

## **Entwurf einer Vollziehungshandlung**

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 08.02.2010 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

### **I. Spruch**

A. Gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Telekom Austria TA AG auf dem Vorleistungsmarkt „Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ iSd § 1 Z 5 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008) über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

B.1. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 41 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten betreffend die Leistung „Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze und dafür notwendige Annex-Leistungen auf Nachfrage zu gewährleisten.

B.2. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 38 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw Diensteanbietern erbringen, die Leistung „Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Telekom Austria TA AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die Terminierungsleistungen als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten.

B.3. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend die unter Spruchpunkt B.1. genannten Leistungen auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Sämtliche Leistungen sind derart aufgegliedert anzubieten, dass nur jene zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden. Dieses Standardangebot hat zumindest folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

1.	Regelungen betreffend Zusammenschaltungsverbindungen
2.	Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3.	Verkehrsart und Entgelt
4.	Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf Ebene der ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen
5.	Regelungen betreffend Notrufdienste
6.	Regelungen betreffend private Netze
7.	Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
8.	Regelungen betreffend sonstiger Dienste (öffentliche Kurzrufnummern für Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzrufnummern für besondere Dienste)
9.	Regelungen betreffend die Verkehrsübernahme von Transitnetzbetreibern im Auftrag von Dritten

In das Standardangebot sind Regelungen über eine Mindestauslastung von Zusammenschaltungsverbindungen aufzunehmen, die bestimmen, dass eine Mindestverkehrsmenge von maximal 150.000 Minuten pro 2 Mbit/s–System und Monat bzw maximal 100.000 Minuten pro 2 Mbit/s–System vorzusehen ist, wenn die Zusammenschaltung an einem Pol lediglich vier oder weniger 2 Mbit/s–Systeme umfasst.

In das Standardangebot ist weiters eine Regelung aufzunehmen, dass Telekom Austria TA AG ihren Zusammenschaltungspartnern Um- bzw Rückbauten von Vermittlungsstellen, die eine Verlegung eines Netzübergabepunktes erforderlich machen, spätestens 18 Monate vor dem geplanten Inbetriebnahmedatum dem Zusammenschaltungspartner bekannt gibt. Soweit neun oder mehr der lokalen Vermittlungsstellen gleichzeitig oder in einem Zeitraum von nicht mehr als einem halben Jahr aufgelassen oder verändert werden, beträgt die Vorankündigungszeit 24 Monate.

B.4. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 40 Abs 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der 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 die Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

B.5. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage folgendes maximales Entgelt zu verrechnen:

Beträge in Cent pro Minute, exkl. USt

	<b>Cent</b>	<b>Cent</b>
<b>Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung</b>	<b>Peak</b>	<b>Off-Peak</b>
Terminierung lokal (local switch) ANB → TA  Terminierung vom Netz des Vertragspartners in das Netz der Telekom Austria lokal (NVSt, OVSt)	<b>0,82</b>	<b>0,48</b>

#### 1. Peak-/Off-Peak-Zeiten

1.1. Als „Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.

1.2. Als „Off-Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von

- Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr;
- Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr;
- Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

#### 2. Datenbereitstellungsentgelt

Das Datenbereitstellungsentgelt beträgt Cent 0,17 pro Minute.

### 3. Verrechnung

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeitabhängig und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

C. Die der Telekom Austria AG (nunmehr Telekom Austria TA AG) auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“ mit Bescheid M 8a/06-41 vom 05.02.2007 auferlegten Verpflichtungen werden – mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.4 – gemäß § 37 Abs 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben. Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.4. des Bescheides M 8a/06-41 vom 05.02.2007 wird binnen 4 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides gemäß § 37 Abs 2 Satz 2 TKG 2003 aufgehoben.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 12.1.2009 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 5/09 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, „ob auf dem Markt „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei sind auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

Sollten die Amtssachverständigen Wettbewerbsprobleme identifizieren, werden die Amtssachverständigen beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw oder § 47 Abs 1 TKG 2003 aus wirtschaftlicher Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Bei der Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen auf Endkundenmärkten ist die Frage zu behandeln, ob und gegebenenfalls in welcher Weise spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 – 42, 46, 47 TKG 2003 geeignet sind, den identifizierten Wettbewerbsproblemen adäquat zu begegnen.

Es ist 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.

Sollte eine spezifische Verpflichtung betreffend Entgelte vorgesehen sein, werden die bestellten Amtssachverständigen beauftragt, diese Verpflichtung zu operationalisieren und gegebenenfalls die zugrunde liegenden Parameter (wie etwa Kosten) zu erheben und detailliert darzustellen.“

Betreibern von Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationsdienstbetreibern, die über eine Bestätigung einer vollständigen Anzeige gemäß § 15 Abs 3 TKG 2003 bzw über eine Konzessionsurkunde nach dem TKG (1997) verfügen, wurde Parteistellung eingeräumt.

Im September 2009 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt.

Zu diesem Gutachten wurden Stellungnahmen übermittelt.

Am 10.11.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 5/09:

aicall telekommunikations-Dienstleistungs GmbH, Aplus Informationstechnologie G.m.b.H., atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Colt Telecom Austria GmbH, Competence.com Software und Systeme GmbH, Elektrizitätswerk Wels AG, Energie AG Oberösterreich Data GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, ifunk.at, Informations-Technologie Austria GmbH, „IT-Technology“ Gesellschaft für industrielle Elektronik und Informationstechnologie mbH, Liwest Kabelmedien GmbH, mediainvent Service GmbH, MITACS Telekomservice GmbH, mobilkom austria AG, MultiKom Austria Telekom GmbH, NeoTel Telefonservice GmbH & Co KG, Net4You Internet GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Peter Rauter GmbH, Telekomservice GmbH, Telekom Austria TA AG, Teleport Consulting- und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H., Tele2 Telecommunication GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UPC Telekom Wien GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Telekom-Fernsehtz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekom Klagenfurt GmbH, UPC Telekom-Fernsehtz Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Austria GmbH, UPC Oberösterreich GmbH, UPC Austria Services GmbH, UPC Wireless GmbH, Verizon Austria GmbH, WNT Telecommunication GmbH, WNET GmbH, xpirio Telekommunikation & Service GmbH.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zum Markt „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“**

#### **1.1. Der relevante Markt**

Terminierung ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten vor dem Netzabschlusspunkt liegenden und mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ist eine Vermittlungsstelle, an der ein solcher Verkehr zumindest von einem anderen Netzbetreiber übergeben wird. Nachfrager der Terminierungsleistung sind Verbindungsnetz- und Teilnehmernetzbetreiber, die Verbindungen realisieren.

Teilnehmernetzbetreiber, die über Zugänge zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten verfügen, erbringen innerhalb jeder netzinternen Verbindung eine Terminierungsleistung an sich selbst, auch dann, wenn der terminierende Verkehr nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt geführt wird.

Dies ist jeweils unabhängig davon, ob die Terminierung als Vorleistungsbestandteil eines Endkundenprodukts dem eigenen Kommunikationsdienstbetreiber oder einem Dritten angeboten wird.

Dieser Markt inkludiert Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet.

Das räumliche Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes ist das Bundesgebiet.

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches Telefonnetz, in welches terminiert wird, so dass sie Umsätze aus Terminierungsleistungen erzielt. Der Markt für Anrufzustellung das öffentlichen Telefonnetzen der Telekom Austria an festen Standorten bildet somit den relevanten, hier gegenständlichen Markt.

## **1.2. Terminierungsleistungen**

Terminierung ist die Zustellung von Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt.

Die Vorleistung der Terminierung kann durch keinen anderen Anbieter erbracht werden als den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet ist. Sohin handelt es sich um netzbetreiberindividuelle Terminierungsmärkte.

Für die Terminierungsleistung erhält der Terminierungsnetzbetreiber auf Vorleistungsebene ein Entgelt. Wenn er seine Leistungen mit Transitleistungen zur single oder double tandem Terminierung bündelt, ist die Terminierungsleistung davon zu trennen und in den Terminierungsmarkt einzuberechnen.

Zu den Terminierungsleistungen zählen auch Gespräche zu zielnetztarifierten Diensterufnummern, die der Dienstenetzbetreiber in geografische Rufnummern umrechnet und sie im eigenen Netz terminiert oder in fremde Netze terminieren lässt.

Neben diesen auf der Vorleistungsebene erbrachten Terminierungsleistungen wird auf dem Terminierungsmarkt die Terminierungsleistung netzinterner Gespräche als Eigenleistung erbracht.

## **1.3. Zusammenhang mit den Endkundenmärkten**

Die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten leitet sich von der Nachfrage nach Endkundenprodukten ab. Konkret leitet sich die Nachfrage nach Terminierung aus der Nachfrage auf den Endkundenmärkten für Festnetz-Sprachtelefonie ab.

## **2. Zur Analyse des gegenständlichen Marktes „Anrufzustellung in das einzelne öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“**

### **2.1. Markteintrittsbarrieren**

Im Fall der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht vorhanden. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden individuellen (Monopol-) Terminierungsmärkte, sondern konstituiert wiederum einen eigenen (Monopol-)Markt.

### **2.2. Marktanteile und Größenverhältnis**

a. Die Marktanteile des jeweiligen Terminierungsnetzbetreibers liegen auf Grund der gegebenen Marktdefinition konstant bei 100%.

Die Größe des Unternehmens ist generell in der Beurteilung des Wettbewerbs auf seinem Terminierungsmarkt zu vernachlässigen, weil ein größeres Unternehmen auf seinem Markt genauso über Marktmacht verfügt wie ein kleines Unternehmen. Eine mögliche Relevanz der Größenverhältnisse für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse wird im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

b. Da keine anderen Mitbewerber auf dem gegenständlichen Markt agieren, sind die Indikatoren wie „technologischer Vorsprung“, „Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation“, „Ausmaß von Produktdifferenzierung“ und „Zugang zu Finanzmitteln“ nur von untergeordneter Bedeutung. Das Unternehmen braucht sich auf dem Markt keine Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen verschaffen.

### 2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht

Notwendig für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht – allgemein verstanden als Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes bzw Dienstes – ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig, wenn es für den Nachfrager rational ist, diese auch umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. Die Drohung ist umso effektiver, je höher die Kosten auf Seiten des Verkäufers (Erlöseinbußen) sind. Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördert daher die Gegenmacht, da Schlüsselkunden (mit einer hohen Nachfragemenge) eher in der Lage sein werden, ihr Drohpotenzial einer Nachfragereduktion (mit potenziell hohen Erlöseinbußen) zu artikulieren und in Preisverhandlungen mit dem Monopolisten durchzusetzen. Ein zentrales Element der nachfrageseitigen Gegenmacht (da es die Glaubwürdigkeit erheblich unterstreicht) ist die Existenz von Alternativen (so genannte „*outside options*“): Durch die glaubwürdige Drohung, das Produkt von einem anderen Anbieter zu beziehen, es selbst herzustellen oder auf den Konsum zu verzichten, kann gegebenenfalls erheblicher Druck auf den Anbieter ausgeübt werden. Ein zweites zentrales Element ist der Nutzen bzw Schaden temporärer oder permanenter Nichteinigung (Konfliktpunkt). Die Kosten langer Verhandlungen müssen nicht gleich verteilt sein, ebenso der Schaden, wenn Verhandlungen scheitern. Darüber hinaus kann es unterschiedliche Präferenzen bezüglich des status quo (*inside option*) geben. Für die Beurteilung kann weiters relevant sein, ob Kunden gleich gelagerte, organisierbare Interessen haben und so gegebenenfalls eine Aggregation an ausgleichender Nachfragemacht stattfinden kann. Inwieweit schließlich die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell nicht, dh gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, (über Diskriminierung) eine für Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen.

Der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion besteht wie folgt: Grundsätzlich wird die Nachfragefunktion auf jedem Markt (unabhängig von der konkreten Angebotskonstellation) einen negativen Verlauf haben, der zum Ausdruck bringt, dass Kunden zu höheren Preisen eine geringere Menge nachfragen und mit sinkenden Preisen die nachgefragte Menge ausdehnen. Die Elastizität der Nachfragefunktion kann unterschiedlich sein, wobei im gegebenen Kontext grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeutet. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) beschränkende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Diese ist allerdings in der Regel nicht ausreichend, um einen Monopolisten in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend zu beschränken. Vielmehr geht es hierbei um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten dazu zu zwingen, den Preis dem Wettbewerbsniveau (dh den Grenzkosten der Produktion) anzunähern.

Die Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht hat folgende Fallkonstellationen zu beantworten:

#### Endkundenebene:

- Können Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?
- Können die eigenen Endkunden gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?

## **Vorleistungsebene:**

- Inwieweit können Verbindungsnetzbetreiber, die die Festnetzterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben?
- Können die anderen Festnetzterminierungsbetreiber die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers einschränken?
- Können Mobilnetzbetreiber Gegenmacht gegenüber einem Festnetzterminierungsnetzbetreiber ausüben?

### **2.3.1. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene**

#### **2.3.1.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Teilnehmer aus anderen Netzen**

In diesem Fall steht der rufende Kunde (der entweder Kunde eines anderen Festnetzanbieters oder aber eines Mobilfunkbetreibers sein kann) in der Regel weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten. Der Anrufer wird also de facto kaum eine Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Festnetzbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln kann und wird – es bedarf immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters (der die Endkundenentgelte festlegt). Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Festnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber – der bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse hat, zugunsten seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene, auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistischen Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann. Dies wird in der Untersuchung auf Vorleistungsebene erörtert; insbesondere ist auf Punkt 2.3.2. zu verweisen.

#### **2.3.1.2. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Kunden des eigenen (Teilnehmer)netzbetreibers**

Ein Endkunde des Teilnehmernetzbetreibers hat grundsätzlich das Interesse andere Kunden im Netz des Teilnehmernetzbetreibers (on-net) günstig anrufen zu können. Dieser Kunde kann nun theoretisch den Teilnehmernetzbetreiber um eine Absenkung der Terminierungsentgelte ersuchen, damit sich in Folge die Endkundenentgelte für on-net Gespräche reduzieren. Freilich ist eine solche nachfrageseitige Gegenmacht nur hypothetisch, sogar wenn der Teilnehmer ein wichtiger Kunde des Betreibers ist: Die Gegenmacht wird sich nicht auf dem Umweg durch die Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten niederschlagen, sondern der Kunde wird direkt eine Reduktion der Endkundenentgelte verlangen und gegebenenfalls auch erzielen. Die Terminierungsentgelte gegenüber Dritten bleiben dadurch unberührt.

Ein Kunde eines Netzbetreibers könnte auch dann Interesse an niedrigen Terminierungsentgelten seines Netzbetreibers haben, wenn ihm die Ausgaben des Anrufers hinreichend wichtig sind, sodass er bei der Wahl des Terminierungsnetzbetreibers die Kosten des anderen berücksichtigt (Internalisierung externer Effekte).

## **Privatkunden**

Dies erfolgt in der Regel im privaten Bereich durch Familienverbände oder Gruppierungen, die gemeinsam die Kosten aller Mitglieder tragen. Da private Personen aufgrund ihrer geringen Nachfragemengen keinen hinreichenden Druck auf Terminierungsnetzbetreiber ausüben können, werden sie nicht weiter berücksichtigt. Allgemein gilt, dass die Kosten der Erreichbarkeit bei der Netzauswahl kaum eine Rolle spielen.

## **Unternehmen**

Bei Unternehmen spielen die Kosten der Erreichbarkeit bei der Netzauswahl nur eine untergeordnete Rolle. Dennoch haben Unternehmen Interesse daran, unternehmensintern günstig telefonieren zu können bzw haben manche Unternehmen Interesse daran, günstig von anderen Teilnehmern (zB Kunden oder potentiellen Kunden) erreicht zu werden.

## **Interne Kommunikation**

Ein Unternehmen hat Interesse daran, dass Mitarbeiter an verschiedenen festen Standorten günstig untereinander kommunizieren oder dass Mitarbeiter mobil andere Mitarbeiter an festen Standorten günstig anrufen können. Dafür eignen sich Virtual Private Network (VPN) Lösungen aus der Hand eines Anbieters, die zumeist einen monatlichen Pauschalbetrag vorsehen und in denen Gespräche innerhalb des Unternehmens zu festen oder mobilen Anschlüssen gegebenenfalls im vereinbarten Rahmen ohne weitere Kosten getätigt werden können. Damit wird die nachfrageseitige Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlt, denn diese Anrufe werden der externen Terminierung entzogen. Gleichzeitig entsteht der Anreiz, die Anschlüsse bei einem einzigen Betreiber zu beziehen. Selbst wenn keine VPN Lösung aus einer Hand gewählt wird (dh etwa Mitarbeiter über mobile Anschlüsse eines Betreibers will Kollegen an Festnetzanschlüssen eines anderen Betreibers erreichen), wird das Unternehmen wenig Anreize haben, nachfrageseitige Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte des Festnetzbetreibers auszuüben, um die Mobilendkumentarife zu senken. Denn beinahe alle Mobilnetzbetreiber verrechnen Endkumentarife zu Festnetzen, die in der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten im Festnetz liegen oder in denen die Gespräche zu Festnetzen in den Grund- bzw Pauschalentgelten bereits enthalten sind. Bei größerem Verkehrsaufkommen ins Festnetz sind auch Mobilnetzbetreiber bereit, spezielle Tarife für Anrufe ins Festnetz (wie zum Beispiel Paketlösungen oder im Grundentgelt inkludierte Gesprächsminuten zu Festnetzen) anzubieten, ist es doch ihr Interesse, das Unternehmen als Kunden zu halten. Aufgrund der niedrigen Endkumentarife im Mobilfunkbereich besteht im Allgemeinen kein Grund für den Kunden, eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

## **Externe Kommunikation**

Betrifft die günstige Erreichbarkeit unternehmensexterne Gespräche und hat das Unternehmen generell ein Interesse, von seinen Kunden günstig erreicht zu werden – wie etwa zur Anbahnung von Geschäften oder im Fall von Serviceleistungen –, dann ist die Frage zu stellen, ob das Unternehmen Anreiz hat, nachfrageseitige Gegenmacht auf seinen Terminierungsnetzbetreiber auszuüben, um ihn zu einer Senkung der Terminierungsentgelte zu bewegen.

Wenn ein Unternehmen günstig von seinen Kunden erreicht werden will, bietet der Markt geeignete Produkte/Leistungen, um dem Interesse des Unternehmens Rechnung zu tragen. Mit tariffreien Rufnummern oder Rufnummern mit geregelten Tarifobergrenzen könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos bzw zu günstigen Tarifen erreichen.

Selbst wenn solche Produkte/Leistungen für ein Unternehmen nicht geeignet wären (da es zum Beispiel günstig über eine geografische Rufnummer erreicht werden will), kann es nur mit überwältigender Verhandlungsmacht gegenüber dem Terminierungsnetzbetreiber eine Senkung der Terminierungsentgelte durchsetzen, da eine solche Reduktion die Terminierungsleistung per se und damit sämtlichen Terminierungsverkehr des Netzbetreibers betrifft. Daher würde der Netzbetreiber dem nur zustimmen, wenn der Entgang dieser Einnahmen aus der Terminierungsleistung niedriger als der Profitentgang durch den Verlust des Unternehmens als Kunde ist. Auch wenn der Terminierungsnetzbetreiber die Terminierungsentgelte senkt, ist zu berücksichtigen, dass er keinen Einfluss darauf hat, ob die Absenkung die aus anderen Netzen rufenden Teilnehmer erreicht, dh sich in deren Endkundertarifen widerspiegelt, also von deren Netzbetreiber tatsächlich weitergegeben wird. In welchem Ausmaß dies passiert, hängt nicht zuletzt von der Größe des anrufenden Netzes bzw der Wettbewerbsintensität auf den Endkundenmärkten ab. Insbesondere wenn die Endkundertarife keine betreiberspezifischen Entgelte vorsehen, wird sich eine Senkung der Terminierungsentgelte nur im geringen Maße (mit Ausnahme der Telekom Austria) auswirken, sodass der Anrufer davon nicht profitiert. Somit ist Gegenmacht auf Endkundenebene auf Senkung der Terminierungsentgelte kein geeignetes Mittel, um niedrigere Endkundenentgelte und damit die günstige Erreichbarkeit sicherzustellen.

### **Schlussfolgerungen**

Als Ergebnis steht daher fest, dass im privaten Bereich, in dem es durch Familienverbände zu einer Internalisierung der Kosten kommen kann (dh, dass dem angerufenen Teilnehmer die Kosten des Anrufers wichtig sind), können private Personen aufgrund ihrer (individuellen) geringen Nachfragemengen keine nachfrageseitige Gegenmacht auf den Terminierungsnetzbetreiber ausüben bzw können sie eine günstige Erreichbarkeit gegebenenfalls über spezielle Angebote auf Endkundenebene sicherstellen. Allgemein gilt, dass die Kosten der Erreichbarkeit bei der Netzauswahl kaum eine Rolle spielen. Größeren Unternehmen bieten sich für die unternehmensinterne Kommunikation VPN Lösungen oder andere Produkte aus einer Hand an, die die Gegenmacht der Unternehmen auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlen, da interne Anrufe der externen Terminierung entzogen werden.

Eine Senkung der Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen werden solche Unternehmen kaum durchsetzen, da Produkte, die die kostengünstigere Erreichbarkeit sicherstellen, am Markt angeboten und auch genutzt werden (zB tariffreie Rufnummern). Selbst wenn ein Unternehmen diese Produkte nicht nutzen will, besteht im Allgemeinen kein Anreiz zur Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht, da die Weitergabe der Senkung der Terminierungsentgelte und damit niedrigere Endkundertarife nicht zwangsläufig sichergestellt sind. Aufgrund der Auswirkung auf sämtlichen Terminierungsverkehr ist nicht davon auszugehen, dass hinreichend große nachfrageseitige Gegenmacht ausgeübt werden kann, da der Erlösentgang des Terminierungsnetzbetreibers durch die Senkung der Terminierungsentgelte den Erlösgewinn durch den Verbleib des Kunden in aller Regel überwiegt.

Es zeigt sich also, dass auch durch eigene Endkunden keine hinreichend große nachfrageseitige Gegenmacht hinsichtlich der Terminierungsentgelte besteht bzw gar kein Anreiz besteht, nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, da Ziele wie günstige interne Kommunikation oder günstige Erreichbarkeit anders einfacher und effizienter erreicht werden können als über eine Senkung der Terminierungsentgelte.

## 2.3.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene

### 2.3.2.1. Allgemeines

Aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zur Sicherung der Erreichbarkeit (§§ 48 und 49 TKG 2003) sind die Betreiber verpflichtet, über Zusammenschaltungsentgelte zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung entscheidet die Regulierungsbehörde, deren Anordnung eine vertragsersetzende Wirkung zukommt (§ 50 TKG 2003). Diese Rückfallposition führte in der Vergangenheit dazu, dass der Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde in den Verhandlungen zentrale Bedeutung zukam und die Verhandlungsmacht bzw der Wille zur Einigung dadurch stark eingeschränkt wurden. Die Öffnungsklauseln in den Verträgen, welche eine Anpassung an aktuelle Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsahen, unterstrichen die Rolle der Behörde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zustande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden.

Grundsätzlich gibt es folgende Möglichkeiten in Verhandlungen entsprechenden Druck auszuüben um die Terminierungsentgelte der Gegenseite zu senken:

- a) Verweigerung der Zusammenschaltung oder eine empfindliche Senkung der nachgefragten Menge (und damit im Zusammenhang stehende Verhaltensweisen wie prohibitiv hohe Preise verlangen, Verzögerung der Zusammenschaltung uä)
- b) Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde um Streitschlichtung
- c) im Gegenzug hohe Terminierungsentgelte verlangen
- d) im Falle von Drittmarktkontakten: Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten

### 2.3.2.2. Nachfrageseite Gegenmacht gegenüber der Telekom Austria

Da alternative Netzbetreiber unterschiedliche Positionen in den Verhandlungen haben, wird unterschieden, ob sie

- als **Verbindungsnetzbetreiber** tätig sind und selbst keine Terminierungsentgelte setzen, da sie keine Teilnehmer angeschlossen haben,
- als **Festnetzterminierungsnetzbetreiber** tätig sind und damit auf denselben Endkundenmärkten konkurrieren oder
- als **Mobilnetzbetreiber** tätig sind und damit auf verschiedenen Endkundenmärkten tätig sind.

## **Nachfragemacht der (reinen) Verbindungsnetzbetreiber (VNB) gegenüber Telekom Austria**

Der nachfragende VNB hat – wie bereits oben ausgeführt – nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann daher auf überhöhte Forderungen von Telekom Austria nicht mit einer ähnlichen Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich Vorleistungskosten für den VNB dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen und damit einen Wettbewerbsnachteil für den VNB darstellen. Da VNB direkt die Endkunden der Telekom Austria bedienen und damit an

den nachgelagerten Märkten mit ihr unmittelbar im Wettbewerb stehen, besteht für Telekom Austria ein Anreiz, entweder auf Vorleistungsebene durch überhöhte Preise die gesamte Monopolrente abzuschöpfen oder aber durch unangemessene Entgelte die Kosten der VNBs zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung die VNB von Endkundenmärkten abzuhalten.

Der VNB kann einem solchen Verhalten nichts entgegen setzen, da er im Gegenzug keine höheren Terminierungsentgelte verlangen oder sonst irgendwelche Parameter setzen kann, die Telekom Austria in ihrem Verhalten disziplinieren könnten. Selbst wenn der VNB große Mengen an Terminierungsleistung von Telekom Austria bezieht, kann er keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben, da diese Menge an Terminierungsminuten bei Wegfall des VNB zunächst Telekom Austria wieder als Eigenleistung zufallen würde.

### **Nachfragemacht der Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz gegenüber Telekom Austria**

In diesem Fall bietet Telekom Austria Terminierungsleistungen in ihr Netz an und fragt beim anderen alternativen Netzbetreiber Terminierungsleistung nach (two-way-access), zugleich steht sie auf einem oder mehreren Endkundenmärkten mit diesem Zusammenschaltungspartner im Wettbewerb. Grundsätzlich hat Telekom Austria einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Monopolhöhe zu setzen, um den Profit zu maximieren.

Einem solchen Missbrauch der Marktmacht können die alternativen Netzbetreiber wenig entgegensetzen. Zwar könnten sie – in einem Umfeld ohne Regulierung – im Gegensatz zu den VNB ebenfalls mit höheren Terminierungsentgelten drohen, doch ob diese Drohung einen hinreichenden Druck auf Telekom Austria ausübt, ihre Terminierungsentgelte zu senken, darf bezweifelt werden, weil Terminierung bei Telekom Austria für alternative Festnetzbetreiber aufgrund der (relativen) Größe von Telekom Austria wesentlich wichtiger ist als es die Terminierung beim alternativen Betreiber für Telekom Austria ist. So würde sich ein hohes Terminierungsentgelt bei Telekom Austria sehr stark in den Endkundenpreisen der alternativen Betreiber niederschlagen, weil in der Regel ein relativ hoher Anteil von Anrufen in das Netz der Telekom Austria geht. Gleichzeitig würden sich hohe Terminierungsentgelte kleiner Netze kaum in den Endkundenpreisen der Telekom Austria niederschlagen, da nur ein relativ geringer Anteil an Anrufen in diese Netze geht.

Nur eine bestimmte Größe und ein bedeutendes Volumen an Terminierungsminuten eines alternativen Netzbetreibers können unter bestimmten Umständen zu einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis führen. Die beiden größten Terminierungsmärkte alternativer Netzbetreiber, Tele2 und UPC, weisen ein im Vergleich zur Telekom Austria kleines Netz auf, sodass auch sie kaum als gleichwertige Verhandlungspartner nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können. Tele2 und UPC haben zwar wahrscheinlich eine Größe erreicht, bei der Telekom Austria nicht vollkommen auf die gegenseitige Terminierungsleistung verzichten kann und daher die Terminierungsleistung nicht von vornherein verweigern würde, dennoch kann sie statt der Verweigerung des Zugangs ihre Terminierungspreise auf Monopolhöhe setzen. Der andere Netzbetreiber könnte wiederum mit dem Missbrauch seiner eigenen Marktposition durch Setzen exzessiver Preise reagieren.

Ein anderes Ergebnis wäre allenfalls dann denkbar, wenn der Verkehr zwischen den Betreibern symmetrisch ist und die Kostenstruktur ähnlich ist. Ist dies der Fall, so ist nicht auszuschließen, dass Verhandlungen zu kostenorientierten, reziproken Terminierungsentgelten zwischen den „großen“ Betreibern führen, sie könnten aber auch überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte zur Folge haben. Eine solche Lösung ist aber nicht auf nachfrageseitige Verhandlungsmacht zurückzuführen, sondern darauf, dass die Profite in der Zweibetreiberbetrachtung von der Höhe der Terminierungsentgelte unabhängig sind (Profitneutralität). Die Verrechnung von wechselseitig kostenorientierten Preisen wäre

daher allenfalls zwischen Betreibern mit ähnlicher Interessenslage vorstellbar und auch nur dann, wenn die Terminierungsentgelte, die anderen Betreibern verrechnet werden, davon nicht tangiert wären. In dem Maße, in dem die Gefahr besteht, dass dieser bilateral verhandelte Preis (zB auf Grund von Arbitragegeschäften) zu einem sektorweiten Preis werden könnte, schwindet das Interesse an wechselseitig kostenorientierten Entgelten.

Betrachtet man die In-Out Ratios zwischen Telekom Austria und UPC bzw Telekom Austria und Tele2, zeigt sich jedoch, dass der Verkehr nicht symmetrisch ist. Bei UPC liegt das Verhältnis zwischen Minuten, die von Telekom Austria terminieren und Minuten die bei Telekom Austria terminieren deutlich über eins, während das Verhältnis bei Tele2 deutlich unter eins liegt.

Bei relativ stark asymmetrischem Verkehr ist die Profitneutralität jedenfalls verletzt. In diesem Fall hat der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (net-inflow) einen Anreiz, die Terminierungsentgelte über Kosten zu setzen, da ihm dies einen Überschuss aus Terminierung beschert – rationalerweise den Überschuss maximierende Monopolpreise. Dies ermöglicht es ihm nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern eine solche Preispolitik stärkt auch seine Wettbewerbsposition gegenüber dem Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt: Erstens hat der Konkurrent mit dem Net-Outflow – bei Preisen über Kosten – ein Defizit (Preise auf Höhe der Kosten würden das Defizit neutralisieren). Zweitens fällt der Raise-each-others-cost-Effekt beim Konkurrenten mit einem Net-Outflow deutlich höher aus als bei symmetrischem Verkehr. Drittens verfügt der Betreiber auf Grund der höheren Gesamtmarge aus Terminierungsleistungen über ein höheres „Budget“ für den Wettbewerb um Teilnehmer am Endkundenmarkt. Betreiber mit einem positiven Saldo haben wenig Interesse, vom Monopolpreis abzuweichen. Damit ist eine Verhandlungslösung mit reziproken kostenorientierten Entgelten auszuschließen. Auch wenn der Betreiber mit dem negativen Verkehrssaldo – nicht zuletzt auf Grund des Net-Outflows – ein gesteigertes Interesse an (reziproken) kostenorientierten Entgelten haben sollte, hat er keine Möglichkeit dies durchzusetzen. Vielmehr wird er sein eigenes Terminierungsentgelt erhöhen um die Auszahlungen möglichst gering zu halten.

Es ist festzustellen, dass alternative Terminierungsnetzbetreiber keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die Telekom Austria in der Ausübung ihrer Marktmacht einschränkt.

### **Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber Telekom Austria**

Grundsätzlich hat Telekom Austria einen Anreiz, in ihrem Monopolmarkt Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Die Höhe des Monopolpreises hängt - wie bereits dargelegt – von der Elastizität der Nachfrage ab. Da die Telekom Austria der bedeutendste Festnetzbetreiber ist und die meisten Minuten terminiert, ist davon auszugehen, dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte sich in den Endkundertarifen der Mobilbetreiber zumindest teilweise wieder findet, da ihre Kosten steigen. Eine Anhebung des Terminierungsentgelts über den Monopolpreis wäre daher aufgrund des Nachfragerückgangs unattraktiv, sodass der Monopolpreis den Profit der Telekom Austria maximiert.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum Terminierungsentgelte für die Mobilterminierung festsetzt, kann einem solchen Monopolpreis der Telekom Austria dadurch entgegenwirken, dass er gegebenenfalls selbst für die Mobilterminierung einen Monopolpreis verlangt. Die Reaktion der Telekom Austria auf eine solche Monopolpreissetzung wird nicht eine Reduktion ihrer eigenen Terminierungsentgelte sein, da sie keine Anreize hat, ihren Profit zu schmälern und eine Reduktion ihrer Terminierungsentgelte nicht notwendigerweise zu einem Absenken der Mobilterminierungspreise führen muss.

Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein, ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorhaben zu halten hat. Einem solchen Betreiber gegenüber kann eine Telekom Austria ohne Regulierungsverpflichtung ihre volle Marktmacht ausüben.

Es lässt sich daher feststellen, dass Mobilnetzbetreiber keine die Telekom Austria auf deren Terminierungsmarkt hinreichend disziplinierende nachfrageseitige Gegenmacht haben.

#### **2.4. Schlussfolgerung – beträchtliche Marktmacht der Verfahrenspartei**

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei verfügt, wie (auch andere) Terminierungsnetzbetreiber, auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht. Es besteht insbesondere auch keine nachfrageseitige Gegenmacht, die die Marktmacht der Verfahrenspartei einschränkt.

#### **2.5. Marktmachtmissbrauch und Wettbewerbsprobleme**

In Punkt 2.4. wurde festgestellt, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei über Marktmacht auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt verfügt. Eine mögliche Ausübung dieser Marktmacht wurde seit Beginn der Liberalisierung der Festnetzmärkte im Jahre 1998 weitestgehend unterbunden, da die Terminierungsleistungen der Telekom Austria reguliert wurden. Sihin können die beschriebenen Wettbewerbsprobleme nicht konkret am Markt beobachtet werden, sondern werden aus der Anreizstruktur der marktmächtigen Unternehmen abgeleitet.

Die potentiellen Wettbewerbsprobleme dieses Marktes lassen sich in zwei Kategorien unterscheiden:

- Marktmachtmissbrauch auf dem Terminierungsmarkt

Die Wettbewerbsprobleme bestehen auf den Terminierungsmärkten; das Unternehmen versucht überhöhte Preise zu setzen.

- Marktmachtübertragung auf andere Märkte

Das marktmächtige Unternehmen ist auf mehreren Märkten aktiv und versucht die Marktmacht in seinem Terminierungsmarkt auf andere Märkte zu übertragen, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen oder seine Marktmacht auf anderen Märkten zu stärken.

##### **2.5.1. Marktmachtmissbrauch auf dem Markt - überhöhte Preise**

Das marktmächtige Unternehmen kann überhöhte Terminierungsentgelte setzen, ohne einer nachfrageseitigen Gegenmacht ausgesetzt zu sein. Die Hauptquelle des Wettbewerbsproblems liegt im Calling Party Pays Prinzip: Nur der Anrufer zahlt, der Angerufene trägt die Kosten des Anrufenden in aller Regel nicht. Dadurch hat der Terminierungsnetzbetreiber, der gleichzeitig die Terminierungsentgelte setzt und als Kunden den Angerufenen, aber nicht den Anrufer hat, einen Anreiz überhöhte Preise zu verlangen, ohne dass sein eigener Kunde betroffen ist. Das führt zu allokativer Ineffizienz und einer verzerrten Preisstruktur.

Diesen Anreiz, überhöhte Entgelte zu verlangen, hat jeder Terminierungsnetzbetreiber unabhängig von der Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer und seiner Marktgröße, da jeder Betreiber mit dem Monopolpreis seinen Profit maximieren kann. Dieser Anreiz besteht auch für die im Spruch genannte Verfahrenspartei.

## **2.5.2. Marktmachtübertragung auf andere Märkte**

### **2.5.2.1. Zugangsverweigerung**

Telekom Austria kann aufgrund ihrer Marktmacht am Terminierungsmarkt bei fehlender Regulierung diese auf andere Märkte übertragen, indem sie alternativen Betreibern den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Dies umfasst auch Situationen, wo sie die Leistung zu unangemessenen Konditionen bereitstellt. Da sie der mit Abstand größte Festnetzbetreiber ist, kann sie durch eine Zugangsverweigerung bzw unangemessene Konditionen andere Betreiber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen oder ihre Kosten erhöhen und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Da sie in Folge einem geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt wäre und höhere Gewinne erwirtschaften könnte, besteht auch ein Anreiz zu einem solchen Verhalten.

### **2.5.2.2. Nicht preisbezogene Aspekte**

Nicht preisbezogene Aspekte betreffen Verzögerungen, ungerechtfertigte Konditionen bzw Qualität und Bündelung von Produkten.

Durch Verzögerungen bei der Zusammenschaltung oder der Leistungsbereitstellung kann Telekom Austria ebenfalls die Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten benachteiligen und so Markteintrittsbarrieren für diese Märkte errichten bzw den Markteintritt verzögern. Weiters könnte Telekom Austria Mitbewerber durch ungerechtfertigte Änderungen von Zusammenschaltungspunkten und Erhöhungen der Anzahl an lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen benachteiligen.

Horizontale Marktmachtübertragung zwischen Märkten, deren Produkte komplementär sind, ist dann möglich, wenn das Unternehmen, das auf einem Markt über Marktmacht verfügt, ein Bündel zwischen den Produkten anbietet, das von anderen Unternehmen nicht repliziert werden kann. Mit Bündelprodukten von Terminierungsleistung und anderen Leistungen kann Telekom Austria die Marktmacht auf andere Märkte übertragen und dadurch den Konkurrenten auf anderen Märkten schaden. Dies gilt insbesondere für die Bündelung der Terminierungs- mit der Transitleistung. Das Wettbewerbsproblem besteht darin, dass die gegebenenfalls überhöhten Preise nun nicht für die Terminierungsleistung, sondern für die im Bündel enthaltene Transitleistung verlangt werden und daher eine allfällige Regulierung der Terminierungspreise ins Leere geht. Der Terminierungsnetzbetreiber überträgt seine Marktmacht auf den Transitmarkt.

### **2.5.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze**

Überhöhte Terminierungsentgelte von Telekom Austria können auch zu einem Margin Squeeze führen, wenn sich Telekom Austria die Terminierung gleichzeitig unternehmensintern billiger anbietet (dh der interne Verrechnungspreis liegt unter dem Preis für andere Unternehmen). Dadurch könnte Telekom Austria am Endkundenmarkt bessere Konditionen als die Mitbewerber anbieten. Dass ein Anreiz zu einem solchen Verhalten im Falle fehlender Regulierung gegeben ist, begründet sich durch den Wettbewerbsvorteil, den Telekom Austria dadurch auf nachgelagerten Märkte erlangt.

## **2.6. Zusammenfassung betreffend die identifizierten Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht**

Für den gegenständlichen Terminierungsmarkt der Telekom Austria bestehen nach den getroffenen Feststellungen im Fall der Nicht-Regulierung die potentiellen

Wettbewerbsprobleme, dass Telekom Austria Anreize hat,

- überhöhte Preise zu setzen
- den Zugang zu verweigern
- Setzung nicht-preisbezogener Aspekte: Verzögerung, Bündelung von Produkten und ungerechtfertigte Konditionen bzw Qualität
- Preisdiskriminierung/Margin Squeeze zu betreiben.

### **3. Zu den Regulierungsinstrumenten**

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

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

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

Telekom Austria hat bei fehlender Regulierung einen Anreiz, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen, indem sie den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Das Regulierungsinstrument Zugangsverpflichtung ist geeignet, um einem solchen Missbrauch zu begegnen:

Die Zugangsverpflichtung stellt sicher, dass Telekom Austria Zugang zu ihrem Netz und zu ihren Netzkomponenten gewährt, soweit er die Terminierung betrifft und angemessen ist. Die Verpflichtung stellt sicher, dass die Erreichbarkeit der Teilnehmer des größten Festnetzes Österreichs gegeben ist und der Zugang nicht verweigert werden darf.

Auf Basis der Zugangsverpflichtung werden darüber hinaus die Wettbewerbsprobleme Verzögerung und wettbewerbshindernde Bündelung von Produkten – also nicht zwingend preisbezogene Probleme unterbunden. So stellt die Zugangsverpflichtung in Verbindung mit der Gleichbehandlungsverpflichtung sicher, dass sich die Telekom Austria nicht durch das Verzögern des Zugangs für alternative Netzbetreiber einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (zB flat rate Angebote), sollte sie solche alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anbieten.

Durch die Zugangsverpflichtung wird sichergestellt, dass Telekom Austria allen berechtigten Anträgen auf Zugangsprodukte nachkommt und die Terminierungsleistungen auch ohne Bündelung mit Produkten anderer Märkte bezogen werden können. Dadurch wird dem potentiellen Problem „Bündelung von Produkten“ mit anti-kompetitiver Wirkung begegnet.

##### **3.1.2. Konkrete Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung**

Telekom Austria hat bei Nachfrage nach Zusammenschaltung alle dafür notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und die entsprechenden Leistungen und Informationen bereitzustellen. Für jede begründete und zumutbare Nachfrage nach Zugang ist innerhalb eines angemessenen Zeitraums ein entsprechendes Vorleistungsangebot zu legen, wobei die anderen Verpflichtungen wie Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung zu berücksichtigen sind. Über ein solches Angebot sind Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen.

### 3.1.2.1. Direkte Zusammenschaltung

Telekom Austria hat direkte Zusammenschaltung an den gegenwärtig 44 zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen zu ermöglichen. Dies soll der Gefahr begegnen, dass Telekom Austria den Verkehr für alternative Netzbetreiber entweder nur auf höherer Netzebene (Bündelung mit Transitleistungen) oder ausschließlich über ein (mit ihr verbundenes/kooperierendes) Drittnetz, dessen Betreiber gegebenenfalls ein überhöhtes Transitentgelt verlangt, übernimmt und damit Marktmacht überträgt.

### 3.1.2.2. Indirekte Zusammenschaltung und Übernahmeverpflichtung des Verkehrs von Dritten

Telekom Austria ist auch zur indirekten Zusammenschaltung über einen dritten Anbieter zu verpflichten. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, dass Betreibern, die nicht an den betreffenden lokalen Vermittlungsstellen im Netz der Telekom Austria zusammengeschaltet sind, den bei Telekom Austria terminierenden Verkehr an einen anderen Betreiber, der über lokale Zusammenschaltung mit Telekom Austria verfügt, zum Weitertransport übergeben lassen können. Die Verrechnung zwischen den Betreiber und allfällige Haftungsfragen sollen primär im Verhandlungswege geklärt werden. Analog zur oben vorgesehenen Verpflichtung der direkten Zusammenschaltung soll damit sichergestellt werden, dass eine Übertragung von Marktmacht aus der Terminierung auf den Transitmarkt durch Bündelung der Dienste hintangehalten wird und den Wettbewerbern alternative Angebote zur Verfügung stehen.

### 3.1.2.3. Anzahl und Örtlichkeit der lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen

Die Zusammenschaltung wurde bisher auf den bestehenden 44 zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen realisiert. Dies hat auch weiterhin zu erfolgen.

Veränderungen in der Anzahl und Örtlichkeit lokaler zusammenschaltungsfähiger Vermittlungsstellen, etwa durch Netzurückbau, sind alternativen Anbietern zeitgerecht bekannt zu geben.

Die bestehende Regelung, dass Telekom Austria Um- bzw. Rückbauten von Vermittlungsstellen, die eine Verlegung eines Netzübergabepunktes erforderlich machen, spätestens 18 Monate vor dem geplanten Inbetriebnahmedatum dem Zusammenschaltungspartner bekannt gibt, ist dafür grundsätzlich geeignet.

Soweit allerdings neun oder mehr der lokalen Vermittlungsstellen gleichzeitig oder in einem Zeitraum von nicht mehr als einem halben Jahr aufgelassen oder verändert werden, hat die Vorankündigungszeit 24 Monate zu betragen.

### 3.1.2.4. Mindestauslastung von Joining Links

Die Zusammenschaltung mit Telekom Austria erfolgt gegenwärtig über so genannte Joining Links, die als Vielfaches von 2 Mbit/s-Verbindungen (2 Mbit/s-Systemen) zwischen den Netzen installiert sind. Für Joining Links besteht eine Mindestauslastungsregelung. Demnach ist vom ANB eine Mindestverkehrsmenge pro Monat zu erreichen, andernfalls ist für die fehlenden Minuten eine Aufzahlung in der Höhe der Differenz zur Mindestauslastung zu leisten bzw sind die Systeme unter Entrichtung einer Pönalezahlung zurückzugeben. Diese Regel wurde in der Marktöffnungsphase mit dem Zweck eingeführt, dass kein Betreiber Joining Links hortet und somit andere Betreiber von der direkten Zusammenschaltung mit Telekom Austria ausgeschlossen werden. Da gegenwärtig eine große Anzahl von Betreibern bereits direkte Zusammenschaltungen mit Telekom Austria

realisiert haben und in den Planungsrunden der Bedarf an Joining Links kommuniziert wird, kann nicht mehr von einer akut drohenden Knappheit bei Joining Links ausgegangen werden. Dennoch ist das Bestehen einer Mindestauslastung sinnvoll, da die Bereitstellung eines Joining Links und der dahinter liegenden Kapazitäten mit Kosten für Telekom Austria verbunden ist, die bei zu geringer Auslastung des Joining Link eventuell nicht gedeckt werden könnten.

Eine zu hohe Mindestauslastung hat allerdings wettbewerbshemmenden Charakter, da sie die Fixkosten von kleineren alternativen Betreibern erhöhen und darüber hinaus als Markteintrittsbarriere in den Transitmarkt wirken kann. Letzteres deshalb, da die Übernahme von Verkehr für Dritte (eine Verpflichtung, die für Telekom Austria im Rahmen der Terminierung, aber auch am Originierungsmarkt vorgesehen wurde) durch einen alternativen Betreiber häufig die Bestellung weiterer Zusammenschaltungskapazitäten (ggf von Telekom Austria) erfordert, die Nachfrage nach Transit durch einen ANB häufig aber nicht entsprechend vorhergesehen werden kann (bzw die Nachfrage relativ gering ist, sodass eine Aggregation über mehrere Betreiber vorgenommen werden muss). Ein alternativer Transitanbieter hätte daher hohe Fixkosten bei gleichzeitig hohem Auslastungsrisiko.

Bei der Festlegung der Mindestauslastung ist aus regulatorischer Sicht zwischen den Interessen von Telekom Austria und jenen der alternativen Betreiber abzuwägen. Die derzeit bestehende Mindestauslastung von 150.000 Minuten pro 2 Mbit/s-System (bzw 100.000 Minuten, wenn  $\leq 4 \times 2$  Mbit/s-Systeme an einem Pol betrieben werden) ist ein sinnvoller Kompromiss zwischen den zwei Positionen.

#### 3.1.2.5. Zeitliche Aspekte

Die Zusammenschaltung darf nicht dadurch verzögert oder behindert werden, dass unangemessene Voraussetzungen verlangt werden, die die Kosten des Zusammenschaltungspartners erhöhen oder die Zusammenschaltung hinauszögern. Daher ist der offene Zugang zu technischen Schnittstellen, gebräuchlichen Protokollen oder Schlüsseltechnologien zu gewährleisten. Außerdem sind Vorkehrungen zur Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen vorzusehen.

Auf die Verpflichtung der Telekom Austria, bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (zB flat-rate Angebote), entsprechende Vorleistungsprodukte alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, wird auch in diesem Zusammenhang hingewiesen.

Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass erst dann neue Produkte durch die Telekom Austria auf der Endkundenseite angeboten werden können, wenn ein entsprechend adäquates Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird, wodurch letztlich das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert wird.

#### 3.1.2.6. Mitwirkung an der Bereitstellung des Joining Link

Da die Zusammenschaltung von Netzen mittels Joining Links realisiert wird, hat die Zugangsverpflichtung auch die Mitwirkung an der Bereitstellung von Joining Links zu umfassen, da diese eine notwendige Voraussetzung für den Verkehrsfluss zwischen Netzen sind und gleichzeitig eine Verweigerung vom marktmächtigen Unternehmen dazu missbraucht werden kann, den Eintritt von Konkurrenten zu verhindern und damit letztlich auch Auswirkungen auf die Struktur des Transitmarktes hat (Leveraging).

### 3.1.2.7. Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit

Die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung und des Zugangs zur Infrastruktur der Telekom Austria ist hinsichtlich der Zusammenschaltung zum Zwecke der Terminierung insofern gegeben, als solche Zusammenschaltungen über die letzten Jahre bereits in erheblichem Ausmaß realisiert wurden. Sie stellen Grundpfeiler eines liberalisierten Marktes dar und sind somit notwendig, um langfristig den Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen zu sichern. Die für die Zusammenschaltung erforderlichen Anfangsinvestitionen wurden bereits im Zuge der Liberalisierung getätigt, für andere Zugangsformen sollten die Kosten angemessen aufgeteilt werden.

### **3.1.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten**

Die Zugangsverpflichtung ist als geeignet zu betrachten, wenn sie Zugang zu Vorleistungen sicherstellt, deren Replikation als technisch nicht durchführbar und/oder wirtschaftlich ineffizient gilt und in den nächsten Jahren auch keine Änderung dieses Umstandes zu erwarten ist.

Alternativ zu einer Verpflichtung der Gewährung von Zugang nach § 41 TKG 2003 ist die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 in Erwägung zu ziehen. Diese Verpflichtung besagt, dass ein Unternehmen Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen bereitzustellen hat wie für sich selbst bzw verbundene Unternehmen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung kann im Falle der Terminierung jedoch nicht als gleichwertig zur Zugangsverpflichtung betrachtet werden, weil erstens die Verpflichtung nur sehr abstrakt auferlegt werden kann und zweitens Zugangsformen für Dritte, die das Unternehmen sich selbst nicht anbietet, von der Gleichbehandlung nicht hinreichend umfasst werden. Darüber hinaus wäre die Auferlegung der Gleichbehandlung kein gelinderes Mittel, weil, um gleiche Effektivität der Regulierung sicher zu stellen, die konkrete Ausgestaltung der Auflagen nicht anders und die Eingriffsintensität somit nicht geringer wäre.

### **3.1.4. Fazit**

Um dem in der Marktanalyse festgestellten Wettbewerbsproblem der Verweigerung des Zugangs und der vertikalen wie horizontalen Übertragung von Marktmacht zu begegnen, ist der Telekom Austria das Regulierungsinstrument einer Zugangsverpflichtung aufzuerlegen. Damit ist sichergestellt, dass sie auf angemessene Nachfrage nach Zugang entsprechende Angebote bereitstellt und dass weiters die Terminierungsleistungen sowohl über direkte als auch indirekte Zusammenschaltung bereitgestellt werden.

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

### **3.2.1. Zweck**

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht auf seinem Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um überhöhte Preise zu setzen. Andernfalls könnte es Übergewinne auf diesem Markt erzielen und gegebenenfalls seine Marktmacht auf andere Märkte übertragen. Die Auferlegung dieser Verpflichtung hat unter Berücksichtigung der Investitionen des Betreibers und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erfolgen.

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

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise unmittelbar und effektiv (dh direkt und der Natur des Problems

angemessen) zu adressieren. Durch die Entgeltkontrolle kann verhindert werden, dass überhöhte Preise festgesetzt werden, um die Zusammenschaltungskosten der Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten – bis hin zu einer Verdrängung (foreclosure) – zu verschlechtern.

### **3.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten**

Die Entgeltkontrolle als Verpflichtung ist für das betroffene Unternehmen eingriffsintensiv, weil sein Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens am Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt.

Als Alternative zur Entgeltkontrolle ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Zwar wäre es möglich, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese die Produktebene betreffende Maßnahme unverhältnismäßig, da hiervon auch Bereiche betroffen wären, die nicht der Regulierung unterliegen und die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, als wenn nur bestimmte Produkte einer Entgeltkontrolle und Kostenrechnung unterworfen sind. Um den Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken müsste das Ergebnis letztlich dasselbe sein, das sich bei Anwendung der Entgeltkontrolle ergibt. Daher ist die Gleichbehandlungsverpflichtung gemeinsam mit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung kein gelinderes Mittel.

### **3.2.4. Konkrete Ausgestaltung der Entgeltkontrolle**

#### **3.2.4.1. Allgemeines**

Um einen Entgeltmaßstab festzulegen, nach dem die Entgeltkontrolle erfolgen soll, sind unter anderem folgende Preisermittlungsmethoden relevant:

1. ECPR (Efficient Component Pricing Rule) / Retail Minus
2. Benchmarking
3. Kostenorientierung

Bisher kam das Konzept der FL-LRAIC auf den Festnetz-Vorleistungsmärkten zur Anwendung. Das Modell hat bei steigenden (oder gleich bleibenden) Mengen (Minuten) folgende Vorteile: Das marktmächtige Unternehmen hat Anreiz, effiziente Investitionen vorzunehmen, da mit den Entgelten nur effiziente Investitionen abgegolten werden. Da die Kosten eines effizienten Netzes modelliert werden, sieht sich auch ein Unternehmen, das neu in den Vorleistungsmarkt eintreten will, den richtigen Investitionsanreizen gegenüber. Gleichzeitig wird die Ausübung von Marktmacht mittels überhöhter Preise verhindert.

Seit einigen Jahren sind jedoch im Festnetz – insbesondere aufgrund der fest-mobil Substitution – stark rückläufige Mengen und Umsätze zu beobachten. Aufgrund von Fixkosten und versunkenen Kosten lassen sich jedoch die Kosten – selbst bei entsprechenden Anpassungen in den Kostenmodellen – nicht im gleichen Ausmaß reduzieren wie die Mengen. Dies führt dazu, dass die FL-LRAIC Kosten steigen. Werden nun die Vorleistungspreise in der Höhe der gestiegenen FL-LRAIC Kosten festgelegt, so können sich folgende Effekte ergeben: Bleibt der Endkundenpreis gleich oder sinkt er, so kann dies zu einem Margin Squeeze und einer Verdrängung der VNBs aus den Endkundenmärkten führen. Erhöht sich auch der Endkundenpreis (sodass kein Margin

Squeeze entsteht), so verstärkt dies wiederum die fest-mobil Substitution. Bei rückläufigen Mengen und Festsetzung der Vorleistungspreise mittels FL-LRAIC kann es also zu einem „Teufelskreis“ kommen, bei dem der Minutenrückgang im Festnetz noch verstärkt wird.

Angesichts dieser Problematik wurde Prof. Ingo Vogelsang von der RTR GmbH beauftragt, das Kostenkonzept der FL-LRAIC bei rückläufigen Mengen zu bewerten und gegebenenfalls alternativen aufzuzeigen. Prof. Vogelsang kommt zum Schluss, dass FL-LRAIC bei expandierenden Mengen einen geeigneten Maßstab zur Festlegung der Vorleistungsentgelte im Festnetz darstellt. Die Beurteilung erfolgte hinsichtlich der Punkte Investitionsanreize (für Telekom Austria einerseits und alternative Betreiber andererseits), Förderung von Markteintritt und Wettbewerb und Verbrauchernutzen. Bei rückläufigen Mengen ist die Festlegung der Vorleistungspreise mittels FL-LRAIC jedoch – im Wesentlichen aus den oben genannten Gründen – problematisch. FL-LRAIC wäre nur dann der richtige Maßstab, wenn bei Absatzrückgängen alle Inputmengen proportional zu den Absatzrückgängen zurückgehen (also konstante Skalenerträge vorliegen) und sich die Inputpreise nicht verändern. Dies ist im Festnetz insbesondere aufgrund von fixen und versunkenen Kosten nicht der Fall. Somit sind die FL-LRAIC Kosten zu hoch und stellen nicht mehr die richtigen Investitionsanreize für das regulierte Unternehmen bzw neu in den Markt eintretende Unternehmen bereit. Dieser Beurteilung haben sich auch die Amtssachverständigen angeschlossen.

Prof. Vogelsang betrachtet im Weiteren andere Kostenkonzepte (insbesondere kurzfristige Grenzkosten), Retail-Minus, kapazitätsorientierte Zusammenschaltung (capacity based charging – CBC), zweigliedrige Vorleistungsentgelte und Deregulierung als mögliche Alternativen zu FL-LRAIC. Diese Alternativen werden wieder nach den Kriterien Investitionsanreize, Förderung von Markteintritt und Wettbewerb, Verbrauchernutzen sowie ihrer Implementierbarkeit bewertet. Basierend auf dieser Bewertung schlägt Prof. Vogelsang den folgenden Maßstab zur Festlegung der Festnetz-Vorleistungspreise für Originierung und Terminierung vor: Der Vorleistungspreis soll sich aus dem Minimum von FL-LRAIC und Retail-Minus ergeben. Weiters empfiehlt Prof. Vogelsang nach sorgfältiger Praktikabilitätsuntersuchung die Einführung von CBC als Option, wobei der Preis für die Kapazität ebenfalls aus dem Minimum von FL-LRAIC und Retail-Minus errechnet werden sollte.

Diese vorläufige Position zu CBC wurde im März 2009 mit dem Sektor konsultiert. Ergebnis der Konsultation war, dass sich keine(r) der neun Betreiber/Organisationen, von denen Stellungnahmen einlangten, eindeutig für CBC aussprach. Von vielen Betreibern wurde gefordert, das bestehende Regime, nämlich FL-LRAIC, „richtig“ anzuwenden, was ihrer Ansicht (und Interessenlage) nach entweder zu steigenden Entgelten (zB aufgrund der rückläufigen Mengen) oder fallenden Entgelten (zB aufgrund der Einbeziehung von NGN) führen würde. Einige Betreiber/Organisationen forderten jedoch auch, einen Workshop zu CBC abzuhalten, bei dem die genauen Prämissen eine Einführung geklärt würden und anschließend eine neue Konsultation abzuhalten.

Als Alternative zu FL-LRAIC kommt auch ein Preis für die Terminierung in Betracht, der sich aus dem Minimum von FL-LRAIC und Retail-Minus ergibt. Bei einer solchen Berechnung kann es jedoch bei einer Senkung der Endkundenentgelte auch zu einer Senkung der Terminierungsentgelte kommen, wenn nämlich ansonsten ein Margin Squeeze entstehen würde (dh der Retail-Minus Preis liegt unter dem FL-LRAIC Preis und ist somit bindend). Dies würde allerdings auch die fest-mobil Asymmetrie bezüglich der Terminierungsentgelte sowie die Netto-Auszahlungen des Festnetzes an den Mobilfunksektor erhöhen. Insofern könnte eine Preissenkung auf Endkundenebene im Festnetz (zB in Reaktion auf die fest-mobil Substitution) gleichzeitig zu einer stärkeren „Subventionierung“ des Mobilfunksektors durch das Festnetz führen (solange die Preise der Mobilterminierung noch nicht auf dem Niveau der Kosten sind). Die Europäische Kommission hat am 7.05.2009 eine Empfehlung erlassen, die detaillierte Vorgaben zu Berechnung der Terminierungsentgelte im Mobilfunk-

und im Festnetzbereich enthält. Der von der Europäischen Kommission in dieser Empfehlung vorgeschlagene „pure LRIC“-Ansatz berücksichtigt Terminierung erst als letztes Inkrement zu allen anderen Diensten, die über das Netz erbracht werden, was voraussichtlich dazu führt, dass der Terminierung weniger Gemein- bzw gemeinsame Kosten zugerechnet werden als bisher. Weiters sieht die Empfehlung vor, dass den Berechnungen ein NGN (Next Generation Network) im Kernnetz zugrunde zu legen ist. Das gegenwärtige Kostenrechnungsmodell kann weder NGN noch den „pure LRIC“-Ansatz abbilden.

Mit Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission ist in Zukunft von einer (weiteren) Absenkung der Terminierungsentgelte vor allem im Mobilfunk als auch im Festnetz auszugehen. Für die Umsetzung derselben müssen erst entsprechende Kostenrechnungsmodelle entwickelt werden, um einen „pure LRIC“ Ansatz bzw ein NGN vollständig darstellen zu können. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sieht die Empfehlung der Kommission vom 7.05.2009 eine Übergangsfrist bis 31.12.2012 vor. Wie bereits ausgeführt besteht ein entsprechendes Kostenrechnungsmodell, welches der Empfehlung der Kommission entspricht, noch nicht, wird aber gegenwärtig bereits entwickelt und wird bei der nächsten Marktanalyse 2011 bzw Ende 2012 zur Verfügung stehen. Es ist davon auszugehen, dass mit Umsetzung der genannten Empfehlung der Europäischen Kommission eine Absenkung der Terminierungsentgelte zu erwarten ist.

Bei der Preisermittlungsmethode ECPR (Efficient Component Pricing Rule) / Retail Minus werden durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet, ermittelt. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail Minus (Endkundenpreis minus vermeidbare Kosten eines effizienten Betreibers), welches in der Praxis mehr Bedeutung hat, da es besser implementierbar ist als ECPR. Retail Minus verhindert einen Margin Squeeze für alternative Betreiber und stellt die richtigen Anreize für einen Markteintritt in den Endkundenmarkt (durch Zukauf der Vorleistung) bereit, kann allerdings keine überhöhten Preise verhindern, da das marktmächtige Unternehmen Vorleistungs- und Endkundenpreise gleichermaßen anheben könnte.

Nach der Methode des 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. Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird vor allem dann eingesetzt, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt und eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Internationales Benchmarking ist abzulehnen, weil die Kostensituation von Betreibern in anderen Ländern nur bedingt mit jener in Österreich vergleichbar ist. Darüber hinaus ist in vielen Europäischen Ländern ebenso wie in Österreich ein neues Kostenrechnungsmodell gegenwärtig in Ausarbeitung.

#### 3.2.4.2. Entgelte nach der Entscheidung Z 9/07

Die Telekom-Control-Kommission hat im Verfahren gemäß § 48, 50 TKG 2003 zu Z 9/07 zwischen Telekom Austria und Hutchison 3G mit Wirksamkeit ab Rechtskraft des Bescheides vom 6.08.2009 nachstehende Terminierungsentgelte (samt den notwendigen Festlegungen) angeordnet:

		Cent	Cent
„Kurz bez.“	Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak
V 33	Terminierung lokal (local switch) ANB → TA Terminierung vom Netz des Vertragspartners in das Netz der Telekom Austria lokal (NVSt, OVSt)	1,12	0,50

### 1. Peak-/Off-Peak-Zeiten

1.1. Als „Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.

1.2. Als „Off-Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von

- Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr;
- Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr;
- Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

### 2. Datenbereitstellungsentgelt

Das Datenbereitstellungsentgelt beträgt Cent 0,17 pro Minute.

### 3. Verrechnung

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeitabhängig und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustandegekommenen Verbindung.“

#### 3.2.4.3. Marktübliche Entgelte vor der Entscheidung Z 9/07

Jedenfalls vor der Erlassung des Bescheides Z 9/07 am 6.08.2009 war folgendes Terminierungsentgelt marktüblich:

		Cent	Cent
„Kurz bez.“	Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak
V 33	Terminierung lokal (local switch) ANB → TA Terminierung vom Netz des Vertragspartners in das Netz der Telekom Austria lokal (NVSt, OVSt)	0,82	0,48

## 1. Peak-/Off-Peak-Zeiten

1.1. Als „Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.

1.2. Als „Off-Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von

- Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr;
- Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr;
- Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

## 2. Datenbereitstellungsentgelt

Das Datenbereitstellungsentgelt beträgt Cent 0,17 pro Minute.

## 3. Verrechnung

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeitabhängig und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustandegekommenen Verbindung.“

### **3.2.5. Terminierungsentgelte im europäischen Vergleich**

Das im Gutachten vorgeschlagene Terminierungsentgelt – entsprechend der Entscheidung zu Z 9/07 – ist im europäischen Vergleich an fünfthöchster Stelle und dabei weit über dem Durchschnitt. Auch das „marktübliche“ Entgelt vor der Entscheidung zu Z 9/07 liegt über dem europäischen Durchschnitt, jedoch deutlich unter jenem der Entscheidung zu Z 9/07 (vgl etwa 14. Implementierungsbericht der Europäischen Kommission von Oktober 2008, vgl Beilage 1 zu ON 48 sowie ON 53).

### **3.2.6. Fazit**

Es ist festzustellen, dass die Auferlegung des Regulierungsinstruments der Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 erforderlich ist. Weiters ist festzustellen, dass eine aktuelle Anwendung des bestehenden Kostenrechnungsmodells iSv FL-LRAIC nicht mehr zu den richtigen Investitionsanreizen führt. Mit Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 betreffend Terminierungsentgelte wird ein neues Kostenrechnungsmodell eingeführt werden, welches jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht zur Verfügung steht, an deren Erstellung aber bereits gearbeitet wird. Darüber hinaus ist mit Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission von einer Absenkung der Terminierungsentgelte auszugehen, die voraussichtlich auch deutlich unter jenen liegen werden, die mit Bescheid Z 9/07 vom 6.08.2009 von der Telekom-Control-Kommission angeordnet wurden.

## **3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003**

### **3.3.1. Zweck**

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw verbundene Unternehmen. Damit kann die Gleichbehandlungsverpflichtung sicherstellen, dass das marktmächtige Unternehmen in seiner Preisgestaltung nicht diskriminiert und verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen Marktmacht

auf andere Märkte überträgt. Um diese Gleichbehandlung zu unterstützen, ist es aus ökonomischer Sicht angebracht, die im Spruch genannte Verfahrenspartei zu verpflichten, ein Standardzusammenschaltungsangebot (SZA) zu veröffentlichen.

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

Die Gleichbehandlungsverpflichtung zielt darauf ab, Preisdiskriminierungen gegenüber den alternativen Netzbetreibern zu verhindern. Diese Verpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen alle Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten gleich behandelt und nicht schlechter stellt als seinen eigenen Retail-Arm.

Darüber hinaus vermag die Gleichbehandlungsverpflichtung dem identifizierten Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung 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) Einhalt zu gebieten. Insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung in der Form der Verpflichtung zur Legung eines SZA bringt mehr Rechtssicherheit und eine bessere Information der Anbieter in den Markt. Das SZA hat sich insofern bewährt, als alternative Netzbetreiber, aber insbesondere vor dem Markteintritt stehende Unternehmen über genügend Informationen hinsichtlich der Bedingungen einer Zusammenschaltung mit der Telekom Austria verfügten, sodass es ihnen möglich war, die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer Zusammenschaltung bzw eines Business Case einschätzen zu können, noch bevor konkrete Verhandlungen aufgenommen wurden.

Ein SZA senkt weiters für alle Beteiligten die Transaktionskosten, weil zentrale Elemente von vornherein festgelegt sind, sodass die Stabilität im Markt sichergestellt werden kann und die Anreize zu Investitionen und zu Eintritten in nachgelagerte Märkte gegeben sind. Darüber hinaus verkürzt ein SZA die Zeit der Verhandlungen, da nur über Abweichungen verhandelt werden muss, vermeidet mögliche Streitigkeiten und gibt Betreibern die Sicherheit, Leistungen zu nichtdiskriminierenden Konditionen erwerben zu können.

### **3.3.3. Konkrete Ausgestaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung**

Telekom Austria hat ein SZA zu veröffentlichen, dass – wie bisher – neben einem Teil, der allgemeine Bestimmungen vertraglicher Natur enthält, zumindest folgende Komponenten enthält, die näher bestimmt werden müssen. Auf Punkt 3.1.2.4 zur Regelung betreffend die Mindestauslastung wird verwiesen.

1.	Regelungen betreffend Zusammenschaltungsverbindungen
2.	Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3.	Verkehrsart und Entgelt
4.	Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf Ebene der ersten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen
5.	Regelungen betreffend Notrufdienste
6.	Regelungen betreffend private Netze
7.	Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
8.	Regelungen betreffend sonstiger Dienste (öffentliche Kurzurufnummern für Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzurufnummern für besondere Dienste) .

9.	Regelungen betreffend der Verkehrsübergabe an Transitnetzbetreiber im Auftrag von Dritten
----	---

Die Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, die Informationen über Standorte der VSt, die Entgelte und weitere Regelungen zur Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene stellen essentielle Grundlagen für die Realisierung der Zusammenschaltung dar. Die weiteren Regelungen betreffend Notrufe, private Netze, personenbezogene Dienste und sonstiger Dienste schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen. Die Regelungen zur Verkehrsübergabe stellen sicher, dass die Telekom Austria den Verkehr für Dritte auch von Transitnetzbetreibern übernimmt, die im Auftrag von Dritten den Verkehr vom Netz des Dritten an das Telekom Austria Netz vermitteln.

#### 3.3.3.1. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Das SZA dient primär dazu, für die Einhaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung wesentliche 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 SZA für Standardfälle vorgesehene Verpflichtung hinaus, wobei eine diskriminierende Behandlung der Nachfrager auch für andere (nicht im SZA vorgesehene) Formen des Zugangs auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeschlossen ist.

Alternativ zum SZA 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 SZA enthalten müssen, sodass die Transparenzverpflichtung letztendlich auf die Veröffentlichung der Teile des SZA hinausläufe und somit nicht gelinder wäre.

#### **3.3.4. Fazit**

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist notwendig, angemessen und verhältnismäßig, weil sie sicherstellt, dass Telekom Austria allen Mitbewerbern auf nachgelagerten Märkten gleich behandelt und damit nicht schlechter stellt als ihren eigenen Retail-Arm. Es werden damit alle notwendigen Bestimmungen, die für den Bezug von Standardleistungen der Terminierung durch Dritte erforderlich sind, in angemessener Form zur Verfügung stehen.

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

#### **3.4.1. 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, indem sie eine zeitnahe Überprüfung derselben erlaubt.

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

Mit dem Regulierungsinstrument der getrennten Buchführung werden notwendige Vorkehrungen zur Unterstützung der Einhaltung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle getroffen.

Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene ist 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, zB gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig.

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

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ist ein verhältnismäßiges Regulierungsinstrument, da die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

### **3.4.3. Konkrete Ausgestaltung der getrennten Buchführung**

Um Kostenverschiebungen zwischen den regulierten Märkten und zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintanzuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen, hat die getrennte Buchführung zumindest nach den Märkten der TKMV 2008 gegliedert zu erfolgen. Darüber hinaus ist eine Gliederung nach jenen Märkten sinnvoll, die in der TKMVO 2003 enthalten waren, jedoch nicht mehr in der TKMV 2008 enthalten sind.

Im Rahmen der notwendigen Operationalisierung der getrennten Buchführung sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

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

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

### **3.4.4. Fazit**

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ist ein erforderliches Instrument zur Unterstützung der Verpflichtung zu kostenorientierter Entgeltkontrolle, weil das marktmächtige Unternehmen auch auf anderen Märkten tätig ist und der Anreiz besteht, die Kosten von unregulierten zu regulierten Geschäftsfeldern zu verschieben.

## **3.5. Transparenzverpflichtung - § 39 TKG 2003**

### **3.5.1. Zweck**

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, bestimmte Informationen zu liefern und zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist 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.

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

Durch das SZA sollten alle für die allgemeine Zusammenschaltung notwendigen Informationen verfügbar sein; Informationen, die andere Zugangsformen betreffen und der Verpflichtung entsprechen, einer angemessenen Nachfrage nachzukommen, sind bei Nachfrage bereitzustellen und fallen unter die Zugangsverpflichtung. Die Transparenzverpflichtung ist daher nicht aufzuerlegen, weil die notwendige Transparenz bereits durch andere Auflagen bzw durch andere Bestimmungen des TKG 2003 sichergestellt ist.

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

Es 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.

## **C. Beweismwürdigung**

### **1. Allgemeines**

Die Feststellungen zum Markt „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom September 2009.

Nach einer allgemeinen Einleitung und Definition der Terminierungsmärkte gehen die Amtssachverständigen ausführlich auf die nachfrageseitige Gegenmacht ein. Dieser Indikator wird sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene genau untersucht. Nach Darlegung der Marktmacht und Wettbewerbsprobleme begründen die Amtssachverständigen im Detail die Erforderlichkeit sowie Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente.

### **2. Zur Frage der Terminierungsentgelte**

Im Gutachten der Amtssachverständigen vom September 2009 wurde zusammengefasst empfohlen, dass die im Verfahren Z 9/07 (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 6.08.2009) festgestellten Entgelte der Telekom Austria als Höchstgrenze für die Verrechnung von Terminierungsentgelten „einzufrieren“ ist, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen entgegen zu wirken. Begründet wird diese Vorgehensweise unter anderem damit, dass in Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 erst ein entsprechendes Kostenrechnungsmodell entwickelt werden muss. Ein solches besteht noch nicht, wird aber bereits entwickelt und sollte bei der nächsten Marktanalyse 2011 bzw spätestens am 31.12.2012 zur Verfügung stehen.

Mit Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 betreffend Terminierungsentgelte wird es zu einer Absenkung der Terminierungsentgelte kommen, weswegen dem Vorschlag der Amtssachverständigen nicht gefolgt wird, da es nach einer temporären Erhöhung des verfahrensgegenständlichen Entgeltes zu einer deutlichen Absenkung desselben kommen wird. Daneben wird auch von den Amtssachverständigen nicht vertieft, dass eine aktuelle Berechnung von Kosten iSv FL-LRAIC (unter Heranziehung

des bestehenden Kostenrechnungsmodells) unter den gegebenen Umständen (sinkende Verkehrsmengen) – wie dies im Verfahren zu Z 9/07 geschehen ist - zu den richtigen Investitionsanreizen führt.

Die Verfahrensparteien mit Ausnahme von Telekom Austria haben zusammengefasst vorgebracht, dass die Festlegung der Terminierungsentgelte auf Basis des Bescheides Z 9/07 eine Erhöhung der Terminierungsentgelte im Vergleich zu jenen Entgelten, die bis zu dieser Entscheidung marktüblich zur Anwendung gebracht wurden, bewirken würde. Die Marktüblichkeit dieser Entgelte ist amtsbekannt.

Wie unter anderem von T-Mobile Austria und Tele 2 vorgebracht, zeigt der 14. Implementierungsbericht der Europäischen Kommission von Oktober 2008, dass die Terminierungsentgelte in Österreich überdurchschnittlich hoch sind.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Marktdefinition der RTR-GmbH**

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten ist in § 1 Z 5 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2000) als einer von mehreren nationalen Märkte definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003). Bereits die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) hat einen (gleich definierten) nationalen Markt für Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten vorgesehen.

Diese (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2007/879/EG, Abl L 2007/314, 65), die auf Grund 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.

### **2. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission**

Nach § 37 Abs 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission (§ 117 Z 6 TKG 2003) von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durch.

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.7.2002): 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 der Leitlinien).

### **3. 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 näher bezeichnete Kriterien, die in § 35 TKG 2003 gelistet sind, zu berücksichtigen.

### **4. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Markt für Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten der im Spruch genannten Verfahrenspartei (Spruchpunkt A.)**

Wie festgestellt, ist der gegenständliche Markt für Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten per Marktdefinition ein Monopolmarkt, der Marktanteil der im Spruch genannten Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann (vgl Europäische Kommission, Begründung der Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABI L 114, S 45). Dass die Marktmachtindikatoren der Marktanteile und der nachfrageseitigen Gegenmacht eine entscheidende Rolle spielen, wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht folgt daraus einerseits, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Andererseits spielen – wie zu zeigen sein wird – eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw lediglich eine untergeordnete Rolle.

Der einzige Indikator, der die Telekom Austria auf ihrem Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch – wie festgestellt – tatsächlich keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Terminierungsmonopol hat.

Der Grund für die Monopolstellung und Ursache für Marktfehler sind insbesondere zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, an dessen Netz der Teilnehmer angeschlossen ist, erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Teilnehmer (Originierung, Transit und auch Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses, als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichnete Tarifsysteem, ist verantwortlich für die Externalität, dass die Entscheidung, über welches Netz Gespräche zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung

kostet) der gerufene Teilnehmer trifft, die Kosten aber der rufende Teilnehmer zu tragen hat.

Diese zwei strukturellen Besonderheiten sowie der Umstand, dass Telekom Austria der mit Abstand größte Festnetzbetreiber ist, sind der Grund für die für den Fall der Nicht-Regulierung festgestellten, potentiellen Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Telekom Austria:

1. Setzen exzessiver Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren,
2. Zugangsverweigerung,
3. Setzen wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen durch nicht-preisbezogene Aspekte wie Verzögerungen, Bündelung von Produkten und ungerechtfertigte Konditionen bzw Qualität und
4. Preisdiskriminierung (Margin Squeeze) zu betreiben.

Aufgrund dieser Ausführungen, auf die im Folgenden noch eingegangen wird, gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Telekom Austria als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 einzustufen ist und auf dem Terminierungsmarkt der Telekom Austria kein effektiver Wettbewerb besteht:

#### **4.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“**

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

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zB ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Die Barrieren für einen „Eintritt“ in einen (bestehenden) betreiberindividuellen Terminierungsmarkt sind unüberwindbar, da jeder neu in den „Markt“ eintretende Festnetzbetreiber seinen *eigenen* betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert und auf diesem über 100% Marktanteil verfügt. Potenzieller Wettbewerb durch „andere Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

Dieser Indikator spricht ohne Zweifel für die Stellung der im Spruch genannten Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

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

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.

Wie festgestellt, ist der verfahrensgegenständliche Markt für Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten ein Monopolmarkt. Das bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw geben kann. Ein Monopol kann grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der im Spruch genannten Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der Schwellen der Europäische Kommission sowie des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (40 bis 50% Marktanteil) und des sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin. Eine Gleichsetzung der Monopolstellung mit der Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfolgt damit aber nicht.

#### **4.3. Zu den Indikatoren „technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung“**

Eine Analyse von SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potenziell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen „Mitkonkurrenten“ auf dem betroffenen Markt abstellen, lassen keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf einem Monopolmarkt zu, weswegen diese Indikatoren für die Untersuchung des gegenständlichen Marktes von untergeordneter Bedeutung sind.

#### **4.4. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren (Preispolitik, Preisentwicklung)**

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

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik oder Preisentwicklung lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1998 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) bzw §§ 50 iVm 121 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission – als Ersatz privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte war – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme. Verträge wurde lediglich auf der Basis der jeweiligen „Leitentscheidungen“ der Telekom-Control-Kommission (Z 1/97, Z 30/99, Z 6/01, Z 11/02, Z 10/03,) mit nicht an den Verfahren Beteiligten abgeschlossen. Es steht daher fest, dass über einen mehrjährigen Zeitraum nie Einigungen über die Höhe der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte erreicht wurden. Konkrete Schlussfolgerungen lassen sich hieraus jedoch nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß ziehen.

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).

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt daher die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass Telekom Austria – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verhalten kann. Der gegenständlich betrachtete Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Telekom Austria.

#### **4.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“**

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird in § 35 Abs 2 Z 3 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, weil sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

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 2003/114, 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“.

Nach den Feststellungen kann jedoch Telekom Austria in allen untersuchten Fällen Monopolpreise setzen, ohne durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt zu werden.

Für die Wettbewerbsbeurteilung lässt sich daher feststellen, dass die anderen Betreiber in einem unregulierten Umfeld auf die Telekom Austria keine substantiell preisdisciplinierende nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die Monopolpreise oder exzessive Preise verhindert. Das Schlüsselkriterium iSd Begründung zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl L 2003/114, 45) für die Beurteilung von Marktmacht auf dem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt – die „nachfrageseitige Gegenmacht“ – vermag sohin das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht zu erschüttern, da keine nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

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

## **5. Zu den spezifischen Verpflichtungen nach dem TKG 2003 (Spruchpunkt B.)**

### **5.1. 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 Verpflichtungen zur Gleichbehandlung (§ 38 TKG 2003), zur Transparenz (§ 39 TKG 2003), zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003), zur Gewährung des Zugangs zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003), zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003) denkbar. Gemäß § 43 TKG 2003 sind Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer genauso zulässig wie Verpflichtungen zur Bereitstellung von Mietleitungen (§ 44 TKG 2003), Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten (§ 45 TKG 2003) und die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl gemäß § 46 TKG 2003. Gemäß § 47 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen.

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. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art 8 Abs 1 Rahmenrichtlinie (ABl L 2002/108,33), Art 8 Abs 4 der Zugangsrichtlinie (ABl L 2002/108, 7) und in Art 17 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie (ABl L 2002/108, 51)).

Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 TKG 2003 (bzw dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

### **5.2. 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 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 darstellen. Der zweite Schritt kann entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

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

##### **5.2.1.1. Allgemeines**

Nach § 41 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs 2 leg cit können Unternehmen

mit beträchtlicher Marktmacht 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).

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs bzw der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs (§ 3 Z 25 TKG 2003; „denial of access“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung zu spezifizieren.

#### 5.2.1.2. Inhaltliche Ausgestaltung der Zugangsverpflichtung - Zusammenhang mit dem zu veröffentlichen Standardangebot

##### 5.2.1.2.1. Zur Mindestauslastung

Die im Spruchpunkt B.1. auferlegte Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist erforderlich, um dem festgestellten Problem der vertikalen Marktmachtübertragung vom gegenständlichen Markt auf die benachbarten Märkte abzuweichen. Dafür ist die Anordnung einer Zugangsverpflichtung in der Form, wie sie festgestellt wurde, erforderlich.

Die Amtssachverständigen führen im Gutachten aus, dass die bestehende Regelung betreffend die Mindestauslastung von Joining Links sinnvoll ist, weil die Bereitstellung eines Joining Links und der dahinter liegenden Kapazitäten mit Kosten für die Telekom Austria verbunden ist, die bei zu geringer Auslastung des Joining Link eventuell nicht gedeckt werden können.

Aus diesem Grund war dem Antrag der Hutchison 3G, die Mindestauslastung von Joining Links nach dem Verkehrsinteresse festzulegen, nicht zu folgen.

Da die angeordnete Regelung sowohl die Interessen der Zusammenschaltungspartner, als auch die Interessen der Telekom Austria berücksichtigt, ist sie auch verhältnismäßig.

##### 5.2.1.2.2. Änderungen bei lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen

Es konnte nicht festgestellt werden, dass Telekom Austria NGN-Technologie ausreichend umgesetzt hat, so dass ein Abgehen von dem bisherigen Regime – Zusammenschaltung auf den bestehenden 44 zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen – geboten ist. Wie von Hutchison in ihrem Schriftsatz vom 3.02.2010 vorgebracht (ON 68), hat Telekom Austria im Oktober 2009 im Rahmen einer Präsentation über die Umstellung von Teilen der lokalen Übergabestellen informiert und die Migration von 15 der 44 Vermittlungsstellen auf NGN-Betrieb angekündigt. In einem Schreiben vom 2.07.2009 der Telekom Austria an Marktteilnehmer kündigt sie die Umschaltung von 9 Vermittlungsstellen an, fügt jedoch hinzu über Ort und Zeit noch zu informieren. Es handelt sich hierbei jeweils nur um eine unverbindliche Information über die geplanten Vorhaben der Telekom Austria. Diese Informationen lassen keinerlei Verbindlichkeit erkennen, sondern stellen lediglich eine Vorinformation an die Marktteilnehmer dar. Dies ist nicht zuletzt dadurch erkennbar, als

Telekom Austria weder in ihrer Präsentation noch in ihrem Schreiben vom Oktober 2009 an die Mitbewerber ein in Aussicht genommenes Datum für die geplante Umsetzung der Vorhaben angibt. Darüber hinaus fehlen auch jegliche technische Details, die eine Änderung der Zusammenschaltung, welche auf NGN basiert, mit Gewissheit mit sich bringt.

Die Unverbindlichkeit der Ankündigungen der Telekom Austria zeigt sich nicht zuletzt auch im unbestimmten Vorbringen der Hutchison selbst. Hutchison ist ein Zusammenschaltungspartner der Telekom Austria und wie aus ihrem Schriftsatz vom 3.02.2009 hervorgeht, hat auch sie kein konkretes Wissen über die Umsetzung der NGN-Technologie im Netz der Telekom Austria betreffend den Zeitplan wie auch der technischen Veränderung. Die Regelung betreffend die Ankündigung von 18 Monaten bei Um- bzw Rückbauten seitens der Telekom Austria gegenüber ihren Zusammenschaltungspartnern wurde bereits im Rahmen der letzten Marktanalyse (Bescheid M 7,8/06 vom 5.02.2010) auferlegt. Würde Telekom Austria somit NGN-Technologien tatsächlich in einem Ausmaß umsetzen, so dass Auswirkung auf die Zahl der lokalen Vermittlungsstellen gegeben wäre, hätten die Zusammenschaltungspartner eine entsprechende konkrete Information, mit genauen Angaben betreffend den zeitlichen Horizont wie auch den davon örtlich betroffenen Vermittlungsstellen, erhalten. Eine solche gibt es jedoch noch nicht. Vor diesem Hintergrund muss umso mehr das Schreiben der Telekom Austria vom Juli 2009 als unverbindliche Information gesehen werden.

Vor dem Hintergrund, dass Telekom Austria lediglich über den geplante Umsetzung der NGN-Technologie informiert hat, wobei die tatsächliche zeitliche wie auch konkrete technische Realisierung unklar ist, war dem Antrag der Hutchison – zusammengefasst – NGN im Zusammenhang mit den Zusammenschaltungspunkten auch technisch zu berücksichtigen, nicht zu folgen. Da außer unverbindlichen Informationen keine faktischen Umsetzungen bisher erfolgten, war auch dem Antrag auf Erhebung der NGN-Migration nicht zu folgen.

Wie festgestellt, sind Veränderungen in der Anzahl und Örtlichkeit lokaler zusammenschaltungsfähiger Vermittlungsstellen, etwa durch Netzzückbau, hat alternativen Anbietern zeitgerecht bekannt zu geben.

Diese Vorankündigungszeit hat spätestens 18 Monate vor dem geplanten Inbetriebnahmedatum zu erfolgen. Diese Regelung besteht schon seit mehreren Jahren und hat bisher zu keinen Beschwerden geführt. Soweit allerdings neun oder mehr der lokalen Vermittlungsstellen gleichzeitig oder in einem Zeitraum von nicht mehr als einem halben Jahr aufgelassen oder verändert werden, ist – im Sinne der Planbarkeit für den Zusammenschaltungspartner – die Vorankündigungszeit von 24 Monate angemessen.

Da eine entsprechend lange Vorankündigungszeit vorgesehen ist und die ursprüngliche Regelung, welche eine Vorankündigungszeit von 18 Monaten vorgesehen hat, in der Vergangenheit zu keinen Beschwerden geführt hat, wurde dem Vorbringen der UPC Telekabel Wien GmbH nicht gefolgt, wonach Telekom Austria zu Ausgleichs- und Abschlagszahlungen für frustrierte Investitionen von alternativen Festnetzbetreibern verpflichtet werden soll.

#### 5.2.1.3. Verhältnismäßigkeit

Wie festgestellt, sind für die Sicherstellung des Zugangs zur Terminierungsleistung der Telekom Austria andere Regulierungsinstrumente, insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003, nicht ausreichend, um das festgestellte Wettbewerbsproblem wirksam zu bekämpfen. Die auferlegte Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, notwendig und das gelindeste wirksame Mittel, um den Zugang zur Terminierungsleistung sicherzustellen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

## 5.2.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

### 5.2.2.1. Allgemeines zu § 42 TKG 2003

Die Bestimmung des § 37 TKG 2003 eröffnet der Regulierungsbehörde nicht nur die Möglichkeit, eine (oder mehrere) geeignete spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 auszuwählen und dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen, sondern auch die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Verpflichtung (diesfalls zur Entgeltkontrolle) derart zu spezifizieren, dass diese geeignet ist, wettbewerbliche Verhältnisse herzustellen bzw in den Fällen, in denen Wettbewerb faktisch nicht möglich ist zu simulieren und somit den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen:

§ 42 Abs 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte.

§ 42 TKG 2003 ermöglicht verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle: so sieht Abs 1 leg cit die Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“ vor. In weiterer Folge (Abs 2 leg cit) werden „an den Kosten orientierte Entgelte“, „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung“ sowie die Berücksichtigung von „Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“, angesprochen. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 mehrere Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass Regulierungsverpflichtungen ausgewählt und auferlegt werden, die „geeignet“ iSd § 37 Abs 2 TKG 2003 (Art 16 Abs 4 RL 2002/21/EG) sind, das konkret festgestellte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen. Würde § 42 TKG 2003 lediglich einzelne konkret vorgegebene Methoden zu Kostenkontrolle vorsehen (vgl § 41 Abs 3 TKG (1997)), was dem Wortlaut jedoch nicht entnommen werden kann, hätte die Regulierungsbehörde nicht die Möglichkeit, durch „geeignete“ Maßnahmen auf die unterschiedlichen Ergebnisse von Marktanalysen zu reagieren. Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG weist darauf hin, dass Art 16 der genannten Richtlinie (§ 42 TKG 2003 setzt diesen weitgehend wortident um) „auf die Umstände abgestimmt“ anzuwenden ist und das Erfordernis berücksichtigen soll, „die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein“.

Neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 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 – vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat Telekom Austria grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Terminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider; da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus

ist zu folgern, dass ein Terminierungsnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

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

Wie festgestellt, ist es erforderlich, das verfahrensgegenständliche Entgelt für die Leistung der (lokalen) Terminierung in das feste öffentliche Kommunikationsnetz der Telekom Austria zu regulieren.

Es zeigt sich, dass das bisher angewandte Kostenkonzept FL-LRAIC auch Nachteile aufweist, die sich im Besonderen in der jüngeren Vergangenheit manifestiert haben. FL-LRAIC kann in der aktuellen Situation von sinkenden Verkehrsmengen im Festnetz nicht mehr die richtigen Investitionsanreize bieten.

Als Alternative zu FL-LRAIC kommt auch ein Preis für die Terminierung in Betracht, der sich aus dem Minimum von FL-LRAIC und Retail-Minus ergibt. Bei einer solchen Berechnung kann es jedoch bei einer Senkung der Endkundenentgelte auch zu einer Senkung der Terminierungsentgelte kommen, wenn nämlich ansonsten ein Margin Squeeze entstehen würde. Dies erhöht wiederum die fest-mobil Asymmetrie bezüglich der Terminierungsentgelte sowie die Netto-Auszahlungen des Festnetzes an den Mobilfunksektor. Da eine Preissenkung auf Endkundenebene im Festnetz gleichzeitig zu einer stärkeren „Subventionierung“ des Mobilfunksektors durch das Festnetz führen kann, ist vor dem Hintergrund eine Anbindung der Festnetz-Terminierungsentgelte der Telekom Austria an die Endkundenpreise mittels Retail-Minus nicht angebracht.

Daneben ist die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 (2009/396/EG, ABI L 2009/124, 67) zu berücksichtigen, die detaillierte Vorgaben zur Berechnung der Terminierungsentgelte im Mobil- und Festnetzbereich enthält. Die Empfehlung sieht eine Umsetzungsfrist bis 31.12.2012 vor. Um dieser Empfehlung gerecht zu werden, muss ein umfassendes neues Kostenrechnungsmodell entwickelt werden. Ein solches wird erst im Laufe des Jahres 2011 (dh für die die nächste Marktanalyse betreffenden Terminierungsleistungen) vorliegen. Bei Umsetzung des vorgesehenen „pure LRIC“-Konzeptes mit einer Neubewertung der gemeinsamen und Gemeinkosten werden Terminierungsentgelte (sowohl im Fest- wie auch im Mobilnetz) vermutlich deutlich sinken.

Vor dem Hintergrund, dass das gegenwärtige Kostenmodell im Sinn von FL-LRAIC, wie dargestellt, wegen der sinkenden Verkehrsmengen im Festnetz nicht mehr angemessen ist, ein neues aber erst erarbeitet wird, wurde im Gutachten der Amtssachverständigen vom September 2009 vorgeschlagen, die Höchstgrenze für die Terminierungsentgelte auf dem im Verfahren Z 9/07 zwischen Telekom Austria und Hutchison 3G festgelegtem Niveau „einzufrieren“.

Dieses grundsätzliche Konzept einer „Fortschreibung“ bisheriger bzw. früherer Terminierungsentgelte, ohne eine neue Kalkulation durchzuführen, erscheint im Hinblick auf die spezifisch vorliegende Situation sinnvoll. Das „Fortschreiben früherer Entgelte“ ist als Form der Entgeltkontrolle im Sinn des § 42 TKG 2003 anzusehen und ist vor dem Hintergrund der dargestellten Umstände und der Notwendigkeit, eine Entscheidung herbeizuführen, eine geeignete Maßnahme.

Beim Verfahren Z 9/07 handelte es sich aber um ein bilaterales Zusammenschaltungsverfahren iSv §§ 48, 50 TKG 2003 zwischen Telekom Austria und Hutchison 3G. Mit Ausnahme der Verfahrensparteien hatten in diesem Zusammenschaltungsverfahren die übrigen Verfahrensparteien aus M 5/09 keine

Parteistellung. Sie hatten daher keine Einflussnahmemöglichkeit auf das Verfahrensergebnis, was gegen die von den Gutachtern vorgeschlagene Übernahme der dortigen Entgeltanordnung spricht. Dies gilt darüber hinaus auch deshalb, weil sich das im Rahmen des Verfahrens Z 9/07 angeordnete Entgelt aus der dortigen konkreten Antragslage ableitete. Die Amtssachverständigen ermittelten in diesem Verfahren FL-LRAIC-Entgelte, die höher waren, als jene, welche Telekom Austria in dem genannten Verfahren beantragt hatte. Die Telekom-Control-Kommission ist im Bescheid Z 9/07 vom 6.08.2009 dem Antrag der Telekom Austria gefolgt und hat ein unter den von den Gutachtern errechneten Kosten liegendes Entgelt angeordnet. Zu bedenken ist letztlich, dass die Entscheidung zu Z 9/07 auf Basis eines Marktanalyse-Bescheides erging, der FL-RAIC als Berechnungsbasis der Entgeltanordnung vorsah.

Die Anordnung der lokalen Terminierungsentgelte auf dem Niveau von Z 9/07 würde – verglichen mit jenem Entgelt, das zuvor marktüblich war und zur Anwendung gebracht wurde – eine deutliche Erhöhung bedeuten. Dabei gilt auch zu berücksichtigen, dass etwa gemäß dem 14. Implementierungsbericht der Europäischen Kommission die Festnetz-Terminierungsentgelte in Österreich weit über dem EU-Durchschnitt liegen.

Da nunmehr aber FL-LRAIC als Konzept bei sinkenden Mengen mangels ausreichendem Investitionsanreiz nicht mehr als adäquat erscheint und die Auswirkungen des neuen Kostenrechnungsmodells noch nicht abgeschätzt werden können, erachtet die Telekom-Control-Kommission unter Berücksichtigung aller dargestellten Besonderheiten der Entgeltanordnung in Z 9/07 im Sinne der Kontinuität und Planbarkeit für Telekommunikationsbetreiber eine Erhöhung der verfahrensgegenständlichen Terminierungsentgelte als unangemessen, sodass es bis zum Vorliegen eines neuen Kostenrechnungsmodells (dh bis zur nächsten Analyse des verfahrensgegenständlichen Marktes) beim davor bestehenden Terminierungsentgelt, das jedenfalls vor der Entscheidung Z 9/07 marktüblich zur Anwendung gebracht wurde und im Übrigen den überwiegenden Anträgen der Parteien entspricht, zu verbleiben hat.

Es wird daher dieses sowie die für die Abrechnung der Terminierungsleistung erforderlichen Annexleistungen (Datenbereitstellungsentgelt) als Entgeltobergrenze angeordnet.

Das „Fortschreiben früherer Entgelte“ ist als Form der Entgeltkontrolle im Sinn des § 42 TKG 2003 anzusehen – den Investitionen der im Spruch genannten Partei wird Rechnung getragen und es wird ihr ermöglicht, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften – und ist vor dem Hintergrund der dargestellten Umstände und der Notwendigkeit, eine Entscheidung herbeizuführen, eine geeignete Maßnahme.

Dem Antrag der Hutchison 3G, NGN-Technologien im Marktanalyseverfahren zu berücksichtigen, konnte nicht gefolgt werden. Wie ausgeführt, bedarf es hierfür eines komplett neuen Kostenrechnungsmodells, welches derzeit in Ausarbeitung ist und etwa 2011 zur Verfügung stehen wird. Dieses neue Kostenrechnungsmodell wird, der Empfehlung der Europäischen Kommission folgend einen pure-LRIC-Ansatz verfolgen sowie NGN-Technologien berücksichtigen. Vor dem Hintergrund eines neu zu entwickelnden Kostenrechnungsmodells war auch den Anträgen nicht zu folgen, welche – zusammengefasst – eine Neuermittlung der Kosten (iSv FL-LRAIC) gerichtet waren.

Auch war dem Begehren auf eine Heranziehung einer Vergleichsmarktmethode nicht zu folgen, da mit einem internationalem Benchmarking die konkrete Situation in Österreich außer Acht gelassen wird und somit nur bedingte Vergleichbarkeit besteht.

### 5.2.2.3. Verhältnismäßigkeit

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Nach den Feststellungen (Punkt B.3.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht geeignet, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle ist daher auch verhältnismäßig.

### 5.2.3. **Gleichbehandlungsverpflichtung**

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 leg cit 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).

Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es daher, eine Gleichbehandlung zwischen alternativen Zusammenschaltungspartnern untereinander zu erreichen, um zu verhindern, dass es zum Ausnutzen von fehlender Verhandlungsmacht bei manchen Zusammenschaltungspartnern sowie zum Bevorzugen durch ausschließliches Anbieten von Terminierungsleistungen an bestimmte Zusammenschaltungspartner durch Telekom Austria kommen kann. Ein zweiter Zweck der Gleichbehandlungsverpflichtung ist es, Gleichbehandlung zwischen der Telekom Austria (bzw ihrem Retail-Arm) selbst und den Zusammenschaltungspartnern zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu erreichen.

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

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

Wie festgestellt (Punkt B.3.3) ist zur Verhinderung bzw Minderung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme sowohl eine allgemeine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 Abs 1 und 2 TKG 2003 als auch eine Verpflichtung zur Veröffentlichung und laufenden Aktualisierung eines Standardangebots nach § 38 Abs 3 TKG 2003 erforderlich.

Als Form der Veröffentlichung des Standardangebots erscheint der Telekom-Control-Kommission wie bisher eine Veröffentlichung auf der Unternehmenshomepage als zweckmäßig. Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass ein analoges Standardangebot bereits besteht, das Telekom Austria im Wesentlichen übernehmen kann. Auf Punkt B.5.2.1.2 wird verwiesen.

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

#### **5.2.4. Getrennte Buchführung**

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).

Nach den Feststellungen ist zur Unterstützung der Entgeltkontrolle eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung in der angeordneten Gliederung erforderlich. Da die auferlegte Entgeltkontrollverpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und diese in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellen, ist die Auferlegung einer Verpflichtung zur getrennten Buchführung für das ganze Unternehmen getrennt von den übrigen von Telekom Austria angebotenen Produkten und zumindest gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 notwendig. Dabei dient die Erwähnung der - außer Kraft getretenen - TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 ausschließlich Referenzzwecken, um die Aufzählung der entsprechenden Märkte zu vermeiden.

#### **5.2.5. 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).

Im Zusammenhang mit der Effektivität dieser Verpflichtung ist festzuhalten, dass eine solche keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hat, insbesondere hat die Transparenzverpflichtung keinen Einfluss auf den Preis.

Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen (vgl Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL).

Im gegenständlichen Zusammenhang ist eine Transparenzverpflichtung zur Unterstützung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zweckmäßig. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichend Informationen über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten. So sieht der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze die Möglichkeit der Auferlegung eines Standardzusammenschaltungsangebotes (SZA) im Kontext der Transparenzverpflichtung vor (Art 9 Abs 2 Zugangs-RL), während das TKG 2003 die Veröffentlichung eines SZA im Rahmen der Gleichbehandlungsverpflichtung vorsieht (vgl sodann die Ausführungen zur Nichtdiskriminierungsverpflichtung).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 alleine nicht effektiv bzw geeignet ist, ein oder mehrere der aufgezeigten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

#### **5.2.6. 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.

Es sind keine anderen als die angeordneten Verpflichtungen aufzuerlegen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

### **6. Zur Aufhebung der Bescheid M 8a/06-41 auferlegten Verpflichtungen**

Da Telekom Austria mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 8a/06-41 vom 05.02.2007 als marktbeherrschend auf dem gegenständlichen Markt festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit diesem Bescheid auferlegten Verpflichtungen.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Telekom Austria spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 8a/03-30 der Telekom Austria auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebots des Bescheides M 8a/06-41 und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass sicherzustellen ist, dass die Telekom Austria die (weitgehend) unveränderte Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 8a/03-30 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die

Frist für die Legung und (Web-) Veröffentlichung beendet ist und das neue Standardzusammenschaltungsangebot damit bereits veröffentlicht ist.

#### **7. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003**

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

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

### **III. Hinweis**

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

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 08.02.2010

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé