

Z 5/14-16

Bescheid

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 über Antrag der A1 Telekom Austria AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 48 Abs 1 iVm § 50 Abs 1 TKG 2003 gegenüber der atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Saturn Tower, Leonard Bernstein Straße 10, 1220 Wien, vertreten durch RA Dr. Norbert Wiesinger, Rudolfsplatz 3, 1010 Wien, in der Sitzung vom 29.9.2014 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 TKG 2003

A. wird der Antrag der A1 Telekom AG vom 29.4.2014 auf Anordnung „angemessener Entgelte“ für die Leistung der Festnetzterminierung ab 1.2.2013 bis 31.10.2013 zurückgewiesen.

B. gelten mit Wirksamkeit ab 1.11.2013 für die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der A1 Telekom Austria AG sowie der atms Telefon- und Marketing Services GmbH in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 2.7.2002 idF vom 7.5.2010 folgende Bedingungen für Festnetzterminierungsentgelte:

Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG sowie der atms Telefon- und Marketing Services GmbH“

	Cent	Cent	1. Peak-Off-Peak-Zeiten Als „Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 8:00 Uhr bis 18:00 Uhr. Als „Off-Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von
Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak	
Terminierung A1 Telekom → atms Terminierung vom Netz der A1 Telekom Austria AG in das Netz der atms Telefon- und Marketing Services GmbH	0,137	0,085	
Terminierung atms → A1 Telekom Terminierung vom Netz der atms Telefon- und Marketing Services GmbH in das Netz der A1 Telekom Austria AG	0,137	0,085	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Montag bis Freitag (werktags)

von 0:00 Uhr bis 8:00 Uhr;

- Montag bis Freitag (werktags) von 18:00 Uhr bis 24:00 Uhr;
- Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 0:00 Uhr bis 24:00 Uhr.

2. Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeitabhängig. Sämtliche Entgelte sind verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zu Stande gekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zu Stande gekommenen Verbindung.

3. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der wechselseitigen Verkehrsentgelte erfolgt im Wege der direkten Abrechnung zwischen den Parteien.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Schriftsatz vom 29.4.2014 beantragte A1 Telekom Austria AG (A1 Telekom) die Erlassung einer Teilzusammenschaltungsanordnung betreffend die Festnetzterminierungs-Entgelte der atms Telefon- und Marketing Services GmbH (atms).

In dem von der RTR-GmbH geführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idgF (TKG 2003) konnte keine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien herbeigeführt werden. Die Verfahrensunterlagen zu RVST 5/14 sowie das wirtschaftliche Gutachten aus dem Verfahren M 1.11/12 „Festnetzterminierung (fünf Betreiber)“ wurden zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

atms ist auch Adressat des Marktanalysebescheides vom 14.7.2014 zu M 1.11/12-50, in welchem ihre beträchtliche Marktmacht am Markt für „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der atms Telefon- und Marketing Services GmbH“ festgestellt wurde und dieser für die Leistung der Festnetzterminierung spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Auch dieser Bescheid wurde zum gegenständlichen Akt genommen.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

A1 Telekom ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003. Sie erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

Ebenso verfügt atms über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes (amtsbekannt).

2. Zum Markt „Anrufzustellung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten“

Terminierung (Anrufzustellung) ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr von einer zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle/Netzknoten bis zum Netzabschlusspunkt des gerufenen Teilnehmers zu führen. Anbieter ist der Terminierungsnetzbetreiber, der für die Terminierungsleistung auf der Vorleistungsebene ein Entgelt erhält.

Beide Verfahrensparteien erbringen die Leistung der Terminierung in ihre jeweiligen Festnetze.

Nachfrager der extern erbrachten Terminierungsleistung sind Verbindungsnetz- und Teilnehmernetzbetreiber, die Verbindungen realisieren sowie Dienstenetzbetreiber, die Anrufe zu zielnetztarifierten Diensten, die in ihrem Netz eingerichtet sind, im eigenen oder in fremden Netzen terminieren.

Terminierung zu einem bestimmten Teilnehmer kann nur jener Betreiber anbieten, bei dem der Teilnehmer angeschlossen ist. Insofern kann die Terminierungsleistung eines bestimmten Betreibers nicht ersetzt werden. Dies gilt jedenfalls auf Vorleistungsebene, da

Betreiber A eine Terminierungsleistung von B nachfragen muss, wenn ein Teilnehmer im Netz von A einen Teilnehmer im Netz von B anruft. Ein hypothetischer Monopolist könnte also seine Preise (um 5-10%) iSd hypothetischen Monopolistentests anheben, ohne einen entsprechenden Nachfragerückgang befürchten zu müssen.

Die Nachfrage nach Terminierung stellt eine abgeleitete Nachfrage dar und ergibt sich aus der Nachfrage der Teilnehmer eines Netzes nach einem Anruf zu einem Teilnehmer in ein anderes Netz.

Insgesamt ist nicht davon auszugehen, dass ein Teilnehmer, der ein aktives Fest-zu-Fest- oder Mobil-zu-Fest-Gespräch führt, wegen einer 5-10%igen Preiserhöhung der Terminierungsentgelte zu Fest-zu-Mobil- oder Mobil-zu-Mobil-Anrufen wechselt (keine hinreichend große Substitution).

Ebenso wird der angerufene Teilnehmer durch die Höhe der Terminierungsentgelte in seiner Entscheidung über die Wahl seines Netzes kaum beeinflusst werden, da er die Kosten des passiven Anrufs nach dem Calling-Party-Pays-Prinzip nicht trägt. Daher wird eine Erhöhung des Terminierungsentgelts um 5-10% den angerufenen Teilnehmer in aller Regel nicht dazu bewegen, seinen Betreiber zu wechseln.

Terminierung lässt sich somit nicht durch andere Leistungen ersetzen, weshalb Terminierung in jedes Kommunikationsnetz, in dem Teilnehmer angeschaltet sind, einen eigenen Markt bildet. Dies gilt unabhängig von der zu Grunde liegenden festen Infrastruktur, der eingesetzten Technologie sowie der Größe des Netzes.

3. Zu den wettbewerblichen Verhältnissen der Verfahrensparteien

Auf den Märkten für Terminierung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten der Verfahrensparteien herrscht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum aus wirtschaftlicher Sicht kein (selbsttragender) Wettbewerb:

a. Bei den Märkten für Terminierung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten handelt es sich um resistente Monopolmärkte, auf denen die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar sind, potenzieller Wettbewerb ausgeschlossen ist und der Marktanteil bei 100% liegt. Mitbewerber auf einem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt sind ausgeschlossen. Damit sind die Marktzutrittsschranken unendlich hoch, die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen auf die Struktur der bestehenden Terminierungsmärkte und konstituiert einen eigenen Markt. Die Kontrolle über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur obliegt gänzlich dem Teilnehmernetzbetreiber.

b. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses als Calling-Party-Pays-Prinzip (CPP) bezeichnete Tarifsystem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

c. Aufgrund der Tatsache, dass Terminierungsmärkte residente Monopolmärkte sind, bleibt die nachfrageseitige Gegenmacht, also jene Verhandlungsmacht, durch die Endkunden oder andere Betreiber die Marktmacht des Anbieters von Terminierungsleistungen potenziell einschränken können, als einzige Kraft, die die bisher indizierte Marktmacht disziplinieren könnte. Es ist nicht davon auszugehen, dass Endkunden oder andere Betreiber über ausreichend nachfrageseitige Gegenmacht verfügen, so dass es dem Anbieter von Terminierungsleistungen nicht möglich wäre, sich in beträchtlichen Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten:

Endkunden anderer Festnetzbetreiber stehen in der Regel nicht in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber und haben daher keine Möglichkeit, Verhandlungsmacht auszuüben.

Aufgrund des CPP sind eigene Endkunden von der Höhe der Terminierungsentgelte nicht direkt betroffen. Einige Endkunden können zwar Interesse an günstiger Erreichbarkeit aus anderen Netzen oder günstiger interner Kommunikation haben, dies wird aber nicht durch eine Senkung der Terminierungsentgelte, sondern auf andere Weise sichergestellt (zB mittels VPN oder 0800-Nummer). Eine Absenkung der Terminierungsentgelte würde sämtlichen Terminierungsverkehr des Netzbetreibers betreffen.

Andere Netzbetreiber, die selbst Terminierungsleistungen anbieten, haben ebenfalls keine nachfrageseitige Gegenmacht, da sie reguliert sind und somit Zugang gewähren müssen und ihre Entgelte nicht frei setzen können (vgl Marktanalysebescheide in den Verfahren M 1.8/12, M 1.10/12). Dies gilt auch für große Betreiber (zB A1 Telekom). Selbst wenn die anderen Betreiber nicht reguliert wären, ist es sehr unwahrscheinlich, dass sich in freien Verhandlungen ein effizientes Entgelt ergeben würde.

Insgesamt besteht daher keine ausreichende nachfrageseitige Gegenmacht, um die Marktmacht der Verfahrensparteien auf ihren Terminierungsmärkten hinreichend einzuschränken.

d. Aufgrund der Marktmacht sowie der Anreize der Unternehmen zur Gewinnmaximierung ergeben sich die Wettbewerbsprobleme der überhöhten Preise und der Zugangsverweigerung. Das marktmächtige Unternehmen kann überhöhte Terminierungsentgelte setzen, ohne einer nachfrageseitigen Gegenmacht ausgesetzt zu sein. Die Hauptquelle des Wettbewerbsproblems liegt im Calling-Party-Pays-Prinzip.

Bei freier Preissetzung haben die Verfahrensparteien Anreize, die Festnetzterminierungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen, dh überhöhte Entgelte zu verrechnen, was bei atms vor Auferlegung der Entgeltverpflichtung mit Bescheid zu M 1.11/12-50 beobachtet wurde. Es hat sich gezeigt, dass atms ua nicht oder zumindest nicht gegenüber allen anderen Zusammenschaltungspartnern seit 1.11.2013 die für die bereits verpflichteten Betreiber angeordneten Terminierungsentgelte verrechnet (vgl Marktanalysebescheide im Verfahren M 1.8/12-148 bis 181), sondern höhere Terminierungsentgelte (ON 8).

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. Das Wettbewerbsproblem „überhöhte Preise“ trifft somit gleichermaßen auf alle Festnetzterminierungsnetzbetreiber zu.

e. Da es sich bei dem vorliegenden Markt um einen resistenten Monopolmarkt handelt, ist die Festlegung kostenorientierter Entgelte erforderlich. Der aus ökonomischer Sicht und auf Grund der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.5.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (ABl L 124/67 vom 20.5.2009; „Terminierungsempfehlung“) richtige Maßstab für Festnetzterminierungsentgelte ist Pure LRIC:

Im Gegensatz zum Durchschnittskosten-Konzept FL-LRAIC, welcher im Verfahren M 5/09 zur Anwendung kam, stellt der Kostenrechnungsansatz „Pure LRIC“ (Pure Long Run Incremental Costs, reine Inkrementalkosten eines effizienten Betreibers), der in der Terminierungsempfehlung vorgesehen ist, eine Annäherung an die langfristigen Grenzkosten dar. Die Empfehlung stellt explizit auf verkehrsabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrsabhängige Kosten entstehen durch Kapazitätserweiterungen, die notwendig sind, um den steigenden Verkehr abzuwickeln.

Explizit nicht berücksichtigt werden sollen verkehrsunabhängige („non traffic-related“) und damit langfristig fixe Gemeinkosten und gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem Dienststeinkrement Terminierung zuzurechnen sind.

Die durch die Verwendung von Pure LRIC erwirkte Absenkung der Terminierungsentgelte hat verschiedene Auswirkungen auf den Wettbewerb. Zunächst ist eine deutliche Reduktion der Unterschiede zwischen den Kosten von On-Net- und Off-Net-Gesprächen zu erwarten. Eine direkte Folge von niedrigeren Terminierungsentgelten ist eine größere Flexibilität in der Preisgestaltung der Betreiber, insbesondere hinsichtlich Bündelung oder All-In-Paketen und zwar sowohl für Festnetz- als auch Mobilfunkbetreiber. Dies führt zu einem höheren Spielraum bei der Tarifgestaltung. Unterschiedliche Tarifsysteme können nicht nur gewinnbringend für die Betreiber sein, sondern dadurch kann auch insgesamt eine höhere alloкатive Effizienz erzielt werden, was letztlich auch dem Endkunden zugutekommt.

Weiters führen niedrigere Terminierungsentgelte zu einer Stärkung des Wettbewerbs, da insbesondere kleine Wettbewerber einen Großteil ihrer Anrufe Off-Net verbinden müssen und so stärker von hohen Terminierungsentgelten betroffen sind als große Anbieter, die wiederum höhere Umsätze aus Terminierungsentgelten erzielen können und so einen Wettbewerbsvorteil gegenüber kleinen Mitbewerbern haben, sollten die Terminierungsentgelte zu hoch (höher als die tatsächlich zu berücksichtigenden Kosten) angesetzt werden.

Negative Auswirkungen auf Investitionen sind nicht zu erwarten, insbesondere, weil die eindeutig und ausschließlich durch Terminierung verursachten Kosten inklusive einer entsprechenden Rendite auf das eingesetzte Kapital abgegolten werden. Ein Betreiber würde sich demnach nicht besser stellen, wenn er die Leistung Terminierung (fiktiv) nicht mehr anbieten würde. Zudem ist Terminierung ein Produkt, das im Verbund mit anderen Leistungen produziert wird. Kein Betreiber trifft isoliert Investitionsentscheidungen auf Grundlage der Rentabilität der Leistung Terminierung.

Insgesamt ist durch die Verwendung von Pure LRIC von deutlichen ökonomischen Effizienzgewinnen und Vorteilen für die Endnutzer durch größere Preissetzungsflexibilität seitens der Betreiber und einer Senkung der Preise von der minutenbezogenen Entgelte auszugehen, die allfällige Nachteile, wie etwa regulatorische Kosten, vor allem langfristig mehr als ausgleichen. Zudem ist zu erwarten, dass mit der Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission in ganz Europa eine Harmonisierung der Terminierungsregulierung und -entgelte einhergeht. Dies betrifft sowohl den Festnetz- als auch den Mobilfunkbereich.

4. Zu M 1.8/12 – Anrufzustellung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten – A1 Telekom

Mit Bescheid M 1.8/12-148 der Telekom-Control-Kommission vom 30.9.2013 wurde festgestellt, dass A1 Telekom auf dem Markt für „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ gemäß §§ 36 Abs 1 iVm 37 Abs 1 TKG 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Im Falle einer Nichtregulierung wurden die potenziellen Wettbewerbsprobleme Marktmachtmissbrauch sowie Marktmachtübertragung auf andere Märkte durch Setzung überhöhter Preise, Zugangsverweigerung, Diskriminierung durch nicht preisbezogene Aspekte sowie Preisdiskriminierung/Margin Squeeze festgestellt. Um diesen potenziellen Problemen wirksam begegnen zu können, wurden der A1 Telekom die Verpflichtung zur direkten und indirekten Zusammenschaltung, die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle, eine Gleichbehandlungsverpflichtung sowie eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung auferlegt. Um insbesondere dem Problem des Setzens überhöhter Preise zu begegnen,

wurde im Rahmen der Entgeltkontrolle ein Terminierungsentgelt basierend auf dem Pure LRIC-Ansatz (iSd Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission), in Höhe von Cent 0,137 (Peak-Zeit pro Minute) und Cent 0,085 (Off-Peak-Zeit pro Minute) ab 1.11.2013 angeordnet. Weiters wurden 33 alternativen Festnetzbetreiber die spezifischen Verpflichtungen der Zusammenschaltung und Entgeltkontrolle auferlegt.

5. Zu M 1.11/12 – Festnetzterminierung (weitere Betreiber) – atms

Mit Bescheid vom 14.7.2014 zu M 1.11/12-50 wurde festgestellt, dass atms auf ihrem betreiberindividuellen Markt für „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten“ gemäß §§ 36 Abs 1 iVm 37 Abs 1 TKG 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Im Rahmen der spezifischen Verpflichtung der Entgeltkontrolle wurde ein Terminierungsentgelt in Höhe von Cent 0,137 (Peak-Zeit pro Minute) und Cent 0,085 (Off-Peak-Zeit pro Minute) mit Wirkung ab 1.8.2014 angeordnet sowie eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung festgelegt.

Ungeachtet dessen, dass atms vor diesem Bescheid von 14.7.2013 nicht reguliert war, hat sie bereits vor diesem Zeitpunkt insbesondere aufgrund des Spezifikums der Terminierungsmärkte als Monopolmarkt über beträchtliche Marktmacht aus ökonomischer Sicht verfügt. Auf dem jeweiligen betreiberindividuellen Festnetz-Terminierungsmarkt verfügt nämlich jeder Betreiber auf „seinem“ Markt über beträchtliche Marktmacht. atms hat bereits seit längerem Terminierungsleistungen angeboten, wovon die Telekom-Control-Kommission aber erst kürzlich Kenntnis erlangte und umgehend ein Marktanalyseverfahren einleitete. atms verrechnete gegenüber A1 Telekom weiterhin höhere Entgelte (ON 8, ON 13).

6. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung betreffend die Verfahrensparteien

Das Rechtsverhältnis der Parteien betreffend die Zusammenschaltung beruht auf einem Vertrag über die gegenseitige Verkehrsabwicklung, sowie einem Zusammenschaltungsvertrag vom 2.7.2002 idF vom 7.5.2010. Neben diesen Hauptverträgen wurden eine Zusatzvereinbarung vom 10.4.2012 über den Anhang 3 und eine Ergänzungsvereinbarung vom 18.4.2011 über die Anhänge 6 und 7 abgeschlossen, welche mit Schreiben vom 30.10.2012 von A1 Telekom gekündigt wurden. Die Ergänzungs- sowie die Zusatzvereinbarung wurden unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist zum 1.2.2013 gekündigt (ON 1, Antrag der A1 Telekom, unwidersprochen).

7. Zur Nachfrage nach den beantragten Leistungen und den dazu geführten Verhandlungen

Verfahrensgegenständlich sind zwei Abrechnungszeiträume. Zum einen der Zeitraum ab 1.2.2013 bis 31.10.2013 und zum anderen der Zeitraum ab 1.11.2013.

Mit E-Mail vom 8.11.2013 fragte A1 Telekom eine Nachfolgeregelung betreffend die Entgelte für die Zeit nach Wirksamkeit der Kündigung nach (ON 1).

Über den ersten Zeitraum (1.2.2013 bis 31.10.2013) besteht grundsätzlich Konsens hinsichtlich der Höhe der verrechneten Entgelte. Es wurden Entgelte in Höhe von 0,82/0,48 (Cent pro Minute, Peak/Off-Peak) lokal von atms an A1 Telekom und 1,28/0,71 (Cent pro Minute, Peak/Off-Peak) von A1 Telekom an atms verrechnet und nicht beeinträchtigt (Protokoll des Streitschlichtungsgesprächs vom 27.5.2014, ON 4). Es kann nicht festgestellt werden, dass über diesen – ersten – Zeitraum Verhandlungen geführt wurden.

In mehreren bilateralen Verhandlungen betreffend den Zeitraum ab 1.11.2013 konnte keine Einigung erzielt werden (erstmalig am 6.2.2014, zuletzt am 31.3.2014; unwidersprochen RVST 5/14, ON 4). Hinsichtlich dieses Zeitraums (ab 1.11.2013) besteht zwischen den

Verfahrensparteien Dissens, soweit die Festnetzterminierungsentgelte der atms betroffen sind: A1 Telekom hat die auf Pure LRIC basierenden Entgelte in Höhe von 0,137/0,085 (Cent pro Minute, Peak/Off-Peak) laut Marktanalysebescheid M 1.8/12 vom 30.9.2013 verrechnet. atms verrechnete hingegen gegenüber A1 Telekom die auf FL-LRAIC basierenden – höheren – Entgelte, wie im ersten Zeitraum, weiter.

Strittig ist demnach zwischen den Verfahrensparteien lediglich der Zeitraum von 1.11.2013 bis 31.7.2014 für die Leistung der Festnetz-Terminierung in das Netz der atms.

Am 14.7.2014 wurde atms mittels Marktanalysebescheid zu M 1.11/12-50 zur Verrechnung auf Pure LRIC basierenden Entgelte in Höhe von 0,137/0,085 (Cent pro Minute, Peak/Off-Peak) ab 1.8.2014 verpflichtet.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den in Klammer angeführten Beweismitteln sowie dem Vorbringen der Parteien. Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien hinsichtlich des zweiten Zeitraums ergeben sich aus dem glaubwürdigen und unwidersprochenen Vorbringen der Antragstellerin (ON 1).

Dass im ersten Zeitraum über die Höhe der Entgelte und der Verrechnung Konsens besteht, ergibt sich daraus, dass diese Entgelte wechselseitig verrechnet wurden und auch nicht beansprucht wurden (unbestritten). Dass keine Verhandlungen geführt werden, ergibt sich aus der Stellungnahme der atms vom 19.5.2014, wonach atms trotz Ankündigung im Kündigungsschreiben zu keinen Verhandlungen betreffend des ersten Zeitraums eingeladen wurde (Stellungnahme der atms vom 19.5.2014, Protokoll des mündlichen Streitschlichtungsgesprächs vom 27.5.2014, ON 4, unwidersprochen). Zudem gibt A1 Telekom in ihrem Antrag selbst an, dass eine einvernehmliche Lösung mit atms für den Zeitraum ab 1.11.2013 erfolgen sollte und weist nur diesbezüglich Verhandlungstermine nach (Antrag, ON 1, unwidersprochen). Der erste Zeitraum wird nur „aus Gründen der Vollständigkeit“ erwähnt; konkrete Verhandlungen werden weder behauptet noch nachgewiesen (Antrag, ON 1).

Die wettbewerblichen Rahmenbedingungen sowie mögliche Abhilfemaßnahmen ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung vom März 2014 (M 1.11/12) (Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1.11/12, Festnetzterminierung (fünf Betreiber), ON 8) sowie dem Marktanalysebescheid betreffend atms zu GZ M 1.11/12-50 (ON 13).

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Gemäß § 48 Abs 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher

Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Weiters ist Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs 3 TKG 2003).

Unbestritten ist, dass die beantragten Regelungen eine Zusammenschaltungsleistung iSd §§ 3 Z 25 iVm 48 TKG 2003 betreffen.

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zu, in Verfahren gemäß §§ 48 iVm 50 TKG 2003 eine Entscheidung zu treffen.

3. Zum Streitschlichtungsverfahren

Im Verfahren gemäß § 121 Abs 2 und 3 TKG 2003 vor der RTR-GmbH konnte zwischen den Verfahrensparteien keine einvernehmliche Lösung erzielt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzusetzen war.

4. Antragslegitimation

Nach § 50 Abs 1 TKG 2003 ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass die Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wurde, dass zumindest sechs Wochen über die gegenständlichen Leistungen verhandelt wurde, dass beide Parteien selbst ein öffentliches Kommunikationsnetz betreiben und dass weder eine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung noch eine diesbezügliche Zusammenschaltungsvereinbarung vorliegt.

Hinsichtlich des ersten Zeitraums (1.2.2013 bis 31.3.2013) sind die Voraussetzungen, dass kein aufrechter Vertrag besteht sowie die erfolgte Nachfrage nach den Feststellungen erfüllt, jedoch wurden über die gegenständliche Leistung keine Verhandlungen geführt, weshalb dieser Antrag zurückzuweisen war.

Die Verfahrensvoraussetzungen betreffend den Zeitraum ab 1.11.2013 sind nach den Feststellungen erfüllt.

a. atms bringt vor, dass A1 Telekom weiterhin in das Netz der atms terminiert und somit durch tatsächliche Inanspruchnahme die Preise der atms in Kauf genommen habe. Somit habe sie diese akzeptiert, wodurch eine weitere Einigung zustande gekommen sei. Eine nachträgliche gegenteilige Äußerung, wie etwa Einsprüche, würden daran auch nichts ändern können (Stellungnahme vom 8.7.2013, ON 12).

Dieser Rechtsansicht von atms kann nicht gefolgt werden, da A1 Telekom im Kündigungsschreiben dargelegt hat, dass sie lediglich bis zum Abschluss einer neuen Vereinbarung diese Entgelte weiterverrechnen möchte.

§ 863 ABGB stellt an konkludente Willenserklärungen einen strengen Maßstab. Eine stillschweigende Erklärung bei Handlungen ist demnach nur anzunehmen, wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig gelassen wird, dass ein bestimmter rechtsgeschäftlicher Wille vorliegt. Eine stillschweigende Erklärung im Sinne des § 863 ABGB besteht in einem Verhalten, das primär etwas anderes als eine Erklärung bezweckt, dem aber dennoch auch ein Erklärungswert zukommt, der vornehmlich aus diesem Verhalten und den Begleitumständen geschlossen wird. Sie kann in einer positiven Handlung (konkludente oder schlüssige Willenserklärung) oder in einem Unterlassen (Schweigen) bestehen. Nach den von Lehre und Rechtsprechung geforderten Kriterien muss die Handlung - oder Unterlassung - nach der Verkehrssitte und nach den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen sein, also den zwingenden Schluss zulassen, dass die Parteien einen Vertrag schließen, ändern oder aufheben wollten. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein ganz bestimmter Rechtsfolgswille vorliegt, wobei stets die gesamten Umstände des Einzelfalls zur Beurteilung heranzuziehen sind (RIS-Justiz, RS0109021).

Es kann nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass A1 Telekom den bisherigen Vertrag zu denselben Bedingungen weiterführen wollte, da A1 Telekom unter Hinweis auf den zu erwartenden Marktanalysebescheid betreffend atms die bisherigen Entgelte weiterverrechnet hat und es sich hierbei um eine übliche Verkehrssitte handelt. Gerade der Hinweis darauf, dass A1 Telekom über neue Entgelte verhandeln möchte, legt den Schluss nahe, dass der bestandene Vertrag nicht genauso wie bisher weitergeführt werden sollte.

b. Dem Vorbringen der atms, dass es sich bei der E-Mail der A1 Telekom vom 8.11.2013 lediglich um ein „Ersuchen“ handelt und nicht um eine Nachfrage iSd § 48 iVm § 50 TKG 2003 und dass die tatsächliche Nachfrage erst am 12.12.2013 erfolgt sei, ist zu entgegnen, dass dies für die Beurteilung des gegenständlichen Antrages nicht erheblich ist, da es keinen Unterschied macht, weil der Antrag am 29.4.2014 gestellt wurde und somit die sechswöchige Verhandlungsfrist jedenfalls eingehalten wurde. Überdies ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission die E-Mail der A1 Telekom vom 8.11.2013 als Nachfrage iSd §§ 48, 50 TKG 2003 zu werten, weil sich daraus ergibt, dass A1 Telekom den Abschluss neuer Entgeltanhänge für das Festnetz beabsichtigt hat. Im Übrigen wäre auch ein Ersuchen als höfliche Form der Nachfrage zu werten.

5. Zur Festlegung der verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen betreffend die Festnetz-Terminierungsentgelte ab 1.11.2013

Da die Behörde eine vertragsersetzende Anordnung zu treffen sowie den Ausgleich beiderseitiger Interessen zu berücksichtigen hat, waren die Terminierungsentgelte beider Verfahrensparteien anzuordnen, auch wenn der Antrag (ON 1) lediglich auf das Entgelt der atms Bezug nimmt. In einer vertragsersetzenden Zusammenschaltungsanordnung sind die Rechtsbeziehungen der Zusammenschaltungspartner untereinander (umfassend im Sinne einer gegenseitigen Leistungsäquivalenz) zu regeln (VwGH 31.5.2005, 2004/03/0151; VwGH 22.2.2010, 2009/03/0138; VwGH 9.9.2008, 2006/03/0079).

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung (primär) über die Höhe der wechselseitigen Festnetz-Terminierungsentgelte zu erlassen (§§ 48, 50 TKG 2003). Ist das Zusammenschaltungsentgelt eines Unternehmens ohne (bescheidmäßig festgestellte) beträchtliche Marktmacht (iSd §§ 35, 37 TKG 2003) betroffen, so fehlt es an einer Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008 zu den Zahlen 2006/03/0079, 0081 ausführt, kommt der Telekom-Control-Kommission bei der konkreten Ausgestaltung der Zusammenschaltungsbedingungen

ein „weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen“.

Auf Grund der gesetzlichen Pflicht zur Entscheidung ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern ohne bescheidmäßig festgelegte beträchtliche Marktmacht davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung Zusammenschaltungsentgelte in „angemessener“ Höhe iSd § 1152 ABGB anzuordnen sind (vgl dazu Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 24.11. und 9.12.2008, Z 2/08 und Z 1/08).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl RIS Justiz RS0021636) ist jenes Entgelt als angemessen anzusehen, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geleistet wird, ergibt.

a. Wie festgestellt, verrechnete A1 Telekom ab 1.11.2013 die im Marktanalysebescheid zu M 1.8/12 angeordneten Entgelte, atms verrechnete davon abweichende höhere Entgelte, wodurch Dissens entstand.

Die beträchtliche Marktmacht der A1 Telekom wurde bescheidmäßig angeordnet (Bescheid zu M 1.8/12-148 vom 30.9.2013, unbestritten), daher war das Entgelt, wie im Marktanalysebescheid festgesetzt, anzuordnen.

Hingegen war die beträchtliche Marktmacht der atms vor dem Bescheid vom 14.7.2014 zu M 1.11/12-50 nicht bescheidmäßig festgestellt. atms wurde eine Verpflichtung zur Verrechnung auf Pure LRIC basierender Entgelte erst ab 1.8.2014 auferlegt (Bescheid zu M 1.11/12-50). Deshalb waren für atms für den Zeitraum ab 1.11.2013 bis 31.7.2014 angemessene Entgelte festzulegen:

Im konkreten Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum wettbewerbliche Defizite festgestellt wurden.

b. Um einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2004/03/0204, 2004/03/0151) und die Ziele des § 1 TKG 2003, insbesondere die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, zu verwirklichen, ist den festgestellten Wettbewerbsdefiziten bei der Monopolleistung der Festnetz-Terminierung Rechnung zu tragen:

Die Telekom-Control-Kommission erachtet iSd genannten Interessensausgleiches jene Entgelte (für die Vergangenheit) als angemessen, die zum einen über eine (mittlerweile auch betreffend atms) Maßnahme iSd §§ 37 Abs 2, 42 TKG 2003 festgelegt und zum anderen von (weitgehend) allen Festnetzterminierungsbetreibern verrechnet (bzw angeboten) worden sind: Die Festnetz-Terminierungsentgelte gemäß Bescheid betreffend A1 Telekom im Verfahren M 1.8/12 wurden allen anderen Festnetzbetreibern uA mittels Standardangebot angeboten und verrechnet.

c. Der Umstand, dass gegenüber atms bis zum 14.7.2014 kein Marktanalysebescheid erlassen wurde, mit welchem die beträchtliche Marktmacht der atms festgestellt wurde und spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden, bedeutet nicht, dass atms davor keine beträchtliche Marktmacht hatte. Dies ergibt sich bereits aus dem Spezifikum der Terminierungsmärkte, nämlich dass jeder Terminierungsnetzbetreiber aufgrund der Eigenschaft des Marktes als Monopolmarkt auf seinem Markt 100 % Marktanteil hat und somit auch marktbeherrschend ist.

Ab dem Zeitpunkt der Kündigung der entsprechenden Entgeltanhänge konnte atms auch nicht mehr darauf vertrauen, dass die durch sie verrechneten Entgelte in dieser (maximalen) Höhe (weiter), insbesondere auch vor dem Hintergrund des Marktanalyseverfahrens zu M 1.8/12 und des bereits Anfang 2014 eingeleitet Marktanalyseverfahrens betreffend atms zu M 1.11/12, zur Anwendung gelangen können.

d. Wie festgestellt, verrechnete A1 Telekom ab 1.11.2013 (Anordnung durch Bescheid M 1.8/12-148) die auf Pure LRIC basierenden Entgelte gegenüber allen anderen Betreibern bzw bietet diese allen mittels Standardangebot iSd § 38 Abs 3 TKG 2003 an. Daraus ergibt sich, dass dieses Entgelt auch atms als angemessen iSd oben angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs angesehen werden kann, da dieses unter ähnlichen Umständen geleistet wird und kein objektiver Grund vorliegt, der eine Verrechnung eines davon abweichenden Entgeltes rechtfertigen würde.

e. Aus ökonomischer Sicht ist ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben, da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind („einheitlicher Marktpreis“, „one price rule“, „law of one price“, vgl auch Terminierungsempfehlung). Die Terminierungsempfehlung führt eindeutig aus, dass Terminierungsentgelte grundsätzlich symmetrisch sein sollen (wobei sie diesfalls auf eine spezifische Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 abstellt).

Diese Sichtweise wird auch von der Europäischen Kommission regelmäßig im Zusammenhang mit der Terminierung vertreten: In Stellungnahmen gemäß Art 7 RL 2002/21/EG führt die Europäische Kommission regelmäßig aus, dass Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Gemäß den Ausführungen der Europäischen Kommission vermögen unter gewissen außergewöhnlichen Umständen lediglich objektive Gründe in der Kostenrechnung, die außerhalb der Kontrolle des Betreibers gelegen sind, eine Asymmetrie der Entgelte zu rechtfertigen. Eine weitere mögliche Rechtfertigung könnte auch in einem wesentlich unterschiedlichen Markteintrittszeitpunkt gelegen sein. Ein kleiner Marktanteil kann jedoch nur für einen begrenzten Zeitraum höhere Entgelte rechtfertigen. Die Beibehaltung höherer Terminierungsentgelte könnte dazu führen, dass kleinere Betreiber nicht ermutigt werden, ihre Marktanteile bzw Volumina zu erhöhen.

In einem wettbewerblichen Umfeld sind die Anbieter gezwungen, hinreichend effizient zu sein (Erwägungsgrund 20 RI 2002/19/EG nennt die Förderung wirtschaftlicher Effizienz), um bei gegebenem Marktpreis positive Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Andernfalls sind sie gezwungen aus dem Markt auszutreten; unter Umständen tritt in der Folge ein effizienteres Unternehmen ein. Dieser (Wettbewerbs-) Marktmechanismus stellt sicher, dass die Unternehmen hinreichend effizient sind und die Gesamtwohlfahrt (und damit auch der Nutzen für die Konsumenten) maximiert wird (vgl dazu die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003). Die die Terminierung bezahlenden Zusammenschaltungspartner würden in weiterer Folge die niedrigeren Entgelte für eine effizient erbrachte Leistung bezahlen und an ihre Endkunden als Teil der Endkundenentgelte zur Verrechnung bringen (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a, c TKG 2003).

Demgegenüber besteht bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, die Gefahr, dass falsche Anreizstrukturen für die Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg geschützt (bzw subventioniert) werden. Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen: Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungs-

salden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar (vgl Terminierungsempfehlung).

f. Ziel der Regulierung ist es, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen (vgl Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG; § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003; vgl auch Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung).

g. atms hinterfragt in ihrer Stellungnahme vom 8.7.2014 (ON 12), ob der Pure LRIC-Ansatz verhältnismäßig sei. Dem ist zu entgegnen, dass keine weniger eingriffsintensiven Abhilfemaßnahmen festgestellt werden konnten, die den festgestellten Wettbewerbsproblemen auf den Terminierungsmärkten ebenso wirksam begegnen, weshalb Pure LRIC verhältnismäßig ist.

h. A1 Telekom führt im Zusammenhang mit der Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 aus, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dritten Unternehmen bei Vorliegen vergleichbarer Umstände ebenfalls jene Bedingungen einzuräumen habe, die es nicht nur sich oder verbundenen, sondern auch anderen dritten Unternehmen einräumt. Im vorliegenden Fall würden keinerlei Umstände vorliegen, die eine Ungleichbehandlung der atms bei vergleichbarem Sachverhalt objektiv rechtfertigen würde. Weiters sei die Verrechnung des auf dem Bescheid basierenden Entgeltes notwendig, um damit den konkret bekannten strukturellen Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken, insbesondere damit es zu keinen Entgeltdiskrepanzen kommt (Antrag A1 Telekom, ON 1, Stellungnahme der A1 Telekom vom 1.7.2014, ON 11).

Dem hält atms entgegen, dass sich diese Nichtdiskriminierung bloß auf die durch den Bescheid festgelegten Entgelte der A1 Telekom beziehen würde (Stellungnahme der atms vom 8.7.2014, ON 12).

Mit Bescheid vom 30.9.2013 zu GZ M 1.8/12-148 wurde A1 Telekom zur Gleichbehandlung iSd § 38 TKG 2003 verpflichtet. Diese Verpflichtung bezieht sich jedoch nur auf Leistungen und Entgelte, welche von A1 Telekom für die Leistung der Terminierung in ihr Netz erbracht werden. Da atms nicht zur Gleichbehandlung verpflichtet wurde, kann die Verrechnung der auf Pure LRIC basierenden Entgelte vor der Erlassung des Marktanalysebescheides, mit welchem atms uA eine Entgeltverpflichtung auferlegt wurde, nicht darauf gestützt werden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 490/2013). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 29.9.2014

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé