

## Bescheid

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 28.2.2006 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 1/05 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria AG auf dem „Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ iSd § 1 Z 17 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 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 Abs. 2 TKG 2003 auf Vorleistungsebene breitbandigen Bitstream-Zugang samt dafür notwendigen Annex-Leistungen entsprechend der Nachfrage entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet Protokoll“-basiert zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat die Telekom Austria AG

2.1.1. bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise betreffend die in Spruchpunkt 2.1. genannten Bitstream-Produkte einzuführen, sofern für Nachfrager ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Bitstream-Produkte nicht möglich ist,

2.1.2. die regionale Übergabe des Verkehrs zunächst auf Ebene der neun im „ISPA-Angebot der Telekom Austria AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ idF vom 1.11.2004 bestehenden Übergabepunkten in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.3. die nationale Übergabe des Verkehrs zunächst auf Ebene der neun im „ISPA-Angebot der Telekom Austria AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ idF vom 1.11.2004 bestehenden Übergabepunkten in das Netz des alternativen Betreibers zu ermöglichen,

2.1.4. den Zugang mittels nichtdiskriminierender Bitstream-Produkte auf Vorleistungsebene nicht nur zu ermöglichen, wenn der Endkunde über einen POTS- oder ISDN-Basisanschluss verfügt, sondern auch ohne Verpflichtung des entsprechenden Endkunden zum Bezug eines Festnetz-Sprachtelefonie-Produktes von Telekom Austria AG („naked-DSL“). Diese „naked-DSL“-Produkte sollen so gestaltet sein, dass sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Endkundenbeziehungen vom Nachfrager nach breitbandigem Bitstream-Zugang wahrgenommen werden können.

2.1.5. Telekom Austria hat den Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte die beabsichtigte Verlegung bzw. Auflassung eines der in den Spruchpunkten 2.1.2 und 2.1.3. genannten Übergabepunkte mindestens sechs Monate im Voraus anzukündigen.

2.2. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Gewährung des Zuganges im Sinne des Spruchpunktes 2.1.2. ausgehend von den tatsächlich angebotenen Endkundenpreisen ein an den Kosten ihres Retail-Armes orientiertes Entgelt zu verrechnen (Entgeltkontrolle auf Basis „Retail minus“). Diese Vorleistungsprodukte sind für die Produktgruppen

- asymmetrische breitbandige Bitstream-Produkte für Privatkunden,
- asymmetrische breitbandige Bitstream-Produkte für Geschäftskunden,
- symmetrische breitbandige Bitstream-Produkte (gegebenenfalls getrennt für Privat- und Geschäftskunden)

jeweils auf Basis des tatsächlichen, von den Endkunden in diesen Produktgruppen entrichteten Entgelts anzubieten. Eine Gewichtung innerhalb einer Produktgruppe hat basierend auf der Anzahl der von den Endkunden bezogenen Produkte innerhalb dieser Produktgruppe zu erfolgen. Der Abschlag errechnet sich aus den vermeidbaren Kosten von Telekom Austria. Weiters sind bei der Berechnung des Zugangspreises solche Kosten zu berücksichtigen, die Telekom Austria aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen.

2.3. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 1 und Abs. 2 TKG 2003 anderen Nachfragern des marktgegenständlichen Bitstream-Produktes, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die marktgegenständliche Leistung „breitbandiger Bitstream-Zugang“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle derzeit angebotenen und zukünftigen Endkundenprodukte, die in diesen Markt fallen, diese Vorleistung in Form eines entsprechenden Zugangs anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie sich selbst, spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Nachfrager des marktgegenständlichen Bitstream-Produktes müssen über die Änderung von marktgegenständlichen Produkten sowie die

Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, seitens Telekom Austria AG entsprechend dem Implementierungsbedarf, mindestens jedoch vier Wochen vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes informiert werden.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „breitbandigen Bitstream-Zugang“ gemäß Spruchpunkt 2.1., 2.1.2, 2.1.3 und 2.1.4. binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen. Das Standardangebot hat sich am „ISPA-Angebot der Telekom Austria AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ der Telekom Austria AG idF vom 1.11.2004 zu orientieren und zumindest alle Produkte zu umfassen, die derzeit im „ISPA-Angebot der Telekom Austria AG betreffend ADSL-basierende Internetzugänge“ von Telekom Austria AG angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 zuzurechnen sind. Es hat alle gängigen Bandbreiten und entsprechend inkludierte Download-Volumina abzudecken, sowie alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen zu enthalten.

Ferner müssen im Standardangebot folgende Regelungen enthalten sein:

1. Wechsel des Endkunden eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten zu einem anderen Bitstream-Produkt,
2. Wechsel eines Endkunden zu einem anderen Nachfrager nach Bitstream-Produkten,
3. Migration einzelner oder mehrerer Endkunden eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
4. Migration eines Nachfragers nach Bitstream-Produkten von der nationalen auf die regionale Ebene,
5. Migration zu „naked-DSL“.

Ferner müssen bezüglich der Punkte 1 - 5 dieser Aufzählung Bestimmungen hinsichtlich

- des maximalen Zeitraums der Durchführung der Migration und
- des maximalen Zeitraums der Unterbrechung des Dienstes für den Endkunden aufgenommen werden.

2.5. Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung erstmals bezogen auf das Jahr 2006 ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 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 Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

2.6. Telekom Austria AG hat erstmals bezogen auf das Jahr 2006 ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, mit dem eine Ermittlung der Kosten, wie sie zur Berechnung eines Retail-minus Ansatzes erforderlich sind, möglich ist.

## **II. Begründung**

### **A. Verfahrensablauf**

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 2.5.2005 wurde gemäß § 37 TKG 2003 das Verfahren M 1/05 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Bernd Hartl, Ing. Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak sowie Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt für den breitbandigen Zugang gemäß § 1 Z 17 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) idF BGBl. Nr. 117/2005 (in Folge: TKVMO 2003 idgF vom 2.5.2005 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei waren von den Amtssachverständigen auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war von den Amtssachverständigen 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 2.5.2005 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat daraufhin ein Verfahren zu VBAF 1/2005 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Am 16.8.2005 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/05“) übermittelt (ON 4).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission am 16.8.2005 den Beschluss gefasst, dass Telekom Austria AG (im Folgenden „TA“ bzw. „Telekom Austria“) auf dem gegenständlichen Markt (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Telekom Austria gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den gegenständlichen Markt einzuräumen; es wurde Telekom Austria daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 1/05 vom August 2005 übermittelt und Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (ON 6).

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission in ihrer Sitzung vom 16.8.2005 Dr. Bernd Hartl, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Telekom Austria AG aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom

August 2005 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/05“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene gemäß § 1 Z 17 der TKMVO 2003 idgF zu begegnen.

Dabei war 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.

Am 16.9.2005 übermittelte (ON 9) Telekom Austria eine „Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten, „Analyse des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ (RTR, August 2005)“ und stellte in einem den Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge ein Ergänzungsgutachten hinsichtlich der Punkte Alternative Breitbandtechnologien, insb. WiMax und UMTS, Wettbewerbssituation auf regionalen Märkten, Marktpotential (zB homes passed), 3-Kriterien-Test und Greenfield-Ansatz, Nachfrageseitige Gegenmacht, Marktanteile und –verläufe – insbes. Umsatzmarktanteile, Marktzutrittsbarrieren, Produktdifferenzierung und Preissetzungsverhalten und Preise auf Vorleistungsebene einholen. Beigeschlossen zu dieser Stellungnahme war der „Digital Divide Forum Report - Broadband access and public support in under-served areas“ der Europäischen Kommission (DG Information Society), abrufbar unter [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/i2010/digital\\_divide/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/i2010/digital_divide/index_en.htm), sowie die Stellungnahme von Telekom Austria zu diesem. Ferner verwies Telekom Austria in ihrer Stellungnahme vom 16.9.2005 vollinhaltlich auf ihre Stellungnahme zur Novelle der TKMVO 2003 vom 20.4.2005.

Am 19.9.2005 übermittelte die Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH (Inode) und am 22.9.2005 die Internet Service Providers Austria (ISPA) jeweils einen Schriftsatz (ON 10, 12).

Am 26. September 2005 haben die Amtsachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente (ON 14) übermittelt. Dieses wurde Telekom Austria AG zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt (ON 15).

Am 17.10.2005 fand eine mündliche Anhörung von Telekom Austria vor der Telekom-Control-Kommission statt (ON 16), anlässlich derer Telekom Austria Unterlagen übermittelte (ON 17).

Am 21.10.2005 brachte Telekom Austria eine Stellungnahme zum Gutachten hinsichtlich Regulierungsinstrumente ein (ON 20).

Am 14.11.2005 beschloss die Telekom-Control-Kommission gem. § 128 TKG 2003 einen Entwurf einer Vollziehungsmaßnahme.

Im Zuge des gemäß § 128 TKG 2003 durchgeführten Konsultationsverfahrens wurde von folgenden Organisationen eine Stellungnahme abgegeben: Bundeswettbewerbsbehörde (ON 33), eine anonyme Stellungnahme (ON 35), Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH (ON 38), UPC Telekabel Wien GmbH (ON 39), Telekom Austria AG (ON 40), Verband alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) (ON 41), Silver Server GmbH (ON 42), Internet Service Providers Austria (ON 43), Tele2UTA Telecommunication GmbH (ON 44).

Die Europäische Kommission richtete am 5.12.2005 gemäß Artikel 5 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie ein Auskunftsansuchen (ON 34) an die Telekom-Control-Kommission. Nach Erteilung einer Fristerstreckung wurden die gewünschten Informationen am 12.12.2005 an die Europäische Kommission übermittelt (ON 37).

Die Stellungnahme der Europäischen Kommission langte am 23.12.2005 (ON 46) ein.

Am 28.12.2005 wurde gem. § 42a KartG 1988 der geplante Zusammenschluss von UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH beim OLG Wien als Kartellgericht angemeldet.

Telekom Austria brachte am 2.1.2006 eine Stellungnahme (ON 48) hinsichtlich dieses angemeldeten Zusammenschlusses ein.

Die Telekom-Control-Kommission bestellte am 9.1.2006 Dr. Bernd Hartl und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen und beauftragte sie mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens zur Frage, ob sich auf dem gegenständlichen Markt durch den geplanten Zusammenschluss von UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH für die im Rahmen dieses Verfahrens erstellten Gutachten zum Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht (bzw. effektivem Wettbewerb) und geeigneter spezifischer Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 Änderungen hinsichtlich der Beurteilung von Marktmacht bzw. der aus ökonomischer Sicht geeigneten Regulierungsinstrumente ergeben.

Am 23. Jänner 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Ergänzungsgutachten zum Zusammenschluss UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH (ON 52) übermittelt. Dieses wurde Telekom Austria AG zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt (ON 54).

Telekom Austria brachte am 7.2.2006 eine Stellungnahme (ON 55) ein.

Am 24.2.2006 teilte die Europäische Kommission mit, dass gegenständliche Maßnahme keiner neuerlichen Koordination gemäß Art. 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie unterworfen werden muss.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zur Abgrenzung des Marktes „Breitbandiger Zugang auf Vorleistungsebene“**

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) idF BGBl. II Nr. 117/2005 definiert in § 1 Z 17 den gegenständlichen Markt.

Die Erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene gemäß § 1 Z 17 TKMVO 2003 entspricht dem Markt Nr. 12, „Breitbandzugang für Großkunden“, der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 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 v. 8.5.2003; in Hinkunft: „Märkteempfehlung der Europäischen Kommission“).

Die von der Europäischen Kommission in ihrer Märkteempfehlung gewählte Bezeichnung „Breitbandzugang für Großkunden“ erscheint, um Missverständnissen vorzubeugen, sprachlich präzisierungsfähig. Es wird daher die Bezeichnung „Markt für den breitbandigen Zugang (Vorleistungsmarkt)“ gewählt.

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene gemäß § 1 Z 17 der TKMVO 2003 umfasst die Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels

- Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses,
- CATV-Modem-Technologie auf Basis eines Koax-Kabel-TV-Anschlusses,
- „Fixed Wireless Access“ Produkten (z.B. mittels WLL, W-LAN) und
- Glasfaserleitungen (Fibre to the Home - FTTH).

Auch Zugänge, die aus Kombinationen dieser vier Technologien bestehen oder realisiert werden, sind Bestandteil des Marktes. Der Transport des Datenstroms zwischen Teilnehmer und Schnittstelle zum Vorleistungsnachfrager erfolgt ohne Verfügungsgewalt des Vorleistungsnachfragers über die dafür notwendige Netzinfrastruktur des Zugangsnetzes (z.B. Digital Subscriber Line Access Multiplexer - DSLAM bzw. Cable Modem Termination System - CMTS) bzw. die benötigte Infrastruktur des Transportnetzes durch den Vorleistungserbringer.

Andere Zugangstechnologien wie z.B. UMTS, PLC (Powerline Communications) sowie Breitbandanbindungen über Satellit bzw. Zugangsformen wie Mietleitungen oder die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sind nicht Bestandteil dieses Marktes. Außerdem sind Zugänge, die über öffentliche Hotspots (z.B. WLAN-Hotspots an öffentlich zugänglichen Orten) realisiert werden, nicht im Markt enthalten.

Erbringer einer marktgegenständlichen Leistung kann nur ein Betreiber der erforderlichen Übertragungstechnischen Infrastruktur im Anschlussnetz (bspw. DSLAM oder CMTS) sein. Der reine Wiederverkauf von marktgegenständlichen Leistungen ist daher nicht von diesem Markt umfasst.

Die Übergabe des Datenstroms vom bzw. zum Vorleistungsnachfrager erfolgt an einem oder mehreren Übergabepunkten über eine übliche, dem Stand der Technik entsprechende Datenschnittstelle - beispielsweise auf Basis ATM oder IP.

Der Markt umfasst den breitbandigen Zugang mit einer Downstream-Datenrate von mehr als 144 kbit/s.

Eigenleistungen, das heißt Leistungen, die sich ein vertikal integriertes Unternehmen intern selber zur Verfügung stellt, sind von der Marktdefinition mitumfasst. Ebenfalls mitumfasst sind Leistungen, die zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden.

Diese Marktdefinition wurde auf der Homepage der RTR unter <http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Portfolio~Konsultationen~bisherige~bisherigeKonsultationen~KonsultationTKMVO2003?OpenDocument> öffentlich konsultiert.

## **2. Überblick über den relevanten Markt**

### **2.1. Historische Entwicklung und bisherige Regulierungspraxis**

#### **2.1.1. Vorleistungsebene**

Im November 1999 brachte die Telekom Austria AG ein Angebot für einen ADSL-basierten Internetzugangsdienst für eigene Endkunden auf den Markt. Im Rahmen dieses Angebots stand jedoch zunächst ausschließlich ein Internetzugang für den konzerneigenen Internet Service Provider (im Folgenden: ISP) zur Verfügung. Auf Nachfrage anderer ISP, die den Telekom Austria-Endkunden ebenfalls einen Internet-Zugang über ADSL zur Verfügung stellen wollten, weigerte sich die Telekom Austria AG zunächst, ihr ADSL-Angebot diesen auch zugänglich zu machen. Nach Intervention der nunmehrigen RTR-GmbH und

Verhandlungen zwischen der Vereinigung der Internet Service Providers Austria („ISPA“) und Telekom Austria wurde jedoch im März 2000 eine Einigung über ein Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) erzielt, welches allen ISP zugänglich ist und seither laufend (zuletzt im Dezember 2004) modifiziert wurde. Für eine detaillierte Beschreibung dieses Angebots sei auf die unten stehende Erläuterung verwiesen.

Das Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) wurde nicht von der Telekom-Control-Kommission (TKK) bescheidmäßig angeordnet, sondern wird von Telekom Austria auf privatrechtlicher Basis erbracht, wobei jedoch auch die zahlreichen Interventionen seitens der RTR-GmbH (vormals TKC) wesentlich zum Gelingen beitrugen. Obwohl das Angebot also letztlich ohne explizite Anordnung der TKK zustande kam, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass ohne angedrohte Regulierung (in Form einer Anordnung der Telekom-Control-Kommission) kein Angebot zustande gekommen wäre, das ISPs das Anbieten marktgegenständlicher konkurrenzfähiger Produkte am Endkundenmarkt ermöglicht.

#### 2.1.1.1. Das ISPA-Wholesaleoffer der Telekom Austria in der Fassung vom 1.11.2004 :

Telekom Austria bietet im Rahmen ihres „Angebot der Telekom Austria betreffend Internetzugangslösungen für Internet Service Provider (ISP)“ zahlreiche Produkte mit unterschiedlichen technischen Parametern an. So können neben verschiedenen Datenübertragungsraten auch unterschiedliche Overbookingfaktoren sowie zwischen symmetrischen und asymmetrischen Breitbandzugängen gewählt werden. Die Services umfassen den ADSL-Zugang von einem Endkunden der Telekom Austria mit einem Fernsprechanschluss oder mit einem ISDN-Basisanschluss in den ADSL- bzw. SDSL-Ausbaugebieten der Telekom Austria zu einem Übergangspunkt als komplettes (Breitband-) Internet Zubringer Service. Dieses Service beinhaltet alle technischen Komponenten eines Internet Zubringer Services in einem Virtual Path (VP), der pro DSLAM von allen ISP für den Zugangsservice benutzt wird. Die Verkehrsübergabe erfolgt an mehreren definierten L2TP Tunnel Endpunkten (nach RFC 2661), die mit den Übergabepunkten verbunden sind.

Folgende Servicearten werden von Telekom Austria derzeit angeboten:

**ADSL Residential:** Bei diesem Service wird von einem durchschnittlichen statistischem Overbooking Faktor von 1:30 für Up- und Downstream ausgegangen. Erreicht wird dies einerseits durch die Überbuchung und andererseits durch die Konfiguration von UBR+ (UBR+ entspricht einem UBR-Service mit einem reservierten Bandbreitenanteil). Bei der Bandbreitenangabe ist mit dem höheren Wert immer „downstream“ und mit dem niedrigeren bzw. gleichen Wert „upstream“ definiert.

Folgende Bandbreiten sind für ADSL Residential verfügbar: 256/64, 768/128, 1024/256, 2048/512.

**ADSL Business:** Bei diesem Service wird von einem durchschnittlichen statistischem Overbooking Faktor von 1:5 für Up- und Downstream ausgegangen. Erreicht wird dies einerseits durch die Überbuchung und andererseits durch die Konfiguration von UBR+.

Folgende Bandbreiten sind für ADSL Business verfügbar: 256/256, 512/256, 768/128, 1024/256, 2048/512.

**SDSL Business:** Bei diesem Service wird von einem durchschnittlichen statistischem Overbooking Faktor von 1:5 für Up- und Downstream ausgegangen. Erreicht wird dies einerseits durch die Überbuchung und andererseits durch die Konfiguration von UBR+. Bei SDSL- Bandbreitenprofilen ist keine Sprachtelefonie möglich (da SDSL das gesamte Spektrum benötigt). Die von der Telekom Austria angebotenen Netzservicearten können bei der Bestellung am Frontend ausgewählt werden.

Folgende Bandbreiten sind für SDSL Business verfügbar: 512/512, 768/768, 1024/1024, 2048/2048, 4096/4096

Bei jedem dieser Dienste kann die Verkehrsübergabe entweder national an einem Übergabepunkt (PoP) erfolgen oder aber regional an einem oder mehreren von insgesamt 9 Übergabepunkten in den jeweiligen Landeshauptstädten.

Dieses „Angebot der Telekom Austria betreffend Internetzugangslösungen für Internet Service Provider (ISP)“ ist als Bitstream-Produkt dem gegenständlichen Markt zuzurechnen.

Neben dem Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) der Telekom Austria, gibt es auch DSL-Bitstream-Produkte von alternativen Anbietern, die über entbündelte Leitungen realisiert werden. Als Beispiele seien UTA und Silver Server genannt, über deren Infrastruktur andere ISPs Zugang zu Endkunden erlangen.

Breitbandzugangsprodukte auf der Vorleistungsebene über Kabelfernsehtetze existieren in Österreich in vielfältigen Ausprägungen. Während in manchen Fällen nur die Internetconnectivity, das ist die schlussendliche Anbindung des Teilnehmeranschlusses in Richtung zum Internet, vom ISP erbracht wird, wird in anderen Fällen durch den ISP auch die Endkundenverrechnung vorgenommen bzw. werden Investitionen in die Rückkanalfähigkeit des CATV-Netzes oder einen CMTS getätigt. Mehr als ein Drittel aller etwa 100 Kabelnetzbetreiber mit Breitbandzugang bieten Breitbandzugangsprodukte auf der Vorleistungsebene an; insgesamt werden ca. 12 % der CATV-Breitbandanschlüsse auf Endkundenebene über Open Access realisiert (im Vergleich dazu werden ca. 19 % der DSL-Anschlüsse über ein entsprechendes Vorleistungsangebot realisiert). Diese Vorleistungsprodukte basieren auf privatrechtlichen Vereinbarungen und kamen ohne jegliches Zutun seitens der Regulierungsbehörde zustande. Der größte Teil der Kabelnetzbetreiber, die Open Access anbieten sind – wegen ihrer geringen Größe – überhaupt nicht vertikal integriert, d.h. breitbandiger Internetzugang auf Endkundenebene wird nur vom ISP angeboten, der Open Access nachfragt. In den meisten Fällen wird allerdings nur mit einem einzigen ISP kooperiert, ein öffentliches Angebot, auf das alle ISPs zurückgreifen könnten, liegt nicht vor.

Etwa 60 % aller Open Access-Zugänge werden von UPC Telekabel angeboten. Es handelt sich dabei um Zugänge für Universitäten, die auf der Endkundenebene Studenten und Universitätsangehörigen breitbandigen Internetzugang zur Verfügung stellen.

### **2.1.2. Endkundenebene**

Der erste Anbieter von breitbandigen Internetzugängen für den Massenendkundenmarkt war Telekabel (heute in Besitz von UPC), die über das Kabel-TV Netz (HFC) 1996 das Produkt „teleweb“ auf den Markt brachte, das im Juni 1999 in „Chello“ umbenannt wurde. Das dabei verwendete Kabel-TV Netz wurde mit Beteiligung der Gemeinde Wien errichtet und später in (vollem) Betrieb stehend an UPC Telekabel veräußert (wobei die Gemeinde Wien nach wie vor einen Anteil von rd. 5% hält).

Telekom Austria (TA) folgte im November 1999 mit dem Produkt ADSL.

Seit Ende des Jahres 2000 werden Breitbandzugänge von ISPs auch über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen angeboten. Seither sind solche Zugänge von einem besonders hohen Wachstum, beispielsweise bei Inode und dem UTA/Tele2 „Complete“-Angebot gekennzeichnet, was sich in einer Verdoppelung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen im Jahr 2004 niederschlägt.

Mit Ende des 1. Quartals 2005 gab es in Österreich ca. 950.000 Breitbandanschlüsse, wobei in den vergangenen beiden Jahren 2003 und 2004 die jährliche Steigerungsrate bei rd. 35%

lag, während diese im Jahr 2002 ca. 40% betrug. Mit Ende 2004 lag die Breitbandpenetration bei mehr als 25% der österreichischen Haushalte. Während den „alternativen Technologien“ W-LAN und FTTH weiterhin kaum Bedeutung zukommt, hat DSL inzwischen CATV als dominante Zugangsform abgelöst. Dennoch ist der im internationalen Vergleich hohe (jedoch relativ gesehen sinkende) Anteil von CATV-Breitbandzugängen hervorzuheben (Abbildung 1).

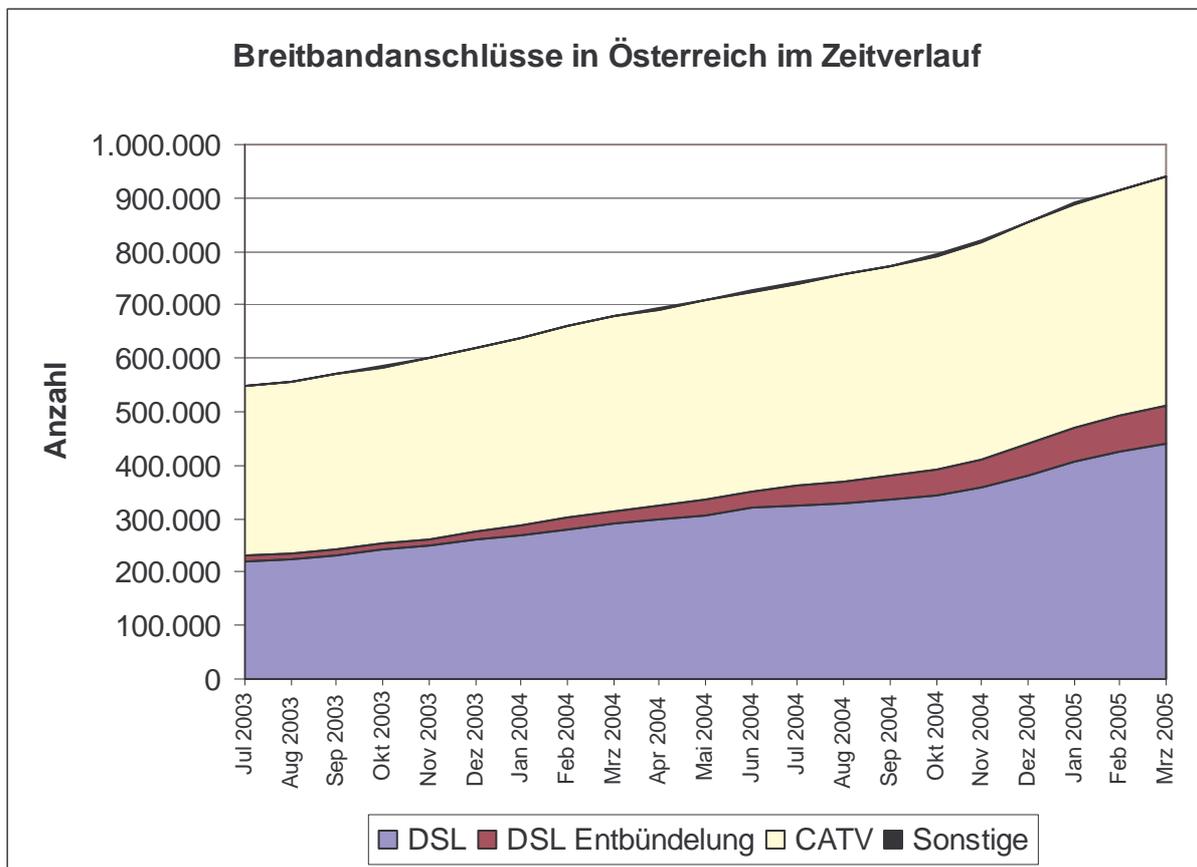


ABBILDUNG 1: BREITBANDANSCHLÜSSE IN ÖSTERREICH IM ZEITVERLAUF

Abbildung 2 zeigt die Verteilung der Zugangstechnologien Ende 2004 sowie den Anteil der Anschlüsse, die über DSL bzw. CATV von ISPs erbracht werden, die selber über keine Infrastruktur im Anschlussbereich verfügen, sondern Bitstream- bzw. Open Acces-Angebote auf der Vorleistungsebene nachfragen.

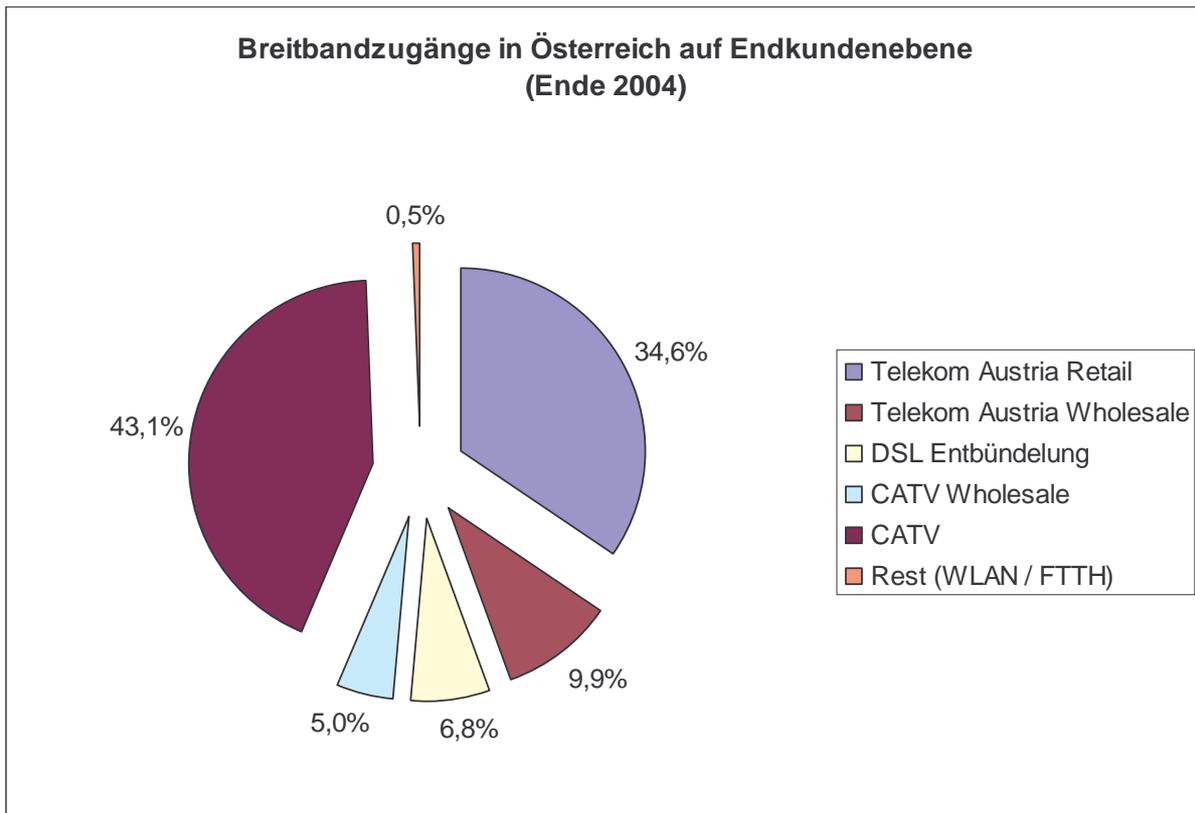


ABBILDUNG 2: BREITBANDZUGÄNGE IN ÖSTERREICH PER ENDE 2004

Ersichtlich ist, dass insgesamt ca. 15% (5% über CATV, ca. 10% über DSL) der Anschlüsse von ISPs erbracht werden, die auf der Vorleistungsebene ein Bitstream- bzw. Open Access-Angebot beziehen. Der Breitband-Endkundenmarkt ist wesentlich von den beiden großen Anbietern Telekom Austria und UPC Telekabel geprägt, die gemeinsam über rd. 60% des Marktes verfügen. Alle weiteren Anbieter haben bereits Marktanteile von deutlich unter 10%.

Am bundesweiten Endkundenmarkt für breitbandige Internetzugänge verfügt der Retailbereich von Telekom Austria derzeit über einen Marktanteil von ca. 35 %. Der zweitgrößte Anbieter UPC Telekabel verfügt über einen bundesweiten Marktanteil von ca. 28 %. Kein anderer Wettbewerber am gegenständlichen Markt verfügt über mehr als 7 % Endkundenmarktanteil.

## 2.2. Verbindungen zu anderen Märkten

Beziehungen zwischen Märkten können im Wesentlichen aus den folgenden Gründen bestehen:

- Märkte können miteinander horizontal verbunden sein, wenn zwischen den Produkten der Märkte substitutive oder komplementäre Beziehungen bestehen und/oder die Produkte im Bündel angeboten werden.
- Märkte können miteinander vertikal verbunden sein wenn sie Teile derselben Wertschöpfungskette sind.

Der Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene weist mit keinem anderen relevanten Markt der TKMVO 2003 idgF oder der Märkteempfehlung der EK horizontale Verbindungen auf. Vertikale Verbindungen bestehen allerdings mit den Märkten für Entbündelung und terminierenden Segmenten von Mietleitungen. So kann die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung von ISPs dazu benutzt werden, um auf der Endkundenebene

breitbandigen Internetzugang (meist mittels DSL) anzubieten oder aber um auf der Vorleistungsebene Bitstream-Produkte bereitzustellen. Diese vertikalen Beziehungen sind, gemeinsam mit den vertikalen Beziehungen zwischen anderen relevanten Märkten, exemplarisch für das Kupferdoppeladernetz der Telekom Austria in Abbildung 3 dargestellt.

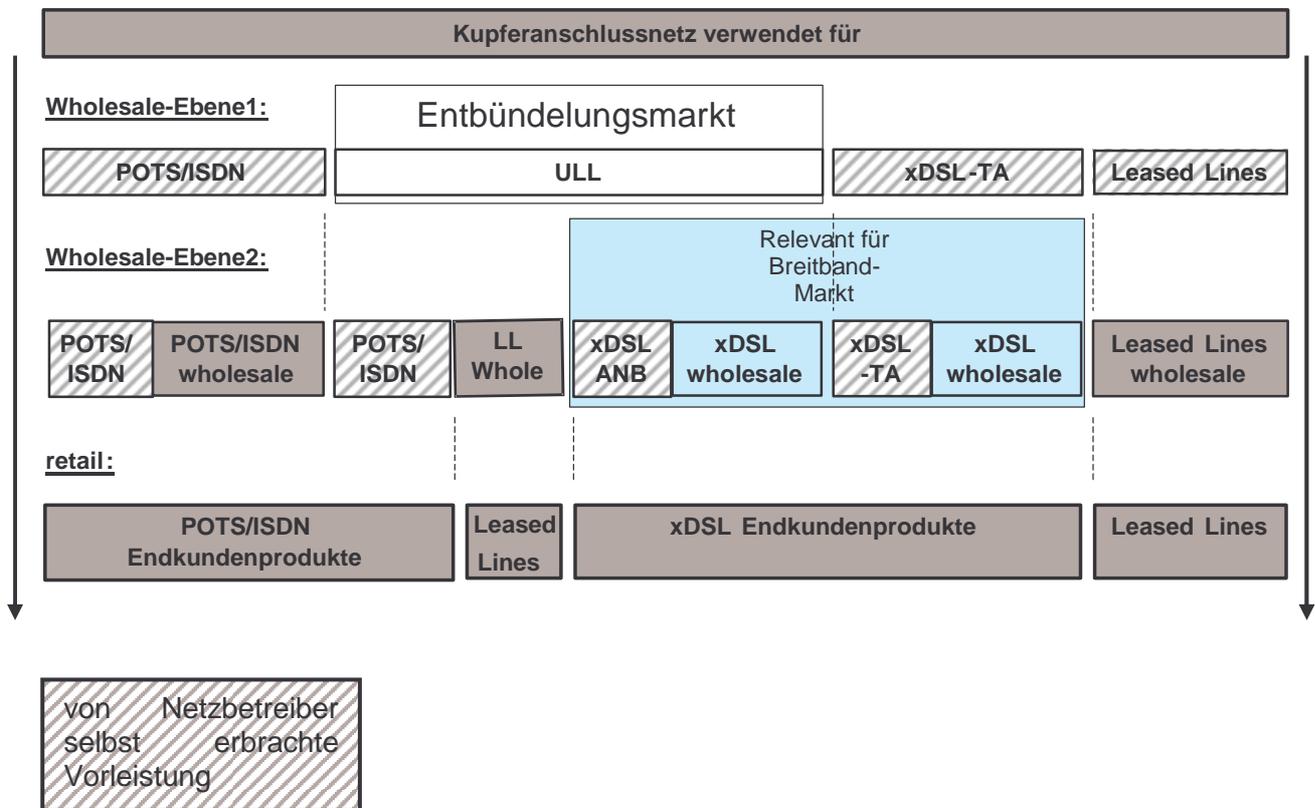


ABBILDUNG 3: VERTIKALE BEZIEHUNG ZWISCHEN DEN RELEVANTEN MÄRKTEN AM BEISPIEL DER TELEKOM AUSTRIA

Eine weitere Beziehung besteht zum Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen, da diese von Entbündelungspartnern als Vorleistungsprodukte für die Backhaul-Anbindung verwendet werden.

### 3. Zur Analyse des Marktes für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene

Die marktgegenständlichen Leistungen der Telekom Austria wurden seit dem Produktstart der Telekom Austria im November 1999 zumindest durch Regulierungsandrohung, siehe diesbezüglich die Ausführungen zu Punkt 2.1. dieser Anordnung, mit beeinflusst. Damit sind dem Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung doch zu großen Teilen entzogen, sodass deren Untersuchung auf Basis einer Ex-post-Betrachtung (wie haben sich die Unternehmen in der Vergangenheit verhalten) allenfalls Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen liefern würde. Aus diesem Grund ist eine Ex-ante-Betrachtung anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Entgelte für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter „Greenfield-Ansatz“) bzw. ob sie überhaupt ein solches Zugangsprodukt (weiterhin) anbieten würden.

Die Analyse des gegenständlichen Marktes stützt sich daher in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. es wird untersucht, wie ein

gewinnmaximierendes Unternehmen die Preise für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) setzen würde.

Nachfolgend werden die für die Analyse des gegenständlichen Marktes relevanten Indikatoren im Detail dargestellt:

### **3.1. Marktanalyse single dominance**

#### **3.1.1. Marktanteile**

Die ökonomische Bedeutung dieses Indikators leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Profitabilität (in Form der *price-cost margin*) ab. So gibt es (ON 4) 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 Auskunft darüber zu geben, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt (oder gar erwiesen ist).

Generell bedeutet ein hoher Marktanteil alleine noch nicht, dass das betreffende Unternehmen auch über beträchtliche Marktmacht verfügt (vgl. SMP-Guidelines, §75). So ist es zum Beispiel wichtig, den Marktanteil eines Unternehmens nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt sondern auch die Veränderung des Marktanteils im Zeitverlauf zu betrachten. Ist der Marktanteil hoch und über längere Zeit stabil, so kann eher die Existenz von Marktmacht angenommen werden, als wenn der Marktanteil in der Vergangenheit gesunken ist oder beträchtlichen Schwankungen unterworfen war. Weiters ist der Marktanteil auch in Verhältnis zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der Größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen von Marktmacht wahrscheinlicher, als in Fällen in denen mehrere Unternehmen über gleich hohe Marktanteile verfügen. Im letzteren Fall ist eventuell das Vorliegen einer gemeinsamen Marktmacht zu prüfen. Schließlich ist der Marktanteil – wie alle Indikatoren – nur eines von vielen Kriterien zur Beurteilung von Marktmacht (wenn auch ein wichtiges) und daher nur in Verbindung mit anderen Indikatoren aussagekräftig. Dennoch bleiben Marktanteile für die zugrunde liegenden Marktanalysen ein besonderer Indikator, insofern diese als notwendige, jedoch nicht hinreichende Bedingung für das Feststellen von individueller Marktmacht gelten.

Eine Betrachtung der Marktanteile anhand der Anzahl der (intern oder extern) bereitgestellten Zugänge (= Anschlüsse) erscheint am vorliegenden Markt als die sinnvollste Vorgangsweise, da eine Bewertung der Eigenleistungen mit Umsätzen nicht sinnvoll möglich ist (vor allem wenn – wie für viele Kabelnetzbetreiber – ein externer Preis als Vergleichsmaßstab fehlt) und auch eine Gewichtung der Zugänge z.B. nach Bandbreite problematisch ist, da die Bandbreite üblicherweise nur eines von vielen Produktcharakteristika ist.

Anhand der konkreten Marktanteilsverteilung ergibt sich (ON 4, ON 52), dass nur zwei Unternehmen über einen Marktanteil verfügen, der Anlass zur Vermutung geben könnte, dass sie über Marktmacht verfügen: Telekom Austria einerseits und UPC Telekabel und Inode (in der Folge: UPC/Inode) andererseits. Schon die absolute Höhe der Marktanteile (per Dezember 2004) zeigt jedoch, dass die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung bei Telekom Austria (> 44 %) wesentlich näher liegt als bei UPC/Inode (> 33 %). Keiner der übrigen am gegenständlichen Markt tätigen Betreiber hat einen Marktanteil über 5 %, wie aus der folgenden Abbildung 4 hervorgeht.

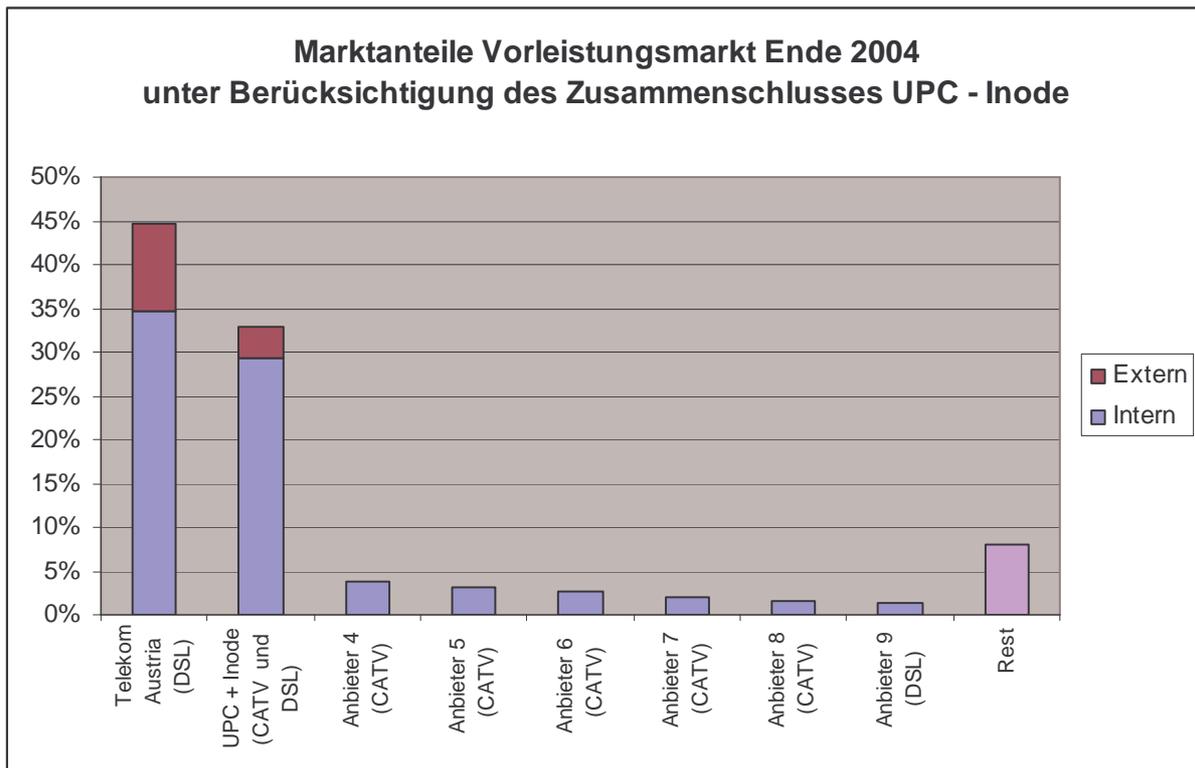


ABBILDUNG 4: MARKTANTEILE VORLEISTUNGSMARKT PER ENDE 2004 UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSES VON UPC-AUSTRIA UND INODE (ANTEILE GERUNDET)

Zusätzlich zur statischen Betrachtung der Marktanteile ist jedoch auch eine Betrachtung der Marktanteilsentwicklung im Zeitverlauf erforderlich, um aus etwaigen Schwankungen oder Verschiebungen der Marktanteile Rückschlüsse auf das Vorliegen von Marktmacht tätigen zu können. Dies gilt umso mehr am vorliegenden Markt, der durch hohes Marktwachstum und starke Dynamik gekennzeichnet ist.

Aus der von Anfang 2000 bis Anfang 2005 festgestellten Marktanteilsentwicklung von Telekom Austria und UPC Telekabel, ergibt sich, dass Telekom Austria ihren Marktanteil von unter 10% im ersten Quartal 2000 auf ca. 49 % im dritten Quartal 2005 steigern konnte, während der Marktanteil von UPC Telekabel in diesem Zeitraum von ca. 60% auf deutlich unter 30 % absank. Auch die gemeinsame Berücksichtigung der Marktanteile von UPC/Inode ergibt zum Jahresende 2005 einen Marktanteil von ca. 33 % (Abbildung 4). Diese Einschätzung würde auch nach der Übernahme von Cablecom durch die Muttergesellschaft der UPC, Liberty Global Inc., wie sie am 30.12.2005 angemeldet wurde, aufrecht bleiben. Cablecom verfügt sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt über einen Marktanteil von <1%. Auch ihre coverage (homes passed) liegt unter 1% aller Haushalte mit Schwerpunkt in Vorarlberg (ON 52).

Hinsichtlich der Entwicklung des Teilnehmerstandes von Telekom Austria und jenem von UPC Telekabel zeigt sich, dass Telekom Austria UPC Telekabel bereits Anfang 2003 überholte und seitdem deutlich höhere Zuwächse als UPC Telekabel erzielt. Vor allem gegen Ende der Betrachtungsperiode (Ende 2004 / Beginn 2005) verzeichnete Telekom Austria einen Anstieg im Teilnehmerzuwachs, der bei UPC Telekabel nicht zu beobachten ist. So hielt Telekom Austria Ende 2004 noch bei ca. 380.000 Anschlüssen während Anfang Juli 2005 auf Vorleistungsebene bereits der 500.000 Breitbandanschluss (einschließlich Eigenleistungen) hergestellt worden war (ON 4). Der gemeinsame Marktanteil von UPC/Inode hätte sich im Dezember 2004 auf ca. 33% belaufen (s. Abbildung 1). Die bereits im Marktanalyse-Gutachten (ON 4) gezogene Schlussfolgerung, dass nur zwei Unternehmen (nämlich Telekom Austria und UPC) über einen Marktanteil verfügen, der Anlass zur

Vermutung geben könnte, dass sie über Marktmacht verfügen, wird durch den Zusammenschluss UPC/Inode also noch verstärkt.

Die zu beobachtenden Marktanteilsverschiebungen sind vor allem auf die unterschiedlichen Zeitpunkte des Markteintritts sowie die Unterschiede in den Versorgungsgebieten zwischen Telekom Austria und den Kabelnetzbetreibern zurückzuführen. Der Markteintritt von UPC Telekabel erfolgte bereits 1996, während Telekom Austria ihr erstes ADSL-Produkt erst 1999 auf den Markt brachte (ON 4). Aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes konnte Telekom Austria bald auch in jenen Gebieten breitbandige Internetprodukte am Endkundenmarkt anbieten, in denen keine Kabelnetzbetreiber tätig waren. Vor allem in diesen Gebieten konnte Telekom Austria schnell neue Kunden und damit hohe Marktanteile gewinnen. In jenen Gebieten, in denen bereits Kabelnetzbetreiber tätig waren, insbesondere in den Ballungszentren, konnte Telekom Austria nur langsam zulegen und hält daher dort meist (teilweise deutlich) geringere Marktanteile als auf dem Gesamtmarkt. So betrug der Anteil an Teilnehmern (auf der Vorleistungsebene) von Telekom Austria im Juni 2003 in Wien ca. 25 %, in Innsbruck und St. Pölten ca. 30 %. In anderen Landeshauptstädten wie Salzburg oder Bregenz hielt Telekom Austria hingegen bereits Anteile von ca. 70 % bzw. ca. 55 % (angeführte Marktanteile von Telekom Austria in den Ballungszentren auf 5 %-Punkte genau gerundet). Da der relevante Markt jedoch vor allem aufgrund national einheitlicher Preise von Telekom Austria das gesamte österreichische Bundesgebiet (common pricing constraint) umfasst, sind für die Beurteilung von Marktmacht nur die Marktanteile auf nationaler Ebene relevant.

Diese Entwicklungen veranschaulicht die nachfolgende Abbildung 5:

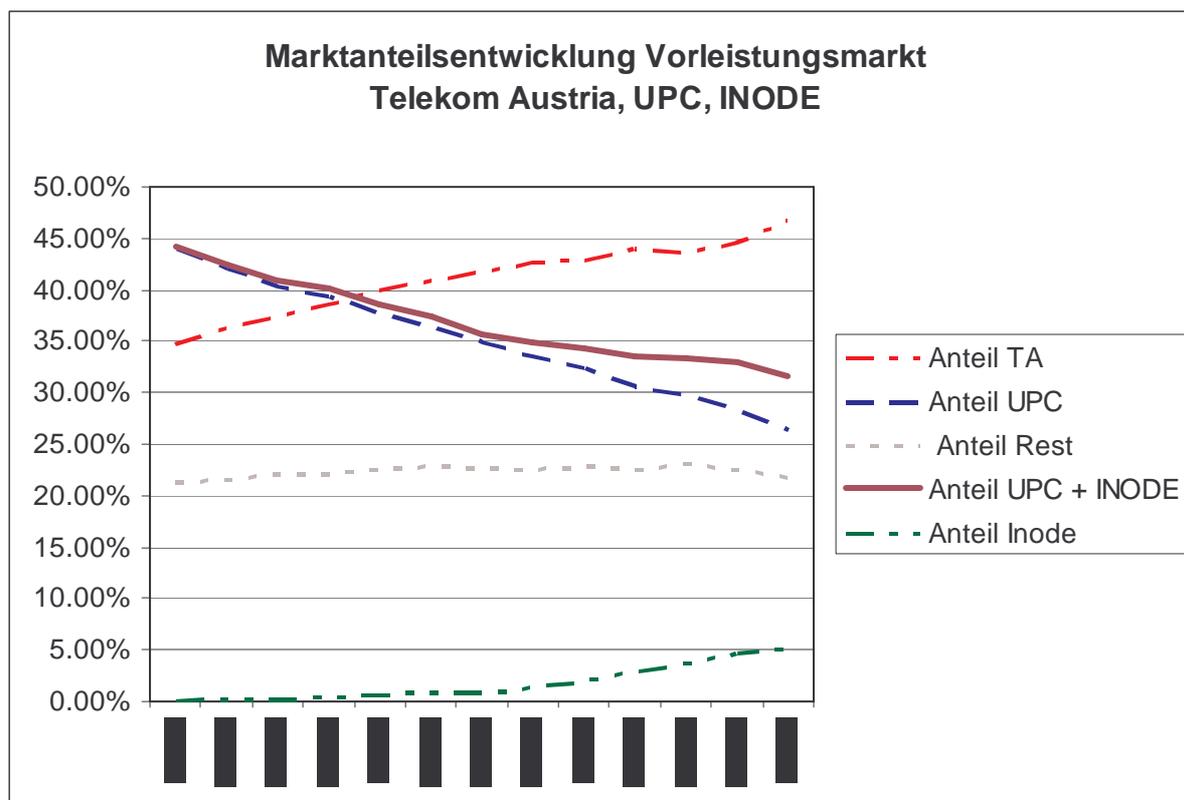


ABBILDUNG 5: MARKTANTEILSENTWICKLUNG VORLEISTUNGSMARKT TELEKOM AUSTRIA UND UPC/INODE

Abbildung 5 zeigt die Marktanteilsentwicklung von Telekom Austria, UPC, Inode und UPC/Inode von Q3/2003 bis Q1/2005. Obwohl die Marktanteilsverluste von UPC Telekabel durch das Hinzuzählen der Marktanteile von Inode abgeschwächt werden, ist dennoch eine klar sinkende Tendenz des Marktanteils von UPC/Inode erkennbar. Obwohl Inode also

Marktanteile dazu gewinnen konnte, ist dieser Zuwachs zu schwach, um die Marktanteilsverluste von UPC wesentlich verringern oder gar aufhalten zu können. Schreibt man die Marktanteilsentwicklung der Vergangenheit in die Zukunft fort, so ist es wahrscheinlich, dass Telekom Austria innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre einen Marktanteil von über 50% erreichen wird, während der Marktanteil von UPC/Inode auf unter 30% sinken könnte. Diese Vermutung wird durch Marktanteilsschätzungen basierend auf Daten der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung (KEV) für September 2005 bestätigt. Diesen Daten zufolge erreichte Telekom Austria bereits zu diesem Zeitpunkt einen Marktanteil von ca. 49 %, UPC hält einen Marktanteil von ca. 24 % und Inode einen Marktanteil von ca. 5 %. Der Marktanteil von UPC/Inode ist diesen Schätzungen zufolge bereits im September 2005 auf unter 30 % gesunken.

Es ist nun aus mehreren Gründen zu erwarten, dass dieser Trend sich zumindest auch in den nächsten 1 - 2 Jahren fortsetzen wird, d.h. Telekom Austria weiter Marktanteile gewinnen wird, und UPC Telekabel/Inode (so wie die Kabelnetzbetreiber insgesamt) Marktanteile verlieren werden:

- Die geographische Abdeckung mit DSL ist wesentlich größer als jene mit Kabelnetzen: Telekom Austria kann zur Zeit ca. 86 % aller Haushalte erreichen, während diese Zahl bei Kabelnetzen nur ca. 50 % (ON 4) beträgt.
- Eine wesentliche Ausweitung der Netzausdehnung (footprint) der Kabelnetzbetreiber ist in den nächsten 1-2 Jahren nicht zu erwarten, da eine solche mit massiven Investitionen und hohen versunkenen Kosten verbunden wäre (wo Kabelnetze bereits auf Rückkanalfähigkeit aufgerüstet wurden, müssten für eine Ausweitung neue Teilnehmeranschlussleitungen verlegt werden). Obwohl UPC durch die Akquisition von Inode ihren Footprint wesentlich erweitern konnte, (von < 30% der Haushalte auf > 50%), ist festzuhalten, dass durch die Übernahme per se keine neue Infrastruktur geschaffen wird und auch die Expansionsbarrieren, wie sie in Abschnitt 4.2 des Marktanalysegutachtens (ON 4) beschrieben wurden, unverändert bleiben. Eine Ausweitung der DSL-Coverage durch Telekom Austria ist hingegen verhältnismäßig leichter möglich, da ein flächendeckendes Netz von Teilnehmeranschlussleitungen bereits existiert und „nur“ in einen DSLAM sowie die Anbindung an das breitbandige Kernnetz investiert werden muss. Derzeit sind bereits 61 % der lokalen Vermittlungsstellen der Telekom Austria ADSL-fähig, weitere 30 % sollen bis 2007 umgerüstet werden.
- Die Penetrationsrate in den von CATV-Netzen versorgten Gebieten ist bereits wesentlich höher als in Gebieten, die ausschließlich von DSL versorgt werden (September 2003: ca. 10 vs. ca. 3 Anschlüsse pro 100 Einwohner). Das Potential für weitere Kunden ist also für Telekom Austria weit größer als für Kabelnetzbetreiber. Dies sieht man auch bei einem Vergleich der Penetrationsraten (Anzahl an Kunden bezogen auf homes passed), welche für UPC Telekabel Ende 2004 bereits bei ca. 26% lag, bei Telekom Austria jedoch erst bei ca. 13%.
- Die Penetration von Kabelfernsehen ist in den letzten Jahren nur noch schwach angestiegen (von 34 % auf 36 % von 2001 auf 2003 (ON 4)). Geht man davon aus, dass breitbandiger Internetzugang über CATV-Netze vor allem im Bündel mit TV nachgefragt wird - dies ist bei UPC Telekabel beispielsweise derzeit bei mehr als 70% der Breitband-Kunden der Fall - ist auch von dieser Seite keine wesentliche Steigerung der Marktanteile von Kabelnetzbetreibern zu erwarten.

Sowohl Telekom Austria als auch UPC Telekabel haben zwar mit Ausnahme des Bundeslandes Vorarlberg WLL-Frequenzen im gesamten Bundesgebiet erworben, da der

Ausbau eines entsprechenden Netzes aber erst in der Anfangsphase ist, kann davon ausgegangen werden, dass die oben beschriebenen Trends in den kommenden 1-2 Jahren nicht wesentlich durch WLL beeinflusst werden. Dies deshalb, da bis vor kurzem (September 2005) keine auf dieser Technologie basierenden Produkte am Markt angeboten werden; die mit der Frequenzvergabe verbundene Zulassung sieht vor, dass spätestens am 31. Dezember 2007 ein Versorgungsgrad von 20 % in ca. 10 % der österreichischen Gemeinden und spätestens am 31. Dezember 2008 ein Versorgungsgrad von 30 % in ca. 20 % der österreichischen Gemeinden erreicht werden muss ([http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation\\_Frequenzvergabe\\_Bisherige+Auktionen\\_BisherigeAuktionen\\_WLL-2004\\_WLL2004Ausschreibungsunterlage?OpenDocument](http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Frequenzvergabe_Bisherige+Auktionen_BisherigeAuktionen_WLL-2004_WLL2004Ausschreibungsunterlage?OpenDocument)).

Insgesamt begründet auch nach dem Zusammenschluss von UPC und Inode die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung weiterhin die ökonomische Vermutung, dass Telekom Austria auf dem vorliegenden Markt über Marktmacht verfügt. So verfügt Telekom Austria derzeit bei zuletzt stark steigender Tendenz bereits über einen Marktanteil von über 49 %. Die Möglichkeit, dass UPC/Inode gemeinsam aus ökonomischer Sicht über Marktmacht verfügen, kann aufgrund der absoluten Höhe des Marktanteils (< ca. 35%) sowie der sinkenden Tendenz weitestgehend ausgeschlossen werden (ON 52).

Es sind keine Anzeichen erkennbar, dass der beschriebene Trend sich innerhalb der nächsten 1 – 2 Jahre nicht fortsetzen sollte.

### **3.1.2. Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb**

Je höher Marktzutrittsbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Marktzutrittsbarrieren vorliegen.

Generell kann festgehalten werden, dass Markteintrittsbarrieren insofern ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktmächtigen Stellung sind, als sie eine notwendige Voraussetzung für die langfristige Abwesenheit von effektivem Wettbewerb darstellen. Existieren keine Markteintrittsbarrieren, ist unabhängig vom Grad der Konzentration (jedenfalls längerfristig) entweder durch Markteintritt oder durch potenziellen Wettbewerb ein kompetitives Marktergebnis zu erwarten.

In ihrer Empfehlung über relevante Märkte (Europäische Kommission (2003) (in weiterer Folge „Empfehlung der Europäischen Kommission“), S. 9f.), unterscheidet die Europäische Kommission zwischen zwei Arten von Marktzutrittsbarrieren, nämlich strukturell bedingten und rechtlich bedingten Hindernissen. Als dritte Gruppe von Barrieren existieren jene, die durch das Verhalten eines Unternehmens entstehen (strategische bzw. endogene Marktzutrittsbarrieren).

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 Marktzutrittsbarrieren auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang können Skalenvorteile, das sind Vorteile, die dann vorliegen, wenn die Durchschnittskosten (Kosten pro Einheit) mit steigender Ausbringungsmenge sinken (s. § 35 Abs. 1 Z. 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines), in Verbindung mit versunkenen Kosten, das sind jene fixen Kosten der Produktion, die, so sie einmal angefallen sind, irreversibel sind, d.h., nicht mehr zurück gewonnen werden können, 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.

Ohne die Zugangsregulierung auf dem Entbündelungsmarkt ist ein Markteintritt in den Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang nur dann möglich, wenn ein eigenes Anschlussnetz errichtet wird. Da im Anschlussnetz massive Skalenvorteile vorliegen und die Errichtung eines solchen Netzes mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden ist, ist weiterer Marktzutritt (in relevantem Ausmaß) mit eigener Infrastruktur in den nächsten 1-2 Jahren in weiten Teilen Österreichs sehr unwahrscheinlich. Dies gilt vor allem für leitungsgebundene Technologien wie DSL, CATV und FTTH. Eben diese Barrieren stehen auch dem weiteren Ausbau von bestehenden Netzen entgegen. Dennoch verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere auch gegenüber Kabelnetzbetreibern über den Vorteil, bereits über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz zu verfügen. Zur Ausweitung der Coverage sind daher „nur“ Investitionen in einen DSLAM und in die Anbindung an das breitbandige Kernnetz erforderlich, während Kabelnetzbetreiber (so ihre Netze bereits voll rückkanalfähig sind, was bei allen großen Kabelnetzbetreibern der Fall ist), neue Teilnehmeranschlussleitungen verlegen müssten. Aufgrund ihres Anschlussnetzes sieht sich Telekom Austria also im Vergleich zu anderen Betreibern wesentlich geringeren Expansionsbarrieren gegenüber. Durch den Zusammenschluss von UPC und Inode verfügt das gemeinsame Unternehmen nunmehr zwar über eine Gesamtnetzabdeckung von etwas über 50 %. Die Netzabdeckung von UPC/Inode entspricht im Wesentlichen jener von Inode, da fast alle Gebiete, in denen UPC vertreten ist, von Inode bereits entbündelt worden sind (ON 52). Auch nach dem Zusammenschluss von UPC und Inode kommt es daher zu keiner Erleichterung hinsichtlich des Überwindens der festgestellten jeweiligen (DSL einerseits und CATV andererseits) Marktzutrittsbarrieren. Die beschriebenen Marktzutrittsbarrieren in Form der Skalenvorteile im Anschlussnetz bestehen ebenso wie diejenigen bei CATV-Netzen weiter. Auch das fusionierte Unternehmen UPC/Inode muss diese - jeweils für DSL und CATV - überwinden.

Durch die derzeitige Regulierung am Entbündelungsmarkt werden zwar die Marktzutrittsbarrieren gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen, um sein Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen. Darüber hinaus sind – ebenfalls versunkene – Investitionen für die Errichtung oder Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen. Vor allem aus diesen Gründen ist der Marktanteil der Entbündler am Endkundenmarkt vergleichsweise gering. Weiterer Markteintritt mittels Entbündelung erscheint auch innerhalb der nächsten 1-2 Jahre nur dort realistisch, wo hohe Skalenvorteile ausgenutzt werden können, also in Ballungszentren und dicht besiedelten Gebieten.

Bei leitungsungebundenen Technologien wie W-LAN, WLL oder WiFi ist das Ausmaß der versunkenen Kosten meist deutlich geringer als bei leitungsgebundenen Technologien, da keine Grabungsarbeiten erforderlich sind und das Equipment (im Vergleich zu einer vergrabenen Leitung) teilweise an anderen Orten wieder verwendet werden kann. Wie aus ON 4 ersichtlich ist, kommt W-LAN jedoch – sowohl am Vorleistungs- als auch am Endkundenmarkt – derzeit kaum Bedeutung zu. Da der Ausbau der WLL-Netze jener Betreiber, die eine Frequenz erworben haben (Telekom Austria, UPC Telekabel, Wimax Telecom und Teleport) erst in der Anfangsphase ist, ist dieser Technologie in den kommenden 1-2 Jahren ebenfalls nur geringe Bedeutung zuzumessen.

*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 relevante rechtlich bedingte Hindernisse auf dem vorliegenden Markt können – in Bezug auf leitungsgebundene Technologien – Barrieren im

Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten betrachtet werden. Diese 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. Dies gilt ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten. Wiederum verfügt hier Telekom Austria über einen Vorteil gegenüber anderen Betreibern, da sie, wie bereits oben beschrieben, aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes bei einer Ausdehnung des DSL-Netzes keine Grabungsarbeiten im Anschlussbereich durchführen muss.

Weiters kann die aufgrund der Frequenzknappheit beschränkte Anzahl an Unternehmen mit einer WLL-Frequenz, wie sie im Jahr 2004 von der RTR-GmbH mittels Versteigerung vergeben wurden, als rechtliche Marktzutrittsbarriere gesehen werden. Da der Ausbau der WLL-Netze jedoch erst in der Anfangsphase ist, ist diese Marktzutrittsbarriere nicht entscheidend für die Beurteilung der Wettbewerbssituation in den kommenden 1-2 Jahren.

Marktzutrittsbarrieren können nicht nur das Ergebnis von rechtlichen oder strukturellen (von Unternehmen nicht beeinflussbaren) Faktoren sein, sondern auch aus dem *Verhalten eines Unternehmens*, resultieren. Verhaltensbezogene Marktmachtindikatoren finden sich in § 35 Abs. 1 Z. 13 TKG 2003 als Kriterium zur Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Am vorliegenden Markt wäre vor allem eine Marktmachtübertragung durch Telekom Austria von vorgelagerten Märkten, in diesem Fall vom Markt für Entbündelung (auf dem Telekom Austria vor allem aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt) zu prüfen. Einer solchen Marktmachtübertragung wird gegenwärtig vor allem durch die Verpflichtungen der Zugangsgewährung (Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung), der Nichtdiskriminierung und der Kostenorientierung entgegengewirkt. Ohne diese Verpflichtungen wäre eine Übertragung von Marktmacht auf den vorliegenden Markt nicht auszuschließen.

Abschließend lässt sich also festhalten, dass der Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang vor allem aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten insgesamt gesehen von hohen Zutrittsbarrieren gekennzeichnet ist. Da Telekom Austria als einziges Unternehmen über ein bundesweit flächendeckendes Anschlussnetz verfügt, sieht sie sich im Vergleich zu anderen Betreibern wesentlich geringeren Expansionsbarrieren gegenüber.

### **3.1.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur**

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle kann es dem entsprechenden Unternehmen ermöglichen, 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.

Aufgrund ihrer Position als ehemaliger Monopolist für Sprachtelefonie verfügt Telekom Austria als einziger Betreiber über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz. Dieses Anschlussnetz wurde für ca. 86% aller Haushalte bereits mit DSL-Übertragungstechnologie „aufgerüstet“. Vergleicht man nun die „homes passed“, also die Größe des Breitbandnetzes verschiedener Betreiber (Netzausdehnung), so ergibt sich folgendes Bild:

Betreiber	Homes passed
Telekom Austria (DSL)	ca. 2.985.000
UPC (CATV)	ca. 950.000
Inode (Entbündelung), unter Berücksichtigung der entbündelungsspezifischen Kapazitätsrestriktionen	ca. 185.000
Anbieter 4 (CATV)	ca. 121.000
Anbieter 5 (CATV)	ca. 102.000

TABELLE 1: INFRASTRUKTUR DER GRÖßTEN BETREIBER AM VORLEISTUNGSMARKT FÜR BREITBANDIGEN ZUGANG

Aus Tabelle 1 wird ersichtlich, dass Telekom Austria mit ca. 2.985.000 angeschlossenen Haushalten, das sind ca. 86 % aller österreichischen Haushalte, über die mit Abstand größte Anzahl an homes passed (Maximal Coverage) verfügt und daher in weiten Teilen Österreichs das einzige Unternehmen mit eigener, nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur ist. Die Coverage (homes passed) aller Kabelnetzbetreiber zusammen betrug per Ende 2004 ca. 50 % (ON 4). Daher folgt, dass Telekom Austria Ende 2004 auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt bei über einem Drittel aller österreichischen Haushalte der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur war.

Die theoretische Maximal-Coverage des größten entbündelnden ISPs (Inode) betrug per Ende 2004 unter Außerachtlassung von entbündelungsspezifischen Kapazitätstrestriktionen ca. 1,4 Mio Haushalte (dies entspricht auch der maximalen Netzausdehnung von UPC/Inode, da fast alle Gebiete, in denen UPC vertreten ist, von Inode bereits entbündelt sind). Diese Zahl ergibt sich aus der innerhalb des Einzugsbereiches aller per Ende 2004 entbündelten Wählämter, bei denen zu diesem Zeitpunkt dieser alternative ISP vor Ort war. Bei dieser Zahl ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass entbündelnde ISPs sich mit Kapazitätsbeschränkungen am Hauptverteiler des jeweiligen Wählamtes konfrontiert sehen. Unter Berücksichtigung dieser entbündelungsspezifischen Kapazitätsrestriktionen beträgt die maximale Anzahl der von Inode versorgbaren Haushalten 185.000. Die Möglichkeit von entbündelnden ISPs, für Telekom Austria wettbewerbsbeschränkend agieren zu können erscheint daher geringer, als die theoretische erreichbare Maximal-Coverage vermuten lassen würde.

Erst in beträchtlichem Abstand nach UPC/Inode folgt Anbieter 4 mit ca. 121.000 homes passed, und Anbieter 5 mit ca. 102.000 homes passed. (ON 4).

Laut Angaben von Telekom Austria („Telekom Austria Group Results for the Financial Year 2004“, March 16, 2005, Folienpräsentation der Telekom Austria, S. 13) soll bis 2007 ein weiterer Ausbau des DSL-Netzes erfolgen, welcher voraussichtlich wiederum vor allem Gebiete umfasst, in denen Telekom Austria das einzige Unternehmen mit eigener Infrastruktur ist. Ein weiterer Ausbau von Kabelnetzen in relevantem Ausmaß ist hingegen unwahrscheinlich. Da die Errichtung von WLL-Netzen erst in der Anfangsphase ist, kann auch durch diese Technologie in den nächsten 1-2 Jahren keine grundlegende Veränderung erwartet werden.

Obwohl UPC durch die Akquisition von Inode ihren Footprint wesentlich erweitert (von < 30% der Haushalte auf > 50%) ist festzuhalten, dass durch die Übernahme per se keine neue Infrastruktur geschaffen wird und auch die Expansionsbarrieren, wie sie in Abschnitt 4.2 des Marktanalysegutachtens (ON 4) beschrieben wurden, unverändert bleiben, da die Netzabdeckung von UPC und Inode gemeinsam entspricht im Wesentlichen jener von Inode,

da fast alle Gebiete, in denen UPC vertreten ist, von Inode bereits entbündelt sind. Gegeben die Expansionsbarrieren ist nicht davon auszugehen, dass UPC und Inode ihren Footprint in den nächsten 1-2 Jahren (also bis 2007/ Anfang 2008) wesentlich (= über 60%) erhöhen werden, auch wenn seitens UPC ein Erhöhung ihrer Netzabdeckung bis 2010 auf 80 bis 90% angekündigt wurde (ON 52).

Telekom Austria ist also der einzige Betreiber mit einer österreichweit flächendeckenden Infrastruktur und ist darüber hinaus in vielen (und zunehmend mehr) Gebieten auch der einzige Betreiber mit eigener, nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur.

#### **3.1.4. Nachfrageseitige Gegenmacht**

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten.

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

Auf dem vorliegenden Markt ist zunächst das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht der ISPs, die DSL-Bitstreamprodukte nachfragen, gegenüber Telekom Austria zu analysieren. Es ist nun davon auszugehen, dass die Verhandlungsmacht der ISPs gegenüber Telekom Austria aus mehreren Gründen wenig ausgeprägt ist: Zunächst ist festzuhalten, dass das Bitstream-Angebot der Telekom Austria letztlich durch Intervention der Regulierungsbehörde zustande kam. Es ist daher zu schließen, dass Telekom Austria nicht zuletzt aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran hat, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt in Wettbewerb steht, ein marktfähiges Zugangsprodukt anzubieten. Schon aufgrund dieser Anreizstruktur ist es unwahrscheinlich, dass ISPs gegenüber Telekom Austria über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Doch selbst wenn Telekom Austria keine strategischen Anreize zur Zugangsverweigerung hätte, so wäre die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs dennoch aufgrund dessen eingeschränkt, dass ein Wechsel zu anderen Anbietern auf der Vorleistungsebene zwar in manchen Fällen möglich ist, jedoch meist durch eine Vielzahl von Faktoren erschwert wird:

- Die meisten alternativen Betreiber (insbesondere Kabelnetzbetreiber) bieten dem Bitstream-Zugang äquivalente Leistungen nur ausgewählten ISPs an. Dies spricht insofern gegen das Vorhandensein von nachfrageseitiger Gegenmacht, als, um nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber Telekom Austria ausüben zu können, hinreichend viele ISPs auf alternative Zugangsprodukte ausweichen können müssten.
- Bei einem Wechsel können darüber hinaus Umrüstkosten anfallen.
- Telekom Austria ist das einzige Unternehmen mit flächendeckender Infrastruktur. Bei einem Wechsel kann – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation

mit mehreren Betreibern erforderlich sein, was die Transaktionskosten erhöhen kann.

- Da andere Betreiber nicht die gleiche Reichweite wie Telekom Austria aufweisen, kann dies zum Verlust von Kunden oder zur Verkleinerung des potentiellen Marktes in einer bestimmten Region führen.
- Schließlich können bei einem Wechsel zu Kabelnetzbetreibern auf der Vorleistungsebene Kosten dadurch entstehen, dass das Equipment beim Endkunden getauscht werden muss, so zum Beispiel bei einem Wechsel von Telekom Austria zu einem Kabelnetzbetreiber. Dies verursacht nicht nur Umstellungskosten, sondern setzt auch die Bereitschaft des Endkunden voraus, DSL-Internetzugang durch CATV-Zugang zu ersetzen.

Ferner wird die Möglichkeit zur Eigenerstellung der Leistung z.B. durch einen Wechsel zur Entbündelung oder die Verlegung eines eigenen Anschlussnetzes aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten stark eingeschränkt.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die Nachfrager nach Bitstream-Produkten auf der Vorleistungsebene (ISPs), die das DSL-Bitstreamangebot der Telekom Austria beziehen, kaum über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen. Auch durch den Zusammenschluss von UPC/Inode erhöht sich die Zahl der bei Telekom Austria nachgefragten Bitstream-Anschlüsse nicht, da UPC bisher keine Bitstream-Anschlüsse bezog und daher die Zahl der von UPC/Inode bezogenen Anschlüsse gleich jener von Inode alleine ist. Aufgrund der nachgefragten Menge kommt es also nicht zu einer Erhöhung der nachfrageseitigen Gegenmacht. Auch die im Marktanalysegutachten beschriebene Anreizstruktur (Telekom Austria hat aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, ein marktfähiges Bitstream-Produkt anzubieten) bleibt grundsätzlich erhalten. Dieser Anreiz dürfte sich in Bezug auf UPC/Inode sogar noch verstärken, da nun Telekom Austria durch eine Zugangsverweigerung nicht nur Inode sondern den größeren Wettbewerber UPC/Inode behindern könnte, was zuvor nicht möglich war, da UPC ausschließlich eigene Infrastruktur verwendete. Nachfrageseitige Gegenmacht kann am vorliegenden Markt aber auch von der Endkundenebene ausgehen. So könnte der Preissetzungsspielraum der Telekom Austria bezüglich interner (Verrechnungspreise) und externer Preise auf der Vorleistungsebene durch einen Wechsel der Endkunden zu anderen Unternehmen, die nicht vom breitbandigen Zugang der TA abhängig sind, eingeschränkt werden. Dies setzt voraus, dass sich (i) die Preiserhöhung auf der Vorleistungsebene auf der Endkundenebene niederschlägt und (ii) hinreichend viele Kunden - am Endkundenmarkt ist kein Kunde so groß, dass er alleine nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber Telekom Austria ausüben könnte - als Reaktion auf diese Preiserhöhung zu anderen Unternehmen (z.B. Kabelnetzbetreibern, entbündelnden ISPs oder WLL/W-LAN/WiFi-Betreibern) wechseln.

Da Telekom Austria, wie oben erläutert, strategische Anreize dazu haben könnte, ISPs, denen sie ein DSL-Bitstreamprodukt zur Verfügung stellt, vom Markt zu verdrängen, wird im weiteren nur die Auswirkung einer Erhöhung des TA-internen (Verrechnungs-)Preises untersucht (die Verdrängungsproblematik durch Erhöhung des von den Nachfragern des Bitstream-Produktes zu entrichtenden externen Preises ist für die Frage des Bestehens von nachfrageseitiger Gegenmacht nicht relevant). Da es sich um ein vertikal integriertes Unternehmen handelt, kann davon ausgegangen werden, dass eine Preiserhöhung auf der Vorleistungsebene auch an die Endkundenebene weitergegeben wird. Da nun der Anteil der Vorleistungskosten am Endkundenpreis bei DSL-Produkten in etwa 70-80% beträgt, würde sich beispielsweise eine 5%ige Preiserhöhung auf der Vorleistungsebene als eine 3,5-4%ige Preiserhöhung auf der Endkundenebene darstellen.

Es erscheint nun, vor allem bei einer zukunftsgerichteten Betrachtung, aus mehreren Gründen fraglich, ob hinreichend viele Endkunden als Reaktion auf eine solche Preiserhöhung zu anderen Betreibern wechseln würden, und damit eine disziplinierende Wirkung auf Telekom Austria ausüben könnten:

- Am Endkundenmarkt existieren Wechselkosten (Transaktionskosten, eventuell Tausch von Equipment, etc.), weshalb selbst in jenen Gebieten, in denen alternative Zugangsmöglichkeiten existieren, ein Betreiberwechsel als Reaktion auf eine kleine Preiserhöhung eher nicht zu erwarten ist. Wenn auch Wechselkosten in der Phase des Marktwachstums nur eine geringe Bedeutung zukommt (Neukunden haben keine Wechselkosten), so wächst ihre Bedeutung mit zunehmender Marktsättigung. Im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse sind also Wechselkosten durchaus als relevanter Faktor zu beurteilen.
- Wie oben ausgeführt ist Telekom Austria in vielen Teilen des geographischen Marktes der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur. Für viele Kunden besteht daher keine Möglichkeit eines Wechsels zu einem anderen Betreiber (mit eigener Infrastruktur). Da das Netz der Telekom Austria ständig erweitert wird und auch in Zukunft weiter ausgebaut werden soll und ein weiterer Ausbau von Kabelnetzen aufgrund der hohen Expansionsbarrieren hingegen unwahrscheinlich ist, ist ein Anstieg dieses Anteils zu erwarten.
- Die Marktanteilsentwicklung in Verbindung mit dem Preissetzungsverhalten (relativ hohe Preise von Telekom Austria auf der Endkundenebene, ON 4) zeigt, dass Telekom Austria trotz relativ hoher Preise starke Marktanteilsgewinne verzeichnen kann, was ebenfalls nahe legt, dass die Möglichkeit eines Wechsels auf der Endkundenebene und somit die nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt ist.

Im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss UPC/Inode ist weiters festzustellen, ob sich die nachfrageseitige Gegenmacht von Inode dadurch erhöht, dass sie als Teil des Unternehmens UPC + Inode nicht mehr so stark von den Vorleistungsprodukten von Telekom Austria abhängig ist. So könnten Inode-Kunden im Footprint von UPC zur Infrastruktur der UPC transferiert werden falls Inode kein befriedigendes Verhandlungsergebnis mit Telekom Austria erzielen kann. Die nachfrageseitige Gegenmacht von Inode gegenüber Telekom Austria könnte sich allenfalls in jenen Gebieten erhöhen, in denen UPC über eigene Infrastruktur verfügt. Die restringierende Wirkung auf Telekom Austria ist jedoch aus folgenden Gründen nicht bzw. kaum höher als vor dem Zusammenschluss:

- Ein Wechsel kann nur in jenen Gebieten erfolgen, in denen UPC über eigene Infrastruktur verfügt, also bei < 30% aller Haushalte. Gerade in jenen Gebieten ist Inode aber ohnehin bereits mit eigener Infrastruktur (Entbündelung) vertreten, weshalb sich die nachfrageseitige Gegenmacht von UPC/Inode durch den Zusammenschluss nicht wesentlich verändert.
- Die nachfrageseitige Gegenmacht anderer ISPs bleibt unverändert, da sich deren Möglichkeit zur Substitution auf der Vorleistungsebene durch den Zusammenschluss nicht verbessert.
- Auf der Endkundenebene entstehen bei einem Wechsel von DSL zu CATV Umstellungskosten (Tausch von Equipment). Weiters muss der Kunde bereit sein, seinen DSL-Internetzugang durch einen CATV-Internetzugang zu ersetzen. Diese Faktoren schränken die - prinzipiell nicht ausschließbare - nachfrageseitige Gegenmacht von Inode ein.

Im Ergebnis zeigt sich also, dass obwohl – vor allem aufgrund der Existenz von Kabelnetzen und entbündelnden ISPs – ein gewisses Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht auf der Endkundenebene existiert, es aber unwahrscheinlich ist, dass eine Erhöhung der Preise auf der Vorleistungsebene über das Wettbewerbsniveau durch Telekom Austria aufgrund von Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht auf der Endkundenebene vollständig verhindert wird. Diese Feststellung ist durch den Zusammenschluss von UPC/Inode nicht abgeschwächt (ON 52). Die Schlussfolgerung, dass eine Erhöhung der Preise auf der Vorleistungsebene über das Wettbewerbsniveau durch Telekom Austria aufgrund von Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht nicht vollständig verhindert werden kann, bleibt daher aufrecht. Damit ist weiterhin keine ausreichende Disziplinierung von Telekom Austria auf der Vorleistungsebene gegeben.

### **3.1.5. Produktdifferenzierung**

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

Auf der Vorleistungsebene verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können, d.h. dem Nachfrager auch andere Produkte wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste zusätzlich zur Verfügung stellen zu können. Weiters ist Telekom Austria in vielen Gebieten der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur. Dies können wesentliche Vorteile gegenüber anderen Betreibern sein, die nur regional bzw. nur auf bestimmten Märkten tätig sind.

Insbesondere für die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht ist auch eine Betrachtung der Produktdifferenzierung auf der Endkundenebene erforderlich. Hier ist zunächst festzustellen, dass die Breitbandprodukte verschiedener Betreiber auf der Endkundenebene bezüglich Preis und Produktcharakteristika grundsätzlich relativ homogen sind. Der Umstand, dass über jede Plattform zwar mehrere, untereinander differenzierte Produkte angeboten werden, ändert daran nichts, lassen sich doch bei allen Zugangsformen Produkte identifizieren, die einander bezüglich Datenraten, Downloadvolumen und Preis weitgehend entsprechen. Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich für Betreiber jedoch hinsichtlich der Bündelungsmöglichkeiten mit anderen Diensten, v.a. TV und Sprachtelefonie. So wird beispielsweise Breitbandinternet von UPC Telekabel bei mehr als 70 % der Kunden gemeinsam mit Kabelfernsehen verkauft (ON 4). Es ist nun davon auszugehen, dass viele Kunden, die bereits einen Kabelfernsehanschluss hatten, zusätzlich auch Breitbandinternet von Kabelnetzbetreiber beziehen um die Vorteile eines „one-stop-shopping“ nutzen zu können. Die Kabelnetzbetreiber verfügten (bzw. verfügen) hier also bundesweit bei ca. 1/3 aller Haushalte über einen „Startvorteil“ gegenüber anderen Anbietern. In Haushalten, die kein Kabelfernsehen beziehen (dies ist mit ca. 2/3 die Mehrzahl der Haushalte) verfügt jedoch Telekom Austria über den Vorteil, den Kunden ein „one-stop-shopping“ bieten zu können, da sie in den meisten Fällen (ca. 86 % aller Haushalte) bereits den Festnetzanschluss bereitstellt.

Ein Angebot von TV über DSL steckt zwar zur Zeit noch in der Entwicklungsphase, doch ist nicht auszuschließen (ON 21), dass Telekom Austria innerhalb der nächsten 1-2 Jahre auch ein konkurrenzfähiges „triple-play“ Produkt (TV, Breitbandinternet und Sprachtelefonie) auf den Markt bringen könnte.

Auch der Indikator Produktdifferenzierung spricht also insgesamt für Vorteile der Telekom Austria gegenüber ihren Konkurrenten.

### **3.1.6. Vertikale Integration**

Das Vorliegen von vertikaler Integration ist für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung am vorliegenden Markt insofern relevant, als sie in wesentlichem Maße die Anreize zu antikompetitivem Verhalten gegenüber Konkurrenten bestimmt.

Bei der Untersuchung dieses Marktmachtindikators ist primär darauf abzustellen, ob das marktmächtige Unternehmen, konkret die Telekom Austria, bei Abwesenheit von Regulierung einen Anreiz hätte, wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten zu praktizieren.

Vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene haben Anreize dazu, entweder einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen. Anreize zu einer Verdrängungsstrategie können insbesondere dann bestehen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Besteht z.B. eine Zugangsregulierung und sind die Zugangspreise kostenorientiert, so kann das Unternehmen auf der Vorleistungsebene keine überhöhten Preise verlangen, also seine Marktmacht durch Preissetzungsverhalten nicht ausüben. Jedoch steht dem Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das (notwendige) Vorleistungsprodukt 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, so kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen seine Gewinne durch solche Verhaltensweisen erhöhen kann. 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 führt.

Am gegenständlichen Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang werden die Preise momentan von Telekom Austria nach einer Methode festgesetzt, die im Ergebnis einem retail-minus Ansatz nahe kommt, d.h., dass die absolute Höhe des Preises zwar variieren kann, jedoch den ISPs ein bestimmter „margin“ (Differenz zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis der Telekom Austria) gewährt wird, der es ihnen erlaubt, am Endkundenmarkt tätig zu werden. Mit einer solchen Berechnungsmethode sind grundsätzlich überhöhte Preise auf der Vorleistungsebene möglich (Vorleistungs- und Endkundenpreis können gleichzeitig über die Kosten angehoben werden), was zunächst die Anreize zur Verdrängung von ISPs – etwa durch Bereitstellung schlechterer Qualität oder durch Reduktion des margin – reduziert. Betrachtet man aber die Verwendung des Bitstream-Angebotes durch ISPs, wird diese Schlussfolgerung wieder relativiert. Das Bitstream-Angebot wird von vielen ISPs, und vor allem von den zwei großen ISPs Inode und UTA/Tele2, komplementär zur Entbündelung verwendet, d.h., es wird sowohl das Bitstream-Angebot als auch Entbündelung von Telekom Austria nachgefragt. Erst durch das Bitstream-Angebot ist es alternativen Betreibern (v.a. auch entbündelnden ISPs) möglich, bundesweit an Endkunden anbieten zu können, wodurch wesentliche Synergien bzw. Größenvorteile sowohl in Bezug auf das Netzwerk als auch auf der Endkundenebene (Werbung/Marketing) überhaupt erst realisiert werden können. Anbieter von Sprachtelefonie können ihren Kunden bundesweit Bündel mit DSL-Internetzugang anbieten, was in Anbetracht der Bedeutung des „one-stop-shopping“ auf der Endkundenebene zu größerer Wettbewerbsfähigkeit sowohl auf den Sprachtelefonieendkundenmärkten als auch am Breitbandendkundenmarkt führt.

Das Bitstream-Angebot ist weiters auch eine „Sprosse“ auf der Investitionsleiter, die es ISPs ermöglicht, zuerst mit nur relativ geringen Investitionen am Endkundenmarkt tätig zu werden, um dann, nachdem ein Kundenstock bzw. ein Markenname aufgebaut wurde, weitere Investitionen in die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu tätigen. Das Konzept der Investitionsleiter (ladder of investment) besagt, dass Infrastrukturwettbewerb durch Zugangsmöglichkeiten für alternative Betreiber auf mehreren Wertschöpfungsebenen gefördert werden kann. Alternative Betreiber müssen so nicht die gesamten (größtenteils versunkenen) Investitionen zu Beginn tätigen, sondern haben die Möglichkeit, ihr Netz nach und nach auszubauen (ON 4).

Das Bitstream-Produkt wurde in der Vergangenheit von mehreren Betreibern als Vorstufe zur Entbündelung genutzt und kann somit als Instrument betrachtet werden, das langfristig die Etablierung selbsttragenden Wettbewerbs sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt begünstigt. Durch Entbündelung werden ISPs jedoch einerseits zu direkten Konkurrenten von Telekom Austria auf dem Markt für breitbandigen Zugang, andererseits erhöht die Entbündelung den Spielraum der ISPs bei der Produktgestaltung und der Preissetzung, wodurch verstärkte Konkurrenz am Endkundenmarkt zu erwarten ist.

Trotz der Preisfestlegung nach dem retail-minus Prinzip, wie von Telekom Austria derzeit näherungsweise praktiziert, können also Anreize für Telekom Austria bestehen, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen, bzw. ihnen den Zugang zu verwehren. Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann durch die Möglichkeit des „stufenweisen“ Markteintritts der Markteintritt als solcher erleichtert und in Folge auch der Anreiz zur Entbündelung gesteigert werden. ISPs, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können durch Verweigerung des Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Telekom Austria aufgrund der vertikalen Integration ökonomische Anreize hat, ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Gegeben die starke Stellung auf dem vorliegenden Markt ist zu erwarten, dass Telekom Austria ohne entsprechenden Druck der Regulierungsbehörde ISPs einem margin squeeze aussetzen oder aber einen Zugang zu Bitstream-Produkten überhaupt verwehren würde. So könnte eine Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt bzw. eine Absicherung der starken Stellung auf dem Vorleistungsmarkt möglich sein.

### **3.1.7. Preissetzungsverhalten**

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

Am vorliegenden Markt ist eine Analyse des Preissetzungsverhaltens jedoch aus mehreren Gründen problematisch:

- Ein Großteil der Leistungen wird intern erbracht, weshalb kein Marktpreis beobachtbar ist.
- Das wichtigste Produkt, welches extern am Markt angeboten wird, ist das DSL-Bitstream Produkt der Telekom Austria, das nur auf regulatorischen Druck zustande kam und dessen Preis daher ebenfalls nicht als „freier Marktpreis“ betrachtet werden kann.

- Die Höhe der Entgelte, die für Open Access Produkte von ISPs an Kabelnetzbetreiber bezahlt werden, konnten von den Gutachtern nicht ermittelt werden. Darüber hinaus kooperieren Kabelnetzbetreiber mit ISPs in unterschiedlichster Weise (ON 4), weshalb die von den ISPs bezahlten Entgelte nur schwer vergleichbar wären.

Eine Analyse der Entgelte im Hinblick auf ein mögliches Setzen der Preise auf Vorleistungsebene über Wettbewerbsniveau ist aus diesem Grund daher nicht möglich. Da jedoch auch die Endkundenebene für die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf der Vorleistungsebene relevant ist, da der Großteil der marktgegenständlichen Leistungen von Telekom Austria intern bereitgestellt werden (ON 4), soll hier eine Analyse des Preissetzungsverhaltens bei Breitband-Internetzugängen auf der Endkundenebene erfolgen.

Telekom Austria bietet auf der Endkundenebene ihre Produkte österreichweit – so ADSL-Verfügbarkeit gegeben ist – zu einheitlichen Bedingungen an, insbesondere verrechnet Telekom Austria österreichweit einheitliche Endkundenpreise für (schmal- und) breitbandige Zugangsleistungen. Jeder regionale Anbieter ist in seinem Preissetzungsverhalten vom überregionalen Anbieter Telekom Austria restringiert.

Herrscht nun in einem Gebiet Wettbewerb zwischen Telekom Austria und einem regionalen Anbieter, so wird dadurch auch das Preissetzungsverhalten der Telekom Austria auf nationaler Ebene beeinflusst. Dieser Einfluss wird umso größer sein, je größer die Anzahl der Endkunden ist, die vom konkurrierenden Kabelnetzbetreiber versorgt werden bzw. potentiell versorgt werden können.

Grundsätzlich sieht sich ein bundesweiter Anbieter, der mit einem regionalen Anbieter z.B. in Wien in Konkurrenz steht, folgendem Trade-off gegenüber: Entweder hält er seinen bundesweit einheitlichen Preis hoch, verzichtet auf Marktanteile in Wien, kann jedoch in Rest-Österreich weiterhin Übergewinne (Monopolrenten) erzielen, oder aber er senkt den Preis, erzielt höhere Marktanteile in Wien und erwirtschaftet dafür in Rest-Österreich geringere Gewinne. Im Ergebnis wird das Gleichgewicht meist darin bestehen, dass der bundesweite Anbieter einen Preis setzt, der zwar unter dem Monopolpreis liegt, jedoch über dem Wettbewerbspreis (bzw. dem Preis des alternativen Betreibers). Der bundesweite Anbieter wird also geringere Marktanteile in Wien in Kauf nehmen, um seine Gewinne in den Monopolgebieten nicht gänzlich zu verlieren (bzw. anders formuliert: Der bundesweite Anbieter wird einen Teil seines Gewinns in Rest-Österreich opfern, um in Wien höhere Marktanteile zu erzielen). Der bundesweit einheitliche Preis wird nun umso niedriger sein, je größer das Gebiet ist, in dem der bundesweite Anbieter Wettbewerb durch alternative Betreiber ausgesetzt ist.

Ebendiesem Trade-off sieht sich auch Telekom Austria bei der Festlegung ihrer Preise gegenüber. Da UPC Telekabel der mit Abstand größte Kabelnetzbetreiber ist, kann davon ausgegangen werden, dass ein preisdisciplinierender Effekt in den von UPC Telekabel versorgten Gebieten, insbesondere Wien, seinen Ausgangspunkt hat. Allfällige (lokale) Mitbewerber in anderen Regionen sind wegen der Wettbewerbsverhältnisse in den von Telekom Austria versorgten Gebieten hinsichtlich der Preissetzung restringiert.

Die Analyse des Preissetzungsverhaltens am Endkundenmarkt gestaltet sich insofern schwierig, als sich der Preis der Produkte nach einer Reihe von Parametern richtet, die nicht eindimensional miteinander verglichen werden können.

Insgesamt lässt sich aber festhalten (ON 4), dass die Endkundenpreise, so längere Zeitreihen verfügbar sind, stark gefallen sind, was grundsätzlich für einen kompetitiven Endkundenmarkt spricht, Telekom Austria jedoch in allen betrachteten Kategorien preislich entweder im Mittelfeld oder an der Spitze liegt. Besonders groß ist der Preisaufschlag von Telekom Austria im „Medium User“ Segment, wo die Preise (in beiden betrachteten

Kategorien) zur Zeit teilweise mehr als doppelt so hoch sind wie jene der größten Konkurrenten (UPC Telekabel, Inode, Liwest).

Die Tatsache, dass Telekom Austria trotz relativ hoher (Endkunden-) Preise starke Marktanteilsgewinne verzeichnen kann, ist als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht auf dem zu untersuchenden Vorleistungsmarkt zu bewerten, da der Großteil der Anschlüsse von Telekom Austria intern bereitgestellt wird, und Endkundenpreise in einem vertikal integrierten Unternehmen direkt von den Vorleistungspreisen abhängig sind.

### **3.1.8. Sonstige Indikatoren**

Im Folgenden werden andere Indikatoren, die nach § 35 Abs. 2 TKG 2003 zur Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, herangezogen werden können, am vorliegenden Markt jedoch von untergeordneter Bedeutung sind, untersucht.

#### **3.1.8.1. Performancemaße (Z. 13 leg cit):**

In einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb ist keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über die Kosten zu heben und damit Übergewinne zu erwirtschaften. Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind so genannte Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Meist sind allerdings die zur Berechnung erforderlichen Informationen über Preise und Kosten nicht in dieser Granularität verfügbar. Damit in engem Zusammenhang stehend, tritt bei Mehrproduktunternehmen noch zusätzlich das Problem der Allokation von Gemeinkosten auf. Aus diesen Gründen war es den Gutachtern am vorliegenden Markt nicht möglich, die entsprechenden Berechnungen vorzunehmen.

#### **3.1.8.2. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (Z. 7 leg cit):**

Da es sich beim Markt für breitbandigen Zugang um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie z.B. ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben. Auch die Verkaufs- oder Vertriebsorganisation auf der Endkundenebene spielt für die Beurteilung von Marktmacht am vorliegenden Markt keine wesentliche Rolle.

#### **3.1.8.3. Technologiebedingter Vorsprung (Z. 6 leg cit):**

Obwohl am vorliegenden Markt unterschiedliche Technologien im Einsatz sind, sind die Möglichkeiten der Produktgestaltung hinreichend ähnlich, sodass gefolgert werden kann, dass kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung verfügt.

### **3.1.9. Abschließende Beurteilung**

Zur Beurteilung, ob *ein* Unternehmen am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang über Marktmacht verfügt, wurden folgende Indikatoren betrachtet:

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Bereitstellung der marktgegenständlichen Leistung waren daher zusammengefasst für den Fall der Nicht-Regulierung zu identifizieren:

**Marktanteile** (§ 35 Abs. 2 Z. 1 TKG 2003, §§ 75-78 der SMP Guidelines): Eine statische Betrachtung der Marktanteile zeigt, dass Telekom Austria im September mit ca. 49 % den bei weiten größten Marktanteil hält. Das zweitgrößte Unternehmen UPC/Inode kommt auf ca. 33 %, kein anderer Marktteilnehmer hält über 5 % Marktanteile. Die Entwicklung der Marktanteile im Zeitverlauf lässt erkennen, dass Telekom Austria bereits seit 2000 stark an Marktanteilen gewann, während UPC Telekabel starke Marktanteilsverluste zu verzeichnen

hatte. Diesen Trend konnte UPC durch den Erwerb von Inode lediglich verlangsamen. Insgesamt begründet die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode weiterhin die Vermutung, dass Telekom Austria auf dem vorliegenden Markt über Marktmacht verfügen könnte. Da sich dieser Trend auch in den kommenden 1-2 Jahren weiter fortsetzen dürfte, ist es wahrscheinlich, dass Telekom Austria in diesem Zeitraum einen Marktanteil von über 50% erreicht. Dafür sprechen sowohl die hohen Zugewinne an Teilnehmern (und Marktanteilen) gegen Ende der Betrachtungsperiode, wie auch das bei weitem größte Potential an Kunden, das Telekom Austria aufgrund ihrer flächendeckenden Infrastruktur zur Verfügung steht. Insgesamt begründen die Marktanteilsverteilung sowie die Marktanteilsentwicklung den Verdacht, dass Telekom Austria auf dem vorliegenden Markt über Marktmacht verfügen könnte. Die Möglichkeit, dass UPC Telekabel alleine über Marktmacht verfügt, kann aufgrund der absoluten Höhe des Marktanteils sowie der sinkenden Tendenz weitgehend ausgeschlossen werden.

**Marktzutrittsbarrieren** (§ 35 Abs. 2 Z. 2 TKG 2003, § 80 der SMP Guidelines): Als wichtigste strukturelle Marktzutrittsbarrieren auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang können Skalenvorteile (s. § 35 Abs. 1 Z. 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten betrachtet werden. Ohne die Zugangsregulierung auf dem Entbündelungsmarkt ist ein Markteintritt in den Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang nur dann möglich, wenn ein eigenes Anschlussnetz errichtet wird. Da im Anschlussnetz massive Skalenvorteile vorliegen und die Errichtung eines solchen Netzes mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden ist, ist weiterer Marktzutritt (in relevantem Ausmaß) mit eigener Infrastruktur in den nächsten 1-2 Jahren in weiten Teilen Österreichs sehr unwahrscheinlich. Dies gilt vor allem für leitungsgebundene Technologien wie DSL, CATV und FTTH (leitungsungebundenen Technologien kommt zurzeit kaum Bedeutung zu). Eben diese Barrieren stehen auch dem weiteren Ausbau von bestehenden Netzen entgegen. Telekom Austria verfügt gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere auch gegenüber Kabelnetzbetreibern über den Vorteil, bereits über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz zu verfügen. Daran ändert sich auch nichts durch den Zusammenschluss von UPC/Inode. Zwar hat UPC durch die Übernahme der Inode nunmehr eine vergrößerte Netzabdeckung von über 50 % aller Haushalte, allerdings besteht diese Gesamtnetzabdeckung im Wesentlichen aus der bereits bestehenden Netzabdeckung der Inode. Zur Ausweitung der Coverage sind für Telekom Austria nur Investitionen in einen DSLAM und in die Anbindung an das breitbandige Kernnetz erforderlich, während Kabelnetzbetreiber (so ihre Netze bereits voll rückkanalfähig sind, was bei allen großen Kabelnetzbetreibern der Fall ist), neue Teilnehmeranschlussleitungen verlegen müssten. Aufgrund ihres flächendeckenden Anschlussnetzes sieht sich Telekom Austria also im Vergleich zu anderen Betreibern wesentlich geringeren Expansionsbarrieren gegenüber. Durch die derzeitige Regulierung am Entbündelungsmarkt werden zwar die Marktzutrittsbarrieren gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen um sein Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen.

**Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur** (§ 35 Abs. 2 Z. 12 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines): Telekom Austria ist der einzige Betreiber mit einer österreichweit flächendeckenden Infrastruktur (fast 3 Mio. homes passed) und ist darüber hinaus in vielen (und zunehmend mehr) Gebieten auch der einzige Betreiber mit eigener, nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur. Obwohl UPC durch die Akquisition von Inode ihren Footprint wesentlich erweitert (von < 30% der Haushalte auf > 50%), wird durch die Übernahme per se keine neue Infrastruktur geschaffen, und auch die festgestellten Expansionsbarrieren bleiben unverändert.

**Nachfrageseitige Gegenmacht** (§ 35 Abs. 2 Z. 3 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines): Die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs gegenüber Telekom Austria auf der Vorleistungsebene kann insofern als gering eingestuft werden, als Telekom Austria - auch

nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode - als vertikal integriertes Unternehmen, das mit den ISPs auf der Endkundenebene in Wettbewerb steht, in den meisten Fällen kein Interesse daran hat, ISPs ein marktfähiges Bitstream-Produkt anzubieten. Selbst wenn diese Anreize nicht bestünden so wäre dennoch das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht aufgrund von Wechselbarrieren und Barrieren für die Eigenerstellung eher gering. Auch durch den Zusammenschluss von UPC/Inode erhöht sich die Zahl der von Inode bei Telekom Austria nachgefragten Bitstream-Anschlüsse nicht, da UPC bisher keine Bitstream-Anschlüsse bezog und daher die Zahl der von UPC/Inode bezogenen Anschlüsse gleich jener von Inode alleine ist. Nachfrageseitige Gegenmacht, die vom Endkundenmarkt ausgeht, ist ebenfalls – vorwiegend aufgrund von Wechselbarrieren und vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Netzabdeckung – eingeschränkt. Auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode entsteht keine ausreichend große nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene, um Telekom Austria zu restringieren. Grundsätzlich ist weder auf der Vorleistungs- noch auf der Endkundenebene ein einzelner Kunde alleine groß genug, um nachfrageseitige Gegenmacht ausüben zu können.

**Produktdifferenzierung** (§ 35 Abs. 2 Z. 10 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines): Auf der Vorleistungsebene verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können, d.h. dem Nachfrager auch andere Produkte wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste zusätzlich zur Verfügung stellen zu können. Am Endkundenmarkt entsteht Produktdifferenzierung vor allem durch das Angebot verschiedener Bündelprodukte, die dem Kunden ein „one-stop-shopping“ ermöglichen. Während Kabelnetzbetreiber hier bei jenen Haushalten im Vorteil sind, die bereits einen Kabel-TV Anschluss nachfragen (ca. 1/3 aller Haushalte), sind Vorteile von Telekom Austria bei allen Haushalten, die bereits eine Festnetzanschluss von Telekom Austria beziehen (mehr als 80%) zu erwarten.

**Vertikale Integration** (§ 35 Abs. 2 Z. 9 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines): Aufgrund der vertikalen Integration von Telekom Austria ist es wahrscheinlich, dass sie (ökonomische) Anreize hat, ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Gegeben die starke Stellung auf dem vorliegenden Markt ist zu erwarten, dass Telekom Austria ohne entsprechenden Druck der Regulierungsbehörde ISPs einem margin squeeze aussetzen oder aber einen Zugang zu Bitstream-Produkten überhaupt verwehren würde. So könnte eine Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt bzw. eine Absicherung der starken Stellung auf den Vorleistungsmarkt möglich sein.

**Preissetzungsverhalten** (§ 35 Abs. 2 Z. 13 TKG 2003): Da ein Großteil der Vorleistungen intern erbracht werden und die Preise für extern erbrachte Leistungen aufgrund der starken Differenzierung kaum vergleichbar sind, wurden nur die Preise auf Endkundenebene analysiert. Hier zeigt sich, dass die Preise in den letzten Jahren zwar gefallen sind, was grundsätzlich für einen kompetitiven Endkundenmarkt spricht, Telekom Austria jedoch in allen betrachteten Kategorien preislich entweder im Mittelfeld oder an der Spitze liegt. Die Tatsache, dass Telekom Austria trotz relativ hoher Preise starke Marktanteilsgewinne verzeichnen kann, ist als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht auf dem zu untersuchenden Markt zu bewerten, da der Großteil der Anschlüsse von Telekom Austria intern bereitgestellt wird.

**Sonstige Indikatoren** wie z.B. der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z. 6 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines) oder Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z. 7 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines) sind am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang kaum relevant. Marktspezifische Performancemaße konnten von den Gutachtern nicht errechnet werden.

**Gesamtbeurteilung:** Insgesamt deuten - auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode - alle betrachteten Kriterien darauf hin, dass Telekom Austria am Markt für breitbandigen Zugang über Marktmacht (im ökonomischen Sinne) verfügt.

Die in der Marktanalyse betrachteten Indikatoren deuten auch unter der Berücksichtigung des Zusammenschlusses weiterhin darauf hin, dass Telekom Austria über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt. Telekom Austria hält den größten Marktanteil, welcher kontinuierlich ansteigt, während der des größten Mitbewerbers, UPC/Inode, sinkt. Auch ist Telekom Austria nach wie vor der einzige Betreiber mit österreichweit flächendeckender Infrastruktur und bleibt auch nach dem Zusammenschluss der einzige Betreiber mit eigener Infrastruktur bei ca. einem Drittel der Haushalte. Auch die nachfrageseitige Gegenmacht von Inode erhöht sich durch den Zusammenschluss nicht bzw. kaum.

Bei der Beurteilung der anderen im Marktanalysegutachten untersuchten Indikatoren (Produktdifferenzierung, vertikale Integration, Preissetzungsverhalten, Performancemaße, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, technologiebedingter Vorsprung) ergeben sich durch den Zusammenschluss keine geänderten Feststellungen hinsichtlich der einzelnen Marktmachtindikatoren (ON 52).

Dieser Schlussfolgerung liegt eine zukunftsgerichtete Betrachtung zugrunde, die sich unter anderem auf die Marktanteilsentwicklung sowie das – aufgrund der flächendeckenden Infrastruktur – große Kundenpotential von Telekom Austria stützt. Berücksichtigt wurde weiterhin die bestehende Regulierung am Markt für Entbündelung, durch die zwar grundsätzlich die Zutrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang gesenkt werden, die Schlussfolgerung bezüglich dem Vorliegen von Marktmacht jedoch unberührt bleiben.

Darüber hinaus konnten keine Feststellungen, dass ein gesetzlich definierter Marktmachtindikator gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria spricht, getroffen werden.

### **3.1.10. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:**

Potentielle Wettbewerbsprobleme auf dem Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene sind daher:

- (i) Die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten,
- (ii) die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte, sowie
- (iii) die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern (insbesondere hinsichtlich der Preissetzung).

Ad (i): Wie festgestellt, kann die Verweigerung des Zuganges zu Bitstream-Produkten zu einer Marktzutrittsbarriere am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang werden. Steht kein Bitstream-Produkt zur Verfügung, so besteht die einzige Möglichkeit für ISPs, die nicht selbst über Infrastruktur im Zugangsbereich verfügen, darin, zu entbündeln. Da für eine Entbündelung relativ hohe versunkene Investitionen erforderlich sind, sind die Zutrittsbarrieren für solche ISPs sehr hoch. Steht jedoch ein Bitstream-Produkt zur Verfügung, so kann ein ISP zunächst mit geringeren (versunkenen) Investitionen in den Endkundenmarkt eintreten und erst später, wenn eine bestimmte „kritische Masse“ erreicht ist, entbündeln („ladder of investment“). Durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes werden also die Barrieren für eine Entbündelung gesenkt und somit der Markteintritt in den Markt für breitbandigen Zugang (mittels Entbündelung) erleichtert. Durch eine Verweigerung des Zugangs zu Bitstream-Produkten erhöhen sich folglich die Marktzutrittsbarrieren, was

letztlich der Entstehung von selbsttragendem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb mittels Entbündelung entgegensteht.

Ad (ii): Durch die Verweigerung des Zuganges zu Bitstream-Produkten kann Telekom Austria nicht nur die Marktzutrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang erhöhen, sondern auch ihre Marktmacht auf den Endkundenmarkt ausdehnen. Unternehmen, die mittels Entbündelung in den (Vorleistungs- und Endkunden-) Markt eintreten, könnten ohne Bitstream-Produkt nicht flächendeckend tätig werden, wodurch weniger Synergien und Größenvorteile erzielbar wären und so auch der Konkurrenzdruck auf Telekom Austria sinken würde. Weiters wirkt sich die in Punkt (i) angesprochene Erhöhung der Marktzutrittsbarrieren auf den Markt für breitbandigen Zugang auch direkt auf die Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt aus, da der Wettbewerbsdruck, der von vertikal integrierten Betreibern ausgeht, die vollen Produktgestaltungs- und Preissetzungsspielraum haben, wesentlich stärker ist, als jener, der von nicht integrierten Betreibern ausgeübt wird. Schließlich sind auch Auswirkungen auf andere Endkundenmärkte, wie z.B. Festnetz-Sprachtelefonie nicht auszuschließen, da viele Betreiber hier erst durch das Bitstream-Angebot fähig sind, Bündel von Sprachtelefonie und Breitbandinternet auf der Endkundenebene anbieten zu können, um so ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber Telekom Austria zu erhöhen.

Ad (iii): Die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern manifestiert sich vor allem in überhöhten Preisen. So kann angenommen werden, dass Telekom Austria ohne Preisregulierung die Preise für das Bitstream-Produkt, aber auch die internen (Verrechnungs-) Preise und somit die Endkundenpreise über das Wettbewerbsniveau anheben könnte, ohne große Nachfrageverluste hinnehmen zu müssen, da sie in vielen Regionen der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur ist. Festzuhalten ist hier allerdings, dass das Problem der überhöhten Preise am vorliegenden Markt, auf dem sich Telekom Austria gerade auf 50% Marktanteil zubewegt, anders zu beurteilen ist als beispielsweise auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie, wo Telekom Austria über wesentlich höhere Marktanteile verfügt.

### **3.2. Marktanalyse joint dominance**

Wie Punkt 3.1 der Feststellungen zeigt, verfügen auf dem vorliegenden Markt derzeit zwei Unternehmen über wesentlich höhere Marktanteile als der Rest der am Markt tätigen Unternehmen. Obwohl die Überprüfung der single dominance Kriterien bereits nahe legt, dass Telekom Austria am vorliegenden Markt über Marktmacht (im ökonomischen Sinne) verfügt, soll deshalb auch noch die Prüfung der Möglichkeit einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Telekom Austria und UPC Telekabel erfolgen.

Da es sich sowohl bei Telekom Austria als auch bei UPC Telekabel um vertikal integrierte Unternehmen, zur Definition siehe Punkt 3.1.6, handelt, ist zur Aufrechterhaltung eines Kollisionsgleichgewichts eine Kollusion (dazu sogleich unter 3.2.1) sowohl auf der Vorleistungsebene als auch auf der Endkundenebene erforderlich (so würde z.B. eine gemeinsame Zugangsverweigerung auf der Vorleistungsebene zwecklos sein, wenn dafür auf der Endkundenebene intensiver Preiswettbewerb zwischen den Unternehmen herrscht; ebenso würde ein gemeinsames Hochhalten der Preise auf der Endkundenebene durch z.B. kostenorientierten Zugang für alternative Betreiber auf der Vorleistungsebene konterkariert). Für einige der untersuchten Indikatoren ist es also erforderlich, sowohl die Vorleistungs- als auch die Endkundenebene zu betrachten.

#### **3.2.1. Grundsätzliches zur Analyse von joint dominance**

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht (joint dominance) ist gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion (tacit collusion).

Unter Kollusion ist im gegebenen Zusammenhang ausschließlich implizite Kollusion (tacit collusion) zu verstehen. Explizite Kollusion, z.B. durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen ist hier nicht näher zu untersuchen, da am vorliegenden Markt (und auch am Endkundenmarkt) keine diesbezüglichen Verfahren nach den einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen bekannt sind.

Unter impliziter Kollusion wird das Verhalten von Unternehmen verstanden, die in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf einen offensiven Parametereinsatz zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist. Im Kern spielt sich Kollusion im Spannungsverhältnis zwischen der kollektiven Rationalität der Unternehmen (Erhöhung der gemeinsamen Gewinne durch Parallelverhalten) und der individuellen Rationalität (kurzfristige Gewinnsteigerung durch Abweichen von der kollusiven Vereinbarung) ab. Die Strategie des Abweichens von der kollusiven Vereinbarung bzw. des Ausscherens aus dem Parallelverhalten wird als „Cheating“ bezeichnet. Kollusion ist nur auf Märkten mit hinreichend engen Marktstrukturen (Oligopolmärkte) und damit entsprechend starker Reaktionsverbundenheit möglich. Aber auch auf solchen Märkten ist das Marktergebnis von einer Reihe weiterer Marktfaktoren abhängig, die Kollusion tendenziell fördern (bzw. für die Unternehmen einen „Anreiz für Kollusion“ schaffen) und Faktoren, die Kollusion tendenziell verhindern (bzw. für die Unternehmen einen „Anreiz für Cheating“ schaffen).

Der grundsätzliche „Anreiz für Kollusion“ ergibt sich, weil die Mitbewerber als Reaktion auf eine einseitige Preissenkung ihrerseits mit einer Preissenkung reagieren (könnten) und damit langfristige Gewinnmöglichkeiten eliminiert werden (könnten). Eine solche Reaktion der Mitbewerber wird als Vergeltung oder Gegenmaßnahme (Retaliation) bezeichnet. Gleichwohl wird die Rivalität zwischen den Anbietern durch Kollusion nicht aufgehoben. Das kollusive Marktergebnis ist inhärent instabil, da es für die Anbieter immer einen „Anreiz für Cheating“ gibt; d.h. es besteht die Möglichkeit, durch eine (geringe) Preissenkung einen Teil der Nachfrage auf sich zu ziehen und damit die Profitabilität zu erhöhen. Insgesamt ist der Anreiz, vom Parallelverhalten (nicht) auszuscheren, abhängig davon:

- Wie viel ein Unternehmen (kurzfristig) gewinnen kann, wenn es durch eine Preissenkung vom Parallelverhalten abweicht (Cheating).
- Wie wahrscheinlich es ist, dass die Mitbewerber als Reaktion auf eine Preissenkung ihrerseits mit einer Preissenkung reagieren und wie harsch diese Reaktion (Vergeltung) ausfällt; d.h. wie viel ein Unternehmen langfristig an Gewinneinbußen hinnehmen muss, wenn seine Konkurrenten in der Folge einer Preissenkung ihrerseits ebenfalls die Preise senken.
- Wie Unternehmen die (kurzfristigen) Zusatzprofite einer Preissenkung (Cheating) im Vergleich zu den langfristigen Profiten der kollusiven Strategie gewichten (Diskontfaktor).

Kollusion ist unwahrscheinlicher, wenn die individuellen Gewinne einer unilateralen Preissenkung (Cheating) hoch sind. Mit steigender Zahl an Anbietern (Abnahme der Marktkonzentration) steigt der Gewinn aus einer unilateralen Preissenkung relativ zu den Kollusionsgewinnen. Damit steigt ceteris paribus der Anreiz für Cheating. Der Cheating-Anreiz steigt auch, wenn es Asymmetrien (hinsichtlich Kosten, vertikaler Produktdifferenzierung, Innovation, Marktanteilen oder Profitabilität) zwischen den Anbietern gibt. In einem solchen Fall sind die Cheating-Anreize asymmetrisch verteilt, was Parallelverhalten erheblich erschwert.

Kollusion ist wahrscheinlicher, wenn die langfristigen Gewinne hoch sind bzw. umgekehrt die Verluste auf Grund einer Reaktion der Mitbewerber (Vergeltung) auf eine Preissenkung hoch sind. Die langfristigen Gewinne durch Kollusion sind aus ökonomischer Sicht in einer frühen

Marktphase (Phase hohen Marktwachstums) höher als in einer späten Marktphase, sie sind geringer, wenn die Anzahl der Mitbewerber höher ist (der „Kollusionskuchen“ muss durch eine größere Anzahl an Marktteilnehmern geteilt werden). Zukünftige Gewinne sind wahrscheinlicher, wenn Markteintrittsbarrieren hoch sind, andernfalls besteht die Gefahr, dass (hohe) Kollusionsprofite Markteintritt induzieren.

Die als Vergeltung oder Gegenmaßnahmen (Retaliation) bezeichnete Reaktion muss zwei Bedingungen erfüllen: Sie muss effektiv sein (d.h. auch wirklich erhebliche Kosten bzw. Verluste auf Seiten des Unternehmens, welches cheated, verursachen) und sie muss glaubwürdig sein. Die einfachste Form der Vergeltung ist eine Preisreduktion auf das Wettbewerbsniveau: Diese ist sowohl glaubwürdig (da individuell rational) und auch effektiv (Eliminierung zukünftiger Kollusionsgewinne). Um aber Vergeltungsmaßnahmen ergreifen zu können, muss Cheating erst wahrgenommen werden (Markttransparenz) und es muss die Möglichkeit für Gegenmaßnahmen geben (Häufigkeit der Interaktion, Kontakt auf Drittmärkten, strukturelle oder sonstige Verbindungen).

Kollusion ist daher nur dann möglich, wenn die Unternehmen zukünftige Profite im Verhältnis zu kurzfristigen Profiten hinreichend hoch gewichten, d.h. der Diskontfaktor nicht zu gering (und damit der Kapitalzinssatz nicht zu hoch) ist.

### **3.2.2. Konzentration und Marktanteile**

Die Zahl der Anbieter bzw. die Marktkonzentration ist ein wesentlicher Strukturfaktor eines Marktes, dem insbesondere auf Märkten mit geringem potenziellem Wettbewerb eine hohe Bedeutung zukommt. Kollusion ist nur auf Märkten mit hinreichend engen Marktstrukturen (engen Oligopolmärkten) und damit entsprechend starker Reaktionsverbundenheit der Unternehmen möglich. Mit steigender Anbieterzahl nimmt – ceteris paribus – die Kollusionsneigung aus mehreren Gründen ab:

Kollusionsgewinne (der „Kuchen“) sind immer auf alle beteiligten Unternehmen aufzuteilen, wohingegen die (kurzfristigen) zusätzlichen Gewinne einer unilateralen Preissenkung nur einem Unternehmen zufließen. Das macht die Strategie „Cheating“ mit zunehmender Anbieterzahl relativ profitabler gegenüber der Strategie „Kollusion“. Der trade-off zwischen kurzfristigen Cheating-Gewinnen und langfristigen Kollusions-Gewinnen drückt sich im so genannten kritischen Zinssatz (=Kapitalverzinsung ab der Kollusion noch profitabel ist) aus. Dieser Zinssatz fällt – ceteris paribus – mit zunehmender Anbieterzahl. Liegt nun die (marktübliche) Kapitalverzinsung über diesem kritischen Zinssatz zerfällt „Kollusion“.

Bei zunehmender Zahl an Anbietern wird es schwieriger zu erkennen, ob einzelne Mitbewerber vom Parallelverhalten ausscheren. Damit werden (unmittelbare) Vergeltungsmaßnahmen unwahrscheinlicher, was wiederum den Cheating-Anreiz hebt.

Bei steigender Anbieterzahl nimmt die Wahrscheinlichkeit von asymmetrischen Interessenslagen (z.B. Asymmetrien in den Kosten, etc.) zu und die gesamte Abstimmung (des Parallelverhaltens) wird zunehmend komplexer.

Wenn auch aus ökonomischer Sicht keine exakte Schwelle angegeben werden kann, ab der sich (unabhängig von anderen Faktoren) jedenfalls Wettbewerb einstellt, so ist doch davon auszugehen, dass abgestimmtes Verhalten bei einer Anbieterzahl von mehr als 5 bis 6 Unternehmen schon auf Grund des kritischen Zinssatzes (im Vergleich zu den branchenüblichen Kapitalkosten) unwahrscheinlich wird und sich diese Zahl bei Vorliegen anderer Kollusion erschwerender Faktoren weiter reduziert. Die Spruchpraxis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht geht von einer Grenze von 3 bis 5 Unternehmen aus.

Für die Beurteilung gemeinsamer Marktmacht ist neben der Zahl an Anbietern auch die Verteilung der Marktanteile von Relevanz. Ein signifikant hoher gemeinsamer Marktanteil der

betroffenen Unternehmen (kollektive Einheit) ist eine notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Bedingung für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung. Aus ökonomischer Sicht lässt sich zwar keine klare Schwelle angeben, vor dem Hintergrund der Spruchpraxis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht dürfte jedenfalls von der Mindestschwelle der Einzelmarktbeherrschung von 40% auszugehen sein. Allerdings wurde sogar in Fällen, in welchen zwei bzw. drei Anbieter einen gemeinsamen Marktanteil von 90% bzw. 95% hielten, keine Gefahr einer oligopolistischen Marktbeherrschung festgestellt, was unterstreicht, dass bei einer hohen Konzentration andere Kriterien oligopolistische Marktbeherrschung durchaus verhindern können.

Betreffend der Verteilung der Marktanteile gilt, dass Unternehmen mit einem geringeren Marktanteil einen höheren Cheating-Anreiz als größere Anbieter haben – da sie einen geringeren Anteil an den Kollusionsgewinnen haben, können sie durch Cheating relativ mehr gewinnen als größere Anbieter. Daher sind Märkte mit wenigen großen Anbietern, die annähernd gleiche Marktanteile aufweisen kollusionsanfälliger als Märkte mit stark unterschiedlichen Marktanteilen. Darüber hinaus lassen erhebliche Marktanteilsunterschiede Asymmetrien zwischen den Unternehmen (z.B. Kostenasymmetrien, unterschiedliche Markteintrittszeitpunkte) vermuten, die ihrerseits kollusions-destabilisierend wirken. Ebenfalls gegen Kollusion deuten Veränderungen bzw. Schwankungen in den Marktanteilen hin, da sie indizieren, dass einzelne Unternehmen ihre Wettbewerbsinstrumente offensiv einsetzen bzw. das Kräfteverhältnis im Oligopol signifikanten Veränderungen unterworfen ist.

Durch den Zusammenschluss von UPC und Inode werden die Marktanteile am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene symmetrischer (der Abstand zwischen Telekom Austria und dem zweitgrößtem Betreiber wird geringer), was grundsätzlich kollusionsfördernd wirkt.

Am vorliegenden Markt verfügen Telekom Austria und UPC Telekabel/Inode Ende 2004 über einen gemeinsamen Marktanteil von ca. 79% (Ende 2004). Der drittgrößte Betreiber Inode hält bereits nur mehr einen Marktanteil von weniger als 5%. Ein so hoher Marktanteil legt nahe, dass die „notwendige Bedingung“ für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung grundsätzlich erfüllt ist (dies umso mehr als bereits in Abschnitt 4 gefolgert wurde, dass Telekom Austria alleine bereits über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt).

Allerdings sind, wie bereits in Abschnitt 3.1.1 ausgeführt, die Marktanteile zwischen Telekom Austria und UPC Telekabel/Inode nicht gleichmäßig verteilt. Während der Marktanteil von UPC Telekabel/Inode Ende 2004 bei ca. 33% gelegen wäre, betrug jener der Telekom Austria ca. 45%, also ca. 1,5 Mal so viel wie der von UPC Telekabel. Weiters sind große Marktanteilsverschiebungen zwischen den beiden Unternehmen zu beobachten, die in Zukunft voraussichtlich dazu führen werden, dass sich diese Disparität auf nationaler Ebene weiter vergrößert.

Sowohl die Unterschiede in den Marktanteilen als auch die gegenläufigen Marktanteilsverschiebungen sprechen schlussendlich gegen Kollusion von Telekom Austria und UPC Telekabel/Inode am Markt für breitbandigen Zugang.

Gleiches gilt auch für die Endkundenebene, wo zwar Telekom Austria weniger Marktanteil hält als auf der Vorleistungsebene (s. Abschnitt 3.1.1), dies jedoch auch auf das de facto regulatorisch erzwungene Vorleistungsprodukt zurückzuführen ist.

### **3.2.3. Marktzutrittsbarrieren, potentieller Wettbewerb und nachfrageseitige Gegenmacht**

So wie ein hoher gemeinsamer Marktanteil eine notwendige Bedingung für das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ist, so sind auch hohe

Marktzutrittsbarrieren sowie die Absenz nachfrageseitiger Gegenmacht notwendige Voraussetzungen um den Unternehmen zu erlauben, Marktmacht auszuüben.

Die Ausführungen in Abschnitt 3.1.2 zeigen, dass der Markt vor allem aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten von hohen Marktzutrittsbarrieren gekennzeichnet ist. Betreffend die Marktzutrittsbarrieren ist also die Voraussetzung für die Existenz einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich erfüllt.

Selbiges gilt auch für den Indikator nachfrageseitige Gegenmacht. Da in Abschnitt 3.1.4 gezeigt wurde, dass bereits das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht gegenüber Telekom Austria sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene gering ist, gilt dies erst recht für Telekom Austria und UPC Telekabel gemeinsam.

#### **3.2.4. Symmetrie**

Grundsätzlich gilt, dass Parallelverhalten einfacher zwischen „gleichartigen Unternehmen“ praktiziert werden kann, als zwischen Unternehmen mit starken Asymmetrien. Insbesondere gilt dies für Asymmetrien in den Kosten und Asymmetrien in den Produkten (Produktdifferenzierung), die beide in diesem Abschnitt behandelt werden sollen.

Asymmetrien in den Kosten wirken aus zwei Gründen kollusions-destabilisierend: Zum einen haben Unternehmen mit (erheblich) unterschiedlichen Kostenstrukturen grundsätzlich Schwierigkeiten in der Abstimmung ihrer Wettbewerbsparameter. Zum anderen kann ein Unternehmen, das geringere Kosten hat als seine Mitbewerber von Cheating – auf Grund höherer Deckungsbeiträge – in einem höheren Maße profitieren, muss aber gleichzeitig Vergeltungsmaßnahmen der Mitbewerber weniger fürchten, da diese (auf Grund der höheren Kosten) weniger harsch ausfallen. Damit haben Unternehmen mit geringeren Kosten einen höheren Cheating-Anreiz. Kostenstrukturen und fehlende technologische Innovation (die wiederum Auswirkungen auf die Kostenstruktur hat) sind explizit im TKG 2003 und in den SMP Guidelines als Kriterium für die Beurteilung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung genannt.

Asymmetrien in der Kostenstruktur zwischen Telekom Austria und UPC Telekabel ergeben sich gleich aus mehreren Gründen:

- Während Telekom Austria DSL-Technologie einsetzt, die eine Übertragung über die Kupferdoppelader ermöglicht, verwendet UPC CATV-Technologie, die auf einem HFC-Netzwerk basiert.
- Während Telekom Austria im gesamten Bundesgebiet aktiv ist, ist UPC Telekabel nur in Wien, Graz, Klagenfurt und Umgebung vertreten.
- Telekom Austria bietet über ihr Netzwerk zusätzlich zu breitbandigem Internetzugang vor allem Sprachtelefoniedienste und Mietleitungen (auf Vorleistungs- und Endkundenebene) an, während Kabelfernsehen das wichtigste „zusätzliche“ Produkt von UPC Telekabel ist (obwohl auch UPC Telekabel sowohl Sprachtelefoniedienste als auch Mietleitungsdienste anbietet, wenn auch in wesentlich geringeren Ausmaß als Telekom Austria). So können sich unterschiedliche Verbundvorteile ergeben.
- Da UPC Telekabel ca. drei Jahre früher in den Markt eingetreten ist als Telekom Austria und daher bezogen auf ihren „footprint“ eine wesentlich höhere Penetrationsrate aufweist, kann davon ausgegangen werden, dass die beiden Unternehmen unterschiedlich stark von Skaleneffekten profitierten (wenn sich dieses Verhältnis auch im Zeitverlauf verändern und – aufgrund der hohen

Marktanteilsgewinne von Telekom Austria – sogar ins Gegenteil verkehren könnte).

Eine Quantifizierung der Asymmetrien konnte nicht erfolgen. Aufgrund der oben angeführten Punkte ist jedoch anzunehmen, dass die Kostenstruktur nicht symmetrisch ist, was grundsätzlich kollusions-destabilisierend wirkt.

Betreffend technischer Innovationen ist festzuhalten, dass zwar durch die unterschiedlichen zugrunde liegenden Technologien (DSL vs. CATV) grundsätzlich Potential für Unterschiede im technischen Fortschritt wäre, sich in der Praxis jedoch zeigt, dass sich daraus bisher keine wesentlichen Unterscheidungsmöglichkeiten im Bezug auf Endkundenprodukte ergeben haben. Da bei beiden Technologien im Moment mit höheren Bandbreiten experimentiert wird, ist auch in Zukunft kein entscheidender technologiebedingter Vorteil für eine Seite zu erwarten.

Betreffend der Produktdifferenzierung ist es bei der Analyse von joint dominance zweckmäßig zwischen horizontaler und vertikaler Produktdifferenzierung zu unterscheiden: Horizontale Produktdifferenzierung liegt vor, wenn die Konsumenten heterogene Präferenzen in Bezug auf unterschiedliche Produktmerkmale haben. Von vertikaler Produktdifferenzierung wird gesprochen, wenn die Präferenzen der Konsumenten in Bezug auf bestimmte Charakteristika gleich gelagert sind.

Vertikale Produktdifferenzierung wirkt tendenziell kollusions-destabilisierend, da jenes Unternehmen mit den größten Vorteilen aus der Produktdifferenzierung – das Unternehmen, das die höchste Qualität anbietet – auf Grund der Wettbewerbsvorteile einen höheren Anreiz hat, von der Kollusionsvereinbarung abzuweichen, gleichzeitig aber mögliche Vergeltungsstrategien weniger fürchten muss. Im Gegensatz dazu ist die Wirkung von horizontaler Produktdifferenzierung nicht eindeutig. Mit zunehmender horizontaler Produktdifferenzierung wird die (unternehmensindividuelle) Nachfragefunktion unelastischer, was sowohl die kurzfristig zu akquirierenden Extraprofite einer Preissenkung reduziert wie auch die Effektivität einer späteren Vergeltung. Die Gesamtwirkung aus Sicht der Anreizstruktur ist also nicht eindeutig. Allerdings gibt es einen insbesondere in der Rechtsprechung relevanten weiteren Aspekt im Zusammenhang mit Produktdifferenzierung: Ein hoher Grad an Produkthomogenität erleichtert die Abstimmung der Preispolitik und begünstigt das Zustandekommen von Parallelverhalten. Dieser Aspekt von Produktdifferenzierung ist der Hauptgrund warum eine hohe Produkthomogenität in der Rechtsprechung als kollusionsfördernd interpretiert wird.

Wie in 3.1.5 festgestellt, besteht die wesentlichste Form der vertikalen Produktdifferenzierung am Vorleistungsmarkt darin, dass Telekom Austria gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und weitere Kommunikationsdienste bundesweit aus einer Hand anbieten kann. Diese Vorteile bestehen auch gegenüber UPC Telekabel. Auf der Vorleistungsebene existiert also ein gewisses Ausmaß an vertikaler Produktdifferenzierung, was aus den oben angeführten Gründen als kollusions-destabilisierend zu bewerten ist.

Auf der Endkundenebene sind die breitbandigen Internetprodukte von Telekom Austria und UPC Telekabel weitgehend homogen. Wie in 3.1.7 festgestellt, existiert aber ein gewisses Ausmaß an horizontaler Produktdifferenzierung, welches sich vor allem aus unterschiedlichen Bündelungsmöglichkeiten ergibt. Betrachtet man nun die unterschiedlichen Bündelungsmöglichkeiten gemeinsam mit der Vielzahl an Leistungsparametern, die ein breitbandiges Internetprodukt auf der Endkundenebene üblicherweise kennzeichnen (Bandbreite download, Bandbreite upload, Transfervolumen, Installation, Webspace, Mailboxen bzw. E-Mail Adressen, etc.), so wird ersichtlich, dass sich Telekom Austria und UPC Telekabel auf mehrere Preise und eine Vielzahl von Parametern „einigen“ müssten, um effektive Kollusion zu betreiben. Auch auf der Endkundenebene spricht also der Indikator

Produktdifferenzierung eher gegen das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung.

Eine weitere Asymmetrie (über den Produktdifferenzierungsaspekt hinaus) zwischen Telekom Austria und UPC Telekabel ergibt sich schließlich aus der unterschiedlichen geografischen Netzabdeckung (ON 4). Diese kann nicht nur zu Unterschieden in den Kosten führen sondern auch zu Asymmetrien bezüglich der Gewinnmaximierungsfunktion bzw. Gewinnmaximierungsstrategie. Während UPC Telekabel ihre Gewinne nur im Raum Wien/Graz/Klagenfurt und Umgebung maximiert, muss Telekom Austria ihren Gewinn über das gesamte Bundesgebiet maximieren. Wie festgestellt, sieht sich Telekom Austria einem Trade-off zwischen hohen Preisen in Gebieten in denen sie der einzige Betreiber ist und niedrigen Preisen in Gebieten in denen sie mit Kabelnetzbetreibern im Wettbewerb steht gegenüber. Dies erhöht grundsätzlich die Anreize zur Kollusion für Telekom Austria, da eine Erhöhung der Preise in Wien sowohl die Gewinne in Wien als auch (über den national einheitlichen Preis) die Gewinne in Rest-Österreich steigern würden. Gleichzeitig wird durch diese Asymmetrie jedoch der Anreiz bzw. das Potential für Vergeltungsmaßnahmen reduziert (siehe dazu die Feststellungen zu Punkt 3.2.9).

Die Asymmetrien bezüglich der Kosten sowie die Produktdifferenzierung wirken also kollusions-destabilisierend, während die unterschiedliche Netzabdeckung im vorliegenden Fall die Anreize zur Kollusion erhöht.

### **3.2.5. Marktphase**

Da die (langfristigen) zukünftigen Kollusionsgewinne bei wachsender Nachfrage ebenfalls zunehmen, die (kurzfristigen) Gewinne aus Cheating aber unberührt von der Entwicklung der Nachfrage bleiben, wird die Strategie Cheating mit zunehmendem Marktwachstum relativ unprofitabler. In der Ceteris-paribus-Betrachtung ist daher Kollusion (Joint-Dominance-Kontext) in einer frühen Marktphase (bzw. bei hohem Marktwachstum) wahrscheinlicher als in einer späteren Marktphase (bzw. bei stagnierender oder rückläufiger Nachfrage). Diese Schlussfolgerung steht allerdings in gewissem Widerspruch zur Rechtsprechung. Im Rahmen der Spruchpraxis gilt eine stagnierende oder nur geringfügig steigende Nachfrage als Faktor, der das Risiko für oligopolistische Marktbeherrschung erhöht. Marktwachstum wird hier allerdings in einem breiteren Kontext interpretiert und schließt die auf vielen Märkten durch Marktwachstum induzierten Eintritte von Neueinsteigern – und die damit einhergehende Intensivierung des Wettbewerbs – mit ein. Wie in Punkt 3.1.2 festgestellt, sind jedoch die Zutrittsbarrieren am vorliegenden Markt trotz des hohen Marktwachstums als hoch zu bewerten.

Daneben gibt es noch einen weiteren Umstand, welcher am vorliegenden Markt einer kollusionsstabilisierenden Wirkung des Marktwachstums entgegensteht: Sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene existieren Wechselkosten, die zu Lock-in-Effekten auf der Nachfrageseite führen (s. dazu die Ausführungen zu 3.1.4). Unter solchen Bedingungen ist in Zeiten hohen Marktwachstums Wettbewerb um (zukünftig wertvolle) Kunden zu erwarten, während allfällige Wettbewerbsprobleme auf Grund der Lock-in-Effekte eher auf saturierten Märkten (Reifephase) wahrscheinlich sind. Dies steht ebenfalls im Widerspruch zum kollusionsstabilisierenden Effekt eines hohen Marktwachstums.

Da der vorliegende Markt zwar durch hohes Wachstum und hohe Marktzutrittsbarrieren gekennzeichnet ist, was – nach der vorherrschenden ökonomischen Interpretation – die Kollusionswahrscheinlichkeit erhöht, gleichzeitig aber Wechselkosten existieren, welche in der Phase des Marktwachstums wiederum kollusions-destabilisierend wirken können, ist die wettbewerbliche Wirkung der Entwicklung der Nachfrage (Marktphase) für den vorliegenden Markt insgesamt nicht eindeutig.

### **3.2.6. Markttransparenz**

Kollusives Verhalten ist nur möglich, wenn die beteiligten Unternehmen hinreichende Informationen über das Marktverhalten (insbesondere über das Preissetzungsverhalten) der Mitbewerber haben. Bei unvollständigen Informationen wird sowohl die Abstimmung des Marktverhaltens (Parallelverhalten) als auch – und das ist fast noch bedeutsamer – die Durchsetzung eines kollusiven Marktergebnisses schwieriger, da Vergeltungsmaßnahmen (zur Durchsetzung von Kollusion) als Reaktion auf das unilaterale Ausscheren eines Anbieters unwahrscheinlicher und ineffektiver sind, wenn das Ausscheren von den Mitbewerbern gar nicht, sehr verzögert oder nicht eindeutig wahrgenommen werden kann. Aus diesem Grund sind geheime Preisunterbietungen (discrete price cuts) ein wesentliches kollusionsdestabilisierendes Element und Praktiken, welche die Markttransparenz erhöhen, wie beispielsweise die Veröffentlichungen von Preisen, Ankündigung von Preisänderungen, etc. eindeutig als kollusionsfördernd zu beurteilen. Insgesamt gilt also, dass mit zunehmender Markttransparenz – ceteris paribus – auch die Kollusionsneigung zunimmt.

Da es sich sowohl bei Telekom Austria als auch bei UPC Telekabel um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die sich einen Großteil der Vorleistungen intern bereitstellen und auf der Endkundenebene miteinander in Wettbewerb stehen, ist im vorliegenden Falle vor allem die Transparenz auf der Endkundenebene relevant. Diese ist grundsätzlich hoch, da beide Unternehmen, sowohl im Geschäftskunden- als auch im Privatkundensegment, ihre Preise auf ihrer Homepage oder in diversen Marketingaktionen publik machen. Lediglich bei großen Geschäftskunden, die größere Mengen oder Komplettlösungen (z.B. IP-VPN oder Internet-VPN) nachfragen sind bilaterale Verhandlungen und eine damit einhergehende geringere Transparenz zu erwarten.

Auf der Vorleistungsebene ist die Transparenz grundsätzlich als geringer einzustufen, da es hier meist Verhandlungslösungen und keine standardisierten Angebote gibt. Eine Ausnahme ist hier das „ISPA-Wholesaleangebot“ der Telekom Austria, das jedoch, wie in Abschnitt 2.1.1 festgestellt, erst durch Intervention der Regulierungsbehörde zustande kam. Ohne den Druck der Regulierungsbehörde wäre nicht auszuschließen, dass Telekom Austria Zugang zu ihrem Netz überhaupt verweigern würde (s. Punkt 3.1) oder aber selektiv nur bestimmten ISPs ein Vorleistungsprodukt zur Verfügung stellen würde. Die Markttransparenz auf der Vorleistungsebene würde dadurch jedenfalls im Vergleich zur derzeitigen Situation sinken.

Der Indikator Markttransparenz ist also am vorliegenden Markt ambivalent zu beurteilen: Während die Transparenz auf der Endkundenebene hoch ist, wäre sie auf der Vorleistungsebene in einer Situation ohne jegliche Regulierung eher gering. Ein Cheating auf der Endkundenebene wäre also leicht zu entdecken, eines auf der Vorleistungsebene hingegen kaum.

### **3.2.7. Verbindungen zwischen den Unternehmen**

Die Existenz struktureller oder sonstiger Verbindungen zwischen Unternehmen und Kontakte auf Drittmärkten erhöhen das Kollusionsrisiko, sind aber weder eine notwendige Voraussetzung noch ein Nachweis für eine kollektive Marktbeherrschung. Zu strukturellen oder sonstigen Verbindungen zählen neben direkten Eigentumsverschränkungen auch Jointventures und Kooperationen, wie Standardisierungsgremien, Interessensorganisationen, aber auch Interworking-Verträge. Solche Verbindungen erhöhen das Kollusionsrisiko aus folgenden Gründen:

Eigentumsverschränkungen reduzieren den Anreiz für Cheating. Ein Shareholder, der Beteiligungen an mehr als einem Unternehmen hält, ist nicht nur von den Auswirkungen auf die Profitabilität des Unternehmens das cheated betroffen; die zusätzlichen Gewinne aus einer einseitigen Preissenkung sind für einen Shareholder, der an mehreren Marktteilnehmern (des relevanten Marktes) beteiligt ist, geringer.

Jointventures und Kooperationen erweitern die Möglichkeiten für Vergeltungsstrategien (z.B. durch die Drohung eine solche nicht fortzuführen).

Darüber hinaus fördern solche Verbindungen die Markttransparenz (siehe vorhergehender Abschnitt) und Erleichtern die Etablierung von kollusionsfördernden Praktiken (z.B. Preisbindungen). Auch Kontrakte über wechselseitig zur Verfügung gestellte Vorleistungen (z.B. Zusammenschaltungsvereinbarungen) können auf Grund der möglichen Auswirkungen (höhere Kosten) auf die Tarife als Kollusionsinstrument fungieren.

Die Existenz von strukturellen oder sonstigen Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern ist explizit im TKG 2003 und in den SMP Guidelines als Marktmachtindikator für die Beurteilung kollektiver Marktmacht erwähnt.

Ebenfalls als kollusionsfördernd zu werten sind Kontakte auf Drittmärkten (Multimarket Contacts). In der Theorie wird die Ansicht vertreten, dass Kontakte auf Drittmärkten die Stabilität von abgestimmten Verhalten begünstigen, da

- diese die Häufigkeit der Interaktionen zwischen den Unternehmen (siehe weiter unten) erhöhen,
- dadurch die Wahrscheinlichkeit von asymmetrischen Interessenslagen abnehmen kann und
- die Möglichkeiten für Vergeltungsmaßnahmen (drohender Preiskampf auf einem Nachbarmarkt) ausgeweitet wird.

Es bestehen keine strukturelle Verbindungen wie Eigentumsverschränkungen, Joint Ventures oder Kooperationen zwischen Telekom Austria und UPC Telekabel, jedoch sind beide Unternehmen auch am Festnetz-Endkundenmarkt und auf Mietleitungsmärkten tätig, was sowohl zu Multimarket Contacts als auch zu Interaktionen auf der Vorleistungsebene (Zusammenschaltung) führt. Betreffend die Kollusionsförderung ist diesen Kontakten allerdings nur geringe Bedeutung zuzumessen. Am Festnetz-Endkundenmarkt verfügt UPC Telekabel nur über einen geringen Marktanteil (unter 10 % sowohl auf den Anschluss- als auch auf den Verbindungsmärkten) weshalb praktisch keine Möglichkeit zu Retaliation gegeben ist. Noch geringer ist der Marktanteil von UPC Telekabel auf den Mietleitungsmärkten. Die Terminierungsentgelte sowohl in das Netz der Telekom Austria als auch in das Netz der UPC Telekabel sind – infolge der marktbeherrschenden Stellung der beiden Unternehmen auf ihrem jeweiligen Terminierungsmarkt und den damit einhergehenden Verpflichtungen – regulatorisch festgelegt und können daher ebenfalls nicht als kollusionsförderndes Instrument wirken.

Neben den Verbindungen der Unternehmen hat auch die Häufigkeit von Marktinteraktionen einen Einfluss auf die Kollusionsneigung eines Marktes und ist daher für die Beurteilung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Relevanz. Auf Märkten, auf denen Markttransaktionen seltener (und mit größeren Absatzmengen) stattfinden und Preise seltener verändert werden bzw. verändert werden können (=geringe Interaktionshäufigkeit), steigt – ceteris paribus – der Anreiz für Cheating. Der Grund dafür ist, dass Cheating auf solchen Märkten aus zwei Gründen relativ profitabler gegenüber der kollusiven Strategie wird:

In der Regel steigt mit abnehmender Interaktionshäufigkeit auch die Absatzmenge pro Transaktion. Damit wiederum steigen aber die kurzfristigen Zusatzgewinne einer unilateralen Preissenkung. Dies macht die Strategie „Cheating“ relativ profitabler.

Mit abnehmender Interaktionshäufigkeit sinkt das Potenzial für Vergeltungsmaßnahmen (bzw. die wahrgenommenen Kosten einer zukünftigen Vergeltung), da die Mitbewerber

(wenn überhaupt) nur mit (erheblicher) Verzögerung reagieren können. Im Extremfall, wenn es keine Folgetransaktionen gibt (one shot game), kann es auch keine Vergeltungsmaßnahmen geben und damit zerfällt jeder Anreiz für kollusives Verhalten.

Die Häufigkeit von Transaktionen auf der Endkundenebene ist im vorliegenden Falle hoch, da ständig neue Kunden an das Netz angeschlossen werden und auch immer wieder Kunden in einen anderen Tarif oder zu einem anderen Betreiber wechseln. Auf der Vorleistungsebene ist die Anzahl an Transaktionen hingegen gering, da nur mit vergleichsweise wenigen ISPs verhandelt wird und die Verträge üblicherweise langfristigen Charakter haben.

Da für effektive Gegenmaßnahmen jedoch häufige Transaktionen auf einer Ebene ausreichen (es reicht, wenn effektive Gegenmaßnahmen auf einer Ebene ergriffen werden können), ist dieser Indikator insgesamt daher als kollusionsfördernd zu beurteilen.

### **3.2.8. Freie Kapazitäten**

Für die Beurteilung kollektiver Marktbeherrschung sind primär Unterschiede in den Kapazitätsrestriktionen zwischen den Betreibern von Bedeutung. Diese haben tendenziell eine kollusionsdestabilisierende Wirkung: Unternehmen mit hohen Kapazitätsreserven haben insbesondere dann einen hohen Anreiz vom kollusiven Gleichgewicht abzuweichen, wenn die Mitbewerber bereits nahe an ihren Kapazitätsgrenzen operieren und damit deren Vergeltungspotenzial stark eingeschränkt wird.

Die Wirkung symmetrischer Kapazitätsrestriktionen (bzw. Überkapazitäten) ist nicht ganz eindeutig, da sie sowohl den Anreiz für Cheating wie auch das Potenzial für Vergeltungsmaßnahmen mindern (bzw. erhöhen). Die Gesamtwirkung ist daher ambivalent.

Als „Kapazitäten“ sind am vorliegenden Markt sowohl die Anzahl potentieller Teilnehmer (homes passed) als auch die Leitungskapazität im Backbone relevant. Während die homes passed eine relativ fixe Größe darstellt, die sich nur (v.a. bei Telekom Austria) im Zeitverlauf durch Netzausbau langsam erhöht und sich dann (aufgrund versunkener Kosten) de facto kaum mehr verringern kann, kann die Leitungskapazität im Backbone relativ leicht (z.B. durch zusätzliche Mietleitungen) an die jeweilige Nachfrage angepasst werden. Freie Kapazitäten sind daher vor allem bei den homes passed relevant. Hier kann als Anhaltspunkt das Verhältnis der homes connected zu den homes passed herangezogen werden. Dieser Anteil liegt für die Telekom Austria bei 13%, für UPC Telekabel bei ca. 26%. Es ist also anzunehmen, dass beide Unternehmen, wenn auch UPC Telekabel - aufgrund des höheren Verhältnisses der homes connected zu den homes passed – ceteris paribus in geringerem Ausmaß, über hohe Kapazitätsreserven verfügen. Weiters ist anzumerken, dass Kapazitätsreserven dem vorliegenden Markt sozusagen inhärent sind, da auch viele Haushalte über mehrere Anschlüsse verfügen (z.B. Kupferdoppelader, Kabelnetz und eventuell W-LAN) und daher eine 100%ige Kapazitätsauslastung für alle am Markt tätigen Betreiber im Hinblick auf die angeschlossenen Haushalte praktisch unmöglich ist.

Der Indikator zeigt also insgesamt ein ambivalentes Bild, da hohe Kapazitätsreserven am vorliegenden Markt sowohl Anreiz zu Neukundengewinnung und zum Abweichen vom kollusiven Verhalten geben (v.a. wenn der Markt wächst und durch Wechselkosten gekennzeichnet ist) als auch das Potential für Gegenmaßnahmen erhöhen. Obwohl gewisse Asymmetrien in den Kapazitätsrestriktionen vorliegen, sind diese zumindest gegenwärtig nicht groß genug um eindeutig als kollusions-destabilisierend bewertet zu werden.

### 3.2.9. Mechanismen für Gegenmacht

Mechanismen für Gegenmaßnahmen sind notwendig, um das Cheaten eines Oligopolmitglieds (so es entdeckt worden ist – s. Indikator Markttransparenz) auch tatsächlich sanktionieren zu können.

Mögliche Mechanismen für Gegenmaßnahmen am vorliegenden Markt existieren sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene. Während auf der Vorleistungsebene Zugangsprodukte an (zusätzliche) ISPs zu niedrigeren Preisen bereitgestellt werden können, kann auch auf der Endkundenebene der Preis gesenkt oder aber die Leistung (bei gleichem Preis) erhöht werden (z.B. Erhöhung der Downloadrate oder des Downloadvolumens).

Aufgrund der geographischen Ausdehnung der Netze sowie der Marktanteilsverteilung reduziert sich jedoch das Vergeltungspotential sowohl für Telekom Austria als auch für UPC Telekabel. Da sich das Netz von UPC Telekabel nur auf Wien, Graz, Klagenfurt und Umgebung beschränkt, kann eine Gegenmaßnahme von UPC Telekabel auch nur in diesen Gebieten erfolgen. Da aber der Marktanteil von Telekom Austria in diesen Gebieten wesentlich geringer als der Marktanteil von UPC Telekabel ist, ist auch der potentielle Marktanteilsverlust von Telekom Austria verhältnismäßig geringer. Telekom Austria muss also im Falle von Cheating nur mit „Bestrafung“ durch UPC Telekabel in deren Verbreitungsgebiet rechnen.

Ebenfalls hat Telekom Austria unter den gegebenen Umständen nur einen geringen Anreiz, einer Abweichung von UPC Telekabel durch niedrige Preise zu begegnen, da damit sowohl in den Gebieten in denen UPC Telekabel tätig ist als auch in Rest-Österreich Gewinneinbußen hingenommen werden müssten.

Die Unterschiede in der Netzabdeckung sowie die derzeitige Marktanteilsverteilung im footprint von UPC Telekabel führen zu einer Schwächung der Mechanismen für Gegenmaßnahmen und wirken somit kollusionsdestabilisierend.

### 3.2.10. Abschließende Beurteilung

Zur Beurteilung, ob Telekom Austria und UPC Telekabel am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang gemeinsam über Marktmacht verfügen, wurden folgende Indikatoren betrachtet:

**Marktkonzentration und Marktanteile** (§ 35 Abs. 4 Z. 1 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Obwohl der gemeinsame Marktanteil von fast 80 % nahe legt, dass die „notwendige Bedingung“ für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung grundsätzlich erfüllt ist (dies umso mehr als bereits in Abschnitt 4 gefolgert wurde, dass Telekom Austria alleine bereits über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt), sprechen die Asymmetrie in den Marktanteilen sowie die zu beobachtenden Marktanteilsverschiebungen gegen Kollusion der beiden Unternehmen. Durch den Zusammenschluss von UPC und Inode werden die Marktanteile am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene symmetrischer, sind allerdings noch immer sehr unterschiedlich und zeigen eine konstant gegenläufige Tendenz.

**Marktzutrittsbarrieren, potentieller Wettbewerb und nachfrageseitige Gegenmacht** (§ 35 Abs. 4 Z. 2 und Z. 3 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Da, wie in der single-domainance Analyse festgestellt, die Marktzutrittsbarrieren hoch sind und das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht gering ist, sind in Bezug auf diese Kriterien die notwendigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung erfüllt.

**Symmetrie** (bzgl. Kosten, Innovation und Produktdifferenzierung) (§ 35 Abs. 4 Z. 6, Z. 7 und Z. 9 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Die Symmetrie zwischen den Unternehmen Telekom Austria und UPC Telekabel wurde bezüglich der Dimensionen Kosten, Innovationen und Produktdifferenzierung beurteilt. Bei den Kosten entstehen kollusionsdestabilisierende Asymmetrien aufgrund von unterschiedlichen Technologien, unterschiedlicher Coverage, unterschiedlichem Produktportfolio und unterschiedlichen Penetrationsraten. Betreffend technischer Innovationen ist festzuhalten, dass zwar durch die unterschiedlichen zugrunde liegenden Technologien (DSL vs. CATV) grundsätzlich Potential für Unterschiede im technischen Fortschritt wäre, sich in der Praxis jedoch zeigt, dass sich daraus bisher keine wesentlichen Unterscheidungsmöglichkeiten im Bezug auf Endkundenprodukte ergeben haben. Eine Betrachtung der Produktdifferenzierung zeigt, dass die unterschiedlichen Bündelungsmöglichkeiten gemeinsam mit der Vielzahl an Leistungsparametern, die ein breitbandiges Internetprodukt auf der Endkundenebene üblicherweise kennzeichnen, die Abstimmung grundsätzlich erschweren, da sich Telekom Austria und UPC Telekabel auf mehrere Preise und eine Vielzahl von Parametern „einigen“ müssten, um effektive Kollusion zu betreiben. Die Asymmetrie in der Netzabdeckung ist ambivalent zu beurteilen, da sie zwar den Anreiz zu Kollusion für Telekom Austria erhöht, gleichzeitig aber das Potential für Gegenmaßnahmen einschränkt.

**Marktphase** (§ 35 Abs. 4 Z. 5 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Da der vorliegende Markt zwar durch hohes Wachstum und hohe Marktzutrittsbarrieren gekennzeichnet ist, was – nach der vorherrschenden ökonomischen Interpretation – die Kollusionswahrscheinlichkeit erhöht, gleichzeitig aber Wechselkosten existieren, welche in der Phase des Marktwachstums wiederum kollusions-destabilisierend wirken können, ist die wettbewerbliche Wirkung der Entwicklung der Nachfrage (Marktphase) für den vorliegenden Markt insgesamt nicht eindeutig.

**Transparenz** (§ 35 Abs. 4 Z. 4 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Während die Transparenz auf der Endkundenebene hoch ist, wäre sie auf der Vorleistungsebene in einer Situation ohne jegliche Regulierung eher gering. Ein Cheating auf der Endkundenebene wäre also gegebenenfalls leichter zu entdecken, eines auf der Vorleistungsebene hingegen kaum. Der Indikator ist also insgesamt ambivalent zu beurteilen.

**Verbindungen zwischen den Unternehmen** (§ 35 Abs. 4 Z. 11 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Sowohl Telekom Austria als auch UPC Telekabel sind neben den Breitband-Märkten (auf Vorleistungs- und Endkundenebene) auch am Festnetz-Endkundenmarkt und auf Mietleitungsmärkten tätig, was sowohl zu Multimarket Contacts als auch zu Interaktionen auf der Vorleistungsebene (Zusammenschaltung) führt. Betreffend die Kollusionsförderung ist diesen Kontakten allerdings kaum Bedeutung zuzumessen, da UPC Telekabel auf den Festnetz- und Mietleitungsmärkten nur geringe Marktanteile hält und die Terminierungsentgelte regulatorisch festgelegt sind.

**Freie Kapazitäten** (§ 35 Abs. 4 Z. 10 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Sowohl Telekom Austria als auch UPC Telekabel verfügen in hohem Ausmaß über freie Kapazitäten (das Verhältnis der homes connected zu den homes passed liegt für Telekom Austria bei 13%, für UPC Telekabel bei ca. 26%). Dies ist insofern ambivalent zu beurteilen, als hohe Kapazitätsreserven am vorliegenden Markt sowohl Anreiz zu Neukundengewinnung und zum Abweichen vom kollusiven Verhalten geben (v.a. wenn der Markt wächst und durch Wechselkosten gekennzeichnet ist) als auch das Potential für Gegenmaßnahmen erhöhen.

**Mechanismen für Gegenmaßnahmen** (§ 35 Abs. 4 Z. 12 TKG 2003, § 97 der SMP Guidelines): Mögliche Mechanismen für Gegenmaßnahmen am vorliegenden Markt existieren sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene. Während auf der Vorleistungsebene Zugangsprodukte an (zusätzliche) ISPs zu niedrigeren Preisen bereitgestellt werden können, kann auch auf der Endkundenebene der Preis gesenkt oder aber die Leistung (bei gleichem Preis) erhöht werden (z.B. Erhöhung der Downloadrate oder

des Downloadvolumens). Die Unterschiede in der Netzabdeckung sowie der geringere Marktanteil von Telekom Austria im footprint von UPC Telekabel führen jedoch zu einer Schwächung der Mechanismen für Gegenmaßnahmen und wirken somit kollusionsdestabilisierend.

**Gesamtbeurteilung:** Obwohl einige der grundsätzlichen (notwendigen) Voraussetzungen für Kollusion, wie ein hoher gemeinsamer Marktanteil, hohe Marktzutrittsbarrieren und die Abwesenheit nachfrageseitiger Gegenmacht gegeben sind, sprechen die Asymmetrien zwischen den Unternehmen sowie die zu beobachtenden Marktanteilsverschiebungen insgesamt gegen das Vorliegen von gemeinsamer Marktmacht. Auch von den anderen untersuchten Indikatoren spricht keiner eindeutig für das Vorliegen von joint dominance. Nicht zuletzt die Entwicklung eines TV-Angebotes über DSL durch Telekom Austria, welches zunächst nur in Wien eingeführt werden soll, deutet eher auf den offensiven Einsatz wettbewerblicher Parameter als auf die Existenz von Kollusion hin. Durch den Zusammenschluss von UPC und Inode werden die Marktanteile am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene symmetrischer, allerdings sind die Marktanteile nach wie vor unterschiedlich und zeigen gegenläufige Tendenz, und auch die anderen identifizierten Asymmetrien (Footprint, Technologie, Kosten, Penetration, Skalenvorteile, Bündelungsmöglichkeiten) bleiben weitgehend bestehen. Zusätzlich unterscheiden sich die beiden Unternehmen nach dem Zusammenschluss im Ausmaß der vertikalen Integration, da Telekom Austria nach wie vor ein voll integrierter Betreiber ist, während UPC/Inode nunmehr nur teilweise über eigene Infrastruktur verfügen und zusätzlich auch Bitstream-Produkte bzw. andere Vorleistungen von Telekom Austria (z.B. Entbündelung) beziehen. Es ist also weiterhin festzuhalten, dass die Asymmetrien zwischen den Unternehmen Telekom Austria und UPC/Inode hinreichend groß sind, sodass Kollusion zwischen den Unternehmen sehr unwahrscheinlich ist.

#### **4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht**

##### **4.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten**

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) folgende vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten. Es wird darüber hinaus eine Verbindung zu den in den §§ 38 bis 46 oder 47 Abs. 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsinstrumenten hergestellt.

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

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

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

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

grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. Es ist also nicht erforderlich, die Wohlfahrtseffekte tatsächlich nachzuweisen. Dennoch muss, falls mehrere Regulierungsinstrumente (bzw. Kombinationen von Regulierungsinstrumenten) geeignet sind, jenes gewählt werden, welches – eine gleichwertige Zielerreichung vorausgesetzt – die geringste Belastung für das/die betroffene/n Unternehmen darstellt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wird üblicherweise auf einer qualitativen Analyse beruhen, unterstützend können gegebenenfalls auch quantitative Analysen verwendet werden.

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

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

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

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

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

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

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

Der Zugang zu Vorleistungsprodukten kann mittels § 41 TKG 2003 sichergestellt werden. Wird eine Zugangsverpflichtung auferlegt, wird es im Gefolge meist auch notwendig sein, einen adäquaten Preis für das Zugangsprodukt basierend auf § 42 TKG 2003 festzulegen. Insbesondere um die Aktivitäten der Vorleistungsebene von jenen der Endkundenebene

trennen zu können, kann unterstützend die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zur Anwendung kommen. Um verschiedene Arten der Diskriminierung zwischen dem eigenen Unternehmen und den anderen Unternehmen, die am Endkundenmarkt mit dem SMP-Unternehmen in Wettbewerb stehen, zu verhindern, kann § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) angewandt werden, der auch die Veröffentlichung eines Standardangebots beinhaltet. Falls – z.B. aufgrund von Wechselkosten – erwartet werden kann, dass sich Wettbewerber auf der Endkundenebene nur langsam etablieren können, können in der Übergangsperiode Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 (Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer) erforderlich sein, um eine Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten zu verhindern.

#### **4.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden**

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

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

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

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

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

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

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

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

Basierend auf diesen Prinzipien soll nun im Weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

#### **4.2. Regulierungsinstrumente für den Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene**

In der Folge werden unter Bedachtnahme auf die dargestellten Prinzipien die Regulierungsinstrumente ausgewählt. Dabei werden zunächst jene (Kombinationen von) Regulierungsinstrumente(n) identifiziert, die geeignet sind, den dargestellten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken. In einem zweiten Schritt – wenn mehrere alternative Instrumente geeignet sind – werden jene Instrumente ausgewählt, die das gelindeste Mittel darstellen (Prinzip 1). Dies erfolgt für die Regulierungsinstrumente jeweils im Unterkapitel „Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten“. Weitere Erläuterungen zur konkreten Ausgestaltung des Regulierungsinstrumentes der Entgeltkontrolle (Operationalisierung) finden sich in Punkt D.7.2.2.

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und die identifizierten Wettbewerbsprobleme) sowohl Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) als auch Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden. Da wesentliche Teile der zugrunde liegenden Infrastruktur zum Teilnehmer innerhalb des hier relevanten Zeitraums von 1 - 2 Jahren kaum replizierbar sind, zielt der Einsatz der Regulierungsinstrumente auf die Verhinderung der Ausübung von Marktmacht ab. Langfristig soll durch die Bereitstellung von konsistenten Zugangsprodukten (insbesondere Bitstream-Produkte und Entbündelung) im Sinne der „ladder of investment“ die Entstehung von nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden. Das TKG 2003 kennt grundsätzlich folgende Verpflichtungen:

- § 38: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39: Transparenzverpflichtung
- § 40: Getrennte Buchführung
- § 41: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44: Bereitstellung von Mietleitungen

- § 45: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46: Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl

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.

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

In Folge werden die nach dem TKG 2003 in Frage kommenden Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

#### **4.2.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003**

##### **4.2.1.1. Zweck**

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Darunter sind hinsichtlich des Zugangs zu einem Bitstream-Produkt insbesondere die Führung von Verhandlungen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge zu verstehen. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass nachfragenden alternativen Anbietern der Zugang zu einem Bitstream-Produkt ermöglicht wird.

##### **4.2.1.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme**

Das Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt für breitbandige Zugänge auf den Endkundenmarkt sowie das Problem der Errichtung von Marktzutrittsbarrieren auf dem Vorleistungsmarkt kann durch Sicherstellung des Zugangs zu einem adäquaten Vorleistungsprodukt behoben werden. Der Zugang zu einem Bitstream-Produkt kann die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt wesentlich reduzieren und so für zusätzliche Markteintritte und erhöhten Wettbewerb sorgen. Weiters werden durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene und über die „Investitionsleiter“ (ladder of investment) letztlich – in Verbindung mit der Regulierung am Entbündelungsmarkt – auch auf der Vorleistungsebene gesenkt. Der Zugang zu einem Bitstream-Produkt fördert so langfristig die Entstehung von effektivem Wettbewerb am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene (wenn auch, wie im Marktanalysegutachten dargestellt, effektiver Wettbewerb innerhalb der nächsten 1-2 Jahre nicht zu erwarten ist).

Da Telekom Austria am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, erscheint eine Zugangsverpflichtung notwendig sowie als

das einzige effektive Mittel, um einer vertikalen Marktmachtübertragung entgegenzuwirken und Wettbewerb auf der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe zu fördern (Prinzip 2).

Der Zugang hat prinzipiell auf zumutbare Nachfrage zu Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen ermöglicht zu werden. Als notwendige Annex-Leistungen können insbesondere solche betrachtet werden, die Telekom Austria auch gegenüber eigenen Endkunden erbringt, wie bspw. die Herstellung und Einrichtung des Endkundenanschlusses, aber auch Leistungen, die typischerweise gegenüber dem nachfragenden ISP erbracht werden, zB Einrichtung von Übergabepunkten. In Fragen der Zumutbarkeit, die nicht durch das Standardangebot abgedeckt werden, sollte die Regulierungsbehörde angerufen werden können.

Der Zugang zu Bitstream-Produkten hat ferner entsprechend dem Entbündelungsprinzip entsprechend der Nachfrage ungebündelt zu erfolgen; d.h., der Nachfrager soll nicht verpflichtet werden, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt.

Der Zugang muss es ISPs jedenfalls ermöglichen, die Endkundenprodukte von Telekom Austria bei zumindest gleicher Effizienz technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise müssen gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. Gleichzeitig ist so zu verstehen, dass ISPs ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit Telekom Austria am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt bzw. den neuen Preisen) möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte – die, technologieneutral, dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, wie z.B. Veränderungen der Bandbreite bzw. –preise, spätestens am Tage der Produkteinführung durch Telekom Austria am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs mindestens vier Wochen zuvor über diese Änderung informiert werden. Bei technisch neuen Produkten sollte Telekom Austria entsprechend längere Vorlaufzeiten vorsehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Entsprechende Bestimmungen sollten in das Standardangebot aufgenommen werden.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von Telekom Austria in das Netz des Alternativen Betreibers, sollte Telekom Austria im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für Bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) dazu verpflichtet werden, eine solche Übergabe an den bisher bestehenden (und im wholesale Vertrag vorgesehenen) neun regionalen Zugangspunkten (Landeshauptstädte) und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der neun regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen. Entsprechende Bestimmungen, die auch das häufig anzutreffende gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz des ISPs nicht nur auf Basis von ATM sondern auch IP-basiert vorsehen, sollten seitens der Telekom Austria in das Standardangebot aufgenommen werden.

Zu „naked-DSL“:

Der Retailbereich von Telekom Austria bietet derzeit auf dem Endkundenmarkt zwei Produktgruppen an. Einerseits werden Sprachtelefonieprodukte (TikTak Tarife und Standardtarif) angeboten. Andererseits bietet der Retailbereich von Telekom Austria Internetzugangprodukte (aon-speed Produktpalette) an (jeweils amtsbekannt bzw. Telekom Austria bekannt). Derzeit ist für den Endkunden für den Bezug eines aon-speed Produktes der Bezug eines Sprachtelefonieproduktes von Telekom Austria (Anschluss) keine

notwendige Voraussetzung. Telekom Austria bietet derzeit das "naked-DSL"-Produkt aonPur am Endkundenmarkt an (<http://www.aon.at>).

Um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene zu schaffen, ist ein Zugang zu „naked-DSL“-Produkten auf Vorleistungsebene weiterhin erforderlich, dessen Parameter (Uploadgeschwindigkeit, Downloadgeschwindigkeit, Datenvolumen) sich an den am Markt gängigen Produkten orientieren. Bei einem „naked-DSL“-Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Der Zugang zu „naked-DSL“-Produkten auf Vorleistungsebene ermöglicht es alternativen Betreibern daher, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie (VoB: Voice over Broadband bzw. Vol: Voice over Internet) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand anzubieten, ohne entbündeln zu müssen. Aufgrund der Präferenz vieler Kunden für ein one-stop-shopping bzw. für eine einzige Rechnung sind von einem solchen Produkt wesentliche wettbewerbliche Impulse sowohl auf den Endkundenmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie (Zugang privat/nicht privat, Nutzung privat/nicht privat) als auch auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang zu erwarten. Ein solches Produkt kann auch auf Sicht durchaus als zukunftsichere, mit niedrigeren Markteintrittskosten behaftete Alternative zum gegenwärtigen Resale-Produkt (Wiederverkauf der Anschlussleistung), wie es auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie auferlegt ist, betrachtet werden. Insgesamt senkt ein solches Produkt die Marktzutrittsbarrieren auf der Endkundenebene erheblich, verhindert so eine Marktmachtübertragung und fördert langfristig die Entstehung effektiven Wettbewerbs (mittels Entbündelung) auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang. Darüber hinaus unterstützt es den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

#### 4.2.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Grundsätzlich wäre für die Sicherstellung des Zugangs zu einem Vorleistungsprodukt auch § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) in Erwägung zu ziehen. Da jedoch die von Telekom Austria intern bereitgestellten Produkte nicht hinreichend transparent sind und da weiters nicht angenommen werden kann, dass das geeignete Zugangsprodukt genau einem intern bereitgestellten Produkt entspricht, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung allein nicht geeignet, einen adäquaten Zugang sicherzustellen. Weiters enthält § 41 TKG 2003 wesentlich umfassendere Ausführungen zur Zugangsproblematik und ist auch deswegen § 38 vorzuziehen, der keine entsprechenden Präzisierungen und Vorgaben enthält. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist allerdings im Weiteren als unterstützendes Regulierungsinstrument in Betracht zu ziehen.

#### 4.2.1.4. Fazit

Um dem festgestellten Wettbewerbsproblem der Verweigerung des Zugangs und der vertikalen wie horizontalen Übertragung von Marktmacht zu entgegenen, ist der Telekom Austria aus den dargestellten Gründen das Regulierungsinstrument einer Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 aufzuerlegen. So ist sichergestellt, dass auf angemessene Nachfrage nach einem Bitstream-Produkt ein solches bereitgestellt wird.

### **4.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003**

#### 4.2.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass Telekom Austria ihre beträchtliche Marktmacht am gegenständlichen Vorleistungsmarkt missbrauchen kann. So könnte sie Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder Mitbewerber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen (Margin Squeeze).

Die Entgeltkontrolle ist eine notwendige Ergänzung zur Zugangsregulierung, da das marktmächtige Unternehmen sonst – über Margin Squeeze – die Möglichkeit zu preislichen Foreclosure-Strategien hätte (vgl. ERG (2004), S. 35).

#### 4.2.2.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Wie im Marktanalysegutachten festgestellt, verzeichnet Telekom Austria trotz (im Verhältnis zu den Mitbewerbern) relativ hoher (Endkunden-) Preise starke Marktanteilsgewinne (s. ON 4 Abschnitte 4.1. und 4.7). Es kann also davon ausgegangen werden, dass Telekom Austria am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang sowie (über ihre vertikale Integration) am Endkundenmarkt über ein bestimmtes Ausmaß an Preissetzungsmacht verfügt, das es ihr ermöglicht, die Preise über das Wettbewerbsniveau anzuheben. Gleichzeitig wäre es Telekom Austria auch möglich, ihre Konkurrenten am Endkundenmarkt durch Preisdiskriminierung am Vorleistungsmarkt (externe Bereitstellung zu höheren Preisen als interne Bereitstellung) einem margin-squeeze auszusetzen. Wie in Abschnitt 4.6 des Marktanalysegutachtens beschrieben, hat Telekom Austria auch einen Anreiz zu einem solchen Verhalten, da sie dadurch die Marktzutrittsbarrieren sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene erhöhen kann. Eine Preiskontrolle ist daher notwendig.

Gemäß ERG (2004) bestehen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten:

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

Kostenorientierte Preise sind am angemessensten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird (Prinzip 2).

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher eben primär für Märkte relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste durch die Setzung überhöhter Preise erwartet werden (Prinzip 3).

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

Insbesondere angesichts der Marktanteile ist davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von Telekom Austria betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um

einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen. Gegenwärtig verfügt Telekom Austria über einen Marktanteil von knapp unter 50%. Obwohl in den kommenden 1-2 Jahren ein Anstieg über 50% zu erwarten ist, ist der Marktanteil deutlich von dem Niveau entfernt, welches er etwa am Markt für Entbündelung oder auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie erreicht. Solange Telekom Austria auf der Endkundenebene einen national einheitlichen Preis setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch in jene Gebiete überträgt, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist, kann davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, insgesamt nicht jenes Ausmaß erreichen, wie dies auf den oben erwähnten Märkten zu erwarten ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Preissetzung auf Basis von Retail-minus als jene Option, die am besten geeignet ist, den (potentiellen) Wettbewerbsproblemen zu begegnen und gleichzeitig am wenigsten eingriffsintensiv für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist. So wird durch eine korrekte Festlegung des „Margin“ (des Abschlages vom Endkundenpreis auf den Vorleistungspreis) sichergestellt, dass kein margin-squeeze auftritt, und alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten können, während gleichzeitig Telekom Austria maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird (die absolute Höhe des Preises kann Telekom Austria ohne regulatorische Vorgaben bestimmen, nur die Relation zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist über den „Margin“ festgelegt). Die Festlegung überhöhter Preise durch Telekom Austria kann zwar mittels Retail-minus nicht verhindert werden, dieses Problem ist aber, wie oben beschrieben, nicht so groß, um einen stärkeren Eingriff (kostenorientierte Preise) zu rechtfertigen. Das neue Bitstream-Angebot von Telekom Austria vom 18.08.2005, das erst nach Fertigstellung des Marktanalysegutachtens veröffentlicht wurde und daher dort nicht mehr berücksichtigt werden konnte, legt sogar nahe, dass das Wettbewerbsproblem bezüglich der Preise in Zukunft nicht in überhöhten Preisen, sondern in Kampfpreisen und einem daraus resultierenden margin-squeeze am Entbündelungsmarkt liegen könnte. So kann Telekom Austria durch eine Senkung des Bitstream- und Endkundenpreises Entbündler einem margin-squeeze aussetzen, um sie so vom Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang und vom Endkundenmarkt zu verdrängen. Ein solches Verhalten ist angesichts der starken Zuwächse bei der Entbündelung (v.a. durch Inode und das UTA/Tele2 „Complete“-Angebot) nicht unplausibel und spiegelt den großen Spielraum von Telekom Austria bei der Preissetzung auf der Vorleistungs- und Endkundenebene wider. Aus regulatorischer Sicht sind margin squeezes grundsätzlich zu vermeiden. Im hier vorliegenden Fall, in dem ein margin squeeze gegenüber der nächsten (bzw. komplementären) Stufe der Nachhaltigkeit auf der Ladder of investment (der Entbündelung) ausgelöst werden kann, kann dem Wettbewerbsproblem mit der bestehenden Regulierung am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen entgegengewirkt werden (s. dazu die Ausführungen zur Konsistenz der Entgelte).

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus sollte also langfristig zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene und schließlich auch auf der Vorleistungsebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Konsumenten möglich wären. Telekom Austria legt schon seit mehreren Jahren die Preise für ihre Bitstream-Produkte nach einer Methode fest, die einem Retail-minus Ansatz nahe kommt.

Berechnung des margin unter Zugrundelegung der Retail-minus Methode

Basis für die Berechnung des Zugangspreises ist in diesem Fall der sofern tatsächlich angebotene, jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis der vier Produktgruppen ADSL für Privatkunden, SDSL für Privatkunden, ADSL für Geschäftskunden und SDSL für Geschäftskunden sein. Für die Berechnung des Abschlags vom Endkunden-

auf den Vorleistungspreis (Margin) sind insbesondere folgende vermeidbare Kosten auf Endkundenebene zu betrachten (auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

- Marketing und Vertrieb
- Rechnungslegung (Billing) inklusive nicht einbringbarer Forderungen (bad debt)
- Rechnungserstellung
- Produktentwicklung und -management
- Kundenservice / Callcenter
- Kosten der Anbindung inklusive der internationalen Anbindung,
- Kosten für Zusatzleistungen wie Web-space, E-mail Adressen etc.
- Sonstige der Endkundenebene zurechenbare Gemeinkosten

Weiters sind bei der Berechnung des Zugangspreises solche Kosten zu berücksichtigen, die Telekom Austria aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen. Dies sind insbesondere (wiederum auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

- Kosten der Rechnungslegung auf Vorleistungsebene
- Administrative Kosten
- Zusätzliche Investitionen die aufgrund der externen Bereitstellung anfallen

Der so errechnete Margin wird sodann von den Endkundenpreisen von Telekom Austria in den oben genannten Produktgruppen abgezogen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen. Ändert sich der Endkundenpreis, sollte auch der Margin unter Berücksichtigung der oben angeführten Kosten neu berechnet werden. Sollten sich wesentliche Änderungen der vermeidbaren Kosten ergeben, ist das Standardangebot anzupassen.

Die im Standardangebot der Telekom Austria anzuführenden Preise der genannten Produkte sollten dem oben skizzierten Kalkulationsschema für die Ermittlung von Zugangspreisen entsprechen.

#### Nationale versus regionale Entgelte

Gegenwärtig bietet Telekom Austria für ihre Bitstream-Produkte regionale und österreichweite Entgelte an (s. „ISPA-Angebot“ vom 01.11.2004, S. 21):

- „österreichweite Entgelte“: Der ISP ist über einen einzigen Übergabepunkt, über den sämtliche Endkunden aus allen „geographischen Einzugsgebieten“ geführt werden, angebunden.
- „regionale Entgelte“: Der ISP ist über einen oder mehrere Übergabepunkte angebunden, wobei über diese / diesen Übergabepunkt(e) jeweils nur Endkundenzugänge des jeweiligen „geographischen Einzugsgebietes“ geführt werden.

Es existieren neun mögliche Übergabepunkte, die ebenfalls im „ISPA-Angebot“ aufgezählt sind: Wien, Eisenstadt, St. Pölten, Graz, Linz, Salzburg, Klagenfurt, Innsbruck und Feldkirch. Hierbei handelt es sich um Städte, die in der Marktabgrenzung auf den Märkten für

Mietleitungen als so genannte „Trunk-Städte“ bezeichnet wurden, d.h., dass die Mietleitungen zwischen diesen Städten als Trunk-Segmente zu klassifizieren sind.

Am Markt für Trunk-Segmente herrscht effektiver Wettbewerb (s. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu dem Verfahren M 11/03 vom 19.7.2004); es ist daher davon auszugehen, dass Telekom Austria bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist. So kann ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten.

Bei der regionalen Übergabe besteht keine entsprechende Substitutionsmöglichkeit. Sie ist daher, im Gegensatz zur österreichweiten Übergabe, jedenfalls von der Preisfestsetzung mittels Retail-minus umfasst. In das Standardangebot aufzunehmen sind zudem Preise für die Errichtung regionaler Übergabepunkte, die sich am Aufwand der Errichtung zu orientieren haben.

### Konsistenz der Entgelte

Im Sinne einer konsistenten Preisregulierung müssen bei der Preisfestsetzung für Bitstream-Produkte auch die Preise anderer Vorleistungsprodukte betrachtet werden, die regulatorisch festgelegt sind. Im vorliegenden Fall betrifft das die Preise für Endbündelung und terminierende Segmente von Mietleitungen. Hier gilt es vor allem, der Gefahr eines margin-squeeze für Entbündler zu begegnen.

Die Vorleistungskosten von ISPs, die mittels Bitstream-Produkten in den Endkundenmarkt eintreten sowie von Entbündlern sind in Abbildung 3 dargestellt. Bitstream-ISPs bezahlen an Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt, welcher im Wesentlichen die Kosten des kundenseitigen Modems, die anteiligen Kosten des DSLAM sowie die Weiterleitung des Datenstroms zum Übergabepunkt (POI) des ISP abdeckt. Zusätzlich entstehen Kosten für die Anbindung an das public Internet (Backbone). Entbündelnde ISP zahlen an Telekom Austria die Miete für die Entbündelung sowie für die Kollokation. Zusätzlich entstehen Kosten für den DSLAM sowie die Anbindung an das Backbone, welche über eigene Leitungen oder aber eine Mietleitung hergestellt werden kann. Schließlich muss wieder die Anbindung an das public Internet hergestellt werden.

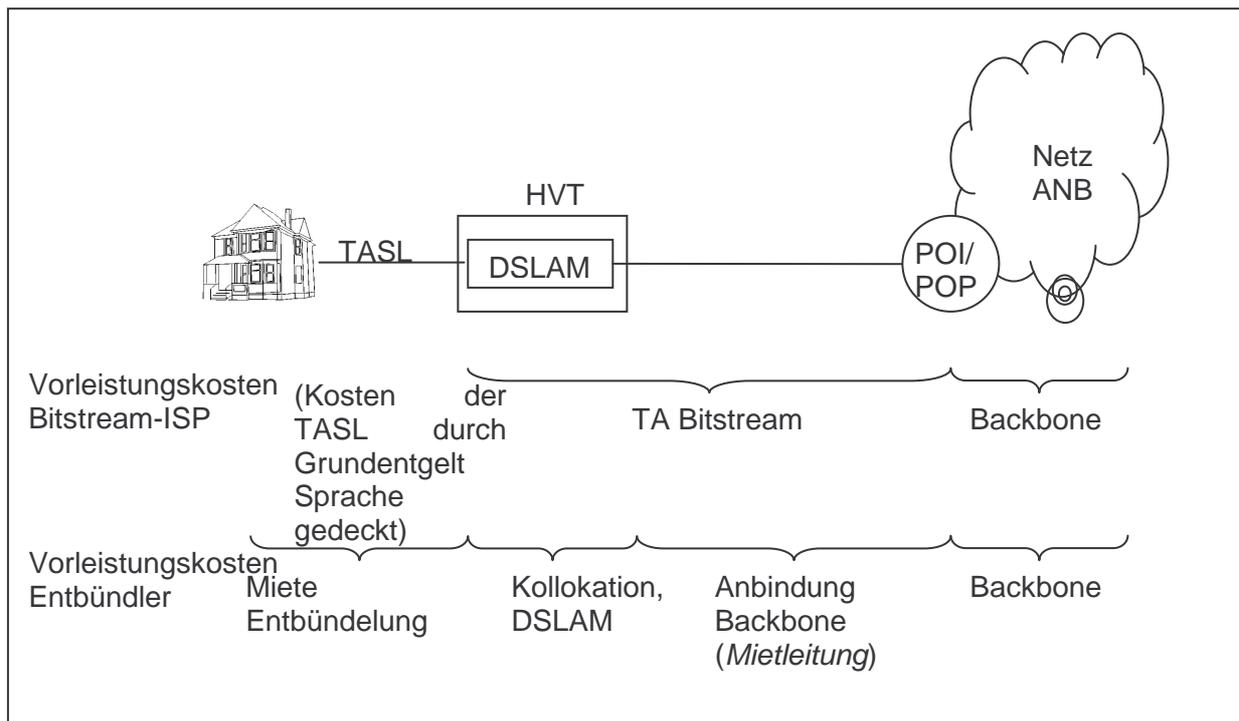


ABBILDUNG 3: VORLEISTUNGSKOSTEN ALTERNATIVER DSL-BETREIBER (ANB), KURSIV: ZAHLUNGEN VOM ISP AN TELEKOM AUSTRIA

Während am Markt für Trunk-Segmente von Mietleitungen (Mietleitungen zwischen den 28 „Trunk-Städten“) effektiver Wettbewerb herrscht, verfügt Telekom Austria am Markt für terminierende Segmente (Mietleitungen mit nur einem oder keinem Ende in den 28 Trunk-Städten) über beträchtliche alleinige Marktmacht (siehe jeweils Punkt 4.5 der Feststellungen). Wie aus dem Marktanalysegutachten für den Markt für terminierende Segmente hervorgeht, verfügt Telekom Austria über weite Teile des Marktes über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, was insbesondere für die „letzten Abschnitte“, also den Zugang zum Endkunden bzw. zum Hauptverteiler, gilt. Entbündelnde ISP sind daher bei der Anbindung an ihr Backbone in vielen Fällen auf Mietleitungen (terminierende Segmente) von Telekom Austria angewiesen.

Wie nun ein margin-squeeze zustande kommen kann, ist in Abbildung 4 dargestellt:

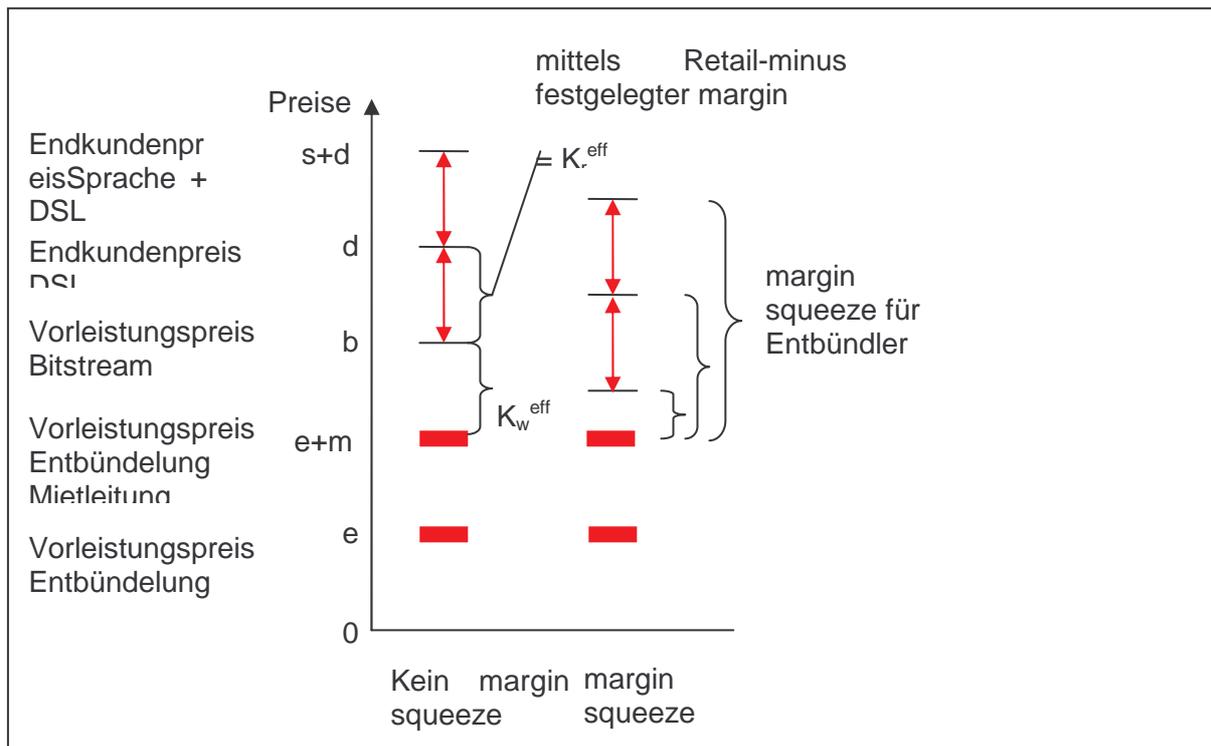


ABBILDUNG 4: MÖGLICHER MARGIN SQUEEZE FÜR ENTBÜNDLER BEI PREISREGULIERUNG MITTELS RETAIL-MINUS

Zeichenerklärung:

- e: Preis für Entbündelung (kostenorientiert) und Kollokation
- m: Preise für terminierende Segmente von Mietleitungen (kostenorientiert)
- d minus b: Differenz zwischen Endkundenpreis DSL und Vorleistungspreis Bitstream (ist mittels Retail-minus in Höhe von  $K_r^{eff}$  festgelegt)
- s: Endkundenpreis für Zugang Sprachtelefonie (kostenorientiert)
- $K_r^{eff}$ : Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Endkundenebene (Marketing, Vertrieb, Billing, bad debt, etc.) und
- $K_w^{eff}$ : Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Vorleistungsebene (DSLAM, Backbone, etc.)

In Abbildung 4 sind auf der vertikalen Achse die Preise für Entbündelung, Mietleitungen, Bitstream sowie die Preise am Endkundenmarkt (DSL und Sprachtelefonie) dargestellt. Der Preis für Entbündelung ist aufgrund regulatorischer Verpflichtungen auf dem entsprechenden Markt kostenorientiert festgelegt. Gleiches gilt für den Preis von terminierenden Segmenten von Mietleitungen sowie den Endkundenpreis für Zugang (und Nutzung) von Festnetz-Sprachtelefonie. Weiters ist auch die Differenz zwischen Bitstream-Preis und Endkundenpreis mittels Retail-minus regulatorisch festgelegt (ON 4).

Ein margin-squeeze für Entbündler kann nun dann entstehen, wenn Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt und gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung senkt. Ein margin-squeeze für Entbündler ist also – unter Berücksichtigung der kostenorientierten Preise für Entbündelung und Mietleitungen – nur durch Kampfpreise (predatory pricing) auf der Endkundenebene und sich daraus ergebende Unterkostenpreise auf der Vorleistungsebene (Bitstream) möglich. Wie im Marktanalysegutachten festgehalten, war Telekom Austria im August 2005 mit ihren

Endkundenpreisen für breitbandigen Internetzugang eher unter den teureren Betreibern, was die Gefahr eines margin squeeze für Entbündler zunächst gering erscheinen lässt. Angesichts des am 01.09.2005 von Telekom Austria veröffentlichten neuen Bitstream-Angebots, welches teilweise substantiell niedrigere Preise (zum Teil absolut, zum Teil bezogen auf technische Parameter wie Bandbreite und das inkludierte Download-Volumen) als bisher enthält, ist ein margin squeeze für Entbündler jedoch nicht auszuschließen.

Um einem solchen margin-squeeze vorzubeugen, kommen zwei Ansätze in Frage:

(i) Die Festlegung einer Untergrenze für den Preis des Bitstream-Produktes (und so auch implizit für den Endkundenpreis) in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (unter Berücksichtigung der Preise für Entbündelung und Mietleitungen). Solange keine Unterkostenpreise (Kampfpreise) auf Endkundenebene gesetzt werden, wird diese Beschränkung auf der Vorleistungsebene nicht schlagend und schränkt Telekom Austria daher in ihrem Preissetzungsverhalten nicht ein.

(ii) Die Koppelung der Preise für jene Kapazitäten, die Mitbewerber für die Abführung von bitstream Verkehr benötigen (zB. IP-Ethernet links oder andere Produkte des Marktes für terminierende Segmente von Mietleitungen), an die Preise für Bitstream-Produkte. Dies würde bei einer Senkung des Bitstream-Preises unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch eine Senkung der Vorleistungspreise für die komplementär von alternativen Betreibern zur Leistungserstellung benötigten Kapazitäten nach sich ziehen.

Im Falle eines „naked-DSL“-Produktes kann – den bisherigen Ausführungen folgend - ebenfalls ein margin squeeze ausgeübt werden. Die Maßnahmen zur Vorbeugung eines solchen margin squeeze unterscheiden sich jedoch grundsätzlich nicht von jenen im Fall der Bündelung von DSL und Festnetz-Sprachtelefonie auf der Endkundenebene.

Investitionsanreize:

Die Höhe des Zugangspreises für Bitstream-Produkte ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (Telekom Austria), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (andere Betreiber), beeinflusst. Falls ein Markteintritt auf der Vorleistungsebene möglich ist, soll der Zugangspreis so gesetzt werden, dass potentiell in den Markt eintretende Unternehmen nur dann Anreiz zum Markteintritt (d.h. zur Replizierung der Infrastruktur) haben, wenn sie die Leistung unter Berücksichtigung der vorhandenen Nachfrage zumindest genauso effizient bereitstellen können wie das SMP-Unternehmen. Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass Telekom Austria Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat (ON 4).

Wie im Marktanalysegutachten festgestellt, verfügt Telekom Austria am Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene – aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten – über schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur. Da die Marktabgrenzung das gesamte Bundesgebiet und somit dichter und dünner besiedelte Regionen umfasst, sind im relevanten Markt auch solche Gebiete enthalten, in denen die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) möglich bzw. schon erfolgt ist. Auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang existiert sowohl replizierbare als auch schwer bzw. nicht replizierbare Infrastruktur, wobei Infrastruktur in dünn besiedelten Regionen am schwersten oder gar nicht zu replizieren ist, während die Replizierbarkeit in Ballungsräumen eher möglich bzw. bereits erfolgt ist. Gesamthaft gesehen ist die gesamte Flächendeckung der Telekom Austria nicht leicht replizierbar.

Es ist bei der Festlegung des Zugangspreises sowohl sicherzustellen, dass Telekom Austria, vor allem in dünn besiedelten Gebieten, Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur

Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen. Durch die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus sind die Investitionsanreize für Telekom Austria auf jeden Fall sichergestellt, da Telekom Austria die absolute Höhe des Zugangspreises ohne regulatorische Vorgaben bestimmen kann, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht.

Betreffend die Investitionsanreize alternativer Betreiber besteht bei einem Retail-minus Ansatz grundsätzlich die Gefahr, dass der Preis über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung angehoben wird, was zu ineffizienten Investitionen auf der Vorleistungsebene führen kann. So kann zum Beispiel ein Betreiber, der auf der Vorleistungsebene weniger effizient ist als Telekom Austria (und deshalb eigentlich nicht in den Markt eintreten sollte), Anreize zur Investition in Entbündelung haben, wenn sich durch einen überhöhten Preis für Bitstream-Produkte trotz der Ineffizienz Möglichkeiten zum profitablen Markteintritt ergeben. Da das Ausmaß des Problems der überhöhten Preise vor dem Hintergrund der letzten Preisoffensive der Telekom Austria aber als zunehmend geringer werdend eingestuft wird (ON 14, Abschnitt 3.3.2), relativiert sich auch das Problem der verzerrten Investitionsanreize durch überhöhte Preise. Auf jeden Fall führt Retail-minus zu den korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie Telekom Austria.

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

- (i) Verpflichtung zur ex-ante-Genehmigung von (kostenorientierten) Entgelten
- (ii) Verpflichtung zur Preisregulierung im Anlassfall auf Nachfrage

Ad (i): Die Entgelte werden vorab von der Regulierungsbehörde genehmigt. Dies 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 derartige Genehmigung eine sehr eingriffsintensive Maßnahme darstellt.

Ad (ii): Die Entgelte sind nicht vorab durch die Regulierungsbehörde zu genehmigen, es gibt jedoch eine Auflage, einen bestimmten Preismaßstab (Retail-minus) einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt subsidiär nur im Anlassfall, falls keine privatrechtliche Einigung zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte (erheblich) vom regulatorisch vorgegebenen Maßstab abweichen.

Sonstige Leistungen:

Migration (in allen in 4.2.3 aufgelisteten Formen) ist nach Aufwand anzubieten, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt. Grundsätzlich gilt dies ebenso für sonstige Nebenleistungen, die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

#### 4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Alternativ zur Entgeltkontrolle ist im vorliegenden Fall die Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003) zu betrachten, die potentiell für die Festlegung des Zugangspreises in Frage kommt. Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, 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“ (§ 38 TKG 2003). Die

Formulierung „gleichwertige Bedingungen“ umfasst auch den Zugangspreis. Der Zugangspreis muss also so hoch sein, dass ein alternativer Betreiber, der auf der Endkundenebene zumindest so effizient ist wie Telekom Austria, den Endkundenpreis von Telekom Austria replizieren kann. Dies ist genau dann der Fall, wenn der Zugangspreis nicht höher als der Endkundenpreis abzüglich der vermeidbaren Kosten von Telekom Austria ist. Dies entspricht genau der Festlegung des Zugangspreises nach Retail-minus. Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist im vorliegenden Fall also grundsätzlich geeignet, um eine Festlegung des Zugangspreises nach dem Retail-minus Prinzip zu gewährleisten. Sowohl die Verpflichtung zur Gleichbehandlung als auch die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle erscheinen daher geeignet und unterscheiden sich im vorliegenden Fall nicht in ihrer Eingriffsintensität.

#### 4.2.2.4. Fazit

Die Auferlegung der Verpflichtung zum Anbieten eines Bitstream-Produktes auf Basis einer Retail-minus Entgeltkontrolle erscheint daher notwendig, um insbesondere das Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht auf den benachbarten Endkundenmarkt hintanzuhalten.

### 4.2.3. **Nicht-preisliche Parameter - Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003**

#### 4.2.3.1. Zweck

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene oder andere Unternehmen. Weiters kann die (allgemeine) Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen (etwa in Form von Verzögerungen bei den Verhandlungen, dem Vorenthalten notwendiger Informationen und anderer unangemessener Maßnahmen, die letztendlich die Kosten der Konkurrenten erhöhen oder den Markteintritt verzögern) Marktmacht auf andere Märkte überträgt. Um die Gleichbehandlungsverpflichtung zu unterstützen, ist es angebracht, das Unternehmen zu verpflichten, ein Standardangebot zu veröffentlichen.

#### 4.2.3.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

Wie im Marktanalysegutachten beschrieben (s. Abschnitt 4.4), existieren trotz der Preisfestlegung nach dem Retail-minus Prinzip Anreize für Telekom Austria, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen:

Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann so die Möglichkeit zum Markteintritt und so letztlich der Anreiz zur Entbündelung reduziert werden.

ISPs, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können etwa durch Verweigerung des komplementären Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden.

Telekom Austria hat also (ökonomische) Anreize zu den oben beispielhaft angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003) erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Standardangebot:

Wie bereits oben festgestellt, handelt es sich bei Bitstream-Produkten um (technisch gesehen) komplexe Produkte, weshalb zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (§ 38 Abs. 3 TKG 2003) erforderlich ist.

Das Standardangebot soll zumindest das derzeitige „ISPA-Angebot“ der Telekom Austria abdecken, alle gängigen Bandbreiten umfassen, alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen enthalten und ist von Telekom Austria zu veröffentlichen. Das Angebot soll zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit (im „ISPA-Angebot“) von Telekom Austria angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne der TKMVO 2003 zuzurechnen sind. Darüber hinaus sollen auch „naked-DSL“-Produkte im Standardangebot enthalten sein.

Bietet Telekom Austria in Zukunft neue marktgegenständliche Endkundenprodukte bzw. neue Endkundenprodukteigenschaften, wie bspw. geänderte Overbookingfaktoren oder mehrere Kanäle pro Kunde, an, so sind auf Nachfrage entsprechende Vorleistungsprodukte bereitzustellen und diese gegebenenfalls in das Standardangebot aufzunehmen. Ein „Einschränken“ der Nichtdiskriminierungsverpflichtung bzgl. Vorleistungsprodukte auf bereits bestehende Endkundenprodukte würde nämlich das Umgehen der Nichtdiskriminierungsverpflichtung geradezu mit sich bringen.

Da die Regulierungsbehörde Änderungen des Standardangebots anordnen kann (§ 38 Abs. 4 TKG 2003), ist davon auszugehen, dass die Regulierungsbehörde Einsicht in alle erforderlichen Unterlagen nehmen kann, wodurch eine Überprüfung der auferlegten Maßnahmen (z.B. hinsichtlich der Entgeltkontrolle und der Margin-Squeeze Hintanhaltung) vorgenommen werden kann.

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

Ohne Vorabinformation der Nachfrager der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte über die Änderung von marktgegenständlichen Produkten sowie der Einführung von neuen Produkten, die – technologie-neutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, könnten diese nicht diskriminierungsfrei eigene Produkte kreieren und auf den Markt bringen.

Migration:

Das Standardangebot hat insbesondere auch Bestimmungen zu Bedingungen und Preisen betreffend die Migration zwischen verschiedenen Produkten auf Vorleistungsebene zu enthalten.

Dies umfasst unter anderem Bestimmungen zur Optimierung von Prozessen betreffend:

- (i) den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem andern Produkt,
- (ii) den Wechsel eines Endkunden zu einem (anderen) (Bitstream-)ISP,
- (iii) die Migration (einzelner oder mehrerer) Endkunden eines ISP von Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
- (iv) die Migration eines (Bitstream-)ISP von der nationalen auf die regionale Ebene und
- (v) die Migration zu „naked-DSL“.

Ad (i): Den Kunden von (Bitstream-)ISPs soll es ebenso wie den Kunden von Telekom Austria möglich sein, einfach, günstig und möglichst ohne Unterbrechung des Dienstes von einem Produkt auf ein anderes umzusteigen. Telekom Austria darf daher einen solchen Wechsel weder durch zusätzliche Bedingungen erschweren, noch dürfen dem ISP Kosten verrechnet werden, die ihm nicht auch bei einem Wechsel eines Endkunden von Telekom Austria zwischen Produkten von Telekom Austria verrechnet werden. Der Migrationsprozess muss technisch genauso effizient gestaltet sein, wie er für Telekom Austria interne Leistungen zur Anwendung kommt.

Ad (ii): Durch die Erleichterung des Wechsels eines Kunden von Telekom Austria bzw. einem (Bitstream-)ISPs zu einem anderen (Bitstream-)ISP werden Wechselkosten und somit letztlich die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt reduziert. Gleiches wie für den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem anderen Produkt wie in Punkt (i) soll daher auch für den Wechsel eines Endkunden zu einem anderen (Bitstream-)ISP gelten.

Ad (iii): Auch bei einem Umstieg von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung durch einen ISP soll – unabhängig von der vertragsrechtlichen Ausgestaltung auf Endkundenebene - die Aufrechterhaltung des Dienstes für den Endkunden so weit wie möglich gewährleistet sein. Effiziente Migrationsszenarien sind für die Förderung von Infrastrukturinvestitionen unerlässlich, da zusätzliche Investitionen in Entbündelung im Sinne der „ladder of investment“ nur getätigt werden, wenn die Kosten dafür nicht zu hoch sind und keine Gefahr besteht, den bestehenden Kunden zu verlieren. Mittels ineffizienter bzw. teurer Migration kann Telekom Austria die Marktzutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene erhöhen und hat so einen (ökonomischen) Anreiz, ISPs bei der Migration zu behindern. Eine Migration von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung wird kaum für alle Kunden eines ISP gleichzeitig möglich, wirtschaftlich sinnvoll und erwünscht sein. Daher ist die Möglichkeit einer Migration einzelner oder mehrere Kunden eines ISP vorzusehen.

Ad (iv): Gewinnt ein ISP, der bisher nur in einer Region tätig war, Kunden in anderen Regionen hinzu, so soll ihm ein einfacher Wechsel von nationale auf regionale Übergabe des Verkehrs und der damit verbundenen Entgelte möglich sein. Durch Behinderung bei der Migration könnte Telekom Austria dem ISP mögliche Einsparungen verwehren und so seine Kosten erhöhen.

Ad (v): Schließlich ist auch bei einer Kündigung des Sprachtelefonie-Anschlusses bei Telekom Austria durch den Kunden sicherzustellen, dass die Migration zu „naked-DSL“ für den Endkunden soweit wie möglich unterbrechungsfrei hinsichtlich des Breitbandzuganges durchgeführt wird.

Bestimmungen betreffend Bedingungen und Preise der Migration sind also in das Standardangebot aufzunehmen, um eine Überprüfung und gegebenenfalls eine Änderung durch die Regulierungsbehörde zu ermöglichen. Dies betrifft insbesondere die Parameter

- maximaler Zeitraum der Durchführung der Migration (ab Antrag des ISP bzw. des Endkunden) und
- maximaler Zeitraum der Unterbrechung des Dienstes für den Endkunden.

#### 4.2.3.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Da es sich bei Bitstream-Produkten um (technisch gesehen) komplexe Produkte handelt, ist zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (§ 38 Abs. 3 TKG 2003) erforderlich. Aufgrund der Komplexität des Produktes ist eine umfassende Spezifizierung für die Effektivität der Regulierung unerlässlich.

#### 4.2.3.4. Fazit

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern zu unterbinden bzw. um den Eintritt in nachgelagerte Märkte zu erleichtern, erscheint die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG 2003 und die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs. 1 TKG 2003 für Telekom Austria als notwendig. Insbesondere das Standardangebot stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

### 4.2.4. **Getrennte Buchführung - § 40 TKG 2003**

#### 4.2.4.1. Zweck

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung soll mittels einer getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen mögliche Quersubventionen aufzeigen. Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten.

#### 4.2.4.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

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

Da die Gleichbehandlungsverpflichtung nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung (§ 40 TKG 2003) für das ganze Unternehmen auf Geschäftsbereichebene 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 überproportional jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung der Kosten, wie sie für einen Retail-minus Ansatz benötigt werden, 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 des „margin“ einzelner Produkte oder Produktgruppen in kurzer Zeit durchgeführt und sichergestellt werden, dass Kosten nicht von unregulierten in regulierte Geschäftsfelder (bzw. umgekehrt) verschoben werden.

Da Telekom Austria auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (z.B. Endkundenmietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s, terminierende Segmente von Mietleitungen, Festnetz Originierung, Festnetz Terminierung, Entbündelung) und dort der Verpflichtung der getrennten Buchführung bereits unterliegt, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung auf dem gegenständlichen Markt angemessen, insbesondere da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf dem vorliegenden Markt gering sind (und erhebliche Synergien bestehen).

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

#### 4.2.4.3. Fazit

Zur Unterstützung der Entgeltkontrolle ist dieses Regulierungsinstrument der Telekom Austria aufzuerlegen.

### 4.2.5. **Transparenzverpflichtung**

#### 4.2.5.1. Zweck

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu liefern und zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist, dem Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 14) folgend, nicht vorzusehen, wenn durch die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) und durch die anderen auferlegten Instrumente die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist.

#### 4.2.5.2. Anwendung auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme

Durch das Standardangebot sollten alle für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt notwendigen Informationen verfügbar sein.

#### 4.2.5.3. Fazit

Das Regulierungsinstrument Transparenz ist nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw. durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

### 4.3. **Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003**

Nach den Ergebnissen des gegenständlichen Verfahrens konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.

### 4.4. **Zusammenfassung – Regulierungsinstrumente**

Folgende Maßnahmen erscheinen daher aus ökonomischer Sicht geeignet die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen:

- Zugangsverpflichtung (Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen)
- Gleichbehandlungsverpflichtung einschließlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots
- Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

- Getrennte Buchführung.

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 beseitigt werden. Gleichzeitig ist dieses Set an Maßnahmen jenes, welches am wenigsten eingriffsintensiv für das marktmächtige Unternehmen Telekom Austria ist.

Dem bis in die jüngste Vergangenheit im Vordergrund stehenden potentiell Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise wird durch diese Maßnahmen nur sehr bedingt begegnet (nämlich insofern als Telekom Austria - abhängig von der Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt - auf Grund des skizzierten Retail-minus Ansatzes und der Verpflichtung zur Nicht-Diskriminierung mittelbar auch in seiner Preissetzung am Vorleistungsmarkt restringiert wird), angesichts jüngster Entwicklungen erscheint aber die eingriffsintensivere Regulierung mittels Festlegung kostenorientierter Preise (z.B. nach dem FL-LRAIC Maßstab) nicht gerechtfertigt.

Die Feststellungen im Hinblick auf Marktmacht sowie die im Marktanalysegutachten (ON 4) festgestellten Wettbewerbsprobleme bleiben auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode unverändert (ON 52). Weiterhin liegen also die oben angeführten Wettbewerbsprobleme am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang vor.

Angesichts dessen bleiben die Ausführungen und Schlussfolgerungen auch unter Berücksichtigung des Zusammenschlusses von UPC/Inode - unvermindert aufrecht.

Die Verpflichtungen sollten aus ökonomischer Sicht für alle Produkte, die nach der Marktdefinition der TKMVO 2003 in den Markt für „breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ fallen und gegenwärtig von Telekom Austria angeboten werden, gelten. Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen betroffen. (vgl. dazu insbes. die Ausführungen in 4.2.1).

#### **4.5. Zu den bisher auferlegten Regulierungsinstrumenten auf benachbarten Märkten**

Telekom Austria wurde gemäß Spruchpunkt 2.4 des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 13/03 gemäß § 42 TKG 2003 dazu verpflichtet, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen ungebündelt maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten.

Telekom Austria wurde gemäß Spruchpunkt 2.2. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 12/03 gemäß § 42 Abs. 1 TKG 2003 dazu verpflichtet, den Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen verschiedener Bandbreiten an vom Kunden spezifizierten Standorten an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung Kosten orientiert zu ermöglichen. Ferner wurde Telekom Austria gemäß Spruchpunkt 2.3. dieser Entscheidung zur Nichtdiskriminierung hinsichtlich der in M 12/03 beschiedgegenständlichen Leistungen verpflichtet.

Mit Beschluss des Telekom-Control-Kommission vom 19.7.2004 zu M 11/03 wurde festgestellt, dass auf dem Markt Vorleistungsmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z 11 der TKMVO 2003 effektiver Wettbewerb besteht und daher kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSd § 37 TKG 2003 verfügt.

## **C. Beweiswürdigung**

### **1. Allgemeines**

Die Feststellungen zum Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Bernd Hartl, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak sowie Dr. Anton Schwarz vom August 2005 („Analyse des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene (ON 4).

Ferner gründen sich die Feststellungen auf die Bescheide der Telekom-Control-Kommission zu M 11/03 vom 19.7.2004, M 12/03 vom 27.10.2004 und M 13/03 vom 27.10.2004.

Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem nicht minder überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Bernd Hartl, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak sowie Dr. Anton Schwarz vom September 2005 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/05 (Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene) betreffend Regulierungsinstrumente“, ON 14).

Außerdem wurden die von der European Regulators Group (ERG), die als beratendes Gremium der Europäischen Kommission eingerichtet wurde, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) entwickelten vier Prinzipien, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind, „ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“ (in Folge „ERG“) bei der Auswahl der geeigneten Regulierungsinstrumente herangezogen.

### **2. Zum Vorbringen der Telekom Austria zum Marktanalyse-Gutachten, zum Regulierungsinstrumente-Gutachten, in ihrer Stellungnahme vom 14.12.2005, zum Zusammenschluss von UPC/Inode und zum Ergänzungs-Gutachten:**

#### **2.1. Zum Vorbringen zum Marktanalyse-Gutachten:**

Am 16.9.2005 übermittelte Telekom Austria im gegenständlichen Verfahren eine „Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten, „Analyse des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ (RTR, August 2005)“ (ON 9). In dieser Stellungnahme kritisierte Telekom Austria die Ausführungen der Gutachter (ON 4) im Wesentlichen wie folgt:

##### **2.1.1. Zur angeblich undifferenzierten Betrachtungsweise des Marktes**

In Punkt 2 ihrer Stellungnahme kritisiert Telekom Austria unter dem Titel der undifferenzierten Betrachtungsweise des Marktes, die zu falschen Schlüssen in der Wettbewerbssituation führe, dass die dieser Anordnung zugrunde liegende Marktabgrenzung verfehlt sei. Die bundesweit einheitliche Marktabgrenzung wurde von Telekom Austria vor allem aufgrund der regional unterschiedlichen Wettbewerbssituation, dem in Ballungsräumen vorherrschenden intensiven Wettbewerb, von teilweise nur regional tätigen ISPs und der Tatsache, dass praktisch ausschließlich in Ballungsräumen entbündelt werde kritisiert. In Zusammenhang mit der Marktabgrenzung wurde ferner unter dem Begriff des fehlenden technologieneutralen Ansatzes die Nichtberücksichtigung von mobilen Zugangstechnologien, wie bspw. UMTS und erweiterte GPRS-Dienste kritisiert.

Diesbezüglich ist seitens der Telekom-Control-Kommission wiederholend auszuführen, dass die diesem Verfahren zugrunde liegende Marktabgrenzung die der TKMVO 2003 idF BGBl. II

Nr. 117/2005 ist. Die Telekom-Control-Kommission ist im gegenständlichen Verfahren gem. § 37 Abs. 1 S 1 TKG 2003 an diese Marktdefinition gebunden. Den Einwänden von Telekom Austria im Hinblick auf eine angeblich verfehlte Marktdefinition, darunter auch der Hinweis von Telekom Austria auf den Digital Divide Report der Europäischen Kommission war daher nicht näher zu treten. Der Digital Divide Report der Europäischen Kommission ist ferner schon auf Grund seiner sehr allgemein gehaltenen Ausführungen, die sich überhaupt nur an wenigen Stellen (Verfügbarkeit von Breitbandzugang österreichweit und Existenz von PLC) mit der österreichischen Situation am gegenständlichen Markt auseinandersetzen, nicht geeignet, um die getroffenen Feststellungen hinsichtlich von prinzipiell im gegenständlichen Markt enthaltenen Technologien (Wimax, WLL) zu erschüttern.

### **2.1.2. Zur angeblich fehlenden Analyse alternativer Breitbandtechnologien**

Anschließend, aber auch unter anderem auf S 15 zu Punkt 3.1.4 ihrer Stellungnahme, kritisiert Telekom Austria die angeblich nicht ausreichende Berücksichtigung von prinzipiell im Markt enthaltenen alternativen Breitbandtechnologien (bspw. WLAN, Wimax/WLL oder FTTH). Insbesondere wird kritisiert, dass diesen alternativen Breitbandtechnologien, auf Grund einer fehlenden zukunftsgerichteten Analyse nicht gebührend Bedeutung hinsichtlich deren zukünftigen Verbreitung zugemessen wird. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, dass die von den Betreibern im Zuge der durchgeführten Betreiberabfrage übermittelten und von den bestellten Gutachtern herangezogenen Zahlen, zum derzeitigen Zeitpunkt derartige geringe Verbreitungsgrade dieser alternativen Zugangstechnologien ausweisen, dass für den für dieses Marktanalyseverfahren – relativ kurzen - relevanten Zeitraum von ca. 1 – 2 Jahren von einer geringen bis vernachlässigbaren Bedeutung dieser Technologien auszugehen ist.

Bezüglich WLL ist festzuhalten, dass bis jetzt keine auf WLL basierenden Produkte in ausreichendem Ausmaß am Markt angeboten werden und daher eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung dieser Technologie für den hier relevanten Zeitraum ausgeschlossen werden kann. Die Marktanteile von WLAN und FTTH stagnieren auf so niedrigem Niveau, dass auch in diesen Fällen eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung dieser Technologie für den hier relevanten Zeitraum ausgeschlossen werden kann (ON 4, Abb. 1).

Im Hinblick auf die angeblich nicht ausreichende Berücksichtigung bzw. Ausgrenzung von UMTS, Powerline, Breitbandanbindungen über Satellit, Mietleitungen, Entbündelung ua ist auf das zum Thema vorgegebene Marktdefinition in Punkt 2.1.1. Ausgeführte zu verweisen. Auch dem Vorbringen von Telekom Austria auf die per Ende 2004 bereits genutzten 180.000 UMTS-SIM-Karten war daher nicht zu folgen.

Der für dieses Marktanalyseverfahren – relativ kurze - relevante Zeitraum von ca. 1 – 2 Jahren erscheint daher trotz der möglicherweise tatsächlich dynamischeren Entwicklung dieser Zugangstechnologien als gerade nicht zu lang, um auszuschließen, dass diese Technologien eine hinreichend große Verbreitung erfahren werden. Die Telekom-Control-Kommission wird die Entwicklung alternativer Zugangstechnologien unter ständiger Beobachtung halten.

### **2.1.3. Zum Vorbringen hinsichtlich „emerging market“**

Telekom Austria bringt vor, dass der gegenständlich Markt ein „emerging market“ sei und daher Marktsättigung noch nicht eingetreten sei. So wird unter dem Titel des angeblich „emerging Breitbandmarktes“ ferner eine angeblich unrichtige Feststellung von Potentialgrößen hinsichtlich des möglichen Ausbaus von Kupferdoppelader- und CATV-Netzen und damit einhergehend falsche Schlussfolgerungen hinsichtlich des auszuschöpfenden Marktpotentials kritisiert.

Diesbezüglich ist auszuführen, dass der Einschätzung des gegenständlichen Marktes als ein emerging market bereits die von der Europäischen Kommission und in Folge von der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 getroffenen Entscheidung, den gegenständlichen Markt als für die Zwecke der ex-ante Regulierung geeignet einzustufen, entgegensteht.

Das auf der ADSL-Technologie basierende Endkundenprodukt der Telekom Austria ist seit Herbst 1999 am Markt, das Bitstream Produkt der Telekom Austria ist seit März 2000, sohin seit 6 Jahren am Markt, während UPC Telekabel ihre CATV-Technologie seit 1996 (Teleweb) für die Breitbandanbindung ihrer Endkunden verwendet. Die Telekom-Control-Kommission ist nicht der Ansicht, dass die Verwendung der beiden meist verbreiteten Zugangstechnologien für die geschilderten Zeiträume zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch die Bezeichnung „emerging“ rechtfertigt.

Bezüglich des Verweises von Telekom Austria auf die im Marktanalyse angeblich getätigte Aussage der Gutachter, dass der gegenständliche Markt „zunehmend gesättigt“ sei, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass diese Aussage im Zusammenhang mit der Analyse des Marktmachtindikators „Nachfrageseitige Gegenmacht“ getroffen wurde (ON 4, S 28). Bei der Analyse dieses Indikators stellten die Gutachter - unter anderem - fest, dass Wechselkosten bei zunehmender Marktsättigung verstärkt als die nachfrageseitige Gegenmacht hemmend zu berücksichtigen sind. Da sich aus den Feststellungen ergibt, dass die – von den steigenden Endkundenanschlüssen abgeleitete – Marktgröße des gegenständlichen Vorleistungsmarktes laufend zunimmt, ist aus der Sicht der Telekom-Control-Kommission die von den Gutachtern gezogene Schlussfolgerung der auf dem gegenständlichen Markt steigenden Wechselkosten als nachvollziehbar zu bewerten. Dies deshalb, da mit steigender Marktsättigung die Anzahl der Endkunden, die noch keine breitbandige Internetverbindung besitzen, abnimmt und daher immer mehr Endkunden beim Wechsel ihres Zugangsbereitstellers (überhaupt) Wechselkosten zu gewärtigen hat. Ferner hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass im Marktanalyse-Gutachten keine absoluten Feststellungen hinsichtlich des gegenwärtigen Ausmaßes der Marktsättigung getroffen werden.

Zum Vorbringen von Telekom Austria hinsichtlich der festgestellten Potentialgrößen wird auf die Ausführungen zu Punkt 2.1.7 der Beweiswürdigung verwiesen.

#### **2.1.4. Zum Vorbringen hinsichtlich „3-Kriterien-Test“**

Ferner kritisiert wird von Telekom Austria die angeblich unvollständige Anwendung des „3-Kriterien-Tests“ der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission. Unter Verweis auf den erfolgten Gutachtensauftrag wurde kritisiert, dass es seitens der Gutachter unterlassen worden sei, zu überprüfen, ob die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen würde um den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt weiterhin zu gewährleisten. Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu einerseits wiederholend aus, dass die diesem Verfahren zugrunde liegende Marktabgrenzung die der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 ist. Die Telekom-Control-Kommission ist im gegenständlichen Verfahren gem. § 37 Abs. 1 S 1 TKG 2003 an diese Marktdefinition gebunden. Andererseits hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass der „3-Kriterien-Test“ nur im Zusammenhang mit der Märkteempfehlung, und auch hier nur dann, wenn eine nationale Regulierungsbehörde einen Markt für die Zwecke der ex-ante Regulierung regulieren möchte, der eben nicht in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten ist, von Relevanz ist. Andererseits hat das wirtschaftliche Gutachten der Amtsachverständigen schwerwiegende Wettbewerbsdefizite, wie zB hohe Markteintrittsbarrieren, Gefahr der Marktmachtübertragung auf den benachbarten Endkundenmarkt sowie die Gefahr von unangemessenen Preisen, festgestellt (Feststellungen zu Punkt 3.1), dass gerade auch in materieller Hinsicht der Vorwurf von Telekom Austria als nicht zutreffend erscheint.

In Bezug auf das Vorbringen der TA, ob die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen würde, um den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt weiterhin zu gewährleisten, weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass es primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerblicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie die aus diesen Marktstrukturen sich ergebenden Verhaltensanreize zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu begegnen. Da wie festgestellt, die auf dem gegenständlichen Markt identifizierten Wettbewerbsprobleme gerade auch Marktstrukturprobleme darstellen, wie eben Existenz hoher Markteintrittsbarrieren für alternative ISPs, Kontrolle von Telekom Austria über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, vertikale Integration von Telekom Austria (siehe Feststellungen zu Punkt 3.1.), war dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria nicht zu folgen.

Diesen Überlegungen bei der Anwendung des „3-Kriterien-Test“ folgend, hat die Europäische Kommission den gegenständlichen Markt als geeignet für die Zwecke der ex-ante Regulierung in ihre Märkteempfehlung aufgenommen.

Aus 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) und aus § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 ergibt sich darüber hinaus das Prinzip des Vorranges der Regulierung des Vorleistungsmarktes vor einer Regulierung auf dem jeweils benachbarten Endkundenmarkt. Die Regulierung des gegenständlichen Vorleistungsmarktes trotz effektivem Wettbewerb auf der Endkundenebene erfolgt daher in Übereinstimmung mit diesem Prinzip.

Dies deshalb, da die Endkundenebene zwar wettbewerblich effektiv ist, aber eben nicht selbsttragend in dem Sinne, dass auf den betroffenen Vorleistungsmärkten keine Regulierung mehr erforderlich wäre, ohne das bereits erreichte Wettbewerbsniveau auf der Endkundenebene zu gefährden.

#### **2.1.5. Zum Vorbringen hinsichtlich „Greenfield-Ansatz“**

Telekom Austria kritisiert in weiterer Folge, dass von den Gutachtern im Rahmen der durchgeführten Wettbewerbsanalyse der „Greenfield-Ansatz“ nicht durchgeführt wurde. Entgegen dem nunmehrigen Vorbringen von Telekom Austria weigerte sich aber Telekom Austria AG zunächst, ihr ADSL-Angebot alternativen ISPs auch zugänglich zu machen (Punkt 2.1.1 der Feststellungen). Erst nach Intervention der nunmehrigen RTR-GmbH und Verhandlungen zwischen der Vereinigung der Internet Service Providers Austria („ISPA“) und Telekom Austria wurde im März 2000 eine Einigung über ein Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) erzielt, welches allen ISP zugänglich ist. „Anwendung des Greenfield-Ansatz“ bedeutet nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission, die Untersuchung der Wettbewerbssituation, als ob es keine Regulierung auf dem gegenständlichen Markt gäbe, im konkreten Fall also die Untersuchung, wie sich die wettbewerbliche Situation darstellen würde, wenn es kein – eben erst auf Grund regulatorischer Intervention der nunmehrigen RTR-GmbH zustande gekommenes - Bitstream-Produkt gäbe. Da im Marktanalyse-Gutachten (ON 4) ausführlich auf die Analyse der für Telekom Austria bestehenden Anreize für den Fall der Abwesenheit von regulatorischen Verpflichtungen eingegangen wurde, kann dieser Vorwurf die Schlüssigkeit des Marktanalyse-Gutachtens nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht beeinträchtigen.

Auch im Hinblick auf das in diesem Zusammenhang erhobene Vorbringen von Telekom Austria, dass im Marktanalyse-Gutachten eingeräumt werde, dass Telekom Austria am gegenständlichen wie auch am Entbündelungsmarkt nichtdiskriminierend agiere, ist darauf

zu verweisen, dass durch die derzeitige Regulierung am Entbündelungsmarkt zwar die Marktzutrittsbarrieren am gegenständlichen Markt grundsätzlich gesenkt werden, jedoch ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen muss. Die Marktzutrittsbarrieren sind daher entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria als weiterhin hoch einzustufen (ON 4).

Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf das unlängst ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 06.09.2005, ZI. 2005/03/0088 in dem er hinsichtlich des betreiberindividuellen Terminierungsmarktes von der UPC Telekabel ausführte, dass die der Telekom Austria mit Bescheid M 8a/03 auferlegten Verpflichtungen (insbes. Zugang und FL-LRAIC) bei der Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht [der Telekabel] zu berücksichtigen sind. Die Telekom-Control-Kommission leitet daraus ab, dass die derzeit bestehende Regulierungssituation auf anderen Märkten bei der Wettbewerbsanalyse prinzipiell mitberücksichtigt werden kann.

#### **2.1.6. Zum Vorbringen hinsichtlich Breitbandpotential auf der Vorleistungsebene**

Telekom Austria bringt unter Verweis auf die im Rahmen des Arbeitskreis „Technische Koordination in der Telekommunikation“ entstandene „Beschaltungsrichtlinie“ vor, dass ihr Kundenpotential gegenüber der Darstellung im Marktanalyse-Gutachten insofern eingeschränkt sei, als sie maximal 50 % der Kupferdoppeladern je Bündel mit hochbitratigen Diensten (ADSL) beschalten könne. Die im Marktanalysegutachten errechnete Anzahl für „homes passed“ müsse daher entsprechend verringert werden. Diesbezüglich führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass diesem Vorbringen von Telekom Austria insofern zu folgen ist, als tatsächlich Kapazitätsrestriktionen der beschriebenen Art vorhanden sind. Allerdings ist zu sagen, dass dies mutatis mutandis auch für Verwender anderer Technologien, im konkreten der CATV-Technik, der Fall ist. Bei CATV-Netzen ist eine vergleichbare Kapazitätsrestriktion deshalb gegeben, da ein CATV-Netz in sogenannte Zellen eingeteilt ist. Innerhalb dieser Zellen steht allen Endkunden eine gemeinsame Gesamtbandbreite zur Verfügung. Diese Bandbreite ist unabhängig von der Anzahl der konkreten Endkunden je Zelle. Das bedeutet, dass je mehr Endkunden innerhalb einer Zelle angeschlossen sind, die für den einzelnen Endkunden verfügbare Bandbreite sich verringert. Ferner ist die von Telekom Austria erwähnte Kapazitätsbeschränkung für jeden Verwender der Kupferdoppeladertechnik existent, insbesondere daher – wie auch von Telekom Austria zugestanden - auch für alternative ISPs, die von der Entbündelung Gebrauch machen. Alternative ISPs, die von der Entbündelung Gebrauch machen, sind darüberhinaus zusätzlich noch mit entbündelungsspezifischen Engpässen, wie zB bei der Bereitstellung von Kollokationsflächen, konfrontiert.

Wenn daher auch dem Vorbringen von Telekom Austria hinsichtlich der tatsächlich mit ADSL zu erreichenden Endkunden insoweit zu folgen ist, als tatsächlich Kapazitätsrestriktionen hinsichtlich Beschaltungsgrenze und maximaler Distanz von der Vermittlungsstelle bei der Bereitstellung von ADSL-Diensten existieren, ist doch zu bekräftigen, dass die im Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen in ihrer Gesamtheit völlig glaubhaft und nachvollziehbar sind. Telekom Austria ist auch unter Berücksichtigung ihres Vorbringens der mit Abstand größte Anbieter von marktgegenständlichen Leistungen, andere Anbieter der marktgegenständlichen Leistungen für den Endkundenmarkt sind im Bezug der Vorleistung von bestehenden Vorleistungsregulierungen abhängig (Entbündelung, Zugang zu einem Bitstream-Produkt) und auch für Verwender von alternativen Technologien wie CATV gibt es technologiebezogene Einschränkungen.

Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre Ausführungen zu Punkt C 2.3.6.

Hinsichtlich des für Telekom Austria größeren adressierbaren Markt waren die die Ausführungen des Marktanalyse-Gutachtens glaubwürdig und nachvollziehbar. Der von

Telekom Austria in ihrer Stellungnahme vom 16.9.2005 angeregten Bewertung der Kundenpotentiale war daher aufgrund der von Telekom Austria nicht durchgeführten Neuberechnung der homes passed von CATV-Betreibern unter Berücksichtigung von deren Kapazitätsrestriktionen nicht zu folgen.

### **2.1.7. Zum Vorbringen hinsichtlich Marktanteilen und Marktanteilsgewinnen**

In Punkt 3 ihrer Stellungnahme führt Telekom Austria aus, dass der starke Preisverfall auf dem Endkundenmarkt bedeute, dass Telekom Austria sich in ihrer Preis- und Produktgestaltung für Endkunden an ihre Wettbewerber anpassen müsse und nicht umgekehrt. Ferner erlaube auch der gegenständliche Vorleistungsmarkt keine unabhängige Preisgestaltung. Ferner liege unter Verweis auf die Situation in den Ballungsräumen keine „Bottleneck-Infrastruktur“ vor. Diesbezüglich ist seitens der Telekom-Control-Kommission wie folgt auszuführen: Hinsichtlich des von Telekom Austria festgestellten starken Preisverfalls auf dem Endkundenmarkt ist zu bemerken, dass zwar grundsätzlich, wie auch von den Gutachtern festgestellt, die Preise am Endkundenmarkt (teilweise stark) gefallen sind, jedoch die Tatsache, dass Telekom Austria preislich entweder im Mittelfeld oder an der Spitze liegt und dennoch starke Marktanteilsgewinne verzeichnen kann, als Indiz für das Vorliegen von Marktmacht zu bewerten ist. Im Übrigen unterschlägt die Darstellung von Telekom Austria, dass eine wettbewerblich geprägte Situation auf dem Endkundenmarkt, den Feststellungen folgend, auch auf die in Vergangenheit erfolgte Androhung von regulatorischen Eingriffen zurückzuführen ist.

Zur Frage, ob es sich beim gegenständlichen Markt auf Grund der unterschiedlichen Situation in den Ballungsräumen und den ländlichen Gebieten handelt, um nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass es sich bei landesweiter Betrachtung, und nur diese ist beachtlich, aufgrund der fehlenden Duplizierbarkeit eines österreichweiten flächendeckenden Anschlussnetzes sehr wohl um eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur handelt. Im Sinne des soeben Ausgeführten war daher auch dem Einwand von Telekom Austria, dass in Ballungsräumen alternative Infrastrukturen bestehen würden, keine Beachtung zu schenken.

Dem Vorbringen von Telekom Austria, dass die Gutachter die bestehenden Endkunden von Telekom Austria zu unrecht als deren sicheren Bestand ansehen würden, was im Gegenteil aufgrund der zugrunde gelegten „Mischkalkulation“ dazu führen würde, dass Telekom Austria in Bezug auf ihre aktuellen Kunden strukturellem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei, ist entgegenzuhalten, dass die relevanten bundesweiten Marktanteile von Telekom Austria kontinuierlich von unter 10 % im ersten Quartal 2000 mehr ca. 49 % im dritten Quartal 2005 gestiegen sind, während der Marktanteil von UPC Telekabel in diesem Zeitraum von ca. 60% auf deutlich unter 30 % absank. Da auch keine Anzeichen dafür erkennbar sind, dass sich dieser Trend in den nächsten 1 -2 Jahren abschwächen könnte, war dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria nicht näher zu treten.

In Punkt 3.1.2 ihrer Stellungnahme kritisiert Telekom Austria, dass ihren Marktanteilszugewinnen eine zu große Bedeutung zugemessen werde. Vielmehr müssten in einem wachsenden Markt - um Verzerrungen zu vermeiden - die Kundenzugewinne aller Betreiber berücksichtigt werden. Nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission wurden alle Kundenzugewinne berücksichtigt, wobei Telekom Austria überdurchschnittlich hohe Kundenzugewinne verzeichnen konnte. Daraus ergibt sich – trotz Gesamtmarktwachstum – ein steigender Marktanteil von Telekom Austria. Das von Telekom Austria gebrachte Beispiel, wonach jeder Betreiber, dessen Marktanteile in letzter Zeit gestiegen seien, „Marktbeherrscher sein müsste“, ist insofern nicht stichhaltig, als es unterschlägt, dass im Regelfall gemäß der Rechtsprechung ein Marktanteil von zumindest 40 % (siehe dazu die Feststellungen zu 3.1.1) festgestellt sein muss, um vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausgehen zu können. Gerade das ist aber am gegenständlichen Markt nur bei Telekom Austria, und das sogar mit steigender Tendenz, der

Fall. Der Marktanteil von UPC Telekabel nimmt entsprechend den Feststellungen (Punkt 3.1.1) sogar ab. Darüberhinaus ist eine isolierte Betrachtungsweise der Marktanteilsverteilung, wie es Telekom Austria in ihrer Stellungnahme an dieser Stelle offenbar selbst versucht, nicht geeignet, der wettbewerblichen Problematik am gegenständlichen Markt in vollem Umfang gerecht zu werden.

Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission darauf, dass auf dem gegenständlichen Markt nicht nur die Marktanteilsverteilung untersucht wurde. Gerade im Zusammenspiel mit den anderen von den Gutachtern untersuchten Marktmachtindikatoren ist das Vorbringen der Telekom Austria zu diesem Punkt nicht geeignet, die Schlussfolgerung des Marktanalyse-Gutachtens zu erschüttern.

Bereits aus methodischer Sicht problematisch erscheint die Vorgangsweise von Telekom Austria (ON 9, S 12), Umsatzmarktanteile mitheranuziehen. Wie festgestellt, ist der Umsatz auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt als Maßzahl auf Grund der damit zwangsläufig verbundenen „Umrechnungsproblematik“ nicht als die geeignete Maßzahl heranzuziehen. Zusätzlich zur sowieso schon problematischen Vorgangsweise, von Marktanteilen auf dem Endkundenmarkt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt schließen zu wollen kommen im konkreten noch folgende Unschärfe hinzu: Bei der Umsatzberechnung am Endkundenmarkt kann eine Verzerrung durch marktfremde Umsätze (zB internationale connectivity, Mailserver-Betrieb, Webespace, Server-Housing etc) kaum ausgeschlossen werden. Die von Telekom Austria aus der Umsatzverteilung am Endkundenmarkt gezogenen Schlüsse auf die Wettbewerbssituation am gegenständlichen Vorleistungsmarkt können daher von der Telekom-Control-Kommission schlussendlich nicht geteilt werden.

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria, dass Telekom Austria der politisch einerseits geforderte Breitbandausbau in den ländlichen Gebieten nun andererseits implizit als einer der Gründe für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht vorgehalten werde, ist wiederholt festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission bei der Analyse des gegenständlichen Marktes an die Marktabgrenzung der TKMVO 2003 idf BGBl. II Nr. 117/2005 gebunden ist und eine Reihe weiterer Faktoren in die Marktanalyse miteinbezogen wurden.

Zum, unter Verweis auf den Netzausbau eines burgenländischen Kabelnetzbetreibers, erhobenen Vorwurf von Telekom Austria, dass die Gutachter zu pauschal die Aussage getroffen hätten, dass kein wesentlicher Ausbau von Kabelnetzen mehr zu erwarten sei, ist zu sagen, dass das von Telekom Austria gebrachte Beispiel nicht im Widerspruch zu den in ON 4 diesbezüglich gezogenen Schlussfolgerungen steht. Da sich CATV-Betreiber bei der Vergrößerung ihres Netzes wesentlich höheren Barrieren gegenübersehen (sunk cost durch Grabungsarbeiten) als Telekom Austria, ist ein die Feststellung erschütternder *wesentlicher* Ausbau von CATV-Netzen nicht zu erwarten (siehe diesbezüglich die Feststellungen zum Marktmachtindikator „Kontrolle über nicht leicht zu ersetzende Infrastruktur“, Punkt 3.1.3).

Zum Vorwurf, dass die steigenden Anschlusszahlen von Tele2UTA mittels ADSL-wholesale Angebot nicht ausreichend berücksichtigt worden wären, und sohin nicht berücksichtigt worden sei, dass alternative ISPs, die vom ADSL-wholesale Vertrag Gebrauch machen, sehr wohl eine höhere Bekanntheit erreichen könnten, ist auszuführen, dass in den Feststellungen (Punkt 2.1.2) sehr wohl auf den stark steigenden Marktanteil von Tele2UTA für das Jahr 2004 am Endkundenmarkt abgestellt wurde. Es ist auch an dieser Stelle festzuhalten, dass die Marktanteile von alternativen ISPs, die vom ADSL-wholesale Vertrag Gebrauch machen, am gegenständlichen Vorleistungsmarkt der Telekom Austria zuzurechnen sind.

### **2.1.8. Zum Vorbringen hinsichtlich Marktzutrittsbarrieren und potentielltem Wettbewerb**

Entgegen dem Vorbringen von TA, dass keine Markteintrittsbarrieren mehr vorlägen, weil einerseits die Entbündelungszahlen in letzter Zeit stark gestiegen seien und andererseits alternative ISPs vom ADSL-wholesale Angebot Gebrauch machen könnten, ist seitens der Telekom-Control-Kommission darauf hinzuweisen, dass die Entbündelungszahlen in absoluten Zahlen durchaus nicht hoch sind. So sind derzeit weniger als 7 % aller Breitbandzugänge mittels Entbündelung realisiert. Andererseits können alternative ISPs nur dann relativ barrierefrei in den Markt (möglicherweise als ersten Schritt auf der „ladder of investment“) einsteigen, wenn der Zugang zu einem Bitstream-Produkt (auch in Zukunft) besteht. Der derzeitig stattfindende Entbündelungszuwachs findet aber nach wie vor von einem sehr geringen Niveau ausgehend statt. Der von Telekom Austria im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Entbündelung auf den Wettbewerb am gegenständlichen Markt ausgemachte Widerspruch (ON 9, S 14) liegt daher nicht vor.

Dem Hinweis von Telekom Austria, dass auch CATV-Betreiber durch Anbieten eines open-access Produktes zum Abbau von Markteintrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt beitragen würden, ist prinzipiell beizupflichten. Allerdings übersieht Telekom Austria, dass gemäß den Feststellungen auf dem hier relevanten Markt kein Kabelnetzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt, und schon daher die rechtliche Grundlage für die Auferlegung von marktmachtspezifischen Verpflichtungen fehlt.

Darüberhinaus vermag der Hinweis von Telekom Austria auf aggressives Agieren von, im übrigen nur regional agierenden, Kabelnetzbetreibern auf Endkundenebene nicht darzutun, inwiefern dadurch vom Nichtmehrvorliegen von Markteintrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt ausgegangen werden soll. Aus diesem Grund war auch dem Vorbringen von Telekom Austria, dass im internationalen Vergleich ein „hoher Anteil von CATV-Breitbandzugängen“ existiere, im Ergebnis nicht näher zu treten.

### **2.1.9. Zum Vorbringen hinsichtlich nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur**

Hinsichtlich der Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur führt Telekom Austria aus, dass ihr „flächendeckendes Netz“ deshalb keine Markteintrittsbarriere darstelle, da in den Ballungsräumen über 70 % der Bevölkerung über die Möglichkeit einer alternativen Zugangstechnologie über zB CATV, UMTS oder WiMax verfügen würden. Dieses Vorbringen steht in Widerspruch zu den getroffenen Feststellungen hinsichtlich nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur zu Punkt 3.1.3. dieser Anordnung.

Da sich ferner die theoretische Maximal-Coverage aller entbündelnden ISPs von ca. 54 % aller Haushalte per Q/3 2005 (Vorbringen von Telekom Austria) gemäß dem, nur unter Außerachtlassung von Kapazitätsrestriktionen am Hauptverteiler des jeweiligen Wählamtes ergibt, ist die Möglichkeit von entbündelnden ISPs, für Telekom Austria wettbewerbsbeschränkend agieren zu können nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission in der Realität geringer, als es die theoretisch erreichbare Maximal-Coverage, als Prozentwert ausgedrückt, vermuten lassen würde.

Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich ferner auf ihre obigen Ausführungen zum Thema vorgegebene sachliche Marktabgrenzung durch die TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005.

Zur geäußerten Kritik, dass die in den Marktanalyseverfahren zu M 12/03 (terminierende Segmente von Mietleitungen) und zu M 13/03 (Entbündelung) auferlegten Zugangsverpflichtungen nicht hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den gegenständlichen Markt untersucht worden wären, ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen zum Greenfield-Ansatz (Punkt 2.1.5 der Beweiswürdigung) auszuführen, dass die bestehende

Regulierung dieser Märkte von den bestellten Gutachtern bei der Analyse des gegenständlichen Marktes miteinbezogen wurde. Die auf diesen Märkten auferlegten Regulierungsinstrumente sind allerdings entsprechend den Feststellungen als nicht ausreichend anzusehen, um den gegenständlichen als wettbewerblich effektiv ansehen zu können.

Entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria (ON 9, S 15) wurde die marktbeherrschende Stellung von Telekom Austria nicht [offenbar: nur] aus Marktzutrittsbarrieren und der Kontrolle über schwer ersetzbare Infrastruktur abgeleitet, sondern wurde zusätzlich noch auf die anderen, jeweils für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht sprechenden Marktmachtindikatoren, wie unter anderen die derzeit von ca. 49 % ausgehend wachsenden Marktanteile von Telekom Austria.

Zum Vorbringen von Telekom Austria, dass sich aus dem Marktanalyse-Gutachten nicht ableiten lasse, wie viele Kunden derzeit tatsächlich – großteils redundant – mit Breitbandprodukten versorgen lassen, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass sich die redundante Versorgung von Breitbandkunden näherungsweise aus der Anzahl der homes-passed von CATV-Betreibern ableiten lässt, da, wie festgestellt, kaum Gebiete in Österreich existieren, in denen zwar CATV-Abdeckung, aber keine ADSL-Verfügbarkeit gegeben ist (ON 4, S 13).

Telekom Austria kritisiert die Feststellungen hinsichtlich der Marktanteilsverteilung auf dem Endkundenmarkt. So wird kritisiert (ON 9, 16, Grafik), dass die getroffene Feststellung, dass über ein Drittel der Endkunden nur über Infrastruktur der Telekom Austria breitbandig angebunden werden könne, nicht zutrefte, da nur ca. ein Viertel der Endkunden auf Telekom Austria angewiesen sei. Dieser Darstellung der Alternativen bei der Breitbandversorgung ist hingegen nicht zu folgen, da (siehe Feststellungen zu Punkt 3.1.1 und Punkt 2.1.7 der Beweiswürdigung) entbündelnde ISPs Kapazitätsrestriktionen unterworfen sind, und sich daher ihr tatsächliches Marktpotential nicht aus dem theoretisch bestehenden Kundenpotential aller entbündelbaren Wählämter ergibt, sondern Kapazitätsengpässe in den Entbündelungsstandorten mitberücksichtigt werden müssen.

Telekom Austria führt richtigerweise aus, dass es bei der Prüfung des Marktmachtindikators der nicht leicht ersetzbaren Infrastruktur im Endeffekt nur auf die österreichweit erschließbare Gesamtkundenanzahl ankomme. Die Telekom-Control-Kommission schließt sich dieser Sichtweise an und weist darauf hin, dass bei der Marktanteilsberechnung – der Märktedefinition folgend - auf die österreichweit bereits erzielten bzw. wahrscheinlich erzielbaren Anschlusszahlen abgestellt wurde. Auch bei Zugrundlegung dieser Zählweise ergibt sich ein derzeit von ca. 49 % aus ansteigender Marktanteil am gegenständlichen Vorleistungsmarkt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Drittel der Haushalte, das ausschließlich über TA-Infrastruktur breitbandig angebunden werden, ein wesentliches exklusives Potential an zukünftigen Marktanteilsgewinnen darstellt.

#### **2.1.10. Zum Vorbringen hinsichtlich nachfrageseitiger Gegenmacht**

Telekom Austria kritisiert, dass die Gutachter lediglich theoretische Überlegungen hinsichtlich des Bestehens nachfrageseitiger Gegenmacht angestellt hätten und es an Evidenz zur Unterstützung dieser Aussage fehlen ließen.

Zum diesbezüglichen Vorbringen, dass nachfragende ISPs dank ihrer Vertretung „Internet Service Providers Austria“ (ISPA) über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen würden, was sich in der laufenden Verbesserung des bitstream-Angebotes niederschlagen würde, ist anzumerken, dass es trotz Organisation der alternativen ISPs in der ISPA regelmäßig Interventionen der RTR-GmbH (amtsbekannt, der Telekom Austria bekannt) bedurfte, um ein diskriminierungsfreies Anbieten des Bitstream-Produktes durchzusetzen.

Im Übrigen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass ihrer Einschätzung nach die stetige Verbesserung bzw. Verbilligung des diskriminierungsfreien bitstream-Angebots zumindest teilweise auf die gesteigerte Nachfrage der Endkunden nach höheren Bandbreiten zurückzuführen ist, die eben auch zu einer „notwendigen“ Verbesserung des bitstream-Angebots in beiderlei Hinsicht führt.

#### **2.1.11. Zum Vorbringen hinsichtlich Produktdifferenzierung**

Telekom Austria kritisiert, dass im Marktanalyse-Gutachten keine Evidenz dafür vorliege, dass dieser Marktmachtindikator für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria spreche. Wie sich hingegen aus dem Marktanalyse-Gutachten ergibt (ON 4, S 29 unten), ergeben sich die festgestellten Vorteile aus folgendem Umstand: Um ein österreichweites Endkundeprodukt anbieten zu können ergeben sich aus der Perspektive eines Nachfragers am gegenständlichen Vorleistungsmarkt folgende Möglichkeiten: Entweder wird die notwendige Vorleistung von Telekom Austria bezogen oder alternativ von einer unbestimmten Anzahl an jeweils regional tätigen Anbietern des Vorleistungszugangs. Da, wie festgestellt, Telekom Austria der einzige flächendeckende Anbieter der marktgegenständlichen Leistung ist, folgt daraus, dass Telekom Austria sich mit ihrem Vorleistungsprodukt von anderen Anbietern der marktgegenständlichen Leistung auf Produktebene differenzieren kann, da sie es als einzige österreichweit anbieten kann. Diese Produktdifferenzierung über die Fläche spricht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria für die von Gutachtern vorgenommene Interpretation.

#### **2.1.12. Zum Vorbringen hinsichtlich Vertikaler Integration**

Zum Marktmachtindikator Vertikale Integration kritisiert Telekom Austria, dass durch eine einseitige Literaturauswahl, insbesondere unter Vernachlässigung von Werken der „Chicago School“, nicht ausreichend berücksichtigt werde, dass von Vertretern der „Chicago School“ nur wenige der vertikalen Integration „vornehmlich wettbewerbsbeschränkende“ Wirkung zuordnen. Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass einerseits dieses Vorbringen in der Sache selbst nicht weiter substantiiert wurde und darüber hinaus aus Sicht der Telekom-Control-Kommission die Vertreter der Chicago School in ihrer Wettbewerbsanalyse von im gegenständlichen Fall nicht gegebenen engen Voraussetzungen ausgehen (ON 4, S 30 FN 36). So wird in der ERG „Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“ auf Seite 78ff klar herausgearbeitet, dass die Überlegungen der zitierten Chicago School Autoren nur unter der Annahme eines unregulierten Vorleistungsmarktes und effektivem Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt Gültigkeit beanspruchen können. Diese Voraussetzungen liegen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt aber nicht vor. In methodischer Sicht weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass ökonomische Literatur zwangsläufig eine gewisse Theorielastigkeit in sich birgt und daher die seriöse Ableitung konkreter wettbewerbstheoretischer Aussagen immer nur unter Verweis auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten erfolgen kann. Ein alleiniger Verweis auf eine allgemein gehaltene Aussage hinsichtlich der Auswirkungen von vertikaler Integration für den Wettbewerb erscheint der Telekom-Control-Kommission als nicht ausreichend, um die gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich der negativen wettbewerblichen Auswirkungen aufgrund der vertikalen Integration von Telekom Austria zu erschüttern.

Zum Vorwurf, dass die Gutachter „unter Außerachtlassung der Marktrealität der letzten Jahre“ agierten, ist wiederholend auszuführen, dass, im Marktanalyse-Gutachten lediglich die Anreizstruktur von Telekom Austria untersucht wurde. Es war nicht Gegenstand des Marktanalyse-Gutachtens, Telekom Austria zu unterstellen, dass sie tatsächlich wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen praktiziere. In diesem Sinn war es Gegenstand des Marktanalyse-Gutachtens, bestehende und – bei unterstellter Abwesenheit von Regulierung - mögliche Anreizstrukturen für Telekom Austria aufzuzeigen.

### 2.1.13. Zum Vorbringen hinsichtlich Preissetzungsverhalten

Telekom Austria kritisiert zu diesem Marktmachtindikator, dass es unterlassen worden sei, die Vorleistungsentgelte für den Bezug von open access Produkten von Kabelnetzbetreibern zu erheben. Die Telekom-Control-Kommission hält diesbezüglich fest, dass die im Gutachten dargelegten Gründe für die Schwierigkeit Preise für exakt die marktgegenständliche Leistung für die Telekom-Control-Kommission in nachvollziehbarer Weise die Schwierigkeit der Erhebung von Vorleistungsentgelten für den Bezug von open access Produkten von Kabelnetzbetreibern darlegen. Allenfalls erhebliche Daten würden keine reinen Rückschlüsse zulassen, da regelmäßig sehr unterschiedliche Leistungen bzw. Zahlungsbedingungen angeboten würden. Darüberhinaus könnten Preise für interne Leistungen nicht beobachtet werden. Angesichts dieser Umstände ist die von den Gutachtern gewählte Vorgangsweise nicht dazu geeignet, die zu diesem Indikator gezogenen Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen.

Zum Vorbringen, dass das bestehende Bitstream-Produkt mittlerweile für den TA-wholesale-Bereich von großer Wichtigkeit sei, ist wiederholt anzumerken, dass es regelmäßig Interventionen der RTR-GmbH (amtsbekannt, der Telekom Austria bekannt) bedurfte, um ein diskriminierungsfreies Anbieten des Bitstream-Produktes durchzusetzen.

Telekom Austria kritisiert die Feststellung, dass der von ihr angebotene Gleichgewichtspreis für das Zugangsprodukt auf Vorleistungsebene wohl zwischen Monopolpreis und Wettbewerbspreis angesiedelt sei, da diese Aussage unsubstantiiert sei. Diesbezüglich führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass diese allgemeine Aussage aus folgenden Gründen als schlüssig erscheint: Der gegenständliche Markt ist gemäß den getroffenen Feststellungen wettbewerblich nicht effektiv. Telekom Austria hat, wie ebenfalls festgestellt, Anreize zur Praktizierung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Da Telekom Austria als – nicht zuletzt börsennotiertes – Unternehmen (amtsbekannt, Telekom Austria bekannt) zu ökonomisch rationalem Verhalten gehalten ist, ist davon auszugehen, dass Telekom Austria den ihr zur Verfügung stehenden Verhaltensspielraum in bestmöglich gewinnorientiertes Verhalten umsetzt.

Da der gegenständliche Markt nun andererseits kein Monopolmarkt ist, ist davon auszugehen, dass der von Telekom Austria derzeit angebotene Preis zwischen den beiden denkmöglichen „Extremen“ zu liegen kommt. Auch die in diesem Zusammenhang von Telekom Austria vorgelegten Grafiken (Stellungnahme vom 21.10.2005, S 22, 23) bestätigen diese Schlussfolgerung: In diesen Grafiken wird in einer durchgehenden Zeitreihe von Dezember 2003 bis zum vierten Quartal 2005 die Eigenschaften der gelaunchten Einsteigerkundenprodukte dargestellt. In dieser Zeitreihe werden verschiedene Produkte unterschiedlicher Anbieter zueinander in Bezug gesetzt. Da Telekom Austria in ihrer Stellungnahme (aaO) selbst ausführt, dass sie lediglich Einsteigerprodukte vergleicht, zieht die Telekom-Control-Kommission lediglich diese heran; die in der Zeitreihe enthaltenen Produkte (ADSL light, ADSL@home 1024/256 und xDSL@home von Inode, Tele2 ADSL bzw. ADSL Complete von Tele2UTA) mit stark verbesserten Produkteigenschaften (höhere Bandbreite, höheres Downloadlimit) sind daher bei der Betrachtung mangels ausreichend vergleichbarer Produkteigenschaften nicht miteinzubeziehen. Es zeigt sich, dass der von Telekom Austria behauptete Zugzwang zur Reaktion auf den Wettbewerb lediglich im Fall des Produktvergleichs aonSpeed 400 MB von Telekom Austria mit der Einführung von Chello Light durch UPC Telekabel argumentierbar scheint.

Die Produkteinführung von ADSL@home 256/64 von Inode bzw. von ADSL Start von Tele2 erfolgte, direkt der Grafik auf Seite 22 der TA-Stellungnahme vom 21.10.2005 entnehmbar, nach dem Produktlaunch von aonSpeed 400 MB durch Telekom Austria. Telekom Austria war daher als erster Marktteilnehmer mit einem solchen Einsteigerprodukt auf dem Markt.

Der Produktlaunch von aonSpeed 384/128 durch Telekom Austria erfolgte zwar nach dem Launch von Chello Light 400/128 durch UPC Telekabel – insofern reagiert Telekom Austria tatsächlich auf ein gelaunchtes Produkt eines Wettbewerbers –, allerdings verfügt der Endkunde bei letzterem Telekom Austria-Produkt nur über ein im Preis enthaltenes Downloadvolumen von 400 Megabyte gegenüber 1 Gigabyte bei UPC Telekabel. Es zeigt sich daher, dass Telekom Austria im Q 3/Q4 / 2005 als Reaktion auf den Produktlaunch von Chello Light 400/128 durch UPC Telekabel ein im Endeffekt teureres Produkt auf den Markt brachte als der unmittelbare Wettbewerber. Die Telekom-Control-Kommission sieht sich durch diese Produktpolitik in ihrer Feststellung, dass Telekom Austria auf dem Endkundenmarkt – und damit mittelbar auch auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt - tendenziell Preise über dem Wettbewerbsniveau halten kann, bestätigt. Dies insbesondere angesichts der festgestellten konstant steigenden Marktanteile von Telekom Austria. Das Telekom Austria gemäß ihrer Stellungnahme nur in einem einzigen Fall mit einem neuen Endkundenprodukt auf ein bereits am Markt befindliches Endkundenprodukt eines Wettbewerbers reagierte, lässt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht die von Telekom Austria dargelegte Schlussfolgerung zu, dass Telekom Austria bei der Preis- und Produktgestaltung unter Zugzwang durch den Wettbewerbsdruck alternativer Betreiber kommt.

Das Vorbringen von Telekom Austria hinsichtlich angeblich bestehenden Zugzwangs durch alternative Anbieter aufgrund von Wettbewerbsdruck erscheint daher schlussendlich hinsichtlich des Vorbringens dieses Marktmachtindikators als nicht schlüssig. Telekom Austria verfügt über hinreichend großen Spielraum bei der Entgeltfestsetzung am Endkundenmarkt, um vom Vorliegen dieses Marktmachtindikators ausgehen zu können.

Dem Vorbringen, dass man nicht von einem einheitlichen (Endkunden)preis sprechen könne, ist entgegenzuhalten, dass Telekom Austria zum derzeitigen Zeitpunkt sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenebene bundesweit einheitliche Endkundenentgelte anbietet. Die Telekom-Control-Kommission weist im Übrigen darauf hin, dass Telekom Austria in ihrer Stellungnahme vom 21.10.2005 (S 22) selbst von einem [geografisch] „gemittelten“ (Endkunden)preis spricht.

Telekom Austria führt in diesem Zusammenhang aus, dass ihre bundesweit einheitlich gestalteten Preise mitnichten die Preissetzungspolitik anderer Anbieter beschränke und diese daher kein Indiz für beträchtliche Marktmacht darstelle. Dies ergebe sich aus der regionalen Tätigkeit anderer Anbieter und der für diese damit einhergehenden Möglichkeiten der Spezialisierung und der Nutzung von Synergieeffekten. Telekom Austria hingegen sei aufgrund ihres bundesweiten Anbietens unter anderem hinsichtlich technischer Machbarkeit, aus Antidiskriminierungsgründen in ihrem Preissetzungsverhalten eingeschränkt.

Diesbezüglich ist auszuführen, dass ungeachtet der Vorteile aus der Spezialisierung lokale Betreiber durch Telekom Austria in ihrem Preissetzungsverhalten eingeschränkt werden, da Telekom Austria aufgrund ihrer Größe, nationalen Netzabdeckung, ihrer Präsenz auf anderen Märkten (zB Sprachtelefonie) über zahlreiche Vorteile gegenüber ihren lokalen Wettbewerbern verfügt. Entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria liegen daher Synergieeffekte allenfalls auf Seite der Telekom Austria und nicht auf Seiten der lokalen Anbieter.

Diesbezüglich ist auszuführen, dass die von Telekom Austria beschriebene Wettbewerbssituation im Zweifelsfall eher für das Vorliegen wettbewerblicher Gestaltungsmöglichkeiten seitens Telekom Austria spricht, da nur Telekom Austria aufgrund ihres bundesweiten Anbietens (überhaupt) die Möglichkeit besitzt, regional unterschiedliche Preise und Produkte auf den Endkundenmarkt zu bringen.

### **2.1.14. Ergebnis**

Zusammengefasst ist daher auszuführen, dass das Vorbringen der Telekom Austria nicht geeignet ist, Zweifel an der Schlüssigkeit des Marktanalysegutachtens der Amtssachverständigen zu begründen. Dieses konnte daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

Der Antrag von Telekom Austria AG vom 16.9.2005 auf Einholung eines Ergänzungsgutachtens hinsichtlich der Punkte Alternative Breitbandtechnologien, insb. WiMax und UMTS, Wettbewerbssituation auf regionalen Märkten, Marktpotential (zB homes passed), 3-Kriterien-Test und Greenfield-Ansatz, Nachfrageseitige Gegenmacht, Marktanteile und -verläufe (insbes. Umsatzmarktanteile, Marktzutrittsbarrieren), Produktdifferenzierung und Preissetzungsverhalten und Preise auf Vorleistungsebene war daher abzuweisen.

### **2.2. Zum Vorbringen zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:**

Am 21.10.2005 übermittelte Telekom Austria im Verfahren M 1/05 ihre Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 20). In dieser Stellungnahme kritisierte Telekom Austria die Ausführungen der Gutachter hinsichtlich Regulierungsinstrumenten (ON 14) im Wesentlichen wie folgt:

#### **2.2.1. Zum Vorbringen hinsichtlich der Operationalisierung des Vorleistungsangebots**

Bezüglich der in Spruchpunkt 2.3. angeordneten vierwöchigen Vorankündigungsfrist bei der Neueinführung von Endkundenprodukten, deren entsprechendes Vorleistungsprodukt in diesen Markt fällt, kritisiert Telekom Austria unter Verweis auf Telekom Austria-intern bestehende „Chinese Walls“ diese Frist als zu lange. Telekom Austria würde unverhältnismäßig benachteiligt, da nachfragende ISPs in der Vergangenheit oftmals abgestimmte Zeiträume der Neueinführung eines ADSL-Produktes gebrochen hätten.

Diesbezüglich ist eine Rechtsgüterabwägung zwischen dem Interesse von Telekom Austria, bei der Markteinführung von ADSL-Endkundenprodukten nicht hinter alternativen ISPs „zurückzufallen“ einerseits und dem Interesse ebendieser ISPs, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt mit einem auf dem DSL-Vorleistungsangebot der Telekom Austria aufsetzenden ADSL-Endkundenprodukt auf den Markt zu kommen, durchzuführen.

Die Telekom-Control-Kommission ist einerseits der Auffassung, dass sowohl ein alternativer ISP als auch der Retailbereich der Telekom Austria im Wesentlichen die gleiche Vorlaufzeit für die Entwicklung eines ADSL-Endkundenprodukts benötigen. Da der Telekom Austria Retailbereich aufgrund der intern bestehenden Chinese Walls (ON 20, S 6) gegenüber dem Telekom Austria Wholesale-Bereich über keinerlei Informationsvorsprung gegenüber dem das Bitstream-Produkt nachfragenden ISPs verfügt, kann er aus seiner Konzernverbundenheit keine zeitlichen Vorteile ziehen. Es stellt sich sohin nur mehr die Frage, ob die angeordnete Vorankündigungsfrist von vier Wochen eventuell zu kurz sein könnte, um Telekom Austria die Markteinführung eines Endkundenproduktes zu ermöglichen. Die Telekom-Control-Kommission ist nun der Ansicht, dass angesichts der diesbezüglich zu tätigen Aufwendungen (Marktforschung, ob das „neue“ Vorleistungsprodukt überhaupt ein marktfähiges Endkundenprodukt ermöglicht, Endkundenproduktspezifizierung, technische Vorbereitung, Marketing, ...) die angeordneten vier Wochen Vorankündigungsfrist nicht als unangemessen anzusehen sind. Es wäre nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bei der Anordnung einer kürzeren Vorankündigungsfrist nicht gewährleistet, dass überhaupt ein am Endkundenmarkt tätiger Anbieter von ADSL-Endkundenprodukten, also auch nicht der Retailbereich von Telekom Austria, „fristgerecht“ ein fertig entwickeltes ADSL-Endkundenprodukt anbieten könnte. Die

Anordnung von als für alle am nachgelagerten Endkundenmarkt tätigen Anbieter von ADSL-Endkundenprodukten zu kurz erscheinenden Vorankündigungsfristen erscheint der Telekom-Control-Kommission als nicht sachgerecht. Dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria war daher nicht näher zu treten.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die angeordnete Verkehrsübergabe an den bestehenden neun regionalen Übergabepunkten aus derzeitiger wettbewerblicher Sicht ausreichend ist.

Hinsichtlich Migration zu anderen Vorleistungsprodukten (andere Bitstream-Produkte bzw. Entbündelung) bringt Telekom Austria vor, dass keine Migration „im eigentlichen Sinn“ möglich sei, da es sich um verschiedene Produkte handle, und daher der Weg über Kündigung und Neuherstellung verfolgt werden müsse. Die Telekom-Control-Kommission hat diesbezüglich erwogen, dass es – wie im Übrigen auch festgestellt – diesbezüglich aus regulatorischer Sicht vor allem darauf ankommt, dass die Aufrechterhaltung des Dienstes für den Endkunden so weit wie möglich und ohne unnötige Unterbrechung gewährleistet wird. In diesem Sinne wurde eine entsprechende Anmerkung in die Begründung aufgenommen, dass es „unabhängig von der vertragsrechtlichen Gestaltung auf Endkundenebene“ darauf ankomme, die Aufrechterhaltung des Dienstes für den Endkunden so weit wie möglich und ohne unnötige Unterbrechung zu ermöglichen.

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria, dass bereits jetzt die Verkehrsübergabe auf IP-Basis möglich sei, wurde von der Telekom-Control-Kommission in der Begründung eine Formulierung gewählt, die auf das Aufrechterhalten dieser Möglichkeit abstellt.

Hinsichtlich der angeordneten Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu einem „naked-DSL“-Produkt führt Telekom Austria aus, dass für eine solche ex-ante Regulierungsverpflichtung eine Rechtsgrundlage lediglich dann vorhanden sei, wenn auch auf Retail-Ebene vergleichbare Produkte angeboten würden. Die Telekom-Control-Kommission weist diesbezüglich darauf hin, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt von Telekom Austria mit dem Endkundenprodukt aonPur sehr wohl ein "naked-DSL"-Produkt am Endkundenmarkt angeboten wird. Im Übrigen verweist die Telekom-Control-Kommission auf die Begründung in Punkt 7.2.1.2.

## **2.2.2. Zum Vorbringen hinsichtlich Preisregulierung und Retail-Minus-Ansatz**

Telekom Austria bringt diesbezüglich vor, dass sie mitnichten ihre Preise „frei gestalten“ könne, da sie durch Wettbewerber (Kabelnetzbetreiber, WLL/Wimax Anbieter) in intensivem Wettbewerb stehe. Die Telekom-Control-Kommission verweist diesbezüglich auf die jeweiligen Feststellungen, hält aber auch an dieser Stelle fest, dass Telekom Austria ihre Endkundenpreise am gegenständlichen Markt frei von regulatorischen Verpflichtungen setzen kann. Hinsichtlich der erwähnten WLL/Wimax-Betreiber hält die Telekom-Control-Kommission unter Verweis auf die diesbezüglichen Feststellungen daran fest, dass innerhalb des hier relevanten Zeitraums von 1 – 2 Jahren kein wesentlicher Wettbewerbsdruck zu erwarten ist. Hinsichtlich der erwähnten Mobilfunk-Datenkarten verweist die Telekom-Control-Kommission auf die sachliche Marktabgrenzung der TKMVO 2003.

Hinsichtlich der Auferlegung der gegenständlichen Regulierungsinstrumente auch auf neue Produkte verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre Ausführungen zu Punkt 7.2.1.2., wonach diese Verpflichtung nur für jene zukünftigen Endkundenprodukte gilt, deren Vorleistungsprodukte innerhalb des gegenständlichen Marktes zu liegen kommen.

Zum Vorbringen von Telekom Austria, dass bei der Berechnung des Zugangspreises für das Vorleistungsprodukt auch anfallende Kosten des Wholesale-Bereichs wie zB Wholesale-Vertrieb und Wholesale-Produktmanagement mitberücksichtigt werden müssten, verweist die

Telekom-Control-Kommission auf die Feststellungen im Regulierungsinstrumente-Gutachten (ON 20, Punkt 3.4.3.1) und auf die Ausführungen zu Punkt 7.2.2.2 dieser Anordnung.

Telekom Austria führt aus, dass entgegen den Ausführungen der Gutachter die konkrete Gefahr eines margin-squeezes für alternative ISPs haltlos sei, da die Preise bei Produktlaunch am 1.9.2005 gleich geblieben seien. Kampfpreise würden vielmehr eher von Wettbewerbern der Telekom Austria angewendet werden. Darüberhinaus würde diese Aussage auch in Widerspruch zu anderen Aussagen des Gutachtens stehen, wonach die Wettbewerbsproblematik eher im Setzen überhöhter Preise und dadurch verursachter Ineffizienzen verursacht würde.

Die Telekom-Control-Kommission weist unter Verweis auf ihre diesbezüglichen Ausführungen in der Bescheidbegründung darauf hin, dass Gegenstand der wettbewerblichen Analyse auf dem gegenständlichen Markt die Identifizierung möglicher Wettbewerbsprobleme anhand der festgestellten Anreizstruktur ist und nicht der Nachweis konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens von Telekom Austria.

Das Vorbringen von Telekom Austria, dass es keinen Sinn machen würde, auf dem gegenständlichen Markt auf Vorleistungs- und auf Endkundenebene überhöhte Preise zu verlangen, steht angesichts der steigenden Endkundenmarktanteile nicht in Übereinstimmung mit den Feststellungen hinsichtlich des eher im oberen Bereich anzusiedelnden Preissetzungsverhalten von Telekom Austria. Die Telekom-Control-Kommission schließt sich daher dem Vorbringen von Telekom Austria nicht an.

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria zur auferlegten Entgeltkontrolle iVm mit der auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung führt die Telekom-Control-Kommission wie folgt aus: Telekom Austria wird gemäß § 42 TKG 2003 die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus auferlegt. Entgegen ihrem Vorbringen wird Telekom Austria daher das Regulierungsinstrument der Kostenorientierung bei der Zugangsbereitstellung gerade nicht auferlegt. Wie sich aus den Feststellungen (Punkt 4.2.2.2) bzw. aus der Begründung (Punkt 7.2.2.2) ergibt, errechnet sich der von Telekom Austria zu gewährleistende Zugangspreis für das Bitstream-Produkt aus dem jeweiligen Endkundenpreis abzüglich der (unter Umständen in einem eigenen Verfahren) festzustellenden Kosten für den Retailbereich und stellt daher eben nicht auf tatsächlichen Kosten des Wholesale-Bereichs von Telekom Austria ab. Diesbezüglich erscheint die Bezugnahme von Telekom Austria auf eine angebliche Kostenorientierungsverpflichtung als verfehlt.

Zur Operationalisierung der auferlegten Zugangsverpflichtung wurde gemäß § 38 TKG 2003 die Legung eines Standardangebotes auferlegt. Aus den Ausführungen zu 7.2.3 ergibt sich, dass die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung im Hinblick auf die Legung eines Standardangebots zur Hintanhaltung von Diskriminierung durch nichtpreisliche Parameter als notwendig erschien.

Telekom Austria führt aus, dass die Auferlegung der „Entgeltkontrolle inkl. Kostenrechnungsverpflichtung“ unverhältnismäßig sei und daher nicht das gelindeste Mittel darstelle. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf ihre Überlegungen hinsichtlich § 42 TKG 2003 als der einschlägigeren und damit engeren Norm für die Auferlegung des Regulierungsinstrumentes nur der Entgeltkontrolle. Entsprechend den Überlegungen zum Verhältnis der Bestimmungen des § 38 zu § 42 TKG 2003 in den Punkten 7.2.2.3 und 7.2.3.3 der Begründung dieser Anordnung ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass Telekom Austria durch die Stützung des Regulierungsinstrumentes der Entgeltkontrolle auf § 42 TKG 2003 als der engeren Norm nicht beschwert ist. Dies deshalb, da – in diesem Punkt schließt sich die Telekom-Control-Kommission den Ausführungen von Telekom Austria an – die Entgeltkontrolle in der Sache die gleiche Eingriffsintensität mit sich bringt, unabhängig davon, ob sie auf § 38 oder auf § 42 TKG 2003 gestützt wird.

### **2.2.3. Zum Vorbringen hinsichtlich der getrennten Buchführung**

Zum Vorbringen hinsichtlich der getrennten Buchführung weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass in Übereinstimmung mit der parallelen Auferlegung dieses Regulierungsinstruments auf anderen Märkten der TKMVO 2003, eine übereinstimmende Form der Kostenaufgliederung, gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003, angeordnet wurde.

### **2.2.4. Zum Vorbringen hinsichtlich Investitionsanreize**

Zu diesem Punkt bringt Telekom Austria vor, dass angesichts der angeblich angeordneten „Margenregulierung“ entgegen den Ausführungen der Gutachter kein Anreiz für den Netzausbau in dünn besiedelten Gebieten gegeben sei. Unter Verweis auf ihre Ausführungen zum Thema Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus weist die Telekom-Control-Kommission den Vorwurf der Margenregulierung als inhaltlich schlicht unwahr zurück. Bei der gegenständlich angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus bleiben im Gegenteil sogar allfällige Gewinne auf der Vorleistungsebene der Telekom Austria erhalten. Allfällige Gewinneinbußen auf Grund wettbewerblichen Drucks muss die Telekom Austria allerdings – unabhängig davon, ob sie auf regulierten oder unregulierten Märkten aktiv ist - selbst in Kauf nehmen.

### **2.2.5. Ergebnis**

Insgesamt kann daher das Vorbringen der Telekom Austria keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens der Amtssachverständigen betreffend die Regulierungsinstrumente begründen. Dieses konnte daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

In der mündlichen Verhandlung am 17.10.2005 brachte Telekom Austria keine neuen Argumente zur Marktanalyse des gegenständlichen Marktes vor. .

## **2.3. Zum Vorbringen der Telekom Austria AG in ihrer Stellungnahme vom 14.12.2005**

Telekom Austria brachte während des gemäß § 128 TKG 2003 durchgeführten Konsultationsverfahrens eine Stellungnahme (ON 40) ein, in der sie im Wesentlichen die folgenden Punkte des Maßnahmenentwurfes kritisierte und - ergänzend zum bisherigen Vorbringen – neuerlich eigenes Vorbringen zu folgenden Punkten erstattete:

### **2.3.1. Zu den Übergabepunkten**

Telekom Austria beantragte die Möglichkeit der Verlegung bzw. Auflassung der in Spruchpunkt 2.1.2 und 2.1.3 vorgesehenen nationalen und regionalen Übergabepunkte und schlug diesbezüglich vor, bei örtlicher Verlegung von Übergabepunkte diese Verlegung den Nachfragern binnen vier Monaten im Voraus anzukündigen.

Die Telekom-Control-Kommission hat die Möglichkeit der Verlegung bzw. Auflassung der in Spruchpunkt 2.1.2 und 2.1.3 vorgesehenen nationalen und regionalen Übergabepunkten in die erwähnten Spruchpunkte aufgenommen.

Hinsichtlich der von Telekom Austria einzuhaltenden Vorankündigungsfrist hat die Telekom-Control-Kommission in Anlehnung an die Regelung bei der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen auf niederer Netzebene (Rechtskräftiger Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu Z 20/01-38 Anhang 13, Punkt 2.1. zum Thema Einzugsbereiche auf niederer Netzebene vom 18.3.2002) eine sechsmonatige Vorankündigungsfrist für angemessen erachtet (siehe Punkt 7.2.2.2 der Begründung).

### **2.3.2. Zu den technisch neuen Produkten und deren Ankündigungsfrist**

Telekom Austria forderte unter Verweis auf eine Entscheidung der deutschen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post eine eingrenzendere Formulierung des Begriffes "technisch neue Produkte" in Spruchpunkt 2.3 sowie ferner die Verkürzung der dafür notwendigen Vorankündigungsfrist von vier auf zwei Wochen.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die Formulierung in Spruchpunkt 2.3. nunmehr lautet wie folgt, "... neue Produkte, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind ...", und somit eine wesentliche Klarstellung vorgenommen wurde.

Dem Antrag von Telekom Austria, die diesbezügliche Vorankündigungsfrist von vier auf zwei Wochen zu verkürzen, konnte hingegen nicht näher getreten werden. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission besteht für Nachfrager der marktgegenständlichen Leistungen ein eminentes Interesse an einer zeitgleichen Einführung von Endkundenprodukten mit ähnlichen Eigenschaften wie denen von Telekom Austria. Insbesondere auf Grund der einjährigen Saisonalität des gegenständlichen Marktes und der damit einhergehenden Bedeutung der wenigen umsatzstarken Wochen (Weihnachtsgeschäft) erachtet die Telekom-Control-Kommission eine Regelung, die es mit höherer Wahrscheinlichkeit gestattet, dass alternativer Anbieter nicht durch eine zu kurz gefasste Vorankündigungsfrist am Kreieren und Bewerben von Endkundenprodukten gehindert werden, als unumgänglich notwendig. Die von Telekom Austria demgegenüber angeführte Gefahr, durch flexible Anbieter von Endkundenprodukten "ausgebremst" zu werden, erscheint diesbezüglich als eher theoretisch. Das Vorbringen von Telekom Austria, dass alternative Anbieter in der Vergangenheit in kürzeren Zeiträumen als vier Wochen ein Endkundenprodukt auf den Markt bringen könnten, erschien darüberhinaus auch nicht ausreichend substantiiert.

### **2.3.3. Zur Preisregelung mittels Retail-minus**

Telekom Austria führt aus, dass die gleichzeitige Auferlegung der Entgeltkontrolle mittels Retail-minus und der Gleichbehandlungsverpflichtung überschießend und somit unverhältnismäßig sei. Dies ergebe sich systematisch aus dem TKG 2003 und würde durch die Ausführungen der Gutachter, wonach beide erwähnten Regulierungsinstrumente für sich gesehen geeignet und mit der gleichen Eingriffsintensität ausgestattet seien, bestätigt.

Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu aus wie folgt: Wie bereits in den Punkten D 7.2.2.3 und D 7.2.3.3 der Begründung ausgeführt, hat die Telekom-Control-Kommission zusätzlich zur Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 eine Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG 2003 angeordnet. Dies erfolgte - wie sich aus der Begründung aaO ergibt, dem Grundsatz der anzuwendenden engeren Norm entsprechend. Für die Anordnung einer Entgeltkontrolle ist § 42 TKG 2003 die engere Norm und daher der weiteren Norm des § 38 TKG 2003 vorzuziehen.

Aus dieser Gesetzesanwendung ist für die Telekom-Control-Kommission - entgegen dem Vorbringen von Telekom Austria - keine zusätzliche Beschwer erkennbar: Sofern Telekom Austria vermeint, dass sich aus der Auferlegung der Entgeltkontrolle zur Durchsetzung von auf Retail-minus basierten Entgelten und der gleichzeitigen Auferlegung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung zur Hintanhaltung von nicht-preislichen Diskriminierungsmöglichkeiten eine zusätzliche Beschwer ergibt, so ist ihr entgegenzuhalten, dass Telekom Austria selbst vorbringt (ON 40, S 7), dass sich alle Regulierungsziele auch durch Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung [alleine] erreichen ließen. Warum Telekom Austria bei der "Umsetzung aller Regulierungsziele" zusätzlich beschwert sein sollte, wenn diese auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen gestützt werden, bleibt für die Telekom-Control-Kommission im Dunkeln.

Sofern allerdings Telekom Austria verneinen sollte, dass der Gleichbehandlungsverpflichtung als dem gelinderen Mittel "der Vorzug gegeben werden" (ON 40, Abs. 2) sollte, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese Aussage in direktem Widerspruch zur Aussage, dass sich alle Regulierungsziele durch die Auferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung [allein] erreichen ließen (ON 40, Abs. 1) steht.

Es ist der Telekom Austria prinzipiell zuzustimmen, wenn sie vorbringt, dass Regulierungsinstrumente nur im Ausmaß der jeweiligen Eignung, die festgestellten Wettbewerbsprobleme hintanzuhalten, auferlegt werden dürfen. Dieser - bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspringende - Grundsatz, bedeutet nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht, dass vom Grundsatz des Vorrangs der anzuwendenden spezielleren Norm abzugehen ist. Die Telekom-Control-Kommission trat daher den diesbezüglichen Ausführungen der Telekom Austria (ON 40, S 6) nicht näher.

Zur Notwendigkeit, zusätzlich zur Entgeltkontrolle eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung zur Hintanhaltung nicht-preislicher Diskriminierungen anzuordnen wird auf die Begründung zu D 7.2.2.3 und D 7.2.3.3 verwiesen.

#### **2.3.4. Zum Vorbringen hinsichtlich emerging markets**

Telekom Austria bringt vor (ON 40, Punkt 2.1.4), dass der gegenständliche Markt ein emerging market sei, da - im Wesentlichen - aufgrund der bisherigen [geringen] Marktdurchdringung noch unausgeschöpftes Kundenpotential vorhanden sei. Nicht die langjährige Existenz einer Technologie sei ausschlaggebend für die Qualifizierung eines Marktes als "emerging market" sondern die erreichte Marktdurchdringung.

Wiederholend (siehe dbzgl. Punkt C 2.1.3) ist von der Telekom-Control-Kommission auszuführen, dass der Einschätzung des gegenständlichen Marktes als ein emerging market bereits die von der Europäischen Kommission und in Folge von der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 getroffenen Entscheidung, den gegenständlichen Markt als für die Zwecke der ex-ante Regulierung geeignet einzustufen, entgegensteht. Ebenfalls wiederholend wird ausgeführt, dass die Telekom-Control-Kommission hinsichtlich der diesem Marktbeherrschungsverfahren zugrunde liegenden Marktdefinition an die erwähnte TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 gebunden ist.

Unabhängig von der Bindung der Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition des § 1 Z 17 TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 ist allerdings festzuhalten, dass die von Telekom Austria vorgeschlagenen wirtschaftlichen Kriterien für die Einschätzung des gegenständlichen Marktes als eines emerging markets als unsubstantiiert erscheinen.

Im Übrigen erscheinen die Ausführungen von Telekom Austria widersprüchlich zu ihrem Vorbringen in ON 40, Punkt 2.1.6, wo Telekom Austria vorbringt, dass die noch existierenden Kundenpotentiale am gegenständlichen Markt bei weitem geringer seien, als in den Feststellungen dieses Verfahrens. Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass Breitbandprodukte in Österreich seit 1996 am Markt angeboten werden.

Im Ergebnis war daher dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria nicht zu folgen.

#### **2.3.5. Zum "Greenfield-Ansatz"**

Telekom Austria bringt vor, dass sie das derzeit bestehende Wholesale-Angebot auf freiwilliger Basis gelegt habe, und auf dem gegenständlichen Markt zumindest keine sektorspezifischen Eingriffe erforderlich gewesen seien. Auch die Berücksichtigung des Greenfield-Ansatzes würde daher mit sich bringen, dass das Allgemeine Wettbewerbsrecht auf dem gegenständlichen Markt ausreiche.

Diesbezüglich ist auszuführen wie folgt:

Der von der Europäischen Kommission verschiedentlich in ihren Stellungnahmen eingemahnte Greenfield-Ansatz (siehe diesbzgl. auch die Leitlinien der EK zur Marktanalyse, Z 70,71) geht der Frage nach, wie ein Unternehmen in einem regulierungsfreien Raum agieren würde: Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen; d.h. es wird im gegebenen Fall untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Entgelte für die marktgegenständlichen Bitstream-Produkte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde bzw. ob überhaupt Zugang gewährt würde.

Durch Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter weitgehend entzogen, sodass deren Analyse auf Basis einer ex-post-Betrachtung lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen zu Tag fördern würde.

Ausgehend von diesem Untersuchungsrahmen erscheint die von Telekom Austria getroffene Unterscheidung zwischen "sektorspezifischen Eingriffen (bzw. Regulierungsaufgaben) im Sinne des TKG 2003" und "regulatorischen Interventionen bei der Untersuchung der Auswirkungen der Regulierungsbehörde" als rechtlich nicht begründet.

Zur impliziten Aussage von Telekom Austria, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht auf dem gegenständlichen Markt ausreichen würde, verweist die Telekom-Control-Kommission lediglich auf die im Zuge dieses Verfahrens erstellten Gutachten, aus denen klar hervorgeht, dass Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt und dass die Auferlegung von ex-ante Verpflichtungen notwendig erscheint, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme hintanzuhalten. Auch an dieser Stelle weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass es primär Aufgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist, auf Marktverhalten basierende Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist hingegen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend geeignet, aus wettbewerbslicher Sicht problematische Marktstrukturen sowie den sich aus diesen Marktstrukturen ergebenden Verhaltensanreizen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zu begegnen. Da, wie festgestellt, die auf dem gegenständlichen Markt identifizierten Wettbewerbsprobleme gerade auch Marktstrukturprobleme darstellen, wie eben Existenz hoher Markteintrittsbarrieren für alternative ISPs, Kontrolle von Telekom Austria über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, vertikale Integration von Telekom Austria (siehe Feststellungen zu Punkt 3.1.), war auch aus diesem Grund dem diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria hinsichtlich Greenfield-Ansatz nicht zu folgen.

Die Telekom-Control-Kommission weist darauf hin, dass Telekom Austria mit keinem Wort die Feststellung, dass es zur Erreichung des status quo beim derzeit auf dem Markt befindlichen Wholesale-Angebotes regulatorischer Eingriffe seitens der Regulierungsbehörde bedurfte, bestreitet.

### **2.3.6. Zum Breitbandpotential auf Vorleistungsebene**

Telekom Austria bringt wiederholend vor, dass das ihr zur Verfügung stehende Endkundenpotential im Vergleich zu dem der UPC Austria als zu groß dargestellt werde, da es die Verwendung der Kupferdoppeladertechnologie mit sich bringe, dass lediglich 50 % der Kupferdoppeladern eines Bündels mit xDSL-Technologie ausgestattet werden könnte. Darüberhinaus würde UPC Austria bereits jetzt ein marktgegenständliches Endkundenprodukt mit einer Übertragungsrate von bis zu 16 Mbit/s anbieten.

In Ergänzung zu den obigen Ausführungen zu Punkt C 2.1.6 weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass Telekom Austria trotz der von ihr beschriebenen Einschränkungen nach wie vor über das größte Potential an Breitbandkunden verfügt. Die von Telekom Austria in ihrer Stellungnahme (Grafik in ON 40, S 10) angegebenen Breitbandpotentiale stellen betreiberübergreifend auf die verwendete Technologie ab und geben daher keine auf den jeweiligen Betreiber bezogene Potentiale ab.

Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die von Telekom Austria verwendete Darstellungsform irreführend ist. So berücksichtigt Telekom Austria die primär sie betreffende 50%ige Beschaltungsgrenze bei Kupferdoppeladernetzen, während die Kapazitätsrestriktionen bei CATV-Netzen fälschlicherweise nicht berücksichtigt werden. Aus diesem Grund sind die von Telekom Austria angeführte Potentialgrößen nicht korrekt. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die getroffenen Feststellungen zu Punkt B 3.1.1 (Punkt 3 der Aufzählung) und Punkt B 3.1.3.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist die Darstellung von Telekom Austria deshalb nicht korrekt, da auch CATV-Betreiber - wie oben in Punkt C 2.1.6 ausgeführt, technologiebedingte Einschränkungen zu gewärtigen haben. Wenn nun Telekom Austria diese technologiebedingten Einschränkungen als "reine Konfigurationsprobleme" abtun möchte, so ist ihr entgegenzuhalten, dass Telekom Austria die sie selbst betreffenden Einschränkungen, nämlich die durchschnittliche Beschaltungsgrenze von behaupteten 50 % der Leitungen in einem Bündel, ebenfalls durch entsprechende "Netzkonfigurationen" zu umgehen versuchen kann.

In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission auf die Verfahren Z 12,15/00 hin, in denen dem Antrag der Telekom Austria auf Aufnahme der „xDSL-Beschaltungsrichtlinie" in den Anordnungstext zu Z 12,15/00 unter Verweis auf den 3. Absatz der „xDSL-Beschaltungsrichtlinie", dieser lautet wie folgt: „Nachstehende Richtlinien gelten bis zum Vorliegen eines international anerkannten Frequenzmanagements und damit verbundenen Beschaltungsrichtlinien sowie vorbehaltlich allenfalls erforderlicher Anpassungen auf Grund erster praktischer Erfahrungen.“, nicht stattgegeben wurde.

Angesichts der stattgefunden habenden dynamischen technologischen Entwicklung, zB verbesserte ADSL-Standards, erachtet sich die Telekom-Control-Kommission in der erwähnten Entscheidung bestätigt und das nunmehrige Vorbringen von Telekom Austria hinsichtlich einer 50%igen Beschaltungsgrenze als nicht ausreichend substantiiert, um die gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich des für Telekom Austria erreichbaren Kundenpotentials in Zweifel zu ziehen. Ferner ist Telekom Austria entgegenzuhalten, dass auch CATV-Betreiber nicht "einfach" durch Verkleinerung der geografischen Zellen ihr Kundenpotential erhöhen können, da auch für diese Umbauarbeiten hohe Investitionen getätigt werden müssen.

Die Telekom-Control-Kommission vertritt daher den Standpunkt, dass eine Darstellung der Potentialgrößen der einzelnen Betreiber unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Überlegungen zwar theoretisch möglich wäre, allerdings müssten in einem solchen Fall die in der Tabelle in Punkt C 2.1.6 enthaltenen Potentialgrößen aller Betreiber entsprechend "nach unten" korrigiert werden, wodurch sich die relative Position der Anbieter zueinander nicht wesentlich verändern würde. Die von Telekom Austria vorgebrachten Potentialgrößen sind demgegenüber eine einseitige Darstellung.

Angesichts der Schwierigkeiten bei der genauen Ermittlung der unter wirtschaftlichen Bedingungen erreichbaren Potentialgrößen und der untergeordneten Bedeutung dieses Wertes für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt, legt die Telekom-Control-Kommission ihrer Beurteilung die Zahlen der Tabelle in Punkt C 2.1.6 zugrunde.

Aus den genannten Gründen war dem Vorbringen von Telekom Austria in diesem Punkt daher nicht näher zu treten.

### **2.3.7. Zu den Investitionsanreizen**

Telekom Austria bringt vor, dass die vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente weder den Breitbandausbau im ländlichen Raum fördern würden noch die Wettbewerbsfähigkeit am IKT-Sektor steigern würden und die Ziele der i2010-Initiative der Europäischen Union nicht unterstützen würden.

Diesbezüglich führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass diese von Telekom Austria genannten Ziele sehr allgemein gehaltener Natur sind. So nennt bspw. die Europäische Kommission in ihrer i2010-Initiative unter anderem die "Schaffung eines offenen und wettbewerbsfähigen EU-Binnenmarkts für die Dienste der Informationsgesellschaft und der Medien" sowie die "Förderung einer Informationsgesellschaft, die alle Menschen einbezieht", als politische Schwerpunkte. Die Telekom-Control-Kommission verweist auf die in § 1 TKG 2003 angeführten Regulierungsziele, durch deren Verwirklichung zur Entwicklung des Binnenmarktes beigetragen wird. Zu den in § 1 TKG 2003 angeführten Regulierungszielen gehören bspw. die Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau und die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten. Die Verwirklichung des letzteren Regulierungszieles ist insbesondere durch die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer sowie durch die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen anzustreben.

Die Telekom-Control-Kommission ist nun der Ansicht, dass durch die der Telekom Austria auferlegten ex-ante Verpflichtungen zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme auch den Regulierungszielen des § 1 TKG 2003 entsprochen wird, und - sofern sich die allgemein gehaltenen Ziele der i2010-Initiative unter die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003 subsumieren lassen - daher auch diesen Zielen entsprochen wird.

Darüberhinaus stehen die Auflagen des Bescheides dem Vorbringen von Telekom Austria nicht entgegen, da durch die Förderung des Wettbewerbs am Breitbandvorleistungsmarkt sowohl die Wettbewerbsfähigkeit am IKT-Sektor erhöht als auch die Bedingungen für eine verbesserte Breitbandversorgung des ländlichen Raumes verbessert werden.

### **2.4. Zum Vorbringen der Telekom Austria in ihrer Stellungnahme zum Zusammenschluss von UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH**

Telekom Austria brachte anlässlich des Zusammenschlusses von UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH am 2.1.2006 eine Stellungnahme (ON 48) ein, in der sie im Wesentlichen zum Zusammenschluss von UPC Austria GmbH und Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH Stellung nahm.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf das eingeholte Gutachten (ON 52) zu den Auswirkungen dieses Zusammenschlusses bzw. auf die getroffenen Feststellungen zu den jeweiligen Marktmachtindikatoren (Punkte B 3.1.1 bis B 3.1.4) bzw. auf die entsprechenden Begründungen (Punkte D 6.1.1 - D 6.1.4) dazu.

## **2.5. Zum Vorbringen der Telekom Austria in ihrer Stellungnahme zum Ergänzungs-Gutachten**

Am 7.2.2006 übermittelte Telekom Austria im Verfahren M 1/05 ihre Stellungnahme (ON 55) zum Ergänzungs-Gutachten (ON 52). In dieser Stellungnahme kritisierte Telekom Austria die ergänzenden Ausführungen der Gutachter hinsichtlich des Zusammenschlusses von UPC/Inode im Wesentlichen wie folgt:

### **2.5.1. Zu den Marktanteilen und mobilen Breitbandzugängen**

Telekom Austria kritisiert die nach ihrer Ansicht fehlende Miteinbeziehung von mobilen Breitbandzugängen, die nach ihrer Ansicht zu stagnierenden Marktanteilen von TA führen würden. Diesbezüglich ist seitens der Telekom-Control-Kommission wiederholend auszuführen, dass die diesem Verfahren zugrunde liegende Marktabgrenzung die der TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005 ist. Die Telekom-Control-Kommission ist im gegenständlichen Verfahren gem. § 37 Abs. 1 S 1 TKG 2003 an diese Marktdefinition gebunden.

Lediglich ergänzend führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass Telekom Austria nicht begründet, inwiefern die von ihr kritisierte Marktabgrenzung mit dem Zusammenschluss UPC/Inode in Zusammenhang steht.

Hinsichtlich der Ausführungen von Telekom Austria zum Thema "Breitbandzugänge in Österreich nach Plattform/Betreiber" (Grafik in ON 55, S 3) verweist die Telekom-Control-Kommission ferner auf ihre Ausführungen zu Punkt C 2.3.6.

Die von Telekom Austria wiederholt vorgebrachte Kritik an der getroffenen Marktabgrenzung relativiert sich daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch in sachlicher Hinsicht.

### **2.5.2. Zu den Skaleneffekten und den Verbundvorteilen**

Telekom Austria kritisiert, dass UPC/Inode nunmehr ein horizontal integriertes Unternehmen sei und durch die Verwendung zweier unterschiedlicher Technologien gerade im Vertrieb (durch Bündelprodukte wie zB Triple-play) profitieren könnte.

Derzeit werden von Inode keine Triple-Play-Produkte angeboten, was bedeutet, dass sich Triple-Play-Produkte vorerst auf die Netzausdehnung der UPC beschränken werden. Auch wenn UPC/Inode in naher Zukunft ihr Triple-Play-Produkt mittels IP-TV auf die Netzausdehnung der Inode ausdehnen könnte, so ist dem entgegenzuhalten, dass auch Telekom Austria verschiedentlich angekündigt hat (ON 21), ein Triple-Play-Produkt auf den Endkundenmarkt bringen zu wollen. Die Telekom-Control-Kommission ist daher der Ansicht, dass auch Telekom Austria über die Möglichkeit mittels Produktdifferenzierung oder mittels Produktbündelung am Endkundenmarkt in ausreichendem Ausmaß verfügt. Gerade die Möglichkeit, zukünftig als einziger Betreiber österreichweit flächendeckende Triple-Play-Produkte am Endkundenmarkt anbieten zu können, könnte die Marktmacht von Telekom Austria in Zukunft verstärken.

Betreffend das Vorliegen von Skalenvorteilen ist festzuhalten, dass Skalenvorteile alleinfalls beim Vertrieb zum Tragen kommen, wobei jedoch berücksichtigt werden muss, dass diese Skalenvorteile noch immer geringer sind, als jene von Telekom Austria, da Telekom Austria nach wie vor der mit Abstand größte Betreiber am gegenständlichen Markt ist.

Auch nach dem Zusammenschluss von UPC und Inode kommt es zu keiner Erleichterung hinsichtlich des Überwindens der festgestellten jeweiligen (DSL einerseits und CATV andererseits) Marktzutrittsbarrieren. Die bestehenden Marktzutrittsbarrieren in Form der

Skalenvorteile im Anschlussnetz bestehen ebenso wie diejenigen bei CATV-Netzen weiter. Auch das fusionierte Unternehmen UPC/Inode muss diese überwinden.

Dass Telekom Austria auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode weiterhin in vielen Gebieten (ca. ein Drittel aller Haushalte) der einzige Betreiber mit eigener, nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur ist, relativiert ebenfalls die Möglichkeiten von UPC/Inode mit "Bündelangeboten" der Telekom Austria Endkundenmarktanteile streitig zu machen. In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass die Befürchtung "stagnierender Marktanteile" (ON 55, S 2), nicht zwingend gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht spricht. Die Telekom-Control-Kommission schließt sich daher den Argumenten der Telekom Austria nicht an.

### **2.5.3. Zur Quersubventionierung bei CATV-Betreibern**

Telekom Austria bringt vor, dass die vorgesehene Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode zur Situation führe, dass das Absenken der Endkundenpreise, welches wettbewerblich induziert sei, dazu führe, dass die Bitstream-Wholesalepreise wie auch die Entbündlungspreise abzusenken wären. Nunmehr könnte Inode zu verbilligten Preisen Bitstream-Produkte und Entbündelung von Telekom Austria beziehen und somit (wiederum) die eigenen Endkundenpreise absenken, was neuerlich dazu führe, dass Telekom Austria die eigenen Endkundenpreise absenken müsste. Verschärft würde dieser Effekt durch die Möglichkeit der Quersubventionierung von Bündelprodukten aus den bei Kabel-TV erzielbaren Monopolgewinnen. Telekom Austria erachtet diese Situation als wettbewerbsrechtlich bedenklich, da Telekom Austria entweder Endkunden verlieren würde, oder im Wholesale-Bereich an Umsatz.

Die Telekom-Control-Kommission vermag diese Überlegung aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission lässt die Aussage von Telekom Austria, dass UPC Quersubventionierung aus ihren Erträgen am CATV-Markt praktizieren könnte, jegliche Evidenz vermissen. Gemäß den Feststellungen (ON 4) ist der Preis der UPC Telekabel am Endkundenmarkt für breitbandige Internetzugangprodukte mit den Preisen anderer Anbieter vergleichbar, was nicht auf Quersubventionierung hindeutet.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ergeben sich die Vorteile für UPC in Wien vielmehr daraus, dass sie mit ihrem Breitbandendkundenprodukt als erster auf dem Markt war und darüberhinaus in vielen Haushalten bereits CATV bereitstellt. Wie in Punkt B 3.1.5 bereits festgestellt, verfügt Telekom Austria jedoch über beträchtliche Vorteile, da sie in ca. 86 % der Haushalte Sprachtelefonie bereitstellt.

Zum Vorbringen von Telekom Austria, dass sie durch wettbewerblich erzwungenes Absenken der Endkundenpreise die Bitstream-Wholesalepreise ebenfalls absenken müsse, führt die Telekom-Control-Kommission aus wie folgt:

Telekom Austria muss anderen Betreibern Produkte zu denselben Preisen und Bedingungen anbieten wie sich selbst. Daraus folgt, dass, sofern Telekom Austria auf der Retail-Ebene genauso effizient ist, wie ihre Wettbewerber, ihr daraus kein wettbewerblicher Nachteil entstehen kann. Der Kerngehalt der Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus liegt darin, dass Telekom Austria Nachfragern nach Bitstream-Produkten auf Vorleistungsebene diese Produkte zu gleichen Bedingungen anbieten muss wie sie sich selbst (dem eigenen Retail-Bereich).

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

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

### **2. Allgemeines**

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 hinsichtlich der 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 – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – 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 – der „Regulierungsinstrumente“ (dh der spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003) –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

### **3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003**

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

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

#### **4. Relevanter Markt**

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

#### **5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht**

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

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

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,

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

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (Abs. 3 leg. cit.).

Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („joint dominance“), sind von der Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 4 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht („joint dominance“) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion („tacit collusion“). Darunter wird das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

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

§ 35 TKG 2003 deckt sich 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 der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002). Die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vorgenommen: gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Marktzutritthemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

Die Formulierung „insbesondere“ deutet klar darauf hin, dass die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 nicht erschöpfend ist; Anhang II der Rahmenrichtlinie hält explizit fest, dass die Liste der „von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung nach Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 zu berücksichtigenden Kriterien“ „nicht erschöpfend“ ist und die Kriterien „nicht kumulativ“ vorzuliegen haben.

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*“ dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

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

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

## **6. Zur Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene**

Aufgrund der getroffenen Feststellungen gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene einzustufen ist und daher kein effektiver Wettbewerb besteht.

Zusammengefasst wurden folgende potentielle Wettbewerbsprobleme auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene festgestellt:

- Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten
- Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte sowie
- Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern, insbesondere hinsichtlich der Preissetzung

Die getroffenen Feststellungen zum Vorhandensein von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC Telekabel gemeinsam haben im Sinne des soeben Ausgeführten ergeben (Punkt 3.2 und insb. die abschließende Beurteilung in Punkt 3.2.10), dass die untersuchten Indikatoren in ihrer Gesamtheit eindeutig gegen das Vorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC Telekabel sprechen. Da das Vorhandensein von alleiniger und gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht sich bereits logisch ausschließt, sieht die Telekom-Control-Kommission daher von einer detaillierten rechtlichen Begründung für das Nichtvorliegen von gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht durch Telekom Austria und UPC Telekabel ab.

Im Folgenden werden die untersuchten Kriterien daher vor dem Hintergrund der alleinigen beträchtlichen Marktmacht von Telekom Austria untersucht.

### **6.1. Zum Indikator „Marktanteile“**

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

Marktanteile werden in der Rechtsprechung als wesentlicher Indikator für Marktmacht angesehen (Vgl. § 35 Abs. 2 Z. 1 TKG 2003 sowie Europäische Kommission (2002) (in weiterer Folge „SMP-Guidelines“), § 75-78).

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Bei einem Marktanteil von nicht mehr als 25% kann vermutet werden, dass das betreffende Unternehmen über keine (alleinige) beherrschende Stellung verfügt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann zwar auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Die Berechnung der Marktanteile anhand der Anzahl der (intern oder extern) bereitgestellten Zugänge (=Anschlüsse) erscheint am vorliegenden Markt, den Feststellungen zu Punkt 3.1.1 folgend, als die sinnvollste, adäquateste und daher rechtlich gebotene Vorgangsweise.

Wie festgestellt, verfügt Telekom Austria (Stand 2000 bis drittes Quartal 2005) auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über einen Marktanteil von ca. 49 % bei zuletzt stark steigender Tendenz.

Diese „überragende“ Stellung der Telekom Austria und damit ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 spricht daher nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht für eine marktbeherrschende Stellung der Telekom Austria auf dem gegenständlichen Markt.

Die steigenden Marktanteile von Telekom Austria von derzeit über 49 % auf entsprechend den von den Gutachtern angestellten Prognoserechnungen, die einen Anstieg des Marktanteils von Telekom Austria innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre auf über 50 % erwarten lassen, sprechen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission, für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht. Die Marktanteilsentwicklung ist gemäß dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 auch im Zeitverlauf zu beobachten (vgl. Stratil, TKG 2003 zu § 35 Rn 5 mit weiteren Nachweisen). Unterstützt wird die obige Schlussfolgerung daher durch den im beobachteten Zeitraum von fünf Jahren beinahe spiegelbildlich entgegengesetzt zurückgehenden Marktanteil der UPC Telekabel von ca. 60 % auf ca. 25 %. Auch nach dem

Zusammenschluss von UPC/Inode hätte der gemeinsame Marktanteil sich im Dezember 2004 bei fallender Tendenz auf ca. 33% belaufen. Die steigenden Marktanteile der Inode sind nicht groß genug, um die Marktanteilsverluste von UPC wesentlich verringern oder gar kompensieren zu können. Die Vermutung, dass es Telekom Austria gelingen kann, ihren Marktanteil nachhaltig auf über 50 % zu steigern, ist - auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode - darin begründet, dass die geografische Netzabdeckung – und damit das theoretisch zu erschließende Potential an Endkunden – bei ihr mit Abstand am größten ist. Zum diesbezüglichen Vorbringen von Telekom Austria wird auf die Ausführungen unter C – Beweiswürdigung verwiesen.

Da es, den Feststellung folgend, wahrscheinlich erscheint, dass Telekom Austria innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre einen Marktanteil von über 50 % erreichen wird, während der Marktanteil von UPC/Inode weiter sinken könnte, spricht daher dieser Marktmachtindikator aus Sicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht.

## **6.2. Zum Indikator „Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb“**

Die Liste der Kriterien für eine (alleinige) beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als Marktmachtindikatoren. Randziffer 80 der Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittschranken“. Marktzutrittsbarrieren können daher 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. So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215).

Die getroffenen Feststellungen sprechen aus Sicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria, da - ohne die Zugangsregulierung auf dem Entbündelungsmarkt - ein Markteintritt in den Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang nur dann möglich erscheint, wenn ein eigenes Anschlussnetz errichtet wird. Ein weiterer Marktzutritt (in relevantem Ausmaß) mit eigener Infrastruktur in den nächsten 1-2 Jahren ist in weiten Teilen Österreichs daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sehr unwahrscheinlich, da im Anschlussnetz massive Skalenvorteile vorliegen und die Errichtung eines solchen Netzes gerade unter Zuhilfenahme von leitungsgebundenen Technologien wie DSL, CATV und FTTH mit erheblichen versunkenen Kosten verbunden ist.

Eben diese Barrieren stehen auch dem weiteren Ausbau von bestehenden Netzen entgegen. Dennoch verfügt Telekom Austria gegenüber anderen Unternehmen, insbesondere auch gegenüber Kabelnetzbetreibern über den Vorteil, bereits über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz zu verfügen. Zur Ausweitung der Coverage sind daher nur Investitionen in einen DSLAM und in die Anbindung an das breitbandige Kernnetz erforderlich, während Kabelnetzbetreiber (so ihre Netze bereits voll rückkanalfähig sind, was bei allen großen Kabelnetzbetreibern der Fall ist), neue Teilnehmeranschlussleitungen verlegen müssten.

Diese Schlussfolgerung wird auch durch die Auswirkungen der derzeitigen Regulierung am Entbündelungsmarkt nicht beeinträchtigt. So werden zwar die Marktzutrittsbarrieren auf dem gegenständlichen Markt gesenkt, jedoch muss ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche versunkene Kosten auf sich nehmen, um sein eigenes Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen. Darüber hinaus sind – ebenfalls versunkene – Investitionen für die Errichtung

oder Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen, was zu einem bisher vergleichsweise geringen Marktanteil der entbündelnden ISPs am Endkundenmarkt führt.

Auch die sich für Telekom Austria aus existierenden Leitungswegerechten und Aufgrabungsverboten ergebenden Vorteile sprechen für das Vorliegen dieses Marktmachtindikators. Diese wirken sich für neu in den Markt eintretende Wettbewerber insofern zeitverzögernd und daher wettbewerbsbeeinträchtigend aus, als Telekom Austria aufgrund des ihr – bereits – zur Verfügung stehenden flächendeckenden Anschlussnetzes in weitaus geringerem Ausmaß gewärtigen muss, mit solchen Leitungswegerechten und Aufgrabungsverboten konfrontiert zu werden.

Die bei leitungsungebundenen Technologien wie W-LAN, WLL oder WiFi festgestellten deutlich geringeren versunkenen Kosten als bei leitungsgebundenen Technologien erhärten diese Schlussfolgerung noch, da die innerhalb des gegenständlichen Marktes liegenden Technologien W-LAN, WLL oder WiFi kaum das Potential besitzen, innerhalb des hier relevanten Zeitraums von 1 – 2 Jahren zu einem berücksichtigungswerten Abbau von Markteintrittsbarrieren beizutragen. Dies deshalb, da bis jetzt auf diesen Technologien basierenden Produkte nicht in ausreichendem Maß am Markt angeboten (ON 4) werden. Bei WLL-Frequenzen generell ist mitzuberücksichtigen, dass durch die Frequenzknappheit nur eine beschränkte Anzahl an Unternehmen mittels WLL-Technologie am bestehenden Markt aktiv sein kann.

Obwohl durch den Zusammenschluss von UPC und Inode die Gesamtnetzabdeckung des gemeinsamen Unternehmens nunmehr zwar über 50 % beträgt, ist festzuhalten, dass die nunmehrige Gesamtnetzabdeckung aber im Wesentlichen aus der bereits bestanden habenden Netzabdeckung der Inode besteht. Aus diesem Grund kommt es auch nach dem Zusammenschluss von UPC und Inode zu keiner Erleichterung hinsichtlich des Überwindens der festgestellten jeweiligen (DSL einerseits und CATV andererseits) Marktzutrittsbarrieren, da die beschriebenen Marktzutrittsbarrieren in Form der Skalenvorteile im Anschlussnetz ebenso wie diejenigen bei CATV-Netzen weiter bestehen.

Auch dieser Indikator spricht daher vor allem aufgrund des flächendeckend zur Verfügung stehenden Anschlussnetzes für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

### **6.3. Zum Indikator „nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“**

Dieser Indikator ist explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennt diesen Indikator (vgl. Rz. 78).

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle kann es dem entsprechenden Unternehmen ermöglichen, 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.

Da Telekom Austria als einziger Marktteilnehmer über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt, so sind ca. 86 % aller österreichischen Haushalte an ihr Anschlussnetz angebunden, ist schon aus diesem Grund davon auszugehen, dass Telekom Austrias Infrastruktur für einen alternativen Anbieter nicht leicht ersetzbar ist. Ferner beträgt das theoretisch erreichbare Gesamtpotential aller CATV-Betreiber nur ca. 50 % aller Haushalte. Das Gesamtentbündelungspotential liegt gemäß den nachvollziehbaren Angaben von Telekom

Austria theoretisch bei ca. 54 % aller Haushalte, diesbezüglich ist aber unter anderem auf einschränkende Kapazitätsrestriktionen am Kollokationsstandort zu verweisen. Weiters ist festzuhalten, dass durch die Übernahme der Inode durch die UPC Telekabel per se keine neue Infrastruktur geschaffen wird und auch die Expansionsbarrieren, wie sie in Abschnitt 4.2 des Marktanalysegutachtens beschrieben wurden, unverändert bleiben. Weiters entspricht die Netzabdeckung von UPC/ Inode im Wesentlichen jener von Inode, da fast alle Gebiete, in denen UPC vertreten ist, von Inode bereits entbündelt sind.

Da Telekom Austria auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode weiterhin in vielen Gebieten (ca. ein Drittel aller Haushalte) der einzige Betreiber mit eigener, nicht leicht ersetzbarer Infrastruktur ist, spricht auch dieser Indikator für die Stellung der Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

#### **6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“**

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird in § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen (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.

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207).

So hält auch die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu ihrer Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 20) wie folgt fest: „Eine solche Marktdefinition – Anrufzustellung über Einzelnetze – bedeutet nicht automatisch, dass jeder Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt; sie richtet sich weitgehend nach der entsprechenden Kaufkraft und anderen Faktoren, die diese Marktmacht einschränken können.“ In der englischsprachigen Fassung der Begründung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte wird „entsprechende Kaufkraft“ mit „countervailing buyer power“ übersetzt; nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission – und der Amtssachverständigen – ist der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ aussagekräftiger und folglich geeigneter als „entsprechende Kaufkraft“.

Auf dem gegenständlichen Markt ist dieser Marktmachtindikator sowohl auf der Vorleistungsebene als auch auf der Endkundenebene zu überprüfen.

Es ist nun bezüglich der Existenz von nachfrageseitiger Gegenmacht auf der Vorleistungsebene davon auszugehen, dass die Verhandlungsmacht der ISPs gegenüber Telekom Austria aus mehreren Gründen wenig ausgeprägt ist:

Dies folgt einerseits aus dem Umstand, dass das Bitstream-Angebot der Telekom Austria letztlich durch Intervention der Regulierungsbehörde zustande kam. Die Telekom-Control-Kommission schließt daraus, dass Telekom Austria nicht zuletzt aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran hat, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt in Wettbewerb steht, ein marktfähiges Zugangsprodukt anzubieten.

Diese Schlussfolgerung wird noch dadurch gestärkt, dass die nachfrageseitige Gegenmacht der ISPs aufgrund dessen eingeschränkt ist, dass ein Wechsel zu anderen Anbietern auf der

Vorleistungsebene zwar in manchen Fällen möglich ist, jedoch meist durch eine Vielzahl von Faktoren erschwert wird. Dies deshalb, da die meisten alternativen Betreiber (insbesondere Kabelnetzbetreiber) dem Bitstream-Zugang äquivalente Leistungen nur ausgewählten ISPs anbieten. Dies spricht daher insofern gegen das Vorhandensein von nachfrageseitiger Gegenmacht, als, um nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber Telekom Austria ausüben zu können, hinreichend viele ISPs auf alternative Zugangsprodukte ausweichen können müssten.

Der Umstand, dass bei einem Wechsel darüberhinaus Umrüstkosten anfallen können, sowie die Tatsache, dass bei einem Wechsel – abhängig vom Versorgungsgebiet – eine Kooperation mit mehreren Betreibern erforderlich sein kann, spricht ebenso für das Vorliegen dieses Marktmachtindikators, da sich dadurch die Transaktionskosten erhöhen können.

Auch der Umstand, dass, die Umsteigebereitschaft eines Endkunden von einem DSL-Internetzugang auf einen CATV-Zugang zu wechseln bereits vorausgesetzt, bei einem solchem Wechsel auf der Vorleistungsebene Kosten dadurch entstehen, dass das Equipment beim Endkunden getauscht werden muss, deutet auf das Vorliegen dieses Marktmachtindikators hin.

Ferner wird nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Möglichkeit zur Eigenerstellung der Leistung z.B. durch einen Wechsel zur Entbündelung oder die Verlegung eines eigenen Anschlussnetzes aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten stark eingeschränkt.

Auch durch den Zusammenschluss von UPC/Inode erhöht sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die Zahl der von Inode bei Telekom Austria nachgefragten Bitstream-Anschlüsse nicht, da UPC bisher keine Bitstream-Anschlüsse bezog und daher die Zahl der von UPC/Inode bezogenen Anschlüsse gleich jener von Inode alleine ist. Aufgrund der nachgefragten Menge kommt es also nicht zu einer Erhöhung der nachfrageseitigen Gegenmacht, ferner verweist die Telekom-Control-Kommission auf die in Punkt B 3.1.4 getroffenen Feststellungen.

Auch die im Marktanalysegutachten beschriebene Anreizstruktur (Telekom Austria hat aufgrund ihrer vertikalen Integration in den meisten Fällen kein Interesse daran, ISPs, mit denen sie am Endkundenmarkt im Wettbewerb steht, ein marktfähiges Bitstream-Produkt anzubieten) bleibt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission grundsätzlich erhalten. Dieser Anreiz dürfte sich im Bezug auf UPC/Inode sogar noch verstärken, da nun Telekom Austria durch eine Zugangsverweigerung nicht nur Inode sondern dem größeren Konkurrenten UPC/Inode Schaden könnte. Da UPC ausschließlich eigene Infrastruktur verwendete, liegt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch nach dem Zusammenschluss von UPC/Inode keine Telekom Austria restringierende nachfrageseitige Gegenmacht durch Nachfrager auf Vorleistungsebene vor.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass die ISPs, die das DSL-Bitstreamangebot der Telekom Austria beziehen, kaum über nachfrageseitige Gegenmacht verfügen; das Ergebnis der Prüfung dieses Marktmachtindikators zeigt daher, dass auf der Vorleistungsebene kaum für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria spricht.

Abgesehen von der fehlenden nachfrageseitigen Gegenmacht auf dem gegenständlichen Markt, wird auch das Vorhandensein von nachfrageseitiger Gegenmacht durch die Endkunden mitberücksichtigt:

Hinsichtlich nachfrageseitiger Gegenmacht seitens der Endkunden erscheint es, vor allem bei einer zukunftsgerichteten Betrachtung, aus mehreren Gründen fraglich, ob hinreichend viele Endkunden als Reaktion auf eine solche Preiserhöhung zu anderen Betreibern

wechsell würden, und damit eine disziplinierende Wirkung auf Telekom Austria ausüben könnten:

Am Endkundenmarkt existieren Wechselkosten (Transaktionskosten, eventuell Tausch von Equipment, etc.), weshalb selbst in jenen Gebieten, in denen alternative Zugangsmöglichkeiten existieren, ein Betreiberwechsel als Reaktion auf eine kleine Preiserhöhung eher nicht zu erwarten ist. Wenn auch Wechselkosten in der Phase des Marktwachstums nur eine geringe Bedeutung zukommt (Neukunden haben keine Wechselkosten), so wächst ihre Bedeutung mit zunehmender Marktsättigung. Im Sinne einer zukunftsgerichteten Analyse sind also Wechselkosten durchaus als relevanter Faktor zu beurteilen.

Wie oben ausgeführt ist Telekom Austria in vielen Teilen des geographischen Marktes der einzige Anbieter mit eigener Infrastruktur. Für viele Kunden besteht daher keine Möglichkeit eines Wechsels zu einem anderen Betreiber (mit eigener Infrastruktur). Da das Netz der Telekom Austria ständig erweitert wird und auch in Zukunft weiter ausgebaut werden soll, und ein weiterer Ausbau von Kabelnetzen aufgrund der hohen Expansionsbarrieren hingegen unwahrscheinlich ist, ist ein Anstieg dieses Anteils zu erwarten.

Die Marktanteilsentwicklung in Verbindung mit dem Preissetzungsverhalten (relativ hohe Preise von Telekom Austria auf der Endkundenebene, ON 4) zeigt, dass Telekom Austria trotz relativ hoher Preise starke Marktanteilsgewinne verzeichnen kann, was ebenfalls nahe legt, dass die Möglichkeit eines Wechsels auf der Endkundenebene und somit die nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt ist, was ebenfalls für das Fehlen von nachfrageseitiger Gegenmacht durch Endkunden spricht.

Die Telekom-Control-Kommission hat zur Frage, ob sich durch den Zusammenschluss von UPC/Inode die nachfrageseitige Gegenmacht von Inode erhöhen könnte, wie folgt erwogen:

- Ein Wechsel kann nur in jenen Gebieten erfolgen, in denen UPC über eigene Infrastruktur verfügt, also bei <30% aller Haushalte. Gerade in jenen Gebieten ist Inode aber ohnehin bereits mit eigener Infrastruktur (Entbündelung) vertreten, weshalb sich die nachfrageseitige Gegenmacht von UPC/Inode durch den Zusammenschluss nicht wesentlich verändert.
- Die nachfrageseitige Gegenmacht anderer ISPs bleibt unverändert, da sich deren Möglichkeit zur Substitution auf der Vorleistungsebene durch den Zusammenschluss nicht verbessert.
- Auf der Endkundenebene entstehen bei einem Wechsel von DSL zu CATV Umstellungskosten (Tausch von Equipment). Weiters muss der Kunde bereit sein, seinen DSL-Internetzugang durch einen CATV-Internetzugang zu ersetzen. Diese Faktoren schränken die nachfrageseitige Gegenmacht von Inode ein.

Die restringierende Wirkung auf Telekom Austria ist aus diesen Gründen daher nicht bzw. kaum höher als vor dem Zusammenschluss.

Das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, wird daher auch durch den Zusammenschluss von UPC/Inode nicht erschüttert, da keine - weder auf Vorleistungs- noch auf der Endkundenebene - nennenswerte nachfrageseitige Gegenmacht feststellbar ist.

#### **6.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“**

Das „Ausmaß der Produktdifferenzierung“ wird in § 35 Abs. 2 Z 10 TKG 2003 als ein Indikator für das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht genannt. Darüber

hinaus findet sich dieses Kriterium auch in den Leitlinien (Rz. 78) der Europäischen Kommission.

Dieser Marktmachtindikator spricht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht, da Telekom Austria auf der Vorleistungsebene gegenüber anderen Anbietern von DSL-Bitstream oder Open Access Produkten über den Vorteil verfügt, in ganz Österreich präsent zu sein und alles aus einer Hand anbieten zu können, wie z.B. die Anbindung an das eigene Netz mittels einer Mietleitung oder Sprachtelefonie-Vorleistungsdienste.

Ungeachtet der auf der Endkundenebene bezüglich Preis und Produktcharakteristika relativ homogenen Endkundenprodukte, die einander bezüglich Datenraten, Downloadvolumen und Preis weitgehend entsprechen, ergeben sich für Betreiber jedoch hinsichtlich der Bündelungsmöglichkeiten mit anderen Diensten, v.a. Sprachtelefonie aber auch TV, Differenzierungsmöglichkeiten. In Haushalten, die kein Kabelfernsehen beziehen (dies ist mit ca. 2/3 die Mehrzahl der Haushalte) verfügt Telekom Austria über den Vorteil, den Kunden ein „one-stop-shopping“ bieten zu können, da sie in den meisten Fällen (mehr als 80% aller Haushalte) bereits den Festnetzanschluss für Sprachtelefonie bereitstellt. Schlussendlich spricht auch der Umstand, dass Telekom Austria kürzlich den Launch von TV über ADSL-Produkten ankündigte (ON 4, ON 21), tendenziell ebenfalls für verbesserte Möglichkeiten zur Produktdifferenzierung am Endkundenmarkt und damit für das Vorliegen dieses Marktmachtindikators.

Der ursprünglich bestehende „Startvorteil“ der Kabelnetzbetreiber hinsichtlich der Möglichkeit zum Anbieten von Bündelprodukten, so wird beispielsweise Breitbandinternet von UPC Telekabel bei mehr als 70% der Kunden gemeinsam mit Kabelfernsehen verkauft (ON 5), spricht trotz der Vermutung, dass viele Kunden, die bereits einen Kabelfernsehanschluss hatten, zusätzlich auch Breitbandinternet von Kabelnetzbetreiber beziehen, um die Vorteile eines „one-stop-shopping“ nutzen zu können, nicht gegen das Vorliegen dieses Marktmachtindikators. Dies deshalb, da die Anzahl der Haushalte, die mit CATV versorgt werden können nicht mehr signifikant steigt bzw. in jüngster Zeit sogar stagniert.

Auch der Indikator Produktdifferenzierung spricht also insgesamt für Vorteile der Telekom Austria gegenüber ihren Konkurrenten.

## **6.6. Zum Indikator „Vertikale Integration und Marktmachtübertragung“**

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003, bzw. SMP-Guidelines § 78). Da 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, da es zu Übertragungen der Marktmacht auf nachgelagerte Märkte oder andere Vorleistungsmärkte kommen kann. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu anti-kompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten.

Wie festgestellt, liegt der Anreiz einer solchen Marktmachtübertragung für ein gewinnmaximierendes Unternehmen darin, dass es auf einem weiteren Markt keiner Einschränkung bei der Preissetzung durch andere Anbieter unterliegt, und in der Folge auch auf diesem Markt überhöhte Preise verlangen und hohe Profite lukrieren kann. Um das zu erreichen, wird das Unternehmen Konkurrenten vom potentiellen Wettbewerbsmarkt verdrängen oder potentielle Markteinsteiger abschrecken. Ebenfalls für das Vorliegen dieses Marktmachtindikators spricht, dass dieser Anreiz noch zusätzlich dadurch erhöht wird, wenn das Unternehmen bereits einige Investitionen getätigt hat und sich darunter auch versunkene Kosten befinden, da die Option eines Marktaustrittes dadurch sehr unwahrscheinlich wird.

Die Einschätzungen der Sachverständigen, wonach bei Abwesenheit der Regulierung von vertikal integrierten Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene Anreiz dazu besteht, einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt zu verlangen und Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen, erscheinen der Telekom-Control-Kommission als glaubhaft und nachvollziehbar.

Demzufolge bestehende Anreize können daher insbesondere dann zu einer Verdrängungsstrategie führen, wenn das Unternehmen mit Marktmacht am Vorleistungsmarkt seine Marktmacht nicht uneingeschränkt ausüben kann. Besteht z.B. eine Zugangsregulierung und sind die Zugangspreise kostenorientiert, so kann das Unternehmen auf der Vorleistungsebene keine überhöhten Preise verlangen, also seine Marktmacht nicht ausüben.

Für das Vorliegen dieses Marktmachtindikators spricht ferner, dass Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene eine Reihe von Instrumenten zur Verfügung stehen, um den Wettbewerb am Endkundenmarkt zu verzerren. So könnte es seinen Wettbewerbern am nachgelagerten Markt z.B. das (notwendige) Vorleistungsprodukt 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.

Entsprechend den Feststellungen, dass für Telekom Austria trotz der derzeit näherungsweise praktizierten Preisfestlegung nach dem retail-minus Prinzip, Anreize bestehen, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen, spricht dieser Marktmachtindikator nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission schlussendlich für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht: Dies deshalb, da das bestehende Bitstream-Angebot von vielen ISPs, darunter den beiden großen ISPs Inode und UTA/Tele2, zusätzlich zur Entbündelung in Anspruch genommen wird. Das ist für diese notwendig, um bundesweit an Endkunden Sprachtelefonie und Breitband-Internet-Zugangsprodukt anbieten zu können. Erst dadurch ist es alternativen Betreibern (gerade auch entbündelnden ISPs) möglich, bundesweit Endkundenprodukte anbieten zu können, wodurch wesentliche Synergien bzw. Größenvorteile sowohl in Bezug auf das Netzwerk als auch auf der Endkundenebene (Werbung/Marketing, „one-stop-shopping“) überhaupt erst realisiert werden können. Eine isolierte Betrachtung der Preisgestaltung des Bitstream-Angebots von Telekom Austria hingegen würde zum – fälschlichen – Schluss führen, dass für Telekom Austria eher geringe Anreize zur Verdrängung von ISPs bestehen, da sie ohnehin auch von den überhöhten Vorleistungsentgelten profitieren würde.

Da nämlich das Bitstream-Angebot auch eine „Sprosse“ auf der Investitionsleiter darstellen kann, die es ISPs erst ermöglicht, zuerst mit nur relativ geringen Investitionen am Endkundenmarkt tätig zu werden, um dann, sobald ein Kundenstock bzw. ein Markenname aufgebaut wurde, weitere Investitionen in die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu tätigen, kann es somit als Instrument betrachtet werden, das langfristig die Etablierung selbsttragenden Wettbewerbs sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt begünstigt. Durch nachfolgende Entbündelung werden ISPs jedoch zu direkten Konkurrenten von Telekom Austria auf dem Markt für breitbandigen Zugang, ferner erhöht die Entbündelung den Spielraum der ISPs bei der Produktgestaltung und der Preissetzung, wodurch verstärkte Konkurrenz am Endkundenmarkt zu erwarten ist.

Telekom Austria hat daher Anreize, ISPs bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Für ISPs, die die „ladder of investment“ beschreiten wollen, kann so die Möglichkeit zum Markteintritt und so letztlich der Anreiz zur Entbündelung reduziert werden.

ISPs hingegen, die bereits (in größerem Ausmaß) entbündelt haben und gleichzeitig das Bitstream-Produkt nachfragen, um flächendeckend tätig werden zu können, können durch

Verweigerung des Zugangs zu einem Bitstream-Angebot benachteiligt werden, wozu Telekom Austria bei sinngemäßer Anwendung des soeben Ausgeführten, ebenso Anreize hat.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Telekom Austria aufgrund der vertikalen Integration ökonomische Anreize hat, ISPs gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Bitstream-Produkten zu benachteiligen. Angesichts der starken Stellung auf dem vorliegenden Markt ist zu erwarten, dass Telekom Austria ohne entsprechenden Druck der Regulierungsbehörde ISPs einem margin squeeze aussetzen kann oder aber den Zugang zu Bitstream-Produkten überhaupt verwehren würde. So könnte eine Marktmachtübertragung vom Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt bzw. eine Absicherung der starken Stellung auf dem Vorleistungsmarkt möglich sein.

Auch dieser Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria.

### **6.7. Zum Indikator „Marktverhalten, Preissetzungsverhalten“**

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

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „Verhalten am Markt“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab. Exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren. Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist. Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass „bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [ ] eine beherrschende Stellung einnehmen, [ ] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“. Angemerkt wird darüber hinaus, dass „die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“ (Fn. 73 der Leitlinien).

Im Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt daher die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle.

Das Preissetzungsverhalten von Telekom Austria auf dem benachbarten Endkundenmarkt für breitbandige Internet-Zugangsprodukte ist auch auf für die Wettbewerbssituation auf dem gegenständlichem Vorleistungsmarkt für Relevanz, da – wie festgestellt – der Großteil der marktgegenständlichen Leistungen von Telekom Austria für sich selbst bereitgestellt, sohin intern bereitgestellt, werden.

Die Gutachter kommen anhand einer umfangreichen und detaillierten Untersuchung von ausgewählten Endkundenprodukten zum Ergebnis, dass Telekom Austria trotz sich entweder im Mittelfeld oder im oberen Segment befindlichen Endkundenpreise laufend Marktanteile dazu gewinnen kann (ON 4 bzw. Feststellungen zu 3.1.7). Die von den Gutachtern gezogene Schlussfolgerung, dass diese Tatsache tendenziell für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt spricht, erscheint für die Telekom-Control-Kommission deshalb schlüssig und nachvollziehbar, da, wie festgestellt, ein Großteil der marktgegenständlichen Leistungen von Telekom Austria an sich selbst erbracht werden.

Auch dieser Indikator spricht daher für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria.

## **6.8. Sonstige Indikatoren**

Die untersuchten Marktmachtindikatoren Performancemaße, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation sowie technologiebedingter Vorsprung werden ebenfalls in § 35 TKG 2003 aufgeführt.

Da sich, wie festgestellt, keine aussagekräftigen Werte zu Performancemaßen feststellen ließen, und Telekom Austria im gesamten Verfahren diesbezüglich auch nichts explizit vorgebracht hat, lässt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission aus der Untersuchung dieses Marktmachtindikators keine Schlussfolgerung hinsichtlich des (Nicht)Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht ziehen.

Wie festgestellt, handelt es sich bei dem gegenständlichen Markt um einen Vorleistungsmarkt. Da daher ein aufwändiges Verkaufs- und Vertriebsnetz zum Erreichen der Endkunden nicht erforderlich ist, spielt dieser Marktmachtindikator (leg cit Z. 7) für die Beurteilung des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine wesentliche Rolle.

Den Feststellungen zum Marktmachtindikator technologiebedingter Vorsprung (leg cit Z. 7) folgend, hat kein Unternehmen am gegenständlichen Markt die Möglichkeit zur Herausarbeitung eines technologiebedingten Vorsprungs, da trotz unterschiedlicher verwendeter Technologien die Möglichkeiten zur Produktgestaltung hinreichend zu ähnlich sind, als dass vom Vorliegen dieses Marktmachtindikators im Hinblick auf ein bestimmtes Unternehmen gesprochen werden kann.

Aus der Analyse dieser Indikatoren lassen sich daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine für dieses Verfahren verwertbare Rückschlüsse auf das etwaige Vorhandensein von beträchtlicher Marktmacht ziehen.

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

### **7.1. Allgemeines**

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung

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

Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

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

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

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

der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind. Dieses Dokument trägt den Titel "ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework" (in Folge „ERG“).

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.4.1 verwiesen. Zusammengefasst wurden folgende Prinzipien identifiziert:

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

## **7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten**

Zunächst werden jene Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben identifiziert, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen.

Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten sodann geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

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 und angemessen, 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).

### **7.2.1. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen**

#### **7.2.1.1. Allgemeines**

§ 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, 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).

Bezüglich Zugang sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangsvertragsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen. Auch nach dem neuen Rechtsrahmen gilt der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 Zugangs-RL; Stratil, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; ERG, S. 50). In diesem Zusammenhang hält die ERG jedoch wie folgt fest: „However, the experience of NRAs shows that commercial negotiation is the exception rather than the rule“.

#### 7.2.1.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten

Die Telekom-Control-Kommission hatte festzustellen (Punkt 2.1. der Feststellungen), dass ohne Intervention der nunmehrigen RTR-GmbH und Verhandlungen zwischen der Vereinigung der Internet Service Providers Austria („ISPA“) und Telekom Austria im März 2000 aller Wahrscheinlichkeit nach keine Einigung über ein Standard-Wholesale-Angebot („ISPA-Angebot“) erzielt worden wäre, welches nunmehr allen ISP zugänglich ist und seither laufend (zuletzt im Dezember 2004) modifiziert wurde.

Die den Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen betreffende Bestimmung des TKG 2003 ist § 41 TKG 2003, welcher detaillierte Bestimmungen darüber enthält, welche Verpflichtungen bezüglich Zugang dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (insbesondere) auferlegt werden können, sowie darüber, was die Regulierungsbehörde bei der Auferlegung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen hat. Eine Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, um den Zugang zu einem geeigneten Vorleistungsprodukt sicherzustellen.

Primär um dem festgestelltem Wettbewerbsproblem der Marktzutrittsbarrieren und der Marktmachtübertragung auf den benachbarten Endkundenmarkt zu begegnen, ist von Telekom Austria auf zumutbare Nachfrage der Zugang zu Bitstream-Produkten unterschiedlicher Bandbreiten und dafür notwendiger Annex-Leistungen zu ermöglichen.

Fragen der Zumutbarkeit, die nicht durch das Standardangebot abgedeckt werden, werden bei Vorliegen der sonstigen Antragsvoraussetzungen (Nachfrage, gescheiterte privatrechtliche Verhandlungen) von der Regulierungsbehörde in einem eigenen Verfahren gem. §§ 48, 50 TKG 2003 entschieden werden.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass der Zugang zu Bitstream-Produkten ungebündelt zu erfolgen hat, damit der Nachfrager nicht gezwungen ist, Dienste- und Netzelemente zu mieten und zu bezahlen, die er selbst bereitstellen kann bzw. nicht benötigt (Entbündelungsgrundsatz). In Spruchpunkt 2.1. dieses Bescheides wurde angeordnet, dass Telekom Austria entsprechend der Nachfrage das marktgegenständliche Vorleistungsprodukt entweder „Asynchronous Transfer Mode“-basiert oder „Internet-Protokoll“-basiert anbieten muss. Die Einräumung einer „Wahlmöglichkeit“ für den nachfragenden ISP gründet ebenfalls im Gedanken, dass ein ISP die für ihn günstigere Zugangstechnologie von Telekom Austria beziehen können soll. Da Telekom Austria ihrem

Retail-Bereich derzeit beide Technologien anbietet, erscheint die Auferlegung dieser Verpflichtung auch vor der Nichtdiskriminierungsverpflichtung des § 38 TKG 2003 gerechtfertigt.

Der von Telekom Austria zu gewährleistende Zugang muss es – um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen – nachfragenden ISPs jedenfalls ermöglichen, alle marktgegenständlichen Endkundenprodukte von Telekom Austria bei zumindest gleicher Effizienz technisch und wirtschaftlich nachzubilden. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte bzw. neuer Endkundenpreise – die – technologieneutral - innerhalb des gegenständlichen Marktes zu liegen kommen - müssen daher gleichzeitig entsprechende Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungspreise eingeführt werden, wenn ein entsprechendes Endkundenangebot durch den Bezug bereits bestehender Vorleistungen durch ISPs nicht möglich ist. Gleichzeitig ist so zu verstehen, dass ISPs ein zeitgleiches (d.h. zumindest am selben Tag) Auftreten mit Telekom Austria am Endkundenmarkt (mit dem neuen Produkt bzw. den neuen Preisen) möglich ist. Dies impliziert, dass neue Vorleistungsprodukte, die, technologieneutral, dem gegenwärtigen Markt zuzurechnen sind, z.B. Veränderungen der Bandbreite bzw. –preise, spätestens am Tage der Produkteinführung durch Telekom Austria am Endkundenmarkt zur Verfügung stehen und dass ISPs mindestens vier Wochen zuvor über diese Änderung informiert werden. Bei solchen neuen Produkten sollte Telekom Austria entsprechend dem Implementierungsaufwand längere Vorlaufzeiten vorsehen, so dass jedenfalls die Bedingung des zeitgleich möglichen Marktauftrittes durch ISPs eingehalten werden kann. Entsprechende Bestimmungen sind in das Standardangebot aufzunehmen.

Die Präzisierung des Umfangs der Zugangsverpflichtung auf technologieneutral dem gegenständlichen Markt zuzurechnende und möglicherweise neu auf den Markt kommende Produkte, wie möglicherweise auf ADSL2+ oder VDSL basierende Produkte, erfolgt zur Klarstellung des Umfangs der angeordneten Zugangsverpflichtung. Dieser Punkt wurde auch in den gem. §§ 128, 129 TKG 2003 eingelangten Stellungnahmen aufgeworfen, so von der Europäischen Kommission, einem Wettbewerber der Telekom Austria und von Telekom Austria selbst. Aus dem oben genannten Grund schließt sich die Telekom-Control-Kommission diesem Vorschlag an und präzisiert den Spruchpunkt 2.3. im beschriebenen Ausmaß.

Hinsichtlich der Übergabepunkte des Verkehrs von Telekom Austria in das Netz des Alternativen Betreibers, hat Telekom Austria im Interesse einer leichteren Migration zwischen verschiedenen Zugangsprodukten für bitstream (Abstand der Sprossen der ladder of investment) eine solche Übergabe einerseits jedenfalls an den bisher bestehenden (und im aktuellen ADSL-wholesale Angebot vorgesehenen) neun regionalen Zugangspunkten und ergänzend dazu auch an einem vom ANB bestimmbaren nationalen Zugangspunkt (aus der Liste der neun regionalen Zugangspunkte) zu ermöglichen. Entsprechende Bestimmungen, die auch das häufig anzutreffende gemischte Szenario an regionalen und nationalen Zugangspunkten berücksichtigen, sowie die Möglichkeit einer Übergabe des Verkehrs in das Netz der ISPs nicht nur auf Basis von ATM sondern auch IP-basiert vorsehen, sind seitens der Telekom Austria in das Standardangebot aufzunehmen. Die Aufnahme dieser Punkte in den Spruch dieser Anordnung erscheint insofern als verhältnismäßig, als gemäß dem Vorbringen von Telekom Austria bereits derzeit IP-basierte Verkehrsübergabe möglich ist.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass im Falle eines etwaigen zukünftigen vermehrten Einsatzes von Broadband Remote Access Servern (BRAS) auch an diesen Standorten auf zumutbare Nachfrage die Verkehrsübergabe ermöglicht werden wird.

Zur auferlegten Verpflichtung, ein „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene anzubieten:

Telekom Austria wies in ihrer Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten vom 21.10.2005 (ON 20) darauf hin, dass für die ex-ante Regulierungsverpflichtung zum Anbieten

eines „naked-DSL“-Produktes lediglich dann eine Rechtsgrundlage vorhanden sei, wenn auch auf Retail-Ebene vergleichbare Produkte angeboten würden.

Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus:

Vor der Markteinführung des Endkundenproduktes AonPur verwies TA in ihren AGB zu ihren aon-speed Produkten auf die Notwendigkeit des Bezuges eines Sprachtelefonieproduktes. Telekom Austria ging daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission vom Vorhandensein zweier unterschiedlicher Endkundenprodukte aus. Der Notwendigkeit des Bezugs eines Sprachtelefonieproduktes für den gewünschten Bezug eines Internetzugangproduktes stellte nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission darüberhinaus eine Produktbündelung dar. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission wurden am Endkundenmarkt damals zwei verschiedene Produkte angeboten, die ihrerseits beide vom TA-wholesale Bereich zur Verfügung gestellt wurden.

Telekom Austria brachte ferner – wie festgestellt - in ihrer Stellungnahme vom 21.10.2005 vor, dass „das ADSL-Transportnetz eine komplett andere Architektur als jene der OES-Hierarchie (Pol-Standorte) aufweist...“, und dass Vergleiche darüber vollkommen unangebracht seien (siehe Feststellungen zu 4.2.1.2).

Basierend auf diesem Vorbringen geht die Telekom-Control-Kommission nun davon aus, dass der Wholesale-Bereich von Telekom Austria tatsächlich dem Retailbereich zwei unterschiedliche Produkte zur Verfügung stellte. Es erscheint nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher nicht gerechtfertigt, lediglich auf Grund einer auf Endkundenebene vorgenommenen Produktbündelung, anderen Nachfragern von marktgegenständlichen Bitstream-Produkten den Bezug eines „naked-DSL“-Produktes zu verweigern.

Da es, wie festgestellt, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf der Endkundenebene zu schaffen, notwendig ist, den Zugang zu „naked-DSL“-Produkten, dessen Parameter (Uploadgeschwindigkeit, Downloadgeschwindigkeit, Datenvolumen) sich an den am Markt gängigen Produkten orientieren auf Vorleistungsebene (nunmehr weiterhin) anzubieten, schließt sich die Telekom-Control-Kommission dem diesbezüglichen Vorbringen von TA nicht an.

Bei einem „naked-DSL“-Produkt ist der Bezug eines breitbandigen Internetproduktes über Telekom Austria oder einen Bitstream-ISP auf Endkundenebene nicht an den Bezug von Festnetz-Sprachtelefonie von Telekom Austria gebunden. Der Zugang zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene ermöglicht es alternativen Betreibern daher, Zugang und Nutzung von Sprachtelefonie (VoB: Voice over Broadband bzw. Vol: Voice over Internet) und Breitbandinternet wie Telekom Austria aus einer Hand (one-stop-shopping) anzubieten, ohne die Teilnehmeranschlussleitung entbündeln zu müssen. Aufgrund der Präferenz vieler Kunden für ein one-stop-shopping bzw. für eine einzige Rechnung sind von einem solchen Produkt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission wesentliche wettbewerbliche Impulse sowohl auf den Endkundenmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie (Zugang privat/nicht privat, Verbindungen privat/nicht privat) als auch auf dem Endkundenmarkt für breitbandigen Internetzugang zu erwarten. Ein solches Produkt kann auch auf Sicht durchaus als zukunftsichere, mit niedrigeren Markteintrittskosten behaftete Alternative zum gegenwärtigen Resale-Produkt (Wiederverkauf der Anschlussleistung), wie es auf den Zugangsmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie auferlegt ist, betrachtet werden (ON 4). Insgesamt senkt ein solches Produkt die Marktzutrittsbarrieren von alternativen ISPs auf der Endkundenebene erheblich („ladder of investment“) und verringert so die Gefahr einer Marktmachtübertragung. Darüber hinaus unterstützt es den Wettbewerb im Bereich der Endkundenmärkte für feste Sprachtelefonie.

Die Anordnung des Zugangs zu einem „naked-DSL“-Produkt auf Vorleistungsebene erscheint daher nach Abwägung aller Umstände und im Zusammenspiel mit dem Entbündelungsgrundsatz des § 38 Abs. 3 S 3 TKG 2003 geeignet und erforderlich, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen der nicht leicht ersetzbaren Infrastruktur und der Marktmachtübertragung zu begegnen.

Aus dem in leg cit festgelegten Entbündelungsgrundsatz ergibt sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission daher die Wertung, dass ein marktmächtiges Unternehmen nicht durch den gebündelten Verkauf von Endkundenprodukten trotz der getrennten Überlassung der entsprechenden Vorleistungsprodukte an den Retailbereich den Umfang der Entbündelungspflicht gem. § 38 Abs. 3 S 3 TKG 2003 nach Belieben bestimmen und damit auch einschränken könnte. Auch diese Wertung spricht nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission für die Verpflichtung des weiteren Aufrechterhaltens der Zugangsverpflichtung bezüglich eines „naked-DSL“-Produkts“.

## **7.2.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung**

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

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

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

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 wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung.

Verpflichtungen bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang sind in § 42 TKG 2003 enthalten. § 42 TKG 2003 ist also für die Festsetzung eines adäquaten Zugangspreises auf der Vorleistungsebene geeignet.

### **7.2.2.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten:**

Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig, die Entgelte für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt auf Basis eines Retail-minus-Ansatzes zu regulieren. Dieser (auch bisher von Telekom Austria in der Praxis im Wesentlichen angewandte) Ansatz ist dabei aus folgenden Gründen der – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeignete Ansatz:

Insbesondere vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittels ist angesichts der Marktanteile davon auszugehen, dass das Ausmaß der Preissetzungsmacht von Telekom Austria betreffend überhöhte Preise nicht so groß ist, um einen Eingriff in der stärksten Form – nämlich in der Form der Festlegung kostenorientierter Preise – zu rechtfertigen. Gemäß den Feststellungen verfügt gegenwärtig Telekom Austria über einen Marktanteil von knapp unter 50 %, wobei in den kommenden 1-2 Jahren ein Anstieg über 50 % zu erwarten ist, ist der Marktanteil deutlich von dem Niveau entfernt, welches er etwa am Markt für Entbündelung oder auf den Zugangsmärkten für Festnetzsprachtelefonie erreicht. Da Telekom Austria auf der Endkundenebene einen national einheitlichen Preis setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch in jene Gebiete überträgt, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist, kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, insgesamt nicht jenes Ausmaß erreichen, wie dies auf den oben erwähnten Märkten zu erwarten ist.

Vor dem Hintergrund des am gegenständlichen Markt tendenziell fallenden Endkundenpreisniveaus erscheint daher eine Preissetzung auf Basis von Retail-minus als jene Option, die am besten geeignet ist, den (potentiellen) Wettbewerbsproblemen, im konkreten den möglichen Kampfpreisen und einem daraus resultierenden margin-squeeze am Entbündelungsmarkt, zu begegnen und gleichzeitig am wenigsten eingriffsintensiv für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ist. Durch eine korrekte Festlegung des „Margin“ (des Abschlages vom Endkundenpreis auf den Vorleistungspreis) wird sichergestellt, dass kein margin-squeeze auftritt, und alternative Betreiber in den Endkundenmarkt eintreten können, während gleichzeitig Telekom Austria maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird (die absolute Höhe des Preises kann Telekom Austria ohne regulatorische Vorgaben bestimmen, nur die Relation zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis ist über den „Margin“ festgelegt). Die angesichts der Preissetzungsmacht von Telekom Austria rein theoretisch mögliche Festlegung überhöhter Preise kann zwar mittels Retail-minus nicht verhindert werden, dieses Problem ist aber, wie festgestellt, nicht so groß, um einen stärkeren Eingriff (nämlich in Form kostenorientierte Preise) zu rechtfertigen.

Das Bitstream-Angebot von Telekom Austria in der um Preisadaptionen erweiterten Fassung vom 18.08.2005, das erst nach Fertigstellung des Marktanalysegutachtens (ON 4) veröffentlicht wurde und daher dort nicht mehr berücksichtigt werden konnte, legt sogar nahe, dass das Wettbewerbsproblem bezüglich der Preise in Zukunft nicht in überhöhten Preisen, sondern in Kampfpreisen und einem daraus resultierenden margin-squeeze liegen könnte. So kann Telekom Austria durch eine Senkung des Bitstream- und Endkundenpreises Entbündler einem margin-squeeze aussetzen, um sie so vom Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang und vom Endkundenmarkt zu verdrängen. Ein solches Verhalten ist angesichts der starken Zuwächse bei der Entbündelung (bspw. durch Inode und das UTA/Tele2 „Complete“-Angebot, siehe Punkt 2.1.2 der Feststellungen) nicht unplausibel und spiegelt den großen Spielraum von Telekom Austria bei der Preissetzung auf der Vorleistungs- und Endkundenebene wider. Aus regulatorischer Sicht sind margin squeezes grundsätzlich zu vermeiden. Im hier vorliegenden Fall, in dem ein margin squeeze gegenüber der nächsten (bzw. komplementären) Stufe der Nachhaltigkeit auf der Ladder of investment (der Entbündelung) ausgelöst werden kann, kann dem Wettbewerbsproblem mit der bestehenden Regulierung am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen entgegengewirkt werden (s. Feststellungen zu Punkt 4.2.2.2).

Die Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus sollte also langfristig zu intensiverem Wettbewerb auf Endkundenebene und schließlich auch auf der Vorleistungsebene führen, wodurch geringere Entgelte, eine effiziente Produktion, mehr Innovationen und eine größere Auswahl für den Konsumenten möglich wären. Nicht zuletzt deswegen, weil Telekom Austria schon seit mehreren Jahren die Preise für ihre Bitstream-Produkte nach einer Methode festlegt, die einem Retail-minus Ansatz nahe kommt, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand in Zusammenhang mit Kostenmodellen in einem vertretbaren Ausmaß hält.

Verpflichtungen bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang sind in § 42 TKG 2003 enthalten. § 42 TKG 2003 ist also für die Festsetzung eines adäquaten Zugangspreises auf der Vorleistungsebene prinzipiell geeignet.

Entsprechend den getroffenen Feststellungen (Punkt 4.2.2.2) sollte die Basis für die Berechnung des Zugangspreises der jeweils gewichtete, tatsächlich vom Kunden bezahlte Endkundenpreis der vier Produktgruppen ADSL für Privatkunden, SDSL für Privatkunden, ADSL für Geschäftskunden und SDSL für Geschäftskunden sein. Für die Berechnung des Abschlags vom Endkunden- auf den Vorleistungspreis (Margin) wären, entsprechend den Feststellungen, auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria insbesondere folgende vermeidbare Kosten auf Endkundenebene zu betrachten:

- Marketing und Vertrieb
- Rechnungslegung (Billing) inklusive nicht einbringbarer Forderungen (bad debt)
- Rechnungserstellung
- Produktentwicklung und -management
- Kundenservice / Callcenter
- Kosten der Anbindung inklusive der internationalen Anbindung,
- Kosten für Zusatzleistungen wie Web-space, E-mail Adressen etc.
- Sonstige der Endkundenebene zurechenbare Gemeinkosten

Weiters sollten bei der Berechnung des Zugangspreises solche Kosten berücksichtigt werden, die Telekom Austria aufgrund der Bereitstellung des Zugangs zusätzlich anfallen. Dies sind insbesondere (wiederum auf Grundlage der Kostenrechnung von Telekom Austria):

- Kosten der Rechnungslegung auf Vorleistungsebene
- Administrative Kosten
- Zusätzliche Investitionen, die aufgrund der externen Bereitstellung anfallen

Der so errechnete Margin ist sodann von den Endkundenpreisen von Telekom Austria in den oben genannten Produktgruppen abzuziehen, um den Vorleistungspreis zu bestimmen. Um eine etwaige Veränderung des margin bei einer Änderung des Endkundenpreises hintanzuhalten, sollte in einem solchen Fall auch der Margin unter Berücksichtigung der oben angeführten Kosten neu berechnet werden. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass zur Vermeidung von wettbewerblichen Nachteilen wesentliche Änderungen bei den vermeidbaren Kosten die Telekom Austria zu einer Änderung des Standardangebots veranlassen.

Die Telekom-Control-Kommission nimmt – von den Überlegungen im Regulierungsinstrumente-Gutachten, bzw. in den Feststellungen, ausgehend - für die Berechnung einer Preis-Kosten-Schere in einem allfälligen zukünftigen Verfahren folgende Präzisierungen vor, um es Telekom Austria zu ermöglichen, margin-squeeze-frei anbieten und sich somit bescheidkonform verhalten zu können:

- Da eine Preis-Kosten-Schere begrifflich nur dann entstehen kann, wenn das marktmächtige Unternehmen sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene Preise setzen kann, werden ausschließlich extern angebotene Bitstream-Produkte, das sind solche, die nicht vom Retail-Bereich von Telekom Austria bezogen werden, nicht in die Margin-squeeze Berechnung miteinbezogen.
- Alle Bitstream-Produkte, auch ausschließlich extern angebotene, haben sich aus Konsistenzgründen betreffend ihres Preises grundsätzlich am Preis von den bezüglich ihrer technischen Leistungsparameter „benachbarten“ Produkten zu orientieren. Der unterschiedliche Preis sollte also die unterschiedlichen technischen Leistungsparameter widerspiegeln. Das bedeutet, dass bspw. technisch höherwertige Produkte nicht zu geringeren Preisen angeboten werden können, als technisch geringwertigere Produkte bzw. umgekehrt.
- Bei Einführung eines neuen Bitstream-Produktes durch Telekom Austria dient der bestehende Margin aller bisherigen für die Berechnung des Margins herangezogenen Bitstream-Produkte von Telekom Austria als Benchmark. Dies deshalb, da bei einem neuen Bitstream-Produkt noch keine Kundenzahlen vorhanden sind, und daher eine Einbeziehung in den gewichteten Mittelwert aller relevanten Bitstream-Produkte nicht möglich ist. Die Festlegung des Margins neuer Produkte zumindest in Höhe des bisherigen Durchschnitts-Margins gewährleistet, dass sich der Durchschnitts-Margin nicht verringert und so die Gefahr eines Margin-squeeze hintan gehalten wird.
- Da der gegenständliche Markt eine Saisonalität von einem Jahr aufweist (zB Weihnachtsgeschäft) erscheint ein Durchrechnungszeitraum für die Berechnung des Margin-Squeezes von einem Jahr, berechnet ab dem Zeitpunkt der Überprüfung, als sachgerecht und daher angemessen.

Hinsichtlich des Vorbringens von Telekom Austria (ON 20), dass auch anfallende Wholesale-Vertriebskosten und Kosten des Wholesale-Produktmanagements bei der Setzung des Vorleistungspreises zu berücksichtigen seien, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass diese Kostenpositionen – sofern sie tatsächlich dem Wholesale-Bereich zuzuordnen sind, dem gemäß Retail-minus Ansatz berechneten Vorleistungsentgelt hinzuzurechnen sind.

Die hier angestellten Überlegungen gelten sinngemäß ebenfalls im Falle eines „naked-DSL“-Produkts, da hier ebenfalls ein margin squeeze ausgeübt werden kann. Die Maßnahmen zur Vorbeugung eines solchen margin squeeze unterscheiden sich jedoch prinzipiell nicht von jenen im Fall der Bündelung von DSL und Festnetz-Sprachtelefonie auf der Endkundenebene (siehe Feststellungen zu Punkt 4.2.2.2). Zu berücksichtigen ist in diesem Fall, dass für die Berechnung des Vorleistungspreises eines „naked-DSL“-Produkts zuzüglich zu den Kosten für den Zugang zum Bitstream-Produkt noch das anteilige Entgelt für den Zugang zum Anschlussnetz miteinzubeziehen ist.

#### Nationale versus regionale Entgelte

Gegenwärtig bietet Telekom Austria für ihre Bitstream-Produkte regionale und österreichweite Entgelte an:

- „österreichweite Entgelte“: Der ISP ist über einen einzigen Übergabepunkt, über den sämtliche Endkunden aus allen „geographischen Einzugsgebieten“ geführt werden, angebunden.
- „regionale Entgelte“: Der ISP ist über einen oder mehrere Übergabepunkte angebunden, wobei über diese / diesen Übergabepunkt(e) jeweils nur Endkundenzugänge des jeweiligen „geographischen Einzugsgebietes“ geführt werden.

Es existieren neun mögliche Übergabepunkte, die ebenfalls im „ISPA-Angebot“ (taxativ) aufgezählt sind: Wien, Eisenstadt, St. Pölten, Graz, Linz, Salzburg, Klagenfurt, Innsbruck und Feldkirch.

Da am Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb herrscht (s. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu dem Verfahren M 11/03 vom 19.7.2004) ist daher davon auszugehen, dass Telekom Austria bei der Festsetzung der österreichweiten Entgelte hinreichend großem Wettbewerb ausgesetzt ist. Daher kann ein ISP, dem die österreichweiten Entgelte zu hoch sind, sich den Verkehr regional übergeben lassen und ihn anschließend mittels eines Trunk-Segments zu seinem POP weiterleiten.

Bei der regionalen Übergabe besteht keine entsprechende Substitutionsmöglichkeit. Sie ist daher, im Gegensatz zur österreichweiten Übergabe, jedenfalls von der Preisfestsetzung mittels Retail-minus umfasst. In das Standardangebot aufzunehmen sind zudem Preise für die Errichtung regionaler Übergabepunkte, die sich am Aufwand der Errichtung zu orientieren haben.

Telekom Austria brachte vor, dass es ihr ermöglicht werden müsse, sowohl Anzahl als auch Ort der regionalen Übergabepunkte entsprechend ihrer Netzdimensionierung zu adaptieren. Telekom Austria forderte in diesem Zusammenhang eine Vorankündigungsfrist für die Bezieher der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte von vier Monaten (ON 40). Die Telekom-Control-Kommission erachtet dieses Verlangen von Telekom Austria nach größerer Flexibilität bei der Anzahl und Ort der regionalen Übergabepunkte dem Grunde nach als berechtigt. Allerdings kommt die Telekom-Control-Kommission nach Abwägung aller Umstände zum Schluss, dass seitens Telekom Austria zumindest eine Vorankündigungsfrist von sechs Monaten eingehalten werden muss. Dies deshalb, da nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission eine sechsmonatige Vorankündigungsfrist gerade ausreichend erscheint, um es alternativen Betreibern zu ermöglichen, ihre eigene Netzplanung anzupassen und gegebenenfalls zusätzliche Leitungskapazitäten extern ankaufen zu können. Die Telekom-Control-Kommission hat im Übrigen bereits im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen auf niedriger Netzebene eine sechsmonatige Vorankündigungsfrist für angemessen erachtet (Rechtskräftiger Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu Z 20/01-38 Anhang 13, Punkt 2.1. zum Thema Einzugsbereiche auf niedriger Netzebene) vom 18.3.2002.

Der von Telekom Austria in ihrer Stellungnahme vom 14.12.2005 vorgenommene pauschale Verweis auf die "Regelungen zur Zusammenschaltung" samt der Forderung einer viermonatigen Vorankündigungsfrist erschien demgegenüber als nicht stichhaltig genug, um von der - im Wesentlichen vergleichbaren - Regelung bei der Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene, nämlich einer Vorankündigungsfrist von sechs Monaten, abzugehen.

#### Konsistenz der Entgelte

Um der Gefahr eines margin-squeeze für Entbündler zu begegnen, müssen im Sinne einer konsistenten Preisregulierung bei der Preisfestsetzung für Bitstream-Produkte auch die Preise anderer Vorleistungsprodukte betrachtet werden, die regulatorisch festgelegt sind. Im

vorliegenden Fall betrifft das die Preise für Endbündelung und terminierende Segmente von Mietleitungen.

Ausgehend von den getroffenen Feststellungen, siehe Punkt 4.2.2, sowie von den Feststellungen zu M 12/03 für den Markt für terminierende Segmente, aus denen hervorgeht, dass Telekom Austria über weite Teile des Marktes über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, was insbesondere für die „letzten Abschnitte“, also den Zugang zum Endkunden bzw. zum Hauptverteiler, gilt und der Tatsache, dass Entbündler daher bei der Anbindung an ihr Backbone in vielen Fällen auf Mietleitungen (terminierende Segmente) von Telekom Austria angewiesen sind, kommt die Telekom-Control-Kommission zum Schluss, dass ein margin-squeeze für Entbündler nun dann entstehen kann, wenn Telekom Austria den Preis für das Bitstream-Produkt und somit gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung senkt. Ein margin-squeeze für Entbündler ist also – unter Berücksichtigung der kostenorientierten Preise für Entbündelung und Mietleitungen – nur durch Kampfpreise (predatory pricing) auf der Endkundenebene und sich daraus ergebende Unterkostenpreise auf der Vorleistungsebene (Bitstream) möglich. Dies deshalb, da der Preis für Entbündelung aufgrund regulatorischer Verpflichtungen auf dem entsprechenden Markt kostenorientiert festgelegt ist. Gleiches gilt für den Preis von terminierenden Segmenten von Mietleitungen sowie den Endkundenpreis für Zugang (und Nutzung) von Festnetz-Sprachtelefonie sowie für die Differenz zwischen Bitstream-Preis und Endkundenpreis, die den Vorschlägen der Gutachter folgend, mit diesem Bescheid mittels Retail-minus regulatorisch festgelegt wird.

Telekom Austria AG hat im Falle der Festlegung dieses Vorleistungsentgelts unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dafür Sorge zu tragen, dass die Nachfrager anderer regulierter Vorleistungsprodukte keiner Preis-Kosten-Schere ausgesetzt werden. In diesem Zusammenhang weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass bei einem möglicherweise in Zukunft durchzuführenden Margin-squeeze Test gegenüber der Entbündelung sämtliche marktgegenständliche Bitstream-Produkte inklusive Eigenleistungen sowie Aktionsangebote auf Endkunden- bzw. Vorleistungsebene, zB für Herstellungskosten, berücksichtigt werden.

Da Telekom Austria im August 2005 mit ihren Endkundenpreisen für breitbandigen Internetzugang eher unter den teureren Betreibern war (ON 4), erachtet die Telekom-Control-Kommission die Gefahr eines margin squeeze für Entbündler zunächst gering, schließt allerdings angesichts des am 01.09.2005 von Telekom Austria veröffentlichten neuen Bitstream-Angebots, welches teilweise substantiell niedrigere Preise (zum Teil absolut, zum Teil bezogen auf technische Parameter wie Bandbreite und das inkludierte Download-Volumen) als bisher enthält, einen margin squeeze für Entbündler jedoch nicht völlig aus.

Aus ökonomischer Sicht erscheinen, um einem solchen margin-squeeze vorzubeugen, zwei Ansätze möglich:

(i) Die Festlegung einer Untergrenze für den Preis des Bitstream-Produktes (und so auch implizit für den Endkundenpreis) in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (unter Berücksichtigung der Preise für Entbündelung und Mietleitungen).

(ii) Die Koppelung der Preise für jene Kapazitäten, die Mitbewerber für die Abführung von bitstream Verkehr benötigen (zB. IP-Ethernet links oder andere Produkte des Marktes für terminierende Segmente von Mietleitungen), an die Preise für Bitstream-Produkte.

Da Telekom Austria am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen bereits der Verpflichtung zur Gleichbehandlung unterliegt und Option (i) Telekom Austria im Preissetzungsverhalten weitaus stärker einschränkt, ist aus Sicht der Telekom-Control-

Kommission Option (ii) als gelindesten Eingriff zur Vermeidung eines margin-squeeze vorzuziehen.

Option (ii) hat zur Folge, dass bei einer Senkung des Bitstream-Preises unter die Kosten der effizienten Leitungsbereitstellung auch eine Senkung der Vorleistungspreise für die komplementär von alternativen Betreibern zur Leistungserstellung benötigten Kapazitäten eintritt. Dies wäre nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission insofern gerechtfertigt, als Telekom Austria am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen bereits zur Gleichbehandlung verpflichtet ist und daher anderen Unternehmen Produkte dieses Marktes zu denselben Konditionen bereitstellen muss wie dem eigenen Unternehmen. Der Preis für derartige Kapazitäten muss also auf ein Niveau gesenkt werden, das es effizienten Mitbewerbern erlaubt, den Endkundenpreis von Telekom Austria zu replizieren.

Da Telekom Austria am Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen bereits der Verpflichtung zur Gleichbehandlung unterliegt und Option (i) Telekom Austria im Preissetzungsverhalten weitaus stärker einschränkt, ist Option (ii) als geringster Eingriff zur Vermeidung eines margin-squeeze vorzuziehen.

Die hier angestellten Überlegungen gelten ebenfalls im Falle eines „naked-DSL“-Produkts, wo ebenfalls ein margin squeeze ausgeübt werden kann. Die Maßnahmen zur Vorbeugung eines solchen margin squeeze unterscheiden sich jedoch nicht von jenen im Fall der Bündelung von DSL und Festnetz-Sprachtelefonie auf der Endkundenebene (siehe Feststellungen zu Punkt 4.2.2.2).

Die im Standardangebot der Telekom Austria anzuführenden Preise der genannten Produkte sollten daher dem dargestellten (Feststellungen zu Punkt 4.2.2.2) Kalkulationsschema für die Ermittlung von Zugangspreisen entsprechen und dementsprechend „margin squeeze frei“ sein.

Investitionsanreize:

Die Höhe des Zugangspreises für Bitstream-Produkte ist insofern von besonderer Bedeutung, als der Zugangspreis in wesentlichem Maße die Investitionsanreize sowohl des Unternehmens, das den Zugang zu gewähren hat (Telekom Austria), als auch jener Unternehmen, die den Zugang potentiell in Anspruch nehmen (andere Betreiber), beeinflusst.

Es ist also bei der Festlegung des Zugangspreises sowohl sicherzustellen (siehe Feststellungen zu 4.2.2.2), dass Telekom Austria, vor allem in dünn besiedelten Gebieten, Anreiz zu effizienter Produktion sowie Anreiz zur Erhaltung und Verbesserung des Netzwerkes hat, als auch, dass sich alternative Betreiber den richtigen Anreizen für Investitionen in eigene Infrastruktur gegenübersehen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission sind die Investitionsanreize für Telekom Austria bei Festlegung des Zugangspreises mittels Retail-minus auf jeden Fall sichergestellt, da Telekom Austria die absolute Höhe des Zugangspreises ohne regulatorische Vorgaben bestimmen kann, was die Erwirtschaftung einer angemessenen Rendite ermöglicht.

Hinsichtlich der theoretischen Möglichkeit, dass ein Betreiber, der auf der Vorleistungsebene weniger effizient ist als Telekom Austria (und deshalb eigentlich nicht in den Markt eintreten sollte), Anreize zur Investition in Entbündelung haben könnte, wenn sich durch einen überhöhten Preis für Bitstream-Produkte trotz seiner Ineffizienz Möglichkeiten zum profitablen Markteintritt ergeben, hat die Telekom-Control-Kommission wie folgt erwogen:

Das Ausmaß des Problems der überhöhten Preise vor dem Hintergrund der letzten Preisoffensive der Telekom Austria erscheint als zunehmend geringer werdend (s. Abschnitt

3.3.2), somit relativiert sich auch das Problem der verzerrten Investitionsanreize durch überhöhte Preise. Auf jeden Fall führt Retail-minus nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zu den korrekten Investitionsanreizen auf der Endkundenebene, da ein Betreiber nur dann in den Markt einsteigen wird, wenn er dort mindestens so effizient ist wie Telekom Austria.

Tarifgenehmigung:

Hinsichtlich der Genehmigung von Tarifen bestehen folgende Optionen:

- (i) Verpflichtung zur ex-ante-Genehmigung von (kostenorientierten) Entgelten
- (ii) Verpflichtung zur Preisregulierung im Anlassfall auf Nachfrage

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen und auch um die Eingriffshäufigkeit möglichst gering zu halten, ist die Option (ii) nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission im Anlassfall die zweckmäßigste und damit rechtlich gebotene, da auch weniger eingriffsintensiv.

Dies deshalb, da eine ex-ante Genehmigung von (kostenorientierten) Entgelten eine sehr eingriffsintensive Maßnahme darstellt. Dem Gebot der geringsten Eingriffsintensität folgend, erscheint am gegenständlichen Markt die subsidiäre Anordnung im Anlassfall nur für den Fall, dass keine privatrechtliche Einigung zustande kommt, sowie für den Fall, dass seitens der Behörde der Verdacht steht, dass die angewendeten Entgelte für den Zugang zum Bitstream-Produkt (erheblich) vom regulatorisch vorgegebenen Maßstab abweichen daher als die rechtlich gebotene Form der Tarifgenehmigung.

Entgelte für Bitstream-Produkte sind als Teil des Standardangebots entsprechend obigen Ausführungen aufzunehmen.

Sonstige Leistungen:

Migration (in allen in 4.2.3 aufgelisteten Formen) ist einerseits nach Aufwand, so dieser im Zuge einer effizienten Bereitstellung anfällt und andererseits nichtdiskriminierend anzubieten. Grundsätzlich gilt dies ebenso für sonstige Nebenleistungen, die für den Zugang zu Bitstream-Produkten benötigt werden.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist die angeordnete Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird. Nach den Feststellungen (Punkt B.4.2.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

#### 7.2.2.3. Zum Verhältnis der Entgeltkontrolle zur Gleichbehandlungsverpflichtung

Hinsichtlich des Verhältnis der – auferlegten - Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes gem. § 42 TKG 2003 im Verhältnis zur Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission wie erfolgt erwogen:

Ausgangspunkt ist die Feststellung (Punkt 4.2.2), dass - ausschließlich - hinsichtlich der angeordneten Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes zur Vermeidung eines margin squeeze prinzipiell beide Regulierungsinstrumente gleich geeignet sind. Im Falle der Entgeltkontrolle wird explizit auf die von den jeweiligen Endkundenpreisen in Abschlag zu bringenden Kosten des TA-retails verwiesen, während im Falle der Argumentation über die

Gleichbehandlungsverpflichtung gem. § 38 TKG 2003 darauf abgestellt wird, dass die Gleichbehandlungsverpflichtung sicherstellt, 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“ (§ 38 TKG 2003). Die Formulierung „gleichwertige Bedingungen“ umfasst aber auch den Zugangspreis. Es ist daher gewährleistet, dass der Zugangspreis genau so hoch ist, dass ein alternativer Betreiber, der auf der Endkundenebene zumindest so effizient ist wie Telekom Austria, den Endkundenpreis von Telekom Austria replizieren kann. Dies ist genau dann der Fall, wenn der Zugangspreis nicht höher als der Endkundenpreis abzüglich der Kosten von Telekom Austria auf der Endkundenebene ist. Dies entspricht daher im Endeffekt genau der Festlegung des Zugangspreises nach Retail-minus.

Da also in Bezug auf die Entgeltkontrolle keine Unterschiede hinsichtlich einer möglichen unterschiedlichen Eingriffsintensität zwischen diesen beiden Regulierungsinstrumenten festgestellt werden konnten, entschloss sich die Telekom-Control-Kommission zur Sicherstellung der Umsetzung der Entgeltkontrolle auf Basis eines Retail-minus Ansatzes dazu, diesbezüglich das Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG 2003 aufzuerlegen. Dies deshalb, da § 42 TKG 2003 in systematischer Hinsicht als die einschlägigere Norm für eine Anordnung eines Regulierungsinstruments im Zusammenhang mit der schlussendlichen Höhe des Entgelts erscheint. So lautet die Überschrift des § 42 TKG 2003 bereits „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“, während § 38 TKG 2003 generell die Gleichbehandlung zwischen den Betreibern regelt, ohne explizit auf Fragen der Entgelthöhe bzw. der Kostenorientierung einzugehen.

### **7.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung**

#### **7.2.3.1. Allgemeines zu § 38 TKG 2003**

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

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

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003).

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...“.

#### 7.2.3.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten

Wie festgestellt (Punkt B.4.2.3) ist zur Adressierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 2 TKG 2003 als auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots hinsichtlich des Zugangs zu einem Bitstream-Produkt nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich.

Da ohne Vorabinformation der Nachfrager der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte über die Änderung von marktgegenständlichen Produkten sowie der Einführung von neuen Produkten, die – technologieneutral – dem gegenständlichen Markt zuzurechnen sind, diese nicht diskriminierungsfrei gegenüber dem Retail-Bereich der Telekom Austria eigene Produkte kreieren und zeitgerecht auf den Markt bringen könnten, ist es nach Abwägung aller Umstände notwendig, der Telekom Austria AG eine Frist zur Vorabinformation der Nachfrager der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte aufzuerlegen. Diese Frist erscheint mit mindestens vier Wochen, jedoch entsprechend dem Implementierungsbedarf im Einzelfall, vor Einführung des entsprechenden Endkundenproduktes, als angemessen, um eine Diskriminierung von Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte gegenüber dem Retail-Bereich der Telekom Austria hintanzuhalten, und es andererseits dem Retail-Bereich von Telekom Austria zu ermöglichen, eigene Endkundenprodukte zu entwickeln und auf den Markt zu bringen, ohne über Gebühr Gefahr laufen zu müssen, gegenüber schnell entwickelten Endkundenprodukten von alternativen Nachfragern der marktgegenständlichen Bitstream-Produkte ins Hintertreffen zu geraten. Die Form der Veröffentlichung des Standardangebots wird der Telekom Austria überlassen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission eine frei zugängliche Veröffentlichung auf der Unternehmenshomepage für zweckmäßig erachtet. Die festgelegte Frist von zwei Monaten zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass das derzeitige ADSL-wholesale Angebot der Telekom Austria bereits die Basis der Beziehungen zwischen das ADSL-wholesale Angebot nachfragenden ISPs darstellen und Telekom Austria daher wesentliche Teile des bestehenden ADSL-wholesale Angebots für das Standardangebot übernehmen kann.

Um zu gewährleisten, dass nachfragende Kommunikationsnetz- bzw. Kommunikationsdienstbetreiber (in diesem Zusammenhang sind das regelmäßig sogenannte Internet Service Provider - ISP) den Zugang zu Bitstream-Produkten zu nicht wettbewerbsverzerrenden Bedingungen erhalten (siehe Feststellungen zu 4.2.3), soll sich das zu legende Standardangebot am „ISPA-Angebot“ der Telekom Austria orientieren, und daher alle gängigen Bandbreiten abdecken, alle für die Bereitstellung von Bitstream-Produkten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen enthalten, sowie von Telekom Austria veröffentlicht werden.

Die in Spruchpunkt 2.3 angeordnete Verpflichtung, auch für zukünftige Endkundenprodukte, die dafür notwendigen und – technologieneutral - in diesen Markt fallenden Vorleistungsprodukte (bspw. andere Overbookingfaktoren oder mehrere Kanäle pro Kunde), nachfragenden Wettbewerbern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, resultiert bereits aus dem Charakter der Nichtdiskriminierungsverpflichtung an sich. Ein „Einschränken“ der Nichtdiskriminierungsverpflichtung auf Vorleistungsprodukte für bereits bestehende Endkundenprodukte würde das Umgehen der Nichtdiskriminierungsverpflichtung geradezu statuieren.

Das Angebot soll zumindest alle Produkte umfassen, die derzeit (im „ISPA-Angebot“) von Telekom Austria angeboten werden und dem relevanten Markt im Sinne der TKMVO 2003 zuzurechnen sind. Darüber hinaus sind gemäß dem in § 38 Abs. 3 TKG 2003 festgelegten Entbündelungsgrundsatz auch „naked-DSL“-Produkte in das zu legende Standardangebot aufzunehmen. Ebenso sind in das Standardangebot Bestimmungen hinsichtlich der entsprechend längeren Vorlaufzeit für ISPs für den Fall vorzusehen, dass Telekom Austria technisch neue Produkte, die – technologieneutral - innerhalb des bestehenden Marktes zu liegen kommen, auf den Endkundenmarkt bringt.

Um eine nichtdiskriminierende Nachfrage bei Inanspruchnahme von naked-DSL-Produkten durch einen ISP zu ermöglichen, hat Telekom Austria dem ISP alle diesbezüglich mit der Anbindung des jeweiligen Endkunden anfallenden Leistungen anzubieten. Eine direkte vertragliche Endkundenbeziehung zwischen Telekom Austria und dem Endkunden des ISP ist bezüglich breitbandiger Leistungsbestandteile und dazugehöriger Annexleistungen bei naked-DSL-Produkten als nicht den Erfordernissen des § 38 TKG 2003 entsprechend anzusehen, da dadurch eine wettbewerbsverzerrende Kundenbindung zum Nachteil der ISPs einhergehen würde. In diesem Fall könnte der nachfragende ISP seinen eigenen Endkunden, im Gegensatz zur Telekom Austria, nicht die Vorteile des „one-stop-shopping“ bieten, was als erheblicher Wettbewerbsnachteil zu sehen ist (siehe Feststellungen zu Punkt 4.2.1.2 auf S 44). Die „naked DSL“-Produkt sollten daher so gestaltet sein, dass sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Endkundenbeziehungen vom nachfragenden Internet Service Provider wahrgenommen werden können.

Das Standardangebot hat – diesen Überlegungen folgend - insbesondere auch Bestimmungen zu Bedingungen und Preisen betreffend die Migration zwischen verschiedenen Produkten auf Vorleistungsebene zu enthalten.

Dies umfasst unter anderem Bestimmungen zur Optimierung von Prozessen betreffend:

- (i) den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem andern Produkt,
- (ii) den Wechsel eines Endkunden zu einem (anderen) (Bitstream-)ISP,
- (iii) die Migration (einzelner oder mehrerer) Endkunden eines ISP von Bitstream-Produkten zur Entbündelung,
- (iv) die Migration eines (Bitstream-)ISP von der nationalen auf die regionale Ebene und
- (v) die Migration zu „naked-DSL“.

Ad (i): Den Kunden von (Bitstream-)ISPs soll es ebenso wie den Kunden von Telekom Austria möglich sein, einfach, günstig und möglichst ohne Unterbrechung des Dienstes von einem Produkt auf ein anderes umzusteigen. Telekom Austria darf daher einen solchen Wechsel weder durch zusätzliche Bedingungen erschweren, noch dürfen dem ISP Kosten verrechnet werden, die ihm nicht auch bei einem Wechsel eines Endkunden von Telekom Austria zwischen Produkten von Telekom Austria verrechnet werden. Der Migrationsprozess muss technisch genauso effizient gestaltet sein, wie er für Telekom Austria interne Leistungen zur Anwendung kommt.

Ad (ii): Durch die Erleichterung des Wechsels eines Kunden von Telekom Austria bzw. einem (Bitstream-)ISPs zu einem anderen (Bitstream-)ISP werden Wechselkosten und somit letztlich die Marktzutrittsbarrieren am Endkundenmarkt reduziert. Gleiches wie für den Wechsel des Endkunden eines (Bitstream-)ISP zu einem anderen Produkt wie in Punkt (i) soll daher auch für den Wechsel eines Endkunden zu einem anderen (Bitstream-)ISP gelten.

Ad (iii): Auch bei einem Umstieg von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung durch einen ISP soll – unabhängig von der vertragsrechtlichen Gestaltung auf Endkundenebene - die

Aufrechterhaltung des Dienstes für den Endkunden so weit wie möglich und ohne unnötige Unterbrechung gewährleistet sein. Effiziente Migrationsszenarien sind für die Förderung von Infrastrukturinvestitionen unerlässlich, da zusätzliche Investitionen in Entbündelung im Sinne der „ladder of investment“ nur getätigt werden, wenn die Kosten dafür nicht zu hoch sind und keine Gefahr besteht, den bestehenden Kunden zu verlieren. Mittels ineffizienter bzw. teurer Migration kann Telekom Austria die Marktzutrittsbarrieren auf der Vorleistungsebene erhöhen und hat so einen (ökonomischen) Anreiz, ISPs bei der Migration zu behindern. Eine Migration von einem Bitstream-Produkt zur Entbündelung wird kaum für alle Kunden eines ISP gleichzeitig möglich, wirtschaftlich sinnvoll und erwünscht sein. Daher ist die Möglichkeit einer Migration einzelner oder mehrere Kunden eines ISP vorzusehen.

Ad (iv): Gewinnt ein ISP, der bisher nur in einer Region tätig war, Kunden in anderen Regionen dazu, so soll ihm ein einfacher Wechsel von nationale auf regionale Übergabe des Verkehrs und der damit verbundenen Entgelte möglich sein. Durch Behinderung bei der Migration könnte Telekom Austria dem ISP mögliche Einsparungen verwehren und so seine Kosten erhöhen.

Ad (v): Schließlich ist auch bei einer Kündigung des Sprachtelefonie-Anschlusses bei Telekom Austria durch den Kunden sicherzustellen, dass die Migration zu „naked-DSL“ für den Endkunden soweit wie möglich unterbrechungsfrei hinsichtlich des Breitbandzuganges durchgeführt wird.

Bestimmungen betreffend Bedingungen und Preise der Migration sind also in das Standardangebot aufzunehmen, um eine Überprüfung und gegebenenfalls eine Änderung durch die Regulierungsbehörde zu ermöglichen. Dies betrifft insbesondere die Parameter

- maximaler Zeitraum der Durchführung der Migration (ab Antrag des ISP bzw. des Endkunden) und
- maximaler Zeitraum der Unterbrechung des Dienstes für den Endkunden.

In das Standardangebot aufgenommen zu werden haben nähere Bestimmungen hinsichtlich der nationalen und der regionalen Übergabe in einer der neun von der Liste der bereits bestehenden regionalen Übergabepunkte (BRAS-Standorte) im derzeitigen ISPA-Angebot.

#### 7.2.3.3. Zum Verhältnis zu anderen Regulierungsinstrumenten

Wie oben ausgeführt dient die Verpflichtung der Telekom Austria, ein Standardangebot zu legen, primär dazu, die für die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung wesentlichen Konditionen des Zugangs festzulegen und die Transaktionskosten zu verringern. Es ist deshalb geeignet, mögliche nicht-preisliche wettbewerbswidrige Strategien zu unterbinden. Die Zugangsverpflichtung andererseits stellt sicher, dass allen Betreibern auf Anfrage ein angemessener Zugang gewährt werden muss. Sie geht daher über die im Standardangebot für Standardfälle vorgesehene Verpflichtung hinaus, wobei eine diskriminierende Behandlung der Nachfrager auch für andere (nicht im Standardangebot vorgesehene) Formen des Zugangs auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeschlossen ist, sofern dem nicht objektive Kriterien entgegenstehen.

Alternativ zum Standardangebot ließen sich die notwendigen Informationen über technische, wirtschaftliche und rechtliche Parameter auch über eine Transparenzverpflichtung sicherstellen. Diese Informationsverpflichtungen würden aber im Wesentlichen die Bestandteile im Standardangebot enthalten müssen, sodass die Transparenzverpflichtung letztendlich auf die Veröffentlichung der Teile des Standardangebots hinausliefe und somit nicht gelinder wäre.

Um die Diskriminierung anderer Anbieter bzw. bestimmter Gruppen von Anbietern (wie etwa VNB) durch nicht-preisliche Praktiken zu unterbinden bzw. um den Eintritt in nachgelagerte Märkte zu erleichtern, erscheint daher die allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs. 1 TKG 2003 und die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes nach § 38 Abs. 3 TKG 2003 für Telekom Austria als notwendig angemessen und verhältnismäßig. Insbesondere das Standardangebot stellt sicher, dass die Transparenz gewährleistet bleibt.

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

#### **7.2.4. Getrennte Buchführung**

##### **7.2.4.1. Allgemeines zu § 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). Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben. So hält auch die ERG (S. 49) 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.“

##### **7.2.4.2. Zur angeordneten Verpflichtung im Konkreten**

Nach den Feststellungen (Punkt B.4.2.4.2) ist zur unterstützenden Adressierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich.

Da Telekom Austria auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt (zB Terminierung, Mietleitungen terminierende Segmente, Entbündelung), und aus denselben Überlegungen wie oben dargestellt wurden auf diesen Märkten ebenfalls zu kostenorientierten Entgelten verpflichtet wurde, ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ein verhältnismäßiges Regulierungsinstrument, da die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt 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. Zur Verhinderung von Marktmachtübertragungen ist dieses Regulierungsinstrument daher als unterstützendes Element der Telekom Austria aufzuerlegen. Das Kostenrechnungssystem und dessen Einhaltung werden von der Regulierungsbehörde oder von einer von dieser beauftragten qualifizierten unabhängigen Stelle jährlich überprüft.

### **7.2.5. Transparenz**

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

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, herbeizuführen bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art. 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, Stratil, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003).

Im gegebenen Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen dass insbesondere durch die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für den Zugang zu einem Bitstream-Produkt notwendigen Informationen verfügbar zu sein haben. Allenfalls zusätzlich notwendige Informationen, sind auf Grund der Verpflichtung, einer angemessenen Anfrage nachzukommen bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, wenn durch die erwähnten Verpflichtungen und die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist, was nach den Ausführungen des Gutachtens der Fall ist.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist daher – basierend auf den getroffenen Feststellungen zu Punkt 4.2.5 - das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw. durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

### **7.2.6. Weitere Verpflichtungen**

Die Regulierungsbehörde kann auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Das sind entweder Verpflichtungen auf der Endkundenebene (§ 43 ff TKG 2003) oder, bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, Verpflichtungen, die nicht im TKG 2003 genannt sind.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission sind jedoch keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen aufzuerlegen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

## **8. Zusammenfassende Beurteilung der Wettbewerbsprobleme und der spezifischen Verpflichtungen**

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass folgende Maßnahmen geeignet sind, die potentiellen Wettbewerbsprobleme

- die Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten,
- die Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte, sowie
- die Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern (insbesondere hinsichtlich der Preissetzung).

auf dem Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene zu beseitigen:

- Zugangsverpflichtung (Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen)
- Gleichbehandlungsverpflichtung einschließlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots
- Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- Getrennte Buchführung.

Bei den vorliegenden Instrumenten handelt es sich mit Ausnahme der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und der Gleichbehandlungsverpflichtung bzgl. der Entgelthöhe 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 beseitigt werden. Gleichzeitig ist dieses Set an Maßnahmen jenes, welches am wenigsten eingriffsintensiv für das marktmächtige Unternehmen Telekom Austria ist.

Dem bis in die jüngste Vergangenheit im Vordergrund stehenden Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise wird durch diese Maßnahmen zwar nur sehr bedingt begegnet (nämlich insofern als Telekom Austria - abhängig von der Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt - auf Grund des dargestellten Retail-minus Ansatzes und der Verpflichtung zur Nicht-Diskriminierung mittelbar auch in ihrer Preissetzung am Vorleistungsmarkt restringiert wird), angesichts jüngster Entwicklungen erscheint aber die eingriffsintensivere Regulierung mittels Festlegung kostenorientierter Preise (z.B. nach dem FL-LRAIC Maßstab) nicht gerechtfertigt.

Die Verpflichtungen gelten für alle Produkte, die nach der Marktdefinition der TKMVO 2003 in den Markt für „breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene“ fallen und gegenwärtig von Telekom Austria angeboten werden.

Neue Produkte, die erst entwickelt werden, aber auch in diesen Markt fallen würden, sind ebenso von den Verpflichtungen betroffen. (vgl. dazu insbes. die Ausführungen in 4.2.1). Dies erscheint nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission deshalb als erforderlich, weil – vor dem Hintergrund aller festgestellten Wettbewerbsprobleme - nur damit eine einheitliche Regulierung aller im Markt befindlichen Produkte erreicht werden kann.

## **9. Zur Marktabgrenzung der TKMVO 2003**

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

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Mit BGBl II 38/2005 wurde der TKMVO 2003 der

Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene hinzugefügt (TKMVO 2003 idF vom 2.5.2005, BGBl II 38/2005).

Das Bundesgebiet des gegenständlichen Marktes ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

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

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

### **10.1. Allgemeines:**

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

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

### **10.2. Zu den eingelangten Stellungnahmen gemäß §§ 128 TKG 2003**

Es wurde von folgenden Organisationen eine Stellungnahme abgegeben: Bundeswettbewerbsbehörde, Telekom Austria AG, UPC Telekabel Wien GmbH, Inode Telekommunikationsdienstleistungs GmbH, Silver Server GmbH, Tele2UTA Telecommunication GmbH, Verband alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT), Internet Service Providers Austria (ISPA).

Bezüglich der Stellungnahme der Telekom Austria AG wird auf die Ausführungen in der Beweiswürdigung unter Punkt II C 3 dieses Bescheides verwiesen.

Die diesem Marktanalyseverfahren zugrunde liegende Marktdefinition, nämlich die Miteinbeziehung von CATV-Vorleistungsprodukten, wurde in mehreren Stellungnahmen, (VAT, ISPA) kritisiert. So wurde vorgebracht, dass es bei Open-Access-Produkten kein für alle Nachfrager zugängliches öffentliches Angebot gebe, was gegen eine Miteinbeziehung in den gegenständlichen Markt spreche.

Daran anknüpfend, wurde im Konsultationsverfahren geäußert, dass der Marktanteil von Telekom Austria wesentlich höher sei, als festgestellt, und daher ohne Zweifel beträchtliche Marktmacht von Telekom Austria vorliege.

Ein zweiter Schwerpunkt der Stellungnahmen war die Anordnung einer Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus. Diese Form der Entgeltkontrolle wurde kritisiert, da sie nicht geeignet sei, den festgestellten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken (VAT, SilverServer), bzw. zu wenig ausdifferenziert sei (ISPA). Anstelle einer Entgeltkontrolle auf Basis Retail-minus wäre

eine um Ineffizienzen bereinigte Kostenermittlung auf Basis historischer Vollkosten (VAT) bzw. eine "Kostenorientierung" (Tele2UTA) vorzusehen gewesen. In diesem Zusammenhang wurde ferner eine Entgeltermittlung auf Produktebene (Tele2UTA, VAT) gefordert. ISPA VAT und Tele2UTA regten in diesem Zusammenhang an, die Preise für den Zugang zu einem Breitbandvorleistungsprodukt und für Transfervolumina nachvollziehbar zu trennen. Es wurde in diesem Zusammenhang auch gefordert, auch zeitlich befristete Aktionsangebote in die Basis für die Margin-squeeze Berechnung miteinzubeziehen (ISPA, SilverServer).

Weitere in den Stellungnahmen geäußerte Punkte betrafen die Klarstellung, dass die Vorleistungsprodukte von Telekom Austria entsprechend der Nachfrage entweder ATM- oder IP-basiert anzubieten seien. Diese Anregung wurde zur Klarstellung in den Spruchpunkt 2.1. aufgenommen. Weiters wurde gefordert (VAT, ISPA, Tele2UTA), die Vorankündigungsfrist bei der Einführung neuer Vorleistungsprodukte auf Vorleistungsprodukte auf acht Wochen zu erstrecken.

Von VAT, Tele2UTA wurde ferner angeregt, dass auch Endkundenequipment von alternativen Anbietern Verwendung finden dürfen sollte.

Von Inode, SilverServer wurde auf das Verhältnis zu anderen Vorleistungsprodukten (terminierende Segmente von Mietleitungen, Entbündelung) hingewiesen, wobei zum Ausdruck gebracht wurde, dass besonderes Augenmerk auf die Hintanhaltung eines Margin-squeezes gegenüber diesen Vorleistungsprodukten zu legen sei.

Die Bundeswettbewerbsbehörde verweist in ihrer Stellungnahme auf die positive Wirkung der vorgesehenen Regulierungsmaßnahmen.

Auf die in den vorliegenden Bescheid aufgenommenen Anregungen, die im Zuge des Verfahrens gemäß § 128 TKG 2003 eingelangt sind, wird in der Begründung hingewiesen.

### **10.3. Zur eingelangten Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 23.12.2005 im Rahmen des Verfahrens nach § 129 TKG 2003**

Diese Stellungnahme (ON 46) stützt im Endergebnis die Feststellungen der Telekom-Control-Kommission. Die Europäische Kommission konzentrierte ihre Anmerkungen auf die Miteinbeziehung von über Kabelnetzen bereitgestellten Breitbandzugängen für Großkunden in die gegenständliche Marktdefinition. In diesem Zusammenhang hält die Europäische Kommission fest, dass der Ansatz der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, den gegenständlichen Markt basierend auf den Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenmarkt zu definieren "nicht grundsätzlich unvereinbar" mit der in der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission dargelegten Methode zur Feststellung von beträchtlicher Marktmacht ist. Ergänzend führt die Europäische Kommission aus, dass bei der Marktabgrenzung die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite als unmittelbarste und effektiv disziplinierende Kraft gelte, wobei kritisiert wird, dass die Telekom-Control-Kommission keinen tatsächlichen Nachweis erbracht habe, dass auf Nachfrageseite eine direkte Austauschbarkeit besteht. Ferner führt die Europäische Kommission aus, dass die Umstellungskosten von CATV-Endkundenprodukten bei der gegenständlichen Marktdefinition berücksichtigt werden hätten müssen. Abschließend führt die Europäische Kommission aus, dass die Telekom-Control-Kommission keine ausreichenden Beweise für die Miteinbeziehung von CATV-Produkten in den gegenständlichen Markt geliefert habe. Allerdings hält die Europäische Kommission, fest, dass angesichts eines Marktanteiles der Telekom Austria von ca. 87 % aller DSL-Leitungen Breitbandverbindungen der Ausschluss von CATV-Betreibern zu keinem anderen Ergebnis hinsichtlich des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht von Telekom Austria geführt hätte.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweis**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 28.2.2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:

Dr. Georg Serentschy  
Geschäftsführer Fachbereich Telekommunikation