

M 13/03

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 6.9.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 13/03 einstimmig folgenden Bescheid 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)“ gemäß § 1 Z 13 der Telekommunikationsmärkteverordnung 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. Die Telekom Austria AG hat hinsichtlich der gem. Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gem. § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, dh, ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und In-

formationen 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 ein Standardangebot betreffend Entbündelung zu veröffentlichen, das zumindest die folgenden Punkte umfasst:

- Prozedere hinsichtlich Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der anordnungsgegenständlichen Leistungen
- Bestimmungen hinsichtlich Nutzung der entbündelten TASL 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

Die Veröffentlichung des Standardangebots ist binnen eines Monats nach Rechtskraft dieses Bescheides vorzunehmen.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten.

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

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

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

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

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde das gegenständliche Verfahren zu M 13/03 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) über die 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 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. In diesem Zusammenhang waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. Ferner war durch die Gutachter das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den gegenständlichen Markt zu berücksichtigen waren.

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

Die RTR-GmbH leitete daraufhin das Verfahren VBAF2003 zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts in diesem Verfahren ein. Im Zuge dieses Verfahrens wurde an alle betroffenen Unternehmen ein Auskunftersuchen zur Übermittlung der für die Entscheidung in diesem Verfahren notwendigen Daten gerichtet. Teilweise wurden von der Telekom-Control-Kommission Auskunftsbescheide gemäß § 37 iVm § 90 Abs. 1 Z 4 TKG 2003 beschlossen, in denen die betroffenen Unternehmen aufgefordert wurden, fehlende Daten zu übermitteln; so auch gegenüber Telekom Austria AG (im Folgenden: TA) (Bescheid M 13/03-16 vom 19.1.2004). Die notwendigen Informationen für dieses Verfahren wurden schlussendlich von allen Unternehmen übermittelt.

Das Marktanalyse-Gutachten wurde der TA am 25.5.2004 zur Stellungnahme zugestellt (ON 26).

Am 24.5.2004 fasste die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 13/03 (Marktanalyse Entbündelung) basierend auf den Erkenntnissen des Marktanalyse-Gutachtens den vorläufigen Beschluss, dass die TA 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.

In ihrer Sitzung am 24.05.2004 wurden ferner von der Telekom-Control-Kommission in Bezug auf die gemäß § 37 Abs. 3 TKG 2003 aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente 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) über die Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtun-

gen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für TA aus ökonomischer Sicht geeignet wären, die Marktanalyse-Gutachten aufgezeigten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen. In diesem Zusammenhang war durch die Gutachter auch eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

TA übermittelte am 16.6. eine Stellungnahme (ON 28) in der im Wesentlichen die getroffene Marktabgrenzung vor dem Hintergrund der Technologieneutralität im Hinblick auf die im gegenständlichen Markt nicht inkludierten technischen Realisierungsvarianten insbesondere am Beispiel der CATV-Technologie, kritisiert wird. Ferner kritisiert TA die vorgenommene Abgrenzung des gegenständlichen Marktes gegenüber einem „Breitbandzugangsmarkt“, dass die Auswirkungen der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl auf den Entbündelungsmarkt nicht ausreichend berücksichtigt worden seien, sowie, dass die Schlussfolgerungen des Marktanalyse-Gutachtens in Bezug auf das zukünftige Vorliegen eines natürlichen Monopols im Anschlussnetz ebenso wie die identifizierten Wettbewerbsprobleme aufgrund der Gestaltung der nichtpreislichen Parameter nicht schlüssig seien.

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten wurde am 30.7.2004 an die Telekom-Control-Kommission übermittelt und von dieser zum Akt genommen (ON 29).

Die Amtssachverständigen griffen im Zuge der Gutachtenserstellungen (ON 24, ON 29) auf die im Zuge des Verfahrens VBAF2003 ermittelten Daten und auf die bereits im Zuge der Anordnung Z 12/00-100 Spruchpunkt B vom 12.3.2001 von TA übermittelten Daten (Berichtspflichten) zurück.

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten wurde der TA am 21.7.2004 zur Stellungnahme zugestellt (ON 31). Ferner wurde TA ein von der European Regulators Group erstelltes Dokument („Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“) zur Kenntnisnahme zugestellt (ON 31).

TA übermittelte am 10.8.2004 eine Stellungnahme (ON 32) in der im Wesentlichen das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) wie folgt kritisiert wurde: Das Regulierungsinstrumente-Gutachten enthalte inhaltliche Widersprüche, es sei in Teilbereichen der Anwendung nicht TKG-2003 konform, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Wahl des gelindesten Mittels bei der Wahl der Regulierungsinstrumente werde nicht berücksichtigt, es würden unverhältnismäßig schwere Regulierungsinstrumente auferlegt sowie, dass die Auferlegung der vorgesehenen Regulierungsinstrumente nicht ausreichend begründet werde.

Am 16.8.2004 wurde TA von der Telekom-Control-Kommission gehört (ON 34).

Das wirtschaftliche Gutachten zu den Verfahren M 1/03 – M 9/03 wurde der TA am 18.8. in Bezug auf die Feststellungen zum Marktanteil der TA im Anschlussbereich (Märkte 1 und 2 (Zugangsmärkte) der TKMVO 2003) zugestellt (ON 36).

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. TKMVO 2003

In der TKMVO 2003 wird der Markt 13 als „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamer Zugang zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und

Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ benannt. Die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 11 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Der diesem Markt 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 Mietleitungsdiensten 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.

Dieser Markt umfasst nicht Kabelnetze (CATV).“

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

Auf der Vorleistungsebene sind gemäß den erläuternden Bemerkungen zur TKMVO 2003 von der Marktdefinition auch Eigenleistungen erfasst; das sind Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selber zur Verfügung stellt. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

1.2. Zum Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“

Entbündelung bedeutet, dass alternative Netzbetreiber und auch andere „Entbündelungspartner“ wie z.B. Internet Service Provider (ISPs) oder Mietleitungsbetreiber zur direkten Anbindung von Endkunden nicht nur auf die Errichtung eigener Infrastruktur angewiesen sind, sondern auf das Kupferanschlussnetz (Teilnehmeranschlussleitungen) der TA zurückgreifen können. Die Teilnehmeranschlussleitung (TASL) ist die physisch/elektrische Verbindung des Endkunden mit der vermittelnden Einrichtung des Kommunikationsnetzbetreibers. Diese Leitung, üblicherweise eine Kupferdoppelader, führt vom Netzabschlusspunkt (NAP) beim Kunden bis zum Hauptverteiler (HVt) des Netzbetreibers.

Der größte Teil der entbündelten Leitungen wird für Breitbandzugänge basierend auf „xDSL-Technologie“ verwendet. DSL steht dabei für Digital Subscriber Line, x als Platzhalter für weitere vorangestellte technologiebezogene Namensabkürzungen, wie z.B. A für Asymmetric, S für Symmetric etc. Reine Sprachtelefonieanschlüsse über entbündelte Leitungen spielen eine zunehmend untergeordnete Rolle.

Ist eine eigene alternative Zugangsinfrastruktur nicht vorhanden bzw. ist die Errichtung einer solchen auch nicht wirtschaftlich sinnvoll (ON 24), so kommt die Entbündelung als Zugangsvariante in Frage, wobei als wesentlicher Unterschied zu anderen als Vorleistung zugekauften Zugangsarten (z.B. Breitbandzugang) zu nennen ist, dass Entbündelung den Wettbewerb über alle sinnvollen Stufen der Wertschöpfungskette ermöglicht. Die Inanspruchnahme der Entbündelung als Vorleistung bietet gegenüber anderen Vorleistungsprodukten die größtmögliche Flexibilität und Autonomie für einen alternativen Betreiber (bzw. ISPs). Das gemeinsame Anbieten bspw. von schmalbandigem Sprachtelefoniezugang und breitbandigem Internetzugang über eine entbündelte Leitung ermöglicht dem Entbündelungspartner das Ausnutzen von Skalenvorteilen, das Anbieten attraktiver Produktbündel sowie die Möglichkeit einer Produktdifferenzierung insbes. mittels Zusatzdiensten und -leistungen. Die Entbündelung stellt eine Form des Zugangs dar, die der Verwendung eines eigenen Netzes besonders nahe kommt. Die Entbündelung bietet somit die (zumeist) größtmögliche ökonomisch sinnvolle Wertschöpfungstiefe für alternative Betreiber (bzw. ISPs) und trägt so zur Etablierung eines verstärkt von Nachhaltigkeit geprägten Wettbewerbs bei. Diese erhöhte Wertschöpfungstiefe bedingt auch, dass alternative Betreiber (bzw. ISPs) erhebliche Investitionen in komplementäre Infrastruktur tätigen.

Entbündelung dient meist dazu, breitbandige Dienste an Endkunden anzubieten. Der Anteil der breitbandig genutzten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen überwiegt deutlich, ist ständig im Steigen begriffen und liegt Ende 2003 bei rd. 70%. Neben Entbündelung werden auch Breitbandzugänge auf Vorleistungsebene genutzt, um breitbandige Dienste anders als über eigene Anschlussnetzinfrastruktur zu realisieren. Sowohl Entbündelung als auch Breitbandzugang auf Vorleistungsebene bilden die Basis für breitbandige Endkundendienste, können allerdings nicht als Substitute zu einander gesehen werden, da sie auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen angesiedelt und daher unterschiedlichen Vorleistungsmärkten zuzurechnen sind. Zur unterschiedlichen Wertschöpfungstiefe der einzelnen Vorleistungsprodukte auf den unterschiedlichen Wertschöpfungsebenen vgl. insbesondere nachfolgende Abb. 1.

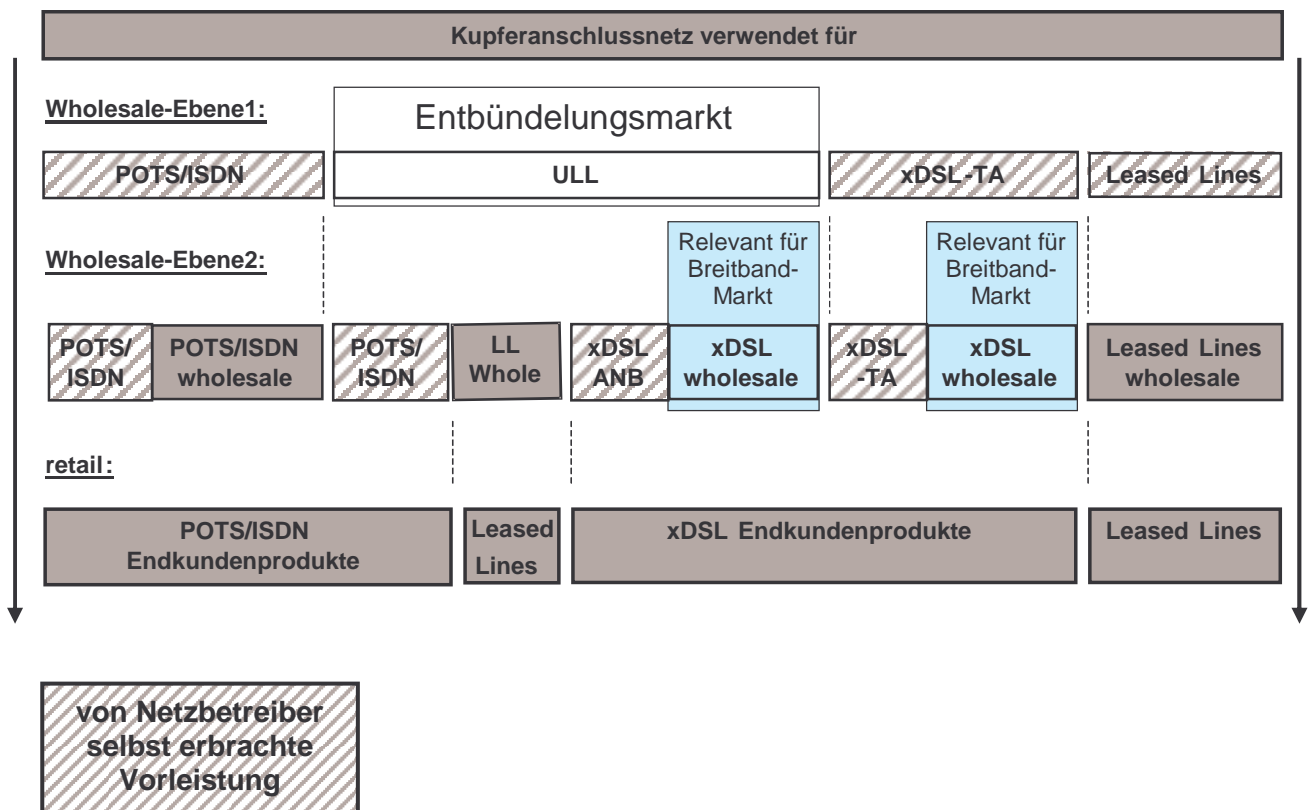


ABBILDUNG 1: DIE VERSCHIEDENEN VORLEISTUNGSPRODUKTE AM BEISPIEL DER ENBÜNDELUNG UND DES BREITBANDZUGANGS IM NETZ DER TA

Auf Wholesaleebene (bzw. Vorleistungsebene) 1 verwendet entweder TA die Kupferdoppeladern des Anschlussnetzes für die Erbringung ihrer eigenen Endkundenprodukte (Eigenleistung) oder die Teilnehmeranschlussleitung wird an Entbündelungspartner vermietet. Auf Wholesaleebene 2 setzt TA ihre breitbandigen Übertragungseinrichtungen (xDSL) und das dahinter liegende Netz ein, um Produkte ihren eigenen Endkunden anbieten zu können oder sie erbringt diese Leistungen als Wholesaleprodukt an ihre Mitbewerber.

Die Art der Beziehung zwischen den Vorleistungsmärkten (upstream) und den Endkundenmärkten (downstream) ist zentral von Parametern wie zum Beispiel:

- der Qualität,
- den Tarifen,
- dem Zeitpunkt der Bereitstellung und
- den wettbewerblichen Gegebenheiten abhängig.

So ist etwa die mögliche technische Qualität für Endkundenprodukte direkt von der Qualität der bereitgestellten Vorleistung abhängig. Endkundentarife 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. Zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht

2.1. Rahmenbedingungen

Bei der Entbündelung handelte es sich um eine regulatorische Maßnahme, die das marktbeherrschende Unternehmen des Festnetzbereiches – im vorliegenden Fall TA – dazu verpflichtete, Teilnehmeranschlussleitungen für den Zugang zum Endkunden alternativen Netzbetreibern (und gegebenenfalls auch Internet Service Providern – ISPs) zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung, Entbündelung zu ermöglichen, war in Österreich seit Inkrafttreten des TKG 1997 und der auf seiner Grundlage erlassenen Zusammenschaltungsverordnung, europaweit mit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Abl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4f) in allen Staaten der Europäischen Union gegeben.

2.2. Die einzelnen Marktmachtindikatoren

2.2.1. Marktteilnehmer und Marktanteile

Die Marktstruktur und damit die Anzahl der Marktteilnehmer sowie deren Marktanteile sind von Skalenvorteilen, versunkenen Kosten und minimaler effizienter Betriebsgröße abhängig (ON 24). Liegen etwa hohe Skalenvorteile vor, so ist ceteris paribus auch eine höhere Konzentration zu erwarten.

Anbieterseitig tritt nur TA in Erscheinung – nur sie war in der Vergangenheit dazu verpflichtet, entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen anzubieten. Würde diese Verpflichtung als regulatorische Maßnahme entfallen, so würden höchst wahrscheinlich keine Anreize zum Anbieten von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen bestehen. Der gegenständliche Markt würde sich dann nur auf die selbsterbrachten Eigenleistungen der jeweiligen Unternehmen beschränken. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass TA entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen zu keiner Zeit freiwillig angeboten hat.

Da nur TA über ein (flächendeckendes) auf Doppeladern basierendes Anschlussnetz verfügt, ist sie auch der einzige Vorleistungserbringer auf diesem Markt. Faktisch kommt TA auch unter Berücksichtigung von Eigenleistungen ein Marktanteil von 100% zu. Zwar bieten auch 4 weitere Anbieter Festnetzanschlüsse über Doppeladern an, jedoch sind diese Anschlüsse und deren Anzahl (0,008% aller Anschlüsse) aus wettbewerblicher Sicht zu vernachlässigen.

Weitere der Marktstruktur zuordenbare Indikatoren wie die Gesamtgröße des Unternehmens und der Zugang zu Finanzmitteln haben für den Entbündelungsmarkt insofern keine Relevanz, als Entbündelung als Vorleistungsprodukt regulatorisch angeordnet wurde und TA somit als einziger (weil dazu verpflichtet) Anbieter von entbündelten Leitungen auftritt.

Selbst wenn TA diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge auf Grund des Marktanteiles von TA kein selbsttragender Wettbewerb vor.

Vor dem Hintergrund des 100%igen Marktanteiles von TA auf dem gegenständlichen Markt wurde die Frage des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nur hinsichtlich des Vorliegens einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung des Marktführers Telekom Austria untersucht.

2.2.2. Vertikale Integration

Das Vorliegen von Vertikaler Integration (s. § 35 Abs. 2 Z. 9 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als vertikale Integration einem Unternehmen Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen kann, vor allem falls es sich auf der Vorleistungsebene um einen notwendigen und nicht leicht ersetzbaren Input (ON 24) handelt. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt auch in wesentlichem Maße die Anreize zu antikompetitiven Verhalten gegenüber Konkurrenten (ON 24). So können vor allem vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene einen Anreiz haben, Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen (vertikale Marktmachtübertragung).

Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbes am Entbündelungsmarkt bei Abwesenheit von Regulierung ist insbesondere der Anreiz von TA relevant, durch die grundsätzliche Verweigerung der Entbündelung den möglichen Wettbewerb auf allen nachgelagerten Märkten zu verhindern.

Ein vertikal integriertes marktmächtiges Unternehmen, das eine notwendige Vorleistung für seine Mitbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe erbringt, hat verschiedene Möglichkeiten der Wettbewerbsbehinderung (foreclosure – Marktabschottung, Ausgrenzung) auf dieser nachgelagerten Wertschöpfungsstufe (Retailmarkt). Um dies zu tun, bedarf es eines Anreizes, d.h. es muss dem Unternehmen möglich sein, mit der Verdrängung seiner Konkurrenten vom Retailmarkt seine eigenen Gewinne zu steigern. Der Zugang zu entbündelten Leitungen stellt nämlich eine wichtige Voraussetzung für zahlreiche Dienste auf der Endkundenebene dar.

Alternative Betreiber haben mit Entbündelung einen höheren Grad an Autonomie und Flexibilität bei der Entwicklung von Produkten und könnten bei vermehrter Entbündelung TA mit eigenen Produkten insbesondere auf den nachgelagerten Endkundenmärkten wettbe-

werblich unter Druck setzen. TA hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen und damit Umsätze zu verlieren.

TA ist ein vollkommen vertikal integriertes Unternehmen. Im Anschlussbereich werden sämtliche Retailprodukte (Zugang Sprachtelefonie, Breitbandzugang, Mietleitungen) angeboten. Auf der Vorleistungsebene 2 (vgl. Abbildung 1) wird Breitbandzugang (xDSL Wholesale) angeboten. Auf der Vorleistungsstufe 1 ist TA regulatorisch verpflichtet worden, Entbündelung anzubieten (siehe dazu II A Verfahrensablauf).

Verfügt ein vertikal integriertes Unternehmen über Marktmacht bei einem notwendigen Vorleistungsprodukt, so kann es diese Marktmacht insofern ausnützen, indem es anderen Unternehmen dieses Vorleistungsprodukt entweder überhaupt nicht oder nur zu überhöhten Preisen (Preise, die signifikant über den Kosten liegen) anbietet oder aber nur unter Anwendung schlechterer, nicht-preislicher, Bedingungen zur Verfügung stellt, um andere Unternehmen vom Endkundenmarkt zu verdrängen.

Durch die vertikale Integration der TA, 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, wie ausgeführt, über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur am Entbündelungsmarkt auch auf den Endkundenmarkt. Auf diesen Endkundenmärkten hält TA einen Marktanteil von ca. 95 % der Anschlüsse (ON 36), während sie auf dem gegenständlichen Markt einen Anteil von praktisch 100 % hält (ON 24). Da TA über das einzige österreichweite Anschlussnetz verfügt, ist sie de facto das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Kommunikationsdienstleistungen an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Kunden in von ihnen unversorgten Regionen bedienen möchten, sind hingegen von Vorleistungen der TA abhängig. Dies indiziert einen Anreiz zu antikompetitiven Verhalten gegenüber Konkurrenten auf der Retailebene (ON 24).

Die gesetzliche Verpflichtung zur Entbündelung wurde in Österreich durch die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 1,3, 4/99 vom 2.7.1999 und danach mit den Anordnungen Z 12/00, Z14/00 und Z 15/00 vom 12.3.2001 durchgesetzt. Weiters hat TA erst am 24.5.2004 ein Wholesaleangebot für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleistung (Resale) gelegt (in Abbildung 1 auf Wholesale-Ebene 2 ersichtlich). Zum Zeitpunkt dieser Bescheiderlassung hat allerdings noch kein alternativer Nachfrager dieses Angebot angenommen, der Marktanteil von rd. 95 % im Anschlussbereich besteht weiter.

Wenn ein alternativer Anbieter auf der Endkundenebene tätig ist, so hat das marktmächtige Unternehmen Anreize, durch das Setzen von Vorleistungspreisen, die signifikant über den Kosten liegen, einen margin squeeze zu bewirken.

Durch eine Preis-Kosten-Schere (margin-squeeze) oder aber durch Verzögerungen bei der Bereitstellung der Leistung, durch die Bereitstellung schlechterer Qualität, Verweigerung des Zugangs zu Informationen, unangemessene Vertragsbedingungen oder andere Maßnahmen kommt es zu Wettbewerbsbeeinträchtigungen.

Insbesondere die Möglichkeit des Praktizierens eines margin-squeeze durch das marktmächtige Unternehmen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt hat daher negative Auswirkungen auf die alternativen Anbieter und deren Endkunden, da sich die „Spanne“ der alternativen Anbieter durch ceteris paribus überhöhte Vorleistungspreise verringert und daher nicht auszuschließen ist, dass für die Endkunden von alternativen Anbietern Nachteile bspw. in Form von schlechter Qualität, verringerter (Re-)Investitionstätigkeit, sowie weniger Innovation die Folge wären. Das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt kann so die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen. Diesen ist es somit nicht möglich, wettbewerbsfähige Endkundenprodukte anzubieten.

Ferner kann durch entsprechend niedriges Setzen des Retailpreises durch das marktmächtige Unternehmen bewirkt werden, dass Mitbewerber auf der Endkundenebene ihre Kosten (gerade inkl. jener des Vorleistungsproduktes) nicht mehr decken können. Solange der alternative Zugangsanbieter nicht den Preis des etablierten Betreibers dauerhaft unterschreiten kann, wäre die Konsequenz ein foreclosure sowohl am Retail- als auch am Wholesalemart. Gleichzeitig gehen die Marktanteile der Konkurrenten zurück bzw. werden diese vollständig vom Markt verdrängt.

Darüberhinaus wird es durch das Setzen überhöhter Vorleistungspreise – auch bei Endkundenpreisen auf Wettbewerbsniveau – dem marktmächtigen Unternehmen ermöglicht, ökonomische Übergewinne von der Endkundenebene auf die Vorleistungsebene zu verschieben.

Hat das marktmächtige Unternehmen einer regulatorischen Auflage zu Folge kostenorientierten Zugang zu gewähren, so hat es nicht mehr die Möglichkeit, Profite des Retailmarktes abzuschöpfen. Stattdessen tritt der Anreiz auf, mit nichtpreislichen Parametern 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 darüberhinaus sogar in der Lage sein, den Endkundenmarkt zu (re-)monopolisieren.

Insgesamt besteht somit ein Anreiz zu antikompetitiven Verhalten von TA gegenüber den Konkurrenten (insbes.) auf der Retailebene.

2.2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell 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 de-facto auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Kunden/Vorleistungsnachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Diese wird ceteris paribus dann größer sein, wenn der Kunde/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 selber erbracht werden kann.

Eine solche nachfrageseitige Gegenmacht ist bei der Entbündelung nicht gegeben. Zum einen ist TA der einzige Anbieter von entbündelten Leitungen und ein Wechsel zu einem anderen Anbieter somit nicht möglich. Zum anderen machen die Umsätze aus der Entbündelung nur einen marginalen Anteil an den Gesamtumsätzen der TA aus, sie ist daher auf diese Umsätze nicht unmittelbar angewiesen. Des weiteren kann eine entsprechende Vorleistung auf Grund der hohen Marktzutrittsbarrieren (ON 24) kaum unter wirtschaftlichen Bedingungen selbst erbracht werden.

Letztlich verfügen die Nachfrager nach entbündelten Leitungen über keine Verhandlungsmacht, vielmehr musste die Möglichkeit zur Entbündelung in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission durchgesetzt werden.

2.2.4. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb

Marktzutrittsbarrieren (s. § 35 Abs. 1 Z. 2 TKG 2003 sowie §§ 78 und 80 der SMP-Guidelines) können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem

Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen (ON 24). Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s.

Die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ist ein Schlüsselkriterium für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Unter der Voraussetzung, dass es möglich wäre, zu wirtschaftlichen Bedingungen ein flächendeckendes und österreichweites Anschlussnetz zu verlegen, würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist außer Kraft gesetzt, wenn potenziellen Einsteigern der Marktzutritt verwehrt ist. Je höher also Marktbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Existenz von langfristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzung für die Abwesenheit effektiven Wettbewerbs zu interpretieren.

Langfristige Markteintrittsbarrieren existieren somit dann, wenn bestehende Unternehmen ihre Preise über die Kosten anheben (bzw. Übergewinne erwirtschaften) können, ohne dass dies zum Eintritt weiterer Mitbewerber führen würde. Im Wesentlichen sind darunter alle Asymmetrien zwischen bestehenden Betreibern und Neueinsteigern zu zählen, die mögliche Neueinsteiger – trotz hoher Profitabilität – vom Markteintritt abhalten. In ihrer Empfehlung über relevante Märkte unterscheidet die Europäische Kommission (Seite 9ff) zwischen strukturellen Marktbarrieren und rechtlich/regulatorisch bedingten Marktbarrieren.

Strukturbedingte Marktbarrieren basieren auf wirtschaftlichen Bedingungen. Zu diesen zählen Kostenasymmetrien (zwischen bestehenden Betreibern und Neueinsteigern), Asymmetrien auf Grund unvollständiger Kapitalmärkte, Wechselkosten, versunkene (irreversible) Kosten (sunk cost) sowie (unter entsprechenden Umständen) auch Größen-, Verbund- oder Dichtevorteile. Rechtliche (oder institutionelle) Marktbarrieren ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem entsprechenden Markt auswirken.

Eine gewisse Sonderrolle nehmen Größenvorteile (economies of scale), Verbundvorteile (economies of scope) und Dichtevorteile (economies of density) ein. Obwohl Größen- (bzw. Dichte-) und Verbundvorteile per se noch nicht unbedingt eine Marktbarriere darstellen müssen – da sie theoretisch auch ein Neueinsteiger nutzen könnte –, bewirken sie doch, dass ein Neueinsteiger (sehr rasch) eine hohe Outputmenge erreichen (bzw. mehrere Produkte gleichzeitig produzieren) muss. Liegen zusätzlich noch andere strukturelle Faktoren vor, die das Erreichen einer effizienten Outputmenge oder aber Produktkombination erschweren (z.B. nachfrageseitige Wechselkosten), werden Größen- (bzw. Dichte-) und Verbundvorteile zur Marktbarriere. Skalenvorteile für TA sowie versunkene Kosten für alternative Anbieter am Markt für Entbündelung ergeben sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (ON 24).

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. Als wichtigste strukturelle Marktzutrittsbarriere auf dem Markt für Entbündelung können Skalenvorteile (s. § 35 Abs. 1 Z. 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten betrachtet werden. 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 wiedergewonnen werden können und beeinflussen so die Markteintrittsentscheidung. So ist das Risi-

ko des Markteintritts *ceteris paribus* größer, je höher der Anteil der versunkenen Kosten an den fixen Kosten und das Ausmaß an Skalenvorteilen ist. Weiters spielen versunkene Kosten auch bei der Theorie der bestreitbaren Märkte eine entscheidende Rolle. So kann demzufolge ein Markt nur dann als bestreitbar angesehen werden (was impliziert, dass kein Unternehmen den Preis über die Kosten anheben kann), wenn es keine oder vernachlässigbare versunkene Kosten gibt.

Eine besondere Ausprägung eines strukturbedingten Zugangshindernisses liegt insbesondere im notwendigen Zugang zu Finanzmitteln. Der Zugang zu Finanzmitteln findet sich in § 35 Abs. 1 Zi. 11 TKG 2003 sowie in den SMP-Guidelines § 78 als Kriterium zur Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht. 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 dann zu einer Marktzutrittsbarriere werden, wenn aufgrund von Skalen- und Verbundvorteilen hohe Anfangsinvestitionen für den Markteintritt erforderlich sind.

Sollte also ungeachtet des Umstandes, dass es ökonomisch nicht sinnvoll ist, ein weiteres, für ein bestimmtes Gebiet flächendeckendes Doppeladeranschlussnetz zu errichten (ON 24), ein solches Unterfangen von einem alternativen Betreiber angedacht werden, so wäre eine entsprechende Finanzkraft bzw. entsprechend investitionsfreudige Kapitalmarktsituation Voraussetzung. Zum etablierten Betreiber vergleichsweise kleinere Markteinsteiger könnten das notwendige Kapital entweder überhaupt nicht aufbringen oder aber müssten vergleichsweise hohe Zinsen dafür zahlen, was zu einer Kostenasymmetrie zwischen etabliertem Unternehmen und dem Markteinsteiger führen würde.

Am österreichischen Telekommunikationsmarkt ist TA der bei weitem größte Festnetzbetreiber, der darüber hinaus auch an der Wiener Börse und der New York Stock Exchange notiert.

Der Zugang zu Finanzmitteln kann auch im Zusammenhang mit strategischem Verhalten des SMP-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.

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 auf der Endkundenebene (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 für alternative Anbieter am Markt für Entbündelung ergeben sich vor allem aus dem Umstand, dass ein Wechsel zu einem anderen Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen nicht möglich ist. Auch gesetzt den Fall, es gäbe neben TA andere Anbieter von entbündelten Anschlussleitungen, so wären die nachfrageseitigen Wechselbarrieren als sehr hoch einzustufen, da der Entbündelungspartner jedenfalls hohe versunkene Investitionen zu tätigen hat. So sind etwa die Adaptierungskosten für den Kollokationsraum durch den Entbündelungspartner zu tragen, die Anbindung an die eigene Netzinfrastruktur (Backhaul) ist ebenso mit versunkenen Kosten verbunden. TA verfügt daher über erhöhte Verhandlungsmacht gegenüber Nachfragern nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen.

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 können die für die Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen erforderliche Allgemeingenehmigung (früher: Konzession) sowie Barrieren im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten betrachtet werden. Da die Erteilung der Allgemeingenehmigung lediglich mit einem geringen administrativen Aufwand und – im Vergleich zum Aufwand für die Infrastrukturerichtung – vernachlässigbaren Kosten verbunden ist, kann sie nicht als wesentliche Marktzutrittsbarriere betrachtet werden. Dies folgt auch aus der generell hohen Anzahl an erteilten Konzessionen/Allgemeingenehmigungen im Vergleich zu den aktiven Betreibern.

Barrieren in Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll. In beiden Fällen kann sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere darstellen, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen.

Das Verhalten am Markt wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren findet sich in § 35 Abs. 1 Z. 13 TKG 2003 als Kriterium zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Marktzutrittsbarrieren können aber nicht nur das Ergebnis von rechtlichen oder strukturellen (von Unternehmen nicht beeinflussbaren) Faktoren sein, sondern auch aus dem Verhalten eines Unternehmens resultieren. So kann zum Beispiel 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, seinen SMP-Markt gegen Marktzutritte zu verteidigen (entry deterrence). Die wichtigsten Praktiken in diesem Zusammenhang sind

- (i) einerseits vertikale Marktmachtübertragung (vom einem Vorleistungsmarkt auf einen nachgelagerten Markt) durch Verweigerung des Zugangs zu notwendiger nicht leicht duplizierbarer Infrastruktur, margin-squeeze, Diskriminierung mittels anderer Parameter wie Qualität, Produktcharakteristika, Verzögerungstaktiken, etc.,
- (ii) andererseits horizontale Marktmachtübertragung durch Quersubventionierung oder Bündelung sowie,
- (iii) „entry deterrence“ durch „predatory pricing“, Erhöhung von nachfrageseitigen Wechselkosten, exklusive Verträge oder Überinvestitionen.

Auf den Märkten für Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Märkte 1 und 2 in der TKMVO 2003) hat TA im Durchschnitt einen Marktanteil von rd. 95% der Anschlüsse sowie einen Marktanteil von praktisch 100 % auf dem gegenständlichen Markt (ON 24). Bezüglich der Übertragung von Marktmacht wird auf das oben zu 2.2.2. Ausgeführte verwiesen. TA hat erst jüngst nach mehr als zwei Jahren ein Wholesaleangebot für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleistung gelegt (Resale; in Abbildung 1 auf Wholesale-Ebene 2 ersichtlich).

Bei der Beurteilung der Relevanz von Marktzutrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte, wie z.B. der technische Fortschritt, zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren (SMP-Guidelines Rn 80). Auch in den nächsten (insbesondere ein bis zwei) Jahren sind keine technologischen Verän-

derungen zu erwarten, die Skalenvorteile und versunkene Kosten auf Grund von Leitungsverlegungen entscheidend verringern könnten.

Die Betrachtung der Indikatoren „Marktanteil“ und „Marktzutrittsbarrieren“ lässt – vor allem auf Vorleistungsmärkten – auch Schlüsse darüber zu, ob ein Unternehmen über Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur verfügt (s. § 35 Abs. 2 Z. 12 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines). Dies kann dann angenommen werden, wenn sowohl ein hoher Marktanteil als auch hohe Marktzutrittsbarrieren existieren. Beide Merkmale sind beim Doppeladeranschlussnetz der TA gegeben.

2.2.4.1. Hohe versunkene Kosten

Netzindustrien sind von hohen „Sunk Cost“ gekennzeichnet. Damit werden jene fixen Kosten umschrieben, die durch keine Art von Entscheidungen mehr beeinflusst werden können (absolut fixe Kosten). Wesentliche Investitionen fallen bei Anschlussnetzen in Form von Grabungsarbeiten und Wiederherstellung der Oberfläche an und sind auch bei einer Stilllegung nicht wiederverwendbar und damit nicht weiterveräußerbar. Ebenso erscheint es kaum sinnvoll, bei einer Stilllegung oder Kapazitätsreduktion bereits verlegte Kabel wieder auszugraben.

Eben dieser Umstand der hohen Sunk Cost in Netzindustrien stellt für den potentiellen 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 Cost, 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 (wie in der gesamten Netzindustrie) dazu, dass dieser Betreiber auch Preise anbieten wird, die unter den (historischen) Vollkosten zu liegen kommen. Ein Marktzutritt von neuen Betreibern wird damit unattraktiv/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 Cost und der langen (technischen) Lebensdauer dieser Investitionen ein Konzentrationsprozess erheblich länger dauert (Optimierung hinsichtlich Reduktion der Austrittskosten).

2.2.4.2. 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 durch einen einzigen Anbieter befriedigt werden kann und somit keine zwei Anbieter langfristig sinnvoll nebeneinander bestehen können. Die technologiebedingte „minimale effiziente Größe“ eines Unternehmens, ist dabei relativ groß bezogen auf die Marktnachfrage. Ein natürliches Monopol setzt sich also dann durch, wenn die Produktionskosten insbesondere auf Grund von Größenvorteilen, Dichtevorteilen und Verbundvorteilen bei jeder Ausbringungsmenge innerhalb des relevanten Bereichs subadditiv, das heißt geringer sind, als wenn mehrere Anbieter die gleiche Leistung erbringen, sind. Häufig werden (öffentliche) Versorgungsunternehmen wie beispielsweise Erdgas- oder Telekommunikationsgesellschaften, die von hohen Fixkosten und geringen Grenzkosten gekennzeichnet sind, in der wissenschaftlichen Literatur 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 Bündelungsvor-

teile aufgrund von „Nachbarschaftseffekten“, die durch die Besiedlungsdichte bestimmt sind. Es liegt eine Situation vor, in der die bestehende Nachfrage nach Anschlussleistung in einem geographisch 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 TA bergen hinsichtlich der zeitlichen Auslastung und hinsichtlich 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 (effiziente Faktorkombination, Nullgewinn und das Fehlen interner Subventionierungen) der unmittelbare Marktzutritt eines potentiellen Marktneulings wegen hoher Marktzutrittsbarrieren nicht erfolgt. Die Sunk Cost 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 Cost 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.

Derzeit in Österreich vorhandene Telekommunikationsanschlussnetze von Festnetzen beschränken sich im Wesentlichen entweder auf jenes des etablierten Betreibers (TA) oder auf Kabelfernsehnetze (CATV), die durch (gegebenenfalls nachträgliches) Umrüsten nach dem Ende des Monopols für das Erbringen des Festnetzsprachtelefonieverkehrs 1997, des Netzes auf Rückkanalfähigkeit die Möglichkeit haben, mit Telekommunikationsdienstleistungen Economies of Scope zu nutzen. Ohne diese Bündelung wäre ein Aufbau eines auf CATV-Technologie basierenden Anschlussnetzes für Sprachtelefonie undenkbar gewesen. Die damals neben dem Kupferdoppeladernetz der TA aufgebauten Kabelfernsehnetze (CATV) wurden ursprünglich ausschließlich zur Übertragung von Rundfunksignalen errichtet und nicht zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, sohin für einen anderen Markt. Kabelnetzbetreiber bieten ihre Dienste im jeweiligen Gebiet exklusiv an. Offenbar handelt es sich auch hier um natürliche Monopole bzw. besteht zumindest die oben beschriebene netzspezifische Marktmacht, die Mitbewerber abhält mit ähnlicher Infrastruktur im gleichen geographischen Bereich in Wettbewerb mit dem bereits vor Ort befindlichen Betreiber zu treten. In Österreich ist kein (relevantes) geographisches Gebiet bekannt, in dem zwei Kabelnetzbetreiber parallel auftreten, CATV-Netze sind daher in ihrem Einzugsbereich typischerweise exklusiv vertreten.

Auch sonst ist derzeit in Österreich kein Ausbau von österreichweiten flächendeckenden festnetzgebundenen Anschlussnetzen mit anderen Technologien wie z.B. FTTH (Fibre To The Home - Glasfaser) zu beobachten. Derzeit wird Glasfaser vor allem für die Erbringung von Mietleitungsdiensten an größere Unternehmen oder für Verbindungen in und zwischen Kern-Netzen, nicht jedoch in (flächendeckenden) Anschlussnetzen eingesetzt. Da die Errichtungskosten in Anschlussnetzen wesentlich von den Grabungsarbeiten und der Oberflächenbeschaffenheit, weniger jedoch von der Leitungsart abhängen, ist es heutzutage aus wirtschaftlicher Sicht praktisch undenkbar, dass ein Netzbetreiber doppeladernbasierende Leitungen statt zukunftsweisendere Technologien wie bspw. Glasfaser verlegt. Ungeachtet dessen, sind nur Doppeladernanschlussnetze im gegenständlichen Entbündelungsmarkt zu berücksichtigen.

Es bestehen beträchtliche Markteintrittsbarrieren vor allem aus den mit der Errichtung einer Netzinfrastruktur verbundenen hohen versunkenen Kosten. 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 ab-

sehbarer 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.

2.2.5. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (s. § 35 Abs. 1 Z. 12 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder größtenteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist (Indikator Marktanteil) und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen (Indikator Marktzutrittsbarrieren). 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 potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

TA ist ein vollkommen vertikal integriertes Unternehmen und verfügt als einziger Netzbetreiber in Österreich über ein (flächendeckendes) Doppeladeranschlussnetz.

Zwar bieten insbesondere auch Kabelnetzbetreiber (vor allem breitbandige) ihren Endkunden Zugänge über eigene Infrastruktur an und sind somit ebenfalls vertikal integriert, jedoch verfügt nur TA über ein österreichweites Zugangsnetz und ist somit das einzige Unternehmen, das Zugangsleistungen österreichweit 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 TA als Vorleistung abhängig.

Im Falle des Doppeladeranschlussnetzes, das Gegenstand des Entbündelungsmarktes ist, verfügt TA über die Kontrolle über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (bei gleichzeitiger Abwesenheit von nachfragerseitigen Gegenmacht).

2.2.6. Marktphase

Ein weiterer Aspekt bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt ist die Marktphase (s. § 35 Abs. 2 Z. 5 TKG 2003), da die Interpretation vieler Wettbewerbsindikatoren (Marktanteile, Marktzutrittsbarrieren, Preistrends, etc.) wesentlich davon abhängig ist, ob der Markt eben erst entstanden ist oder sich aber bereits in der Wachstums-, Konsolidierungs- oder Reifephase befindet.

Marktphasen können mittels der Betrachtung verschiedener Indikatoren im Zeitverlauf wie Anzahl Marktteilnehmer, Markteintritte, Marktaustritte, Gesamtumsatz, Gesamtmenge, Preise beobachtet und unterschieden werden. Da es sich bei der Entbündlung zum Einen um eine regulatorische Verpflichtung handelt und andererseits nur TA ein flächendeckendes Doppeladeranschlussnetz besitzt, tritt nur TA als Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen (auch unter Berücksichtigung von Eigenleistungen) auf. Weitere Marktein- und -austritte (Errichtung von eigenen Doppeladeranschlussnetzen) sind keine zu beobachten und in (nächster) Zukunft auch nicht zu erwarten. Sollte ein Betreiber trotz der hohen Marktzutrittsbarrieren sein eigenes Anschlussnetz errichten wollen, so wird er dies wohl kaum auf Basis von Doppeladern vornehmen, sondern auf andere Technologien (z.B. FTTH) zurückgreifen, die auch langfristig einer steigenden Nachfrage nach Übertragungskapazität (Bandbreite) gerecht werden können. Da die Entbündlungspreise regulatorisch festgelegt sind, können aus deren Veränderung keine Rückschlüsse auf die Marktphase getroffen werden; daher auch nicht aus dem Gesamtumsatz, der sich proportional zur Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen verändert.

Da TA der einzige Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen in Österreich ist, kann die Einschätzung der Marktphase nichts weiter zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen; eine zeitliche angebotsseitige Entwicklung des Marktes wie in einem nicht regulierten Markt ist daher nicht beobachtbar.

2.2.7. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

Das Verhalten am Markt (s. § 35 Abs. 1 Z. 13 TKG 2003) umfasst auch die folgenden Praktiken, wobei auf die Ausführungen zum Thema „verhaltensbasierte Marktbarrieren“ verwiesen wird.

Unter dem Begriff antikompetitives Verhalten können neben Praktiken der vertikalen marktmachtübertragung auch horizontale Marktmachtübertragungspraktiken (Bündelung, Quersubventionierung) subsumiert werden, die ebenso die Stärkung der eigenen Wettbewerbsposition zu Lasten der Mitbewerber zum Ziel hat. Marktabschottung („Foreclosure“) ist ein mögliche Strategie sowohl bei der vertikalen als auch bei der horizontalen Marktmachtübertragung. Diese ist beispielsweise in dem Umstand zu beobachten, dass es TA zur Voraussetzung macht, dass der Endkunde über einen aufrechten Vertrag für einen Sprachtelefonanschluss verfügen muss, will er xDSL von TA selbst oder aber xDSL von einem anderen Internet Service Provider im Rahmen eines Breitbandzugangs auf Vorleistungsebene beziehen. Für Entbündelung sind keine entsprechenden Beispiele bekannt.

Falls hingegen Preise kostenorientiert angeordnet werden, hat TA noch die Möglichkeit mittels nichtpreislicher Parameter Mitbewerber bei deren Leistungserbringung zu behindern. Dies kann beispielsweise durch Verzögerung der Leistungsbereitstellung erfolgen, Verweigerung bzw. überhöhte Preise („Excessive Pricing“) bei essentiellen Zusatzleistungen (z.B. Kollokation), durch Bereitstellung der Vorleistung im 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.

Das von Entbündelungspartnern berichtete Verhalten der TA bei verschiedenen Realisierungsfällen im Rahmen der Umsetzung der Entbündelungsverpflichtung deutet auf das Vorliegen solcher Anreize hin. So werden von Entbündelungspartnern insbesondere Fristüberschreitungen, zu geringe personelle Ressourcen bei TA, Koordinationsprobleme innerhalb TA sowie zwischen TA und Lieferfirmen, sowie Miethöhen bei den Kollokationsflächen als den Wettbewerb behindernde Faktoren genannt.

Es bestehen seitens TA Anreize, ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu praktizieren. Gäbe es die Entbündelung nicht als regulatorische Verpflichtung, die auch solches Verhalten mitberücksichtigt, würde sich dies aufgrund bestehender Anreize wahrscheinlich in den folgenden Ausprägungsformen manifestieren: Ungerechtfertigte Produktbündelung sowie Beeinflussung nichtpreislicher Parameter wie Qualität und Leistungsbereitstellungsfristen, bzw. sogar Verweigerung der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen. Für TA bestehen somit Anreize, kein diskriminierungsfreies Vorleistungsprodukt bzw. ein solches nur zu diskriminierenden Bedingungen anzubieten.

2.2.8. Weitere Indikatoren

Weitere den Rahmenbedingungen zuordenbare Indikatoren wie Normen und Standards sowie Markttransparenz haben für den Entbündelungsmarkt keine besondere Bedeutung, da Entbündelung als Vorleistungsprodukt bereits in der Vergangenheit regulatorisch angeordnet wurde und diese Anordnungen sämtliche die Leistungsbeziehung betreffenden Regelungen enthalten. Diese umfassen neben den Preisen auch Regelungen technischer und abwick-

lungstechnischer Natur. Darüber hinaus ist TA derzeit zum Zweck der Transparenz auch zur Legung eines Standardentbündelungsangebotes verpflichtet.

Bezüglich des Verhaltens sind weitere Indikatoren zu nennen, die jedoch für den Entbündelungsmarkt keine weitere Rolle spielen. 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.

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 Doppeladeranschlusnetzes 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 erfahren die genannten Indikatoren (insbesondere Preise sowie nichtpreisliche technische und abwicklungstechnische Parameter) bei Fehlen entsprechender regulatorischer Verpflichtungen, da dann eben die Möglichkeit besteht, Wettbewerber auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen durch Verweigerung der Entbündelung, über Preispolitik bzw. durch entsprechende Ausgestaltung nichtpreislicher Parameter zu diskriminieren. Anreize zu einem solchen Verhalten sind in der vertikalen Integration von TA begründet und in Punkt 2.2.2 erläutert.

Die in diesem Abschnitt angeführten Indikatoren können aufgrund der Tatsache, dass die Entbündelung samt Veröffentlichung eines Standardangebots derzeit eine regulatorische Verpflichtung darstellt, nicht weiter zur Beurteilung der aktuellen Wettbewerbssituation beitragen.

2.3. Ergebnis der Wettbewerbsanalyse am Entbündelungsmarkt

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

TA verfügt auf dem gegenständlichen Markt über einen Marktanteil von faktisch 100 %, wobei weiters hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen. TA verfügt somit über die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

TA hat damit im wirtschaftlichen Sinn eine hohe und beständige Marktmacht am „Markt für den Entbündelten Zugang einschließlich gemeinsamen Zugang zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ (Markt 13 der TKMVO 2003); die Entwicklung in Richtung effektiven Wettbewerbes am gegenständlichen 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.“

Der (Vorleistungs-)Markt der Entbündelung ist erst durch regulatorische Maßnahmen entstanden. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Entbündelung würde TA als vollständig integrierter Anbieter Entbündelung nicht anbieten. Selbst wenn TA diese Leistung freiwillig ohne regulatorische Verpflichtung anbieten würde, läge mangels Mitbewerber im Zugangsnetz kein selbsttragender Wettbewerb vor.

Ebenso führt die Übertragung von Marktmacht auf benachbarte Märkte zur Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren (auf diesen Märkten) und be- oder verhindert ceteris paribus dort die Entstehung von effektivem Wettbewerb.

Infrastrukturwettbewerb ist im Fall von (entbündelungsfähigen) Doppeladeranschlussnetzen de facto nicht zu beobachten. Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist TA der einzige Anbieter entbündelter Leitungen bzw. auch der einzige Betreiber eines solchen flächendeckenden Netzes. Ein solcher Infrastrukturwettbewerb ist auch in (absehbarer) Zukunft nicht zu erwarten, da wie in ON 24 ausgeführt, die Gegebenheiten eines natürlichen Monopols vorliegen.

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

- **Zugangsverweigerung:**
Alternative Betreiber haben mit Entbündelung einen höheren Grad an Autonomie und Flexibilität und könnten bei hinreichender Entbündelung TA mit eigenen Produkten insbesondere auf den nachgelagerten Endkundenmärkten, wettbewerblich unter Druck setzen. TA hat daher kein Interesse daran, diesen Wettbewerb zu ermöglichen und damit Umsätze zu verlieren, sondern vielmehr gegen den Wettbewerb gerichtete Anreize.
- **Excessive Pricing:**
Ist die Verweigerung der Zugangsleistung nicht möglich, so besteht für TA der Anreiz, Mitbewerber mittels überhöhter (nicht regulierter) Preise (Excessive Pricing) von der Nutzung der durch die Entbündelung gegebenen Möglichkeiten (flexible Endkundenangebote) fernzuhalten bzw. zu behindern. Ein solcherart motiviertes pricing könnte bei Mitbewerbern eine höhere Kostenstruktur bewirken – mit der Folge, dass diese ihre Produkte nicht mehr kostendeckend vermarkten könnten (Gefahr eines margin squeeze).
- **Wettbewerbshindernde Gestaltung nicht preislicher Parameter:**
Es besteht für TA 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.

Die Ausübung von Marktmacht durch Setzen von überhöhten Preisen, darunter werden Preise verstanden, die signifikant über den Kosten der Leistungserbringung liegen und die es dem Unternehmen erlauben, langfristig höhere Gewinne zu erzielen als dies in einem kompetitiven Markt möglich wäre, führt zu allokativen Ineffizienzen und somit zu Wohlfahrtsverlusten (ON 24). Als allokativ ineffizient werden Situationen dann bezeichnet, wenn durch eine Änderung der erzeugten Menge (im vorliegenden Fall einer Erhöhung) bzw. des Preises (im vorliegenden Fall einer Senkung) die Gesamtwohlfahrt erhöht werden könnte.

Die Analyse der Anreizstrukturen zeigt deutlich, dass TA keinen Anreiz hat, Entbündelung freiwillig als solche bzw. zu diskriminierungsfreien Bedingungen anzubieten. Die soeben geschilderten Wettbewerbsprobleme können daher auftreten.

3. Regulierungsinstrumente

3.1. Auswahl und Bewertung der Regulierungsoptionen für den Entbündelungs- markt

Ausgangspunkt für die Feststellung angemessener Regulierungsinstrumente sind die folgenden Wettbewerbsprobleme: (i) Zugangsverweigerung (ii) Excessive Pricing und (iii) die wettbewerbsbehindernde Gestaltung nicht preislicher Parameter sowie die gutachterlichen Vorschläge (ON 29) zur Operationalisierung der für geeignet erachteten Regulierungsinstrumente:

3.1.1. Zugang

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Markt für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen auf die entsprechenden Endkundenmärkte kann am ehesten 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 österreichweiten Doppeladeranschlussnetz der TA um eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (ON 24) handelt.

Das setzt voraus, dass auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich gemeinsamer Zugang (Shared Use) und Teilabschnitten (Teilentbündelung) und dafür notwendiger Annex-Leistungen (z.B. Kollokation etc.) ermöglicht wird. In Fragen der Zumutbarkeit, die nicht durch das Standardangebot (dazu sogleich unter 3.1.2) abgedeckt werden, sollte die Regulierungsbehörde angerufen werden können.

Um die Reduktion der Markteintrittsbarrieren zu erreichen, bzw. erhöhten Wettbewerb zu gewährleisten, dürfen die Entbündelungspartner in einem zukünftigen zwischen TA und den Entbündelungspartnern abzuschließenden Entbündelungsvertrag gegenüber den bisherigen Anordnungen zur Entbündelung (Z 12/00, Z 14/00 und Z 15/00 vom 12.3.2001) nicht schlechter gestellt werden. Andernfalls könnten unter gewissen Umständen Investitionen von Entbündelungspartnern frustriert werden und der Erfolg der Entbündelung und damit ihr Beitrag zum Wettbewerb auf Endkundenebene deutlich gehemmt werden.

3.1.2. Gleichbehandlungsverpflichtung und Standardangebot

Nur mit der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es möglich, für alle am gegenständlichen Markt tätigen alternativen Anbieter die gleichen Ausgangsbedingungen herzustellen. Die Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung hätte zur Folge, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von bspw. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Bedingungen ergeben würden, zu denen Entbündelung von TA bezogen werden kann.

Daraus würden sich für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbliche Ausgangslagen angesichts der festgestellten Abhängigkeit (Marktanteil der TA von ca. 95 % aller Anschlüsse bzw. einem Marktanteil von praktisch 100 % auf dem gegenständlichen Markt (ON 24) vom Bezug der Vorleistung) ergeben. Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der TA (bzw. ihres Vertriebsbereiches, Retailarm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsver-

zerrungen kommen würde. Der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren, insbesondere wenn es sich um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie gleichzeitig auf nachgelagerten Märkten im Wettbewerb stehen.

Der Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich des gemeinsamen Zugangs (Shared Use) und des Zugangs zu Teilabschnitten (Teilentbündelung) sowie zu dafür notwendigen Annex-Leistungen (z.B. Kollokation etc.) sind daher nichtdiskriminierend und öffentlich anzubieten.

Überdies sind sämtliche Leistungen hinreichend entbündelt anzubieten, somit derart aufgliedert zu gestalten, dass ein Entbündelungspartner nur solche Leitungen zu bezahlen hat, die er auch tatsächlich benötigt. Die Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes sollte daher den Regelfall für den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich gemeinsamer Zugang (Shared Use) und Teilabschnitten (Teilentbündelung) und dafür notwendiger Annex-Leistungen (z.B. Kollokation etc.) abdecken. Weitergehende Leistungen sollten im Einzelfall im Zusammenhang mit einer zumutbaren Nachfrage geklärt werden.

Durch Sicherstellung des Zugangs zu schwer ersetzbarer 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. Ist ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann beispielsweise das marktmächtige Unternehmen seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen erhöhen. Kann das Unternehmen nämlich die Kosten seiner Konkurrenten erhöhen, so führt dies zu einer Ausweitung seiner Marktanteile sowie zur Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt, was wiederum zu höheren Gewinnen des vertikal integrierten Unternehmens mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene führt (ON 29).

Das Unternehmen hat also einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht. Da es sich bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen um ein (technisch gesehen) komplexes Produkt handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes zur Erhöhung der Transparenz für Marktteilnehmer erforderlich.

3.1.3. Kostenkontrolle

Für TA besteht im Falle der Nichtregulierung ein Anreiz, Mitbewerber mittels überhöhter (nicht regulierter) Preise (Excessive Pricing) von der Nutzung der durch die Entbündelung gegebenen Möglichkeiten (flexible Endkundenangebote) fernzuhalten bzw. zu behindern, sollte die Verweigerung der Zugangsleistung nicht erfolgreich (aufgrund regulatorisch angeordneter Zugangsverpflichtung) sein (ON 24, S 44). TA kann daher ihre Gesamtgewinne erhöhen, wenn sie ihren Vorleistungspreis über die Kosten anhebt, da auch im Falle einer

Endkundenpreiserhöhung aufgrund des Marktanteiles von ca. % 95 im Anschlussbereich kein entsprechender Endkundenumsatzverlust erwartet werden muss. TA hat daher auch einen ökonomischen Anreiz zu einem solchen Verhalten. Gleichzeitig wäre es der TA auch möglich, ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt durch externe Bereitstellung an Wettbewerber zu höheren Preisen als bei der internen Bereitstellung einer Preis-Kosten-Schere (margin-squeeze) auszusetzen. Eine Preiskontrolle ist daher erforderlich.

Es bestehen unter Verweis auf das Dokument der European Regulators Group, „Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“, ERG (2004), folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten:

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

Im Folgenden werden dazu die ökonomischen Ansätze und Prinzipien des oben erwähnten Dokuments der European Regulators kurz wiedergegeben:

Kostenorientierung ist nach ERG (2004) die geeignetste Maßnahme in jenen Fällen, in denen ein marktmächtiges Unternehmen auf Vorleistungsebene Preise über Kosten verlangen kann und seine Marktmacht nicht durch absehbaren Wettbewerb eingeschränkt werden wird. Letzteres trifft insbesondere zu, wenn Infrastruktur nicht ersetzbar ist. 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 (ERG (2004), Prinzip 2).

ECPR-Preise (Efficient component pricing) 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). Efficient component pricing ist ohne Endkundenpreisregulierung, bzw. bei Vorliegen von Endkundenpreisen auf Wettbewerbsniveau, nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf kostenorientiertes Niveau zu senken, da der Vorleistungspreis auf Basis des Endkundenpreises abzüglich der [Anm. Retail-] Kosten eines effizienten Unternehmens berechnet wird und daher überhöhte Endkundenpreise zu überhöhten Vorleistungspreisen führen. Stellen aber überhöhte [Anm. Endkunden-] Preise kein Wettbewerbsproblem dar, so scheint dieser Preisansatz geeignet zu sein. Ist z.B. Wettbewerb absehbar, können Verzerrungen auf Grund von überhöhten Preisen vernachlässigbar sein. Die Anwendung von Retail-minus verhindert margin-squeeze, da ein Zusammenhang zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen vorliegt und ein effizienter Mitbewerber auf dem Endkundenmarkt bestehen kann. 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 (ERG (2004), 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 Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Benchmarking kann insbesondere dann von Vorteil sein, wenn noch keine Kostenmodelle ausgearbeitet wurden oder wenn Kostenorientierung nicht verhältnismäßig ist.

Es handelt sich am Entbündelungsmarkt – aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten – großteils um schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur.

Die beiden oben genannten wettbewerbsverzerrenden Verhaltensweisen betreffend Preise können bei einem wirtschaftlich nicht replizierbaren Vorleistungsprodukt – und beim Anschlussnetz der TA handelt es sich um ein solches – nur dadurch verhindert werden, dass der Zugangspreis auf der Vorleistungsebene kostenorientiert reguliert wird. So kann sowohl verhindert werden, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem margin-squeeze ausgesetzt werden, wobei anzumerken ist, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch Setzen von Preisen unter den Kosten am nachgelagerten Endkundenmarkt seine Mitbewerber einem margin-squeeze aussetzt. Kostenorientierte Bereitstellung 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.

Grundsätzlich sind 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, welche Einheiten zu einem einheitlichen Tarif zusammengefasst werden und wo die Grenzen der Differenzierung beginnen. Im Extremfall ist jede Teilnehmeranschlussleitung entsprechend den Kosten zu tarifieren. Dies ist keinesfalls praktikabel und würde zu einer intransparenten Preisstruktur und hohen Transaktionskosten führen. Allenfalls wären größere Aggregations Ebenen 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 höheren Preis zahlen als solche, die zu einem teuren Tarif zu versorgen wären (ON 29, S 23). Wettbewerber sind daher in der Lage, in den Regionen mit geringeren Kosten in Konkurrenz zu treten und – sofern sie nicht auch in den teuren Gebieten vertreten sind – mit günstigeren Preisen als TA zu agieren.

Zur Frage der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

- (i) Unmittelbare Festlegung der Entbündelungsentgelte durch die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003
- (ii) Verpflichtung zur ex-ante-Genehmigung von Entgelten durch die Regulierungsbehörde
- (iii) Abstrakte Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall

Im dritten Fall wird die Verpflichtung, einen bestimmten Preismaßstab (Kostenorientierung) einzuhalten, nur abstrakt auferlegt, und erst im Anlassfall konkretisiert. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt in diesem Fall nur subsidiär im Anlassfall, falls keine privat-

rechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen.

3.1.4. Getrennte Buchführung

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

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

3.1.5. Fazit

Mit den untersuchten Regulierungsinstrumenten (Zugangspflichtung, Verpflichtung zur Kostenorientierung, Gleichbehandlungsverpflichtung inkl. Standardangebot und getrennte Buchführung) kann also sowohl dem Wettbewerbsproblem der Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern durch überhöhte Preise, als auch dem der Übertragung von Marktmacht in den Endkundenmarkt durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs auf der Vorleistungsebene entgegengewirkt werden.

Das Wettbewerbsproblem der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Erhöhung der nachfrageseitigen Wechselkosten kann durch die Aufnahme der Mindestvertragsdauer sowie Regelungen über Pönalen bei vorzeitiger Vertragskündigung in das Standardangebot vermieden werden.

Folgende Maßnahmen sind daher grundsätzlich geeignet, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen:

- Zugangsverpflichtung zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich gemeinsamer Zugang (shared use) und Teilabschnitten davon (Teilentbündelung) sowie dafür notwendiger Annex-Leistungen,
- kostenorientierte Entgelte,
- getrennte Buchführung,
- Gleichbehandlungsverpflichtung sowie
- die Veröffentlichung eines Standardangebots.

Weitere Regulierungsinstrumente, die geeignet sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu entschärfen, existieren nicht (ON 29).

C. Beweiswürdigung

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 Dr. Bernd Hartl, Mag. Paul Pisjak und DI Kurt Reichinger im Marktanalyse-Gutachten (ON 24). Die aus ökonomischer Sicht geeigneten Regulierungsinstrumente ergeben sich aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) der Amtssachverständigen Dr. Bernd Hartl, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass sich aus dem von der TA vorgelegten Privatgutachten von EE&MC vom April 2004 (ON 20) keine gegenteiligen Anhaltspunkte ergeben, weil sich dieses vorgelegte Gutachten nicht auf den hier gegenständlichen Markt bezieht (vgl. diesbzgl. zur Frage der Marktabgrenzung Punkt 5.2.4 „Abschließende Bemerkungen“ zur Marktabgrenzung „Sprachtelefonie“, Punkt 5.3.5 „Abschließende Bemerkungen zur Marktabgrenzung im Bereich des „Breitbandes““, Punkt 5.4.4 „Abschließende Bemerkungen“ zur Marktabgrenzung „Mietleitungen“, sowie zur Frage der Marktanalyse Punkt 6.4 „Schlussfolgerungen“ im Bereich der „Sprachtelefonie“, Punkt 7.4. „Schlussfolgerungen“ im Bereich des „Breitbandes“ sowie Punkt 8.4. „Schlussfolgerungen“ im Bereich der „Mietleitungen“ der ON 20).

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

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

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Frage der Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss:

Die am 18. Dezember 2000 vom Europäische Parlament und dem Rat erlassene Verordnung Nr. 2887/2000 (ABI L 336 vom 30.12.2000, S. 4f) regelt den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Sie wurde am 30.12.2000 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht und trat mit 2.1.2001 als in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare Rechtsvorschrift in Kraft.

In Bezug auf das Verhältnis der Verordnung Nr. 2887/2000 zu den einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie (RL 2002/221/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates über

einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) im Bereich der Marktanalyse und der Auferlegung geeigneter und angemessener Regulierungsinstrumente für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Art. 16 der Rahmenrichtlinie bzw. § 37 TKG 2003) ist Artikel 27 der Rahmenrichtlinie einschlägig.

Voraussetzung für die Anwendung der Verordnung Nr. 2887/2000 ist die Meldung eines Betreibers als „gemeldeter Betreiber“ durch die nationale Regulierungsbehörde. Der Begriff des „gemeldeten Betreibers“ in Art 3 Abs. 2 der VO Nr. 2887/2000 wird in Art. 2 lit. a leg. cit. definiert. Demzufolge gilt als „gemeldeter Betreiber“ ein Betreiber des öffentlichen Telefonfestnetzes, der von seiner nationalen Regulierungsbehörde als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht im Bereich der Bereitstellung öffentlicher Telefonfestnetze und entsprechender Dienste im Sinne von Anhang I Abschnitt 1 der Richtlinie 97/33/EG bzw. der Richtlinie 98/10/EG gemeldet wurde.

Artikel 27 Rahmenrichtlinie hält nun fest, dass Betreiber öffentlicher Festtelefonnetze, die von ihrer nationalen Regulierungsbehörde als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung öffentlicher Festtelefonnetze und -dienste im Rahmen des Anhangs I Teil 1 der Richtlinie 97/33/EG oder der Richtlinie 98/10/EG ausgewiesen wurden, für die Zwecke der Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 nur mehr solange als "gemeldete Betreiber" betrachtet werden, bis das Marktanalyseverfahren nach Artikel 16 abgeschlossen wurde. Anschließend werden diese Betreiber von der Europäischen Kommission für die Zwecke der Verordnung Nr. 2887/2000 nicht mehr als "gemeldete Betreiber" angesehen.

§ 37 TKG 2003 setzt Artikel 27 der Rahmenrichtlinie in innerstaatliches Recht um. Der gegenständliche Markt Nr. 13 der TKMVO 2003 entspricht in sachlicher Hinsicht dem Geltungs- und Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 2887/2000. Mit dem rechtskräftigen Bescheid in diesem Verfahren wird TA von der Europäischen Kommission nicht mehr als „gemeldeter Betreiber“ iSd Verordnung Nr. 2887/2000 angesehen. Der Umfang der auferlegten Regulierungsinstrumente hat sich daher ausschließlich an den Maßstäben der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit des § 37 Abs. 2 TKG 2003 zu orientieren, während gem. § 37 Abs. 2 TKG 2003 die Auswahl der Regulierungsinstrumente nach §§ 38 – 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 zu erfolgen hat. Zu den maßgeblichen Bestimmungen des „neuen Rechtsrahmens“, siehe Punkt D 5 dieses Bescheids.

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

3. Allgemeines

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

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

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

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

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

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

Der für das gegenständliche Verfahren zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht relevante Markt ergibt sich aus der am 17.10.2003 in Kraft getretenen sowie hier einschlägigen und anwendbaren TKMVO 2003 der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH vom 15.10.2003. Diese definiert in ihrem § 1 Z 13 den Vorleistungsmarkt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“.

Die in dieser Verordnung enthaltenen Märkte, so auch der in diesem Verfahren gegenständliche, sind gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 als Märkte anzusehen, die möglicherweise der ex-ante-Regulierung zugänglich sind.

In Bezug auf die Feststellung zur sachlichen Marktabgrenzung wird auf die erläuternden Bemerkungen zu § 1 TKMVO 2003 verwiesen (siehe auch Punkt II B 1.1 dieses Bescheides).

Die bundesweite Marktabgrenzung ergibt sich aus § 2 TKMVO 2003.

TA 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 am Beispiel der CATV-Technologie sowie im Hinblick auf die Abgrenzung des gegenständlichen Marktes gegenüber einem „Breitbandzugangsmarkt“.

Diesbezüglich ist wie folgt auszuführen:

Zur sachlichen Abgrenzung des relevanten Marktes im Bereich des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission insbesondere 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 gemäß leg. cit. 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.

Hier ist ferner darauf hinzuweisen, dass dieser Ansatz der Legaldefinition der relevanten Märkte bereits im ONP-Rechtsrahmen verfolgt wurde. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die vorgenommenen Legaldefinitionen des Zusammenschaltungsmarktes Art 7 Abs 2 S 4 RL 97/33/EG sowie auf die in Anhang I der RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG definierten Telekommunikationsnetze und –dienste.

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 RahmenRL 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. Der Markt für „Entbündelten Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 der TKMVO 2003 ist daher Grundlage für dieses Verfahren zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht.

TA führte in ihren Stellungnahmen (ON 28 und ON 32) ferner aus, dass die Auswirkungen des Verbindungsnetzbetriebes (Carrier Preselection und Call by Call) bei der Marktanalyse zu berücksichtigen seien, da durch den Verbindungsnetzbetrieb die wirtschaftliche Bedeutung der Entbündelung zurückgegangen sei.

Diesbezüglich ist auf die Bestimmung des § 46 TKG 2003 zu verweisen. Diese Bestimmung normiert, dass die Regulierungsinstrumente der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl gegebenenfalls „bei der Bereitstellung des Anschlusses“ aufzuerlegen sind. Die „Bereitstellung des Anschlusses“ wird durch die Märkte Nr. 1 und 2 der TKMVO 2003 erfasst. Die dort enthaltenen Märkte sind die Märkte für den Zugang von Privatkunden, bzw. Nichtprivatkunden, zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Diese beiden Märkte sind Endkundenmärkte. Es ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass die Regulierungsinstrumente der Betreiberauswahl und der Betreibervorauswahl ungeachtet etwaiger Auswirkungen auf den vorliegenden Markt nicht als Regulierungsinstrumente für den gegenständlichen Vorleistungsmarkt anzusehen sind.

Ferner hat die Telekom-Control-Kommission diesbezüglich erwogen, dass theoretisch mögliche Auswirkungen des Verbindungsnetzbetriebes allenfalls bei der Frage der Marktabgrenzung des gegenständlichen Marktes im Rahmen der diesbezüglich anzustellenden Substitutionsüberlegungen zu berücksichtigen ist. Die Telekom-Control-Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf die bezüglich der Marktabgrenzung anwendbare TKMVO 2003 sowie auf die erläuternden Bemerkungen zur TKMVO 2003, aus denen hervorgeht, dass der Verbindungsnetzbetrieb weder als Bestandteil, noch als Substitut zur Entbündelung anzusehen ist. Die Auswirkung von Produkten der Verbindungsmärkte auf die Gesamtgröße des gegenständlichen Vorleistungsmarktes waren daher, entgegen dem Vorbringen der TA, bei der Wettbewerbsanalyse des vorliegenden Marktes nicht zu berücksichtigen.

5. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

Primäres Ziel dieses Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder

aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen.

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

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

In Ziffer 114 der Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L C 165/6 vom 11.7.2002 (im Folgenden: SMP-Leitlinien) wird in Bezug auf das Auferlegen von Regulierungsinstrumenten im Falle der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht wie folgt ausgeführt: „Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen, ist jedoch nicht mit den Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens vereinbar, insbesondere nicht mit Artikel 16 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie. Mit anderen Worten, die NRB [nationalen Regulierungsbehörden, Anm.] müssen einem Unternehmen, das als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurde, mindestens eine Verpflichtung auferlegen.“

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

6. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

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

Die Erläuterung zu § 35 TKG 2003 geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

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

7. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am gegenständlichen Markt

Eine wesentliche Zielsetzung der Regulierung ist die Schaffung von Wettbewerb, insbesondere am Endkundenmarkt. Der Kunde kann 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 Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (ABl. C 165, S. 5 vom 11.7.2002) fest, dass „bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen 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 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 bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt um „theoretische, denkmögliche Wettbewerbsprobleme [...] handelt, die somit präventiv mit tatsächlichen Regulierungsaufgaben „bekämpft“ werden“ geht.

Infrastrukturwettbewerb ist im Fall von (entbündlungsfähigen) Doppeladeranschlussnetzen de facto nicht zu beobachten. Wie die obigen Ausführungen unter Punkt B zeigen, ist TA 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 wie in Kapitel B.2.2.4.2 ausgeführt, die Gegebenheiten eines natürlichen Monopols vorliegen. Die Entbündelung ermöglicht es jedoch durch die hohe Wertschöpfungstiefe, zB aufgrund der zu tätigen Infrastrukturinvestitionen von alternativen Anbietern, der Zielvorstellung eines Infrastrukturwettbewerbs (§ 1 Abs. 2 Zi. 2 lit c TKG 2003) nahe zu kommen.

TA kritisierte (ON 32, S 4 und S 5) in diesem Zusammenhang, dass die Regulierungsbehörde im Marktanalysegutachten zu den Sprachtelefoniemärkten feststellte, dass sich Wettbewerber auf den Endkundenmärkten [...] sehr rasch etablieren konnten. Es wäre unabdingbar gewesen, zu prüfen, ob die Maßnahmen auf den Vorleistungsmärkten ausreichen, um Wettbewerb sicherzustellen. Ferner seien für kurzfristig auftretende Wettbewerbsprobleme die Kartellgerichte bzw. die Bundeswettbewerbsbehörde zuständig. Im Zusammenhang mit dem oben ausgeführten zum Thema selbsttragender infrastrukturbasierter Wettbewerb, ist die Telekom-Control-Kommission der Ansicht, dass eine Regulierung des gegenständlichen Vorleistungsmarktes nach wie vor notwendig ist, um das erreichte Wettbewerbsniveau auf den nachgelagerten Endkundenmärkten nicht zu schwächen. Ferner ist die Frage des Ausreichens der Regulierung auf Vorleistungsmärkten nur bei der Regulierung von Endkundenmärkten zu stellen (Primat der Regulierung der Vorleistungsmärkte). In Bezug auf das Vorbringen der TA zur Zuständigkeit der Kartellgerichte und der Bundeswettbewerbsbehörde im Falle von kurzfristig auftretenden Wettbewerbsproblemen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass es Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission

nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen ausreichend zu bekämpfen. Da sich aus den getroffenen Feststellungen ergibt, dass die geschilderten Wettbewerbsprobleme primär ihre Ursache im nicht stattfindenden selbsttragenden infrastrukturbasierten Wettbewerb haben, konnte daher den Ausführungen von TA nicht näher getreten werden.

Die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht der TA und die korrespondierende Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt entsprechen daher dem sowohl durch Art. 17 der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie, 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 des Marktführers Telekom Austria, da gemäß den Feststellungen (ON 24) nicht von einer wirtschaftlichen Duplizierung des flächendeckenden österreichweiten Kupferdoppeladernetz der TA durch alternative Anbieter ausgegangen werden kann.

Das Marktanalyse-Gutachten der Amtssachverständigen (ON 24) untersucht eingehend die Situation auf dem genannten Markt, insbesondere an Hand der relevanten Marktmacht-Indikatoren aus ökonomischer Sicht und hält fest, welche Kriterien – aus ökonomischer Sicht – (eher) für oder gegen eine Marktbeherrschung (bzw. beträchtliche Marktmacht) sprechen.

Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass TA als integriertes Unternehmen flächendeckend tätig ist, ist die Frage zu beantworten welche Konsequenzen die Aufhebung der bislang bestehenden Regulierungsverpflichtung für den Wettbewerb auf diesem Markt hätte. Aus dem Marktanalyse-Gutachten (ON 24) und aus dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, dass eine Nichtauferlegung der Regulierungsinstrumente gemäß Punkt 2 des Spruches dieser Anordnung zu einer beträchtlichen Verschlechterung der Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichen Markt sowie auf nachgelagerten Märkten insofern führen würde, als angesichts der festgestellten Anreize für TA zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zumindest mit einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen für alternative Anbieter wenn nicht sogar mit einer Verweigerung der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu rechnen wäre.

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

7.1.1. Marktteilnehmer und Marktanteile

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

Die aus ökonomischer Sicht hohe Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ für die Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung (single dominance) leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammen-

hang zwischen Marktanteilen und Profitabilität (in Form der price-cost margin) ab. So gibt es sowohl theoretisch als auch empirisch einen positiven Zusammenhang zwischen (unternehmensindividuellem) Marktanteil und (unternehmensindividueller) price-cost margin. Weder die empirische noch die theoretische Literatur vermögen allerdings abschließende Auskunft darüber zu geben, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt (oder gar erwiesen ist).

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

Besonders hohe Marktanteile liefern, von aussergewöhnlichen Umständen abgesehen, ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (EuGH Hoffmann-La Roche/Kommission, Rn. 41, und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-82/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60; EuG I vom 12. Dezember 1991 in der Rechtssache T-30/85, Hilti/Kommission, Slg. 1991, II-1439, Rn. 91, vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1994, II-755, Rn. 109, und Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, Rn. 76). Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (AKZO/Kommission, Rs C-62/1986 Rn. 60) liefert ein Marktanteil von mehr als 50 % für sich bereits den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf dem betreffenden Markt. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist.

Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen. Der Marktanteil beträgt im gegebenen Fall gemäß den Feststellungen nahezu 100 %. Die Ermittlung von Konzentrationsmaßen erübrigt sich aufgrund dieses Marktanteils.

Bei der Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht aufgrund der Verteilung der Marktanteile ist gemäß der Rspr der EK auch auf die Verteilung der Marktanteile der Wettbewerber, insbesondere auch auf den Abstand zum nächstgrößten Wettbewerber zu berücksichtigen. TA ist der einzige Betreiber in Österreich, der entbundene Teilnehmeranschlussleitungen anbietet, die Frage des Abstandes zum zweitgrößten Anbieter stellt sich daher nicht. 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 entsprechender Angebote.

Mit der Höhe der Marktanteile geht die Anforderung an entlastende Umstände einher; allgemein kann festgehalten werden, dass bei sehr hohen Marktanteilen die Feststellung der Marktbeherrschung nur dadurch erschüttert werden könnte, dass beweisbare entlastende Umstände zweifelsfrei vorliegen (vgl. Stratil, TKG 2003, S. 104) und klar gegen eine beherrschende Stellung sprechen.

Schröter in Schröter/Jakob/Mederer im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003) hält fest (S. 856), dass „die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Weiters wird festgehalten, dass „Unternehmen in Monopolstellung [] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist“ (vgl. auch GroebenThiesing/Ehlermann in Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, S. 2/788, Langen/Bunte in Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 2145 sowie von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemein-

schaft, Rz. 94 zu Art. 82 EG). Immenga/Mestmäcker bestätigt diese Ausführungen im Kommentar zum EG-Wettbewerb (S. 708, mit einer Reihe von Nachweisen), dass „der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen Monopols auf dem relevanten Markt [] marktbeherrschend [ist]“.

Barfuss/Wollmann/Tahedl („Österreichisches Kartellrecht“, S. 89) halten in diesem Zusammenhang zum nationalen Wettbewerbsrecht wie folgt fest: „Kein Wettbewerb bedeutet, dass auf dem in Frage kommenden Markt nur ein einziger Unternehmer, als Anbieter oder Nachfrager, vorhanden ist. Die Eigenschaft der Marktbeherrschung ergibt sich hier unmittelbar aus der Abgrenzung [] Tatsächliche Monopole werden dort zu finden sein, wo die Waren oder Leistungen eines Unternehmens nicht substituierbar sind“. Festgehalten wird darüber hinaus, dass der Grund, warum sich ein Unternehmen der „kontrollierenden Wirkung eines funktionsfähigen Wettbewerbs“ entziehen kann, zumeist im hohen Marktanteil liegt.

Schlussfolgerung:

In Österreich hat TA (auch unter Berücksichtigung von Eigenleistungen aller einschlägigen Anbieter) bei entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen einen Marktanteil von faktisch 100%, und ist damit faktischer Monopolanbieter. Es herrscht somit kein Wettbewerb. Ohne die regulatorische Verpflichtung zur Entbündelung würde TA die Entbündelung nicht anbieten. Selbst wenn TA diese Leistung ohne regulatorische Verpflichtung (also freiwillig) anbieten würde, läge kein selbsttragender Wettbewerb am gegenständlichen Markt vor.

Selbst wenn zu berücksichtigen ist, dass Marktanteile alleine hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreichend sind (Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78)), kann aus der Analyse aufgrund des Marktanteils (mengen- und umsatzmäßig) von nahezu 100 % doch gefolgert werden, dass in Bezug auf diesen Indikator die Grundlage für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht gegeben ist. Die getroffenen Feststellungen legen ferner die Vermutung nahe, dass in absehbarer Zukunft keine Änderung dieses Zustandes zu erwarten ist.

Auch wenn die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 – analog zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – davon ausgehen, dass nicht sämtliche Marktmachtkriterien zu prüfen sind, falls bereits „Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters“ besteht, werden in weiterer Folge von der Telekom-Control-Kommission zusätzliche Marktmacht-Indikatoren bewertet.

7.1.2. Vertikale Integration

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Unter diesem Begriff wird verstanden, dass ein Unternehmer nicht nur auf dem gegenständlichen Markt, sondern auch auf einem weiteren (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. die Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze) zur Anwendung zu bringen.

Im gegenständlichen Fall ergibt sich diese Problematik aus der Tatsache, dass nur TA über ein flächendeckendes auf Doppeladern basierendes Anschlussnetz verfügt. Dieses Anschlussnetz stellt im Verhältnis zu den Endkundenmärkten eine Vorleistungsstufe dar, welche die alternativen Anbieter mit wirtschaftlichen Mitteln nicht umgehen können.

Da daher jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten am Vorleistungsmarkt abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen,

die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am selben nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit dem nach Vorleistung suchenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu anti-kompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten. TA ist ein vollintegrierter Betreiber, der derzeit im Anschlussbereich sämtliche Retailprodukte anbietet (ON 24), während auf der Vorleistungsebene 1 derzeit Breitbandzugang angeboten wird, ferner ist TA derzeit dazu verpflichtet, auf der Vorleistungsebene 2 Entbündelung anzubieten.

Schlussfolgerung:

Durch die vertikale Integration der TA, 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.

7.1.3. Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen (§ 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003) und gemeinsamen (§ 35 Abs. 4 Z 3 TKG 2003) marktbeherrschenden Stellung angeführt.

Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten. Die Europäische Kommission geht in ihrer Rechtsprechung vom Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht aus, wenn (große) Abnehmer innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens ihre Nachfrage bei anderen Vorleistungsbereitstellern decken können, sollten sich die Konditionen für den Bezug des notwendigen Vorleistungsprodukts verschlechtern (vgl. die Entscheidungen der EK in den Fällen IV/M.1225 Enso/Stora, Rn 84ff sowie Comp/M.1313 Danish Crown/Vestjyske Slagterier, Rn 171ff).

Um nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene ausüben zu können, muss der Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zunächst über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotenzial verfügen; d.h. er muss ein erhebliches Nachfragevolumen auf sich konzentrieren und dem Anbieter gegenüber glaubwürdig androhen können, dieses zu reduzieren, sollte der Anbieter den Forderungen nach einem niedrigeren Preis nicht nachgeben. Die Drohung, die Leistung von einem anderen Anbieter zu beziehen oder sie selbst zu produzieren, ist die effektivste und glaubwürdigste im Zusammenhang mit Nachfragemacht. Diese steht allerdings einem Nachfrager auf dem gegenständlichen Markt nicht zur Verfügung, da der Marktanteil der TA praktisch 100 % beträgt, was seine Verhandlungsmacht ganz erheblich einschränkt, und die Errichtung eines eigenen flächendeckenden österreichweiten Anschlussnetzes wirtschaftlich nicht möglich ist. Die Verhandlungsmacht alternativer Anbieter wird ferner einerseits dadurch verringert, dass die Umsätze aus Entbündelung für TA eine quantität negligible sind, und TA daher nicht auf diese angewiesen ist und andererseits dadurch, dass TA durch Entbündelung potentiell Endkundenumsätze verloren gehen.

Schlussfolgerung:

Aufgrund des beinahe 100%igen Marktanteils der TA auf dem gegenständlichen Markt für das Anbieten von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen, hat nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission – mangels Alternativen - kein einziger Nachfrager nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen die Möglichkeit, seinen Bedarf bei anderen Bereitstellern des Vorleistungsproduktes decken zu können oder wegen hoher Marktzutrittsbarrieren (sunk cost) selbst erbringen zu können. Der Marktmachtindikator der fehlenden nachfrageseitigen Gegenmacht liegt daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission vor.

7.1.4. Marktzutrittsbarrieren und fehlender potentieller Wettbewerb

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

In ihrer Märkteempfehlung unterscheidet die Europäische Kommission zwischen zwei Arten von Marktzutrittsbarrieren, nämlich strukturell bedingten und rechtlich bedingten Hindernissen. Als dritte Gruppe von Barrieren gibt es noch jene, die durch das Verhalten eines Unternehmens entstehen (strategische bzw. endogene Marktzutrittsbarrieren).

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

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken können dazu führen, dass ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil, sich unabhängig von seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern (EuGH Rs United Brands, 14.2.21978) verhalten kann und bspw. Preise über den Kosten verlangen kann.

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

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

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

1. Zur Wahrscheinlichkeit des Markteintrittes:

Der Rechtsprechung der EK folgend, gilt ein Markteintritt eines potentiellen Wettbewerbers nur dann als hinreichend wahrscheinlich, um die Marktmacht eines marktmächtigen Unternehmens zu beschränken, wenn wahrscheinlich ist, dass ein solcher Markteintritt auch angesichts möglicher Gegenreaktionen des marktmächtigen Unternehmens als ausreichend rentabel erscheint (Entscheidungen der EK zu M.1383 – Exxon/Mobil, Rz 221ff; M 330 . McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann, Rz 73 ff sowie M.269 – Shell/Montecatini, Rz 85ff). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist auf Grund der mangelnden Wirtschaftlichkeit nicht davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft ein zweiter Anbieter eines flächendeckenden Doppeldernetzes in den gegenständlichen Markt eintreten wird.

2. Kurzfristige Durchführbarkeit des Markteintritts und Erheblichkeit desselben:

Die Geltungsdauer des gegenständlichen Bescheides ist jedenfalls mit dem Abschluss eines zukünftigen Verfahrens zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht befristet. Die einem solchen zukünftigen Verfahren zugrundeliegende TKMVO 2003 gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 muss jedenfalls alle zwei Jahre überprüft werden. Wenn nun auch keine eindeutige Frist, innerhalb derer ein Markteintritt erfolgen muss, aus der Entscheidungspraxis der EK abgeleitet werden kann, so ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission doch davon auszugehen, dass innerhalb der für die Geltungsdauer dieser Anordnung, kein zusätzlich in den gegensätzlichen Markt eintretendes Unternehmen ein flächendeckendes Doppeladernetz aufbauen kann. Auch gesetzt den Fall, es gäbe neben TA andere Anbieter von entbündelten Anschlussleitungen, so wären die nachfrageseitigen Wechselbarrieren als sehr hoch einzustufen, da der Entbündelungspartner jedenfalls hohe versunkene Investitionen (z.B. notwendige Kollokationsräumlichkeiten, Anbindung an die eigene Netzwerkinfrastruktur) zu tätigen hat.

Nachfrageseitige Wechselbarrieren am Markt für Entbündelung ergeben sich im gegenständlichen Verfahren vor allem aus dem Umstand, dass mangels Entbündelungsanbieter bis auf TA ein Wechsel eben nicht möglich ist.

Als rechtliche Marktzutrittsbarrieren am Markt für Entbündelung können nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten bestehenden Barrieren betrachtet werden. Aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten und andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll, können sich in beiden Fällen aufgrund des mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwandes Markteintrittsbarrieren ergeben, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste zunehmen.

Schlussfolgerungen:

Im Doppeladerfestnetzanschlussbereich sind nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in absehbarer Zukunft keine wesentlichen Neuerungen zu erwarten, da keine technologischen Entwicklungen zu erwarten sind, die Größenvorteile und versunkene Kosten aufgrund von Leitungsverlegungen entscheidend verringern können. Hohe Marktzutrittsbarrieren bestehen daher weiterhin auf Grund hoher zu tätiger Investitionen, die im Falle eines Marktaustrittes verloren wären sowie aufgrund der Subadditivität der Kosten im Anschlussnetz, da es sich um ein regional begrenztes natürliches Monopol handelt. Da aufgrund geringerer Größe und höherer Unsicherheit hinsichtlich zukünftiger Ertragskraft (kleinere) Markteinsteiger oft einen wesentlich eingeschränkteren Zugang zu finanziellen Ressourcen (§ 35 Abs. 1 Zi. 11 TKG 2003 sowie in den SMP-Guidelines §78) haben, als das etablierte Unternehmen, sieht die Telekom-Control-Kommission auch diesbezüglich den Marktmachtindikator der Markteintrittsbarrieren (ON 24, S 36) als vorliegend an. Die Marktzutrittsbarrieren bleiben daher auch zukünftig sehr hoch und es ist somit auch weiterhin kein selbsttragender Wettbewerb zu erwarten. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht daher dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von alleiniger Marktmacht (single dominance).

7.1.5. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

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

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (s. § 35 Abs. 1 Z 12 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder größtenteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Der Begriff der nicht leicht zu ersetzenden Infrastruktur stellt daher in erster Linie auf das bereits bestehende Kupferdoppeladernetz der TA ab, da dieses für eventuell neu in den gegenständlichen Markt eintretende Betreiber mit wirtschaftlichen Mitteln nicht duplizierbar ist.

Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem entsprechenden Unternehmen, (in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht) Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Durch die vertikale Integration der TA, die sowohl auf beiden Vorleistungsmärkten 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 Markt für terminierende Segmente auch auf den Endkundenmarkt. Da die TA über einen Marktanteil von nahezu 100 % am Markt für das Anbieten von entbündelten Teilnehmern Anschlussleitungen verfügt, ist sie das einzige Unternehmen, das österreichweit seine Dienste an Endkunden anbieten kann, ohne von Vorleistungen abhängig zu sein. Betreiber, die Teilnehmeranschlussleitungen von Endkunden in von ihnen unversorgten Regionen entbündeln möchten, sind hingegen von der TA abhängig.

Schlussfolgerungen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, weil das existierende Kupferdoppeladernetz der TA mit wirtschaftlichen Mitteln, siehe dazu auch die Punkte 2.2.4 und 7.1.4 dieser Anordnung, nicht flächendeckend dupliziert werden kann, und daher von einer „nicht leicht ersetzbaren Infrastruktur“ im Sinne des § 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 auszugehen ist. Aufgrund der vertikalen Integration der TA käme es daher im Falle der Nichtauferlegung einer Zugangsverpflichtung nach Ansicht der TKK vor allem auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu einer Verschlechterung der wettbewerblichen Situation.

7.1.6. 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. Wie das Marktanalyse-Gutachten (ON 24) jedoch zeigt, ist aus ökonomischer Sicht die wettbewerbliche Wirkung der Entwicklung der Nachfrage (Marktphase) für den gegenständlichen Markt nicht eindeutig zu klären, da der gegenständliche Markt aus einer regulatorischen Verpflichtung heraus entstanden ist.

Generell rückt im Falle einer bestehenden regulatorischen Anordnung einer Verpflichtung für marktmächtige Unternehmen, wie derzeit die Entbündelungsverpflichtung für die TA, die Berücksichtigung von Marktstrukturindikatoren, wie bspw. der Marktphase, in den Hintergrund, da die gegenwärtigen Marktverhältnisse eben durch Regulierung entstanden sind. Damit allerdings 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 (ABl. C 165, S. 5 vom 11.7.2002) fest, dass „bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“. Angemerkt wird darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Fn. 73 der Leitlinien).

Im Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktmacht-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens wie der TA eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass TA – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zugangsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann. Dies gilt insbesondere für die Gestaltung nicht-preislicher Parameter wie Qualitätsverschlechterungen, Zeitverzögerungen bis hin zur Verweigerung des Zugangs zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung. Die Marktphase gehört nicht zu jenen Indikatoren, die durch das Verhalten der TA zu beeinflussen sind, die festgestellten Anreize der TA zu wettbewerbsmindernden Verhalten sind daher bei der Würdigung dieses Marktmachtindikators nicht zu berücksichtigen.

Schlussfolgerung:

Da TA der einzige Anbieter von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen in Österreich ist und dazu regulatorisch verpflichtet ist, kann die Einschätzung der Marktphase nicht weiter 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.

7.1.7. Sonstige Anreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 (bzw. §78 der SMP-Guidelines) 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.

Diese Kriterien sind daher ebenso bei der Prüfung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht miteinzubeziehen. Das Marktanalyse-Gutachten (ON 24) prüft darüber hinaus noch zusätzlich die Indikatoren „Normen und Standards“ (ON 24, S 43) sowie das Vorhandensein von Markttransparenz (ON 24, S 48). § 35 Abs. 2 S 1 TKG 2003 sieht vor, dass noch weitere Indikatoren als in Z 1 – Z 13 leg cit angeführt in die Prüfung miteinbezogen werden können.

Wie das Marktanalyse-Gutachten (ON 24) zeigt, ist aus ökonomischer Sicht die wettbewerbliche Wirkung von verhaltensbasierten Marktmachtindikatoren für den gegenständlichen Markt nicht eindeutig zu klären, da der gegenständliche Markt aus einer regulatorischen Verpflichtung heraus entstanden ist, und sohin aufgrund der regulatorischen Verpflichtungen für TA nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten für wettbewerbsmindernde Verhaltensweisen bestehen.

Bezüglich der festgestellten verhaltensbasierten Marktmachtindikatoren, die aufgrund der vertikalen Integration existieren, wird auf die Punkte 2.2.2 bzw. 8.1.2 (Anreiz zur Übertragung von Marktmacht auf nachgelagerte Märkte auf der Endkundenebene) verwiesen.

Damit rückt allerdings auch hier 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.

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass TA – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, durch die Gestaltung von nicht-preislichen Marktmachtindikatoren ihre bestehende Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt auf die nachgelagerten Endkundenmärkte zu verlagern. TA hätte ohne bestehende Regulierung auf dem gegenständlichen Markt die Möglichkeit, sich unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 zu verhalten. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch die Tatsache bestätigt, dass die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung in Österreich regulatorisch erzwungen werden musste.

„Normen und Standards“ sowie Markttransparenz haben für den Entbündelungsmarkt keine besondere Bedeutung, da Entbündelung als Vorleistungsprodukt regulatorisch angeordnet wurde und diese Anordnungen wesentliche die Leistungsbeziehung betreffenden Regelungen enthalten. Diese umfassen neben den Preisen auch Regelungen technischer und abwicklungstechnischer Natur. Darüber hinaus ist TA zum Zweck der Transparenz auch zur erneuten Legung eines Standardentbündelungsangebotes verpflichtet.

Bedeutung würden die genannten Indikatoren (insbesondere Preise und nichtpreisliche technische und abwicklungstechnische Parameter) allerdings bei Fehlen entsprechender regulatorischer Verpflichtungen erfahren, da dann aufgrund des Fortfalls der in diesem Bescheid auferlegten Verpflichtungen (siehe Spruchpunkt zwei dieses Bescheides) eben die Möglichkeit bestehen würde, Wettbewerber auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen durch Verweigerung der Entbündelung, über Preispolitik bzw. durch entsprechende Ausgestaltung nichtpreislicher Parameter zu diskriminieren. Anreize zu einem solchen Verhalten sind in der vertikalen Integration von TA begründet und in den Punkten 2.2.2 und 7.1.2 erläutert.

Schlussfolgerung:

Es bestehen für TA Anreize (siehe Punkt 2.2.7), mittels nichtpreislicher 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. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission spricht dieser Marktmachtindikator daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

Die in Punkt 2.2.8 untersuchten weiteren Indikatoren zum Vorliegen von beträchtlicher Markt 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 der-

zeit eine regulatorische Verpflichtung darstellt, nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht weiter zur Beurteilung der Wettbewerbssituation beitragen.

Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex-ante Regulierung ergibt, dass TA Anreize hat, die Wettbewerber auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen durch Verweigerung der Entbündelung, über Preispolitik bzw. durch entsprechende Ausgestaltung nichtpreislicher Parameter zu diskriminieren. Der Tatbestand des § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 erscheint der Telekom-Control-Kommission daher in Summe vorliegend.

7.2. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

Aufgrund der in den Punkten 7.1.1 – 7.1.7 vorgenommenen Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung dass TA als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 Abs 1 TKG 2003 einzustufen ist.

Insbesondere das eindeutige und nachhaltige Vorliegen der Zugangsproblematik aufgrund des Marktanteils von nahezu 100 %, die vollständige vertikale Integration der TA, das Nichtvorhandensein von nachfrageseitiger Gegenmacht, das dauerhafte Bestehen von hohen Markteintrittsbarrieren sowie bestehende Anreize für TA zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten waren für die getroffene Feststellung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ausschlaggebend.

Unabhängig von anderen Indikatoren erscheint schon allein der hohe Marktanteil der TA zusammen mit den festgestellten Markteintrittsbarrieren als ausreichend, um vom Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht auszugehen.

Insgesamt ist sohin festzuhalten, dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht und TA über beträchtliche Marktmacht gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

8. Zu den Regulierungsinstrumenten

8.1. Beschreibung der derzeitigen Regulierungssituation

Bei der Entbündelung handelt es sich um eine regulatorische Maßnahme, die das marktbeherrschende Unternehmen des Festnetzbereiches – im vorliegenden Fall TA – dazu verpflichtet, Teilnehmeranschlussleitungen für den Zugang zum Endkunden alternativen Netzbetreibern (und gegebenenfalls auch Internet Service Providern – ISPs) zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung, Entbündelung zu ermöglichen, war in Österreich seit Inkrafttreten des TKG 1997 und der auf seiner Grundlage erlassenen Zusammenschaltungsverordnung, europaweit mit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (ABl L 336 vom 30.12.2000, S. 4f) in allen Europäischen Staaten gegeben. Der (Vorleistungs-) Markt der Entbündelung ist in Österreich durch die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 1,3, 4/99 vom 2.7.1999 entstanden. Derzeit sind die Anordnungen zu Z 12/00, Z 14/00 und Z 15/00 vom 12.03.2001 rechtskräftig.

8.2. Regulierungsinstrumente nach dem TKG 2003

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

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

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

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group

(ERG) in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europäischen Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind.

Dieses – rechtlich unverbindliche - Dokument trägt den Titel “ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”, ist unter der Internet-Adresse http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf abrufbar, und wurde der TA zugestellt (ON 31).

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

Die Ziele lassen sich wie folgt festhalten (ON 29, Beilage 1, S 57ff):

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

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

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

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das gelindeste Mittel darstellen. Wird auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt eine SMP-Stellung festgestellt, gilt die Vermutung, dass die Anwendung von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. 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.

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

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

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

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

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

3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens ersetzbar 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 eine zeitlich limitierte Verfügbarkeit bestimmter Zugangsprodukte geschaffen werden. Allerdings besteht hier das Risiko, dass entweder ineffiziente Investitionen getätigt werden, oder aber alternative Betreiber aus dem Markt ausscheiden, falls die entsprechende Infrastruktur des SMP-Unternehmens nicht wirtschaftlich replizierbar ist. Diese Möglichkeit ist gegen das Risiko abzuwägen, dass die Replizierung der Infrastruktur unterbleibt, obwohl sie gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

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

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

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 soll nun im weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

8.3. Zur Auswahl der Regulierungsinstrumente im Konkreten

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

Vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste und -netze und den Verfahren zur Harmonisierung der Anwendung der einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsgrundlagen (Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 bzw. Art 6 Rahmen-RL sowie Koordination gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL) erachtet

es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll, ihre eigenen Beurteilungen betreffend Marktmacht und Regulierungsinstrumente mit jenen von anderen Regulierungsbehörden der Europäischen Union sowie mit den Ausführungen der Europäischen Kommission zu vergleichen. Dies bedingt grundsätzlich, dass die Umstände vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang hält das TKG 2003 auch fest, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen hat (§ 34 TKG 2003).

Das Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) folgt bei der Festlegung der aufzuerlegenden Regulierungsinstrumente den im erwähnten ERG-Dokument ausgearbeiteten Prinzipien.

Die auferlegten Regulierungsinstrumente (Zugangspflichtung, Verpflichtung zur Kostenorientierung, Gleichbehandlungsverpflichtung (inkl. Standardangebot) und getrennte Buchführung) gelten für alle Produkte, die gemäß der Marktdefinition in der TKMVO 2003 vom Entbündelungsmarkt umfasst und von TA angeboten werden.

Weitere Regulierungsinstrumente, die geeignet sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu entschärfen, existieren nicht (ON 29). Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen umfasst, da sich an der geschilderten wettbewerblichen Ausgangslage auch bei neuen „Entbündelungs-Produkten“ in wettbewerblicher Hinsicht im Verhältnis zu den Nachfragern nach entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen nichts ändern würde.

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

8.3.1. Zur auferlegten Zugangspflichtung nach § 41 TKG 2003

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen, 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 Zugangspflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs bzw. der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs (§ 3 Z 25 TKG 2003; „denial of access“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung zu spezifizieren.

Bezüglich Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen geben sein. Betreiber sollen die Zugangsgewährung primär auf privatrechtlicher Basis lösen. Auch nach dem neuen Rechtsrahmen gilt der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang (und Zusammenschaltung) vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 der Zugangs-RL; Stratil, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; ERG, S. 50).

Auch wenn privatrechtliche Einigungen nicht immer zu einer Gesamteinigung führen, ist doch festzustellen, dass wichtige Detailfragen mitunter vor der Anrufung der Regulierungsbehörde im kurzen Weg bilateral einer Teileinigung zugeführt werden können.

Es ist festzuhalten, dass eine Zugangsverpflichtung aus ökonomischer Sicht ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung des Zugangs zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern. Eine Zugangsverpflichtung adressiert im Wesentlichen 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.

Das marktbeherrschende Unternehmen hat einen ökonomischen Anreiz (ON 24, S 43ff) zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer (kostenorientierten) Zugangspreisregulierung (Zugangsverpflichtung und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktbeherrschende Unternehmen auf Grund gegebener Anreize versuchen, die Marktposition bzw. die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („raise rival's cost“).

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen auferlegen, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden (vgl. ERG, S. 94ff).

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 (ON 29, S 16) abzu- helfen.

In weiterer Folge ist die Frage nach der gesetzlich gebotenen Verhältnismäßigkeit zu stellen:

Durch eine regulatorisch angeordnete Zugangsverpflichtung, die den Zugang alternativer Anbieter zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen ermöglicht, können die Marktzutrittsbarrieren auf den Endkundenmärkten wesentlich reduziert werden. Die so ermöglichten Markteintritte (bereits erfolgte bzw. zusätzliche) sorgen somit für erhöhten Wettbewerb. Da es sich bei dem österreichweiten Doppeladeranschlussnetz der TA um eine nicht leicht replizierbare Infrastruktur handelt (ON 24, S 29), erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie ferner als das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu ermöglichen. Sohin kann 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 elektroni-

schen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau (§ 1 Abs. 2 Zi. 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.

TA kritisierte in ihrer Stellungnahme (ON 32, S 9) im Zusammenhang zur Zugangsproblematik, dass die konkreteren Ausführungen des § 41 TKG 2003 zur Zugangsproblematik keine ausreichende Begründung dafür darstellen würden, um nicht die Gleichbehandlungsverpflichtung „alleine als Instrument zu belassen“. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich wie folgt erwogen:

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt auch die Gleichbehandlungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 in Erwägung zu ziehen, dazu siehe sogleich in Punkt 8.3.2. § 41 TKG 2003 enthält jedoch wesentlich konkretere Ausführungen zur Zugangsproblematik und erscheint daher als einschlägigere Norm. Die Anwendung des § 38 hingegen ist für die weitere Ausgestaltung der Bedingungen zu denen der Zugang gewährt werden soll (insbes. nicht preisliche Parameter), die von § 41 TKG 2003 nicht umfasst sind, geeignet. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als unterstützendes Regulierungsinstrument notwendig, siehe dazu Punkt 8.3.2.. Die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 alleine erscheint dagegen nicht geeignet, um das festgestellte Wettbewerbsproblem einer Anhebung der Preise über Kosten und einer Preisdiskriminierung (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) können bei einem schwer ersetzbaaren Vorleistungsprodukt nur durch eine Preisregulierung verhindert werden. Im übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Ausführungen zum auferlegten Regulierungsinstrument der Kostenkontrolle in Punkt 8.3.4. dieser Anordnung.

Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet und auch notwendig, um den Zugang zu entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen sicherzustellen.

TA kritisierte in ihrer Stellungnahme (ON 32, S 9), dass konkrete Ausgestaltungen zur Zugangsproblematik im Hinblick auf den „Zugangskatalog“ fehlen. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich wie folgt erwogen:

Aufgrund der Komplexität des betroffenen Zugangsproduktes ist eine umfassende Spezifizierung der Zugangsbedingungen für die Effektivität der Regulierung unerlässlich. Ein umfassendes Regelwerk zur Entbündelung hat sich in der beschriebenen Regulierungspraxis der vergangenen Jahre bereits etabliert und ist auch bezüglich der in den gegenständlichen Verfahren festzulegenden Maßnahmen als problemadäquat und jedenfalls als verhältnismäßig einzustufen.

Die Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewähren ist, haben sich daher (insbesondere hinsichtlich technischer und abwicklungstechnischer Punkte, aber auch betreffend Bereitstellungsfristen und Pönalen) an der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission (TKK) zu orientieren, insbesondere an den letzten diesbezüglich maßgeblichen Entbündelungsanordnungen (Z 12/00-80 vom 12.03.2001 sowie Z 24/02-32 vom 20.01.2003) bzw. an den Inhalten des Standardangebotes, wie es von der TA nach dem von der Telekom-Control-Kommission am 17.12.2002 erlassenen Bescheid (Z 04/01-30) bescheidkonform geändert und der Telekom-Control-Kommission am 28.12.2002 vorgelegt wurde. Diese damit verbundene prinzipielle Kontinuität der wesentlichen die Entbündelung bestimmenden Faktoren ist für die Planungssicherheit der Entbündelungspartner und damit für den Erfolg der Entbündelung entscheidend. Die Bedingungen, zu denen Entbündelung bisher zu gewähren war, entsprechen zum allergrößten Teil denen der VO (EG) Nr. 2887/2000 (Entbündelungsverordnung) spezifizierten. Auch die in den wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen (ON 24, ON 29) getätigten Untersuchungen der Wettbewerbsverhältnisse und der Regulierungsinstrumente kommen inhaltlich wiederum zum im Wesentlichen glei-

chen Ergebnis wie die VO (EG) Nr. 2887/2000. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ist mit diesem Verweis für TA hinreichend klargestellt, welche Verpflichtungen für TA aus diesem Bescheid erwachsen.

8.3.2. Zur auferlegten Gleichbehandlung nach § 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, Erläuterung 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 TA (bzw. ihrem Retail-Arm) selbst und den alternativen Entbündelungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundemärkten zu erreichen.

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

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.

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.

TA hat, wie in Punkt 3.1.2 ausgeführt, einen ökonomischen Anreiz zu den dort angeführten Praktiken (Herbeiführung einer Preis-Kosten-Schere, Bereitstellung des Produkts in einer schlechteren Qualität als für die interne Bereitstellung, Verwehrung des Zugangs zu bestimmten notwendigen Informationen, verzögerte Bereitstellung, Festlegung unangemessener Vertragsbedingungen oder Produktbündelung, um so die Kosten für alternative Nachfrager zu erhöhen oder deren Absatz einzuschränken). TA hat einen Anreiz zur wettbewerbseinschränkenden Gestaltung nichtpreislichen Parameter insbesondere dann, wenn TA eine Zugangspreisregulierung auferlegt wird. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht. Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist ferner zur Erhöhung der Transparenz für Marktteilnehmer erforderlich, da es sich bei der Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen um ein (technisch gesehen) komplexes Produkt handelt. Ein solches Standardangebot soll es ferner ermöglichen, dass alternative Anbieter die Möglichkeit haben, nur die tatsächlich benötigten Netzinfrastrukturteile in Anspruch zu nehmen.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass im Falle der Nichtlegung eines Standardentbündelungsangebotes durch TA, sich für die einzelnen Nachfrager im Zuge der Verhandlungen mit TA um den Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung unterschiedliche Entbündelungsbedingungen ergeben können. Dies lässt sich angesichts der festgestellten Abhängigkeit (Marktanteil der TA von ca. 95 % aller Anschlüsse bzw. einem Marktanteil von praktisch 100 % auf dem gegenständlichen Markt (ON 24)) vom Bezug der Vorleistung, insbesondere nicht mit dem Regulierungsziel der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten durch Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen iSd § 1 Abs 2 Z 2 lit a vereinbaren. Nur mit der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es möglich, für alle auf den dem gegenständlichen Markt nachgelagerten Endkundenmärkten tätigen alternativen Anbieter die gleichen wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen herzustellen.

Durch die Auferlegung der Verpflichtung zur Legung eines Standardentbündelungsangebotes wird daher dem Regulierungsziel des § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003 entsprochen.

Es wäre nicht auszuschließen, dass es sowohl im Verhältnis der TA, bzw. ihres Vertriebsbereiches (Retail Arm) zu alternativen Nachfragern als auch im Verhältnis der alternativen Nachfrager zueinander zu Wettbewerbsverzerrungen kommen würde. So führen die ErläutRV zu § 38 TKG 2003 aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren, insbesondere wenn es sich um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie auf nachgelagerten Märkten im Wettbewerb stehen.

TA hat daher sämtliche notwendigen 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.

Das auferlegte Standardangebot hat den Regelfall für den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich gemeinsamer Zugang (Shared Use) und Teilabschnitten (Teilentbündelung) und dafür notwendiger Annex-Leistungen (z.B. Kollokation etc.) abzudecken. Sämtliche Leistungen sind hinreichend aufgegliedert darzustellen, damit sichergestellt ist, dass ein Entbündelungspartner nur solche zu bezahlen hat, die er auch tatsächlich benötigt, und solcherart die angeordnete Kostenorientierung nicht umgangen wird.

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 Regu-

lierungsziel 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.

Jedenfalls sind im Standardentbündlungsangebot zumindest jene Punkte, die in Spruchpunkt 2.2 angeführt sind, aufzunehmen. Weitergehende Leistungen, bzw. Detaillierungen werden im Einzelfall im Zusammenhang mit einer Nachfrage nach Entbündelung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 bzw. im Rahmen eines Verfahrens nach § 38 Abs. 4 TKG 2003 anzuordnen sein, wobei bezüglich der näheren Form der Kostenkontrolle auf die Ausführungen in Punkt 9.3.4 verwiesen wird.

TA brachte vor (ON 32, S 10), dass die im Regulierungsinstrumente-Gutachten vorgesehene „unverzögliche Veröffentlichung des neuen Standardangebotes nach In-Kraft-Treten des Maßnahmenbescheids“ nicht möglich sei. Ferner kritisierte TA die vom Regulierungsinstrumente-Gutachten vorgesehene Konsultation des Standardangebots. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich wie folgt erwogen:

Das Standardangebot dient, wie ausgeführt, durch die Veröffentlichung der Bedingungen, zu denen der Zugang zur entbündelten Teilenehmeranschlussleitung gewährt wird, zur Beseitigung von Informationsasymmetrien zwischen TA und alternativen Anbietern. Die Bedingungen, zu denen der Zugang zu gewähren ist, haben sich an der bisherigen Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission (TKK) zu orientieren (Punkt 8.3.1.). Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass sich der Adaptierungsaufwand des Standardangebots für TA in engen Grenzen hält.

Die Frist zur Veröffentlichung des Standardangebots binnen eines Monats nach Rechtskraft dieses Bescheides erscheint daher als angemessen.

TA kritisierte (ON 32), dass das Regulierungsinstrumente-Gutachten Änderungen des Standardangebotes hinsichtlich Mindestvertragsdauer und Art der Vertragsverlängerung vorsehe, da diese eine Änderung des derzeitigen Standardentbündlungsangebotes mit sich brächten. Der Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich der Ansicht, dass sich aus der zitierten Stelle des Regulierungsinstrumente-Gutachtens nicht ergibt, dass aus Gutachtersicht eine (spezifizierte) Mindestvertragsdauer bzw. eine Befristung der Vertragsdauer in das Standardangebot neu aufgenommen werden sollte.

Das Vorbringen der TA in Bezug auf die „Art der Vertragsverlängerung“ erscheint der Telekom-Control-Kommission angesichts der im derzeitigen Standardentbündlungsangebot enthaltenen Bestimmungen über die unbestimmte Laufzeit (Punkt 10.1 des Standardentbündlungsangebotes) insofern als nicht stichhaltig an, da eine unbefristete Laufzeit eine Vertragsverlängerung bereits in sich ausschließt, und sich der von TA zitierten Stelle des Regulierungsinstrumente-Gutachtens nicht entnehmen lässt, dass aus Gutachter-Sicht

Die Telekom-Control-Kommission hat in Übereinstimmung mit dem Regulierungsinstrumente-Gutachten keine Abweichung von den diesbezüglich einschlägigen Bestimmungen des Standardentbündlungsangebotes angeordnet.

8.3.3. Zur Nichtauferlegung einer Transparenzverpflichtung:

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang, bspw. durch regelmäßige Veröffentlichung die Entbündelung und Annexleistungen betrieblicher Kennzahlen, auferlegen. Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 90 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu techni-

schen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 ZugangsRL).

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) um damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, zu erreichen, bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art 9 und Erwägungsgrund 16 ZugangsRL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003). So betrifft die Transparenzverpflichtung Informationen, die gegenüber anderen Betreibern (bzw. Nachfragern) offen zu legen sind, während hingegen eine Informationsverpflichtung iSd § 90 TKG 2003, die keine spezifische ex-ante-Verpflichtung darstellt, die lediglich Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann, Informationen umfasst, die gegenüber der Regulierungsbehörde bzw. dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie offen zu legen sind.

Eine Transparenzverpflichtung kann in Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen wie z.B. der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebot) ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren (vgl. ERG, Common Position, S. 47f). Weiters ermöglicht der Einsatz der Transparenzverpflichtung ein Monitoring von (möglichem) antikompetitiven Verhalten. Im Zusammenhang mit der Effektivität dieser Verpflichtung ist jedoch festzuhalten, dass eine solche keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens hat – insbesondere hat die Transparenzverpflichtung keinen Einfluss auf den Preis für das Vorleistungsprodukt.

Da der Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleistung jedoch derzeit eine regulatorisch angeordnete Zugangsleistung darstellt, kann sich kein Preiswettbewerb einstellen, so dass eine Transparenzverpflichtung in Bezug auf den Zugang alleine nicht geeignet sein kann, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen – insbesondere den Problemen der Zugangsgewährung und der Preise – zu begegnen. Die ERG (S. 48) bezweifelt überhaupt, dass die Transparenzverpflichtung alleine geeignet ist, wettbewerbliche Defizite zu beseitigen.

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

Im gegenständlichen Zusammenhang kann eine Transparenzverpflichtung zur Unterstützung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zweckmäßig sein. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichend Informationen über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.

So sieht auch der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze die Möglichkeit der Auferlegung eines Standardentbündlungsangebotes im Kontext der Transparenzverpflichtung vor (Art. 9 Abs. 2 ZugangsRL), während das TKG 2003 die Veröffentlichung eines Standardentbündlungsangebotes im Rahmen der Gleichbehandlungsverpflichtung vorsieht. Es zeigt sich, dass die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung sowie zur Transparenz Komplementäre darstellen.

Die Markttransparenz ist mit dem veröffentlichten Standardangebot grundsätzlich gegeben. Die Regulierungsbehörde hat im Streitfall bei angezweifelnder Nichteinhaltung die Möglichkeit, Daten von TA anzufordern. Eine weitergehende Verpflichtung von TA wäre zwar gegebenenfalls unterstützend, aber nicht mehr als verhältnismäßig einzustufen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 nicht effektiv bzw. geeignet ist, in Ergänzung zur auferlegten Verpflichtung zur Legung eines Standardentbündelungsangeobtes nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein oder mehrere der aufgezeigten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Die Anordnung einer Transparenzverpflichtung nach § 39 TKG 2003 wäre daher als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

8.3.4. Zur auferlegten Kostenkontrolle nach § 42 TKG 2003

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.

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

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

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann 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 Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht unbedingt wettbewerbswidrig verhalten muss, damit eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegt werden kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten praktiziert werden könnte. Wie festgestellt, hat TA grundsätzlich einen Anreiz, die Preise für den Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung über ihren eigenen Kosten anzusetzen. Da die Kosten für den Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Entbündelungspartner haben, spiegeln sich überhöhte Kosten für den Zugang bei diesem wieder.

Auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt zu entrichtende überhöhte Preise für das notwendige Vorleistungsprodukt „entbündelte Teilnehmeranschlussleitung“ wirken sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher bereits per se zum Nachteil eines die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung nachfragenden alternativen Betreibers aus: Der über-

höhte Kostenanteil für den Zukauf steht nämlich dem alternativen Betreiber bei der Kalkulation des eigenen Endkunden(verkaufs)preises nicht mehr zur eigenen Verfügung. Aus diesem verringerten Preissetzungsspielraum für alternative Anbieter (Preis-Kosten-Schere) können sich, sogar bei Zugrundelegung eines auf der Retailebene effizienten, bzw. effizienteren, alternativen Netzbetreibers, überhöhte Preise am Endkundenmarkt ergeben, sofern der alternative Anbieter den Preisnachteil an seine Endkunden weitergibt. Im alternativen Falle des Nichtweitergebens der erhöhten Kosten für den Zukauf des Vorleistungsprodukts „entbündelte Teilnehmeranschlussleitung“ könnte die gesunkene Marge des alternativen Betreibers am Retailmarkt zu weiteren Nachteilen für Endkunden bspw. in Form von schlechter Qualität, verringerte (Re-) Investitionstätigkeit, weniger Innovation führen. Auch im Falle der Nichtweitergabe der erhöhten Kosten an den Endkunden für den Zukauf des Vorleistungsproduktes entstehen Nachteile für die Endkunden, da in diesem Fall nicht auszuschließen ist, dass alternative Anbieter aus dem Markt ausscheiden, da sie schlimmstenfalls dauerhafte Verluste hinnehmen müssten. Aufgrund des fehlenden Wettbewerbs ergeben sich für die Endkunden alternativer Anbieter daher in jedem Fall Nachteile, entweder durch höhere Preise oder durch bspw. verringerte Produktvielfalt oder schlechtere Qualität, wodurch das Tatbestandsmerkmal „zu Lasten der Endkunden“ des § 42 Abs. 1 TKG 2003 vorliegt. Zur Frage der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen (ON 24):

- (i) Unmittelbare Festlegung der Entbündelungsentgelte durch die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003
- (ii) Verpflichtung zur ex-ante-Genehmigung von Entgelten durch die Regulierungsbehörde
- (iii) Abstrakte Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall

Im Rahmen der Option (i) werden die Entgelte im Zuge des Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 festgelegt. Durch diese Option werden die Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung für die Geltungsdauer dieses Bescheides festgelegt. Es wäre sohin nicht möglich, ohne neuerliche Durchführung eines Verfahrens gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 zur Feststellung von beträchtlicher Marktmachan geänderte Umstände angepasste geänderte Entgelte festzulegen. Eine solche Verpflichtung erscheint der TKG als zu unflexibel und daher als nicht angemessen.

Option (ii) würde es den Marktteilnehmern ermöglichen, sofort nach Genehmigung über alle zur Anwendung gelangenden Tarife Bescheid zu wissen. Weiters hätte dies den Vorteil, alle Tarife auf einmal festzusetzen (Konsistenz). Allerdings ist zu erwägen, dass eine ex-ante-Regulierung die eingriffsintensivere Maßnahme im Verhältnis zu Option (iii) darstellt.

Bei Option (iii) hingegen sind die Tarife Bestandteil des Standardangebotes, es kommen aber die oben genannten Vorteile der ex-ante-Genehmigung (Tariftransparenz und Konsistenz) auch bei der abstrakten Verpflichtung bei Prüfung des Standardangebotes im Anlassfall zum Tragen. Dem Bedürfnis der TA nach geregelten Entgelten für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung wird nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch durch die abstrakte Festlegung der Entgelte für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung im ersten Anlassfall Rechnung getragen.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffshäufigkeit möglichst gering zu halten, ist die Option (iii) der abstrakten Verpflichtung die zweckmäßigste. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vor allem auch die Kontrollfunktion der Abnehmer der Leistung, da ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 unbeschadet der Bestimmung des § 50 Abs 2 TKG 2003 im Regelfall auf Antrag stattfinden wird. Kostenorientierte Entgelte für entbündelten Zugang einschließlich gemeinsamen Zugang zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon sind in das Standardangebot aufzunehmen.

Es ist bei der Festlegung des Zugangspreises im Rahmen der Angemessenheits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung sicherzustellen, dass TA Anreize zu effizienter Produktion sowie 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) gegenübersehen. Beide Ziele können dadurch erreicht werden, dass der Zugangspreis in Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgelegt wird. Für die konkrete Ausgestaltung des entsprechenden Ansatzes der Forward Looking Long Run Incremental Costs (FL-LRAIC) wird auf das Positionspapier Belfin R./ Lukanowicz M (1999), veröffentlicht auf der Homepage der RTR-GmbH unter <http://www.rtr.at>, verwiesen. Die Berücksichtigung von Fixkosten des Anschlussnetzes in Form von Abschreibungsgegenwerten ist als Anreiz für eine effiziente Erhaltung und gegebenenfalls Verbesserung des Anschlussnetzes geeignet.

Mit einem kostenorientierten Zugangspreis wird sowohl verhindert, dass auf der Vorleistungsebene ein überhöhtes Entgelt verlangt wird, als auch, dass Wettbewerber auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene einem margin-squeeze ausgesetzt werden. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, um am Endkundenmarkt das Vorliegen gleicher Wettbewerbsbedingungen für das dominante Unternehmen und die alternativen Betreiber sicherzustellen. Gleichzeitig werden durch intensiveren Wettbewerb auf Endkundenebene die in § 1 Abs. 2 TKG 2003 angeführten Regulierungsziele gefördert, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Endnutzer möglich werden.

Im Rahmen der Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die folgenden Kostenelemente zu berücksichtigen: Kosten eines hinsichtlich der Netztopologie sowie der Technologie effizienten Netzes (Abschreibung von Anlagegütern) unter Zugrundelegung eines effizienten Betriebes desselben (Betriebskosten). Die Bewertung der Netzkomponenten erfolgt dabei zu Wiederbeschaffungswerten, basierend auf dem „Modern equivalent asset Ansatz (MEA)“. Weiters wird eine angemessene Rendite (Kapitalverzinsung) auf das betriebsnotwendige Kapital eines effizienten Netzes unter Berücksichtigung des entsprechenden Risikos anerkannt.

Geografisch unterteilte Gebiete mit unterschiedlichen Preisen wären nicht praktikabel, weil sie zu einer intransparenten Preisstruktur führen würden. Daher würden für alternative Nachfrager durch die unterschiedlichen hohe Überlassungsentgelte hohe Transaktionskosten entstehen. Da ferner auch die Endkundenpreise für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen bundesweit einheitlich gleich sind, wird das Überlassungsentgelt für eine entbündelte Teilnehmeranschlussleitung bundesweit einheitlich festgelegt. Um die Gefahr eines margin-squeeze zu verringern, sollte die Preisstruktur auf der Wholesale-Ebene die Preisstruktur auf der Retail-Ebene widerspiegeln. Solange TA die Entgelte ihrer Endkundenzugangsprodukte (z.B. Breitbandanschluss bzw. Anschluss Sprachtelefonie) österreichweit einheitlich gestaltet, ist es somit angemessen, auch jene Entgelte, die im Rahmen der Überlassung von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zur Verrechnung gelangen, ebenfalls einheitlich zu gestalten.

Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten des Anschlussnetzes der TA ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Kostenermittlungsaufwand für die TA in Zusammenhang mit der beschriebenen Kostenrechnungsmethodik in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Im Rahmen der durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten ist im vorliegenden Zusammenhang alternativ zur Kostenkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 die Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003) in Verbindung mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zu untersuchen, die theoretisch für die Festlegung des Zugangspreises für das Vorleistungsprodukt „entbündelte Teilnehmeranschlussleitung“ in Frage kommen.

Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten zwar die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Nicht gewährleistet wäre allerdings, dass dieser Zugangspreis auch den tatsächlich auf die effiziente (insbesondere hinsichtlich effizienter Netztopologie) Bereitstellung der Vorleistung entfallenden Kosten entsprechen würde. Es wäre ohne Kostenorientierung möglich, dass zB ein überhöhter Vorleistungspreis, der auch tatsächlich intern verrechnet wird, auf Grund der dann möglicherweise nicht mehr ausreichenden Spanne im Endkundenbereich zu einer Preis-Kosten-Schere führt.

Es wäre zwar theoretisch 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 Kosten- und Erlösaufstellung unterworfen sind. Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung nicht verhältnismäßig, während eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 als weniger eingriffsintensiv anzusehen und daher als verhältnismäßiger vorzuziehen ist.

Die Ermittlung der anerkannten Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung soll als Ableitung aus dem für die Einhaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung gem. § 40 TKG 2003 notwendigen Kostenrechnungssystem 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 TA nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission weniger aufwändig und daher als weniger eingriffsintensiv einzustufen als die Verwendung mehrerer verschiedener Kostenrechnungssysteme. Darüberhinaus soll durch die Verwendung eines einheitlichen Kostenrechnungssystems Konsistenz gewährleistet werden, und Quersubventionierungen hintangehalten werden.

8.3.5. Zur auferlegten Trennung der 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).

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

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

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf

Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

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

Gleichzeitig ist bei TA als einem Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten die Überprüfung einer Kostenorientierung von Entgelten bei gleichzeitig von Betreiberseite wiederholt eingeforderten möglichst kurzen Verfahrensdauern nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Dadurch erst kann im Einzelfall eine Überprüfung auf Kostenorientierung einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden. Die getrennte Buchführung umfasst folglich alle Produkte des relevanten Vorleistungsmarktes „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“. Eine Trennung der auf diese Produkte entfallenden Kosten und Erlöse von den den anderen gegenüber Endkunden oder auf Vorleistungsebene angebotenen Produkten zuzuordnenden Kosten und Erlösen muss dabei gewährleistet sein.

Die TA hat hierzu vorgebracht (ON 32), dass sich eine Gliederung der getrennten Buchführung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht mit den TA-Geschäftsbereichen decke und eine Zuordnung der relevanten Kosten auf einzelne Märkte oder Geschäftsbereiche wegen der erforderlichen Kosten- und Erlöermittlung auf Produktebene wegen des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes unverhältnismäßig und nicht zumutbar sei. Überdies sei das dzt. von TA verwendete Kostenrechnungssystem „Gamma“ nicht in der Lage, die geforderten Funktionalitäten und Informationen in der gebotenen Granularität zu liefern, eine Modifikation bedürfe des Aufwands mehrerer Mannjahre. In diesem Zusammenhang hat TA auch um eine Modifikation der Kostenkategorien ersucht. Ferner weist TA darauf hin, dass im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 29) sowohl eine „getrennte Buchführung bis auf Geschäftsbereiche“ als auch eine getrennte Buchführung „zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003“ vorgeschlagen wird.

Hierzu hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Die getrennte Buchführung ist im vorliegenden Fall notwendig, um Kostenverschiebungen und unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Um die Verpflichtung zur Kostenorientierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums überprüfen zu können, ist eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 erforderlich. Eine Gliederung etwa nach Geschäftsbereichen wäre demgegenüber ungeeignet, da diese von Veränderungen der Unternehmensstruktur betroffen sein können und die Zuordnung von Kosten zu bestimmten Produkten in zu weit gehendem Maße in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt wird. Eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 ist auch deshalb zwingend, da sich die Überprüfung der Kostenorientierung bei regulierten Entgelten nur auf Produkte erstrecken kann, die dem relevanten Markt angehören. Dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung sich auch auf aggregierte Kosten und Erlöse in Bezug auf unregulierte Märkte wie beispielsweise Gemeinkosten für Trunk-Segmente oder Endkundenmietleitungen mit höheren Datenraten als 2.048 kbit/s erstreckt, liegt in der Natur der Sache, da ansonsten Kostenverschiebungen

nicht transparent wären und die Effektivität der Regulierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht sichergestellt werden kann.

Um den Verdacht der Quersubventionierung überprüfen zu können, sind daher zumindest folgende Informationen entsprechend folgender Gliederung bereitzustellen:

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

Die Telekom-Control-Kommission kommt mit dieser Gliederung der Anregung der TA (ON 32, S 7,8) im Hinblick auf eine bestimmtere Gliederung der getrennten Buchführung nach. Die oben dargestellte Kostengliederung stellt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission einen hinsichtlich des mindestens notwendigen Detaillierungsgrades der Kostenarten gangbaren Kompromiss zwischen der Anregung der TA (ON 32 S 8) und der im Regulierungsinstrumente-Gutachten vorgeschlagenen Aufschlüsselung der Kostenarten (ON 29 S 25) dar.

Der von TA behauptete Aufwand für die Implementierung der getrennten Buchführung ist der Telekom-Control-Kommission insoweit nicht nachvollziehbar, als TA aufgrund von § 43 Abs: 3 TKG 1997 schon in der Vergangenheit zu einer rechnungsmäßigen Trennung ihrer Tätigkeiten im Telekommunikationsbereich von ihren anderen Geschäftsfeldern sowie gem. § 45 Abs. 1 TKG 1997 zum Betrieb eines Kostenrechnungssystems verpflichtet war, welches eine Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Diensteelemente sowie eine nachträgliche Überprüfung erlaubte.

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

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

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.

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

Zur Frage der möglichen Auferlegung der Verpflichtung nach § 40 TKG 2003 iVm mit der Verpflichtung nach § 38 TKG 2003 alleine, ohne die Verpflichtung zur Kostenkontrolle nach § 42 TKG 2003, wird auf die Ausführung zu 9.2.3. verwiesen.

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

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

Die Marktbeherrschung auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen festen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes nach § 37 Abs. 1 TKG 1997, bzw. nach Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 2887/2000 EG, war ein Auslöser für die Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang, konkret in Form der Entbündelung. Da die TA vor In-Kraft-Treten des TKG 2003 am 20.08.2003 mit Bescheid M 1/02-114 der Telekom-Control-Kommission vom 20.09.2002 als marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Festnetzsprachtelefondienstes iSd TKG 1997 festgestellt wurde, gelten dzt. die bislang bestehenden Verpflichtungen des TKG 1997 für die TA in Bezug auf das Anbieten von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen weiter.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden TA spezifische Verpflichtungen auf dem gegenständlichen Markt auferlegt. Der Markt wurde durch § 1 Z. 13 TKMVO 2003 abgegrenzt.

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

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

Zur Stärkung der Zusammenarbeit und der Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, um die Entwicklung des Binnenmarktes für diesen Bereich zu fördern sowie um eine konsistente Anwendung der Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zu erreichen, normiert die RL 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“) in ihren Artikeln 6 und 7 zwei Verfahren zur „Konsultation und Transparenz“ sowie zur „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“.

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 – betitelt mit „Konsultationsverfahren“ – hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 TKG 2003 nicht anderes bestimmt. § 128 Abs. 2 leg. cit.

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

Darüber hinaus normiert § 129 TKG 2003 das „Koordinationsverfahren“: Betrifft der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird, unter anderem eine Marktanalyse (§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), ist der Entwurf gleichzeitig mit einer Begründung der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen und die Europäische Kommission sowie die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft davon zu unterrichten.

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

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit vorliegender Vollziehungshandlung vorgenommenen Feststellungen, 1. dass auf dem gegenständlichen Markt kein effektiver Wettbewerb herrscht, 2. dass TA über beträchtliche Marktmacht verfügt und dieser daher 3. spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 auferlegt werden, „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 haben.

Dieser „betreffende Markt“ ist primär der Markt „Entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)“ gemäß § 1 Z 13 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003).

Die genannten Auswirkungen haben daher auf diesem Vorleistungsmarkt vorzuliegen. Die Feststellungen, dass kein effektiver Wettbewerb gegeben ist, dass TA über beträchtliche Marktmacht verfügt und (weitherhin) sektorspezifische ex-ante-Verpflichtungen auf diesem Markt zur Anwendung kommen, haben unzweifelhaft beträchtliche Auswirkungen auf den Markt. So ist, den Feststellungen folgend, davon auszugehen, dass der gegenständliche Vorleistungsmarkt in einer dem derzeitigen Zustand vergleichbaren Form nur unter (neuerlicher) Auferlegung der im Spruch angeführten Regulierungsinstrumente (weiter) existieren wird.

In diesem Zusammenhang verkennt die Telekom-Control-Kommission darüberhinaus nicht, dass die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht samt der Auferlegung dazu korrespondierender Regulierungsinstrumente auf diesem Markt auf Grund der grundsätzlich gegebenen Interdependenzen von Märkten untereinander auch auf andere Märkte eine beträchtliche Auswirkung haben kann.

Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, dass vorliegende Vollziehungshandlung auch „Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten [iSd § 129 TKG 2003] haben wird“. Erwägungsgrund 38 der RL 2002/21/EG hält fest, was unter Maßnahmen zu verstehen ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Demnach sind dies Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird. Sie umfassen Maßnahmen, die erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben, wozu unter anderem gehören: Maßnahmen, die die Preise für die Nutzer in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen, Maßnahmen, die die Möglichkeiten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens beeinträchtigen, einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten, insbesondere Maßnahmen, die die Möglichkeit beeinträchtigen, Dienste auf länderübergreifender Basis anzubieten, sowie Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen.

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

Es zeigt sich sohin, dass vorliegende Feststellung gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 eine Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 darstellt, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen ist.

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 6.9.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann