markt eher gering.

3.5. Produktdifferenzierung

Das Ausmaß der Produktdifferenzierung ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als grundsätzlich höhere Produktdifferenzierung mit größerer Marktmacht der einzelnen Unternehmen über ihre Kunden einhergeht, da ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur mehr eingeschränkt möglich ist. Gelingt es einzelnen Unternehmen, ihr Produkt hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren, und ist eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Mietleitungen sind grundsätzlich sehr homogene Produkte in ökonomischem Sinne, da die gängigen Übertragungstechnologien standardisiert sind und jedem Betreiber in gleicher Weise zu Verfügung stehen. Gewisse Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich aber durch die Breite der Angebotspalette bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten sowie durch die zur Verfügung gestellte Qualität.

TA ist als jener Betreiber, der über die mit Abstand flächendeckendste Infrastruktur verfügt, im Gegensatz zu fast allen anderen Betreibern in der Lage, de facto bundesweit zwei Punkte unabhängig von deren Lage entweder mit einem terminierenden Segment oder aber durch ein Trunk-Segment mit ein bis zwei terminierenden Segmenten zu verbinden. Die TA verfügt damit über einen klaren Vorteil gegenüber ihren Mitbewerbern, die alle eine weit geringere Netzabdeckung haben. Weiters kann die TA auch im Zuge von Projektgeschäften Mietleitungen zwischen verschiedenen Destinationen bündeln – wie dies zB für die Anbindung von Mobilfunk-Basisstationen in der Praxis vorkommt –, wie es kaum einem anderen Unternehmen am Markt möglich ist.

Eine starke Differenzierung der Betreiber hinsichtlich ihrer Dienstqualität (Verfügbarkeit, Reparaturzeit) ist anhand der erhobenen Daten nicht festzustellen. Die höhere typische Lieferzeit der TA dürfte vor allem durch die Verpflichtung zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen (das mangels eines anderen Produkts zur Zeit auch für terminierende Segmente eingesetzt wird) bedingt sein, da für manche Strecken Leitungen erst verlegt werden müssen, während andere Betreiber großteils nur dort anbieten, wo sie bereits über Infrastruktur verfügen.

3.6. Entgelte

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

Die Preise der Mietleitungsanbieter am Markt für terminierende Segmente lassen sich nicht einfach miteinander vergleichen, da die unterschiedlichen Anbieter sehr differenzierte Tarifmodelle verwenden. Bei gleicher Bandbreite und gleicher Leitungslänge ergeben sich bei machen Betreibern zB dann Unterschiede, wenn ein oder zwei Enden in bestimmten von den Betreibern festgelegten Städten liegen.

Im Vorleistungsbereich ist zu beachten, dass kaum einzelne Leitungen gemietet werden, sondern dass hier überwiegend sogenannte Projektgeschäfte stattfinden. Dabei mietet ein Kunde einen ganzen Leitungsverbund unter entsprechenden Rahmenbedingungen (Redundanz, Verfügbarkeit). Da es sich hier mitunter um sehr unterschiedliche Produkte handelt, sind Vergleichsmöglichkeiten nicht gegeben.

Der nachstehende Vergleich berücksichtigt keine allfälligen Rabatte.

Bei den 64 kbit/s-Mietleitungen konnten – mangels entsprechendem Produkt der Wienstrom – nur die Entgelte von EVN und TA verglichen werden. Dabei ist die TA sowohl bei den Mietleitungen über 5 km als auch über 50 km deutlich teurer als EVN.

Beim Vergleich der Entgelte für 2 Mbit/s-Mietleitungen muss beachtet werden, dass hier bei EVN und auch bei TA zwei unterschiedliche Tarife zur Anwendung kommen. Liegen beide Endpunkte in einer von 73 aufgelisteten Städten, so wird der sogenannte Städtetarif verrechnet. Ansonsten gilt der Normaltarif. Der Unterschied zwischen Städte- und Normaltarif wirkt sich bei größeren Entfernungen stärker aus. Bei 50 km ist der Normaltarif ca. dreimal so hoch wie der Städtetarif. Bei den Mietleitungsprodukten der Wienstrom wird keine derartige Unterscheidung getroffen. Die TA ist sowohl hier bei allen untersuchten Produkten als auch bei Entgelten für 34 Mbit/s deutlich teurer als die anderen Betreiber.

Gegenwärtig existieren – zumindest was TA betrifft – für Mietleitungen keine gesonderten Produkte mit eigenen Preisen für den Endkundenmarkt oder die Vorleistungsmärkte. Die in der Studie „Report on Telecoms Price Developments from 1998 to 2003“ (erstellt von Teligen im Sept. 2003 im Auftrag der GD Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission, abrufbar unter http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/doc/useful_information/library/studies_ext_consult/tariffrendsreport1998_2003final.pdf) enthaltenen Preise für Österreich, die auf Basis von Preisen der TA ermittelt wurden, zeigen, dass die Entgelte über alle Bandbreitenkategorien seit 1998 deutlich (teilweise um mehr als die Hälfte) gesunken sind.

TA verrechnet Entgelte deutlich über jenen der Mitbewerber. Jedoch ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass alternative Betreiber zur Kundengewinnung vor allem aufgrund des Bestehens nachfrageseitiger Wechselbarrieren TA insb. preislich unterbieten. Zudem beinhalten die kostenorientierten Entgelte der TA auch gemeinsame und Gemeinkosten, während alternative Betreiber ihre Preise nicht zwingend basierend auf den Vollkosten festsetzen. Rückschlüsse von den angewendeten Preisen auf die zugrunde liegenden produktspezifischen Kosten sind daher nur in eingeschränktem Ausmaß zulässig.

3.7. Sonstige Indikatoren

3.7.1. Performancemaße

In einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb ist keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über die Kosten zu heben und damit Übergewinne zu

erwirtschaften. Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind so genannte Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Meist sind allerdings die zur Berechnung erforderlichen Informationen über Preise und Kosten nicht in dieser Granularität verfügbar. Damit in engem Zusammenhang stehend, tritt bei Mehrproduktunternehmen (nicht nur über die Mietleistungsmärkte hinweg, sondern auch darüber hinaus) noch zusätzlich das Problem der Allokation von Gemeinkosten auf. Damit sind Price-Cost-Margins – so wertvoll sie aus theoretischer Sicht sein mögen – in der Praxis (so auch hier) kaum anwendbar. Eine Vornahme entsprechender Berechnungen war daher nicht möglich.

3.7.2. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Da es sich beim Markt für terminierende Segmente um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie z.B. ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

3.7.3. Technologiebedingter Vorsprung

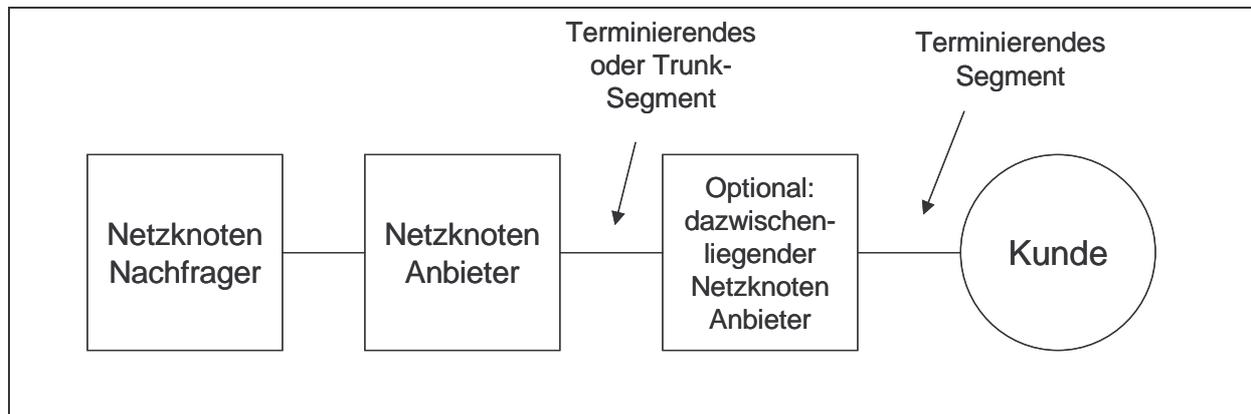
Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

3.8. Internationaler Vergleich

Ein internationaler Preisvergleich kann zB Ausreißer oder Anomalien aufzeigen und ist deshalb ein das Gesamtbild ergänzender Bestandteil der Marktanalyse. Schlussfolgerungen über das Vorliegen oder die Abwesenheit einer marktbeherrschenden Stellung können daraus jedoch nicht gezogen werden. Ein immanentes Problem internationaler Vergleiche ist die Heterogenität der Marktbedingungen (Tarifmodelle, Abrechnungsstruktur, Produktgestaltung, etc.), weshalb die ausgewiesenen Zahlen eher mit Vorsicht interpretiert werden sollten.

In Ermangelung eines internationalen Vergleiches zu terminierenden Segmenten wird als Näherung ein Vergleich des COCOM zu Teilmietleitungen (Partial Private Circuits, kurz „PPC“) herangezogen.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass eine Teilmietleitung nicht eins zu eins mit einem terminierenden Segment gleichgesetzt werden kann, da sie sich (a) (ggf. bei größerer Entfernung) aus einem terminierenden Segment in Verbindung mit einem Trunk-Segment zusammensetzt und (b) unter Umständen für die Verbindung zwischen „Netzknoten Anbieter“ und „Netzknoten Nachfrager“ eine andere Bandbreite und somit einen anderen Preis aufweist als auf der Strecke „Kunde - Netzknoten Anbieter“ (falls mehrere Teilmietleitungen über die Verbindung zwischen „Netzknoten Anbieter“ und „Netzknoten Nachfrager“ angebunden werden). Andererseits beziehen sich auf Grund dieser methodischen Unklarheiten die angegebenen Preise nicht unbedingt auf dasselbe Produkt (Teilmietleitung), da zum Zeitpunkt der Preisabfrage im COCOM einige methodische Fragen wie zB die Art der Einbeziehung des Leitungsabschnitts zwischen „Netzknoten Anbieter“ und „Netzknoten Nachfrager“ noch nicht geklärt waren.



Schematische Darstellung einer Teilmietleitung

Aus dem internationalen Vergleich der Preise für Teilmietleitungen (Draft Commission Recommendation on prices for leased lines part circuits and on major supply conditions for wholesale leased lines, COCOM 03-42Rev1) in drei Bandbreiten- und zwei Entfernungskategorien in den 15 EU-Staaten wird deutlich, dass die in Österreich verrechneten Preise in allen betrachteten Kategorien unter dem EU-Schnitt liegen. Die Preise wurden per Mai 2003 erhoben und stellen jenen Tarif dar, den ein Vorleistungskunde monatlich für einen Zweijahresvertrag zu zahlen hat. Demzufolge wurde zum monatlichen Entgelt 1/24 des Herstellungsentgeltes addiert. Für Österreich wurden Entgelte der TA angegeben, wobei der Tarif jenem einer Endkundenmietleitung entspricht, da ein entsprechendes Vorleistungsprodukt von TA nicht angeboten wird.

4. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Die og. Feststellungen zeigen hohe und weitgehend stabile Marktanteile der TA, hohe Marktzutrittsbarrieren für Unternehmen, die beim Markteintritt eigene Infrastruktur erst verlegen müssen, sowie eine ubiquitäre Präsenz der TA mit eigener Infrastruktur in allen Bundesländern. Hinzu kommen Vorteile der TA bei der Produktdifferenzierung und das geringe Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht. Dies gilt trotz der derzeitigen Verpflichtung der TA zur Bereitstellung des Mindestangebots an Mietleitungen, der Kostenorientierung und der Genehmigungspflicht von Geschäftsbedingungen und Entgelten auf dem Mietleitungsmarkt.

5. Wettbewerbsprobleme

Die anhand der vorstehenden Indikatoren beschriebene Situation auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ kann in einer Situation ohne jegliche Regulierung am vorliegenden Markt zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten sowie die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte führen.

5.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. Aus ökonomischer Sicht ist anzunehmen, dass die TA ohne Preisregulierung die Preise für terminierende Segmente in vielen Fällen signifikant über das Wettbewerbsniveau anheben kann, ohne große Nachfrageverluste hinnehmen zu müssen, da sie in gewissen Regionen der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur ist bzw. umfassendere Bündel als Mitbewerber anbieten kann.

5.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

Die Errichtung von Marktzutrittsbarrieren durch die TA kann am vorliegenden Markt vor allem durch vertragliche Bedingungen erfolgen, welche die nachfrageseitigen Wechselkosten erhöhen. Zu nennen sind hier vor allem lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung oder der Verlust von Rabatten.

5.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

In Bezug auf die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte sind im vorliegenden Zusammenhang vor allem zwei Strategien relevant.

Da terminierende Segmente komplementär zu Trunk-Segmenten sind (dh, sie werden unter Umständen gemeinsam nachgefragt), kann durch das Anbieten von Bündeln zwischen Trunk- und terminierenden Segmenten potentiell eine Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente in den Markt für Trunk-Segmente stattfinden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Bündel für Mitbewerber nicht replizierbar ist. Bei terminierenden Segmenten handelt es sich großteils um nicht leicht replizierbare Infrastruktur, insb. im Fall kundennaher Abschnitte von terminierenden Segmenten, die zumeist über das Anschlussnetz realisiert werden.

Eine weitere Form der Marktmachtübertragung ist jene vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt. Da die meisten Unternehmen, die am Markt für terminierende Segmente tätig sind, nur lokal über eigene Infrastruktur verfügen, sind sie auf Vorleistungen angewiesen, wenn sie bundesweit End-to-end-Verbindungen anbieten wollen. Folglich kann die TA durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu terminierenden Segmenten die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich erhöhen. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung (die zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant. Anreiz zu einem solchen Verhalten kann in Abwesenheit von Regulierung insbesondere dadurch entstehen, dass die Abnehmer der TA am Vorleistungsmarkt mit der TA auf diversen Endkundenmärkten (so am Endkundenmarkt für Mietleitungen, aber auch am Endkundenmarkt für zB Festnetzsprachtelefonie, Datendienste oder Mobiltelefonie) in Konkurrenz stehen.

6. Regulierungsinstrumente

6.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Der Rechtsrahmen des TKG 1997 kannte betreffend Mietleitungen nur einen einheitlichen Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes. Gesonderte Märkte für Endkundenmietleitungen, terminierende Segmente oder für Trunk-Segmente gab es nicht. Die Regulierung des Mietleitungsmarktes bezog sich demnach auf Endkundenmietleitungen, die von den Nachfragern – zumindest sofern die Nachfrage an TA gerichtet war – mangels Alternativen auch als Trunk- bzw. terminierende Segmente verwendet wurden. Eine Unterscheidung nach Bandbreite gab es bei der Regulierung nicht, und Mietleitungssubstitute waren nicht Teil des Marktes.

Nach § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm 18 TKG 1997 ist TA aufgrund ihrer Feststellung als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Netzes (vgl. zuletzt Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002) verpflichtet, ihre Entgeltbestimmungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Regulierungsbehörde zur Vorabgenehmigung vorzulegen. Die Entgelte für die von ihr öffentlich angebotenen festnetzgestützten Mietleitungsdienste unterliegen gem. § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 18 Abs. 6 TKG 1997 dem Gebot der Kostenorientierung.

Zusätzlich verpflichtet sie der ebenfalls über § 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltende § 36 TKG 1997 zur Bereitstellung des Mindestangebotes an Mietleitungen gem. Art. 7 iVm Anh. II RL 92/44/EWG v. 5.06.1992 (ABl L 165/27 v. 19.06.1992) idF Entscheidung 98/80/EG vom 7.01.1998 (ABl L 14/27 v. 20.01.1998) auf Basis ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kostenorientierten Entgelten.

6.2. Zu den aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen

6.2.1. Verpflichtung zur Gewährung von Zugang

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente auf den Endkundenmarkt, welches ohne Regulierung auftreten könnte, kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am Markt für terminierende Segmente behoben werden. Zugang zu terminierenden Segmenten kann – bei effektiver Konkurrenz am Markt für Trunk-Segmente – die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen.

Aus ökonomischer Sicht sollte die Übergabe von terminierenden Segmenten verschiedener Bandbreiten an einem vom Kunden spezifizierten Standort sowohl auf eigene Infrastruktur als auch auf Infrastruktur Dritter ermöglicht werden, sofern dies technisch und wirtschaftlich vertretbar ist.

Um Wettbewerbern die Ausnutzung von Economies of Scale und Scope bei der Nachfrage nach terminierenden Segmenten zu ermöglichen, muss aus ökonomischer Sicht im Zusammenhang mit dem Zugang zu terminierenden Segmenten die Möglichkeit der Koppelung von terminierenden Segmenten mit niedrigen Datenraten mit einem terminierenden Segment mit höheren Datenraten auf Nachfrage durch den Anbieter im TA-Netz (kurz „Koppeln von terminierenden Segmenten“) gewährleistet werden. Diese Koppelung von terminierenden Segmenten sollte jedenfalls zumindest in jenen Städten ermöglicht werden, für die der mit Bescheid G 8/03-16 genehmigte „TA-Städtetarif“ gilt, da TA an diesen Punkten die Koppelung von terminierenden Segmenten auf der Basis vorhandener Infrastruktur durchführen kann.

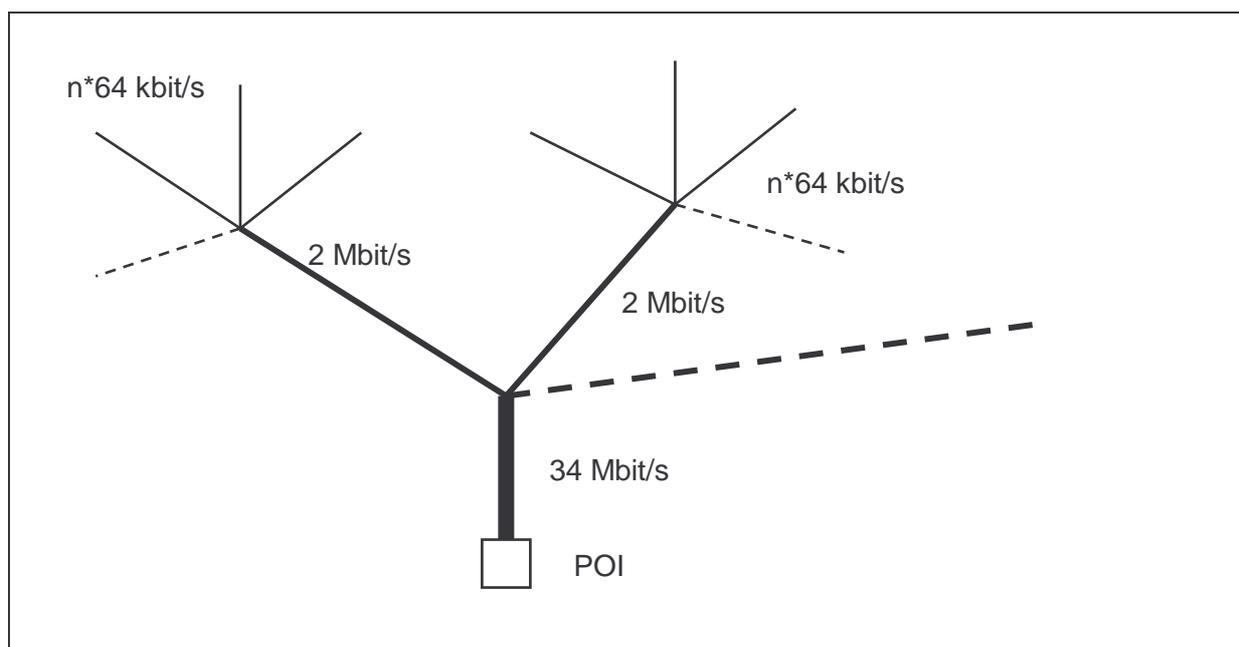


Schaubild zur Koppelung von terminierenden Segmenten

Ergänzend zum Zugang zu terminierenden Segmenten ist eine Verpflichtung zur Bereitstellung von Zugang zu allen erforderlichen Infrastrukturen bzw. Diensten (zB Kollokation) notwendig, die für den Zugang zu terminierenden Segmenten erforderlich sind.

Der Zugang zu terminierenden Segmenten hat ungebündelt zu erfolgen; dh, der Nachfrager sollte nicht Dienste- und Netzelemente mieten und bezahlen müssen, die er nicht nachgefragt hat (so sollte etwa eine verpflichtende Bündelung von terminierenden Segmenten mit Trunk-Segmenten nicht zulässig sein).

6.2.2. Verpflichtung zu Kostenorientierung und Entgeltkontrolle

Wie sich aus Pkt. 3.6. der Sachverhaltsfeststellungen ergibt, kann die TA am Markt für terminierende Segmente Preise verlangen, die signifikant über denen ihrer größten Mitbewerber liegen, ohne entsprechende Marktanteilsverluste hinnehmen zu müssen. Es ist also davon auszugehen, dass die TA ihre Gewinne erhöhen kann, wenn sie den Preis über die Kosten anhebt, da nach einer Preiserhöhung kein entsprechender Umsatzverlust zu erwarten ist, weshalb sie in Abwesenheit von Regulierung auch einen (ökonomischen) Anreiz zu einem solchen Verhalten hat. Gleichzeitig wäre es der TA möglich, ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem *margin-squeeze* auszusetzen. Eine Preiskontrolle erscheint daher notwendig.

Die Festlegung des Zugangspreises zu terminierenden Segmenten ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (TA), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (andere Betreiber), beeinflusst. Falls Markteintritt auf der Vorleistungsebene möglich ist, soll der Zugangspreis so gesetzt werden, dass potentiell in den Markt eintretende Unternehmen nur dann Anreiz zum Markteintritt (dh zur Replizierung der Infrastruktur) haben, wenn sie die Leistung unter Berücksichtigung der vorhandenen Nachfrage zumindest genauso effizient produzieren können wie das marktbeherrschende Unternehmen. Kann kein Markteintritt auf der Vorleistungsebene erwartet werden (nichtreplizierbare Infrastruktur), so ist sicherzustellen, dass die TA Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat.

Für eine Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten finden insb. folgende Methoden Anwendung:

- Kostenorientierung, zB FL-LRAIC oder Vollkosten,
- Efficient component pricing rule (ECPR), zB in Form von „Retail-minus“,
- Benchmarking (Vergleichspreise).

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

Eine Heranziehung von ECPR-Preisen ist dann angebracht, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail-minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, um überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher primär für solche Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbsttragenden Wettbewerb eliminiert werden.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem Benchmarking, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Für einen solchen Vergleich können die Preise von nationalen und internationalen Märkten mit vergleichbaren Leistungen herangezogen werden. Der größte Nachteil dieser Methode liegt darin, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit relativ hoch sein kann, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden (Unterschiede in den Kosten, in der Technologie, im länderspezifischen Preisniveau, etc.), existieren. Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Die beiden unter Pkt. 5.1. und 5.3. der Sachverhaltsfeststellungen angeführten wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen betreffend Preise können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur dadurch verhindert werden, dass der Zugangspreis auf der Vorleistungsebene kostenorientiert reguliert wird. So kann sowohl verhindert werden, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem margin-squeeze ausgesetzt werden. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, um am Endkundenmarkt das Vorliegen gleicher Wettbewerbsbedingungen für das dominante Unternehmen und die alternativen Betreiber sicherzustellen. Dies sollte langfristig zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für Endnutzer möglich wären.

Die Ermittlung der anerkannten Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung sollte aus einem einheitlichen Kostenrechnungssystem ableitbar sein, welches auch im Rahmen der getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erträgen Verwendung findet. Gleichzeitig gewährleistet eine einheitliche Kostenrechnungssystem Konsistenz und hält unerlaubte Quersubventionierungen hintan.

6.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt (dem Endkundenmarkt) geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen.

So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt in Abwesenheit von Regulierung zB das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

Das Unternehmen hat bei Nichtergreifen entsprechender Regulierungsmaßnahmen also (ökonomische) Anreize zu den oben angeführten Praktiken. Diesem Verhalten kann mit einer Gleichbehandlungsverpflichtung begegnet werden.

Da es sich bei terminierenden Segmenten um ein komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich. Durch Aufnahme entsprechender Vertragsbedingungen in das Standardangebot kann gleichzeitig das Wettbewerbsproblem der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten durch Erhöhung der nachfrageseitigen Wechselkosten adressiert werden.

6.2.4. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Zur Unterstützung von Kostenorientierung und Entgeltkontrolle erscheint aus wirtschaftlicher Sicht die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Aufschlüsselung der Kosten geeignet. Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von Verfahren vor der Regulierungsbehörde nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen entsprechend der Marktgliederung der TKMVO 2003 notwendig. Diese ermöglicht die erforderliche Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Im Rahmen der getrennten Buchführung sollten zumindest folgende Informationen verfügbar sein:

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

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren, ergeben sich bis auf die nachstehend angeführten Ausnahmen aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten (ON 23) sowie aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28).

Der im Regulierungsinstrumente-Gutachten vorgesehene Zeitraum von zwei Monaten ab Erlassung der gegenständlichen Entscheidung für die Veröffentlichung eines Standardangebotes erscheint der Telekom-Control-Kommission im Hinblick darauf, dass TA derzeit nur Endkundenmietleitungen anbietet und entsprechende Vertragsklauseln und Konditionen in Bezug auf den Zugang zu terminierenden Segmenten, der ein technisch komplexes Produkt darstellt, erst erarbeitet werden müssen, zu kurz. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass TA bei Zusammenschaltungsprodukten im Sprachtelefoniebereich und Entbündelung bereits über weit reichende Erfahrungen mit der Erstellung von Standardangeboten verfügt. Ein Zeitraum von etwa drei Monaten sollte jedoch für die Erstellung eines derartigen Angebots ausreichen.

Der im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28, S. 15) enthaltene Empfehlung einer getrennten Buchführung auf Geschäftsbereichsebene folgt die Telekom-Control-Kommission nicht, da der Zuschnitt von Geschäftsbereichen und davon abhängig auch die Darstellung der Kosten in zu starkem Ausmaß von der Gestaltung durch das regulierte Unternehmen abhängig ist, was für die Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht der Fall ist. Hinsichtlich der im Rahmen der getrennten Buchführung bereitzustellenden Informationen bevorzugt die Telekom-Control-Kommission den umfassenderen Begriff „Erträge“ gegenüber dem im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 28, S. 19) verwendeten Begriff „Erlöse“. Bei den Kosten erübrigt sich die im Gutachten angeführte Kategorie „durchschnittlich gebundenes Kapital“ im Hinblick auf die ebenfalls darzustellenden „Kapitalkosten“. Die im Gutachten erwähnte Kategorie „Kosten des laufenden Betriebs“ wurde – dem Vorschlag der TA (ON 30) folgend – durch „Personalkosten“ ersetzt. Die Kategorien „Investitionen“ und „Kennzahlen zu Personal, Anzahl Leitungen etc.“ wurden verdeutlicht und in der Kategorie „detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insb. Kapazitäten und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen“ zusammengefasst. Ein Unterschied zwischen der von TA geforderten Kategorie „Abschreibung“ im Vergleich zu dem im Gutachten verwendeten Begriff „Abschreibungen für Anlagegüter“ ist nicht ersichtlich, weshalb der Begriff aus dem Gutachten aufgrund größerer Genauigkeit in der Bezeichnung beibehalten wurde.

Hinsichtlich der Marktanteilsberechnung wurde von TA beanstandet, dass bei den Umsatzmarktanteilen Eigenleistungen nicht berücksichtigt würden, während bei den Kapazitätsmarktanteilen die unbeschalteten Glasfasern nicht mit eingingen. Überdies stellten Eigenleistungen bei der Marktbetrachtung generell kein ausschlaggebendes Beurteilungskriterium dar, da es sich nicht um extern am Markt angebotene Leistungen handle, weshalb Umsatz- und Kapazitätsmarktanteile der Mobilkom als verbundenem Unternehmen (als Eigenleistungen) herauszurechnen seien.

Hierzu ist auszuführen, dass unternehmensintern erbrachte Eigenleistungen bei den Umsatzmarktanteilen wegen der Unmöglichkeit, diese in Geldbeträgen zu bewerten, nicht in Ansatz gebracht wurden; ebenso konnten unbeschaltete Glasfasern bei den Kapazitäten nicht berücksichtigt werden, da bei Glasfasern eine eindeutige Zuordnung der Kapazität nicht möglich ist, weil diese variabel beschaltbar sind und daher nicht mit einer bestimmten Bandbreite bewertet werden können. Die sich hieraus ergebenden Verzerrungen wurden jedoch bei der Interpretation der Marktanteile berücksichtigt. Die Notwendigkeit einer Einbeziehung der intern bzw. für Mobilkom erbrachten Leistungen als Eigenleistungen in die Umsatz- und Kapazitätsmarktanteile ergibt sich daraus, dass die Marktmacht eines hypothetischen Monopolisten auf der Vorleistungsebene auch durch solche Unternehmen

eingeschränkt wird, die die betreffende Vorleistung auch oder ausschließlich intern bereitstellen.

Die von TA geäußerten Bedenken, dass eine Bewertung der Kriterien Tarife/Preispolitik u. Infrastruktur durch mangelhafte Datenlieferung einiger Mitbewerber nur bedingt möglich sei, halten einer näheren Nachprüfung nicht stand. Dass eine Aufteilung von Umsätzen und Kapazitäten auf die Märkte für terminierende Segmente und Trunk-Segmente im Rahmen der Datenlieferung von den Betreibern nur nach Schätzungen vorgenommen werden konnte, ergibt sich daraus, dass gegenwärtig keine Produkte entsprechend der Marktabgrenzung angeboten werden, und betraf alle Betreiber, insb. auch die zwei größten Betreiber auf der Vorleistungsebene, TA und UTA Telekom AG, weshalb alle ermittelten Marktanteile letztlich wesentlich von der Genauigkeit dieser Schätzungen abhängig sind.

Die von der RTR-GmbH in einem aufwändigen Verfahren beigeschafften Daten wurden von den Gutachtern internen Plausibilitätskontrollen unterzogen und in einem wochenlangen Prozess ausgewertet. Unklarheiten konnten durch Rückfragen bei den beteiligten Unternehmen und – soweit möglich – Plausibilitätskontrollen zwischen Vorleistungs- und korrespondierenden Endkundenmärkten ausgeräumt werden. Lediglich ein einziger Betreiber hat keine Daten zu Entgelten zur Verfügung gestellt. In Bezug auf die Infrastruktur gab es keine mangelhaften Datenlieferungen. Die im Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen bleiben daher unberührt.

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

Hinsichtlich der Stellungnahme und Urkundenvorlage der TA, die auch im Verfahren M 12/03 eingebracht wurde (ON 20), hat die Telekom-Control-Kommission entschieden, das vorgelegte Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 nicht für das gegenständliche Verfahren zu verwerten, da einerseits die Datenbasis nur auf internen Quellen und Schätzungen der TA beruht und im Vergleich zu den im Rahmen des Marktanalyse-Gutachtens der Amtssachverständigen herangezogenen Daten, die auf Datenlieferungen sämtlicher Betreiber zurückgehen, nicht hinreichend repräsentativ erscheint. Weiters liegen die in ON 20 angegebenen Umsatz- und Kapazitätsanteile jeweils im Bereich zwischen ca. 60% und ca. 70% und daher ebenfalls auf hohem Niveau, wie auch von EE & MC eingeräumt wird; die konkreten Werte ergeben sich aber ausschließlich aus eigenen Berechnungen der TA. Zu den übrigen im Gutachten von EE & MC teils in eher allgemeiner Form angesprochenen Punkten ist die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen zu anderen Feststellungen gelangt als sie im EE & MC-Gutachten nahe gelegt werden. Die im Weiteren übermittelte Zusammenfassung dieses Gutachtens sowie das Dokument der Telekom Austria AG „*Im Wissen liegt die Zukunft – Investieren in Informationsnetze*“ (ON 21) haben ebenfalls keine Aussagekraft für das gegenständliche Verfahren.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z. 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu. Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der gemäß § 36 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen.

2. Allgemeines

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

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

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

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

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

3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

Die Analyse des jeweiligen Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

Gelangt die Regulierungsbehörde zu der Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden,

sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Stellt die Regulierungsbehörde demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

4. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien der oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind oder das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der Regulierungsbehörde – das ist mangels entsprechender Aufgabenzuweisung an die Telekom-Control-Kommission in § 117 TKG 2003 gemäß § 115 Abs. 1 TKG 2003 die RTR-GmbH – festgelegt.

In der TKMVO 2003 wird der verfahrensgegenständliche Markt als „Terminierende Segmente von Mietleitungen (Vorleistungsmarkt)“ bezeichnet. Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte auf Vorleistungsebene, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. –dienstebetreiber bereitgestellt werden und nicht als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind, sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten und unbeschaltete Glasfaserleitungen, die von Kommunikationsnetz- bzw. –dienstebetreibern vermietet oder verkauft worden sind, enthält. Überdies gehören ihm jene terminierenden Segmente an, die ein Kommunikationsnetzbetreiber einem im selben Unternehmen integrierten Kommunikationsdienstebetreiber für das Anbieten von Mietleitungen auf Endkundenebene zur Verfügung stellt. Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten sind nicht Teil des Marktes.

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,

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

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (§ 37 Abs. 3 TKG 2003); die Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht ergeben sich aus § 35 Abs. 4 TKG 2003).

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

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in den „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“ (ABI C 165/6 vom 11.07.2002, kurz „Leitlinien“) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt (Leitlinien Rz. 19, 112). Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/33 v. 24.04.2002, kurz „Rahmen-RL“).

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

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

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

6. Zur Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ im Konkreten

Nachfolgend werden die zu Pkt. B. 3. des Sachverhalts getroffenen Feststellungen unter dem Aspekt des Vorliegens von Wettbewerb am Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ bewertet.

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

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

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

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

Weiters ist der Marktanteil auch in Relation zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen.

Die Betrachtung der Marktanteile in Umsätzen sowie in Kapazitäten gemessen ergab, dass die TA mit > 65% (Umsätze) bzw. > 45% (Kapazitäten gemessen nach der Anzahl der Mietleitungsenden in 64 kbit/s-Äquivalenten) das nach diesen Maßen bei weitem größte Unternehmen am Markt ist. Die übrigen der insgesamt 29 am Markt tätigen Unternehmen

halten wesentlich geringere Marktanteile (UTA: < 10% Umsatz bzw. <15% Kapazitäten, EVN: < 10% bzw. < 5%, Wienstrom: < 10% bzw. < 15%). Die Marktanteilsentwicklung im Zeitraum zwischen dem ersten Quartal 2002 und dem 3. Quartal 2003 zeigt, dass der Umsatzmarktanteil der TA stagniert, während ihre Kapazitätsmarktanteile zunehmen. Demgegenüber stagnieren die Umsatz- und Kapazitätsmarktanteile der gemessen am Umsatz größten Konkurrenten (UTA, EVN und Wienstrom) auf niedrigem Niveau bzw. sinken. Sowohl die absolute Höhe der Marktanteile als auch ihre Entwicklung zeigen, dass die TA am Markt für terminierende Segmente über Marktmacht verfügt, zumal in den letzten Monaten des Jahres 2003 die Umsatzmarktanteile auf Grund neuer Projektgeschäfte ansteigen werden.

Der Behauptung der TA, dass eine Schwankung von ca. 5% innerhalb des Jahres 2002 bei den Umsatzmarktanteilen aus ökonomischer Sicht für lebhaften Wettbewerb spreche und TA zwischen dem 4. Quartal 2002 und dem 3. Quartal 2003 Umsatzmarktanteile verloren habe, hält die Telekom-Control-Kommission entgegen, dass diese Schwankungsbreite gegenüber zB einer Schwankungsbreite von 10% am Markt für Trunk-Segmente als gering einzustufen ist und die Kapazitätsmarktanteile der TA einen Trend nach oben zeigen. Die Differenz zwischen Umsatz- und Kapazitätsmarktanteil der TA ergibt sich insb. daraus, dass TA bei den geringeren – und auf ein 64 kbit/s-Äquivalent bezogen teureren – Bandbreiten bis 2 Mbit/s über eine besonders starke Stellung verfügt, während alternative Anbieter vor allem im Segment der – auf ein 64 kbit/s-Äquivalent bezogen preiswerteren – Bandbreiten mit mehr als 2 Mbit/s aktiv sind. Aus all dem zieht die Telekom-Control-Kommission die Schlussfolgerung, dass die getroffenen Feststellungen keinen bestimmten Trend für die Umsatzmarktanteile angeben und auch nicht als ausreichender Beleg für das Bestehen von Wettbewerb angesehen werden können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Zuwachs in den Kapazitätsmarktanteilen in Zukunft auch bei den Umsatzmarktanteilen niederschlagen wird.

Zusammenfassend zeigen sowohl die absolute Höhe der Marktanteile als auch ihre Entwicklung, dass die TA am Markt für terminierende Segmente über Marktmacht verfügt. Die Marktanteile liegen nach beiden Berechnungsmethoden (Umsatz und Anzahl der Mietleitungsenden in 64 kbit/s-Äquivalenten) deutlich über 40% (beim Umsatz sogar weit darüber) und weisen im Zeitverlauf keine fallende Tendenz auf. Andere Unternehmen halten jeweils nur einen kleinen Prozentsatz des Marktanteils der TA, und die Marktanteile der größten Konkurrenten weisen sogar fallende Tendenz auf.

Marktanteile und deren Entwicklung sind jedoch nur eines von mehreren Kriterien zur Beurteilung von Marktmacht (wenn auch ein wichtiges) und daher nur in Verbindung mit anderen Indikatoren aussagekräftig.

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

Die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z. 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittsschranken“ in Rz. 80 der Leitlinien angeführt.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z. B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.

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

Aus ökonomischer Sicht ist die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Je schwieriger der Markteintritt ist, desto höher ist potenziell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen.

Die wesentlichsten Marktzutrittsbarrieren am Markt für terminierende Segmente ergeben sich aus Skalenvorteilen (§ 35 Abs. 2 Z. 8 TKG 2003, Rz. 78 der Leitlinien) in Verbindung mit versunkenen Kosten. Für die Verlegung von Leitungen sind massive Anfangsinvestitionen erforderlich, von welchen ein Teil (vor allem Grabungskosten) als versunken (d.h. irreversibel) betrachtet werden kann. Diesen Zutrittsbarrieren kommen am Markt für terminierende Segmente eine große Bedeutung zu, da es sich auf diesem Markt meist um Verbindungen zum Netzabschlusspunkt eines Nutzers mit – im Vergleich zB zu Trunk-Segmenten, bei denen die Verkehrsströme gebündelt werden – relativ geringer Nachfrage handelt. Dies bedeutet, dass in vielen Fällen nur wenige (oder sogar nur ein einziges) Unternehmen gleichzeitig effizient (unter Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren können. Auch der Anteil an versunkenen Kosten ist hoch, da eine alternative Nutzung der Verbindung zum Endkunden kaum möglich ist. Für alle Unternehmen, die nicht bereits über Infrastruktur verfügen, wie dies zB bei Energieversorgern oder Kabelnetzbetreibern der Fall ist, kann davon ausgegangen werden, dass Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten auf dem Markt für terminierende Segmente als substantielle Marktzutrittsbarriere wirken.

Für terminierende Segmente von Mietleitungen mit höheren Datenraten als 2 Mbit/s, bei denen die bisher verlegte Infrastruktur (Kupferdoppeladern) vielfach zur Übertragung dieser hohen Kapazitäten nicht ausreicht, unterliegen alle Unternehmen denselben Markteintrittsbarrieren, die sich aus Skalenvorteilen und versunkenen Kosten ergeben. Andere Zutrittsbarrieren wie nachfrageseitige Wechselkosten oder rechtlich bedingte Hindernisse (vor allem Leitungsrechte und Aufgrabungssperren) existieren zwar, bleiben aber in ihrer Bedeutung hinter den Barrieren, die sich aus Skalenvorteilen und versunkenen Kosten ergeben, zurück.

Zu dem von TA unter Hinweis auf bereits erfolgte bzw. aktuelle Markteintritte aus benachbarten Märkten ohne hohe versunkene Kosten bestrittenen Vorliegen von Markteintrittsbarrieren ist auszuführen, dass die Telekom-Control-Kommission lediglich *weitere* Markteintritte zum jetzigen Zeitpunkt als unwahrscheinlich erachtet, da jene Unternehmen, die Synergieeffekte bei der Verlegung von Infrastruktur nützen können, bereits am Markt tätig sind. Dennoch sehen sich alle anderen Unternehmen, welche jetzt in den Markt eintreten wollen, aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten hohen Marktzutrittsbarrieren gegenüber. Daher sieht die Telekom-Control-Kommission insb. das Ausmaß des Wettbewerbs zwischen den bereits am Markt tätigen Unternehmen als entscheidungserheblich an.

6.3. Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

§ 35 Abs. 2 Z. 12 TKG 2003 erwähnt ebenso wie Rz. 78 der Leitlinien als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“.

Da die meisten am Markt tätigen Unternehmen die Erbringung von Mietleistungsdiensten mit der Erbringung von anderen infrastrukturbasierten Leistungen verbinden (wie zB Betreiber von Festnetz-Sprachtelefonie, Kabelnetzbetreiber oder Energieversorger), verfügen fast alle am Markt tätigen Unternehmen zumindest in einem gewissen Ausmaß über eigene Infrastruktur. Eine Betrachtung der vermieteten Netzabschlusspunkte von terminierenden Segmenten je Bundesland zeigt, dass TA und UTA die einzigen größeren am Markt tätigen Unternehmen sind, die bundesweit terminierende Segmente vermieten. In allen Bundesländern gibt es jedoch lokale Betreiber, die teilweise im jeweiligen Bundesland über

signifikante Anteile verfügen. Dennoch ist offensichtlich, dass die TA mit Anteilen von > 70% bis > 90% je Bundesland das Unternehmen mit der bei weitem ubiquitärsten Infrastruktur ist. Hieraus ergibt sich, dass die TA in weiten Teilen des Marktes über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt.

6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

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

Aufgrund der hohen Marktanteile und der Infrastrukturausdehnung der TA kann davon ausgegangen werden, dass die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht durch Einholen und Vergleich verschiedener Angebote bzw. durch den Wechsel zu einem anderen Betreiber – wie am Markt für Trunk-Segmente – oft nur eingeschränkt möglich ist. Eine Analyse der Nachfrageseite zeigt, dass der größte Abnehmer der TA (nach dem Tochterunternehmen Mobilkom) 2002 zwar für < 25% aller Umsätze für Trunk- und terminierende Segmente verantwortlich zeichnete und die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht daher nicht auszuschließen ist, auf alle anderen Kunden jedoch ein wesentlich geringerer Anteil am Umsatz entfällt.

Dem Argument der TA, dass bei einer Abnahmemenge von <25% vom Vorhandensein nachfrageseitiger Gegenmacht ausgegangen werden könne, ist entgegen zu halten, dass selbst ein großer Kunde nur dann über signifikante nachfrageseitige Gegenmacht verfügt, wenn er glaubhaft androhen kann, den Anbieter zu wechseln, die Dienstleistung intern bereitzustellen oder aber die Dienstleistung überhaupt nicht mehr zu beziehen. Ein solches Drohpotential ist am vorliegenden Markt eher gering. Das eventuelle Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht könnte weiters zB mittels Rabatten oder Bündelungen von anderen Betreibern isoliert werden.

Insgesamt ist das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht daher als gering zu bewerten.

6.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

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

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Mitbewerbern daraus gewinnen können, dass sie eine differenzierte Produkte anbieten, die ihnen entsprechende Preissetzungsspielräume einräumen bzw. Mitbewerbern kein Anbieten vergleichbarer Produkte ermöglichen.

Da Mietleitungen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basieren, sind sie vom ökonomischen Standpunkt grundsätzlich als homogenes Produkt zu bewerten. Differenzierungsmöglichkeiten für Betreiber ergeben sich allenfalls durch die Breite der Angebotspalette (z.B. Geografie, Bandbreite) bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten (z.B. Kombinationen aus Trunk- und terminierenden Segmenten) sowie über Qualitätsparameter. Bezüglich der ersten beiden Aspekte dürfte die TA aufgrund ihrer geographischen Präsenz bzw. aufgrund ihrer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur sowie aufgrund ihrer Bündelungsmöglichkeiten gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil sein.

6.6. Zum Indikator „Preispolitik und Preisentwicklung“

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

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig –, Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Auch wenn die Entgelte der TA seit 1998 teilweise stark gesunken sind, liegen sie weiterhin signifikant über jenen der größten Mitbewerber. Jedoch ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass viele alternative Betreiber zur Kundengewinnung vor allem aufgrund des Bestehens nachfrageseitiger Wechselbarrieren TA insb. preislich unterbieten. Zudem beinhalten die kostenorientierten Entgelte der TA auch gemeinsame und Gemeinkosten, während alternative Betreiber ihre Preise nicht zwingend basierend auf den Vollkosten festsetzen, insb. aufgrund der Ausnutzung vorhandener Leerkapazitäten. Rückschlüsse von den angewendeten Preisen auf die zugrunde liegenden produktspezifischen Kosten sind daher nur in eingeschränktem Ausmaß zulässig. Die Tatsache, dass das teuerste (bzw. eines der teuersten) Unternehmen den höchsten Marktanteil hält, ist dennoch als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht zu werten. Offensichtlich ist die TA aufgrund ihrer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur in vielen Fällen nur beschränktem Wettbewerbsdruck ausgesetzt.

TA bringt unter Hinweis auf schon bislang unterbliebene Preiserhöhungen vor, dass die Befürchtung einer Anhebung ihrer Preise für terminierende Segmente über das Wettbewerbsniveau unbegründet sei, da TA durch den stetigen Wettbewerbsdruck zur Schaffung jener geringeren Kostenbasis gezwungen worden sei, auf deren Grundlage niedrigere Tarife genehmigungsfähig waren. Demgegenüber ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass der im Netz der TA durch Kostensenkung mögliche Spielraum bei der Tarifgestaltung in den vergangenen zwei Jahren nicht ausgenutzt wurde. Aus der Bezugnahme auf internationale Tarifvergleiche lassen sich im vorliegenden Fall keine aussagekräftigen Schlussfolgerungen über die Effektivität des Wettbewerbs auf einem Markt entnehmen.

6.7. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren wie zB Performance-Maße, der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z. 6 TKG 2003, § 78 der Leitlinien) oder Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z. 7 TKG 2003, Rz. 78 der Leitlinien) sind am Markt für terminierende Segmente kaum relevant.

6.7.1. Performance-Maße

Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind Performance-Maße in Form so genannter Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Da die zur Ermittlung der Price-Cost-Margins erforderlichen Informationen nicht verfügbar waren, war die Vornahme entsprechender Berechnungen nicht möglich.

6.7.2. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z. 7 TKG 2003)

Da es sich beim Endkundenmarkt für Mietleitungen um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie z.B. ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier vermutlich auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

6.7.3. Technologiebedingter Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z. 6 TKG 2003)

Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

6.8. Internationaler Vergleich

Aus dem unter Pkt. 3.8. der Sachverhaltsfeststellungen dargestellten internationalen Vergleich wird deutlich, dass die in Österreich verrechneten Preise in allen relevanten betrachteten Kategorien unter dem EU-Schnitt liegen. Ausreißer und Anomalien konnten jedoch nicht festgestellt werden, weshalb keine Schlussfolgerungen über das Vorliegen oder die Abwesenheit einer marktbeherrschenden Stellung gezogen werden können.

7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Die Auswertung der im der zu den einzelnen in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Marktmacht-Indikatoren getroffenen Feststellungen zeigt, dass TA über hohe und weitgehend stabile Marktanteile verfügt. Überdies bestehen hohe Marktzutrittsbarrieren für Unternehmen, die beim Markteintritt eigene Infrastruktur erst verlegen müssen. Hinzu kommen die ubiquitäre Präsenz der TA mit eigener Infrastruktur in allen Bundesländern sowie Vorteile bei der Produktdifferenzierung und das geringe Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht.

Insgesamt führen die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zu dem Ergebnis, dass auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ kein selbsttragender (infrastrukturbasierter) Wettbewerb herrscht und dass TA nach Untersuchung der in § 35 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren auf dem Markt für terminierende Segmente über beträchtliche Marktmacht verfügt.

8. Wettbewerbsprobleme

Das Fehlen des erforderlichen Wettbewerbs am Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ führt ohne Regulierung potentiell unter Zugrundelegung der untersuchten Indikatoren zum Auftreten von Wettbewerbsproblemen. Die potentiellen Wettbewerbsprobleme am Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente liegen vor allem in der Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern, der Errichtung von Markteintrittsbarrieren für potentielle Konkurrenten und vertikaler Marktmachtübertragung auf benachbarte Mietleistungsmärkte.

Die von TA vertretene Auffassung, dass die Wettbewerbsprobleme hypothetisch und nicht hinreichend bewiesen seien und eine präventive Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht dem TKG 2003 entspreche, da Regulierungsaufgaben aus dem tatsächlichen Marktverhalten des Unternehmens abzuleiten seien, erweist sich als unzutreffend. Im Bereich der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung ist ein tatsächlicher Missbrauch von Marktmacht keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten (vgl. Rz. 70, 71 der Leitlinien). Vielmehr reicht es aus, Möglichkeiten und Anreize für antikompetitives Verhalten festzustellen, um die Auflage von Regulierungsinstrumenten zu rechtfertigen. Der von TA geforderte Beweis des Missbrauchs gehört vielmehr dem allgemeinen Wettbewerbsrecht an, welches jedoch lediglich eine ex-post-Kontrolle von Marktmachtmissbräuchen ermöglicht.

In Bezug auf das Vorbringen der TA zur Zuständigkeit der Kartellgerichte und der Bundeswettbewerbsbehörde im Falle von kurzfristig auftretenden Wettbewerbsproblemen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass es Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nicht geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen zu bekämpfen.

Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, dass die Ursache der geschilderten Wettbewerbsprobleme primär im Fehlen selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerbs liegt.

8.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern

Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. So kann angenommen werden, dass die TA ohne Preisregulierung die Preise für terminierende Segmente in vielen Fällen signifikant über das Wettbewerbsniveau anheben könnte, ohne große Nachfrageverluste hinnehmen zu müssen, da sie in gewissen Regionen der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur ist bzw. umfassendere Bündel als Mitbewerber anbieten kann.

8.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten

Ein weiteres potentielles Wettbewerbsproblem liegt darin, dass die TA bei Abwesenheit entsprechender bereichsspezifischer Verpflichtungen durch künstliche Anhebung der Wechselkosten (vor allem durch vertragliche Bedingungen) Marktzutrittsbarrieren gegenüber potentiellen Konkurrenten errichten könnte. Die Erhöhung von nachfrageseitigen Wechselkosten durch vertragliche Bedingungen kann gleichzeitig sowohl zu einer Erhöhung der Kosten für die Konkurrenten führen (zB durch höhere Aufwendungen für Marketing und Vertrieb) als auch zu einer Einschränkung des Absatzes der Mitbewerber. Höhere Marktzutrittsbarrieren können die Entstehung von effektivem Wettbewerb be- oder verhindern und stehen so den Zielen der Regulierung gem. § 1 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003 entgegen.

8.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte

Betreffend die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte können im vorliegenden Zusammenhang vor allem zwei Strategien relevant sein:

Da terminierende Segmente komplementär zu Trunk-Segmenten sind (dh, sie werden unter Umständen gemeinsam nachgefragt), könnte durch das Anbieten von Bündeln zwischen Trunk- und terminierenden Segmenten potentiell eine Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente in den Markt für Trunk-Segmente stattfinden. Dies vor allem dann, wenn das Bündel für Mitbewerber nicht replizierbar ist.

Eine weitere Form der Marktmachtübertragung ist jene vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt. Da die meisten Unternehmen, die am Markt für terminierende Segmente tätig sind, nur lokal über eigene Infrastruktur verfügen, sind sie auf Vorleistungen angewiesen, wenn sie bundesweit End-to-end-Verbindungen anbieten wollen. Folglich könnte die TA durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zu terminierenden Segmenten die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich erhöhen. Neben der totalen Verweigerung des Zugangs sind hier auch Strategien wie Preisdiskriminierung (die zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken bei der Bereitstellung relevant. Wie den entsprechenden (Tele-)Kommunikations- und Tätigkeitsberichten der Telekom-Control GmbH bzw. der RTR-GmbH in den zurückliegenden Jahren zu entnehmen ist, wurden in der Vergangenheit insb. Verzögerungsstrategien bei der Bereitstellung neuer, aufgrund von Regulierungsverpflichtungen entstandener Vorleistungsprodukte durch TA auch mehrfach angewandt.

So wurden im Bereich der Carrier Preselection wiederholt Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen der TA aus den entsprechenden Bescheiden geführt (vgl. zB Verfahren der Telekom-Control GmbH zur GZ RWBR 3/01).

Seit Beginn der Markteinführung von ADSL-basierenden Internetzugangslösungen im November 1999 musste TA immer wieder aufgefordert werden, für die von ihr angebotenen

neuen Retail-Produkte auch korrespondierende ADSL-Vorleistungsprodukte für Internet Service Provider verfügbar zu machen (vgl. Verfahren der Telekom-Control GmbH zu den GZ RWBR 15/99, RWBR 7/2000); die Bereitstellung des Vorleistungsproduktes erfolgte mit einem halben Jahr Verzögerung.

Beim Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung erhoben alternative Betreiber mehrfach Beschwerden wegen des schleppenden Fortgangs der Entbündelung insb. im Zusammenhang mit den Bearbeitungsfristen und der Verweigerung einer Bereitstellung von Kollokationsräumen (UTA, Inode). Die Beschwerdefälle konnten zumeist erst nach von der Telekom-Control GmbH bzw. der RTR-GmbH moderierten Streitschlichtungsgesprächen zwischen TA und alternativen Betreibern beigelegt werden.

Die in der Verordnung (EG) 2887/2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (ABl L 336/4 v. 30.12.2000) vorgesehene Bereitstellung von Teilabschnitten der Teilnehmeranschlussleitung erfolgte erst nach Erlass einer entsprechenden Entbündelungsanordnung drei Monate nach Inkrafttreten der VO (EG) 2887/2000. Auch die Erweiterung des Standardentbündelungsangebotes (Z 4/01) auf eine Bereitstellung von „shared use“ hat TA erst nach wiederholter Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission etwa ein halbes Jahr nach Inkrafttreten der VO (EG) 2887/2000 vorgenommen (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission Z 4/01-11 v. 18.06.2001).

Anreiz zu einem solchen Verhalten kann insbesondere dadurch entstehen, dass die Abnehmer der TA am Vorleistungsmarkt mit der TA auf diversen Endkundenmärkten (so am Endkundenmarkt für Mietleitungen, aber auch am Endkundenmarkt für zB Sprachtelefonie, Datendienste oder Mobiltelefonie) in Konkurrenz stehen.

Hinsichtlich der von TA geäußerten Zweifel an der Möglichkeit einer vertikalen Marktmachtübertragung vom relevanten Markt auf den Endkundenmietleitungsmarkt mit der Begründung, dass der Endkundenmietleitungsmarkt auch symmetrische DSL-Verbindungen umfasse, wird darauf verwiesen, dass diese Ansicht nicht im Einklang mit der Abgrenzung des relevanten Endkundenmarktes nach § 1 Z. 10 TKMVO 2003 steht. Symmetrische DSL-Verbindungen für Endkunden, die nicht als Mietleitungen zu klassifizieren sind, sind nicht Bestandteil dieses Endkunden-Mietleitungsmarktes. Aus den Sachverhaltsfeststellungen ergibt sich, dass TA auf dem verfahrensgegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt.

9. Regulierungsinstrumente

9.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Der Rechtsrahmen des TKG 1997 kannte betreffend Mietleitungen nur einen Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleistungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes. Gesonderte Märkte für Endkundenmietleitungen, terminierende Segmente oder für Trunk-Segmente gab es nicht. Die Regulierung des Mietleitungsmarktes bezog sich demnach auf Endkundenmietleitungen, die von den Nachfragern – zumindest sofern die Nachfrage an TA gerichtet war – mangels Alternativen auch als Trunk- bzw. terminierende Segmente verwendet wurden. Eine Unterscheidung nach Bandbreite gab es bei der Regulierung nicht, und Mietleitungssubstitute waren nicht Teil des Marktes.

Nach § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm 18 TKG 1997 war TA aufgrund ihrer Feststellung als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Mietleitungsmarkt (vgl. zuletzt Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002) verpflichtet, ihre Entgeltbestimmungen und AGB der Regulierungsbehörde zur Vorabgenehmigung vorzulegen; die Entgelte für ihre Mietleistungsprodukte unterlagen gem. § 18 Abs. 6 TKG 1997 dem Gebot der Kostenorientierung. Zusätzlich verpflichtete sie der ebenfalls über

§ 133 Abs. 7 TKG 2003 fortgeltende § 36 TKG 1997 zur Bereitstellung des Mindestangebotes an Mietleitungen gem. Art. 7 iVm Anh. II der Richtlinie 92/44/EWG v. 5.06.1992 (ABI L 165/27 v. 19.06.1992) idF der Entscheidung der Kommission 98/80/EG vom 7.01.1998 (ABI L 14/27 v. 20.01.1998) auf Basis ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kostenorientierten Entgelten.

9.2. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

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

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

Da es sich beim Markt für terminierende Segmente um einen Vorleistungsmarkt handelt, sind die Bestimmungen in den §§ 43-45 nicht relevant, weil es sich hierbei um Maßnahmen für Endkundenmärkte handelt. § 46 bezieht sich auf „Bereitstellung des Anschlusses an das feste öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten“ und ist deshalb in Zusammenhang mit Mietleitungsmärkten nicht anwendbar.

9.3. Prinzipien für die Auswahl von Regulierungsinstrumenten

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003 zu berücksichtigen. Auch in den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 Zugangs-RL (RL 2002/22/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung v. 7.03.2002 (Zugangs-RL, Abl L 108/7 vom 24.04.2002) und in Art. 17 Abs. 2 RL 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten v. 7.03.2002 (Universaldienst-RL, Abl L 108/51 vom 24.04.2002)). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss diese ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zudem zur Zielerreichung

notwendig sein. Sie darf aber überdies keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz. 118 der Leitlinien) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rz. 3 zu § 34 TKG 2003).

Basierend auf den Zielen der Rahmen-Richtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangs-Richtlinie sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungs-Richtlinie) wurden von der European Regulators´ Group, einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingerrichtet durch Beschluss Nr. 202/627/EG vom 29. Juli 2002, ABI L 200/38, 30.07.2002), in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollten (vgl. hierzu ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework, ERG 03-30, rev. 1, abrufbar unter <http://www.erg.eu.int>, S. 57-74). Hiernach müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig sowie das gelindeste Mittel darstellen. Dort, wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber verhindert werden. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden. Schließlich sollten Regulierungsinstrumente so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, dh, dass der Anreiz zur Einhaltung größer sein soll als der Anreiz zur Umgehung.

9.4. Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ konkret auferlegten spezifischen Verpflichtungen

Unter Bezugnahme auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme, die Regulierungsziele des TKG 2003 und des Europäischen Rechtsrahmens sowie die og. von der ERG aufgestellten Grundsätze werden in der Folge Auswahl und Anwendung der der TA auferlegten bereichsspezifischen Verpflichtungen dargestellt. Diese sind komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich dient dazu, um einzelnen Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Nur beim Einsatz aller Instrumente ist sichergestellt, dass die Summe der Wettbewerbsprobleme tatsächlich hintangehalten werden kann.

Zur Ansicht der TA, dass die „ERG Common Position on Remedies“ der einzelnen nationalen Marktsituationen nicht gerecht werden könne, wird angemerkt, dass die Bedeutung dieses Dokuments von der Europäischen Kommission bei mehreren Gelegenheiten hervorgehoben wurde und sich die Kommission auch in ihren eigenen Stellungnahmen auf dieses Dokument bezieht (vgl. zB Pressemitteilung IP/04/528 v. 23.04.2004, Stellungnahme (2004)D/203427 v. 4.08.2004 zur Marktanalyse-Notifikation EL/2004/0078).

Diese Verpflichtungen gelten für alle Produkte, die in die Marktdefinition nach der TKMVO 2003 in den Markt für „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ fallen und derzeit von TA angeboten werden. Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen betroffen.

9.4.1. Zur auferlegten Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu terminierenden Segmenten nach § 41 TKG 2003

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente auf den Endkundenmarkt kann durch Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gem. § 41 TKG 2003 behoben werden, mit welcher der Zugang anderer Kommunikationsdienstbetreiber zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt am Markt für

terminierende Segmente sichergestellt wird. Zugang zu terminierenden Segmenten kann – bei gleichzeitig effektivem Wettbewerb auf dem Markt für Trunk-Segmente (vgl. hierzu Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 11/03-39 v. 19.07.2004) – die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Bei terminierenden Segmenten handelt es sich großteils um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, da terminierende Segmente meist Verbindungen zu einem Endkunden sind und daher über weite Teile des Marktes keine effiziente Replizierung der Infrastruktur der TA möglich bzw. innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre zu erwarten ist. Dies gilt im Besonderen für die kundennahen Abschnitte von terminierenden Segmenten, die zumeist über das Anschlussnetz realisiert werden. Deshalb erscheint eine Zugangsverpflichtung geeignet, notwendig sowie als das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern.

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Bestimmung des § 41 TKG 2003 enthält detaillierte Bestimmungen darüber, welche Verpflichtungen bezüglich Zugang dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können, sowie darüber, was die Regulierungsbehörde bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen hat.

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs zu verhindern und die Bedingungen des Zugangs zu spezifizieren.

Zwar sollten Betreiber Zugangs- ebenso wie Zusammenschaltungsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis eingehen. Nach dem neuen Rechtsrahmen gilt (wie schon im TKG 1997) der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang – und Zusammenschaltung als wesentlichster Form des Zugangs – vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 der Zugangs-RL; *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 41 TKG 2003).

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt auch § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Da aber § 41 TKG 2003 wesentlich umfassendere Ausführungen zur Zugangsproblematik enthält, ist er hier § 38 TKG 2003 vorzuziehen, der keine entsprechenden Präzisierungen und Vorgaben enthält. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass ein entsprechendes Zugangsprodukt von TA zur Zeit noch nicht am Markt angeboten wird und daher erst spezifiziert werden muss. Da die von der TA intern bereitgestellten Produkte nicht hinreichend transparent sind und da weiters nicht angenommen werden kann, dass das geeignete Zugangsprodukt genau einem intern bereitgestellten Produkt entspricht, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung im Gegensatz zu der von TA geäußerten Auffassung nicht geeignet, einen adäquaten Zugang sicherzustellen. Die Gleichbehandlungsverpflichtung wird jedoch im Weiteren als unterstützendes Regulierungsinstrument in Betracht gezogen.

Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, um den Zugang zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt am Markt für terminierende Segmente sicherzustellen.

Prinzipiell ist auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu terminierenden Segmenten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen (wie etwa Kollokation) zu ermöglichen.

Durch die Verpflichtung der TA, eine Übergabe von terminierenden Segmenten an demjenigen Standort zu ermöglichen, der der Nachfrage des Kunden entspricht, soll gewährleistet werden, dass TA den Zugang zu terminierenden Segmenten in umfassendem Ausmaß ermöglicht. Dies beinhaltet einerseits, dass die Anzahl der Standorte für den Zugang nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise nur auf die sog. Trunk-Städte begrenzt wird, sondern dass ein Zugang zu terminierenden Segmenten entsprechend dem Kundenbedürfnis an all jenen Punkten realisiert wird, an welchen TA mit eigener Infrastruktur vertreten ist. Zur Sicherstellung einer effizienten Nutzung vorhandener

Mietleitungsinfrastruktur soll dabei eine Übergabe von terminierenden Segmenten der TA sowohl auf die eigene Infrastruktur des Nachfragers als auch auf Mietleitungen anderer Kommunikationsdienstebetreiber zulässig sein. Bei der Beurteilung entsprechender Nachfragen ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass eine Realisierung der Nachfrage für TA aus technischer und wirtschaftlicher Sicht vertretbar ist.

Zusätzlich zum Zugang zu terminierenden Segmenten ist die Koppelung von Mietleitungen mit niedrigen Datenraten auf höherbitratige Mietleitungen im Netz der TA (kurz „Koppeln von Mietleitungen“) auf Nachfrage zu ermöglichen (so könnten etwa mehrere terminierende Segmente mit niedrigen Datenraten wie zB vier 2 Mbit/s-Leitungen an einem Punkt mit einem höherbitratigen terminierenden Segment, zB einer 34 Mbit/s-Leitung, gekoppelt werden). Eine derart spezifische Vorleistungsverpflichtung ist erforderlich, um Wettbewerbern die Ausnutzung von Skalen- und Verbundvorteilen bei der Nachfrage nach terminierenden Segmenten zu gewähren. Diese Koppelung von terminierenden Segmenten muss zumindest in jenen Städten ermöglicht werden, für welche gegenwärtig der mit Bescheid G 8/03-16 der Telekom-Control-Kommission genehmigte „Städtetarif“ gilt, da TA an diesen Punkten die Koppelung von Mietleitungen auf Grund von vorhandener Infrastruktur durchführen kann.

Der Einwand der TA, eine Koppelung von niedrig- mit hochbitratigen Mietleitungen stehe nicht im Einklang mit dem TKG 2003, da sie in dessen § 41 nicht enthalten sei, ist unzutreffend: die Aufzählung in § 41 Abs. 2 TKG 2003 ist nicht abschließend, weshalb auch andere Formen der Zugangsverpflichtung zur Anwendung kommen können. Die Koppelung von terminierenden Segmenten stellt als Zusammenschaltung von Mietleitungen eine spezifische Form des Zugangs nach § 41 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003 dar. Dass die Koppelung terminierender Segmente einer „künstlichen Bündelung“ gleichkomme, wie von TA behauptet, ist der Telekom-Control-Kommission ebensowenig ersichtlich, da die Koppelung nur entsprechende auf Nachfrage und nicht zwingend in jedem Falle bereitgestellt werden soll. Schließlich ergibt sich aus den dargelegten Gründen, dass die Entscheidung über die Möglichkeit zur Koppelung terminierender Segmente – wie übrigens auch jede andere Form von Netzzugang – bei gleichzeitigem Bestehen erheblicher Wettbewerbsprobleme auf diesem Markt nicht in das Belieben des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gestellt werden bzw. der Strategieabwägung von dessen Wholesale-Bereich obliegen kann.

Die Verpflichtung, dass TA Zugang zu allen erforderlichen Infrastrukturteilen bzw. Diensten (zB Kollokation) sowie Annexleistungen gewährleisten muss, die für den Zugang zu terminierenden Segmenten erforderlich sind, soll sicherstellen, dass eine Erfüllung von Nachfragen von Kommunikationsdienstebetreibern in Bezug auf den Zugang zu terminierenden Segmenten nicht deshalb unterbleibt, weil die zu einer Verwirklichung des Zugangs notwendigen Nebenleistungen wie zB die Zurverfügungstellung von Kollokation oder Elektrizitätsversorgung durch TA nicht erfolgt.

Schließlich wurde auch die Verpflichtung auferlegt, dass der Zugang zu terminierenden Segmenten ungebündelt zu erfolgen hat; dh, der Nachfrager darf nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er nicht nachgefragt hat. So ist zB eine verpflichtende Bündelung von terminierenden Segmenten mit Trunk-Segmenten unzulässig. Existiert Zugang zu (ungebündelten) terminierenden Segmenten auf der Vorleistungsebene, so kann das entsprechende Bündel von den Mitbewerbern am Vorleistungsmarkt repliziert werden, wodurch die Möglichkeiten zur horizontalen Marktmachtübertragung durch TA stark eingeschränkt werden.

Gegenüber der Kritik der TA, dass eine Verhinderung potentieller Marktmachtübertragung in den Markt für Trunk-Segmente durch Bündelung von terminierenden mit Trunk-Segmenten nicht erforderlich sei, da ein Leveraging nicht festgestellt worden sei und schon jetzt beides getrennt von Wholesale-Kunden bezogen werden könne, weist die Telekom-Control-Kommission erneut auf den Umstand hin, dass – wie ausgeführt – ein tatsächlicher Marktmachtmissbrauch keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung von

Regulierungsinstrumenten ist, sondern eine Feststellung von Möglichkeiten und Anreizen für antikompetitives Verhalten ausreichend ist.

Die Behauptung, dass terminierende Segmente und Trunk-Segmente schon jetzt ungebündelt angeboten werden, wurde von TA nicht weiter substantiiert. Die von TA geäußerte Ansicht, dass eine Bündelung von Trunk- mit terminierenden Segmenten schon deshalb nicht unzulässig sein könne, da auf dem Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb festgestellt wurde, erweist sich als unzutreffend, da sich die Verpflichtung zum ungebündelten Zugang zu terminierenden Segmenten ausschließlich auf den Markt für terminierende Segmente bezieht. Die Verhinderung von Bündelungen zwischen kompetitiven und nichtkompetitiven Produkten ist zur Adressierung des Problems der Marktmachtübertragung unbedingt erforderlich.

Hingegen sind spezifische Verpflichtungen betreffend die Verwendung eines terminierenden Segments als „Joining Link“ nicht vorzusehen. Joining Links als Mietleitungen zwischen zwei Netzen unterscheiden sich insofern von anderen Mietleitungen, als sie für die direkte Zusammenschaltung verwendet werden und allenfalls ein Zusammenschaltungspartner kein Interesse an der Realisierung eines Joining Links haben könnte. Fragen der direkten Zusammenschaltung mittels Joining Links sind im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung zu adressieren; die Kosten und deren Aufteilung bei der Nutzung von terminierenden Segmenten als Joining Link für die Zusammenschaltung sind durch § 49 Abs. 3 TKG 2003 geregelt. Die für den Markt für terminierende Segmente auferlegten Zugangsverpflichtungen sind daher insoweit als ausreichend anzusehen.

9.4.2. Zur auferlegten Verpflichtung zur Kostenorientierung und Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG 2003

Die Probleme einer Anhebung der Preise über Kosten und einer Preisdiskriminierung (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur durch eine Preisregulierung verhindert werden.

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

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann gem. § 42 Abs. 2 TKG 2003 von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL; ERG 03-30, rev. 1, S. 52 ff).

Neben der Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass *„ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen*

praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch – praktizieren werden könnte; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Oben zu Pkt. 8.1. der rechtlichen Beurteilung wurde bereits festgestellt, dass TA in Abwesenheit von Regulierung ökonomische Anreize hat, überhöhte Entgelte für den Zugang zu terminierenden Segmenten zu verlangen. Ein erhöhter Vorleistungspreis spiegelt sich auch beim Vorleistungsbezieher wieder, der die Preiserhöhung idR an den Endnutzer weitergibt. Daraus ist zu folgern, dass TA grundsätzlich ihre Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorabverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

Wie bereits zu Pkt. 6.2.2. der Sachverhaltsfeststellungen ausgeführt wurde, bestehen auf Vorleistungsmärkten insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle:

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

ECPR-Preise sind vor allem für solche Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbsttragenden Wettbewerb eliminiert werden. Hiermit ist jedoch im Bereich der terminierenden Segmente aufgrund der dargestellten Wettbewerbsprobleme insb. aufgrund der anhaltenden dominierenden Stellung der TA im Anschlussnetzbereich in näherer Zukunft nicht zu rechnen.

Eine Preisermittlung durch Benchmarks ist aufgrund der hohen Fehlerwahrscheinlichkeit durch die länderspezifischen Unterschiede der verschiedenen Leistungen hinsichtlich Kosten, Technologie und Preisniveau etc im vorliegenden Fall ebenso wenig als sinnvoll anzusehen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt wie terminierenden Segmenten von Mietleitungen eine Orientierung des Zugangspreises auf der Vorleistungsebene an den Kosten iSd § 42 Abs. 1 TKG 2003 als geeignetstes Regulierungsinstrument anzusehen. Mit einem kostenorientierten Zugangspreis wird sowohl verhindert, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem margin-squeeze ausgesetzt werden. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, um am Endkundenmarkt das Vorliegen gleicher Wettbewerbsbedingungen für das dominante Unternehmen und die alternativen Betreiber sicherzustellen. Gleichzeitig werden durch intensiveren Wettbewerb auf Endkundenebene die in § 1 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Regulierungsziele gefördert, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Endnutzer möglich werden. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten von Mietleitungen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand für die TA in Zusammenhang mit Kostenmodellen in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Alternativ zu der in § 42 TKG 2003 vorgesehenen Kostenorientierung der Zugangsentgelte sind im vorliegenden Zusammenhang die Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 zu betrachten, die potentiell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommen. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten.

Da durch diese Verpflichtungen die im vorliegenden Fall erforderlichen Informationen im betroffenen Markt, nämlich Preise auf Produktebene, jedoch nicht genügend transparent gemacht werden können, ist eine Kombination aus den in § 38 und § 40 TKG 2003 enthaltenen Verpflichtungen für die Festlegung des Zugangspreises nicht geeignet. Eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene wäre unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen. Die Belastung für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen wäre hierdurch weitaus größer, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen würden.

Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig; eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist demgegenüber das gelindere Mittel.

Bei der Festlegung des Entgelts für den Zugang ist einerseits sicherzustellen, dass die TA – vor allem in Bezug auf die letzten Leitungsabschnitte für die Kundenanbindung, bei denen aufgrund mangelnder Replizierbarkeit der Infrastruktur kein Markteintritt auf der Vorleistungsebene zu erwarten ist – Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat. Andererseits sollen sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Beide Ziele können dadurch erreicht werden, dass das Entgelt für Zugangsleistungen gem. Spruchpunkt 2.1.1. in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (basierend auf der Kostenrechnung der TA) festgelegt wird. Dagegen haben sich die Entgelte für die sonstigen in den Spruchpunkten 2.1.2. bis 2.1.4. angeführten Zugangsleistungen an der Höhe der Ist-Kosten zu orientieren.

Terminierende Segmente sind – aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten – großteils schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur. Da terminierende Segmente all jene Leitungsabschnitte sind, die nicht über mindestens zwei Trunk-Städte geführt werden, und nicht nur Verbindungen zum Endkunden, für die das Anschlussnetz erforderlich ist, sind im relevanten Markt auch solche Strecken enthalten, auf denen die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) möglich bzw. schon erfolgt ist. Bei terminierenden Segmenten handelt es sich sohin um ein Kontinuum an Replizierbarkeit, wobei der endkundennahe Leitungsabschnitt am schwersten oder gar nicht zu replizieren ist, während die Replizierbarkeit auf höheren Netzebenen (in Richtung der Trunk-Städte) ansteigt. Da es auf höherer Netzebene zur Bündelung von Verkehrsströmen kommt, verlieren Skalenvorteile im Vergleich zur Gesamtverkehrsmenge an Bedeutung.

Da die Replizierbarkeit in Richtung höherer Netzebenen *kontinuierlich* ansteigt, erscheint eine differenzierte Behandlung von unterschiedlichen Bereichen zum jetzigen Zeitpunkt unangebracht, da gegenwärtig große Unsicherheit darüber besteht, ab welcher Ebene eine solche Unterscheidung gerechtfertigt wäre. Vielmehr wird durch die Festsetzung des Preises für Zugangsleistungen gem. Spruchpunkt 2.1.1. in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sichergestellt, dass Infrastruktur (bis auf die Ebene von individuellen Strecken) genau dann repliziert wird, wenn der alternative Betreiber sie zumindest so effizient bereitstellen kann wie die TA, was auch im Interesse der Endkunden und gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist. Auf diese Weise wird nachhaltiger (infrastrukturbasierter) Wettbewerb dort gefördert, wo eine effiziente Replizierung von Infrastruktur möglich ist.

In Bezug auf die Frage der Einheitlichkeit von Zugangsentgelten zu terminierenden Segmenten Im Rahmen der Kostenorientierung hat die Telekom-Control-Kommission erwogen:

Grundsätzlich sind Preise, die den Kosten entsprechen, aus wirtschaftlicher Sicht einem einheitlichen Tarif vorzuziehen, da die Trennung von Preisen und Kosten zu Verzerrungen bei Konsum- und Investitionsentscheidungen führt. Bei unterschiedlichen Preisen stellt sich die Frage, welche Einheiten zu einem einheitlichen Tarif zusammengefasst werden und wo

die Grenzen der Differenzierung beginnen. Im Extremfall ist jede einzelne Verbindung entsprechend den Kosten zu tarifieren. Dies ist keinesfalls praktikabel und würde zu einer intransparenten Preisstruktur führen. Größere Aggregationsebenen wie einzelne Städte oder Haupttrouten scheinen schon wesentlich angemessener für die Erfordernisse des Marktes zu sein. Gegenwärtig differenziert TA beispielsweise Entgelte abhängig von der Lage der Enden einer Mietleitung (Städte- vs. Normaltarif).

Ein einheitlicher Tarif trotz deutlicher Kostendifferenzen in unterschiedlichen Regionen bedingt, dass jene Teilnehmer, die günstig zu versorgen wären (jeweils gemessen an den Kosten der eigenen Bereitstellung), einen höheren Preis zahlen als solche, die zu einem teuren Tarif zu versorgen wären. Wettbewerber sind daher in der Lage, in den Regionen mit geringeren Kosten in Konkurrenz zu treten und – sofern sie nicht auch in den teuren Gebieten vertreten sind – mit günstigeren Preisen als TA zu agieren.

Um die Gefahr eines margin-squeeze zu verringern, muss die Preisstruktur auf der Vorleistungsebene die Preisstruktur auf der Endkundenebene widerspiegeln. Da TA Endkundenmietleitungen derzeit bundesweit zu einheitlichen Preisen getrennt nach Städte- und Normaltarif anbietet, ist auch das kostenorientierte Entgelt in Bezug auf den Zugang zu terminierenden Segmenten einheitlich getrennt nach Städte- und Normaltarif festzulegen. Eine allfällige Preisdifferenzierung auf Endkundenebene ist auf der Vorleistungsebene nachzubilden.

Zur Frage, ob das kostenorientierte Zugangsentgelt im gegenständlichen Verfahren festgelegt, einer ex-ante-Preiskontrolle unterzogen oder im Anlassfall im Zuge eines Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission gem. § 50 TKG 2003 festgelegt werden sollte, hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Eine Vorabgenehmigung kostenorientierter Zugangsentgelte durch die Regulierungsbehörde würde mehr Transparenz am relevanten Vorleistungsmarkt schaffen, da den Marktteilnehmern Informationen über anwendbare Tarife sofort zur Verfügung stünden. Zudem könnten die Entgelte für die unterschiedlichen Zugangsformen und Annexleistungen in einem Zug festgelegt werden, was ein hohes Maß an Konsistenz ermöglichen würde. Andererseits ist die Eingriffsintensität bei einer direkten Festlegung des Zugangsentgeltes durch die Regulierungsbehörde im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens und auch bei einer Verpflichtung zur ex-ante-Genehmigung von Zugangsentgelten hoch und – vor dem Hintergrund einer eingriffschwächeren Alternative – als unverhältnismäßig zu bewerten. Eingedenk des Primats der Privatautonomie wird dem als marktmächtig identifizierten Unternehmen darüber hinaus jeglicher Preissetzungsspielraum genommen bzw. ein solcher stark eingeschränkt.

Als Alternative hierzu ist zu erwägen, ob nicht eine Überprüfung der Kostenorientierung von Zugangsentgelten (und ggf. eine behördenseitige Anordnung kostenorientierter Entgelte) subsidiär nur im Anlassfall ausreicht, falls keine privatrechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte (erheblich) von dem vorgegebenen Maßstab abweichen. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vor allem die Kontrollfunktion der Abnehmer der Leistung. Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die anderen Marktteilnehmer dafür sorgen werden, dass das marktmächtige Unternehmen die auferlegte Kostenorientierungsverpflichtung einhält bzw. korrekt umsetzt, da jedem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit offen steht, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Zugangsentgeltes dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen. Zudem kann ein Verfahren gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 von der Regulierungsbehörde in begründeten Fällen auch von Amts wegen eingeleitet werden. Vergleichbare Erfahrungen aus dem Bereich der Zusammenschaltung zeigen, dass eine ex-ante-Genehmigung von Zusammenschaltungsentgelten nicht erforderlich war.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und um die Eingriffshäufigkeit und –tiefe möglichst gering zu halten, hält die Telekom-Control-Kommission eine Verpflichtung zur Kostenorientierung bei gleichzeitiger Beschränkung der Preisregulierung auf den Anlassfall

(dh, bei Anrufung der Regulierungsbehörde gem. § 50 TKG 2003) für zweckmäßig und geboten. Kostenorientierte Entgelte für terminierende Segmente sind daher von TA als Teil ihres Standardangebots aufzunehmen.

Die Ermittlung der anerkannten Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung muss als Ableitung aus dem für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 notwendigen Kostenrechnungssystem möglich sein; dies ergibt sich schon aus der mit der Kostenorientierungsverpflichtung verbundenen Nachweispflicht des marktbeherrschenden Unternehmens gem. § 42 Abs. 2 TKG 2003. Die gemeinsame Nutzung eines einzigen Kostenrechnungssystems sowohl für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 als auch nach § 40 TKG 2003 ist für TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weniger aufwändig und daher als weniger eingriffsintensiv einzustufen als die Verwendung mehrerer verschiedener Kostenrechnungssysteme. Darüberhinaus soll durch die Verwendung eines einheitlichen Kostenrechnungssystems Konsistenz gewährleistet und Quersubventionierungen hintangehalten werden.

9.4.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer replizierbarer Infrastruktur sowie durch die Festsetzung eines kostenorientierten Zugangspreises werden zwar grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen am nachgelagerten Markt (dem Endkundenmarkt) geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu seinen Gunsten zu beeinflussen. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und die Preissetzung damit dem Unternehmen entzogen, so hat das marktmächtige Unternehmen einen Anreiz, seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen zu erhöhen. Kann das Unternehmen in Abwesenheit von Regulierung die Kosten seiner Konkurrenten am nachgelagerten Markt erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt.

In Abwesenheit von Regulierung hat das marktmächtige Unternehmen also (ökonomische) Anreize zu den oben angeführten Praktiken. Die Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung würde dazu führen, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit vom Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Bedingungen ergeben würden, zu denen der Zugang zu terminierenden Segmenten von TA gewährt würde. Nur mit der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher möglich, für alle auf den dem gegenständlichen Markt nachgelagerten Endkundenmärkten tätigen alternativen Anbieter die gleichen wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen herzustellen.

Zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung hält die Telekom-Control-Kommission deshalb eine Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 Abs. 1 TKG 2003 für erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

9.4.4. Zur auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots nach § 38 Abs. 3 TKG 2003

§ 38 Abs. 3 TKG 2003 räumt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit ein, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen

anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte inkl. Rabatte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9, 10 Zugangs-RL).

Die Möglichkeit, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Veröffentlichung eines Standardangebots zu verpflichten, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art. 9 Abs. 2, 3 Zugangs-RL); eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorab-Verpflichtungen ist deutlich gegeben. So hält auch die ERG (ERG 03-30rev. 1, S. 49) im Zusammenhang mit der Nichtdiskriminierung wie folgt fest: „*Transparency is a natural complement to this obligation...*“.

Da es sich bei terminierenden Segmenten um ein (technisch gesehen) komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung, zur Erhöhung der Transparenz für die Marktteilnehmer sowie aufgrund des unterschiedlichen Ausmaßes an insgesamt geringer nachfrageseitiger Gegenmacht die Auferlegung einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes gem. § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung insb. im Hinblick auf die in den Spruchpunkten 2.1.1. bis 2.1.4. angeführten Zugangsleistungen sowie die Festlegung entsprechender Entgelte unerlässlich.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass sich bei Nichtauferlegung der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes für einzelne Nachfrager eines Zugangs zu terminierenden Segmenten unterschiedliche Zugangsbedingungen ergeben können. Dies lässt sich angesichts der dominierenden Stellung der TA auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente nicht mit dem Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen iSd § 1 Abs. 2 Z. 2b TKG 2003 vereinbaren. Durch die Auferlegung der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes wird daher dem Regulierungsziel des § 1 Abs. 2 Z. 2b TKG 2003 entsprochen.

Das Standardangebot hat alle gängigen Bandbreiten abzudecken, alle für die Bereitstellung von terminierenden Segmenten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen zu terminierenden Segmenten und zur Koppelung von terminierenden Segmenten im Netz der TA zu enthalten und ist von der TA zu veröffentlichen. Da die Regulierungsbehörde gem. § 38 Abs. 4 TKG 2003 Änderungen des Standardangebots anordnen kann, geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die Überprüfung der auferlegten Maßnahmen (zB hinsichtlich der Preiskontrolle) durch Einsichtnahme in alle erforderlichen Unterlagen vorgenommen werden kann. Streitigkeiten über das Standardangebot sind im Bedarfsfall in einem Verfahren vor der Regulierungsbehörde gem. § 50 TKG 2003 zu klären.

Das Standardangebot sollte den Regelfall für den Zugang zu terminierenden Segmenten abdecken. Weitergehende Leistungen sollten im Einzelfall im Zusammenhang mit einer zumutbaren Nachfrage geklärt werden.

Um dem Problem von nachfrageseitigen Wechselkosten zu begegnen, sind u.a. Angaben zu Mindestvertragsdauer, Kündigungsfrist, Art der Vertragsverlängerung sowie Bedingungen der (vorzeitigen) Vertragsauflösung in das Standardangebot aufzunehmen.

Um der TA die Erstellung eines Standardangebots innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu ermöglichen, hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, TA diesbezüglich eine Frist bis zum 31.01.2005 einzuräumen. Spätestens bis zu diesem Zeitpunkt hat TA der ihr auferlegten Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes in Bezug auf den

Zugang zu terminierenden Segmenten nachzukommen. Diese Frist stellt einen Kompromiss zwischen der im Gutachten vorgesehenen Frist von zwei Monaten und den von TA geforderten sechs Monaten dar. Der von der TA geforderte Zeitraum ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission unter Berücksichtigung der Interessen des Gesamtmarktes an der Verfügbarkeit entsprechender Vorleistungen unangemessen lang; eine nähere Begründung für die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme dieses Zeitraums wurde von TA nicht vorgebracht.

9.4.5. Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Aufschlüsselung der Kosten nach § 40 TKG 2003

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

Die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen ist zur Unterstützung der Kostenorientierungsverpflichtung für Zugangsentgelte von terminierenden Segmenten von Mietleitungen notwendig (vgl. ERG 03-30, rev. 1, S. 49/50, sowie die Stellungnahme der Europäischen Kommission (2004)D/203427 v. 4.08.2004 zur Marktanalyse-Notifikation EL/2004/0078, abrufbar auf dem CIRCA-Server der Europäischen Kommission unter <http://forum.europa.eu.int/Members/irc/infso/ecctf/library?l=/ellda/registeredsnotifications&vm=detailed&sb=Title>).

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

Da die auferlegte Kostenorientierungsverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend den Märkten der TKMVO 2003 notwendig. Diese erlaubt eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene, durch welche Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen, um so höhere regulierte „kostenorientierte“ Entgelte zu „erhalten“.

Die TA hat hierzu vorgebracht, dass sich eine Gliederung der getrennten Buchführung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht mit den TA-Geschäftsbereichen decke und eine Zuordnung der relevanten Kosten auf einzelne Märkte oder Geschäftsbereiche wegen der erforderlichen Kosten- und Erlösermittlung auf Produktebene wegen des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes unverhältnismäßig und nicht zumutbar sei. Überdies sei das dzt. von TA verwendete Kostenrechnungssystem „Gamma“ nicht in der Lage, die geforderten Funktionalitäten und Informationen in der gebotenen Granularität zu liefern, eine Modifikation bedürfe des Aufwands mehrerer Mannjahre. In diesem Zusammenhang hat TA auch um eine Modifikation der Kostenkategorien ersucht. Ferner weist TA darauf hin, dass im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) sowohl eine „getrennte Buchführung bis auf Geschäftsbereiche“ als auch eine getrennte Buchführung „zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003“ vorgeschlagen wird.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Die getrennte Buchführung ist im vorliegenden Fall notwendig, um Kostenverschiebungen und unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Um die Verpflichtung zur Kostenorientierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums (insb. bei Entgeltgenehmigungsverfahren, für die gem. § 45 Abs. 1 TKG 2003 nur eine Entscheidungsfrist von acht Wochen zur Verfügung steht) überprüfen zu können, ist eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 erforderlich. Eine Gliederung etwa nach Geschäftsbereichen wäre demgegenüber ungeeignet, da diese von Veränderungen der Unternehmensstruktur betroffen sein können und die Zuordnung von Kosten zu bestimmten Produkten in zu weit gehendem Maße in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt wird. Eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 ist auch deshalb zwingend, da sich die Überprüfung der Kostenorientierung bei regulierten Entgelten nur auf Produkte erstrecken kann, die dem relevanten Markt angehören. Dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung sich auch auf aggregierte Kosten und Erlöse in Bezug auf unregulierte Märkte wie etwa Gemeinkosten für Trunk-Segmente oder Endkundenmietleitungen mit höheren Datenraten als 2.048 kbit/s erstreckt, liegt in der Natur der Sache, da ansonsten Kostenverschiebungen nicht transparent wären und die Effektivität der Regulierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht sichergestellt werden kann. Der von TA behauptete Aufwand für die Implementierung der getrennten Buchführung ist der Telekom-Control-Kommission insoweit nicht nachvollziehbar, als TA aufgrund von § 43 Abs. 3 TKG 1997 schon in der Vergangenheit zu einer rechnungsmäßigen Trennung ihrer Tätigkeiten im Telekommunikationsbereich von ihren anderen Geschäftsfeldern sowie gem. § 45 Abs. 1 TKG 1997 zum Betrieb eines Kostenrechnungssystems verpflichtet war, welches eine Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Diensteelemente sowie eine nachträgliche Überprüfung erlaubte.

Hinsichtlich der Frage, ob sich aufgrund der der Regulierungsbehörde in § 90 TKG 2003 (Informationspflichten) eingeräumte Möglichkeit zum Erhalt von Betreiberdaten die zusätzliche Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht erübrigt, ist darauf hinzuweisen, dass eine Übermittlung der notwendigen Daten für die Überprüfung des Quersubventionierungsverbotes gemäß dieser Bestimmung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichen könnte, um im Falle eines Verdachts auf unerlaubte Quersubventionierung von Produkten mit kostenorientierten Entgelten durch Erträge aus unregulierten Bereichen innerhalb eines vergleichsweise kurzen Zeitraums entsprechende Daten zu erhalten. Hier ist insbesondere auf die Problematik der Preis-Kosten-Schere durch entsprechende Endkundenangebote hinzuweisen.

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

9.4.6. Zur Nichtauferlegung einer Transparenzverpflichtung gem. § 39 TKG 2003

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

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, bzw. den (Preis-

)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003). So betrifft die Transparenzverpflichtung Informationen, die gegenüber anderen Betreibern (bzw. Nachfragern) offen zu legen sind, während die sämtlichen Betreibern von Kommunikationsnetzen oder –diensten obliegende Informationsverpflichtung iSd § 90 TKG 2003 Informationen umfasst, die gegenüber der Regulierungsbehörde bzw. dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie offen zu legen sind.

Eine Transparenzverpflichtung kann im Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen wie zB der Gleichbehandlungsverpflichtung (in Form der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots) ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren (vgl. ERG 03-30, rev. 1, S. 47 ff). Weiters ermöglicht der Einsatz der Transparenzverpflichtung ein Monitoring von (möglichem) antikompetitiven Verhalten. Im Zusammenhang mit der Effektivität dieser Verpflichtung ist jedoch festzuhalten, dass sie keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens (insb. keinen Einfluss auf den Preis) hat. Die alleinige Auferlegung einer Transparenzverpflichtung ist daher nicht geeignet, wettbewerbliche Defizite zu beseitigen (so auch ERG 03-30, rev.1, S. 48).

Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen („*accompanying obligation with and to other obligations*“, ERG 03-30, rev.1, S. 48). Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL hält fest, dass durch die Transparenz die Teilnehmer gewiss sein können, dass ein bestimmte Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, woraus wiederum geschlossen werden kann, dass die Transparenz grundsätzlich ein geeignetes Instrumentarium darstellen kann, um eine andere Verpflichtung – diesfalls die Gleichbehandlungsverpflichtung – hinsichtlich ihrer Effektivität zu unterstützen.

Während jedoch der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und –netze die Möglichkeit zur Auferlegung einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes im Kontext der Transparenzverpflichtung vorsieht (Art. 9 Abs. 2 Zugangs-RL), ordnet § 38 Abs. 3 TKG 2003 die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes der Gleichbehandlungsverpflichtung zu (zur Erforderlichkeit der Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung vgl. Pkt. 9.4.4. der rechtlichen Beurteilung). Die Markttransparenz ist mit dem veröffentlichten Standardangebot grundsätzlich gegeben. Die Regulierungsbehörde hat im Streitfall bei Zweifeln an der Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen die Möglichkeit, Daten von TA anzufordern. Eine Auferlegung weitergehender Transparenzverpflichtungen iSd § 39 TKG 2003 ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht notwendig und wäre daher nicht als verhältnismäßig anzusehen.

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

Zur Stärkung der Zusammenarbeit und der Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, um die Entwicklung des Binnenmarktes für diesen Bereich zu fördern sowie um eine konsistente Anwendung der Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zu erreichen, normiert die Rahmen-RL in ihren Artikeln 6 und 7 zwei Verfahren zur „Konsultation und Transparenz“ sowie zur „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“.

Das TKG 2003 setzt diese Verfahren zur Harmonisierung von Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden in den §§ 128 und 129 TKG 2003 um:

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 – betitelt mit „Konsultationsverfahren“ – hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der

Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 TKG 2003 nicht anderes bestimmt. § 128 Abs. 2 TKG 2003 folgend sind allfällige verfahrensrechtliche Fristen während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt. Betrifft der Entwurf eine individuelle Vollziehungsmaßnahme, die auf Antrag einer Partei in Aussicht genommen ist, ist während der für die Stellungnahme gewährten Frist ausschließlich eine Zurückziehung des Antrages zulässig. In diesem Fall ist das Verfahren einzustellen und der diesbezügliche Beschluss zu veröffentlichen (§ 128 Abs. 3 TKG 2003).

Darüber hinaus normiert § 129 TKG 2003 das „Koordinationsverfahren“: Betrifft der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird, wie etwa die Marktdefinition, eine Marktanalyse oder die Zusammenschaltung (§ 129 Abs. 1 TKG 2003), ist der Entwurf gleichzeitig mit einer Begründung der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen und die Europäische Kommission sowie die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft davon zu unterrichten.

Ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde ist als individuelle Vollziehungshandlung anzusehen und unterliegt sohin grundsätzlich den vorgenannten Verfahren.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit dem vorliegenden Bescheid vorgenommene Feststellung, dass TA auf dem Vorleistungsmarkt für „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ über beträchtliche Marktmacht verfügt und ihr daher spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 auferlegt werden, „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 haben.

Dieser „betreffende Markt“ ist primär der Vorleistungsmarkt für „Terminierende Segmente von Mietleitungen“. So ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen auf diesem Vorleistungsmarkt vorzuliegen haben. Die bescheidmäßige Feststellung im gegenständlichen Feststellungsverfahren basierend auf der aus den Ermittlungsergebnissen gezogenen Schlussfolgerung, dass TA über beträchtliche Marktmacht verfügt und sektorspezifische ex-ante-Verpflichtungen auf diesem Markt aufzuerlegen sind, hat unzweifelhaft beträchtliche Auswirkungen: so wird durch einen erleichterten Zugang anderer Kommunikationsdienstbetreiber zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen die bisherige Gleichsetzung von Endkunden- und Vorleistungsmietleitungen aufgegeben und Wettbewerb auf einem neu definierten Vorleistungsmarkt erzeugt werden. Gleichzeitig wird die Feststellung beträchtlicher Marktmacht samt Auferlegung bereichsspezifischer Verpflichtungen auf diesem Markt auf Grund der Interdependenzen von Märkten untereinander auch auf andere Märkte wie zB auf den Endkundenmietleitungsmarkt vor allem im Bereich der Mietleitungen mit geringeren Datenraten als 2.048 kbit/s eine beträchtliche Auswirkung haben.

Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass der vorliegende Beschluss auch „Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten [iSd § 129 TKG 2003] haben wird“. Erwägungsgrund 38 der Rahmen-RL hält fest, was unter Maßnahmen zu verstehen ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Demnach sind dies Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar bzw. tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird. Sie umfassen Maßnahmen, die erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben, wozu unter anderem gehören: Maßnahmen, die die Preise für die Nutzer in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen, Maßnahmen, die die Möglichkeiten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens beeinträchtigen, einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten, insbesondere Maßnahmen, die die Möglichkeit beeinträchtigen, Dienste auf länderübergreifender Basis anzubieten, sowie Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen.

Die zur Interpretation von Richtlinien heranzuziehenden Erwägungsgründe – diesfalls Erwägungsgrund 38 der Rahmen-RL – zeigen, dass die jeweilige Maßnahme bzw. Vollziehungshandlung nicht unmittelbar und tatsächlich einen Einfluss auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben muss, damit sie dem Verfahren gemäß Art. 7 Rahmen-RL bzw. § 129 TKG 2003 unterworfen werden muss, sondern dass ein mittelbarer und auch potentieller Einfluss ausreicht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Feststellung, dass TA auf dem verfahrensgegenständlichen Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt und die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gem. § 38 ff. TKG 2003 nicht auch Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben wird.

Aus den dargelegten Gründen ist der vorliegende Maßnahmenentwurf gemäß § 37 TKG 2003 als Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen.

III. Hinweis

Da ein eigenständiger Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen in der Vergangenheit nicht abgegrenzt wurde, existieren keine einschlägigen spezifischen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen wie etwa Kostenorientierungsgrundsatz, Gleichbehandlungsverpflichtung oder Preiskontrolle; eine bescheidmäßige Aufhebung derartiger Verpflichtungen durch die Telekom-Control-Kommission war daher ebenso wenig wie die Festsetzung von Übergangsfristen zu veranlassen.

Der vorliegende Maßnahmenentwurf stellt den Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003 dar.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 6.09.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Inhaltsverzeichnis

I. Spruch.....	1
II. Begründung.....	4
A. Verfahrensablauf	4
B. Festgestellter Sachverhalt	6
1. Marktabgrenzung	6
2. Zum Markt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“	6
3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren	7
3.1. Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf	7
3.2. Markteintrittsbarrieren	8
3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.....	10
3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht	10
3.5. Produktdifferenzierung	11
3.6. Entgelte	12
3.7. Sonstige Indikatoren.....	12
3.8. Internationaler Vergleich.....	13
4. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation	14
5. Wettbewerbsprobleme.....	14
5.1. Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern.....	14
5.2. Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten	15
5.3. Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte	15
6. Regulierungsinstrumente.....	15
6.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation	15
6.2. Zu den aus ökonomischer Sicht zur Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme geeigneten spezifischen Verpflichtungen	16
C. Beweiswürdigung	20
D. Rechtliche Beurteilung.....	22
1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission	22
2. Allgemeines.....	22
3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003	22

4.	Relevanter Markt.....	23
5.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht	23
4.	Zur Beurteilung der Wettbewerbssituation am Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ im Konkreten	25
4.1.	Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“	25
4.2.	Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“	26
4.3.	Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“	27
4.4.	Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“	28
4.5.	Zum Indikator „Produktdifferenzierung“	28
4.6.	Zum Indikator „Preispolitik und Preisentwicklung“	29
4.7.	Sonstige Indikatoren.....	29
4.8.	Internationaler Vergleich.....	30
5.	Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation	30
6.	Wettbewerbsprobleme.....	30
6.1.	Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern.....	31
6.2.	Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten	31
6.3.	Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte	31
7.	Regulierungsinstrumente.....	32
7.1.	Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation	32
7.2.	Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003	33
7.3.	Prinzipien für die Auswahl von Regulierungsinstrumenten	33
7.4.	Zu den auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“ konkret auferlegten spezifischen Verpflichtungen	34
8.	Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003.....	45
III.	<i>Hinweis</i>	48