

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 06.11.2006 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 12/06 einstimmig folgenden Bescheidentwurf beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 erster Satz TKG 2003 wird festgestellt, dass die Telekom Austria AG auf dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ iSd § 1 Z 13 TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

2.1. Telekom Austria AG hat gemäß § 41 TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen zu gewähren.

2.2. Telekom Austria AG hat hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, d.h. 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.

2.3. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 bis längstens 31.01.2007 ein Standardangebot betreffend die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Sämtliche Leistungen sind hinreichend entbündelt, d.h. derart aufgegliedert anzubieten, dass nur solche zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden. Dieses Standardangebot hat zumindest folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

- Detaillierte Aufgliederung der anordnungsgegenständlichen Leistungen sowie das jeweils dafür zu entrichtende Entgelt,
- Prozedere hinsichtlich Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der anordnungsgegenständlichen Leistungen inklusive wechselseitiger Pönalregelungen,
- Bestimmungen hinsichtlich Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung bzw. des Teilabschnitts (ohne vorgeschalteter Übertragungs- oder Vermittlungstechnik) bzw. des gemeinsamen Zugangs,
- Spezifikationen des physischen Zugangs zu relevanten Schnittstellen,
- Spezifikationen des physischen Zugangs zu einem Hauptverteiler,
- Spezifikationen der Übertragungssysteme und Netzverträglichkeit.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen ungebündelt maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung („Forward Looking – Long Run Average Incremental Costs“ - FL-LRAIC) anzubieten.

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

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

2.6. Telekom Austria AG hat ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen gemäß § 42 Abs. 1 S. 1 TKG 2003 möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist.

3. Die der Telekom Austria AG mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 13/03-52 vom 27.10.2004 auferlegten Verpflichtungen auf dem Vorleistungsmarkt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ werden – mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.3 – gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben. Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.3. des Bescheides M 13/03-52 wird mit 31.01.2007 gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 06.02.2006 wurde das gegenständliche Verfahren zu M 12/06 gemäß § 37 TKG 2003 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Bernd Hartl, Mag. Paul Pisjak und DI Kurt Reichinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens (in der Folge Marktanalyse-Gutachten) zur Frage beauftragt, ob auf dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. In diesem Zusammenhang waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. Ferner war durch die Gutachter das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den gegenständlichen Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) beauftragt, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Im August 2006 übermittelten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das wirtschaftliche Gutachten (ON 20).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission am 21.08.2006 den Beschluss gefasst, zunächst vorläufig davon auszugehen, dass die Telekom Austria AG (im Folgenden: „Telekom Austria“) auf dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamer Zugang zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ iSd § 1 Z 13 TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt. Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Telekom Austria gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den gegenständlichen Markt einzuräumen. Es wurde daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen (ON 20) übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen (ON 21). Die Stellungnahme langte am 12.09.2006 ein (ON 21a).

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Bernd Hartl, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines Gutachtens (in der Folge Regulierungsinstrumente-Gutachten) zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 42 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Marktanalyse-Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen. In diesem Zusammenhang war durch die Gutachter auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Im September 2006 übermittelten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente. Dieses wurde samt dem

Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*“ der Telekom Austria zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahme langte am 10.10.2006 ein (ON 25).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Marktabgrenzung des Marktes „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“

1.1. Der relevante Markt:

Der dem Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamer Zugang zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ zurechenbare vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TASL) umfasst metallene Leitungen vom Hauptverteiler (HVt) bis zum Netzabschlusspunkt beim Endkunden. Eine für den Markt relevante Entbündelungsleistung liegt auch dann vor, wenn lediglich Teilabschnitte der Teilnehmeranschlussleitung entbündelt werden. In diesen Markt fallen auch jene metallenen Teilnehmeranschlussleitungen, die Kommunikationsnetzbetreiber selbst herstellen, um Teilnehmer mittels eigener Infrastruktur an ihr Netz anzuschalten. In allen Fällen ist es unerheblich, ob diese Teilnehmeranschlussleitungen als Vorleistung für die Erbringung von Endkundenprodukten wie z.B. ADSL-Internetzugang, Sprachtelefonie oder für Vorleistungsprodukte wie z.B. Bitstream Access oder Mietleitungsdienste Verwendung finden. Für den relevanten Markt sind sohin alle metallenen Teilnehmeranschlussleitungen unabhängig von deren Nutzungsart zu erfassen, sofern sie entweder entbündelt worden sind, als selbst erbrachte Vorleistung genutzt werden, oder dem gemeinsamen Zugang (shared access) dienen. Von der Marktdefinition sind auch Eigenleistungen, das sind Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selbst zur Verfügung stellt, erfasst. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden. Kabelnetze (CATV) sind vom gegenständlichen Markt nicht umfasst.

Das Bundesgebiet ist das räumliche Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes.

1.2. Zur Verbindung des Entbündelungsmarktes mit anderen Märkten:

Der größte Teil der entbündelten Leitungen wird für Breitbandzugänge mittels verschiedener Varianten von „Digital Subscriber Line“-Technologien (kurz „xDSL“) verwendet. Schmalbandige Sprachtelefonieanschlüsse (POTS, ISDN) über entbündelte Leitungen spielen, im Gegensatz zu Voice over Broadband (VoB), eine zunehmend untergeordnete Rolle. Es besteht, ungeachtet der Tatsache, dass diese Leistungen nach der TKMVO 2003 unterschiedlichen Märkten zugehören, folgende Beziehung zwischen Entbündelung und Breitbandzugang auf Vorleistungsebene:

Als mögliche Realisierungsvarianten für breitbandige Zugänge zu Endkunden kann ein alternativer Betreiber bzw. Internet Service Provider (ISP) neben der Verwendung des Kupferanschlussnetzes der Telekom Austria im Rahmen der Entbündelung auch entweder auf selbst betriebene Zugangstechnologien wie bspw. Glasfaser (Fibre to the Home – FTTH), Powerline (über Stromverteilnetze – PLC), Funknetze (z.B. Wireless Local Area Network - W-LAN, Wireless Local Loop – WLL, Satellitenverbindungen – SAT), Fernsehkabelnetze (CATV) zurückgreifen oder Breitbandzugang als Vorleistung (Bitstreaming) zukaufen. Als „Bitstreaming“ wird ein Vorleistungs-Produkt bezeichnet, das es z.B. einem Internet Service Provider (ISP) ermöglicht, ohne eigenes Zugangsnetz breitbandige Zugangsdienste (z.B. zum Internet) anbieten zu können. Die Bereitstellung des xDSL-Equipments und zumeist auch die Verkehrsweiterleitung zu einem Netzübergabepunkt (POP – Point of Presence) erfolgt im Gegensatz zur Entbündelung durch Telekom Austria als Vorleistungsanbieter. In der Regel wird Bitstreaming

ming in Verbindung mit xDSL genannt. Telekom Austria bietet derzeit auf der Basis des Bescheides der Telekom-Control-Kommission zu M 1/05-59 vom 28.02.2006 Bitstreaming an.

Der wesentliche Unterschied der Entbündelung zu als Vorleistung zugekauftem Bitstreaming besteht darin, dass Entbündelung einer anderen Wertschöpfungsstufe angehört, als Bitstreaming. Entbündelung ermöglicht den Wettbewerb über alle Stufen der Wertschöpfungskette. Die Inanspruchnahme der Entbündelung als Vorleistung bietet daher die größtmögliche Flexibilität und Autonomie für einen alternativen Betreiber bzw. Internet Service Provider (ISP). Das gemeinsame Anbieten z.B. von Sprachtelefoniezugang (POTS/ISDN bzw. VoB) und breitbandigem Internetzugang über eine entbündelte Leitung ermöglicht dem Entbündelungspartner das Ausnutzen von Skalen- und Verbundvorteilen, das Anbieten attraktiver Produktbündel, sowie die Möglichkeit einer Produktdifferenzierung insbesondere mittels Zusatzdiensten und -leistungen. Die Entbündelung bietet somit die größtmögliche ökonomisch sinnvolle Wertschöpfungstiefe für alternative Betreiber bzw. Internet Service Provider (ISP) ohne eigene Anschlussinfrastruktur und trägt so zur Etablierung eines verstärkt von Nachhaltigkeit geprägten Wettbewerbs bei.

Entbündelung bietet damit zwar höhere Flexibilität, verlangt aber auch höhere Investitionen. So wird (in der Regel) in einem eigens beim Hauptverteiler angemieteten Kollokationsraum die Teilnehmeranschlussleitung des betreffenden Endkunden (elektrisch) mit dem Netz des Entbündelungspartners verbunden. Dieser hat dafür erhebliche Investitionen in die Adaptierung des Kollokationsraumes, die Heranführung des eigenen Netzes (Backhaul) sowie eigenes vermittlungstechnisches Equipment zu tätigen. Diese Investitionen können sich erst dann rechnen, wenn eine ausreichend große Zahl (oft als „kritische Menge“ bezeichnet) an Endkunden am betreffenden Hauptverteilerstandort (Anschlussbereich) vom Entbündelungspartner zu entbündeln ist. Demgegenüber beschränken sich die vom alternativen Betreiber bzw. ISP zu tätigen Investitionen im Fall des Breitbandzugangs auf Vorleistungsebene im Wesentlichen auf eigene Netzinfrastruktur zu zumindest einem von 9 ATM-Zugangspunkten.

Eine weitere Verbindung zwischen Entbündelung und Breitbandzugang auf Vorleistungsebene besteht darin, als dass beide – konsistente Preissetzung vorausgesetzt – komplementär zu selbsttragendem Wettbewerb beitragen können. Einerseits erleichtert Bitstreaming einem potenziellen Entbündelungspartner den Markteintritt. Mittels Bitstreaming können Kunden angeworben und serviert werden und damit bereits vor der Erschließung eines Anschlussbereiches das Investitionsrisiko gesenkt werden. Darüber hinaus kann ein Entbündelungspartner in geographischer Hinsicht sein Angebot am Endkundenmarkt vervollständigen, indem er überall dort, wo Entbündelung für ihn mangels erreichbarer kritischer Masse (noch) unrentabel wäre, Kunden mittels Bitstreaming anbinden kann und so flächendeckende Präsenz gegeben ist und flächendeckend Endkundenprodukte angeboten werden können. Bitstreaming kann so zur Stärkung von Entbündelung beitragen. Diese Komplementarität von Entbündelung und Bitstreaming zeigt sich daran, dass die größten Entbündelungspartner Inode und Tele2UTA auch die weitaus größte Anzahl an Bitstreaminganschlüssen von Telekom Austria nachfragen.

Neben der Beziehung zu Bitstreaming besteht auch eine Beziehung zwischen dem Entbündelungsmarkt und den Endkundenmärkten, die wesentlich von Parametern wie der Qualität, den Tarifen, dem Zeitpunkt der Bereitstellung und den wettbewerblichen Gegebenheiten abhängig ist. So ist etwa die mögliche technische Qualität für Endkundenprodukte direkt von der Qualität der bereitgestellten Vorleistung abhängig. Endkundertarife enthalten andererseits die auf den Vorleistungsmärkten zugekauften Leistungen als wesentliche Kostenparameter. Anbieter, die sowohl auf Vorleistungs- wie auch auf Endkundenmärkten tätig sind, haben somit grundsätzlich andere Möglichkeiten der Angebotserstellung (Integration, Entwicklung neuer Dienste etc.) als Anbieter die ausschließlich auf den Zukauf von Vorleistungsprodukten zur Erstellung von Endkundenprodukten angewiesen sind.

2. Zur Analyse des Entbündelungsmarktes:

Nachfolgend werden die für die Analyse des gegenständlichen Marktes relevanten Indikatoren festgestellt:

2.1. Marktanteile und Anbieter

Da nur Telekom Austria über ein flächendeckendes auf Kupfer-Doppeladern basierendes Anschlussnetz verfügt, ist sie der einzige wesentliche Vorleistungserbringer mit Angeboten für Dritte auf dem Entbündelungsmarkt. Zwar bieten auch weitere Anbieter Festnetzanschlüsse über Kupfer-Doppeladern an, jedoch sind diese Anschlüsse und deren Anzahl (0,005%) aus wettbewerblicher Sicht zu vernachlässigen. Faktisch kommt daher Telekom Austria – auch unter Berücksichtigung von Eigenleistungen – ein gegenüber der letzten Marktanalyse (M 13/03) unveränderter Marktanteil von nahezu 100% am Entbündelungsmarkt zu.

Das Angebot von Leistungen auf dem Markt durch Telekom Austria beruhte und beruht auf regulatorischen Verpflichtungen. Würden diese Verpflichtungen entfallen, so blieben keine Anreize zum weiteren Anbieten von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen bestehen. Telekom Austria hat zu keiner Zeit freiwillig entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen angeboten.

2.2. Nachfrager

Als Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen treten etwa 30 Unternehmen auf, wobei zwei Unternehmen bisher jeweils mehr als 50.000, sieben weitere jeweils mehr als 1.000 und die übrigen weniger als 1.000 Leitungen entbündelt haben.

2.3. Marktphase

Marktphasen können mittels der Betrachtung verschiedener Indikatoren im Zeitverlauf wie Anzahl Marktteilnehmer, Markteintritte, Marktaustritte, Gesamtumsatz, Gesamtmenge, Preise beobachtet und unterschieden werden.

Markteintritte (in Form der Errichtung von eigenen Doppeladeranschlussnetzen durch andere Betreiber als Telekom Austria) sind keine zu beobachten und in nächster Zukunft auch nicht zu erwarten. Da die Entbündelungspreise regulatorisch festgelegt sind, können aus deren Veränderung und auch aus dem davon abhängigen Gesamtumsatz keine Rückschlüsse auf die Marktphase getroffen werden.

Einzig aus der nachfrageseitig stark wachsenden Anzahl der entbündelten Leitungen (ohne Eigenleistungen) kann auf eine Wachstumsphase geschlossen werden. Die jährliche Steigerungsrate lag im Halbjahr 2006 bei rd. 67%. Dieses Wachstum ist als hoch einzustufen, findet jedoch noch auf niedrigem absolutem Niveau statt, da im ersten Quartal 2006 nur etwa 5% aller Leitungen der Telekom Austria entbündelt waren. Der Anteil der breitbandig genutzten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen nimmt laufend zu und lag im zweiten Quartal 2006 bei etwa 88%.

An 249 von insgesamt rd. 1.400 Hauptverteilern (kurz: HVt) gab es im zweiten Quartal 2006 etwa 550 Kollokationen. Mit den bereits mittels Kollokation erschlossenen Hauptverteilerstandorten ist ein hohes Potential für ein weiteres starkes Wachstum der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen gegeben, da damit potentiell bereits etwa 60% der österreichischen Haushalte erschließbar sind, wobei zwei Nachfrager bereits jeweils über 50% der Haushalte erreichen können.

Da Telekom Austria der einzige Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen in Österreich ist, kann eine Einschätzung der Marktphase nicht zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen.

2.4. Vertikale Integration

Vertikale Integration kann einem Unternehmen vor allem dann Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen, wenn es sich bei den Leistungen der Vorleistungsebene um notwendige und nicht leicht ersetzbare Inputs handelt. Diesbezüglich wird auf die Feststellungen in Punkt 2.6.3 verwiesen. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt auch wesentlich die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten, da vor allem vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene den Anreiz haben, Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen.

Telekom Austria ist (historisch bedingt) ein vollkommen vertikal integriertes Unternehmen. Im Anschlussbereich werden sämtliche Retailprodukte (Zugang Sprachtelefonie, Breitbandzugang, Mietleitungen) angeboten. Als Vorleistungsprodukt wird Breitbandzugang (xDSL Wholesale) angeboten. Telekom Austria war auch bisher regulatorisch verpflichtet, Entbündelung ihrer Teilnehmeranschlussleitungen anzubieten.

Als einziger Betreiber eines flächendeckenden Doppeladeranschlussnetzes verfügt Telekom Austria über sehr hohe Marktmacht im wirtschaftlichen Sinn. Als integrierter Anbieter hat Telekom Austria sehr hohe Marktanteile bei Festnetzzugängen für Sprachtelefonie (Privatkunden sowie Nichtprivatkunden) von jeweils über 90%. Dies indiziert Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten auf der Retailebene. Der Zugang zu entbündelten Leitungen stellt eine wichtige Voraussetzung für zahlreiche Dienste auf der Endkundenebene dar.

Durch die vertikale Integration der Telekom Austria, die sowohl auf dem Vorleistungsmarkt der Entbündelung als auch am Endkundenmarkt tätig ist, und die Vorleistungen für den Endkundenmarkt zur Gänze intern erbringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Entbündelungsmarkt auch auf die relevanten Endkundenmärkte (Zugang, Sprache, Breitband). Da Telekom Austria über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der Telekom Austria abhängig.

2.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potenziell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Konsumenten bzw. Vorleistungsnachfragern im Fall der Entbündelung (z.B. in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Kunden bzw. Vorleistungsnachfragers, der nachfrageseitigen Gegenmacht, abhängig. Diese wird dann größer sein, wenn der Kunde bzw. Vorleistungsnachfrager für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet, ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selbst erbracht werden kann.

Eine derartige nachfrageseitige Gegenmacht ist bei der Entbündelung nicht gegeben. Einerseits ist Telekom Austria der einzige Anbieter von entbündelten Leitungen und ein Wechsel zu einem anderen Anbieter somit nicht möglich. Andererseits machen die Umsätze aus der Entbündelung nur einen geringen Anteil an den Gesamtumsätzen der Telekom Austria aus. Des Weiteren kann eine entsprechende Vorleistung auf Grund der hohen Marktzutrittsbarrieren (Feststellungen in Punkt 2.6) unter wirtschaftlichen Bedingungen durch potenzielle Nachfrager kaum selbst erbracht werden.

Die Nachfrager nach entbündelten Leitungen verfügen daher über keine nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber Telekom Austria.

2.6. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

Marktzutrittsbarrieren sind jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine bzw. ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher Marktzutrittsbarrieren sind, d.h. je schwieriger der Markteintritt ist, desto höher ist potenziell auch das Ausmaß an Marktmacht des (bzw. der) etablierten Unternehmen(s). Das Vorliegen von Marktmacht kann insbesondere dort vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

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 wichtigste strukturelle Marktzutrittsbarriere auf dem Markt für Entbündelung stellen Skalenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten dar. Obwohl Skalenvorteile per se keine Marktzutrittsbarrieren darstellen, so bewirken sie doch, dass Betreiber mit einer hohen Outputmenge in den Markt eintreten müssen, um keinen Kostennachteil gegenüber den etablierten Unternehmen zu haben. Besteht nun Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die schließlich bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wieder gewonnen werden können, und beeinflussen so die Markteintrittsentscheidung. Das Risiko des Markteintritts ist umso größer, je höher der Anteil der versunkenen Kosten an den fixen Kosten und das Ausmaß an Skalenvorteilen ist. Weiters kann ein Markt nur dann als bestreitbar angesehen werden (was bedeutet, dass kein Unternehmen dauerhaft den Preis über die Kosten anheben kann), wenn es keine oder vernachlässigbare versunkene Kosten gibt. Skalenvorteile sowie versunkene Kosten am Markt für Entbündelung ergeben sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (z. B. Grabungskosten).

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte Zugangsbarriere für einen Anbieter von Entbündelungsleistungen kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten seitens der Unternehmen, die diese Entbündelungsleistungen nachfragen, entstehen. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen kann das Erreichen einer effizienten Outputmenge, bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden, beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert werden, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Anzahl der Kunden bzw. die am Markt nachgefragte Menge nicht wesentlich wächst. Dies führt wiederum zu einer Kostenasymmetrie zwischen dem etablierten Unternehmen und dem Markteinsteiger. Nachfrageseitige Wechselbarrieren am Markt für Entbündelung ergeben sich vor allem aus dem Umstand, dass mangels anderer Anbieter als Telekom Austria ein Wechsel nicht möglich ist. Aber selbst im Fall, dass neben Telekom Austria andere Anbieter von entbündelten Anschlussleitungen vorhanden wären, bestünden sehr hohe nachfrageseitige Wechselbarrieren, da der Entbündelungspartner hohe versunkene Investitionen hinsichtlich des jeweiligen Anbieters zu tätigen hätte. So sind etwa die Investitionskosten für Kollokationsstandorte sowie die Anbindung an die eigene Netzinfrastruktur (Backhaul) mit versunkenen Kosten seitens des Entbündelungspartners verbunden.

Eine strukturell bedingte Zugangsbarriere für Anschlussnetzbetreiber sowie für Anbieter von Entbündelung liegt auch im Fall von Kapitalmarktasymmetrien vor. Aufgrund geringerer Größe und höherer Unsicherheit hinsichtlich zukünftiger Ertragskraft haben (kleinere) Markteinsteiger oft einen wesentlich eingeschränkteren Zugang zu finanziellen Ressourcen als das etablierte Unternehmen. Dies wird gerade dann zu einer Marktzutrittsbarriere werden, wenn aufgrund von Skalen- und Verbundvorteilen hohe Anfangsinvestitionen für den Markteintritt erforderlich sind. Kleinere Markteinsteiger können das für umfangreiche Investitionen notwendige Kapital entweder überhaupt nicht aufbringen oder aber müssten gegebenenfalls hohe Zinsen dafür zahlen, was zu einer Kostenasymmetrie zwischen etablierten Unternehmen und dem Markteinsteiger führen würde. Der Zugang zu Finanzmitteln kann auch im Zusammenhang mit strategischem Verhalten des potentiell marktmächtigen Unternehmens eine wesentliche Rolle spielen. So ist die Verdrängungsstrategie „predatory pricing“ eher

erfolgreich, wenn das betreffende Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten über einen besseren Zugang zu finanziellen Mitteln verfügt.

Telekom Austria notiert an der Wiener Börse und der New York Stock Exchange und ist am österreichischen Telekommunikationsmarkt der bei weitem größte Festnetzbetreiber, hat jedoch keine große (ausländische, kapitalstarke) Muttergesellschaft im Hintergrund. Gegenüber den beiden größten Entbündelungspartnern, die beide Teil internationaler Konzerne sind, ist hinsichtlich des Zugangs zu Finanzmitteln kein Ungleichgewicht zugunsten von Telekom Austria gegeben. Mangels anderer Anbieter am Entbündelungsmarkt kann die Verdrängungsstrategie „predatory pricing“ auf dem Markt selbst nicht greifen, sondern allenfalls auf nachgelagerten Märkten. Da nur Telekom Austria auf dem Entbündelungsmarkt als Anbieter auftritt, kann der Zugang zu Finanzmitteln als Indikator nicht weiter zur Ermittlung von Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt beitragen.

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.

Als rechtliche Marktzutrittsbarrieren am Markt für Entbündelung könnte die für die Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen erforderliche Allgemeingenehmigung sowie Barrieren im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten betrachtet werden. Da die Erlangung der Allgemeingenehmigung lediglich mit einem geringen administrativen Aufwand und – im Vergleich zum Aufwand für die Infrastrukturerrichtung – vernachlässigbaren Kosten verbunden ist, stellt sie keine Marktzutrittsbarriere dar. Dies folgt auch aus der generell hohen Anzahl an aufrechten Allgemeingenehmigungen im Vergleich zu den aktiven Betreibern. Barrieren in Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus Reglementierungen der erforderlichen Aufgrabungsarbeiten durch die 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.

Marktzutrittsbarrieren können auch aus dem Verhalten eines Unternehmens resultieren. So kann ein Unternehmen mit Marktmacht auf einem Markt versuchen, diese Marktmacht auf einen anderen, horizontal oder vertikal verbundenen Markt zu übertragen. Weiters kann ein Unternehmen mit Marktmacht versuchen, den gegenständlichen Markt gegen Marktzutritte zu verteidigen (entry deterrence). Die wichtigsten Praktiken in diesem Zusammenhang sind einerseits vertikale Marktmachtübertragung, d.h. von einem Vorleistungsmarkt auf einen nachgelagerten Markt, durch Verweigerung des Zugangs zu notwendiger, nicht leicht duplizierbarer Infrastruktur, durch margin-squeeze, durch Diskriminierung mittels anderer Parameter wie Qualität, Produktcharakteristika, Verzögerungstaktiken, u.ä. Andererseits sind horizontale Marktmachtübertragung durch Quersubventionierung oder Bündelung, sowie entry deterrence durch predatory pricing, Erhöhung von nachfrageseitigen Wechselkosten, exklusive Verträge oder Überinvestitionen möglich.

Vertikale Marktmachtübertragung vom gegenständlichen Markt ist beispielsweise auf die Märkte für Sprachtelefoniefestnetzzugänge (Märkte nach § 1 Z 1 und 2 TKMVO 2003) nicht nur auf Grund vertikaler Integration zu beobachten. Auf den genannten Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten hat Telekom Austria einen Umsatzmarktanteil bei Privatkunden von jeweils über 90%.

Bei der Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren sind weiters auch dynamische Aspekte wie z.B. der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. In den nächsten ein bis zwei Jahren

sind keine technologischen Veränderungen zu erwarten, die Skalenvorteile und versunkene Kosten auf Grund von Leitungsverlegungen entscheidend verringern könnten.

2.6.1. Hohe versunkene Kosten

Netzindustrien, und zwar Netzinfrastruktur im Allgemeinen und Anschlussnetze im Speziellen sind durch hohe „sunk costs“ gekennzeichnet, wobei als „sunk costs“ jene fixen Kosten bezeichnet werden, die, einmal eingetreten, durch keine Art von Entscheidungen mehr beeinflusst werden können. Wesentliche Investitionen fallen dabei in Form von Grabungsarbeiten und Wiederherstellung der Oberfläche an und sind auch bei einer Stilllegung nicht wieder verwendbar und damit nicht weiterveräußerbar. Ebenso ist es kaum sinnvoll, bei einer Stilllegung oder Kapazitätsreduktion bereits verlegte Kabel wieder auszugraben. Allenfalls ganze Netze oder eigenständige Teilnetze sind weiterverkaufbar. Da diese Situation jedoch sehr spezifisch ist, wird ein Marktpreis dafür nicht zu ermitteln sein. Als potenzieller Käufer käme nur ein Mitbewerber in Frage und dieser wäre auch nur maximal bereit, einen solchen Preis zu bezahlen, der dem Gegenwert der diskontierten Erlöse entspricht. Hinsichtlich einer solchen Investitionsentscheidung stellt sich die Frage, warum nicht auch für den bisherigen Eigentümer des Netzes ein gewinnbringendes Fortführen der Geschäfte möglich sein sollte. Trifft dies nicht zu, d.h. es zeigt sich, dass eine Stilllegung vorteilhafter ist, so wird auch sonst niemand einen die versunkenen Investitionen deckenden Preis dafür zu bezahlen bereit sein.

Eben dieser Umstand der hohen sunk costs in Netzinfrastruktur stellt für einen potenziellen Investor ein großes Risiko dar, das mit einer höheren Rendite abzugelten ist. Für einen Investor, der die Investition bereits getätigt hat, bedeuten die hohen sunk costs, dass er über einen möglichst langen Zeitraum möglichst hohe Deckungsbeiträge erzielen will, auch wenn eine neuerliche Investitionsentscheidung negativ ausfallen würde. Dies führt in einer Situation von (vergrabenen) Überkapazitäten dazu, dass dieser Betreiber auch Preise anbietet, die unter den (historischen) Vollkosten zu liegen kommen. Ein Marktzutritt von neuen Betreibern wird damit unattraktiv bzw. verunmöglicht, etablierte Betreiber werden Erweiterungsinvestitionen unterlassen und für Erneuerungsinvestitionen gelten strengere Kriterien hinsichtlich der damit verbundenen Kostenersparnis. Netzindustrien unterscheiden sich diesbezüglich somit nicht wesentlich von anderen Industrien, in denen Überkapazitäten vorhanden sind, nur dass auf Grund der hohen sunk costs und der langen (technischen) Lebensdauer dieser Investitionen der Konzentrationsprozess erheblich länger dauert.

2.6.2. Natürliches Monopol im Anschlussnetz

Natürliche Monopole treten dort auf, wo die langfristige Durchschnittskostenkurve ihr Minimum bei einer so hohen Outputmenge hat, dass ein wesentlicher Anteil oder die gesamte Marktnachfrage damit abgedeckt werden müsste und somit keine zwei Anbieter langfristig sinnvoll nebeneinander bestehen können. Die „minimale effiziente Größe“ (MES – Minimum Efficient Scale) eines Unternehmens, die technologiebedingt ist, ist dabei relativ groß bezogen auf die Marktnachfrage. Ein natürliches Monopol setzt sich also dann durch, wenn die Produktionskosten bei jeder Ausbringungsmenge innerhalb des relevanten Bereichs subadditiv sind. Häufig werden (öffentliche) Versorgungsunternehmen wie beispielsweise Erdgas- oder gerade Telekommunikationsgesellschaften, die von hohen Fixkosten und geringen Grenzkosten gekennzeichnet sind, als Beispiel für ein natürliches Monopol angeführt.

Im Zugangsnetz stellen die Grabungskosten, die im Wesentlichen von der Besiedlungsdichte (und zu einem Teil auch von der Oberflächenbeschaffenheit) abhängen, den überwiegenden Kostenanteil. Solange es kostengünstiger ist, Teilnehmer in das bestehende Anschlussnetz zu integrieren, als sie separat zu versorgen, bestehen unausgeschöpfte Bündelungsvorteile aufgrund von „Nachbarschaftseffekten“, die durch die Besiedlungsdichte bestimmt sind. Daran würde auch eine dynamische Betrachtung nichts ändern. Es liegt eine Situation vor, in der die bestehende Nachfrage nach Anschlussleistung in einem geografisch abgegrenzten Gebiet am kostengünstigsten von nur einem einzigen Netzbetreiber bedient werden kann, da eben eine hohe Subadditivität der Kosten vorliegt. Die vorhandenen Kapazitäten im Anschlussnetz der Telekom Austria bergen hinsichtlich der zeitlichen Auslastung und hin-

sichtlich der breitbandigen Nutzbarmachung durch xDSL-Technologien (und deren zukünftigen Weiterentwicklungen) noch hohe Reserven. Der Marktzutritt eines weiteren, identischen Anschlussnetzbetreibers würde zu einer Duplizierung der Fixkosten des Netzaufbaus führen. Die Kapazität würde auch langfristig doppelt vorliegen und daher nicht mehr kostenoptimal bzw. effizient sein. Beim Anschlussnetz handelt es sich somit um ein – regional begrenztes – natürliches Monopol.

Der Anschlussnetzmonopolist verfügt auch über netzspezifische Marktmacht, da trotz einer Verletzung der Bedingungen für die Beständigkeit eines natürlichen Monopols – etwa durch ineffiziente Faktorkombination oder interne Subventionierungen – der unmittelbare Marktzutritt eines potentiellen Marktneulings nicht erfolgt. Die sunk costs verursachen eine Asymmetrie zwischen dem etablierten Netzbetreiber und dem potentiellen Mitbewerber, die der Etablierte strategisch zur Abschreckung von Marktzutritt nutzen kann. Da er sich (seinen eigenen) hohen sunk costs gegenüber sieht, sind diese – da nicht mehr beeinflussbar und damit nicht mehr entscheidungsrelevant – für eine (nicht regulierte) Preissetzung unbedeutend und er wird den Mitbewerber mit dem Preis solange unterbieten, bis seine (längerfristige) Preisuntergrenze der reversiblen Durchschnittskosten erreicht ist. Diese Überlegungen folgen dem Ansatz der „Stufenweisen Grenzkostenrechnung“, die in Abhängigkeit vom Betrachtungshorizont die Abbaubarkeit von Fixkosten bei der Ermittlung des Deckungsbeitrages berücksichtigt. Da ein positiver Deckungsbeitrag zumindest kurz- bis mittelfristig – für das Fernhalten von Konkurrenz jedenfalls ausreichend lange – die Preisuntergrenze darstellt, kann ein potenzieller Mitbewerber antizipieren, dass es ihm damit nicht möglich sein wird, die vollen Durchschnittskosten und damit die zu tätigen Investitionen zurückzuerzielen.

Derzeit in Österreich vorhandene feste Telekommunikationsanschlussnetze beschränken sich im Wesentlichen entweder auf jenes der Telekom Austria oder auf Kabelfernsehnetze (CATV), die durch Umrüsten des Netzes auf Rückkanalfähigkeit die Möglichkeit haben, mit Telekommunikationsdienstleistungen Economies of Scope zu nutzen. Nach der TKMVO 2003 sind derartige Kabelnetze (CATV) jedoch vom gegenständlichen Markt nicht umfasst (Punkt 1.1 der Feststellungen).

2.6.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur liegt vor, 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 Unternehmen – bei Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht – Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Telekom Austria ist ein vollkommen vertikal integriertes Unternehmen, verfügt als einziger Netzbetreiber in Österreich über ein flächendeckendes Doppeladeranschlussnetz und ist somit das einzige Unternehmen, das Zugangsleistungen landesweit anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die über kein eigenes Anschlussnetz verfügen, oder Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von entbündelten Leitungen der Telekom Austria als Vorleistung abhängig.

2.6.4. Zusammenfassung:

Die Errichtung von Netzinfrastruktur ist mit hohen versunkenen Kosten verbunden. Darüber hinaus ist bei Anschlussnetzen generell eine hohe Subadditivität der Kosten gegeben. Somit sind hohe strukturelle Marktzutrittsbarrieren gegeben und potentieller Wettbewerb kann sich auch in absehbarer Zukunft auf dem Entbündelungsmarkt nicht entfalten. Beim Entbündelungsmarkt handelt es sich um keinen bestreitbaren Markt, es kann daher vom Vorliegen eines dauerhaften natürlichen Monopols ausgegangen werden.

Im Falle des Doppeladeranschlussnetzes, das Gegenstand des Entbündelungsmarktes ist, verfügt Telekom Austria demnach über die Kontrolle über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, bei gleichzeitiger Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht.

2.7. Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

Verfügt ein vertikal integriertes Unternehmen über Marktmacht bei einem notwendigen Vorleistungsprodukt, so kann angenommen werden, dass es diese Marktmacht insofern ausnützt, als es anderen Unternehmen dieses Vorleistungsprodukt überhaupt nicht oder nur zu überhöhten Preisen, d.h. zu Preisen, die signifikant über den Kosten liegen, zur Verfügung stellt. Sollte dies aus irgendeinem Grund nicht möglich sein, hat das Unternehmen Anreize, andere Unternehmen von den Endkundenmärkten zu verdrängen. Dies kann entweder durch *margin-squeeze* Praktiken oder durch Verzögerungen bei der Bereitstellung der Leistung, Bereitstellung schlechterer Qualität, Verweigerung des Zugangs zu Informationen, unangemessene Vertragsbedingungen oder andere nichtpreislichen Maßnahmen erfolgen. Das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt kann damit die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, den Preis am Endkundenmarkt anheben und so seine Gewinne erhöhen. Gleichzeitig gehen die Marktanteile der Konkurrenten zurück bzw. werden diese vollständig vom Markt verdrängt.

Ein vertikal integriertes marktmächtiges Unternehmen, das eine notwendige Vorleistung für seine Mitbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe erbringt, hat auch verschiedene Möglichkeiten der Wettbewerbsbehinderung (*foreclosure* – Marktabschottung, Ausgrenzung) auf dieser nachgelagerten Wertschöpfungsstufe. Um dies zu tun, bedarf es eines Anreizes, d.h. es muss dem Unternehmen möglich sein, mit der Verdrängung seiner Konkurrenten beispielsweise vom Retailmarkt seine eigenen Gewinne zu steigern. Herrscht auf dem nachgelagerten Markt perfekter Wettbewerb, wird ein Monopolist auf der Vorleistungsebene dann keinen Anreiz zu *foreclosure* haben, wenn er über seine Preissetzung auf der Wholesaleebene den Profit der Retailebene abschöpfen und damit seinen Gewinn maximieren kann. Ist diese Voraussetzung, dass sämtliche Profite des Retailmarktes durch den Vorleistungsmonopolisten abgeschöpft werden können, jedoch nicht erfüllt, so gibt es grundsätzlich Anreize zu *foreclosure*: Hat das marktmächtige Unternehmen einer regulatorischen Auflage zu Folge kostenorientierten Zugang zu gewähren (wie bei der Entbündelung), so hat es nicht mehr die Möglichkeit, Profite des Retailmarktes abzuschöpfen. Statt dessen tritt der Anreiz auf, die Kosten der Mitbewerber zu erhöhen. Dies kann über Einflussnahme auf Qualitätsparameter oder Produktcharakteristika erfolgen. Das marktmächtige Unternehmen kann damit seine Profite sowohl über seinen Marktanteil am Retailmarkt als auch über den dort herrschenden Endkundenpreis steigern und sogar in der Lage sein, den Endkundenmarkt zu (re-)monopolisieren.

Aber auch ohne Regulierung könnten Anreize zu *foreclosure* auftreten, wenn ein Monopolist am Vorleistungsmarkt potentiellen Wettbewerb auf der Wholesaleebene erwartet. Dies kann dann der Fall sein, wenn das auf der Retailebene in den Markt eintretende Unternehmen (später) vertikal rückwärts integrieren könnte und dann selbst auf dem Vorleistungsmarkt tätig wird, wenn nach Erreichen einer kritischen Kundenzahl das Risiko von versunkenen Kosten in Investitionen reduziert wurde. Wenn ein alternativer Anbieter auf der Vorleistungsebene tätig ist, so hat das marktmächtige Unternehmen Anreize, einen *margin squeeze* zu bewirken. Die Nachfrage der Vorleistungskunden nach Zugangsleistungen beim alternativen Anbieter verringert den Gewinn des etablierten Betreibers. Entsprechend niedriges Setzen des Retailpreises durch das marktmächtige Unternehmen kann bewirken, dass Mitbewerber auf der Endkundenebene ihre Kosten (inkl. jener des Vorleistungsproduktes) nicht mehr decken können. Die Konsequenz wäre ein *foreclosure* sowohl am Retail- als auch am Wholesalemarkt, solange der alternative Zugangsanbieter nicht den Preis des etablierten Betreibers dauerhaft unterschreiten kann. Im Fall von Entbündelung ist dieses Verhalten jedoch von untergeordneter Bedeutung, da es sich hier wie festgestellt (Punkt 2.6.2) um ein natürliches Monopol handelt.

Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten kann neben foreclosure (vertikale Marktmachtübertragung) auch horizontale Marktmachtübertragung durch Bündelung oder Quersubventionierung darstellen, die ebenso die Stärkung der eigenen Wettbewerbsposition zu Lasten der Mitbewerber zum Ziel hat.

Für die Beurteilung der Wettbewerbssituation am Entbündelungsmarkt bei Abwesenheit von Regulierung ist insbesondere der Anreiz von Telekom Austria relevant, über die grundsätzliche Verweigerung der Entbündelung möglichen Wettbewerb auf allen nachgelagerten Märkten über die gesamte Wertschöpfungskette zu verhindern. Alternative Betreiber haben mit Entbündelung einen höheren Grad an Autonomie und Flexibilität und könnten bei hinreichender Entbündelung Telekom Austria mit eigenen Produkten, insbesondere auf den nachgelagerten Endkundenmärkten, unter Druck setzen. Telekom Austria hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen und damit Umsätze zu verlieren, noch dazu, damit auch (Vorleistungs-)Umsätze auf höherer Wertschöpfung bei Telekom Austria, wie etwa aus Originierung, Terminierung oder Grundentgelten, verloren gehen können. Es besteht somit ein Anreiz zu antikompetitivem Verhalten von Telekom Austria gegenüber den Wettbewerbern insbesondere auf der Retailebene. Entbündelung wurde von Telekom Austria auch nie freiwillig angeboten.

Ist die Verweigerung der Zugangsleistung auf Grund regulatorisch angeordneter Zugangsverpflichtung nicht möglich, so besteht für Telekom Austria grundsätzlich der Anreiz, Mitbewerber mittels überhöhter Preise von der Nutzung der durch die Entbündelung gegebenen Möglichkeiten fernzuhalten bzw. diese zu behindern (Excessive Pricing). Ein solcherart motiviertes Excessive Pricing könnte bei Mitbewerbern eine höhere Kostenstruktur bewirken – mit der Folge dass diese ihre Produkte wegen der Gefahr eines margin squeeze nicht mehr kostendeckend vermarkten könnten.

Im Fall, dass die Preise wegen der dargestellten Anreize kostenorientiert angeordnet werden, bleibt Telekom Austria noch die Möglichkeit mittels nichtpreislicher Parameter Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Dies kann beispielsweise durch Verzögerung der Leistungsbereitstellung erfolgen, Verweigerung bzw. überhöhte Preise bei essentiellen Zusatzleistungen (z.B. Kollokation), durch Bereitstellung der Vorleistung mit schlechterer Qualität, oder auch durch (einseitiges) Festlegen von (technischen) Normen und Standards, deren Umsetzung für Mitbewerber nicht geeignet bzw. nur zu hohen Kosten umzusetzen sind.

Es bestehen daher für Telekom Austria Anreize, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu praktizieren. Gäbe es die Entbündelung nicht als regulatorische Verpflichtung (also unter Anwendung des „Greenfield-Approach“), würde sich dies aufgrund bestehender Anreize in den folgenden Ausprägungsformen manifestieren: Verweigerung der Entbündelung, Verlangen überhöhter Preise, Beeinflussung nichtpreislicher Parameter wie Qualität und Leistungsbereitstellungsfristen. Für Telekom Austria bestehen somit Anreize, kein Vorleistungsprodukt bzw. ein solches nur zu diskriminierenden Bedingungen anzubieten.

2.8. Weitere Indikatoren

Die der Marktstruktur zuordenbaren Indikatoren haben, soweit sie nicht oben festgestellt wurden, für den Entbündelungsmarkt insofern keine Relevanz, als Entbündelung als Vorleistungsprodukt regulatorisch angeordnet wurde und Telekom Austria somit als einziger Anbieter von entbündelten Leitungen auftritt. Auch bezüglich der Eigenleistungen ist zu erwähnen, dass Telekom Austria der einzige Betreiber eines Doppeladeranschlussnetzes ist. Der Marktanteil von Telekom Austria auf dem Entbündelungsmarkt beträgt somit nahezu 100%.

Die Ermittlung von Konzentrationsmaßen (z.B. HHI) erübrigt sich somit. Auch die Ermittlung eines Price-Cost-Margin ist hinfällig, da die Entbündelungspreise regulatorisch auf Basis von Kostenorientierung angeordnet wurden. Vergleiche mit anderen Anbietern scheitern mangels entsprechend vergleichbarer Angebote.

Weitere den Rahmenbedingungen zuordenbare Indikatoren wie Normen und Standards sowie Markttransparenz haben ebenfalls für den Entbündelungsmarkt keine besondere Bedeutung, da Entbündelung als Vorleistungsprodukt regulatorisch angeordnet wurde und diese Anordnungen die wesentlichen die Leistungsbeziehung betreffenden Regelungen enthalten. Diese umfassen neben den Preisen auch Regelungen technischer und abwicklungstechnischer Natur. Darüber hinaus ist Telekom Austria zum Zweck der Transparenz auch zur Leistung eines Standardentbündelungsangebots verpflichtet.

Das Preissetzungsverhalten (Spielraum für Preissetzung, weitgehende Unabhängigkeit von Mitbewerbern), Werbung und Vertrieb aber auch Investitionstätigkeit können Anhaltspunkte dafür liefern, wie ein Unternehmen versucht, sich gegenüber seinen Mitbewerbern zu positionieren. Je größer der Handlungsspielraum eines einzelnen Unternehmens dabei ist und je größer die Wirkung solcher Maßnahmen ausfällt, desto eher kann vermutet werden, dass das Unternehmen über eine (gewisse) Marktmacht verfügt. Da es sich bei der Entbündelung jedoch um ein regulatorisch angeordnetes Vorleistungsprodukt handelt, kommen die oben genannten Punkte nicht in Betracht. Die Preise sind kostenorientiert festgelegt, ein Preissetzungsverhalten seitens Telekom Austria ist daher nicht beobachtbar. Ebenso wird das Vorleistungsprodukt auch nicht beworben und die Vertriebsstrukturen scheinen sich auch nicht von jenen anderer Vorleistungsprodukte zu unterscheiden. Die Investitionstätigkeit spielt zwar für das Erhalten eines funktionierenden Doppeladeranschlussnetzes eine wichtige Rolle, jedoch kann für den gegenständlichen Markt daraus kein Verhalten abgeleitet werden, das eine Stärkung bzw. Beibehaltung der eigenen Marktmacht zum Ziel hat.

Bedeutung hätten die genannten Indikatoren (insbesondere Preise, und nichtpreisliche Parameter) lediglich bei Fehlen entsprechender regulatorischer Verpflichtungen, da dann eben die Möglichkeit und die Anreize bestünden, Wettbewerber auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen durch Verweigerung der Entbündelung, über Preispolitik bzw. durch entsprechende Ausgestaltung nichtpreislicher Parameter zu behindern.

2.9. Ergebnis der Wettbewerbsanalyse am Entbündelungsmarkt

Die Telekom-Control-Kommission stellt, den obigen Ausführungen folgend, daher Folgendes fest:

Infrastrukturwettbewerb ist für Doppeladeranschlussnetze nicht gegeben. Telekom Austria ist der einzige Anbieter entbündelter Leitungen bzw. auch der einzige Betreiber eines solchen Netzes. Infrastrukturwettbewerb ist auch in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten, da im Anschlussnetzbereich weitgehend die Gegebenheiten eines natürlichen Monopols vorliegen.

Bei der Entbündelung handelt es sich um eine regulatorische Maßnahme, die Telekom Austria dazu verpflichtet, Teilnehmeranschlussleitungen für den Zugang zum Endkunden alternativen Netzbetreibern und gegebenenfalls auch Internet Service Providern entgeltlich zur Verfügung zu stellen. Der gegenständliche Vorleistungsmarkt der Entbündelung ist erst durch diese regulatorische Verpflichtung entstanden. Für die Beurteilung von Marktmacht am Entbündelungsmarkt sind folgende Indikatoren von Bedeutung:

Marktanteile: Nur Telekom Austria bietet entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen in nennenswertem Ausmaß an. Sie hat damit einen Marktanteil am Entbündelungsmarkt von nahezu 100%. Es herrscht kein Wettbewerb auf diesem Markt. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Entbündelung hätte Telekom Austria keine Anreize, Entbündelung anzubieten. Selbst wenn Telekom Austria diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge wegen des zugrunde liegenden natürlichen Monopols des Anschlussnetzes kein selbsttragender Wettbewerb vor.

Marktzutrittsbarrieren: Hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen auf Grund hoher sunk costs und der Subadditivität der Kosten im Anschlussnetz. Es handelt sich um keinen bestreitbaren Markt. Im Festnetzanschlussbereich sind in absehbarer Zukunft keine wesentlichen Neue-

rungen zu erwarten. Die Marktzutrittsbarrieren bleiben daher auch zukünftig sehr hoch und es ist somit kein selbsttragender Wettbewerb zu erwarten.

Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur: Durch die vertikale Integration der Telekom Austria, die sowohl auf dem Vorleistungsmarkt der Entbündelung als auch am Endkundenmarkt für Zugangsleistungen tätig ist, und die Vorleistungen für den Endkundenmarkt zur Gänze intern erbringt, überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Entbündelungsmarkt auch auf den Endkundenmarkt. Da Telekom Austria über das einzige flächendeckende Anschlussnetz verfügt, ist sie das einzige Unternehmen, das österreichweit anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der Telekom Austria abhängig. Es bestehen klare Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten.

Telekom Austria hat daher im wirtschaftlichen Sinn eine hohe und beständige Marktmacht am gegenständlichen Markt. Die Entwicklung in Richtung effektiven Wettbewerbes auf diesem Markt ist auf absehbare Zeit in erster Linie wegen der Besonderheit des Anschlussnetzes als natürliches Monopol selbst unter Berücksichtigung möglicher technologischer Alternativen nicht zu erwarten. Telekom Austria hat keinen Anreiz, Entbündelung freiwillig als solche bzw. zu diskriminierungsfreien Bedingungen anzubieten. Folgende Wettbewerbsprobleme können daher auftreten:

- **Zugangsverweigerung:**
Alternative Betreiber haben mit Entbündelung einen höheren Grad an Autonomie und Flexibilität und könnten bei hinreichender Entbündelung Telekom Austria mit eigenen Produkten insbesondere auf den nachgelagerten Endkundenmärkten, unter Druck setzen. Telekom Austria hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen und damit Umsätze zu verlieren.
- **Excessive Pricing:**
Ist die Verweigerung der Zugangsleistung nicht möglich, so besteht für Telekom Austria der Anreiz, Mitbewerber mittels überhöhter (nicht regulierter) Preise (Exzessive Pricing) von der Nutzung der durch die Entbündelung gegebenen Möglichkeiten (flexible Endkundenangebote) fernzuhalten bzw. zu behindern. Ein solcherart motiviertes Exzessive Pricing könnte bei Mitbewerbern eine höhere Kostenstruktur bewirken – mit der Folge dass diese ihre Produkte nicht mehr kostendeckend vermarkten könnten (Gefahr eines margin squeeze).
- **Nicht preisliche Parameter:**
Weiters besteht für Telekom Austria auch die Möglichkeit mittels nichtpreislicher Parameter Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Dies kann beispielsweise durch Verzögerung der Leistungsbereitstellung erfolgen, Verweigerung bzw. überhöhte Preise bei essentiellen Zusatzleistungen (z.B. Kollokation), durch Bereitstellung der Vorleistung in schlechterer Qualität, oder auch durch (einseitiges) Festlegen von (technischen) Normen und Standards, deren Umsetzung für Mitbewerber nicht geeignet bzw. nur zu hohen Kosten umzusetzen sind.

3. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

3.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) folgende vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten.

3.1.1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen

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

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

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

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

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

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

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

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

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung

eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

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

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

3.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden

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

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

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

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

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

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

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

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

Basierend auf diesen Prinzipien erfolgt nun im Weiteren die Auswahl geeigneter Regulierungsinstrumente.

3.2. Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Markt

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und die identifizierten Wettbewerbsprobleme) Prinzip 2 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden*) und nicht Prinzip 3 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden*) anzuwenden. Die zugrunde liegende Infrastruktur zum Teilnehmer ist kaum replizierbar, die Sinnhaftigkeit einer Duplizierung ist überdies volkswirtschaftlich fraglich, sodass der Einsatz der Regulierungsinstrumente vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen fokussiert.

In Folge wird festgestellt, welche der nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente geeignet sind, die Auswirkungen des identifizierten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

3.3. Auswahl und Bewertung der Regulierungsoptionen für den Entbündelungsmarkt

Ausgangspunkt für die Feststellung angemessener Regulierungsinstrumente sind die festgestellten Wettbewerbsprobleme der Zugangsverweigerung, des Excessive Pricing und der wettbewerbsbehindernden Gestaltung nicht preislicher Parameter.

3.3.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003

3.3.1.1. Zweck

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu entbündelten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (Prinzip 2).

3.3.1.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt behoben werden. Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen kann die Marktzutrittsbarrieren auf den Endkundenmärkten wesentlich reduzieren und so für bereits erfolgte bzw. zusätzliche Markteintritte und somit erhöhten Wettbewerb sorgen.

Da es sich bei dem flächendeckenden Doppeladeranschlussnetz der Telekom Austria um eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt, ist folgende Zugangsverpflichtung notwendig und das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu ermöglichen:

Der Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich gemeinsamer Zugang (Shared Use) und Teilabschnitten (Teilentbündelung) und dafür notwendiger Annex-Leistungen (z.B. Kollokation etc.) ist auf zumutbare Nachfrage zu ermöglichen. Die Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewährt ist, haben sich dabei (insbesondere hinsichtlich technischer und abwicklungstechnischer Punkte, aber auch betreffend Bereitstellungsfristen und Pönalen) an der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission zu orientieren, d.h. insbesondere an den Inhalten der nach wie vor aktuellen Entbündelungsanordnungen (Z 15/00-150 vom 14.11.2005 sowie Z 7/04-111 vom 23.01.2006) bzw. an den Inhalten des Standardangebotes, wie es von der Telekom Austria entsprechend der ihr auferlegten Verpflichtung am 29.11.2005 veröffentlicht wurde. Diese damit verbundene prinzipielle Kontinuität der wesentlichen die Entbündelung bestimmenden Faktoren ist für die Planungssicherheit der Entbündelungspartner und damit gegebenenfalls für den Erfolg der Entbündelung entscheidend. Die Bedingungen, zu denen Entbündelung zu gewährt ist, müssen jedenfalls zumindest den Anforderungen entsprechen, die in Anhang II der RL 2002/19/EG enthalten sind.

Darüber hinaus ist vorzusehen, dass die Bedingungen, zu denen entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen an Entbündelungspartner überlassen werden, auch die „Principles of implementation and best practice regarding LLU“ (PIBs) der IRG betreffend Entbündelung, insbesondere hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Informationen und Zugang zu bzw. Errichtung von Informationssystemen, Service Level Vereinbarungen inklusive Fristen (z.B. für Bereitstellung, Fehlerbehebung etc.) sowie Maßzahlen über die Zielerreichung (Key Performance Indicators – KPI), Zuteilungsregeln bei Knappheit von Kollokationsflächen, Nachweispflichten betreffend Nichtverfügbarkeit von Kollokationsflächen sowie Anschalteileisten am Hauptverteiler, im Interesse einer europaweiten Harmonisierung berücksichtigen.

Die Zugangsverpflichtung ist zur Lösung bzw. Minderung des identifizierten Wettbewerbsproblems der Zugangsverweigerung geeignet, da sie Zugang zu Vorleistungen sicherstellt, deren Replikation technisch nicht durchführbar und/oder wirtschaftlich ineffizient ist.

3.3.1.3. *Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten*

Alternativ zu einer Verpflichtung der Gewährung von Zugang nach § 41 TKG 2003 ist die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 in Erwägung zu ziehen. Diese Verpflichtung besagt, dass ein Unternehmen Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen bereitzustellen hat wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Diese Bestimmung deckt den Aspekt des Missbrauchs mittels nicht-preislicher Praktiken ab. Dennoch kann die Gleichbehandlungsverpflichtung im Falle der Entbündelung nicht als gleichwertig zur Zugangsverpflichtung betrachtet werden, weil erstens die Verpflichtung nur sehr abstrakt auferlegt werden kann und zweitens Zugangsformen für Dritte, die das Unternehmen sich selbst nicht anbietet, von der Gleichbehandlung nicht umfasst werden. Darüber hinaus wäre die Auferlegung der Gleichbehandlung nicht als gelinderes Mittel zu betrachten, weil die Intensität der Auflagen nicht geringer sein könnte, wenn die gleiche Effektivität der Regulierung erreicht werden soll. Auf die Begründung zur Gleichbehandlungsverpflichtung wird verwiesen.

3.3.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003

3.3.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert einerseits direkt, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht missbrauchen kann, um exzessive Preise zu setzen. Kann kein Markteintritt auf der Vorleistungsebene erwartet werden (nichtreplizierbare Infrastruktur), so ist andererseits sicherzustellen, dass Telekom Austria auch Anreize zu effizienter Produktion sowie Anreize zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat. Wie festgestellt, handelt es sich am Entbündelungsmarkt großteils um schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur.

3.3.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Es ist bei der Festlegung des Zugangspreises für Entbündelungs- und Annexeistungen sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria Anreize zu effizienter Produktion sowie Anreize zur Erhaltung und gegebenenfalls Verbesserung des Anschlussnetzes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für effiziente Investitionen in eigene komplementäre Infrastruktur (z.B. Übertragungstechnik, Vermittlungstechnik, Anbindung an das eigene Backbonenetz) bzw. auch in alternative Technologien gegenübersehen.

Diese Ziele können dadurch erreicht werden, dass der Zugangspreis in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgelegt wird. Das Prinzip der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht dem (schon bisher angewendeten) Ansatz der Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs (FL-LRAIC). Die Berücksichtigung von Fixkosten des Anschlussnetzes in Form von Abschreibungsgegenwerten ist als Anreiz für eine effiziente Erhaltung und gegebenenfalls Verbesserung des Anschlussnetzes geeignet.

Grundsätzlich wären Preise, die den Kosten entsprechen 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, ob Einheiten zu einem einheitlichen Tarif zusammengefasst werden und wo die Grenzen der Differenzierung beginnen, wobei im Extremfall jede einzelne Teilnehmeranschlussleitung entsprechend den jeweils anfallenden Kosten zu tarifieren wäre. Dies ist jedoch nicht praktikabel und würde zu einer intransparenten Preisstruktur und hohen Transaktionskosten führen. Allenfalls wären größere Aggregationsebenen wie einzelne Anschlussbereiche denkbar. 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 über den Kosten liegenden Preis zahlen, während jene Teilnehmeranschlussleitungen, deren Kosten über dem Preis liegen, diese Kosten nicht decken. Wettbewerber wären bei uneinheitlichen Tarifen 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 Telekom Austria zu agieren. Andererseits können uneinheitliche Tarife dazu führen, dass in Gebieten mit hohen Kosten (typischerweise ländliche Gebiete) Leitungen nicht entbündelt werden und der Wettbewerb ausbleibt. Um die Gefahr eines margin-squeeze zu verringern, muss daher die Preisstruktur auf der Wholesale-Ebene die Preisstruktur auf der Retail-Ebene widerspiegeln. Insoweit als Telekom Austria die Entgelte ihrer Endkundenzugangsprodukte (z.B. Anschluss Sprachtelefonie) österreichweit einheitlich gestaltet, sind auch jene Entgelte, die im Rahmen der Überlassung von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zur Verrechnung gelangen, ebenfalls einheitlich zu gestalten.

3.3.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Verglichen zu anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zur Leistungsbereitstellung zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Daher ist im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob andere, gelindere Instrumente bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen entfalten können. Als Alternative zur Entgeltkontrolle in der Ausprägung Kostenorientierung ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflich-

tung auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Zwar wäre es denkbar, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese die Produktebene betreffende Maßnahme unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen und die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen sind. Die Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung ist also im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht das geeignetere Mittel, um das Problem exzessiver Preise zu lösen. Die Entgeltkontrolle nach dem Maßstab der FL-LRAIC stellt daher trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive Instrument zur Bekämpfung des identifizierten Wettbewerbsproblems des Excessive Pricing dar.

3.3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

3.3.3.1. Zweck

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Weiters kann die Gleichbehandlungsverpflichtung verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen Marktmacht auf andere Märkte überträgt. Um die Gleichbehandlungsverpflichtung zu unterstützen, ist es aus ökonomischer Sicht angebracht, das Unternehmen zu verpflichten, ein Standardentbündelungsangebot (SEA) zu veröffentlichen.

3.3.3.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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 auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen oder ihren Absatz einzuschränken.

Telekom Austria hat wie festgestellt (Punkt 2.9) einen Anreiz zu den oben angeführten Praktiken der Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38) erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht. Telekom Austria hat sämtliche Leistungen, Konditionen und Informationen, die mit der Entbündelung in Zusammenhang stehen zu nicht schlechteren Bedingungen, zu keiner schlechteren Qualität und zu keinem höheren Preis Entbündelungspartnern zu gewähren, wie sie diese sich auch selbst bzw. allfällig verbundenen Unternehmen zur Verfügung stellt.

Da es sich bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen um ein (technisch gesehen) komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung (auch) der Gleichbehandlungsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich. Dieses hat sämtliche Leistungen, Konditionen und Informationen, die mit der Entbündelung in Zusammenhang stehen, zumindest in dem bisherigen Umfang des veröffentlichten Standardentbündelungsangebots („RUO 2005“) zu enthalten und ist von Telekom Austria zu veröffentlichen. Sämtliche Leistungen sind hinreichend entbündelt anzubie-

ten, somit derart aufgegliedert zu gestalten, dass ein Entbündelungspartner nur solche zu bezahlen hat, die er auch tatsächlich benötigt. Die Veröffentlichung des Standardangebots ist erforderlich, um Informationsasymmetrien zwischen bereits am gegenständlichen Markt aktiven Entbündelungspartnern zu verhindern, bzw. um das Entstehen von Markteintrittsbarrieren für neu in den Markt eintreten wollende Anbieter zu verhindern. Durch die Verringerung von Markteintrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt wird der Eintritt neuer Anbieter gefördert, wodurch dem Regulierungsziel des § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 der Sicherstellung, bzw. Förderung, größtmöglicher Auswahl bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten in Bezug auf die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs entsprochen wird. Auf die diesbezüglich korrespondierenden Feststellungen zur Zugangsverpflichtung (Punkt 3.3.1.2) wird verwiesen.

3.3.3.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Die Gleichbehandlungsverpflichtung inklusive Standardangebot stellt die einzige effektive Möglichkeit der Verhinderung von Marktmachtausübung mittels der festgestellten nicht-preislichen Praktiken dar und ist daher neben der Entgeltkontrolle und Zugangsverpflichtung notwendig und verhältnismäßig.

3.3.4. Transparenzverpflichtung:

Ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kann auch im Fall der Auferlegung einer Gleichbehandlungsverpflichtung einen Anreiz zu diskriminierendem Verhalten haben, wenn dieses Verhalten entweder unentdeckt bleibt oder spät entdeckt wird oder wenn die Durchsetzung des diskriminierungsfreien Verhaltens eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, sodass zwischenzeitlich mittels diskriminierender Praktiken und Strategien (Verzögerungen bei Herstellungen und Entstörungen, mangelhafte Qualität, umfangreiche bilaterale Verfahren bei (behaupteter) fehlender Möglichkeit zur Leistungserbringung, intransparente Rechnungen etc.) die Kosten alternativer Anbieter erhöht werden und damit *foreclosure* betrieben und so der Wettbewerb behindert wird.

Um die effektive Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung unter solchen Bedingungen gewährleisten zu können, ist eine Transparenzverpflichtung nach § 39 TKG 2003 erforderlich, um gegebenenfalls kurzfristig Maßnahmen zur Überprüfung der Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung durch amtswegiges Einleiten eines Verfahrens nach § 91 TKG 2003 setzen zu können. Zu diesem Zweck sind die bereits in der Vergangenheit auf Grund von Reportingverpflichtungen von Telekom Austria regelmäßig gelieferten Daten nicht ausreichend, sondern zusätzlich die in Spruchpunkt 2.7 genannten monatlichen Datenlieferungen erforderlich.

Alternativ käme aus ökonomischer Sicht auch eine deutliche Erhöhung der von Telekom Austria bei Nichteinhaltung von Fristen zu zahlenden Pönalen in Frage. Die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung bezüglich der im Spruch genannten Punkte ist jedoch mit geringeren Eingriffen in die Rechtssphäre der Telekom Austria verbunden, scheint gemeinsam mit den bereits bestehenden Pönalen langfristig geeigneter, Diskriminierungspraktiken zu verhindern und entspricht daher dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit.

3.3.5. Getrennte Buchführung

3.3.5.1. Zweck

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.

3.3.5.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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 zudem eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest bis auf Ebene der Märkte der TKMVO 2003 notwendig. Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene ist erforderlich, um Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent machen zu können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Nur durch getrennte Buchführung ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden.

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

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

Da Telekom Austria bisher auch auf anderen Märkten (Originierung, Terminierung, terminierende Segmente, Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s) über Marktmacht verfügte bzw. voraussichtlich weiter verfügen wird und auch dort das Instrument der getrennten Buchführung in der Vergangenheit in gleicher Weise auferlegt wurde bzw. zukünftig weiterhin auferlegt werden könnte, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen, insbesondere da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf dem vorliegenden Markt gering sind (und erhebliche Synergien bestehen).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines:

Die Feststellungen zum Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren, ergeben sich aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen im Marktanalyse-Gutachten (ON 20). Die aus ökonomischer Sicht geeigneten Regulierungsinstrumente ergeben sich aus dem ebenfalls schlüssigen und nachvollziehbaren Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 23) der Amtssachverständigen.

Die sonstigen Feststellungen gründen auf den jeweils in Klammern angegebenen Quellen. Diese den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens übermittelt.

2. Zum Vorbringen der Telekom Austria zum Marktanalyse-Gutachten und zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:

Telekom Austria kritisiert in ihrer Stellungnahme vom 16.6.2004 (ON 28) die getroffene Marktabgrenzung insbesondere im Hinblick auf die im gegenständlichen Markt nicht inkludierten technischen Realisierungsvarianten wie CaTV, FTTH und WiMax sowie im Hinblick auf eine angenommene Substitution durch Mobilfunkanschlüsse. Diesbezüglich ist wie folgt auszuführen:

Zur sachlichen Abgrenzung des relevanten Marktes im Bereich des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts ist auf die gemeinschaftsrechtlichen sektorspezifischen Vorgaben zu verweisen, deren Umsetzung § 36 Abs. 1 TKG 2003 dient. Durch § 36 Abs. 1 TKG 2003 wird die Bestimmung des Art. 15 Abs. 1 der RahmenRL in österreichisches Recht umgesetzt. Die Europäische Kommission verfolgt mit der erlassenen „Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“ (ABl L 114/45 vom 8.5.2003) ebenfalls den Ansatz der Legaldefinition der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte.

Dem europaweiten Prinzip der normativen Vorgabe des relevanten Marktes mittels Legaldefinition ist der österreichische Gesetzgeber mit § 36 Abs. 1 TKG 2003 in Umsetzung des Art. 15 Abs. 1 der Rahmen-RL gefolgt. Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission bei der Durchführung der Verfahren zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht an die Marktdefinitionen der TKMVO 2003 gebunden. Im Zuge der Erlassung bzw. Überprüfung der relevanten Märkte wurden von der zuständigen RTR-GmbH keine ausreichenden Substitutionsbeziehungen gefunden, um die von Telekom Austria genannten alternativen Zugangstechnologien in denselben Markt einzubeziehen, wie die marktgegenständlichen Leistungen. Der von der RTR-GmbH definierte Markt für „Entbündelten Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 TKMVO 2003 ist daher Grundlage für dieses Verfahren zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht.

Soweit Telekom Austria weiters die Richtigstellung von Daten (Punkt 2.2) fordert, wird darauf hingewiesen, dass sich diese geforderten Adaptierungen in so marginalem Ausmaß – lediglich einige wenige von insgesamt mehr als 160.000 entbündelten Doppeladern – bewegen bzw. lediglich Firmennamen betreffen, sodass daraus keine Unschlüssigkeit des Gutachtens resultieren kann und auch kein Zweifel an der Datenbasis der Amtssachverständigen begründet wird.

Bei ihren Ausführungen in Punkt 3 ihrer Stellungnahme geht Telekom Austria wiederum von Substitutionseffekten zwischen entbündelbaren CuDA und anderen Technologien, und damit erkennbar von einer anderen Marktdefinition – Telekom Austria spricht selbst von einem „Gesamtmarkt an Zugängen“ – aus, als die zu berücksichtigende TKMVO 2003. Auf die soeben gemachten Ausführungen wird verwiesen.

Bei ihren Ausführungen in Punkt 4.1 zum identifizierten Wettbewerbsproblem des Anreizes zum „Foreclosure“ mittels nichtpreislicher Parameter sowie in Punkt 4.2 zum Wettbewerbsproblem des „Excessive Pricing“ übersieht Telekom Austria, dass nach dem anzuwendenden „Green-Field-Ansatz“ gerade die (theoretische) Situation ohne Regulierung zu beurteilen war. Wenn Telekom Austria daher ausführt, dass keine „Foreclosure“-Strategien mittels nichtpreislicher Parameter bzw. „keinerlei Anzeichen für „excessive pricing“ ... festzustellen“ waren, ist zu entgegnen, dass daraus, selbst wenn diese Annahme zutreffend wäre, keine Aussage über die auf Grund der untersuchten Marktstruktur gegebenen Anreize gemacht werden kann. Nicht nachvollziehbar ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch die Aussage, dass die bestehenden Prozessabläufe diesbezügliche Probleme unmöglich machen sollten, da die tatsächliche Übereinstimmung mit definierten Abläufen nicht gegeben sein muss.

Die unter dem Punkt 5. „Anforderungen an Entbündelungspartner“ genannten Regelungen betreffend Entbündelung könnten nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in einem allfälligen Verfahren nach § 50 TKG 2003 thematisiert werden, nicht aber in einem gegen Telekom Austria wegen deren festgestellter beträchtlicher Marktmacht erlassenen Bescheid nach § 37 TKG 2003.

In einem weiteren Schriftsatz vom 10.10.2006 nimmt Telekom Austria auch zum Gutachten über die Regulierungsinstrumente Stellung, wobei eingangs (Punkt 2.1) wiederum die Marktdefinition in Zweifel gezogen wird. Diesbezüglich wird auf die soeben gemachten Ausführungen verwiesen.

Ausführlich nimmt Telekom Austria weiters (Punkt 2.2) zu den im Gutachten vorgeschlagenen „Änderungen des Standardentbündlungsangebots (RUO)“ Stellung. Diesbezüglich wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Punkte D.7.2.1.2 und D.7.2.3.1 der Begründung des gegenständlichen Bescheides verwiesen, wo ausführlich begründet wird, warum derzeit keine Verpflichtung der Telekom Austria besteht, die thematisierten Regelungen – ungeachtet der Tatsache, dass sie von der Zugangsverpflichtung der Telekom Austria umfasst sind – in das Standardentbündlungsangebot aufzunehmen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass auch Telekom Austria die grundsätzliche Sinnhaftigkeit derartiger Regelungen bzw. Präzisierungen zugesteht und auch ankündigt, das RUO in bestimmten Bereichen adaptieren zu wollen.

Zum Vorbringen betreffend die angeordnete Transparenzverpflichtung wird auf Punkt D.7.2.4 der Begründung des gegenständlichen Bescheides verwiesen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

2. Allgemeines

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

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinition – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung.

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

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – 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

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

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

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 bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH, der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005, („TKMVO 2003“) festgelegt. Der für das gegenständliche Verfahren relevante Markt ist in § 1 Z 13 TKMVO 2003 als „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ definiert.

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.).

Grundsätzlich regelt das TKG 2003 auch die Analyse des möglichen Vorliegens einer gemeinsamen Marktbeherrschung, bei der zwei oder mehreren Unternehmen 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 (Abs. 3 leg. cit.). Da der gegenständliche Markt jedoch auf Grund der festgestellten Marktstruktur keine derartigen Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist, kann es nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung kommen. Diese ist daher nicht weiter zu prüfen.

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).

§ 35 TKG 2003 deckt sich mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („*Rahmenrichtlinie*“, Abl. L 108/33 vom 24.04.2002) fest, dass ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, „*wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten*“.

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „*beträchtlicher Marktmacht*“ iSd § 35 TKG 2003 und „*effektivem Wettbewerb*“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „*Gleichsetzungsthese*“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (ABl. C 165/6 vom 11.07.2002; Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt

kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „*wirksamer Wettbewerb*“ dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Green-Field-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: *„Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“* (Rz. 70, 71).

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

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am gegenständlichen Markt

Eine wesentliche Zielsetzung der Regulierung ist die Schaffung von Wettbewerb, insbesondere auf den Endkundenmärkten, da die Kunden dann von Wettbewerbspreisen und einer erhöhten Angebotsvielfalt profitieren. Ist kein Wettbewerb am Endkundenmarkt gegeben, sind regulatorische Maßnahmen zur Lösung des Wettbewerbsproblems zu ergreifen. Diese können beispielsweise Verpflichtungen beinhalten, anderen Anbietern entsprechende Vorleistungsprodukte zu diskriminierungsfreien Bedingungen anbieten zu müssen.

Vor dem Hintergrund des § 37 Abs. 1 TKG 2003 wie auch gemäß Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie ergibt sich eine von der Regulierungsbehörde heranzuziehende dynamische Betrachtungsweise. Demgemäß sollte die Untersuchung der tatsächlichen Wettbewerbssituation auch die Frage umfassen, „... ob der Markt potentiell wettbewerbsorientiert ist und somit ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist“. Liegt also kein effektiver Wettbewerb vor, so ist die Frage zu klären, ob der Markt eventuell im Zeitverlauf von selbst in Richtung effektiven Wettbewerb tendiert. Stützt sich der vorgefundene effektive Wettbewerb auf Regulierung bspw. auf der Vorleistungsebene, so kann nicht von selbsttragendem infrastrukturbasierten Wettbewerb gesprochen werden. Stellt man jedoch auf selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb ab, so ist in diesem Zusammenhang (v.a. auf Vorleistungsmärkten) auch das Ausmaß und die Entwicklung der Infrastrukturinvestitionen zu betrachten. Die Regulierungsbehörde hat daher den voraussehbaren oder zumindest wahrscheinlichen Veränderungen am jeweils gegenständlichen Markt im Rahmen ihrer zu treffenden Prognosebeurteilung Rechnung zu tragen.

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

Angemerkt wird darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Abschnitt 3.1. der SMP-Leitlinien). Den diesbezüglichen Ausführungen der TA in ihrer Stellungnahme (ON 32, S 4, „Fazit - Verhältnismäßigkeit der Regulierungsaufgaben) konnte daher von der Telekom-Control-Kommission bei der jeweiligen Entscheidung über die aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente nicht gefolgt werden. TA selbst führt in ON 32 auf S 4 aus, dass es es sich bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt um „theoretische, denkmögliche Wettbewerbsprobleme [...] handelt, denen somit präventiv mit tatsächlichen Regulierungsaufgaben zu begegnen ist.“

Infrastrukturwettbewerb ist im Fall von (entbündelungsfähigen) Doppeladeranschlussnetzen nach den Feststellungen nicht zu beobachten. Wie diese Feststellungen zeigen, ist Telekom Austria der einzige Anbieter entbündelter Leitungen bzw. auch der einzige Betreiber eines solchen Netzes. Ein solcher Infrastrukturwettbewerb ist auch in (absehbarer) Zukunft nicht zu erwarten, da die Gegebenheiten eines natürlichen Monopols vorliegen. Die Entbündelung ermöglicht es jedoch durch die hohe Wertschöpfungstiefe, z.B. aufgrund der zu tätigen Infrastrukturinvestitionen von alternativen Anbietern, der Zielvorstellung eines Infrastrukturwettbewerbs (§ 1 Abs. 2 Zi. 2 lit. c TKG 2003) nahe zu kommen.

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

Die Eingrenzung der Untersuchung der Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur auf Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 35 Abs. 2 TKG 2003 ergibt sich aus dem beinahe 100%igen Marktanteil der Telekom Austria.

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

Für die Beurteilung von Marktmacht am Entbündelungsmarkt sind nach den Feststellungen (Punkt B.2) folgende Indikatoren von Bedeutung:

6.1.1. Marktanteile

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

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unter-

nehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Auf dem untersuchten Markt bietet nur Telekom Austria entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen in nennenswertem Ausmaß an. Sie hat damit (auch unter Berücksichtigung von Eigenleistungen) einen Marktanteil am Entbündelungsmarkt von faktisch 100%. Es herrscht somit kein Wettbewerb. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Entbündelung hätte Telekom Austria keine Anreize, Entbündelung anzubieten. Selbst wenn Telekom Austria diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge wegen des zugrunde liegenden natürlichen Monopols des Anschlussnetzes kein selbsttragender Wettbewerb vor. Diese überragende Stellung der Telekom Austria auf dem untersuchten Markt und damit ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht daher nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht deutlich für einen marktbeherrschende Stellung der Telekom Austria.

6.1.2. Marktphase

Sowohl die Kriterien für eine alleinige als auch die für eine gemeinsame beträchtliche Marktmacht (§§ 35 Abs. 2 Z 5, Abs. 4 Z 5 TKG 2003) nennen die „jeweilige Marktphase“ als einen weiteren Marktmachtindikator. Mit diesem Indikator wird die dynamische Marktentwicklung in die Untersuchung miteinbezogen. Dabei gibt die Kenntnis über die jeweilige Marktphase Aufschluss über eine Dauerhaftigkeit von Strukturmerkmalen.

Da Telekom Austria der einzige Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen in Österreich ist und dazu regulatorisch verpflichtet war und ist, kann die Marktphase nach den Feststellungen (Punkt B.2.3) nicht zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist dieser Indikator daher nicht aussagekräftig in Bezug auf das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 TKG 2003.

6.1.3. Vertikale Integration

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Unter diesem Begriff wird verstanden, dass ein Unternehmer nicht nur auf dem gegenständlichen Markt, sondern auch auf einem weiteren (vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten) Markt tätig ist. Die wettbewerbliche Problematik kann sich dahingehend manifestieren, dass ein Unternehmen, das auf beiden Märkten tätig ist, aufgrund der Verflechtung beider Märkte Anreize dafür hat, Wettbewerbern auf den benachbarten Märkten den Zugang zu diesen Märkten zu verschließen oder andere wettbewerbsbeschränkende Praktiken, bspw. eine Preis-Kosten-Schere (margin squeeze) herbeizuführen.

Durch die in Punkt B.2.4 festgestellte vertikale Integration der Telekom Austria, die sowohl auf dem Vorleistungsmarkt der Entbündelung als auch am Endkundenmarkt für Zugangsleistungen tätig ist, und die Vorleistungen für den Endkundenmarkt zur Gänze intern erbringt, überträgt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Entbündelungsmarkt auch auf die Endkundenmärkte. Da die TA über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Dienste an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der TA abhängig. Dieser Marktmachtindikator spricht daher ebenfalls für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

6.1.4. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Durch die in Punkt B.2.4 festgestellte vertikale Integration der Telekom Austria, die sowohl auf dem Vorleistungsmarkt der Entbündelung als auch am Endkundenmarkt für Zugangsleistungen tätig ist, und die Vorleistungen für den Endkundenmarkt zur Gänze intern erbringt,

überträgt sich die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Entbündelungsmarkt auch auf den Endkundenmarkt. Da Telekom Austria über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit anbieten kann, ohne von Vorleistungen Dritter abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der Telekom Austria abhängig. Es bestehen klare Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten.

Andere Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potenziell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen „Mitkonkurrenten“ auf dem betroffenen Markt abstellen, wie auch jene, die auf (potenzielle) Substitute von (potenziellen) Konkurrenten wie Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung abstellen, lassen keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf dem Entbündelungsmarkt zu.

6.1.5. Marktzutrittsbarrieren

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der Leitlinien nennen ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

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

Hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen auf Grund hoher Sunk Cost und der Subadditivität der Kosten im Anschlussnetz. Es handelt sich somit um keinen bestreitbaren Markt. Im Festnetzanschlussbereich sind in absehbarer Zukunft keine wesentlichen Neuerungen (technologisch revolutionäre Durchbrüche) zu erwarten. Die Marktzutrittsbarrieren bleiben daher auch zukünftig sehr hoch.

Auch dieser Indikator spricht daher für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

6.1.6. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab. Exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren.

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist. Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben. Aus den Marktverhaltens-Indikatoren lassen sich jedoch keine direkten Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da das Verhalten der Telekom Austria auf dem Markt bereits bisher der Regulierung unterlag. Damit rückt eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller wettbewerblicher Verhältnisse. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu

beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass „*bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung*“. Angemerkt wird darüber hinaus, dass „*die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen*“ (Fn. 73 der Leitlinien).

Nach den Feststellungen (Punkt B.2.7) bestehen für Telekom Austria Anreize, mittels nicht-preislicher Parameter, beispielsweise durch Verzögerung der Leistungsbereitstellung, Verweigerung bzw. überhöhte Preise bei essentiellen Zusatzleistungen (z.B. Kollokation), sowie durch Bereitstellung der Vorleistung nur in schlechterer Qualität, Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Der Tatbestand des § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 ist daher erfüllt. Der gegenständlich betrachtete Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Verfahrenspartei.

Die weiteren Indikatoren zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht wie „Normen und Standards“ sowie Markttransparenz sowie die Marktmachtindikatoren gemäß § 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003 (Vorhandensein technologischen Vorsprungs), gemäß § 35 Abs. 2 Z 7 (allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation) sowie gemäß § 35 Abs. 2 Z 10 (Ausmaß der Produktdifferenzierung) können aufgrund der Tatsache, dass die Entbündelung zu regulierten Entgelten samt Veröffentlichung eines Standardangebots derzeit eine regulatorische Verpflichtung darstellt, nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht weiter zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen.

6.1.7. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am gegenständlichen Markt zeigen, dass auf diesem kein Wettbewerb besteht. Als wesentlicher Faktor, der diese Marktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt die nachfrageseitige Verhandlungsmacht. Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird auch im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung angeführt (§ 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003). Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Wettbewerbern, Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Die in Punkt B.2.5 festgestellte Analyse der Gegenmacht zeigt jedoch, dass Telekom Austria nicht durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt werden kann. Für die Wettbewerbsbeurteilung lässt sich zusammengefasst festhalten, dass die anderen Betreiber in einem unregulierten Umfeld auf Telekom Austria keine substantiell preisdisciplinierende nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die Monopolpreise oder exzessive Preise verhindert.

Aufgrund dieser Überlegungen gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist und auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht, sondern vielmehr die in Punkt B.2.9 festgestellten potenziellen Wettbewerbsprobleme der Zugangsverweigerung, des Excessive Pricing und der Behinderung von Wettbewerb durch nicht-preisliche Parameter bestehen.

Da die Analyse des gegenständlichen Marktes ergeben hat, dass Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt, war hinsichtlich Spruchpunkt 1 spruchgemäß zu entscheiden.

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

7.1. Allgemeines

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

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

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

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

Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind.

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.3.1 verwiesen. Zusammengefasst wurden folgende Prinzipien identifiziert:

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen
2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden
3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden
4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) und nicht Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden, da die Infrastruktur zum Teilnehmer nicht sinnvoll replizierbar ist. Der Einsatz der Regulierungsinstrumente ist daher vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen auszurichten.

Grundsätzlich sollen bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben zunächst die Instrumente identifiziert werden, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen. Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen des festgestellten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

7.2.1. Zur auferlegten Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003

7.2.1.1. Allgemeines:

Nach § 41 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht konkrete Verpflichtungen auferlegt werden, wobei folgende dieser Verpflichtungen im Hinblick auf die Entbündelung der TASL erforderlich sind:

Z. 1: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Z. 3: bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Z. 4: Führung von

Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Z. 5: Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Z. 6: Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Z. 8: Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs („denial of access“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung zu spezifizieren.

Eine Zugangsverpflichtung stellt ein aus ökonomischer Sicht wirksames Instrument dar, um die generelle Verweigerung des Zugangs zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern. Eine Zugangsverpflichtung bekämpft das identifizierte Wettbewerbsproblem des „Foreclosure“, das heißt der Marktabschottung bzw. Ausgrenzung der Wettbewerber von der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe (ON 24). Eine Zugangsverpflichtung stellt sohin eine Vorabverpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv, ist, ein wettbewerbliches Defizit zu beseitigen.

Die im Punkt 2.1. des Spruches auferlegte Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 dient dazu, dem Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte abzuweichen.

7.2.1.2. Inhaltliche Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung - Zusammenhang mit dem zu veröfflichenden Standardangebot:

Grundsätzlich besteht eine in der Praxis im Großen und Ganzen bewährte, funktionierende Regelung für die Entbündelung, die wie festgestellt, auf den Bescheiden Z 15/00-150, Z 7/04-111 der Telekom-Control-Kommission beruht. Wie auch die Amtssachverständigen im Gutachten darstellen, sollte diese Basis auch aus ökonomischen Gründen nicht grundsätzlich geändert werden. Die Gutachter haben jedoch auf Grund von Gesprächen mit Marktteilnehmern und anderen Informationen aus dem Markt einige Problembereiche identifiziert, bei denen von einigen Nachfragern nach Entbündelungsleistungen Verbesserungsbedarf der Regelungen gesehen wird.

Die Amtssachverständigen stellen folgende Punkte als potenzielle Problembereiche dar:

- Im Zusammenhang mit der Miete für Kollokationsräume sei detailliert festzuhalten, welche Leistungen mit der monatlichen Miete abgegolten sind. Es sei zu gewährleisten, dass keine Leistungen durch den Entbündelungspartner mehrfach bezahlt werden, sei es über die monatliche Miete, Errichtungskosten bzw. Adaptionskosten für Kollokation, Baukostenzuschüsse oder Entgelte aus sonstigen Titeln. Für eine im Rahmen des Standardangebotes zu spezifizierende Mindestausstattung sei über die Kollokationsmiete hinaus kein zusätzliches Entgelt bzw. Kostenbeitrag zu verrechnen. Um die erbrachten und zu bezahlenden Leistungen auch nachvollziehen zu können, seien von Telekom Austria detaillierte Rechnungen zu legen, die je angefallener und verrechneter Arbeit (Tätigkeiten, für die Personalkosten anfallen) und je verwendeten und verrechneten Materials genaue Mengenaufschlüsselungen und Einheitswerte enthalten. Als Nachweis dafür seien den Rechnungen für eine zweifelsfreie Nachvollziehbarkeit geeignete Unterlagen (für Material z.B. Ausführungspläne, Stücklisten, Massenermittlung, Materialscheine etc.; für Arbeit z.B. Stundenaufzeichnungen, Arbeitspläne, Rückmeldescheine etc.) beizulegen.
- Um für Nachfrager nach entbündelten Leitungen Transaktionskosten zu reduzieren, sei es zweckdienlich Prozesse effizienter zu gestalten und schneller abzuwickeln. Es seien daher seitens Telekom Austria elektronische Schnittstellen (Web-Interface) für die Bestellabwicklung (Kollokation und Leitungen) als auch für die Störungsabwicklung bereit-

zustellen. Solche Schnittstellen sind „state of the art“ und werden von Telekom Austria sowohl für Vorleistungsprodukte für Mietleitungen als für Bitstream bereitgestellt. Auch wurde eine solche Schnittstelle von Telekom Austria schon seit langem in Aussicht gestellt. Die Telekom-Control-Kommission weist diesbezüglich insbesondere darauf hin, dass Telekom Austria zuletzt auch im Schriftsatz vom 10.10.2006, ON 25, ausführt, dass auch seitens Telekom Austria Interesse daran bestehe, „klare Abläufe, Prozesse und elektronische Schnittstellen zu schaffen.“ Die derzeit praktizierte Umsetzung sei nach den weiteren Ausführungen im Gutachten umständlich, mache den Prozess schwerfällig und langsam und sei in dauerhaften Geschäftsbeziehungen nicht mehr zeitgemäß. Die elektronischen Schnittstellen (Web-Interface) sollten dem Entbündelungspartner eindeutige Informationen über den aktuellen Status der Abwicklung (inkl. div. geplanter Termine zumindest 3 Tage im Vorhinein z.B. betreffend Herstellung, Durchschaltung etc.), bieten sowie genau spezifizierte Rückmeldungen seitens Telekom Austria über die erfolgte Umsetzung einschließen. Wenn eine Umsetzung nicht erfolgt sei, habe die Statusabfrage die dafür ursächlichen Gründe zu nennen, sowie gegebenenfalls erforderliche Aktionen anzuführen, die seitens des Entbündelungspartners zur positiven Abwicklung gesetzt werden müssen.

- Für eine über die normalen Bedingungen hinausgehende (verbesserte, beschleunigte) Störungsabwicklung seien im Rahmen des Standardangebotes von Telekom Austria Service-Level-Agreements (SLAs) anzubieten. Auch die Störungsabwicklung gemäß den SLAs sei im Sinne der obigen vorgesehenen Regelungen in die elektronische Schnittstelle (Web-Interface) zu integrieren.
- Sollten Kapazitätsengpässe am Hauptverteiler auftreten, Telekom Austria jedoch die im Falle eines Ressourcenkonflikts im Standardangebot vorgesehenen Maßnahmen nicht umsetzen, so habe Telekom Austria zur Vermeidung von *foreclosure* unverzüglich auch ihre Reservekapazitäten anzubieten.
- Eine eindeutige Definition von Begriffen im Rahmen des Standardangebotes erscheine erforderlich. Eine zu enge Definition bzw. Auslegung könnte zu *foreclosure* führen. Dies beträfe insbesondere Begriffe wie „Umschaltung“, „Herstellung“, „Neuherstellung“. Unklarheiten diesbezüglich könnten zu ökonomisch unerwünschten Transaktionskosten führen und sind zu vermeiden.
- Die den Entbündelungspartner betreffenden bzw. Aspekte der Entbündelung berührenden technischen Richtlinien seien dem Entbündelungspartner nachweislich zur Kenntnis zu bringen. Eine Änderung dieser Richtlinien sei frühzeitig mitzuteilen und gesondert zu begründen. Zu spezifisch und eng festgeschriebene Richtlinien sowie insbesondere deren nicht zeitgerechte Übermittlung könnten seitens des marktmächtigen Unternehmens als Mittel zu *foreclosure* eingesetzt werden.
- Regelungen zur Migration (Kunde wechselt den Anbieter) sollten derart gestaltet sein, dass seitens Telekom Austria alles unternommen wird, dem Kunden ein weitgehend unterbrechungsfreies Service (sowohl betreffend Sprachtelefonie als auch Breitbandzugang) zu gewährleisten. Dies beinhalte auch, dass es bei der Verrechnung von monatlichen Endkundenentgelten sowie monatlichen Überlassungsentgelten für die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu keinen zeitlichen Überschneidungen und damit Doppelverrechnungen kommen dürfe, wobei es aber auch nicht zu einer zeitlichen Verlängerung der Bestell- und Umschalteprozesse kommen dürfe.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass diese genannten Fälle unter den Begriff der Zugangsverweigerung zu subsumieren sind, da (auch) mittels derartiger (nichtpreislicher) Praktiken unzulässiges „foreclosure“ gegenüber den Nachfragern betrieben werden kann. Die auferlegte Zugangsverpflichtung der Telekom Austria umfasst daher grundsätzlich auch die Verpflichtung derartige (und auch ähnliche) Praktiken zu unterlassen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission wäre eine Verpflichtung, detaillierte Regelungen zu diesen aufgezeigten Problemen in das zu veröffentlichende Standardangebot aufzunehmen jedoch für Telekom Austria sehr eingriffsintensiv, weil es sich um detaillierte Änderungen in Abläufen handelt, für die teilweise (z.B. bei der Einführung des Web-Frontends) auch wesentliche Investitionen seitens Telekom Austria erforderlich sein können. Dennoch

wäre derzeit mangels ausführlicher Befassung auch der Entbündelungspartner mit diesen Fragen, nicht sichergestellt ist, dass diese Punkte tatsächlich alle wesentlichen den Wettbewerb beschränkenden Punkte in der gelindesten noch wirksamen Weise abdecken und dabei sowohl die Interessen der Telekom Austria als auch der Entbündelungspartner angemessen berücksichtigt werden. Für derart konkrete Änderungen der (an sich funktionierenden) Basis der ULL erscheint es der Telekom-Control-Kommission daher zweckmäßiger, auch die Entbündelungspartner einzubinden, was ähnlich dem angeordneten Prozedere bei den Entgelten, über Verfahren nach § 50 TKG 2003 sinnvoll möglich ist. Dies insbesondere deshalb, weil in diesen Verfahren eine eingehende Erhebung des relevanten Sachverhalts – inklusive der erforderlichen Investitionen – unter Berücksichtigung von beiderseitigem Parteivorbringen erfolgen kann, wie gerade die Erfahrung mit den angesprochenen Verfahren zur Festlegung von Zusammenschaltungs- oder Entbündelungsentgelten in der Vergangenheit gezeigt hat.

Auch Telekom Austria selbst gesteht wie erwähnt in der Stellungnahme vom 10.10.2006 grundsätzlich zu, dass es in letzter Zeit zu Problemen in der Abwicklung von Entbündelungen gekommen ist und dass auch seitens Telekom Austria Interesse daran bestehe, „klare Abläufe, Prozesse und elektronische Schnittstellen zu schaffen.“ Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch durchaus möglich, dass es – wie teilweise bereits in der Vergangenheit – zu entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen mit Entbündelungspartnern kommen kann, die die Interessen der Beteiligten berücksichtigen. Scheitern derartige Verhandlungen, besteht die Möglichkeit der Antragstellung an die Telekom-Control-Kommission. Allfällige Anträge auf Verfahren nach § 50 TKG 2003 könnten sich an den im Gutachten identifizierten Themenbereichen orientieren, die der Telekom-Control-Kommission unvorgeflich der Ergebnisse eines derartigen Verfahrens, durchaus als sinnvoll mögliche Adaptierungen der bestehenden Regelungen erscheinen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass auch ohne Parteiantrag amtswegig Verfahren nach § 91 eingeleitet werden können, im Rahmen derer geprüft wird, ob Telekom Austria in einer der oben dargestellten Arten oder in anderer Weise Marktabschottung betreibt.

Dieses Vorgehen ist daher wie erwähnt konform mit der Anordnung des Vorgehens bei den kostenorientierten Entgelte, wo ebenfalls die Mitwirkung der Entbündelungspartner vorgesehen ist, entspricht dem grundsätzlichen Gedanken einer Zugangsverpflichtung, wonach Zugang auf „berechtigte Anträge“ hin zu gewähren ist (Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie) und entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da die der Telekom Austria auferlegte Verpflichtung nicht über das unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen erforderliche und angemessene Maß hinausgeht.

7.2.1.3. Zur Verhältnismäßigkeit:

Durch eine regulatorisch angeordnete Zugangsverpflichtung, die den Zugang alternativer Anbieter zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung ermöglicht, können die Marktzutrittsbarrieren auf den Endkundenmärkten reduziert werden. Die so ermöglichten Markteintritte (bereits erfolgte bzw. zusätzliche) sorgen somit für erhöhten Wettbewerb. Da es sich bei dem österreichweiten Doppeladeranschlussnetz der Telekom Austria um eine nicht leicht replizierbare Infrastruktur handelt, ist eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie ferner das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu ermöglichen. Sohin können Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden.

In Fällen, in denen die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Ausübung von Marktmacht durch Sicherstellung des Zugangs zu nichtreplizierbarer Infrastruktur zu verhindern, um die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (§ 1 Abs. 1 TKG 2003).

Auch vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung des Zugangs zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung im Hinblick auf die Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau (§ 1 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) erscheint die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung, insbesondere im Hinblick auf die dadurch ermöglichten Investitionen in Netzwerkinfrastruktur und breitbandige Endkundenanbindung und die damit verbundenen Möglichkeiten zum Ausschöpfen aller Wertschöpfungsstufen auch als verhältnismäßig.

Wie festgestellt (Punkt B.3.3.1.3) ist für die Sicherstellung des Zugangs zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 alleine kein ausreichendes Regulierungsinstrument. Die auferlegte Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, notwendig und das gelindeste wirksame Mittel, um den Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen sicherzustellen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

7.2.2. Zur auferlegten Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003

7.2.2.1. Allgemeines zu § 42 Abs. 1 TKG 2003:

Nach § 42 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

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

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

Wie festgestellt, hat Telekom Austria grundsätzlich den Anreiz, überhöhte Entbündelungsentgelte zu verlangen. Da die Entbündelungsentgelte als Vorleistungskosten einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Entbündelungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Entbündelungsentgelte bei diesem wieder. Da weiters die Entbündelungsentgelte als Vorleistungskosten den Endkundertarif (mit-)bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Entgelte.

7.2.2.2. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Wie festgestellt (Punkt B.3.3.2.2) ist es zweckmäßig, die Entbündelungsentgelte der Verfahrenspartei auf Basis des FL-LRAIC-Ansatz zu regulieren, da dies den – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeigneten Ansatz darstellt:

Folgende Preisermittlungsmethoden sind für eine Entgeltkontrolle grundsätzlich möglich:

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

Kostenorientierte Preise sind am angemessensten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird (Prinzip 2). ECPR-Preise können vor allem dann verhältnismäßig sein, 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, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher eben primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbsttragenden Wettbewerb eliminiert werden (Prinzip 3). 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 Unternehmen und die Regulierungsbehörde vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen betreffend Preise können bei einem schwer replizierbaren Vorleistungsprodukt nur dadurch verhindert werden, dass der Zugangspreis auf der Vorleistungsebene kostenorientiert reguliert wird. Damit kann sowohl verhindert werden, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch – wenn sichergestellt ist, dass am nachgelagerten Markt (dem Endkundenmarkt) keine Preise unter den Kosten gesetzt werden – dass Wettbewerber auf dieser 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 den Konsumenten möglich wären. Kostenorientierung ist demnach auf dem Entbündelungsmarkt der geeignete und notwendige Standard zur Preiskontrolle.

Die Ermittlung der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung soll als Ableitung aus dem für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 notwendigen Kostenrechnungssystem (unten Punkt 7.2.5) möglich sein. Die gemeinsame Nutzung eines einzigen Kostenrechnungssystems sowohl für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 als auch nach § 40 TKG 2003 ist für Telekom Austria nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weniger aufwändig und daher als weniger eingriffsintensiv einzustufen als die Verwendung mehrerer verschiedener Kostenrechnungssysteme. Darüber hinaus soll durch die Verwendung eines einheitlichen Kostenrechnungssystems Konsistenz

gewährleistet und Quersubventionierungen hintangehalten werden. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten des Anschlussnetzes der Telekom Austria ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungs- bzw. Adaptierungsaufwand für Telekom Austria in Zusammenhang mit Kostenmodellen in einem vertretbaren Ausmaß hält.

7.2.2.3. Zur Verhältnismäßigkeit:

Eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 ist also für die Festsetzung eines adäquaten Zugangspreises auf der Vorleistungsebene geeignet. Als Alternativen sind im vorliegenden Zusammenhang die Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38) gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40) zu betrachten, die potentiell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommen. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung 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, nicht genügend transparent gemacht werden können, ist die gemeinsame Verpflichtung nach § 38 und § 40 alleine nicht für die Festlegung des Zugangspreises geeignet. Zwar wäre es denkbar, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese, die Produktebene betreffende, Maßnahme unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen und die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen sind. Daher wäre die Anordnung einer Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig. Die Entgeltkontrolle nach § 42 in Form des FL-LRAIC-Ansatzes ist daher vorzuziehen.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffsintensität gering zu halten, werden weiterhin nicht amtswegig konkrete Entgelte festgelegt, sondern ist Telekom Austria verpflichtet, kostenorientierte Entgelte anzubieten und im Standardangebot zu veröffentlichen. Hält ein Abnehmer der Leistung die angebotenen Entgelte nicht für kostenorientiert, kann deren Anordnung in einem Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 beantragt werden.

7.2.3. Zur auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003

7.2.3.1. Allgemeines zu § 38 TKG 2003:

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

Gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 wird der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9, 10 Zugangs-RL).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen

Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003). Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher, eine Gleichbehandlung zwischen alternativen Entbündelungspartnern untereinander zu erreichen, um zu verhindern, dass es zum Ausnützen von fehlender Verhandlungsmacht bei manchen Entbündelungspartnern sowie zum Bevorzugen durch ausschließliches Anbieten von entbündelten Leitungen an bestimmte Entbündelungspartner durch TA kommen kann. Ein zweiter Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es, Gleichbehandlung zwischen der Telekom Austria (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den alternativen Entbündelungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu erreichen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass mittels einer Gleichbehandlungsverpflichtung sichergestellt werden kann, dass die (Vor-)Leistung allen Abnehmern zu denselben Konditionen angeboten wird. In einer breiteren Auslegungsvariante kann mittels eines Diskriminierungsverbots auch das Verhältnis zwischen „externer“ – gegenüber fremden Abnehmern der Vorleistung - und unternehmensinterner Leistungserbringung geregelt werden. Aus der hinzuhaltenden Schlechterstellung eines Entbündelungspartners gegenüber dem Endkundenbereich der Telekom Austria ergibt sich, dass die dem Entbündelungspartner verrechneten Kosten für die Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung sowie für notwendige Anxelleistungen nicht höher sein dürfen als die, die dem Endkundenbereich der Telekom Austria verrechnet werden.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher als unterstützendes Regulierungsinstrument zur Zugangsverpflichtung anzusehen. In diesem Sinne ist sie im komplementären Zusammenspiel mit den anderen in diesem Bescheid angeordneten Regulierungsinstrumenten als angemessen anzusehen.

Wie festgestellt (Punkt B.3.3.3.2) ist zur Verhinderung bzw. Minderung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 als auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung und laufenden Aktualisierung eines Standardangebots nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich.

Als Form der Veröffentlichung des Standardangebots erscheint der Telekom-Control-Kommission wie bisher eine Veröffentlichung auf der Unternehmenshomepage als zweckmäßig. Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass ein analoges Standardangebot bereits besteht, das Telekom Austria im Wesentlichen übernehmen kann. Unter Bezugnahme auf die Feststellungen (Punkt B.3.3.1.2) und die rechtliche Beurteilung (Punkt 7.2.1.2) zur Zugangsverpflichtung und auf die Feststellungen zur Gleichbehandlungsverpflichtung (Punkt B.3.3.3.2) wird darauf hingewiesen, dass Telekom Austria verpflichtet ist, zumindest die bereits im bestehenden Standardangebot enthaltenen Bereiche wieder abzudecken, ohne dass es inhaltlich zu einer Verschlechterung der Bedingungen für die Nachfrager kommen darf. Zusätzliche Bedingungen, wie etwa die oben (Punkt 7.2.1.2) dargestellten Bereiche (Web-Frontend, Ausgestaltung der Rechnungen, u.ä.) kann Telekom Austria in das Angebot aufnehmen, wie zu bestimmten Punkten diesbezüglich im Schriftsatz vom 10.10.2006 auch angekündigt wird. Eine Verpflichtung zu konkreten Änderungen besteht derzeit allerdings nicht. Allenfalls in einem Verfahren nach § 50 TKG 2003 diesbezüglich angeordnete Regelungen, sind jedoch jedenfalls nicht-diskriminierend anzubieten und auch in das Standardangebot aufzunehmen.

Nach den Feststellungen (Punkt B.3.3.3.3) sind gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

7.2.4. Zur Transparenzverpflichtung:

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

Die Amtssachverständigen identifizieren nun eine Reihe von Daten, die für die laufende Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen der Telekom Austria erforderlich sind. Wie dargestellt, ist eine Verpflichtung (ausschließlich) zur Übermittlung derartiger Daten an die Regulierungsbehörde, d.h. ohne Verpflichtung zur Veröffentlichung, auf der Basis des § 39 TKG 2003 allerdings nicht vorgesehen aber auch nicht erforderlich, da die Rechtsgrundlage für die Forderung derartiger Datenlieferungen – unabhängig von marktbeherrschender Stellung – in § 90 TKG 2003 besteht.

Von der Anordnung einer Verpflichtung zur Datenlieferung an die Regulierungsbehörde auf der Basis des § 39 TKG 2003 war daher abzusehen. Die Telekom-Control-Kommission weist aber darauf hin, dass die von den Amtssachverständigen identifizierten Datenlieferungen, die für die Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen der Telekom Austria erforderlich sind, nach § 90 TKG 2003 einzufordern sein werden.

7.2.5. Zur auferlegten Verpflichtung zur getrennten Buchführung 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). Diese spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben.

Nach den Feststellungen (Punkt B.3.3.5.2) ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Diese Gliederung entspricht der bereits bisher (Bescheid M 13/03-52) vorgeschriebenen und zuletzt im Verfahren M 13/03 überprüften Gliederung, so dass feststeht, dass Telekom Austria bereits derzeit über eine entsprechende getrennte Buchführung und über das für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung erforderliche Kostenrechnungssystem (Spruchpunkte 2.5 und 2.6) verfügt. Die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes der getrennten Buchführung in der geschilderten Granularität (Geschäftsbereichebene entsprechend den Märkten der TKMVO 2003) erscheint daher auch diesem Gesichtspunkt als angemessen.

8. Zu Spruchpunkt 3. - Aufhebung der mit Bescheid M 13/03-52 auferlegten Verpflichtungen

Da Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 13/03-52 vom 27.10.2004 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Markt festgestellt wurde, gel-

ten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 13/03-52 auferlegten Verpflichtungen.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 13/03-52 vom 27.10.2004 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardbündelungsangebots des Bescheides M 13/03-52 vom 27.10.2004 und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sicherstellen möchte, dass die Verfahrenspartei der (weitgehend) unveränderten Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 13/03 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die Frist für die Legung und (Web-)Veröffentlichung abgelaufen ist und das neue Standardbündelungsangebot damit bereits veröffentlicht ist.

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

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

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

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 06.11.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann