
**Stellungnahme der
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)
zur Studie
„Kritische Analyse des österreichischen
Telekommunikationsmarktes. Ansätze für eine neue
Regulierungspolitik“**

von Univ.-Prof. DDr. Walter Barfuß, Univ.-Prof. Dr. Romuald Bertl
und Univ.-Prof. Dr. Ernst Bonek

Wien, Dezember 2001

Die RTR-GmbH begrüßt jede Initiative zu einer sachlichen Auseinandersetzung mit den Entwicklungen der heimischen Telekommunikationsmärkte.

Daher sehen wir die Studie: „Kritische Analyse des österreichischen Telekommunikationsmarktes. Ansätze für eine neue Regulierungspolitik“ der Universitätsprofessoren Walter Barfuß, Romuald Bertl sowie Ernst Bonek (künftig abgekürzt zitiert als „BBB“) als ersten Anknüpfungspunkt für eine Diskussion, die sich angesichts der bereits von den zuständigen Gremien der europäischen Union beschlossenen Reform des rechtlichen Rahmens über die nächsten Monate hin erstrecken wird. Leider – und das werden die folgenden Ausführungen deutlich zeigen – ist diese Studie nicht mehr als ein Anknüpfungspunkt, da sie unter schwerwiegenden fachlichen und formellen Mängeln leidet. Die RTR-GmbH versucht die wichtigsten Aussagen von BBB sine ira et studio einer fachlichen Würdigung zu unterziehen und an vielen Punkten mit Klar- bzw. Richtigstellungen zur Diskussion beizutragen.

Diese Replik umfasst Anmerkungen zu den wichtigsten wirtschaftlichen und juristischen Aussagen von BBB und gliedert sich in die folgenden Punkte:

- I. Anmerkungen zu den Grundaussagen
- II. Anmerkungen zu besonderen Fragen
 - II.1 Asymmetrische Regulierung und Regulierung ex ante
 - II.2 „4-Märkte-Konzept“ und beträchtliche Marktmacht
- III. Weitere Anmerkungen
- IV. Schlussbemerkung

Der Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Replik wurde so gewählt, dass die von der Europäischen Kommission aus dem „7. Umsetzungsbericht“¹ gezogenen Schlussfolgerungen noch verwertet werden konnten.

I. Anmerkungen zu den Grundaussagen

Im Rahmen dieses Teiles wird nur auf die in der „Management Summary“ zusammengefassten Grundaussagen eingegangen (BBB S. 6 f).

Grundaussage 1:

„Die Höhe der regulierten Tarife im Bereich der Zusammenschaltungen und der Mietleitungen gibt der Telekom Austria AG auf Grund unternehmerischer Überlegungen wenig Anreiz für weitere Investitionen in neue innovative Technik. Diese Innovationshemmung trifft auch für alternative Anbieter zu, zumal sie wirtschaftlich bessergestellt sind, wenn sie die Einrichtungen der Telekom Austria AG zu niedrigen Entgelten nutzen, anstatt in neue Technik zu investieren. Der volkswirtschaftliche Effekt dieser investitionsbremsenden Wirkung der derzeitigen Regulierungspolitik lässt mittelfristig einen qualitativ schlechteren Zustand der Leitungen und früher oder später einen deutlichen Nachholbedarf der Telekommunikationsinfrastruktur gegenüber anderen Ländern befürchten.“

Die Autoren der Studie argumentieren, dass die (zu) niedrigen Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen und Mietleitungen zu einer Investitionshemmung führen, die volkswirtschaftliche Nachteile in der Zukunft nach sich ziehen würde.

In Übereinstimmung mit dem europäischen Rechtsrahmen² und der europäischen Regulierungspraxis (vgl. 7. Umsetzungsbericht, Annex 2.4) unterliegen die genannten Preise

¹ Seventh Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, COM(2001) 706, veröffentlicht (ohne Datum) am 28.11.2001 unter:
http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/implementation/annual_report/7report/index_en.htm

der Regulierung. Dabei setzt die Telekom-Control-Kommission (TKK) die Zusammenschaltungsentgelte auf dem Niveau der FL-LRAIC (= Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs) und die Mietleitungsentgelte auf Vollkostenbasis fest. Für Investitionen in das Kernnetz – und um diese Investitionen geht es hier – ist die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte entscheidend. Bei zu hohen Zusammenschaltungsentgelten wird zu viel, bei zu niedrigen Zusammenschaltungsentgelten wird zu wenig investiert. Entscheidend für die Investitionen ist, ob zum festgelegten Zusammenschaltungsentgelt und bei den zugrundegelegten Erwartungen über die Verkehrsmengen die direkten Kosten, die anteiligen gemeinsamen Kosten, die anteiligen Gemeinkosten sowie ein angemessener, branchenüblicher Kapitalertrag erwirtschaftet werden kann. Dabei sind ein hohes Maß an Effizienz und die Bewertung der Investitionen zu Wiederbeschaffungspreisen anzuwenden. Nach diesem Konzept berechnete Zusammenschaltungsentgelte stellen daher ein korrektes Investitionssignal für alle Marktteilnehmer dar.

Richtet sich die Kritik der Autoren („zu niedrige Entgelte“) gegen die Anwendung des Konzepts der FL-LRAIC, so richtet sie sich eigentlich gegen allgemeine betriebswirtschaftliche Grundsätze für Investitionsentscheidungen. Behaupten die Autoren jedoch implizit, dass die TKK die FL-LRAIC zu niedrig berechnet und festgesetzt hat, so lässt sich diese Behauptung mit einem Blick auf die internationalen Benchmarks für Zusammenschaltungsentgelte entkräften (siehe 7. Umsetzungsbericht, Annex 1, S. 79 ff.). Die entsprechenden Daten zeigen, dass die österreichischen Zusammenschaltungsentgelte in jeder Kategorie über dem europäischen Durchschnitt liegen. In keinem der Fälle ist die Argumentation von BBB schlüssig und haltbar.

Sollte sich zeigen, dass die historischen Vollkosten über den FL-LRAIC liegen, so besteht ein sehr starker Anreiz, die offensichtlich vorhandenen Ineffizienzen auch durch entsprechende Investitionen in moderne Technologien zu beseitigen.

Aufgrund der nach allen Standards noch immer bestehenden marktbeherrschenden Stellung der TA auf dem Mietleitungsmarkt³ gilt auch diesbezüglich das im europäischen Regulierungsrahmen Vorgegebene: Mietleitungspreise sind den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung entsprechend festzulegen⁴. Dies bedeutet einerseits, dass keine Monopolrenten mehr zulässig sind (Beseitigung der statischen, sozialen Ineffizienz von Monopolen) und andererseits, dass nicht unter den Gestehungskosten (predatory pricing) angeboten werden darf. Daher bietet sich eine vernünftige Anbindung der Mietleitungsentgelte an die (Voll)Kosten an, die mit dem Schlagwort Kostenorientierung zusammengefasst ist. Die Genehmigung von kostenorientierten Mietleitungspreisen als stehende Entscheidungspraxis der TKK verhindert daher ex ante einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 34 TKG, ohne Verzerrungen in der Investitionstätigkeit herbeizuführen. Die Äußerungen in BBB betreffend den erwarteten noch stärkeren Wettbewerb auf den Mietleitungsmärkten (BBB S. 61 ff.) stehen darüberhinaus im direkten Widerspruch zur behaupteten Investitionshemmung.

Grundaussage 2:

„Die Kupferzweidrahtleitung ist in Österreich nach wie vor die am meisten angewandte Technik, um den Endkunden zu erreichen. Die Telekom Austria AG ist zwar Eigentümer des überwiegenden Anteils dieser Netzzugänge, infolge der Möglichkeit der Betreiberwahl und insbesondere der Betreiber-Vorauswahl ist jedoch das Zugangsmonopol der Telekom Austria AG auf Grund rechtlicher und faktischer Gegebenheiten beendet.“

Nach gängiger Terminologie wird bei der Beschreibung von Telekommunikationsnetzen in der Regel zwischen Zugangsnetz und Kernnetz unterschieden. Liegt eine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Zugangsnetzes vor, so besteht für diesen Marktbeherrscher die Möglichkeit, seine marktbeherrschende Stellung auf das Kernnetz

² Richtlinie (RL) 97/33/EG idF RL 98/61/EG („ZusammenschaltungsRL“) sowie RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG („MietleitungsRL“).

³ Vgl. Bescheid der TKK M 1/01 vom 18.6.2001, S. 10 ff.

⁴ Art. 10 Abs. 1 MietleitungsRL.

auszuweiten bzw. zu übertragen, indem der Marktbeherrscher seinen Kunden die Möglichkeit verweigert, einen anderen Anbieter für die Weiterleitung seiner Gespräche auszuwählen. Die Einführung von Betreiberwahl (carrier selection, CS) und Betreibervorauswahl (carrier pre-selection, CPS) beschränkt diese Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht auf das Kernnetz. Dadurch wird die marktbeherrschende Stellung im Anschlussnetz nicht berührt. Daher ist die Argumentation in diesem Punkt grundsätzlich falsch und geht völlig ins Leere.

Grundaussage 3:

„Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sowie das unternehmerische Agieren einzelner – vor allem großer – Wettbewerber in Europa deutet auf einen transnationalen Markt in Europa hin. Das hat zur Folge, dass sich etablierte - und marktmächtige – Netzbetreiber aus anderen Ländern Zugang zum österreichischen Telekommunikationsmarkt verschaffen, damit direkt oder indirekt Mitbewerber der Telekom Austria AG werden und dabei trotz marktbeherrschender Stellung in ihren Heimatländern in Österreich den Status eines alternativen Netzbetreibers genießen, wodurch die Wirkung der asymmetrischen Regulierung unangemessen verstärkt wird. Bei der Beurteilung der Marktmacht der alternativen Netzbetreiber wird diesem Umstand nicht zur Genüge Rechnung getragen.“

Der Ausgangsthese von BBB ist hier zuzustimmen. Die Telekommunikationsmärkte in der EU entwickeln sich tatsächlich stark in die von der EU gewünschte Richtung, d.h. in Richtung eines Binnenmarkts für Telekommunikationsdienste. Dies ist zweifellos das Ergebnis der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Europa. Damit ist natürlich der Umstand verbunden, dass sich große ausländische Unternehmungen mit Marktmacht in ihren Heimatmärkten als Konkurrenten und Alternative Netzbetreiber (ANB) in Österreich etablieren. Die Argumentation von BBB impliziert, dass bei den Konkurrenten der TA zwischen kleinen, eventuell inländischen Konkurrenten und großen, möglicherweise ausländischen Konkurrenten zu unterscheiden wäre. Der europäische Liberalisierungsrahmen bezieht sich jedoch richtigerweise auf die tatsächliche Marktmacht der Konkurrenten im relevanten geografischen Markt. In den allermeisten Fällen handelt es sich dabei um den nationalen und nicht um einen internationalen Markt, auch wenn auf dem nationalen Markt internationale Spieler auftreten. Bei allen Entscheidungen der TKK zur Feststellung von marktbeherrschenden Stellungen, wurden nicht nur Marktanteile sondern auch weitere Parameter untersucht. Diese umfassten neben der relativen Stellung auf dem Markt den Zugang zu Finanzmitteln, die Erfahrung mit der Erbringung von Telekommunikationsdiensten etc. Dadurch ist die Frage, ob Marktmacht im Ausland nach Österreich hereinreicht, eingehend behandelt und verneint worden. Implizit wird auch das Thema ungleicher Regulierungsintensität in der EU angesprochen. Ohne auf dieses Thema in diesem Rahmen einzugehen, ist jedenfalls festzuhalten, dass der Regulierungsbehörde kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn sie sich an die klaren Ziele der Telekomliberalisierung hält und die zu deren Erreichung vorgesehenen Maßnahmen des europäischen und nationalen Rechtsrahmens setzt.

Grundaussage 4:

„Auf Grund neuer technischer Entwicklungen und Innovationen haben sich in der jüngsten Vergangenheit neue Produkt-Markt-Konstellationen ergeben. Überdies hat verschärfter Wettbewerb zu Marktanteilsverschiebungen auf einzelnen Marktsegmenten geführt, sodass das Abgehen vom 4Märkte Dogma, welches der Regulierungsbehörde nach wie vor als Basis für die Beurteilung der Marktbeherrschung dient, unumgänglich erscheint. So ist etwa die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung am Markt der Sprachtelefonie bei näherer Analyse der Marktanteilssituation in einzelnen Marktsegmenten (z.B. regionale, nationale Gespräche/Ausland etc.) sehr kritisch zu hinterfragen. Aus diesen Gründen wurde in der Studie eine Leitlinie für eine differenzierte Betrachtung des Telekommunikationsmarktes erarbeitet.“

Die RTR-GmbH teilt die rechtliche Argumentation der Studienautoren nicht. Auf die rechtlichen Fragen wird unten (Abs. II.2) näher eingegangen werden. Etwas anders ist die Haltung der RTR-GmbH in den grundsätzlich ökonomischen Fragestellungen. Die nationale und europäische Regulierungspraxis hat gezeigt, dass der derzeitige Rechtsrahmen revisionsbedürftig ist. Dies gilt vor allem für die Fragen der Marktabgrenzung, des Standards für die Feststellung von marktbeherrschenden Stellungen sowie die Auswahl und die Kalibrierung von ex ante Verpflichtungen von Marktbeherrschern. Die RTR-GmbH betrachtet die geplante Anwendung der Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts bei der Marktabgrenzung und der Marktbeherrschungsfeststellung als notwendigen Schritt, um der Ausdifferenzierung der Märkte und der steigenden Wettbewerbsintensität auch in der Regulierung Rechnung tragen zu können. Ebenso ist ein Überdenken der eingesetzten regulatorischen Mittel und ihrer Gewichtung geboten. Die Anwendung der Methoden des Wettbewerbsrechts wird in Zukunft zeigen, welche Märkte tatsächlich gegeben sind, wie intensiv und selbsttragend der Wettbewerb auf diesen Märkten ist und welche regulatorischen Maßnahmen dann zu ergreifen sind. Einer sachlich nicht gerechtfertigten Aufhebung von Regulierungsmaßnahmen darf im Interesse der Erhaltung des Wettbewerbs nicht das Wort geredet werden. In Übereinstimmung mit dem neuen europäischen Regelwerk wird in jedem einzelnen Fall, nach eingehender ökonomischer Analyse zu entscheiden sein, welche Maßnahmen geeignet sind, einen fairen und effizienten Wettbewerb zu unterstützen.

Darüber hinaus scheinen BBB von der Schlüssigkeit ihrer Ausführungen selbst nicht überzeugt zu sein, sonst würden sie in ihrer Grundaussage (siehe oben) explizit nicht von Marktsegmenten sondern von getrennten Märkten sprechen.

Grundaussage 5:

„In rechtlicher Hinsicht zeigt sich, dass die in Österreich derzeit herrschende scharfe asymmetrische Wettbewerbsregulierung, die einen ausgeprägten ex ante-Charakter hat, weder gemeinschaftsrechtlich geboten noch sachlich und damit verfassungsrechtlich (grundrechtlich) gerechtfertigt ist. Da bloße, punktuelle Änderungen der Interpretation des TKG nicht ausreichen, ist eine Novellierung des TKG in Angriff zu nehmen, und es ist dabei auch für eine Koordinierung mit der Kartellgerichtsbarkeit und mit der (zukünftigen) Bundeswettbewerbsbehörde zu sorgen. Die allgemeine wettbewerbsrechtliche (kartellrechtliche) Missbrauchsaufsicht gegenüber Marktbeherrschern sollte weitestgehend an die Stelle asymmetrischer ex ante-Regulierungen treten.“

Die bislang vorliegenden Entscheidungen des VfGH lassen nicht darauf schließen, dass das TKG und die daran anknüpfenden Regulierungsentscheidungen verfassungswidrig sind. Dass asymmetrische ex ante-Regulierung europarechtlich geboten ist, steht außer Zweifel⁵. Die RTR-GmbH geht jedoch davon aus, dass mit der am 12.12.01 erfolgten Verabschiedung des neuen europäischen Rechtsrahmens für die Kommunikationsmärkte durch das Europäische Parlament eine weitgehende Reform des TKG erforderlich sein wird. Regulierung, insbesondere ex ante-Regulierung, wird auch im neuen Rechtsrahmen niemals Selbstzweck sein können, sondern nur dazu dienen, die Schaffung und die Erhaltung von effizientem Wettbewerb zu bewirken. Grundsätzlich werden die Einschätzungen über gebotene Regulierungsmaßnahmen je nach Interessenslage immer stark unterschiedlich und kontroversiell sein. Im Vordergrund solcher Diskussionen muss für die Regulierungsbehörde jedoch stets das Ziel stehen, „die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten“⁶. Die RTR-GmbH wird in den zu erwartenden Diskussionen immer einen von diesem Grundsatz geleiteten Standpunkt vertreten, unabhängig davon, ob ex ante oder ex post Maßnahmen zur Debatte stehen.

⁵ Zu beiden Argumenten wird unten näher eingegangen.

⁶ § 1 Abs. 1 TKG.

II. Anmerkungen zu besonderen Fragen von BBB

II.1 Asymmetrische Regulierung und Regulierung ex ante

An verschiedenen Stellen wird von BBB⁷ die Ansicht vertreten, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des derzeit in Geltung befindlichen ONP-Rechtsrahmens den österreichischen Bundesgesetzgeber „nicht dazu zwingen, asymmetrische Wettbewerbsregulierungen jedenfalls - ... - zu schaffen, bzw aufrechtzuerhalten.“ Insbesondere ex ante-Regulierungen wie die "vorgängige" Genehmigung von Tarifen und Geschäftsbedingungen seien vom Europarecht nicht zwingend vorgegeben⁸. Hierzu ist aus Sicht der RTR-GmbH Folgendes zu bemerken:

Das ONP-Konzept - ausgehend von der RL 90/387/EWG⁹ - schafft die Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ und unterscheidet sich mit dieser Begrifflichkeit sohin grundlegend vom Terminus der „Marktbeherrschung“, der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht stammt. Das Konzept der beträchtlichen Marktmacht¹⁰ sieht Eingriffsmöglichkeiten schon unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung vor. Daraus und aus den unterschiedlichen Normzwecken von ONP-Regeln sowie allgemeinem Wettbewerbsrecht ergibt sich, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht eo ipso auch als marktbeherrschend einzustufen sind. Eine, intensivere Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrecht muss diese Zusammenhänge stets klar vor Augen haben.

Darüber hinaus sieht die RL 98/10/EG¹¹ für Telekommunikationsanbieter mit beträchtlicher Marktmacht vor allem folgende asymmetrische Regulierungsmaßnahmen vor:

- Nichtdiskriminierender Zugang zu Netzen und Diensten für Endnutzer und Wettbewerber (Art. 16 Abs. 7 RL 98/10/EG);
- Gewährung des besonderen Netzzugangs für Wettbewerber auf Antrag (Art. 16 RL 98/10/EG);
- Grundsatz der Kostenorientierung der Endkumentarife (Art. 17 RL 98/10/EG)¹²;
- Grundsatz der Kostentransparenz der Endkumentarife (Art. 18 RL 98/10/EG);
- Veröffentlichung der Tarife inklusive Rabatte und Sondertarife (Art. 19 RL 98/10/EG).

Es ist das Wesen jeder ex-ante Wettbewerbsregulierung durch in den Markt eingreifende Maßnahmen dauerhaften und nachhaltigen Wettbewerb sicherzustellen. Im Fall der Sektorregulierung im TK-Bereich ist das derzeit nach wie vor notwendig. Im begrifflichen Gegensatz dazu steht die Wettbewerbskontrolle ex-post. Diese findet unter der Annahme bereits funktionierenden Wettbewerbs statt.

Nach Auffassung der RTR-GmbH lassen die Eigenheiten der ex-post Missbrauchskontrolle befürchten, dass nicht immer in adäquater Weise und rechtzeitig auf die Geschehnisse auf den Telekom-Märkten reagiert werden kann. Gerade der Telekommunikationssektor ist dadurch gekennzeichnet, dass Verzögerungen beim Markteintritt bzw. bei der Bereitstellung von Dienstleistungen am Markt mit kaum aufholbaren negativen Auswirkungen verbunden sind¹³. In diesem Zusammenhang sei auf die intensiv diskutierten Eintrittsschwierigkeiten der 3G Mobilfunkbetreiber hingewiesen. Als einen weiteren Bereich, in dem effektiver

⁷ BBB S. 95 ff.

⁸ BBB S. 93 ff.

⁹ Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision - ONP) ABI 1990 L 192/1.

¹⁰ Vgl etwa Art. 4 Abs. 3 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG, Art. 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG, Art. 2 Abs. 2 lit. i RL 98/10/EG.

¹¹ Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, Amtsblatt Nr. L 101/24, 01.04.1998

¹² Hinzuweisen ist auf die Ausnahmebestimmung des Art 17 Abs 6 RL 98/10/EG, der der nationalen Regulierungsbehörde die Möglichkeit einräumt, von der Kostenorientierung der Endkumentarife regionsweise abzugehen, sobald festgestellt wurde, dass der Wettbewerb auf dem Markt für feste öffentliche Telekommunikationsdienste für zufriedenstellend erachtet wurde.

¹³ Barbara Leitl, Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsunternehmen, Wien 2001, S. 29.

Wettbewerb noch nicht stattfindet, lässt sich etwa der Zugangsmarkt zu Breitbanddiensten identifizieren¹⁴.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich nach Ansicht der RTR-GmbH, dass aufgrund der Marktsituation derzeit noch nicht in allen Marktsegmenten des österreichischen Telekom-Marktes Wettbewerb herrscht, weshalb sowohl asymmetrische Regulierung als auch ex-ante Regulierungseingriffe notwendig sind, um auch dort faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.

Der von BBB geäußerten Rechtsauffassung¹⁵, wonach das Gemeinschaftsrecht wesentliche asymmetrische Regulierungen, wie sie im TKG vorgesehen sind, nicht zwingend vorgebe, ist zunächst entgegenzuhalten, dass asymmetrische Regulierung einerseits und Regulierung durch Festlegung von (Vorab-)Verpflichtungen andererseits zwei von einander zu unterscheidende Maßnahmen sind. Asymmetrische Regulierung geht von der Überlegung aus, dass der Übergang von einer Monopol- zu einer Wettbewerbssituation dadurch bewerkstelligt wird, dass der (ehemalige) Monopolist bestimmte „Sonderopfer“ zu erbringen hat und somit einer höheren Intensität von Regulierungseingriffen ausgesetzt ist als andere, erst später in den Markt eintretende Konkurrenten. Das Festlegen von Vorab-Verpflichtungen bedeutet hingegen, dass bestimmte Regulierungsinstrumente nicht erst dann zum Einsatz gelangen, wenn eine aufgetretene, unerwünschte Situation am Markt Handeln erfordert, sondern es bereits im Vorhinein ermöglicht wird, künftiges Marktversagen durch Regulierungsmaßnahmen zu unterbinden. Indem die vorliegende Analyse asymmetrische Regulierung und ex ante-Regulierung begrifflich nicht immer von einander trennt¹⁶, entstehen Unschärfen, die zu Missverständnissen führen.

Aus Sicht der RTR-GmbH ist jedenfalls Folgendes festzuhalten:
Sowohl der derzeit bestehende¹⁷ als auch der künftige EU-Rechtsrahmen gehen vom Grundsatz der asymmetrischen Regulierung aus.

Hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit, Regulierungsmaßnahmen ex ante zu verhängen, ergibt sich für die RTR-GmbH folgendes Bild: Der derzeit in Kraft befindliche Telekom-Rechtsrahmen der EU ermächtigt Regulierungsbehörden ausdrücklich, in bestimmten Bereichen ex ante-Bedingungen vorzugeben (vgl. etwa Art. 9 Abs. 2 iVm Anhang VII der RL 97/33/EG). Für andere Bereiche wird kein Verbot ausgesprochen, ex ante-Bedingungen vorzugeben. Daraus leitet die RTR-GmbH ab, dass der österreichische TK-Gesetzgeber diesbezügliches EU-Recht korrekt umgesetzt hat und die Regulierungsbehörde somit ermächtigt ist, Vorab-Regulierungsmaßnahmen zu verhängen.

Der künftige Rechtsrahmen – soweit seine Ausprägung auf Grund der derzeit vorliegenden Entwürfe bereits erkennbar sein kann – stellt sich für die RTR-GmbH so dar, dass auch unter neuem regulatorischem Regime die Verhängung von ex ante-Maßnahmen möglich und zulässig sein wird. Dies wird – bloß beispielsweise – schon in der von der Europäischen Kommission vorgelegten Begründung zum Vorschlag für eine Zusammenschaltungsrichtlinie mit hinreichender Deutlichkeit dargelegt:

„Die Richtlinie stützt sich auf die Prämisse, dass Wettbewerbsregeln das wichtigste Instrument zur Regulierung des Marktes für elektronische Kommunikation sein werden, sobald auf dem Markt ein echter Wettbewerb herrscht. Allerdings werden während der Übergangsphase einige bereichsspezifische Vorabregelungen auch künftig angemessen sein, insbesondere soweit ehemalige Monopolbetreiber weiterhin Nutzen aus ihrer starken

¹⁴ 7. Umsetzungsbericht S. 5, sowie Annex 3, S. 243.

¹⁵ BBB S. 93, 95.

¹⁶ Siehe etwa BBB, S. 93, 95.

¹⁷ Siehe dazu – zutreffend – die Belege in BBB, S. 18 ff.

*Marktposition in der Vergangenheit ziehen, z.B. bei Ortsanschlussnetzen oder als vertikal integrierte Unternehmen.*¹⁸

Oder etwa an anderer Stelle:

*„Aus diesen Gründen wird allgemein anerkannt, dass bis zur Verwirklichung eines umfassenden und wirksamen Wettbewerbs in allen Marktsegmenten bereichsspezifische Vorabregelungen weiterhin neben Wettbewerbsregeln benötigt werden, um den Zugang und die Zusammenschaltung zu regulieren.“*¹⁹

Im selben Dokument widmet sich die Europäische Kommission auch ausführlich den Kriterien für vorab festgelegte Verpflichtungen. Des Weiteren wird im Entwurf zur Rahmen-RL deutlich klargestellt: „Unter bestimmten Umständen sind Vorabverpflichtungen aufzuerlegen, um die Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Marktes zu gewährleisten“.²⁰

Wird es unter diesen Voraussetzungen – soweit heute ersichtlich - zulässig sein, vorab Regulierungsmaßnahmen zu ergreifen, sieht die RTR-GmbH nicht, dass es für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verbesserung ihrer Situation darstellte, wenn die Endkundenentgelte seitens der Regulierungsbehörde im Wege einer ex post Kontrolle auf Kostenorientierung geprüft würden. Dies hätte zur Folge, dass beispielsweise jede neue Tarifgestaltung erst nach dem Inkrafttreten unter Heranziehung der aktuellsten Kostenrechnung auf Kostenorientierung zu überprüfen wäre. Für den Fall, dass keine Kostenorientiertheit festgestellt würde, würde dies eine rückwirkende Nichtanwendbarkeit der Tarife bedeuten. Auf die sich aus wettbewerbs- und verbraucherrechtlicher Sicht ergebenden Konsequenzen, insbesondere im Zusammenhang mit der Rückabwicklung von Entgeltvereinbarungen, soll hier nur kurz hingewiesen werden.

II.2 „4-Märkte-Konzept“ und beträchtliche Marktmacht

Breiter Raum wird von BBB dem Abweichen vom „4-Märkte-Konzept“ gewidmet. Aus diesem Grund geht die RTR-GmbH auf diesen Punkt gesondert ein.

Hierzu weist die RTR-GmbH auf RL 98/10 EG hin. Art. 2 Abs. 2 lit. i RL 98/10/EG geht von der widerlegbaren Vermutung aus, dass ein Telekommunikationsunternehmen mit einem Marktanteil von mindestens 25% auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht im Sinne der Richtlinie verfügt. Die in Umsetzung obengenannter RL ergangene Bestimmung des § 33 TKG entspricht hinsichtlich der Vermutungsregel der 25% Marktanteilsgrenze bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Zutreffend ist, dass die nationalen Regulierungsbehörden gemäß § 33 Abs. 2 TKG auch feststellen können, dass Telekommunikationsunternehmen mit weniger als 25% Marktanteil über beträchtliche Marktmacht verfügen, so wie sie auch feststellen können, dass Telekommunikationsunternehmen mit mehr als 25% Marktanteil nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Bei diesen Entscheidungen hat die nationale Regulierungsbehörde die Möglichkeit des betroffenen Unternehmens, die Marktbedingungen zu beeinflussen, seinen Umsatz, seinen Zugang zu Finanzmitteln, seine Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern ebenso wie seine Erfahrung am Markt zu berücksichtigen²¹.

§ 33 TKG trifft keine Aussage darüber, welche Märkte als relevant für eine ex ante-Regulierung anzusehen sind. Jedenfalls geht schon aus jenen Bestimmungen des TKG, die für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besondere Verpflichtungen schaffen, hervor, dass in sachlicher Hinsicht zwischen den Märkten für den öffentlichen Sprachtelefondienst

¹⁸ Dok. KOM(2000) 384 endg., S. 2.

¹⁹ Dok. KOM(2000) 384 endg., S. 4, Hervorhebung nicht im Original.

²⁰ Dok. KOM(2000) 393 endg., S. 11, Erwägungsgrund 20. Weitere Belege siehe BBB, 26 ff.

²¹ § 33 Abs. 1 Z 2 TKG; vgl dazu *Polster*, Das Telekommunikationsrecht der Europäischen Gemeinschaft, Wien 1999, S. 56 f.

im Festnetz, für öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst und für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen (vgl. § 18 Abs. 4 und Abs. 6 TKG) unterschieden werden muss.

Hinzuweisen ist des Weiteren auf die Zusammenschaltungs-RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG. Dort wird in Anhang I Abschnitte 1, 2 und 3 auf Organisationen verwiesen, die beträchtliche Marktmacht besitzen (zB Art. 6, Art. 7). Anhang I bestimmt, dass „für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht, die die nachstehenden öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste anbieten, die Sonderverpflichtungen gemäß Artikel 4 Absatz 2, Artikel 6 und Artikel 7“ gelten. Die drei darauffolgenden Abschnitte nennen dann das feste öffentliche Netz bzw. den festen öffentlichen Telefondienst, den Mietleitungsdienst sowie öffentliche mobile Telefonnetze und –dienste. Zusätzlich stellt Art. 7 Abs. 2 RL 97/33/EG idgF auf den nationalen Zusammenschaltungsmarkt als relevanten Markt ab, wenn es darum geht, festzustellen, ob Anbieter öffentlicher mobiler Telefonnetze und –dienste zu kostenorientierter Zusammenschaltung verpflichtet sein sollen (auf diese RL-Bestimmung verweist daher auch § 41 Abs 3 letzter Satz TKG).

Daraus kann mit gutem Grund geschlossen werden, dass nach RL 97/33/EG idgF die sachlich relevanten Märkte die drei in Anhang I genannten Märkte sowie der nationale Zusammenschaltungsmarkt sind.²².

Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung sind folgende europarechtliche Vorgaben einschlägig: Art. 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG²³ und Art. 4 Abs. 3 RL 97/33/EG²⁴ idF RL 98/61/EG²⁵ legen fest, dass der Markt das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaates oder einen Teil davon umfassen kann. Im derzeit (noch) geltenden ONP-Rechtsrahmen wurde keine gemeinschaftsweite Betrachtung von Marktmacht vorgesehen.

Wie gezeigt wurde, ergibt sich die sachliche Abgrenzung der Märkte implizit aus den Verpflichtungen, die in den ONP-Richtlinien festgelegt sind bzw aus den darin explizit enthaltenen Vorgaben zur Marktabgrenzung²⁶. Die Europäische Kommission betont, dass der wesentliche Unterschied zwischen dem Sektorwettbewerbsrecht und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht gerade in der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes liegt. Die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht nach ONP-Recht hat ex ante zu erfolgen, während bei der Bestimmung des relevanten Marktes nach allgemeinem Wettbewerbsrecht eine Entscheidung ex post ausschließlich aufgrund eines konkret vorliegenden Sachverhalts zu prüfen ist.

Die RTR-GmbH verkennt nicht, dass außerhalb der erwähnten vier Märkte weitere Telekommunikationsmärkte (z.B. Breitband-Internetzugang) bestehen können, die – zumal hier keine spezifischen europarechtlichen Vorgaben bestehen – auch im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevant sein können. Wie schon in der - im Übrigen auf der Homepage der RTR-GmbH unter <http://www.rtr.at> veröffentlichten Bescheidbegründung zu M 1/01-112²⁷ nachlesbar - erscheint es jedoch auf Grund der wettbewerblichen Situation zum gegenwärtigen Zeitpunkt im Hinblick auf die Regulierungsziele der §§ 1 und 32 TKG nicht gerechtfertigt, auf einem oder mehreren dieser weiteren Telekommunikationsmärkte ein Verfahren zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 33 TKG

²² Vgl. Dazu auch die Mitteilung European Commission DG XIII, Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives, 1.3.1999.

²³ Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs Mietleitungen idgF Amtsblatt Nr. L 165 vom 19/06/1992 S. 27 – 36.

²⁴ Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze fuer einen offenen Netzzugang (ONP), Amtsblatt Nr. L 199 vom 26/07/1997 S. 32 – 52.

²⁵ Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.09.1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiberwahl, Amtsblatt Nr. L 268/37, 03.10.1998.

²⁶ *Leitl*, Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsunternehmen, Wien 2001, S. 80.

²⁷ Auf diesen Bescheid wird von BBB auf Seite 34 Bezug genommen.

einzuweisen. Die von BBB²⁸ angeregte Feststellung relevanter Märkte anhand von "Marketingkriterien" ist aber jedenfalls im Widerspruch zur Auffassung der Europäischen Kommission.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass in den am 12.12.2001 vom europäischen Parlament verabschiedeten Telekommunikationsrichtlinien erstmals paneuropäische Märkte als relevant definiert werden. Trotz der in BBB enthaltenen umfangreichen - wenn auch bloß auszugsweisen - Darstellung des neuen Rechtsrahmens, ist gerade diese Bestimmung, auf die BBB offenbar abstellen, nicht enthalten.

In BBB wird des Weiteren die These aufgestellt, dass Österreich ein Testmarkt für paneuropäisch agierende Telekommunikationsunternehmen sei. Diese gründeten in Österreich Tochterunternehmen, um dadurch von der strengen asymmetrischen Regulierung zu profitieren²⁹. Insbesondere sei durch die angeregte richtlinienkonforme Auslegung des im TKG verwendeten Begriffes "marktbeherrschend" auf dieses Faktum Rücksicht zu nehmen. Die RTR-GmbH merkt dazu an, dass die in § 33 Abs. 1 TKG enthaltenen Kriterien zur Berechnung von beträchtlicher Marktmacht, nämlich der Erfahrung mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten sowie dem Zugang zu Finanzmitteln von der Regulierungsbehörde bei der Ausübung ihres Ermessensspielraumes zu berücksichtigen sind. Die Telekom-Control-Kommission hat dem gesetzlichen Auftrag entsprechend gehandelt³⁰, indem sie in den einschlägigen Bescheiden diese Parameter eingehend überprüft hat.

III. Weitere Anmerkungen

BBB gehen davon aus, dass „auch in der österreichischen Rechtsordnung die Notwendigkeit zumindest für einen Ansatz eines entsprechenden *reviews* auf dem Gebiet der Telekommunikation festgeschrieben“ sei³¹. Dies wird mit § 123 (Abs. 1) TKG begründet, wonach beim BMVIT ein Telekommunikationsbeirat einzurichten ist.

Die RTR-GmbH weist darauf hin, dass § 123 Abs. 1 TKG weder nach seinem Wortlaut noch auf Grund der Materialien (RV 759 BlgNR, XX. GP) den Schluss zulässt, eine (regelmäßige) Überprüfung des TKG sei zwingend angeordnet und der Telekommunikationsbeirat habe dabei eine rechtlich verpflichtende „*review*-Aufgabe“ zu erfüllen³².

Beachtenswerte Feststellungen treffen BBB auf Seite 30. Dort wird der Leitlinienentwurf zur Marktanalyse³³ erörtert und eine Aussage zitiert, wonach daran zu erinnern sei, dass auf Grund des „früheren“ Rechtsrahmens (aus heutiger Sicht eben der derzeit geltende!) ermittelte relevante Märkte nicht gleichbedeutend mit den für wettbewerbliche Zwecke ermittelte Märkten waren. Der Leitlinienentwurf begründet dies mit den derzeit einschlägigen RL-Bestimmungen und bestätigt damit im Ergebnis die von der österreichischen Regulierungsbehörde durchgeführte Definition der Märkte. BBB merken hierzu an, dass dies in der derzeitigen österreichischen Praxis nicht berücksichtigt werde.

Während also der Entwurf der Leitlinien die österreichische Praxis bestätigt, gelangen BBB zum Schluss, dass die „derzeitige österreichische Praxis“ den zukünftigen EU-Rechtsrahmen (!) noch nicht anwendet. Wenn BBB dann hierzu noch anmerken, dass man sich bei der Lektüre des Entwurfes der Leitlinien zur Marktanalyse „an die viel zu weitgehende Bedeutung – angeblich Festschreibung von (bloß) vier relevanten Märkten – erinnert“³⁴, so gibt dies für die RTR-GmbH Anlass zu zwei Bemerkungen: Erstens ist die Regulierungsbehörde gemäß des verfassungsrechtlich verankerten Legalitätsprinzips (Art.

²⁸ BBB, S. 86 f.

²⁹ BBB, S. 73 f.

³⁰ Siehe Bescheid der Regulierungsbehörde M 1/99 - 254 vom 23.7.1999 hinsichtlich des Zugangs zu Finanzmitteln der DT AG durch die max.mobil

³¹ BBB, S. 9.

³² So aber BBB, S. 9.

³³ Dok. KOM(2001) 175.

³⁴ BBB, S. 30.

18 Abs. 1 B-VG) nicht ermächtigt, mögliche zukünftige Rechtsentwicklungen ohne Weiteres zu antizipieren. Zweitens verlässt die Analyse von BBB mit der – im Übrigen rechtlich nicht näher begründeten – Darstellung ihrer Gefühlslage den analysierenden Teil der Darstellung und begibt sich – ohne dies klar auszusprechen – in den schlussfolgernden/wertenden Abschnitt.

Juristisch bedeutsam erscheint weiters BBB S. 33, wonach "offizielle Vorlagen der Kommission" auch „für die Interpretation der bestehenden europarechtlichen Zielformulierungen in den bestehenden RL" Bedeutung hätten.

Eine derartige Aussage bedarf nach Auffassung der RTR-GmbH einer differenzierten Betrachtungsweise, denn eine solche, zukünftiges Recht antizipierende Anwendung lässt sich mit der herrschenden Meinung zum Inkrafttreten einer Norm beziehungsweise der Auslegung von Gemeinschaftsrecht bzw. nationalem Recht schwerlich begründen. Für die Auslegung von Recht ist zunächst der Wortlaut der geltenden Rechtsvorschrift heranzuziehen³⁵.

Im Kapitel „Die Vollziehung des TKG“ auf S. 35 hinterfragen BBB die „sachliche und rechtliche (...) Notwendigkeit“ der auffallend großen Anzahl anhängiger Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission.

Hierzu ist anzumerken, dass es sich bei Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission - mit Ausnahme jener nach § 34 TKG, von denen im Jahr 2001 bisher sieben eingeleitet und großteils bereits abgeschlossen wurden - um antragsgebundene Verfahren handelt. Es steht also nicht im Ermessen der Regulierungsbehörde, ein Verfahren zu führen oder nicht zu führen. Die Vorgaben des AVG verlangen, dass jeder Antrag einer Erledigung zugeführt wird. Die Frage, ob ein Herantreten an die Telekom-Control-Kommission tatsächlich „notwendig“ ist, wäre sohin an diejenigen zu richten, die sich an die Telekom-Control-Kommission wenden.

Offen bleibt, wie BBB zu dem Schluss gelangen, dass die österreichische Rechtsordnung „im Vergleich zu den Rechtsordnungen anderer EU-Staaten durch eine besondere Intensität ihrer asymmetrischen ex ante-Regulierung auffällt“ (BBB, S. 96). Auf die vom Umfang her keine zwei Seiten umfassende Darstellung von BBB zur Regulierung in anderen EU-Staaten (BBB, S. 98 f.) lässt sich dieses Ergebnis nach Auffassung der RTR-GmbH jedenfalls nicht stützen.

Ebenfalls vermögen die Schlussfolgerungen von BBB zur „Doppelgeleisigkeit zwischen allgemeiner kartellbehördlicher Aufsicht und sektorspezifischer Wettbewerbsaufsicht“ (S. 96) nicht uneingeschränkt zu überzeugen: Während BBB zuzugestehen ist, dass ein derartiges Nebeneinander aus Zweckmäßigkeitserwägungen unbefriedigend sein mag, so legt die darauf folgende Aussage, wonach die Kompetenzabgrenzung zwischen Kartellgericht und Regulierungsbehörde unklar ist und somit ein verfassungsrechtliches Problem darstelle, nahe, dass sich BBB damit auseinandergesetzt hätten. Eine solche Auseinandersetzung mit dem Problemkreis des § 32 Abs. 2 TKG bzw. § 43 KartG hat jedoch (zB S. 13 f.) nicht stattgefunden.

Sehr cursorisch fällt in BBB auch die Auseinandersetzung mit anderen verfassungsrechtlichen Fragestellungen aus. Im Wesentlichen durch das auf S. 95 Dargebrachte, wo Offenkundiges insbesondere über das allgemeine Sachlichkeitsgebot referiert wird, beschränkt sich die so genannte „Bewertung aus juristischer Sicht“ (Überschrift zu Kapitel III.4) auf einen Satz: „Derartiges (*nämlich dass eine ursprünglich sachgerecht gewesene Norm durch Änderung der Umstände gleichheitswidrig werden kann, Anm.*) ist für eine Reihe asymmetrischer Wettbewerbsregulierungen, insbesondere ex ante-Regulierungen, des TKG mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit bereits eingetreten, ...“. Daraus

³⁵ Vgl statt vieler *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 100 ff; zum Vorrang des Gesetzeswortlauts insb. 101 f.

wird dann auf S. 97 der Schluss gezogen, dass „scharfe asymmetrische Regulierungen ... verfassungswidrig (geworden)“ seien.

Die RTR-GmbH vermisst hier eine fundierte Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Grundfragen und höchstgerichtlicher Judikatur. So wäre etwa an dieser Stelle von BBB zumindest eine Darstellung der einschlägigen VfGH-Rechtsprechung zu erwarten gewesen. Dabei wäre dann zu erörtern gewesen, inwieweit - offenbar nach Auffassung von BBB - der Verfassungsgerichtshof irrt, indem er (schon beinahe in ständiger Rechtsprechung) die Behandlung von Beschwerden gegen Bescheide der Telekom-Control-Kommission stets ablehnt³⁶, was gemäß Art. 144 Abs. 2 B-VG ja nur dann zulässig ist, wenn die Beschwerde „keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist“. Auch hätte es dem wissenschaftlichen Anspruch von BBB nicht geschadet, den Beschluss des VfGH B 1487/00 u. a. vom 26.2.2001 zu besprechen, hat doch in diesem der VfGH festgestellt, dass er gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 41 Abs. 3 TKG - mit dem Anspruch der Kostenorientierung von Entgelten bei Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein Kernstück asymmetrischer Regulierung – hinsichtlich des sog. Gleichheitssatzes keine Bedenken findet. Das alles wurde von BBB verabsäumt.

Vor diesem Hintergrund meint die RTR-GmbH, dass sich die Schlussfolgerung von BBB, asymmetrische Regulierung sei verfassungswidrig, auf keine tauglichen Belege stützt.

In BBB wird ferner die Auffassung vertreten, dass es keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur preselection (Betreibervorauswahl) gäbe³⁷. Hier erlaubt sich die RTR-GmbH auf RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG, insbesondere auf den damit neu eingefügten Artikel 12 Abs. 7, hinzuweisen. Aus der wohl unstrittigen Nichtdiskriminierungspflicht für als marktbeherrschend eingestufte Unternehmen im ONP-Rahmen ergibt sich die Verpflichtung für preselection auch bei Ortsgesprächen. Die Unmöglichkeit, preselection für Gespräche im Ortsnetz anbieten zu können, hätte für alternative Betreiber angesichts des hohen Anteils an Ortsgesprächen in Relation zum Gesamtgesprächsaufkommen eine klar diskriminierende Wirkung.

Nicht zugestimmt werden kann des Weiteren der Auffassung, dass „durch die ex ante-Festlegung sowohl der Zusammenschaltungstarife (Einkaufspreise) als auch der Endkumentarife (Verkaufspreise) ... für alternative Betreiber ... gesicherte Margen [bleiben].“³⁸ Gemäß § 18 Abs. 6 TKG findet eine Überprüfung der Endkumentarife im Hinblick auf Kostenorientierung nur bei als marktbeherrschend eingestuften Unternehmen statt. Bezüglich der Festlegung der Zusammenschaltungstarife im Falle der nicht zustande gekommenen privatrechtlichen Einigung ist die Regulierungsbehörde gemäß §41 Abs. 3 TKG zur Anwendung des Grundsatzes der Kostenorientiertheit bei der Festlegung der Entgelthöhe von marktbeherrschenden Unternehmen verpflichtet. Das bedeutet, dass nicht als marktbeherrschend eingestufte Betreiber hinsichtlich der Festlegung ihrer Endkumentarife (Verkaufspreise) Marktbedingungen unterworfen sind und im Fall der Anrufung der Regulierungsbehörde ein „angemessenes Entgelt“ festgesetzt wird. Der durch den Wettbewerb entstehende Preisdruck verringert naturgemäß die Gewinnmarge der als nicht marktbeherrschend eingestuften Betreiber.

Die RTR-GmbH weist im Übrigen darauf hin, dass bereits alternative Betreiber wieder vom Markt verschwunden sind, eine wettbewerbsbedingte Marktberreinigung daher bereits im Gange ist. Es ist für die RTR-GmbH aufgrund dieser Gesetzes- und Faktenlage nicht erklärlich, wie in diesem Zusammenhang von gesicherten Margen für alternative Betreiber gesprochen werden kann.

³⁶ Siehe etwa jüngst VfGH B 1776/00 v. 26.2.2001, B 19/01 v. 26.2.2001.

³⁷ BBB, S. 94.

³⁸ BBB, S. 94.

IV. Schlusswort

Aus der Stellungnahme der RTR-GmbH wird klar, dass sich die Kritik gegen die Analyse von Barfuß/Bertl/Bonek sowohl auf die wesentlichen Folgerungen sowie auch auf die detaillierte ökonomische und juristische Argumentation bezieht. Selbst wenn man nur geringe Ansprüche an den wissenschaftlichen Apparat - wie korrekte Zitate³⁹, Anbieten von empirischen Beweisen⁴⁰, nicht aus dem Zusammenhang gerissen zitieren⁴¹ - stellt, so weist die Studie von BBB auch in dieser Hinsicht schwerwiegende Mängel auf, die durch eine Überarbeitung wohl zu beseitigen gewesen wären. Auch sind die angebotenen Tabellen und Daten in weiten Bereichen wie z.B. Mietleistungspreise auf Seite 64f oder Zusammenschaltung auf Seite 68 längst überholt, da sie den Zustand Ende 1999 abbilden. Aus solchen Daten internationale Vergleiche zu ziehen, ist in einer schnelllebigen Branche, wie der TK-Branche, keinesfalls korrekt.⁴²

Übereinstimmung herrscht lediglich in einem – allerdings wesentlichen – Punkt: Der derzeitige Regulierungsrahmen, wie er in den ONP-RL geschaffen und im derzeit geltenden TKG in Österreich umgesetzt worden ist, entspricht nur mehr eingeschränkt den Anforderungen an eine, die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte fördernde, Regulierung. Der jüngst vom Europäischen Parlament abgesegnete neue Regulierungsrahmen⁴³, bzw. dessen Umsetzung in österreichisches Recht stellen eine große Herausforderung an alle an der Gesetzgebung Beteiligten dar.

In diesem Sinne ist die vorliegende Studie von BBB daher als Anstoß für die Diskussion in Österreich anzusehen.

³⁹ ZB stammt das Diagramm auf S. 54 aus einem Foliensatz zur Pressemitteilung vom 2.4.2001 „Dreieinhalb Jahre Regulierungstätigkeit der TKC – von Frequenzvergabe bis hin zur Rufnummernverwaltung“, der nirgends zitiert ist. Grafiken über die Tarifentwicklung in Österreich werden global aus dem Tätigkeitsbericht der Telekom-Control GmbH 2000 entnommen mit einem „versprengten“ Hinweis auf den Bericht auf Seite 47 BBB.

⁴⁰ BBB bleiben den empirischen Nachweis ihrer Behauptungen häufig schuldig zB BBB S. 46 „Auslandsgespräche bilden einen sehr schwankenden Markt etc.“, S. 54: „Glaubt man Prognosemodellen, ...“ oder ebendort „In einem Prognosemodell...“ oder S. 49 unten: „Es sei jedoch angemerkt, dass besonders günstige Gesprächstarife für Festnetz-Mobiltelefonate meist auf Arbitragegeschäften beruhen, die eine ineffiziente Verkehrsführung über das Ausland benötigen.“

⁴¹ BBB zitieren auf S. 44 den Telekommunikationsbericht 98/99 der TKC (ohne Seitenangabe) mit den Worten: „Der Markt befindet sich im Zustand der vollkommenden Konkurrenz“. Derartiges ist in diesem Bericht niemals behauptet worden und wäre auch angesichts der tatsächlichen Marktanteile ein völliger Unsinn.

⁴² Die genannten Grafiken stammen aus dem Telekommunikationsbericht 1998 – 1999 S 106ff bzw. für die Zusammenschaltungsentgelte S 109

⁴³ In diesem Zusammenhang sei allerdings angemerkt, dass die am 12.12.2001 in 2. Lesung erfolgte Verabschiedung der neuen Telekommunikationsrichtlinien durch das europäische Parlament eine im Wege des Mitentscheidungsverfahrens zwingend vorgesehene Stufe ist. Der von Telekom Austria in ihrer Presseaussendung vom 13.12.2001 erweckte Eindruck, dass dieser Verfahrensschritt in irgendeinem Zusammenhang mit der Analyse von BBB stehe, ist angesichts des unionsweiten Horizonts des europäischen Parlaments als nicht zutreffend zurückzuweisen.