

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 UPC Telekabel Wien GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Anrufzustellung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ iSd § 1 Z 5 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008) über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B. UPC Telekabel Wien GmbH 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

	Cent	Cent
Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak
Terminierung Zusammenschaltungspartner → UPC Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners in das Netz der UPC Telekabel Wien GmbH	1,28	0,71

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 UPC Telekabel Wien GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der UPC Telekabel Wien GmbH“ mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 8m/06 vom 05.02.2007 auferlegte Verpflichtung wird gemäß § 37 Abs 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids 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, Telecomservice GmbH, Telekom Austria TA AG, Teleport Consulting- und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H., Tele2 Telecommunication GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel Klagenfurt GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnetz 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, WUNET 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 im Spruch genannten Verfahrenspartei 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 Eigenleistungen 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 zu 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 Terminierungsbetreiber 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 Netz 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 wurde. 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. Die nachfrageseitige Gegenmacht gegenüber einem alternativen Festnetzterminierungsbetreiber

Nachfragemacht der Verbindungsnetzbetreiber (VNB) gegenüber einem alternativen Festnetzbetreiber

Die VNB sprechen nur die Kunden der Telekom Austria an, weil alternative Teilnehmernetzbetreiber keine Verpflichtung haben, ihren Kunden Gespräche über Verbindungsnetzbetrieb zu ermöglichen. Daher werden sie keinen Anreiz haben, die VNB von ihrer Terminierungsleistung auszuschließen, weil sie an den Anschlussmärkten nicht im direkten Wettbewerb mit ihnen stehen. Aber mittelbar konkurrieren sie mit ihnen, wenn sie den Endkunden ihre Angebote über Verbindungsleistung legen. Nichtsdestotrotz können sie hohe Terminierungsentgelte verlangen und damit ihren Profit maximieren. Dadurch erhöhen sie die Kosten der VNBs, für die das Terminierungsentgelt nur ein Durchlaufposten ist, das sie in der Kalkulation der Endkundenpreise berücksichtigen müssen. Der VNB hat solchen exzessiven Preisen nichts entgegen zu setzen, da er selbst keine Terminierungsleistung erbringt und daher über keine nachfrageseitige Gegenmacht verfügt, selbst wenn er große Mengen an Terminierungsleistung bezieht.

Nachfragemacht der Telekom Austria gegenüber alternativen Festnetzbetreibern

Telekom Austria verfügt über die meisten Anschlüsse und terminiert die meisten Gesprächsminuten. Folglich könnte man annehmen, dass sie gegenüber einem alternativen Festnetzbetreiber über Verhandlungsmacht verfügt, die die Marktmacht des alternativen

Festnetzbetreibers hinreichend disziplinieren könnte. Telekom Austria könnte im Falle fehlender Regulierung die Zusammenschaltung mit dem alternativen Netzbetreiber verweigern, wenn dieser unangemessene Konditionen verlangen würde. Dieser würde daher mit einer nachfrageseitigen Gegenmacht konfrontiert sein, die ihren Ursprung in der Bedeutung der Telekom Austria-Anschlüsse hat. In einem völlig unregulierten Umfeld wird Telekom Austria tatsächlich einen solchen Druck ausüben können, indem sie ihre Marktmacht einsetzt und schlichtweg bei unangemessenen Forderungen der alternativen Festnetzbetreiber die Zusammenschaltung verweigert. Telekom Austria kann eine Zusammenschaltung auch aus strategischen Gründen verweigern, will sie etwa ihre Marktmacht auf anderen Märkten stärken bzw. Betreiber von diesen Märkten ausschließen.

Trotz der Interoperabilitätsverpflichtung könnte Telekom Austria gegenüber Festnetzbetreibern exzessive Preise verlangen und derart die Marktmacht der alternativen Betreiber auf den Terminierungsmärkten einschränken. Alternative Betreiber könnten im Gegenzug aufgrund der fehlenden Abbildung ihrer Terminierungsentgelte auf betreiberindividuelle Endkundenentgelte ihre Terminierungsentgelte ebenfalls exzessiv hoch setzen. Eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte des alternativen Betreibers kann Telekom Austria insofern ausüben, indem sie ihrerseits mit hohen Terminierungsentgelten droht, sodass der alternative Betreiber auf Endkundenmärkten seine Dienste nicht mehr kompetitiv anbieten kann. Selbst bei asymmetrischem Verkehrsfluss kann der Betreiber mit geringeren Terminierungsminuten seine Entgelte erhöhen, sodass der Saldo zwischen den Zahlungsströmen zumindest verringert wird. Welche Entgelte letztlich durch eine solche Situation verhandelt werden, lässt sich nicht exakt feststellen, doch in der Regel sind beiderseits hohe Terminierungsentgelte zu erwarten, die allenfalls zur Rechtfertigung höherer Endkundenentgelte herangezogen werden können. In einem unregulierten Umfeld würden daher exzessive Preise das Resultat der Verhandlungssituation sein, das für den Endkunden zum Nachteil gereicht und gegebenenfalls auch den Wettbewerb auf anderen Märkten hemmt.

Steht einem alternativen Betreiber jedoch eine Telekom Austria mit Regularisierungsaufgaben auf ihrem Terminierungsmarkt gegenüber, so verändert sich die Verhandlungssituation vollkommen. Durch die einschränkende Wirkung der Regularisierungsaufgaben wie der Entgeltkontrolle kann Telekom Austria ihre Entgelte nicht mehr autonom setzen und verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner – unabhängig von seiner Größe – jegliche preisliche Verhandlungsmacht.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Telekom Austria nachfrageseitige Gegenmacht durch ihre Marktstellung im Falle eines unregulierten Umfeldes ausüben kann, aber im Ergebnis voraussichtlich beide Terminierungsanbieter exzessive (Monopol-)Entgelte für Terminierungsleistung verlangen würden. Ist Telekom Austria aber der Regularierung unterworfen, verliert sie diese Gegenmacht und kann die Marktmacht der alternativen Festnetzbetreiber in keiner Weise einschränken.

Nachfragemacht der alternativen Festnetzbetreiber gegenüber anderen alternativen Festnetzbetreibern

Da zwischen alternativen Festnetzbetreibern in der Regel beiderseitiges Interesse an einer Zusammenschaltung besteht, wird es im Normalfall auch ohne Regulierung zu einer Verhandlungslösung kommen. Grundsätzlich haben alle Betreiber einen Anreiz, Druck auf die Terminierungsentgelte ihrer jeweiligen Mitbewerber auszuüben, da dies einerseits die eigenen Kosten senkt, und gleichzeitig den Umsatz des Mitbewerbers reduziert (wodurch dessen Position im Wettbewerb geschwächt wird). Dennoch gilt, dass der Anreiz, Druck auf den Zusammenschaltungspartner auszuüben sinkt, wenn im Gegenzug die eigenen Terminierungsentgelte gesenkt werden müssen.

Bei der Verhandlung über Terminierungsentgelte wird eine einseitige Senkung der Terminierungsentgelte nicht durchzusetzen sein. Ist der Verkehr zwischen zwei Betreibern symmetrisch und verfügen sie über eine ähnliche Kostenstruktur, so ist nicht auszuschließen, dass Verhandlungen zu kostenorientierten, reziproken Terminierungsentgelten zwischen diesen 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.

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 Access-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 also 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 lässt sich also festhalten, dass kostenorientierte, reziproke Terminierungsentgelte als Ergebnis des Verhandlungsprozesses zwischen zwei alternativen Betreibern zwar nicht ausgeschlossen, aber sehr unwahrscheinlich sind. Selbst wenn sich zwei Betreiber auf solche Entgelte einigen ist nicht anzunehmen, dass diese auch gegenüber anderen Betreibern zur Anwendung kommen.

Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber alternativen Festnetzbetreibern

Grundsätzlich haben die alternativen Festnetzbetreiber einen Anreiz, in ihrem Monopolmarkt Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Die Höhe des Monopolpreises hängt von der Elastizität der Nachfrage ab.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum in seinem Netz Terminierungsentgelte festsetzt, kann hypothetisch einem solchen Monopolpreis dadurch entgegenwirken, als er gegebenenfalls selbst für die Terminierung einen Monopolpreis verlangt. Der alternative Festnetzbetreiber wird auf eine solche Monopolpreissetzung wohl mit keiner Reduktion der Terminierungsentgelte reagieren, da er keine Anreize hat, seinen Profit zu schmälern; die Preissetzung der Mobilterminierungsentgelte berührt ja seine Terminierungspreissetzung in keiner Weise.

Allenfalls bei symmetrischem Verkehr und ähnlicher Kostenstruktur wäre zwischen alternativen Festnetzbetreibern und den Mobilfunkbetreibern auch eine Einigung auf kostenorientierte, reziproke Terminierungsentgelte nicht auszuschließen, wenn auch unwahrscheinlich. Der Verkehr wird jedoch im Allgemeinen nicht symmetrisch sein und auch von einer ähnlichen Kostenstruktur ist nicht auszugehen.

Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein – wie dies gegenwärtig der Fall ist –, ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorgaben zu halten hat und ein unregulierter Festnetzterminierungsbetreiber seine volle Marktmacht ausüben kann.

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

Eine mögliche Ausübung dieser Marktmacht wurde unterbunden, da die Terminierungsleistungen der im Spruch genannten Partei reguliert wurden. Sihin können die beschriebenen Wettbewerbsprobleme nicht konkret am Markt beobachtet werden, sondern werden aus der Anreizstruktur der marktmächtigen Unternehmen abgeleitet.

Die potenziellen Wettbewerbsprobleme dieses Marktes lassen sich grundsätzlich in zwei Kategorien unterscheiden, nämlich einerseits als Marktmachtmissbrauch direkt auf den Terminierungsmärkten, konkret indem das Unternehmen versucht, überhöhte Preise zu setzen und andererseits als Marktmachtübertragung auf andere Märkte. In diesem Fall ist das marktmächtige Unternehmen auf mehreren Märkten tätig 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 anderen Märkten

2.5.2.1. Zugangsverweigerung

Große Terminierungsnetzbetreiber könnten aufgrund ihrer Marktmacht am Terminierungsmarkt bei fehlender Regulierung diese auf andere Märkte übertragen, indem

sie Mitbewerbern auf diesen Märkten den Zugang zur Terminierungsleistung verweigern, oder diese nur zu unangemessenen Konditionen bereitstellen.

Kleine Festnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei haben keinen Anreiz, ihre Marktmacht in dieser Weise zu missbrauchen, da sie mit einer Verweigerung des Zugangs nur ihr eigenes Geschäftsmodell gefährden würden und ihre Marktmacht auf anderen Märkten nicht erhöhen könnten.

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 ein großer Terminierungsnetzbetreiber die Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten benachteiligen und so Markteintrittsbarrieren für diese Märkte errichten bzw. den Markteintritt verzögern. Kleine Festnetzterminierungsnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei haben keinen Anreiz, ihre Marktmacht durch Verzögerungen zu missbrauchen, weil sie damit kaum nennenswerte Barrieren auf anderen Märkten errichten können.

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 ein großer Terminierungsnetzbetreiber die Marktmacht auf andere Märkte übertragen und dadurch den Konkurrenten auf anderen Märkten schaden. Demgegenüber haben kleine Festnetzterminierungsnetzbetreiber wie die Verfahrenspartei keinen Anreiz, durch Verweigerung der direkten Zusammenschaltung sowie durch Bündelung von Produkten ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen.

2.5.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

Auch die Gefahr von Preisdiskriminierung ist bei alternativen Netzbetreibern wie der Verfahrenspartei nicht gegeben, weil die netzinternen Gespräche, für die bessere Konditionen eingeräumt werden können, im Vergleich zu Telekom Austria nur gering und daher vernachlässigbar in ihrer Wirkung sind.

2.6. Zusammenfassung betreffend die identifizierten Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht

Für den gegenständlichen Terminierungsmarkt der im Spruch genannten Partei bestehen nach den getroffenen Feststellungen im Fall der Nicht-Regulierung das potentielle Wettbewerbsproblem, dass die im Spruch genannte Partei überhöhte Preise zu setzt.

3. Zu den Regulierungsinstrumenten

3.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Darunter ist hinsichtlich der Terminierung entsprechend § 41 TKG 2003 insbesondere das Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen, das Führen von Verhandlungen, die Zusammenschaltung von Netzen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge zu verstehen. Das TKG 2003 schließt weitere Zugangsverpflichtungen nicht aus. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen,

die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen.

Die Zugangsverpflichtung soll Verzögerung und wettbewerbshindernde Bündelung von Produkten unterbinden. Dieses Regulierungsinstrument verhindert Wettbewerbsprobleme wie die Verweigerung des Zugangs. Derartige Wettbewerbsprobleme wurden jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert.

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. Benchmarking

Das Wettbewerbsproblem bei alternativen Betreibern besteht im Setzen überhöhter Preise; die Festsetzung kostenorientierter Entgelte als Höchstgrenze ist für jeden Betreiber eine geeignete Maßnahme, um dem Wettbewerbsproblem direkt zu begegnen.

Eine Berechnung kostenorientierter Entgelte wäre grundsätzlich möglich. Die Berechnung von FL-LRAIC (oder auch „pure LRIC“) Entgelten ist jedoch sehr aufwändig. Das Unternehmen muss laufend getrennte Bücher führen bzw ein Kostenrechnungssystem aufsetzen, welches regelmäßig von der Regulierungsbehörde zu überprüfen ist. Die Daten aus diesem System liefern die Grundlage für die Berechnungen im Top-Down Modell. Im Bottom-Up Modell müsste für jedes Unternehmen ein effizientes Netz modelliert werden. Solch eine Modellierung ist jedoch mit sehr großem Aufwand verbunden. Der hohe Aufwand, der mit der Berechnung von FL-LRAIC Entgelten verbunden ist, ist nur für Telekom Austria zu rechtfertigen, da sie die mit Abstand höchsten Terminierungsminuten und -umsätze erzielt und auch auf dem Markt für Originierung ebenfalls über Marktmacht verfügt, wo die Kosten unter Einsatz desselben Kostenrechnungsmodells berechnet werden.

Bis zur Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 (siehe Punkt 3.2.4) existiert mit den FL-LRAIC Kosten der Telekom Austria eine hinreichend gute Vergleichsbasis für die Kosten eines effizienten Betreibers; daher sind die Entgelte der im Spruch genannten Verfahrenspartei mittels (nationalem) Benchmarking festzulegen. Auch ökonomische Überlegungen sprechen für eine einheitliche Basis zur Festlegung der Terminierungsentgelte aller Terminierungsnetzbetreiber. So ist davon auszugehen, dass sich auch in einem Wettbewerbsmarkt ein einheitlicher Preis in Höhe der minimalen Produktionskosten etablieren würde, und es daher keinem Anbieter langfristig möglich ist, einen höheren Preis zu verlangen.

3.2.4.2. Höhe der Terminierungsentgelte für alternative Terminierungsnetzbetreiber

In der bisherigen Regulierungspraxis wurde Reziprozität zwischen Telekom Austria und den alternativen Netzbetreibern so interpretiert, dass den alternativen Betreibern ein Entgelt in der Höhe des single tandem Terminierungsentgeltes der Telekom Austria zugestanden wurde, welches höher ist als jenes für die lokale Terminierung. Dies wurde mit Unterschieden in der Netzarchitektur begründet (ANBs haben keine hierarchischen Netze, müssen aber ähnliche Entfernungen überbrücken wie Telekom Austria), sowie damit, dass angemessene Investitionsanreize für neu in den Markt eintretende Betreiber, die Anfangsinvestitionen tätigen müssen, aber (noch) wenige Teilnehmer angeschlossen haben, gesetzt werden.

3.2.4.3. Höhe der Terminierungsentgelte für Telekom Austria

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 NGN noch nicht 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.

3.2.4.3.1. 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 unter anderem nachstehende Terminierungsentgelte (samt den notwendigen Festlegungen) angeordnet:

		Cent	Cent
„Kurz bez.“	Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak
V 3	Terminierung regional (single tandem) ANB → TA	1,58	0,73
	Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners in das Netz der Telekom Austria regional (1 HVSt)		
V 9	Terminierung regional (single tandem) TA → ANB	1,58	0,73
	Terminierung vom Netz der Telekom Austria in das Netz des Zusammenschaltungspartners regional		

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.“

3.2.4.3.2. Marktübliche Entgelte vor der Entscheidung Z 9/07

Jedenfalls vor der Erlassung des Bescheides Z 9/07 am 6.08.2009 waren folgende Terminierungsentgelte marktüblich:

		Cent	Cent
„Kurz bez.“	Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak
V 3	Terminierung regional (single tandem) ANB → TA	1,28	0,71
	Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners in das Netz der Telekom Austria regional (1 HVSt)		
V 9	Terminierung regional (single tandem) TA → ANB	1,28	0,71
	Terminierung vom Netz der Telekom Austria in das Netz des Zusammenschaltungspartners regional		

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 zustande gekommenen Verbindung.“

3.2.4.3.3. Terminierungsentgelte im europäischen Vergleich

Das im Gutachten vorgeschlagene Terminierungsentgelt, welches für den Benchmark entsprechend der Entscheidung zu Z 9/07 herangezogen werden sollte, 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 vom Oktober 2008, vgl Beilage 1 zu ON 48 sowie ON 53).

3.2.5. Fazit

Die Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking stellt trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive und verhältnismäßige Regulierungsinstrument dar, mit dem dem Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise am Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei begegnet werden kann.

3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003

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. Da derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 aufzuerlegen.

3.4. Getrennte Buchführung - § 40 TKG 2003

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.

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die Feststellungen zur Entgeltkontrolle verwiesen.

3.5. Transparenzverpflichtung - § 39 TKG 2003

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.

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist, ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

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. Beweiswürdigung

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 Terminierungsentgelte für die im Spruch genannte Verfahrenspartei mittels nationalem Benchmarking festzulegen ist. Als Benchmark ist das lokale Terminierungsentgelt der Telekom Austria, welches im Verfahren Z 9/07 (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 6.08.2009) festgestellt wurde, heranzuziehen.

Begründet wird diese Vorgehensweise unter anderem damit, dass – zusammengefasst – Benchmarking als Preisermittlungsmethode zweckmäßig ist, weil der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit anderen möglichen Preissetzungsverfahren, ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß für die Implementierung eines eigenen/neuen Kostenrechnungsmodells und die zur Durchführung notwendige getrennte Buchführung, übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Die konkrete Heranziehung des Benchmarks – die Entgelte aus dem Verfahren Z 9/07 (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 6.08.2009) – wird unter anderem damit begründet, 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.

In der Empfehlung der Europäischen Kommission wird darüber hinaus der Ansatz vertreten, dass im Festnetz nur ein einziges Terminierungsentgelt gelten soll. Vor dem Hintergrund, dass der Empfehlung der Europäischen Kommission in Bezug auf die Berechnung der Terminierungsentgelte erst nach Erstellen eines neuen Kostenrechnungsmodells gefolgt werden kann, soll auch die Vereinheitlichung der Terminierungsentgelte erst mit Einführung des neuen Kostenrechnungsmodells umgesetzt werden.

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 2002/165, 6): 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, ABl L 2003/114, 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 die 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 eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw lediglich eine untergeordnete Rolle.

Der einzige Indikator, der die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 Monopulleistung 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 Tarifsystem, 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 sind der Grund für das festgestellte potentielle Wettbewerbsproblem in Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei, nämlich dem Anreiz zur Setzung exzessiver Preise, um ihren Profit zu maximieren.

Aufgrund dieser Ausführungen, auf die im Folgenden noch eingegangen wird, ist die im Spruch genannte Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 einzustufen und demnach auf dem Terminierungsmarkt der im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 die im Spruch genannte Partei – 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 im Spruch genannten Verfahrenspartei.

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 (ABI 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 die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 (ABI 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 die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

5.2.1.1. 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.

5.2.1.2. Zu den angeordneten Verpflichtungen im Konkreten

5.2.1.2.1. Benchmarking

Wie festgestellt, ist es geeignet, die Terminierungsentgelte der Verfahrenspartei auf Basis des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) zu regulieren, weil dies den – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeigneten Ansatz darstellt.

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird daher dann eingesetzt, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Der Einsatz von Benchmarking als Preisermittlungsmethode ist daher insbesondere für kleinere Betreiber, für die die Implementierung bzw. Adaptierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten könnte, und/oder wenn die Behörde über eine langjährige Regulierungspraxis hinsichtlich der Entgelte für Terminierung verfügt, relevant und angemessen.

Auf das Erkenntnis des VwGH vom 06.09.2005, ZI 2005/03/0089, mit dem die auf einem analogen Festnetzterminierungsmarkt angeordnete Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wird auch im gegebenen Zusammenhang hingewiesen.

5.2.1.2.2. Höhe der Terminierungsentgelte für alternative Terminierungsnetzbetreiber

In der bisherigen Regulierungspraxis war der Benchmark das Entgelt für die regionale Terminierungsleistung der Telekom Austria und damit ein auf Basis von FL-LRAIC durch die Behörde festgelegter Preis, der der effizienten Erstellung dieser Leistung entspricht.

In den Erwägungsgründen der Empfehlung zu Terminierungsentgelten der Europäischen Kommission vom 7.05.2009 (2009/396/EG, ABI L 2009/124, 67) vertritt die Europäische Kommission jedoch den Ansatz, dass im Festnetz nur ein einziges Terminierungsentgelt, das für alle Betreiber gilt, gerechtfertigt ist. Vor dem Hintergrund, dass die Empfehlung in Bezug auf das Kostenrechnungsmodell erst mit der nächsten Marktanalyse 2011 umgesetzt wird, ist es angemessen, um nicht einzelne Aspekte der Empfehlung der Europäischen Kommission vorzuziehen, auch die Vereinheitlichung der Terminierungsentgelte erst zu diesem Zeitpunkt zur Anwendung zu bringen. Aus diesem Grund ist dem Antrag auf Festlegung eines für alle Festnetzbetreiber einheitlichen Vorleistungsentgelts wie auch der Empfehlung der Amtssachverständigen nicht zu folgen und das bisherige System, das unterschiedliche Netzstrukturen berücksichtigt, beizubehalten.

5.2.1.2.3. Höhe der Terminierungsentgelte für Telekom Austria

Auf den Festnetz-Vorleistungsmärkten kam bisher für die Berechnung der Terminierungsentgelte der Telekom Austria das Konzept der FL-LRAIC zur Anwendung.

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 erhöhen. 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 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 neues umfassendes 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) voraussichtlich 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-LRAIC als Berechnungsbasis der Entgeltanordnung vorsah.

Die Anordnung der 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 den 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 ihm 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 Heranziehung des EU-Mittelwertes der Entgelte nicht zu folgen, da auch mit dieser Methode die konkrete Situation in Österreich außer Acht gelassen wird und somit nur bedingte Vergleichbarkeit besteht.

5.2.1.4. Verhältnismäßigkeit

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zur Entgeltkontrolle – auch in der Form von Benchmarking – zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird. Nach den Feststellungen sind jedoch gelindere Instrumente nicht geeignet, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich des Wettbewerbsproblems auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle in der angeordneten Form ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

5.2.2. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen, Gleichbehandlungsverpflichtung, getrennte Buchführung sowie Transparenz

Da, wie festgestellt, zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist und die Verpflichtung zu Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung sowie die Gleichbehandlungsverpflichtung, die getrennte Buchführung und die

Transparenzverpflichtung dem identifizierten Wettbewerbsproblem nicht begegnen kann, sind die genannten Regulierungsinstrumente nicht aufzuerlegen.

5.2.3. 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 angeordnete Verpflichtung aufzuerlegen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

6. Zur Aufhebung der im Bescheid M 8m/06-32 auferlegten Verpflichtungen

Da UPC Telekabel Wien GmbH mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 8m/06-32 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 B. des vorliegenden Bescheids werden der UPC Telekabel Wien GmbH spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die mit Bescheid M 8m/06-32 der UPC Telekabel Wien GmbH auferlegten Verpflichtungen sind aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern, 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.

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