

M 15c/03 - 100,
M 13c/06 - 99

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 15.10.2007 einstimmig folgenden

Bescheid

beschlossen:

I. Spruch

A.1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass One GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

A.2. One GmbH werden für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

A.2.1. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

A.2.2. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

A.2.3. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die One GmbH für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der One GmbH, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der One GmbH erbracht werden.

A.2.4. One GmbH hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ zu führen, das folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen hat:

- Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen,
- Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen,
- Verkehrsarten und Entgelte,
- Regelungen betreffend Notrufe,
- Regelungen betreffend private Netze,
- Regelungen betreffend personenbezogene Dienste,
- Regelungen betreffend sonstige Dienste.

A.2.5. One GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

A.2.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Vom 29.10.2004 bis 31.10.2005	Cent 13,80
Vom 1.11.2005 bis 31.12.2005	Cent 13,28
Vom 1.1.2006 bis 30.6.2006	Cent 12,28
Vom 1.7.2006 bis 19.12.2006	Cent 11,28

A.2.6.1. Die angeführten Beträge sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung. Diese Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

B.1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass One GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 seit 20.12.2006 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B.2. One GmbH werden für den Zeitraum ab 20.12.2006 gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.2.1. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

B.2.2. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

B.2.3. One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die One GmbH für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der One GmbH, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der One GmbH erbracht werden.

B.2.4. One GmbH hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 binnen 2 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Dieses Standardangebot hat folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

- Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen,
- Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen,
- Verkehrsarten und Entgelte,
- Regelungen betreffend Notrufe,
- Regelungen betreffend private Netze,
- Regelungen betreffend personenbezogene Dienste,
- Regelungen betreffend sonstige Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzurufnummern für besondere Dienste).

B.2.5. One GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung

„Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

B.2.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Vom 20.12.2006 bis 31.12.2006	Cent 11,28
Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 10,07
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 8,85
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 7,64
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 6,42
Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009	Cent 5,72

Ab 1.7.2009 gilt bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One GmbH vorläufig ein maximales Entgelte in der Höhe von Cent 5,72.

B.2.6.1. Die angeführten Beträge sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung. Diese Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

C. Der Antrag der One GmbH auf Einräumung des Rechts auf Akteneinsicht in den Verfahren M 15a-b/03, M 15d-e/03, M 13a-b/06 und M 13d-f/06 wird abgewiesen.

Der Antrag der One GmbH auf bescheidmäßige Feststellung der Parteistellung in den Verfahren M 15a-b/03, M 15d-e/03, M 13a-b/06 und M 13d-f/06 wird zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

1. Verfahren zu M 15/03 und M 15c/03

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 15/03 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak sowie DI Dietmar Zlabinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 15 TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge.

Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2003 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt.

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass (auch) One GmbH (im Folgenden One) auf dem (eigenen) Vorleistungsmarkt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, One gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der One einzuräumen; es wurde One sohin das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 15/03 vom Mai 2004 übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, zu den den Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One“ betreffenden Ausführungen Stellung zu nehmen.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen One GmbH aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom Mai 2004 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03, M 15/03“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetze“ zu begegnen.

Dabei war eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

Am 1.6.2004 übermittelt One im Verfahren M 15/03 eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten, in der sie beantragt, „*die Telekom-Control-Kommission möge die Verfahrensordnung bzw. Beschluss vom 3.5.2004, dass die ONE GmbH über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt der Terminierung in das individuelle öffentliche Netz der ONE GmbH verfügt, aufheben*“. Darüber hinaus stellt One den Eventualantrag, die Telekom-Control-Kommission möge „*die gelindeste Maßnahme gem. § 38 ff TKG anordnen*.“

Im Juli 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt.

Mit Beschluss vom 19.7.2004 hat die Telekom-Control-Kommission das bisher unter M 15/03 geführte Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte „Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze“ gemäß § 39 Abs. 2 AVG in betreiberindividuelle Verfahren getrennt. Das Verfahren betreffend den Terminierungsmarkt der One wurde sodann unter M 15c/03 weiter geführt.

Weiters wurde One das wirtschaftliche Gutachten bezüglich Regulierungsinstrumente betreffend den Terminierungsmarkt der One zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt. Weiters wurde One im gegenständlichen Verfahren das Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*“ zugestellt.

Am 16.8.2004 fand eine mündliche Anhörung im Beisein der Amtssachverständigen statt.

Am 16.8.2004 langte eine Stellungnahme von One zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente ein. In diesem Rahmen beantragt One weiters, die Telekom-Control-Kommission möge „*die Gutachter beauftragen, die Schlussfolgerungen hinsichtlich der empfohlenen Maßnahmen detailliert zu begründen, und*“ eventualiter „*ein Kostenrechnungsmodell zur Stellungnahme übermitteln*“.

Am 6.9.2004 hat die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren einen Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 erlassen und der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

Nach Durchführung der Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission am 27.10.2004 einen Bescheid zu M 15c/03 gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 beschlossen.

2. Verfahren zu M 13/06 und M 13c/06

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 6.2.2006 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 13/06 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Stefan Felder, Mag. Paul Pisjak, Mag. Reinhard Neubauer sowie DI Dietmar Zlabinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 15 TKMVO 2003 idgF aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge.

Im August 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt.

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, (vorläufig) davon auszugehen, dass (auch) One GmbH (im Folgenden One) auf dem (eigenen) Vorleistungsmarkt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, One gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der One einzuräumen; es wurde One das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen übermittelt und Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Mag. Melisande Marie Cardona, Dr. Stefan Felder, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen One GmbH aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom August 2006 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 13/06“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem gegenständlichen Markt zu begegnen.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, das bisher zur Geschäftszahl M 13/06 geführte Verfahren gemäß § 39 Abs. 2 AVG in betreiberindividuelle Verfahren zu trennen. Das One betreffende Verfahren wurde somit zur Geschäftszahl M 13c/06 fortgeführt.

Im September 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission ein Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt. Dieses wurde One zur Stellungnahme übermittelt.

Am 4.10.2006 übermittelte One eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten.

In weiterer Folge langte am 11.10.2006 eine Stellungnahme der One zum Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente ein.

Am 6.11.2006 hat die Telekom-Control-Kommission einen Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen, der Verfahrenspartei am 7.11.2006 übermittelt und die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 eingeleitet.

Bis zum Ende der nationalen Konsultation am 4.12.2006 langten zum konsultierten Entwurf einer Vollziehungshandlung Stellungnahmen der Multikom Austria Telekom GmbH, der UPC Telekabel Wien GmbH sowie der Hutchison 3G Austria GmbH ein. Darüber hinaus hat der Bundeskartellanwalt mitgeteilt, von der Erstattung einer Stellungnahme abzusehen. Diese Stellungnahmen wurden One zur Kenntnis gebracht.

Im Rahmen der Konsultation übermittelte auch One eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren. Dieser Stellungnahme sind Gutachten von Piepenbrock Schuster Consulting AG („*Mobile Termination Rates in Austria 2007*“) sowie von WFI („*Comparison of 900 MHz and 1800 MHz Network Costs*“) beigefügt.

Im Rahmen des Verfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäischen Kommission am 23.11.2006 ein Auskunftersuchen übermittelt, welches mit Schreiben vom 28.11.2006 beantwortet wurde. Am 8.12.2006 langt eine Stellungnahme der Europäischen Kommission ein.

Am 18.12.2006 hat die Telekom-Control-Kommission einen Bescheid gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 beschlossen.

3. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes

Gegen die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 und 18.12.2006 wurden Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Mit Erkenntnissen vom 28.2., 26.4. und 30.5.2007 hat der Verwaltungsgerichtshof die Bescheide zu M 15a-e/03 sowie 13a-e/06 wegen Rechtswidrigkeit ihrer Inhalte aufgehoben:

a. Im Erkenntnis zu M 15a/03-30 (Zahl 2004/03/0210 vom 28.2.2007), auf welches in den Erkenntnissen zu M 15b, c/03 verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof eine Rechtswidrigkeit des Bescheides erkannt, da entgegen der Verpflichtung gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 einer Stellungnahme der Europäischen Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde; diese Verpflichtung setzt (auch) eine nachvollziehbare, alle Argumente der Stellungnahme abwägende Auseinandersetzung voraus. Die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission im Rahmen des Bescheides zu M 15a/03 waren nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nicht geeignet, die von der Europäischen Kommission geäußerten Bedenken betreffend die Effektivität der spezifischen Verpflichtung sowie im Hinblick auf die Transparenz und Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu entkräften.

b. Darüber hinaus führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung („*LRAIC eines effizienten Betreibers*“) nicht ausreichend bestimmbar ist; die Verpflichtung lässt den Umfang der auferlegten Verpflichtung offen und erschwert bzw. verunmöglicht den Marktteilnehmern die Erzielung einer Einigung. Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass „*die von § 59 Abs. 1 AVG geforderte Deutlichkeit [] für Leistungsbefehle Bestimmtheit – nicht bloß Bestimmbarkeit – in dem Sinne [bedeutet], dass auf Grund des Bescheides, ohne Dazwischentreten eines weiteren Ermittlungsverfahrens und neuerlicher Entscheidung, eine Vollstreckungsverfügung ergehen kann.*“

c. Im Erkenntnis zu M 15d/03-33 (Zahl 2004/03/0212 vom 28.2.2007), auf welches im Erkenntnis zu M 15e/03 verwiesen wird, wird zum Einen auf das Erkenntnis zur Zahl 2004/03/0210 (vgl. Punkt a.) verwiesen und zum Anderen auf die Beurteilung des Marktmachtindikators der nachfrageseitigen Gegenmacht eingegangen. Dem Verwaltungsgerichtshof folgend gehen die Ausführungen zur „nachfrageseitigen Gegenmacht“ nicht konkret auf die Situation der Beschwerdeführerin ein. Die belangte Behörde hat nicht ausreichend und nachvollziehbar dargelegt, warum sie annimmt, dass die nachfrageseitige Gegenmacht hinsichtlich aller Betreiber, die auf dem Endkundenmarkt unterschiedliche Marktanteile haben, gleich wirken müsse. Die belangte Behörde hätte das auf dem konkret zu beurteilenden Markt für die Terminierung in das Mobiltelefonnetz der Beschwerdeführerin bestehende Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht festzustellen und ihrer Beurteilung zu Grunde zu legen gehabt und durfte sich nicht auf eine allgemeine Abhandlung zur nachfrageseitigen Gegenmacht beschränken.

d. Die auf der Grundlage der Bescheide zu M 15a-e/03 erlassenen Zusammenschaltungsanordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 zu Z 2, 10/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05 und Z 14/05 wurden vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnissen vom 28.2.2007 (Erkenntnisse zu den Zahlen 2006/03/0021, 2006/03/0027, 2006/03/0028, 2006/03/0031, 2006/03/0023 und 0032 sowie 2006/03/0022) wegen Rechtswidrigkeit ihrer Inhalte behoben. Die Rechtswidrigkeit gründet dabei auf dem Umstand, dass ein unlösbarer Zusammenhang zwischen den Zusammenschaltungsanordnungen und den (behobenen) Bescheiden zu M 15a-e/03 besteht. Den Zusammenschaltungsanordnungen wurde die Rechtsgrundlage entzogen und waren daher ebenfalls aufzuheben.

e. Ebenfalls auf Grund des Umstandes eines „unlösbaren Zusammenhanges“ zu den Bescheiden M 15b, c/03 wurden die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom

6.2.2006 zu M 3/05-28 und M 4/05-28 vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnissen vom 28.2.2007 (Zahl 2006/03/0055 und 2006/03/0059) behoben.

f. Im Erkenntnis zu M 13e/06 (Zahl 2007/03/0034 vom 26.4.2007), auf welches die Erkenntnisse zu M 13a-d/06 verweisen, nimmt der Verwaltungsgerichtshof Bezug auf das Erkenntnis zu M 15e/03 und wiederholt im Wesentlichen seine Ausführungen zum Erfordernis der Bestimmtheit. Weiters führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass auch unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich ergangenen Bescheide gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 und der darin vorgenommenen Festlegungen konkreter Mobil-Terminierungsentgelte die auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung nicht als ausreichend bestimmt angesehen werden kann.

4. Fortsetzung der Verfahren zu M 15c/03 und M 13c/06

Nach Aufhebung der Bescheide zu M 15a-e/03 und M 13a-e/06 wurden die Verfahren fortgesetzt und Gutachtensaufträge erteilt.

Am 3.5.2007 langte eine Stellungnahme der One ein, in der sie den Antrag stellt, das Verfahren M 15c/03 einzustellen.

Am 29.5.2007 wurden die Verfahren aus dem Jahr 2003 und 2006 gemäß § 39 Abs. 2 AVG miteinander verbunden.

Im Juli 2007 legten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission ein wirtschaftliches Marktanalyse-Gutachten vor; dieses wurde zum gegenständlichen Akt genommen und der Verfahrenspartei zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme zugestellt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, die Amtssachverständigen Mag. Norbert Kremminger, Dr. Martin Lukanowicz sowie Mag. Paul Pisjak mit einer gutachterlichen Stellungnahme zu beauftragen, inwieweit die in den Verfahren M 15/03 sowie M 13/06 vorgelegten wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente aktuell sind bzw. gegebenenfalls welche (anderen) spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 TKG 2003 geeignet wären, den im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

Am 5.7.2007 übermittelt One eine Stellungnahme, in der sie auf ihr bisheriges Vorbringen verweist.

Im Juli 2007 legen die Amtssachverständigen ihre gutachterliche Stellungnahme der Telekom-Control-Kommission vor. Dieses wird der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

Weiters wurden ein technisch-wirtschaftliches Gutachten vom Februar 2007 samt Ergänzung vom Juli 2007 zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen und der Verfahrenspartei gemäß § 45 Abs. 3 AVG übermittelt. Dieses Gutachten wurde hinsichtlich einzelner Berechnungen korrigiert. Die Korrekturen wurden der Verfahrenspartei übermittelt.

Zu den Gutachten übermittelte One am 24.7., 7.8. und 9.8.2007 Stellungnahmen.

Am 20.8.2007 fand eine mündliche Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission statt.

Am 3.9.2007 hat die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren einen Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 beschlossen, der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht und sodann die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 durchgeführt.

Bis zum Ende der nationalen Konsultation am 28.9.2007 langten zum konsultierten Entwurf einer Vollziehungshandlung Stellungnahmen der Mobilkom Austria AG, T-Mobile Austria GmbH, One GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH sowie der Colt Telecom Austria GmbH ein. Darüber hinaus hat der Bundeskartellanwalt mitgeteilt, von der Erstattung einer Stellungnahme abzusehen. Diese Stellungnahmen wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

Darüber hinaus langte am 4.9.2007 ein Antrag der One auf bescheidmäßige Feststellung der Parteistellung und Einräumung des Rechts auf Akteneinsicht in den Marktanalyseverfahren zu M 15a-b/03, M 15d-e/03, M 13a-b/06, M 13d-f/06 ein.

Am 28.9.2007 wurden der Europäischen Kommission die Stellungnahmen der nationalen Konsultation übermittelt. Im Rahmen des Verfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission am 3.10.2007 eine Stellungnahme gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2002/21/EG übermittelt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Terminierung ist eine Vorleistung und besteht darin, dass Sprach-Anrufe über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefonanschluss zugestellt werden.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle (GMSC) zum angewählten Mobiltelefon inklusive der Zusammenschaltungsleistung, die für Kunden eines Wiederverkäufers erbracht werden (IC-Terminierung) sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (Netzinterne Terminierung). Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet dieses Marktes ist das Bundesgebiet.

Die Leistung der Terminierung ist eine Zusammenschaltungsleistung und bildet einen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt (Monopolmarkt).

Für die Leistung der Terminierung hat der nachfragende Netzbetreiber ein Entgelt (Terminierungsentgelt) an den Anbieter zu entrichten. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf Endkundenebene abgeleitet: Jeder Teilnehmer eines Netzbetreibers benötigt zur Durchführung eines Anrufes zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob dieser beim selben oder bei einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – Anrufzustellung als Vorleistung.

Der die Leistung – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt wiederum dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundenpreise in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPP) – der Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs; der Angerufene trägt keine Kosten. In Österreich wird dieses Prinzip – wie auch in anderen europäischen Ländern – von allen Betreibern angewandt.

Die Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches Mobiltelefonnetz, in welches terminiert wird.

2. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Die nachfolgenden Feststellungen beziehen sich grundsätzlich, soweit nicht anders ausgewiesen, auf den Zeitraum seit 2004.

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 und konstituiert wiederum einen eigenen Markt.

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen sind Monopolmärkte, die relativen Marktanteile liegen daher konstant bei 100%.

Unterschiede gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte; diese sind aber nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation (vgl. die Feststellungen zu „nachfrageseitigen Gegenmacht“).

Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte entsprechen im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt.

Wenig relevant sind die weiteren Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende SMP-Indikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

Solange es keine hinreichenden Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gibt, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung nicht relevant.

Bei der Nachfrage nach Mobilterminierung auf der Vorleistungsebene handelt es sich um eine direkt von der Endkundennachfrage nach Gesprächen in Mobilnetze abgeleitete Nachfrage und die Elastizität auf der Vorleistungsebene ist geringer, jedenfalls aber nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfrage nach Anrufen in Mobilnetze. Bei einer für Telekommunikationsmärkte üblichen Elastizität der Endkundennachfrage kann ausgeschlossen werden, dass die Nachfrage nach Mobilterminierung hinreichend elastisch ist, um einen Monopolanbieter von Terminierungsleistungen in seinem Preissetzungsverhalten zu restringieren.

2.4. Preissetzung, Bündelung und internationale Preisvergleiche

a. Die Mobilfunkterminierungsleistung wird in Österreich mit 1999 beginnend reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „*Marktverhalten*“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung weitgehend entzogen, sodass deren Analyse auf Basis einer *ex-post-Betrachtung* lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen zu Tag fördern würde.

Senkungen der Mobilterminierungsentgelte wurden in der Regel regulatorisch vorgenommen, lediglich in wenigen Fällen wurde eine Senkung freiwillig vorgenommen.

b. Die durchschnittlichen österreichischen Terminierungsentgelte liegen in einem europäischen Vergleich im unteren Mittelfeld; die Streuung der Terminierungsentgelte in Österreich ist im europäischen Vergleich hoch. Der Preisvergleich liefert empirische Evidenz für das Wettbewerbsproblem „überhöhter Entgelte“: Konkret zeigen die Daten, dass die unregulierten Entgelte über den regulierten Entgelten liegen.

Weiters zeigt ein Vergleich der durchschnittlichen Mobilterminierungsentgelte in Europa einen sinkenden Trend: Das durchschnittliche Niveau der Terminierungsentgelte in Europa ist zwischen 2004 und 2006 um 20% gesunken.

2.5. 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 ggf. 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 (d.h. den Grenzkosten der Produktion) anzunähern.

Die nachfrageseitige Gegenmacht auf Mobilterminierungsmärkten kann sowohl auf Endkunden- (eigene Kunden, Fremdkunden) als auch auf Vorleistungsebene untersucht werden: Die Anreize, Verhandlungsmacht auszuüben, hängen davon ab, wie sehr Betreiber durch Zahlung niedrigerer Terminierungsentgelte ihre Gewinne erhöhen können. So wird der Anreiz grundsätzlich sehr hoch sein, wenn es möglich ist, eine unilaterale Senkung der Terminierungsentgelte durchzusetzen, da dies die eigenen Kosten senkt und gleichzeitig der Umsatz der Mitbewerber reduziert wird. Löst eine Absenkung des Terminierungsentgelts eines anderen Betreibers demgegenüber auch Druck auf die eigenen Terminierungsentgelte aus, wird der Anreiz entsprechend geringer sein, da durch den Druck auf Absenkung der Terminierungsentgelte des Mitbewerbers auch die Gefahr besteht, eine Abwärtsspirale bei den eigenen Terminierungsentgelten einzuleiten.

Der Modified Greenfield Approach, in dessen Rahmen existierende Regulierungen auf anderen Märkten berücksichtigt werden, ist bei der Bewertung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf der Vorleistungsebene zu berücksichtigen, um die Marktsituation im tatsächlich relevanten wirtschaftlichen Kontext zu analysieren. Folglich sind auch die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden zur Streitschlichtungen sowie die Regulierung auf anderen Märkten (insbesondere der Festnetz-Terminierung) zu berücksichtigen.

2.5.1. Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers

Nur wenige größere Geschäftskunden sind überhaupt in der Position, mit Mobilbetreibern über Preiskonditionen zu verhandeln. Bei keinem einzigen Mobilfunkbetreiber erzielen die drei größten Endkunden zusammen in den Jahren 2005 und 2006 mehr als 2% des Gesamtendkundenerlöses. Gemessen an den 10 größten Endkunden jedes einzelnen Mobilfunkbetreibers im Jahr 2006 liegt der größte Anteil weit unter 5%.

Es kann daraus zwar nicht abgeleitet werden, dass diese Großkunden im Wettbewerb auf der Endkundenseite nicht in der Lage wären, spezielle Konditionen zu verhandeln und ggf. auch durchzusetzen, es zeigt sich aber, dass der Verlust selbst der 10 größten Kunden in keinem Fall die Existenz des Unternehmens bedroht.

a. Im Fall, dass ein Mitarbeiter eines Unternehmens vom Kunden eines anderen Betreibers angerufen wird, kann das Interesse bestehen, dass dem rufenden Teilnehmer möglichst geringe Terminierungskosten (die wiederum Eingang in dessen Endkundentarif nehmen) in Rechnung gestellt werden. Dies setzt jedoch voraus, dass eine allfällige Absenkung der Terminierungsentgelte aufgrund nachfrageseitiger Verhandlungsmacht den aus anderen Netzen rufenden Teilnehmer auch erreicht, d.h. sich in dessen Endkundentarifen widerspiegelt, also von dessen Netzbetreiber auch tatsächlich weitergegeben wird. Nachdem weder das Unternehmen noch der eigene Betreiber einen Einfluss auf die Endkundenpreisgestaltung des Netzbetreibers des rufenden Teilnehmers haben, werden sowohl das Interesse des Unternehmens wie auch das des Betreibers an einer solchen Lösung gering sein.

Darüber hinaus ist es nicht möglich, Terminierungsentgelte nur für einzelne Mitarbeiter des Unternehmens zu senken.

Der Preis, aus anderen Netzen angerufen zu werden, gehört selten zu den ausschlaggebenden Kriterien für den Wahl eines Netzbetreibers. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kosten angerufen zu werden, einer von vielen interagierenden Wettbewerbsparametern ist und eine Senkung der Terminierungsentgelte zumindest teilweise durch eine Erhöhung der vom Teilnehmer selbst zu tragenden Entgelte kompensiert werden muss. Dadurch wird die Wahrscheinlichkeit nochmals reduziert, dass über die Endkundenseite Druck ausgeübt wird.

Auf Grund der allgemein sehr begrenzten Relevanz der Höhe des Terminierungsentgeltes für die Kaufentscheidung des Kunden und auf Grund der Bedeutung einzelner Endkunden ist die Wirksamkeit der Drohung des Kundenverlustes auch für einen kleinen Betreiber nicht plausibel.

Es existieren darüber hinaus geeignetere Produkte bzw. Leistungen, um dem Interesse des Unternehmens, zu gering(er)en Kosten gerufen zu werden, Rechnung zu tragen. Mit tariffreien Nummern, Nummern mit variabler Tarifobergrenze oder durch eine Anrufumleitung von einer geografischen Rufnummer zu einer Mobilnummer (wie zB im Rahmen des Produktes „mobile Nebenstellenanlage“ implementiert) könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos oder zu einem niedrigen Tarif erreichen.

b. Auch im Fall, dass das Unternehmen Kunde zweier Mobilbetreiber ist, ist zweifelhaft, ob der zweite Mobilbetreiber eine Absenkung der Vorleistungskosten für Anrufe zu Mitarbeitern des Unternehmens weitergibt.

Vielmehr ist zu erwarten, dass beide Betreiber versuchen werden, das Unternehmen ausschließlich an sich zu binden und entsprechend günstige Endkundertarife anbieten. Die ursprünglich externe Terminierung würde damit zur Eigenleistung (netzinterne Terminierung) und damit der Preissetzung am Vorleistungsmarkt entzogen. Da auch das Unternehmen ein Interesse an der Minimierung seiner Kommunikationskosten hat und jeder Betreiber spezielle Produkte/Tarife für Unternehmen (VPNs, On-net-Tarife, etc.) anbietet, wird der Druck des Unternehmens auf Absenkung der Terminierungsentgelte ggf. anders bedient, wodurch sich auch aus dieser Konstellation keine nachfrageseitige Gegenmacht für die Terminierung von Gesprächen aus anderen Netzen ableiten lässt.

Selbst wenn aber das Unternehmen darauf bestehen sollte, Kunde mehrerer Mobilanbieter zu bleiben, wird die nachfrageseitige Gegenmacht im Allgemeinen durch Tarifangebote kanalisiert, die etwa besonders niedrige Entgelte in bestimmte Mobilnetze vorsehen.

c. Im Fall, dass das Unternehmen Festnetz- und Mobilkunde ist, kann keine entsprechende Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausgeübt werden:

Für das Unternehmen wie auch den Mobilbetreiber ist es effizienter und rationaler, anstelle einer (nicht administrierbaren und kontrollierbaren) Absenkung von Terminierungsentgelten technische Umgehungsmöglichkeiten wie zB. den Einsatz von *SIM-Gateways* (sie führen de-facto dazu, dass ein externes Gespräch von einem Festnetz zum Preis eines netzinternen Gesprächs abgerechnet wird) anzubieten oder andere kommerzielle Lösungen wie etwa „*Virtual Private Networks*“ in Anspruch zu nehmen.

Diese Endkundenangebote führen zu einer Schwächung der nachfrageseitigen Gegenmacht hinsichtlich der Preissetzung bei Terminierungsentgelten.

d. Netzinterne Gespräche unterhöheln die nachfrageseitige Gegenmacht auf Terminierungsentgelte zusätzlich. Das Tarifspektrum solcher *On-Net Calls* (die in der Regel auch aus dem Festnetzbereich von Mobilbetreibern gelten) bewegt sich – sieht man von Grundentgelten bzw. Zusatzentgelten für bestimmte Tarifpakete ab – zwischen 0 und wenigen €-Cents; das ist deutlich unter den Terminierungskosten für Gespräche aus anderen Netzen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) nicht möglich sein wird, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Mobilbetreiber jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch andere Betreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und andere Produkte mit wesentlich geringeren

Folgekosten zur Verfügung stehen, um den vom Unternehmen (Kunden) gewünschten Effekt zu erreichen.

In jedem Fall ist es für den Nachfrager wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver, andere Lösungen zu finden, die im Ergebnis die nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden (in Bezug auf die Terminierungsleistung) unterhöheln. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Mobilbetreiber verunmöglicht seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben kann somit ausgeschlossen werden.

2.5.2. Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter

Ein rufender Endkunde, der in keinem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber steht, wird – auch wenn er ein sehr großes Gesprächsvolumen hat – kaum die Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Mobilbetreiber auszuüben.

Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Mobilnetz kann nur mittelbar über den eigenen Betreiber ausgeübt werden. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in (Mobil-) Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene auf der sich gegebenenfalls nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden lässt.

2.5.3. Gegenmacht auf der Vorleistungsebene

Potenziell mehr Verhandlungsmacht haben die Nachfrager auf der Vorleistungsebene, da sie die Nachfrage (der Endkunden) nach Mobilterminierungsleistungen bündeln (Aggregation der aus der Endkundennachfrage abgeleiteten Nachfrage) und (zumindest große Nachfrager) mit den Anbietern über Konditionen der Zusammenschaltung verhandeln.

Auch hier gilt, dass Verhandlungsmacht eher dann gegeben sein wird, wenn ein großer Teil der Nachfragemenge auf wenige Kunden konzentriert ist. In diesem Fall verfügen nachfragestarke Kunden über ein effektiveres Drohpotenzial, mit dem sie eher imstande sein könnten ihre Preisvorstellungen gegenüber dem Monopolisten durchzusetzen.

Mobilkom, T-Mobile (auch TMA) und One sind jeweils ihre wichtigsten Zusammenschaltungspartner, wobei die netzintern abgewickelten Verkehrsmengen mit der Größe des Anbieters positiv korreliert. Mehr als 56% der gesamten Mobilterminierungsminuten stammen durchschnittlich (über alle Mobilfunkbetreiber) im Jahr 2006 aus dem eigenen Netz, 29% stammen von anderen Mobilnetzen, ca. 8% von Telekom Austria, 5,5% von alternativen Festnetzbetreibern und nur 1% von ausländischen Zusammenschaltungspartnern.

Bei kleineren Mobilbetreibern – wozu im Jahr 2004 jedenfalls Hutchison 3G Austria GmbH (Hutchison, H3G) und zu Beginn tele.ring (auch als TRA abgekürzt) zu zählen war – lag der Anteil der Terminierungsminuten aus anderen Mobilnetzen bei 44-64% (2004-2006); für größere Mobilbetreiber liegt dieser Anteil deutlich niedriger, was durch die hohe Anzahl an Teilnehmern im eigenen Netz und der damit verbundenen Substitution externer durch interne Terminierungsminuten zu erklären ist.

Da mit externer Terminierungsleistung entsprechende Einnahmen verbunden sind, sind Einnahmen aus Terminierung für kleinere Betreiber – wie Hutchison – grundsätzlich von größerer Bedeutung. Gleichzeitig ist für kleinere Betreiber auch festzustellen, dass ein größerer Anteil des Verkehrs ihrer Teilnehmer in anderen Netzen terminiert. Die Kombination

aus der Bedeutung der Terminierung von Gesprächen im eigenen Netz und dem besonders hohen Anteil der Terminierung von Gesprächen eigener Teilnehmer in Fremdnetzen unterstreicht die Bedeutung der Terminierung für Betreiber wie HUTCHISON und macht deutlich, dass diese sogar ein besonderes Interesse an hohen eigenen und niedrigen fremden Terminierungsentgelten haben können.

Die größten Nachfrager nach Terminierungsleistungen der Mobilbetreiber (in den Jahren 2004 bzw. 2006) sind neben den Mobilfunknetzbetreibern, Telekom Austria, Tele2, etel und UPC. Nur diese vier Festnetzbetreiber bezogen im Jahr 2006 einen Anteil von ca. 1% des gesamten Mobilfunkterminierungsverkehrs.

Während Netzbetreiber mit angeschalteten Teilnehmern Terminierungsleistungen gleichermaßen kaufen und verkaufen („Two-Way-Access“) treten reine Verbindungsnetzbetreiber ausschließlich als Käufer auf („One-Way-Access“). Dies hat Einfluss auf die Verhandlungsmacht, wobei nicht alle Nachfrager auf der Vorleistungsebene einem der beiden Typen eindeutig zuordenbar sind (wie zB der Festnetzbetreiber und MVNO Tele2).

Da der Verkehr zwischen Fest- und Mobilnetzen im Aggregat einigermaßen symmetrisch ist wird ein reiner Teilnehmernetzbetreiber einen etwa ausgeglichenen Minuten-Saldo bzw. einen leichten Überhang haben. Demgegenüber wird ein reiner VNB mit ausschließlich ausgehendem Verkehr ein Verhältnis in/out von Null haben. Nur Telekom Austria und UPC sind als reine Teilnehmernetzbetreiber zu qualifizieren, alle anderen Festnetzbetreiber sind im überwiegenden Maße Verbindungsnetzbetreiber mit einer vergleichsweise geringen Zahl an angeschalteten Teilnehmern.

Liegt ein Anreiz bei den Nachfragern vor, die Mobilfunkterminierungsentgelte zu senken, gibt es grundsätzlich folgende Möglichkeiten entsprechenden Druck auszuüben: 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 u.ä.), b) Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung, c) im Gegenzug hohe Terminierungsentgelte verlangen, d) im Falle von Drittmarktkontakten: Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten.

Auf diese vier Handlungsoptionen wird im Folgenden im Detail eingegangen:

Ad a. In Ermangelung der Möglichkeit zu einem alternativen Anbieter zu wechseln, verbleibt dem Nachfrager im Fall einer Erhöhung der Terminierungsentgelte durch das terminierende Netz die Verweigerung der Zusammenschaltung als eines der wenigen Instrumente zur Durchsetzung seiner Interessen.

Unter den österreichischen Mobilfunknetzbetreibern war tele.ring mit zu Beginn des Jahres 2004 ca. 575.000 Teilnehmern (Teilnehmerstand Ende 2005: mehr als 1 Million) nach Hutchison der zweitkleinste Anbieter. Hutchison, als kleinster Mobilfunknetzbetreiber verfügte zu den genannten Zeitpunkten über ca. 22.000 (Anfang 2004) bzw. ca. 300.000 Teilnehmer Ende 2005 und hat mittlerweile bereits mehr als 400.000 angeschlossene Kunden. Zwar ist insbesondere Hutchison damit im Vergleich zu den anderen Mobilfunknetzbetreibern deutlich kleiner, aber das rapide Wachstum des Gesamtmarktes (in Teilnehmern und Verkehrsminuten) bzw. der Mobilfunknetzbetreiber im Allgemeinen, die beträchtliche Anzahl ihrer Kunden, die jedenfalls von Kunden anderer Netze zu erreichen sein müssen, und auch ihre relative Größe zu anderen Zusammenschaltungspartnern (so hatte im Vergleich zu den beiden genannten Anbietern bereits der zweitgrößte Festnetzbetreiber deutlich weniger Teilnehmer), bedingen, dass im Fall einer Verweigerung der Zusammenschaltung auf Grund zu hoher Entgelte auch der verweigernde potentielle Zusammenschaltungspartner den wirtschaftlichen Schaden tragen würde, da etwa das

Nichterreichen von einigen hunderttausend Teilnehmernummern die Attraktivität seines Endkundendienstes (auf dem Endkundenmarkt) nicht nur erheblich beeinträchtigt, sondern de-facto ein konkurrenzfähiges Angebot verunmöglicht. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der Größe des ggf. die Zusammenschaltung verweigernden Anbieters auf den Endkundenmärkten. Denn auch für die größten Telekomanbieter (Mobilkom mit ca. 3,6 Mio., Telekom Austria mit 2,5 Mio. oder T-Mobile [seit 05.2006 mit tele.ring] mit nunmehr ca. 3,4 Mio. Teilnehmern) wäre ein Nichterreichen der Teilnehmer eines – wenngleich auch kleineren – Mobilfunkanbieters mit erheblichen Imageverlusten und wirtschaftlichen Schaden verbunden und daher die Nichtzusammenschaltung keine glaubwürdige Drohung bzw. Alternative.

Auch für die Senkung der nachgefragten Menge gilt, dass der nachfragende Netzbetreiber nicht direkt auf die Nachfragemenge Einfluss nehmen kann, wird doch die nachgefragte Menge durch das Telefonieverhalten der angeschlossenen Kunden bestimmt (dh abgeleitet). Sieht man von der Möglichkeit zu Arbitragegeschäften ab ist die einzige Möglichkeit, die dem Netzbetreiber bleibt, die Nachfragemenge zu senken (und somit Druck auszuüben), prohibitiv hohe Endkundenentgelte für Gespräche in das jeweilige Zielnetz zu verlangen. Eine solche Tarifierhöhung schmälert aber in erster Linie die Attraktivität der Tarifangebote auf dem Endkundenmarkt empfindlich, sodass der Telekomanbieter sich letztlich ggf. selbst in seiner Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten einen größeren Schaden zufügt als dem Terminierungsnetzbetreiber.

Damit fehlt auch die Glaubwürdigkeit, um dem Drohpotential Nachdruck zu verleihen.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Zusammenschaltung sowie die Möglichkeit zur Streitschlichtung schränken die Zusammenschaltung als Instrument zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen, stark ein und Drohungen in Zusammenhang mit der Zusammenschaltung (z.B. Verweigerung) verlieren an Glaubwürdigkeit.

Ad b. Prinzipiell besteht die Möglichkeit bei Verhandlungen hinsichtlich der Mobilfunkterminierungsentgelte zu drohen, ein Streitschlichtungsverfahren bei der Regulierungsbehörde einzuleiten, um eine Senkung der Entgelte zu erwirken. Das kann eine wirksame Drohung sein, wenn der Mobilterminierungsanbieter als Folge des Streitschlichtungsverfahrens eine deutliche Absenkung seiner Terminierungsentgelte erwartet. Diesfalls könnte er geneigt sein, durch eine Absenkung, die geringer wäre als das erwartete Ergebnis des Streitschlichtungsverfahrens, ein solches abzuwenden, andernfalls würde es der Anbieter auf das Verfahren ankommen lassen. Der Ausgang des Streitschlichtungsverfahrens ist zwar ungewiss, die Erwartungshaltung beider Parteien (und damit ihre Bereitschaft zur Einigung über die Höhe der Terminierungsentgelte) dürfte aber wesentlich durch bisherige Erfahrungen mit Streitschlichtungen bzw. die Praxis der Regulierungsbehörde in der Vergangenheit beeinflusst werden.

Als Beispiel für die Wirksamkeit eines angedrohten Streitschlichtungsverfahrens kann die Absenkung des Mobil- Terminierungsentgeltes der tele.ring angesehen werden. Konkret wurde eine Absenkung der Terminierungsentgelte der tele.ring in mehreren Stufen von 19,62 €c auf 13,80 €c vorgesehen.

Diese Absenkungsschritte stehen dabei in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem Marktanalyseverfahren, das zu diesem Zeitpunkt auch hinsichtlich des betreiberindividuellen Terminierungsmarktes der tele.ring eingeleitet war. Zum anderen war zu diesem Zeitpunkt ein im Zuge eines Zusammenschaltungsverfahrens beauftragtes Gutachten in Erarbeitung, das letztlich offenbarte, dass die von tele.ring angebotenen (und angenommenen) Terminierungsentgelte weit über den errechneten Kosten lagen; im Konkreten lagen die Entgelte zeitweilig bis zu 90% über den betreiberindividuellen Kosten.

Der Umstand, dass tele.ring sich letztlich nicht genötigt sah, seine Preise stärker an den eigenen Kosten zu orientieren, kann somit als Indiz für Marktmacht der tele.ring gesehen werden.

Ad c. Hinsichtlich der Untersuchung der Handlungsoption des Verlangens hoher Terminierungsentgelte im Gegenzug muss eine Unterscheidung nach unterschiedlichen Nachfrager(gruppen) vorgenommen werden:

c.1. Die Verhandlungsmacht von Verbindungsnetzbetreibern:

Die Verhandlungssituation zwischen Verbindungsnetzbetreibern (VNB) und Mobilbetreibern ist einerseits dadurch gekennzeichnet, dass VNBs selbst keine Terminierungsleistungen anbieten (*One-Way-Access*) und andererseits, dass es keinen (bzw. nur sehr eingeschränkten) Wettbewerb zwischen VNBs und Mobilbetreibern gibt. Der Mobilbetreiber hat daher keine nennenswerten Foreclosure-Anreize, wird aber jedenfalls versuchen, den Gewinn aus der Terminierungsleistung zu maximieren, d.h. den Monopolpreis durchzusetzen. Umgekehrt hat der VNB in der Regel, weil ihm das einen kompetitiven Vorteil gegenüber den Mitbewerbern bringt (andernfalls würde er die überhöhten Mobilterminierungsentgelte schlicht auf seine Endkunden überwälzen), einen Anreiz geringe Terminierungsentgelte (im Idealfall kostenorientierte Entgelte) zu verhandeln.

In dieser Verhandlungssituation sind praktisch alle Verhandlungsvorteile auf Seiten des Mobilbetreibers. Der VNB hat abgesehen vom Konfliktpunkt (Zusammenschaltungsverhandlungen scheitern) keine Alternativen (*Outside options*). Die Verweigerung der Zusammenschaltung stellt ihn insgesamt – sogar im Falle der Zusammenschaltung mit einem sehr kleinen Mobilbetreiber wie dies etwa Hutchison während der ersten Monate des Jahres 2004 war – schlechter, als die Terminierungsleistung zum Monopolpreis zu beziehen, da seine Kunden einen (u.U. signifikanten) Teil der Teilnehmer nicht erreichen könnten.

Im Vergleich dazu sind die negativen Konsequenzen eines Nichtzustandekommens einer Zusammenschaltungsvereinbarung (Konfliktpunkt) für den Mobilbetreiber vernachlässigbar: die Kunden des VNBs bleiben für ihn auf Grund der Zusammenschaltungsvereinbarung mit dem Originierungsnetzbetreiber erreichbar. Der Verbindungsnetzbetreiber verfügt daher über keine Nachfragemacht, die den Anbieter von Mobilterminierungsleistungen im Preissetzungsverhalten restringieren könnte und wäre daher in einer unregulierten Situation dessen Marktmacht und Monopolkalkül ausgesetzt.

c.2. Die Verhandlungsmacht von alternativen Festnetzbetreibern mit angeschalteten Teilnehmern:

Die Terminierungsrelationen (mobil) für jeden der größten 4 alternativen Festnetz-Betreiber zeigt folgendes Bild:

	2004			2005			2006		
	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out
eTel									
TRA									
Tele2									
UPC									

Ein Festnetzbetreiber mit angeschalteten Teilnehmern kauft nicht nur Mobilterminierungsleistungen, sondern verkauft seinerseits Terminierungsleistungen an Mobilfunkbetreiber

(Two-way-Access). Da Festnetzbetreiber nicht (bzw. nur eingeschränkt) mit Mobilbetreibern im Wettbewerb stehen, sind *Foreclosure-Anreize* von untergeordneter Bedeutung (vgl. jedoch Festnetz-Mobilnetzkonvergenz). Sowohl Festnetz- wie Mobilnetzbetreiber versuchen ihrerseits den Monopolpreis durchzusetzen; würden beide Zusammenschaltungspartner die Preise (ohne Verhandlung) einseitig festsetzen, würden sich jedenfalls Monopolpreise einstellen.

Die Frage ist, ob Verhandlungen (bei Abwesenheit von Mobilterminierungs-Regulierung) zwischen Mobilfunkbetreibern und Festnetzbetreibern mit eigenen Teilnehmern ggf. zu einem anderen Ergebnis führen können. Beide Verhandlungspartner haben in erster Linie ein Interesse daran, die Einkaufspreise niedrig zu halten und verfügen über keine nennenswerten Alternativen zur Terminierung im jeweils anderen Netz. Im Gegensatz zum Verbindungsnetzbetreiber kann der Teilnehmernetzbetreiber dem Mobilbetreiber aber drohen, seinerseits hohe Terminierungsentgelte (rationalerweise Monopolpreise) zu verrechnen, wenn der Mobilbetreiber die Terminierungsentgelte nicht senkt. Allerdings ist der Festnetzbetreiber in seinen Handlungsmöglichkeiten und so letztlich in seinem Drohpotential durch die bestehende Regulierung auf den Märkten für Festnetzterminierung starken Einschränkungen unterworfen. Wird die bestehende Preisregulierung der Terminierungsleistungen von Festnetzbetreibern berücksichtigt (unter Anwendung des „modified Greenfield Approach“) ist davon auszugehen, dass ein Mobilbetreiber sein Terminierungsentgelt in den Verhandlungen möglichst hoch ansetzen wird. Das Drohpotential des Festnetzbetreibers ist schwach und beschränkt sich im Wesentlichen auf die Verrechnung hoher Endkundenentgelte (mit entsprechenden Wettbewerbsnachteilen am eigenen Endkundenmarkt und möglichen Gegenmaßnahmen des Mobilbetreibers) bzw. die Anrufung der Regulierungsbehörde.

Anders ist die Situation in jenen Fällen zu beurteilen, in denen der Festnetzbetreiber mit eigenen Teilnehmern und der Mobilbetreiber in einer Konstellation wirtschaftlicher Verbundenheit (Konzernverbund, ein Unternehmen etc.) stehen. Dies trifft in Österreich gegenwärtig auf alle Mobilbetreiber mit Ausnahme der Hutchison zu. Besonders relevant ist es für Mobilkom (Telekom Austria), Tele2 und T-Mobile (hauptsächlich bezüglich der Festnetzkunden der übernommenen tele.ring). Abgesehen von der besonderen Konstellation im Fall von Konvergenz Produkten (zB. Replace), kann der Festnetzarm kein besonderes Interesse haben, die Terminierungsentgelte des mit ihm verbundenen Mobilfunkanbieters zu senken, wenn dieser Effekt nicht ausschließlich dem verbundenen Festnetzarm zugute kommt. Zwar wäre eine solche Preisdiskriminierung bei Abwesenheit regulatorischer Eingriffe denkbar, an der (nicht gegebenen) Verhandlungsmacht anderer Anbieter würde dies freilich nichts ändern.

c.3. Die Verhandlungsmacht der Telekom Austria AG:

Die Terminierungsrelationen (Terminierungsminuten in Tausend) zwischen den Mobilfunkbetreibern und dem größten Festnetzbetreiber, Telekom Austria AG, zeigt folgendes Bild:

	2004			2005			2006		
	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out
ONE (inkl. MVNO)									

Die Verhandlungssituation (bei Abwesenheit von Regulierung) zwischen der Telekom Austria mit ihren zahlreichen angeschalteten Teilnehmern (bei abgestimmter Strategie, gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung der Teilnehmer der Mobilkom) und einem der

kleineren Mobilbetreiber wie der Hutchison oder der Tele2 würde sich dadurch auszeichnen dass auf den Telekom Austria Konzern ein Anteil von bis zu fast 40% der insgesamt bei diesen nachgefragten Terminierungsminuten entfällt.

Jedoch wurde alle Teilnehmernetzbetreiber des Festnetzes als marktbeherrschend auf ihren Terminierungsmärkten eingestuft und ihnen Verpflichtungen (Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten auf Basis eines benchmarking Ansatzes) auferlegt. Damit verlieren selbst große Festnetzanbieter wie Telekom Austria, die mehr Teilnehmer angeschaltet haben als die kleineren Mobilbetreiber (Hutchison, tele.ring oder One) ihre (potenzielle) Nachfragemacht. Wären sie freilich keiner Regulierung unterworfen und würden nicht aus wettbewerblichen Gründen überhaupt Anreize zur Marktabschottung bestehen, so wäre das Resultat zweier, den jeweiligen Monopolpreis (zum Nachteil der Kunden) verlangender Unternehmen zu erwarten.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die (grundsätzliche) Verpflichtung zur Interoperabilität sowie die Verpflichtungen des Nachfragers in Zusammenhang mit einer marktbeherrschenden Stellung auf den Festnetz-Terminierungsmärkten die Nachfragemacht wesentlich einschränken.

c.4. Die Verhandlungsmacht von anderen Mobilbetreibern

Im Zentrum der Verhandlungen um Terminierungsentgelte zwischen zwei Mobilfunkbetreibern stehen – da die Anbieter im direkten Wettbewerb zueinander stehen – die Auswirkungen auf die individuellen Wettbewerbspositionen der Unternehmen. Handelt es sich bei den Verhandlungspartnern um etablierte Mobilbetreiber mit einer relevanten Anzahl an Teilnehmern so haben beide Verhandlungspartner – wie im Fall des Festnetzbetreibers mit eigenen Teilnehmern – keine Alternativen zur Zusammenschaltung; eine Strategie der Marktabschottung ist in diesem Fall – auch unbeschadet der gegebenen Interoperabilitätsverpflichtung – nicht plausibel. Die Nichtzusammenschaltung ist daher für beide keine Alternative, Ergebnis der Verhandlungen wären beidseitige Monopolpreise.

Grundsätzlich haben alle Mobilfunkbetreiber einen Anreiz, Druck auf die Terminierungsentgelte ihrer jeweiligen Mitbewerber auszuüben, da dies einerseits die eigenen Kosten senkt, (attraktivere Endkundenangebote ermöglicht, dh. das Unternehmen im Wettbewerb stärkt) und gleichzeitig den Umsatz des Rivalen reduziert (wodurch dessen Position im Wettbewerb geschwächt wird). Kleinere Betreiber wie etwa Hutchison, Tele2 oder tele.ring haben einen umso größeren Anreiz, da der Anteil ihrer Off-Net Minuten an den Gesamtminuten in der Regel höher ist, was zu einer entsprechend höheren Netto-Outpayment Relation im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen führt. Dennoch gilt auch für diese Unternehmen, dass der Anreiz, Druck auf eine Absenkung auszuüben, sinkt, wenn im Gegenzug die eigenen Terminierungsentgelte gesenkt werden müssen.

Bei der Verhandlung über Mobilterminierungsentgelte (wenn zunächst von Drittmarktkontakten und wirtschaftlich verbundenen Unternehmen abstrahiert wird) wird eine einseitige Senkung der Terminierungsentgelte nicht durchzusetzen sein. Die jeweiligen Marktanteile am Endkundenmarkt und das Volumen der Zusammenschaltungsminuten verschieben nicht die Verhandlungsmacht bzw. das Drohpotential zugunsten einer Seite, da der Charakter der Monopolleistung und der strategische Rahmen der Verhandlungssituation davon unberührt bleiben. Gleichwohl haben aber die Terminierungssalden und der Umstand, dass höhere Terminierungsentgelte kleinerer Anbietern in den Endkundertarifen häufig nicht abgebildet (bzw. wahrgenommen) werden, Einfluss auf die Vehemenz, mit der Mobilbetreiber ihre Ziele in den Verhandlungen verfolgen werden.

Eine Übersicht der Symmetrie des Terminierungsverkehrs zwischen Mobilfunknetzen (in Gesprächsminuten) zeigt nachfolgendes Bild. Ein negativer Wert bedeutet, dass die

Verfahrenspartei im Verhältnis zum genannten Mobilfunkbetreiber mehr outgoing-Minuten hat.

ONE	MKA	Hutchison	TRA	TMA
2004				
2005				
2006				

Das Verhältnis der Verkehrsströme zwischen den Mobilfunknetzen („In/Out“) je Betreiberpaar gibt folgendes Bild:

ONE	MKA	Hutchison	TRA	TMA
2004				
2005				
2006				

Das Verhältnis „In/Out“ zwischen Mobilfunknetzen, gesamt je Betreiber, zeigt sich (in Gesprächsminuten) wie folgt:

	2004			2005			2006		
	In	Out	In / Out	In	Out	In / Out	In	Out	In / Out
ONE (inkl. MVNO)									

Die Tabellen stellen die Salden der Verkehrsströme zwischen den österreichischen Mobilfunknetzbetreibern für die Jahre 2004-2006 dar und zeigen, dass zwischen den drei (größeren) Anbietern – Mobilkom, T-Mobile (inkl. tele.ring) und One – annähernd ausgeglichene Terminierungsbilanzen bestehen. Käme zu dieser Terminierungsbilanzsymmetrie auch noch eine ähnliche Netzgröße bzw. ein ähnliches Verkehrsaufkommen (und damit ähnliche Kosten) hinzu, so wären diese Betreiber unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts. Allgemein könnten unter solchen Voraussetzungen Verhandlungen zu kosteneffizienten, reziproken Mobil-Mobil-Terminierungsentgelten führen, sie könnten aber auch überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte zur Folge haben.

In einem reinen Mobil-Mobil-Kontext wäre es somit unter bestimmten Voraussetzungen denkbar, dass sich Mobilkom, T-Mobile und One insbesondere aber T-Mobile und Mobilkom (die auch annähernd gleich groß sind), auf ein kosteneffizientes Niveau der Terminierungsentgelte verständigen. Eine solche Lösung wäre 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 kosteneffizienten Preisen wäre daher allenfalls zwischen Betreibern mit ähnlicher Interessenslage vorstellbar und auch nur dann, wenn die Terminierungsentgelte, die anderen Betreibern – insbesondere aber Festnetzbetreibern – 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 könnten, schwindet das Interesse an wechselseitig kostenorientierten Entgelten.

Die Symmetrie der Terminierungsbilanz hängt von einer Reihe von Umständen ab, die ihrerseits zum Teil in der Diskretion eines der beiden Verhandlungspartner stehen. Zu den hierfür relevanten Einflussfaktoren zählen etwa die Kundenstruktur oder die Gestaltung der Endkumentarife. Hinsichtlich letzterer ist anzumerken, dass eine Endkumentarifpolitik, die etwa zu deutlich niedrigeren Tarifen für Gespräche in andere Netze führt, die Terminierungsbilanz deutlich zuungunsten des Betreibers, der diesen Tarif einführt, beeinflussen kann. Eine Vereinbarung über reziprok anzuwendende Entgelte auf Niveau des Wettbewerbspreises ist nicht im Interesse des Terminierungsnetzbetreibers (wegen hohem inflow) und führt letztlich zu einem instabilen Ergebnis. Wollten die Betreiber eine solche Situation vermeiden, so birgt eine solche (allenfalls implizite) Vereinbarung auch die Gefahr negativer Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität des Endkundenmarktes mit sich, da die Betreiber ggf. auf offensive Tarifmaßnahmen verzichten könnten.

Bei stark asymmetrischem Verkehr – wie er für die Hutchison zu beobachten ist – ist die Profitneutralität 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 *Access-Überschuss* aus Terminierung beschert – rationalerweise den *Access-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 *Access-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.

Die Vorleistungsentgelte der jeweiligen Terminierung von SMS, die grundsätzlich einer bilateralen Verhandlungssituation unterliegen, bestätigen die grundsätzliche Möglichkeit eines reziproken Verhandlungsergebnisses. Gleichzeitig weist der seit Jahren weitgehend unveränderte Preis von etwa 4 €Cent darauf hin, dass eine solche Vereinbarung nicht (zwangsläufig) zu einem kosteneffizienten Preis führen muss. Das gravierende Wachstum bei SMS in den vergangenen Jahren (von 2004 auf 2006: +76% endkundenseitig) und die damit realisierten Skalenerträge wurden offensichtlich in den verrechneten Preisen nicht bzw. nicht in diesem Ausmaß berücksichtigt, was den Schluss nahe legt, dass bei den Verhandlungen zur SMS-Terminierung kein ausreichender Druck auf den Preis ausgeübt wird.

c.5. Verhandlungsmacht von Mobilnetzbetreibern gegenüber einem Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt

Mangels Kunden, Verkehrsaufkommen etc. haben Neueinsteiger in den Markt in einer völlig unregulierten Situation keine Verhandlungsmacht über die Höhe der Terminierungsentgelte.

In diesem Fall hat der etablierte Betreiber einen *Foreclosure*-Anreiz, d.h. er kann von einem nichterfolgreichen Markteintritt bzw. von einem frühzeitigen Marktaustritt (nur) profitieren.

Das macht die Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern/verzögern oder prohibitiv hohe Preise in Rechnung zu stellen, glaubwürdig und versetzt den etablierten Betreiber in die Lage, Preisdruck auf die Terminierungsentgelte des neuen Anbieters auszuüben und niedrigere Terminierungsentgelte (als er diesem selbst in Rechnung stellt) durchzusetzen. Das eigentliche Problem des neu in den Mobilfunkmarkt eintretenden Unternehmens im Fall der Abwesenheit von Regulierung wird aber weniger die Höhe der Terminierungsentgelte sein, als vielmehr der Anreiz des bestehenden Unternehmens die Zusammenschaltung komplett zu verweigern (was auch durch prohibitiv hohe Terminierungsentgelte geschehen kann, die letztlich eine Zusammenschaltungsvereinbarung verunmöglichen). In diesem Fall liegt aber weniger ein Fall von Verhandlungsmacht als vielmehr Marktmachtmissbrauch vor.

Diese Ausführungen beziehen sich auf die kurze Phase des Markteintrittes des neuen Unternehmens. Anders ist die Situation aber nach erfolgtem Markteintritt zu beurteilen. Aufgrund der hohen versunkenen Kosten, die mit der Errichtung eines Mobilfunknetzes verbunden sind (diese sind nur im Fall eines MVNOs geringer, wenngleich keinesfalls vernachlässigbar), ist eine erfolgreiche Verdrängung eines Mitbewerbers äußerst unwahrscheinlich. Neben einer Strategie des völligen „foreclosure“ sind aber auch andere Ansätze unrealistisch, wenn man in die Überlegung mit einbezieht, dass eine ex-ante Betrachtung eine Vorausschau der Entwicklung für etwa 2 Jahre erfordert und die bisherige Entwicklung des Mobilfunks und der Teilnehmerstände bei den Betreibern über einen solchen Zeitraum eine Verdrängung nach erfolgtem Markteintritt als nicht rational (hoher Eigenschaden) erscheinen lässt. Ist ein Markteintritt aber erfolgt, so gelten die obigen Ausführungen, denen zufolge in aller Regel kein Anreiz besteht vom Monopolpreis für eigene Terminierungsleistungen abzuweichen. Im Gegenteil: Nachdem sich der Marktneuling auf der Endkundenseite mit entsprechend günstigen Tarifen eine kritische Masse an Kunden und Verkehr zu sichern sucht, ist vielmehr zu erwarten, dass er versuchen wird, hohe Terminierungsentgelte als Ausgleich zu erhalten (auch um die monetäre Terminierungsbilanz zu seinen Gunsten zu verändern). Nachdem die Anzahl der in seinem Netz terminierenden Verkehrsminuten gering sein wird und nachdem aufgrund einer bei vielen Anbietern zur Anwendung gelangenden Durchschnittspreisbildung hohe Terminierungsentgelte nicht in entsprechend differenzierten (höheren) Endkundenentgelten für Rufe in kleine Netze (mit hohen Terminierungsentgelten) abgebildet werden, besteht sogar ein Anreiz ggf. über den Monopolpreis für die Terminierung hinauszugehen. Hinzu kommt, dass ein kleiner Betreiber mit hohen Kosten für den Netzaufbau und wenigen realisierten Minuten in der Phase des Markteintritts Durchschnittskosten je Minute haben wird, die im Preis gar nicht abbildbar sind.

Aus den zum Teil bereits genannten Gründen wird der Marktneuling bzw. der kleine Betreiber – wie Hutchison Anfang 2004 oder Tele2 im Jahr 2003 – auch nicht durch große etablierte Betreiber in seinem Preissetzungsverhalten beschränkt. Die Verweigerung der Zusammenschaltung ist weder möglich (SMP-Regulierung oder Streitschlichtung) noch rational (eigener Imageschaden). Falls die Terminierungsentgelte des etablierten Betreibers umgekehrt nicht reguliert werden, wird der etablierte Betreiber seine Terminierungsentgelte in jedem Fall auf Höhe des Monopolpreises festsetzen. Dieser Preis maximiert den Profit aus Terminierungsleistungen und stärkt gleichzeitig seine Wettbewerbsposition im Verhältnis zum Marktneuling, da dieser einen deutlich ungünstigeren Mix aus netzinternem und (wegen der hohen Terminierungsentgelte) kostenintensivem netzexternem Verkehr zu gewärtigen hat als der etablierte Betreiber. Hinzu kommt der negative Verkehrssaldo von kleineren Betreibern.

Wird der etablierte Betreiber andererseits aufgrund seiner Möglichkeit, überhöhte Terminierungsentgelte zu verlangen, einer Regulierung unterworfen, so verliert er jedweder Verhandlungsmacht gegenüber kleineren Mobilnetzbetreibern, wohingegen für letztere der Anreiz, Monopolpreise für die Rufzustellung ins eigene Netz zu verlangen, aufrecht bleibt.

Ad d. Druck auf die Terminierungsentgelte (und damit die Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht) kann auch dadurch ausgeübt werden, indem in anderen Bereichen, in denen

die Vertragspartner miteinander in Beziehung stehen, mit Preiserhöhungen, der Verweigerung von Lieferung oder dem Kauf anderer Leistungen gedroht wird, falls kein erwartungskonformes Ergebnis bei Terminierungsentgelten erreicht wird („Multimarktkontakte“).

Dies setzt daher voraus, dass auf dem Markt, aus dem die Drohung kommt, der die Terminierung nachfragende Betreiber über Marktmacht verfügt, d.h. sich unabhängig von Wettbewerbern verhalten kann. Ansonsten würde eine Androhung der Preiserhöhung oder Verweigerung der Leistung zu einem Wechsel des Anbieters führen und bliebe letztlich für die Forderung nach Senkung der Terminierungsentgelte weitgehend ergebnislos.

Nachfolgende Tabelle zeigt das Verhältnis zwischen Terminierungsumsatz und sonstigen Umsätzen je (Mobil-)Betreiberpaar pro Jahr:

2004	MKA	TMA	TRA	Hutchison
ONE				
2005	MKA	TMA	TRA	Hutchison
ONE				
2006	MKA	TMA	TRA	Hutchison
ONE				

Anmerkung: Unter „sonstige Umsätze“ wurden alle wechselseitigen Umsätze betrachtet, abgesehen von Umsätzen aus Mobilterminierung.

Folgende Tabelle stellt das Verhältnis zwischen Terminierungsumsatz und sonstigen Umsätzen des Mobilbetreibers im Verhältnis zu den jeweils vier größten Festnetzbetreibern:

2006	TA	T2U	UPC	etel	Rest
ONE					

Der Aufwand (bzw. Auszahlungen für) bezogene(r) Leistungen in Euro von Festnetzbetreibern stellt sich wie folgt dar:

2004	TA	T2U	UPC	Rest
ONE				
2005	TA	T2U	UPC	Rest
ONE				
2006	TA	T2U	UPC	Rest
ONE				

d.1. Multimarktkontakte – zur Verhandlungsmacht der Telekom Austria AG:

Die Vermutung der größten nachfrageseitigen Gegenmacht besteht (für alle österreichischen Anbieter) bei der Telekom Austria, da sie der größte Anbieter auf einer Reihe von Vorleistungsmärkten ist, insbesondere auch auf solchen, die für die Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht gegenüber Mobilfunkanbietern von besonderem Interesse sind (terminierende Segmente von Mietleitungen, Terminierung Festnetz). Darüber hinaus könnte auch die Interessenslage der Telekom Austria an niedrigeren Terminierungsentgelten

der Mobilfunkbetreiber besonders ausgeprägt sein, ist sie doch als größter Anbieter fester Sprachtelefonie auch im besonderen Maße von der schleichenden Fest-Mobil Telefonie-substitution, die durch die Relationen der F2M/M2F Terminierungsentgelte mit beeinflusst ist, betroffen.

Obige Tabelle über den „Aufwand bezogener Leistungen von Festnetzbetreibern“ zeigt, dass der Telekom Austria eine besondere Stellung zukommt. Für die Einschätzung der Bedeutung dieser Aufwände ist festzustellen, dass sich die Umsätze der Telekom Austria einerseits aus Positionen auf regulierten Märkten (etwa Terminierung, terminierende Segmente von Mietleitungen oder Originierung) und andererseits aus Umsätzen auf nicht regulierten Märkten zusammensetzen. Auf all jenen Märkten, auf denen im Zuge einer Marktanalyse festgestellt wurde, dass Telekom Austria über Marktmacht verfügt, wurde eine entsprechende Regulierung auferlegt, sodass der Handlungsspielraum der TA auf diesen Märkten in den für eine Verhandlungssituation wesentlichen Punkten wie der Zugangsverweigerung oder der Preisgestaltung eingeschränkt ist. Auch andere Drohungen wie Qualitätsverschlechterungen, Lieferweigerungen etc. werden durch die Regulierung (im Regelfall durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots) hintangehalten.

Unter Zugrundelegung des „modified greenfield“ Ansatzes sind diese Regulierungen in der konkreten Verhandlungssituation über Terminierungsentgelte zu berücksichtigen, sodass aus ökonomischer Sicht davon auszugehen ist, dass Telekom Austria auf diesen Märkten keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben kann. Auf anderen Märkten, auf denen Telekom Austria über keine marktbeherrschende Stellung verfügt, ist definitionsgemäß effektiver Wettbewerb gegeben, was auch heißt, dass es Alternativen zu ihrem Angebot gibt und Androhungen über Preiserhöhungen, Verschlechterungen in der Qualität etc. keine entscheidende Quelle nachfrageseitiger Gegenmacht sein können. In manchen Bereichen - etwa bei den für den Aufbau eines Mobilfunknetzes besonders wichtigen Mietleitungen - bestehen insbesondere für Mobilfunkanbieter auch realistische Alternativen durch den Einsatz von Richtfunkstrecken.

Aus den angeführten Gründen ist seitens Telekom Austria keine nachfrageseitige Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte der Mobilbetreiber zu erwarten; dies umso weniger, wenn man Gegenmaßnahmen mit bedenkt und weiters dem Umstand Rechnung trägt, dass Telekom Austria ein mit Mobilkom verbundenes Unternehmen ist und dass auch die Gefahr besteht, dass ggf. die Terminierungsentgelte des eigenen Unternehmens abgesenkt werden könnten. Vielmehr ist in einer solchen Situation verbundener Unternehmen ein den Gewinn optimierendes Gesamtkonzernkalkül zu erwarten, dass ggf. die Interessen des Festnetzbereichs dominieren werden.

d.2. Multimarketkontakte – zur Verhandlungsmacht alternativer Netzbetreiber (ANB)

Ähnliche Aussagen wie unter Punkt d.1. gelten auch für die Interessenslage jener anderen Unternehmen, die mit einem Festnetzanbieter im Konzernverbund stehen (natürlich nur zwischen diesen). Konkret betrifft dies alle österreichischen Mobilfunkbetreiber außer Hutchison, insbesondere aber Tele2 und T-Mobile (bzw. tele.ring).

Aus den obigen Tabellen „*Verhältnis zwischen Terminierungsumsatz und sonstigen Umsätzen des Mobilbetreibers im Verhältnis zu den jeweils vier größten Festnetzbetreibern*“ und „*Aufwand bezogener Leistungen von Festnetzbetreibern*“ ist im Hinblick auf die Multimarketkontakte zwischen Mobilfunkbetreibern und anderen Unternehmen des Festnetzes erkennbar, dass das Gros der anderen Festnetzunternehmen über deutlich geringere Umsätze verfügt und die Relation zwischen Mobilterminierung einerseits und dem Bezug aller Leistungen des Festnetzanbieters andererseits in der Regel (einzige Ausnahme ist T-Mobile) klar zugunsten der Mobilterminierung ausfällt.

Die Festnetzbetreiber erbringen ihre Leistungen auf Märkten, die in effektivem Wettbewerb stehen bzw. auf denen sie über keine marktbeherrschende Stellung verfügen. Einzige Ausnahme hiervon ist die Festnetzterminierung, die ihrerseits als Monopulleistung einer Preisregulierung unterworfen ist. Weitergehendere Regulierungen der Festnetzterminierungsleistung (etwa eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung, zur Qualität etc.) wurden für alternative Betreiber nicht vorgesehen, da (gegenwärtig) kein entsprechender Missbrauch zu erwarten ist. Die Ergebnisse zu d.1. gelten auch in diesem Kontext.

d.3. Multimarketkontakte – mit anderen Mobilbetreibern

Neben den Marktbeziehungen auf den Mobilfunkterminierungsmärkten für Sprache, stehen sich die Mobilfunkbetreiber auch auf anderen Märkten bzw. im Bezug anderer Leistungen gegenüber. Neben den Endkundenmärkten, auf denen sie in direkter Konkurrenz zueinander um Mobilkunden werben, sind dies etwa die Zusammenschaltungsmärkte für SMS/MMS, die gemeinsame Verwendung von Infrastruktur (zB. site sharing) und der Bezug von national Roaming bzw. im internationalen Bereich, wenn Leistungen eines mit einem nationalen Mobilfunkanbieter verbundenen Unternehmens nachgefragt werden. Sieht man von der speziellen Konstellation des national Roamings ab, ist insbesondere die letztgenannte Gruppe an Leistungen, International Roaming – ein Mobilfunkanbieter erbringt für den Kunden eines anderen ausländischen Anbieters eine Leistung – von besonderer Relevanz. Schließlich verfügen die meisten Mobilfunkbetreiber auch über einen Festnetzarm, und finden sich daher auch hinsichtlich der Festnetzterminierung in einer Verhandlungssituation gegenüber. Obige Tabelle zum „Verhältnis zwischen Terminierungsumsatz und sonstigen Umsätzen je (Mobil-)Betreiberpaar pro Jahr“ veranschaulicht die Relation zwischen Terminierungsumsätzen und sonstigen Umsätze und zeigt, dass erstere die sonstigen Umsätze um ein Vielfaches übersteigen (Einzige Ausnahme ist die Beziehung zwischen Mobilkom und Hutchison auf Grund der National Roaming Leistung).

Die meisten dieser Konstellationen wurden bereits an anderer Stelle untersucht, weshalb hier nur kurz zusammengefasst wird:

- Aus den Endkundenmärkten resultiert das (wechselseitig) vorhandene Interesse nach möglichst niedrigen Terminierungsentgelten der Marktgegenseite, allein daraus entsteht aber auf Vorleistungsebene noch kein direktes Drohpotential.
- Obgleich die Terminierung von SMS/MMS keinen relevanten Markt im Sinn der TKMVO 2003 darstellt, ist diese Terminierungsleistung strukturell jener von Sprache ähnlich (Monopulleistung, externe Effekte etc.). Der bereits oben erwähnte Umstand, dass es zwischen Mobilfunkbetreibern ggf. zu einer Verhandlungslösung über dem Wettbewerbspreisniveau kommen kann, ist hier einschlägig, wie der seit Jahren weitgehend konstante Preis für SMS Terminierung zwischen den Betreibern zeigt.
- Die Verbundenheit der Mobilfunkbetreiber mit in ihrer Größe (und daher auch in Ihrer Relevanz) deutlich unterschiedlichen Festnetzbetreibern vermag zu keiner Steigerung der Verhandlungsmacht zu verhelfen, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben.
- „Site sharing“: An der wechselseitigen Einräumung von Mitbenutzungsmöglichkeiten von „sites“ haben zwar insbesondere kleinere Unternehmen besonderes Interesse, allerdings besteht hier immer auch die Möglichkeit einer Alternative, sei es in Form der Selbsterrichtung eines Masten (wo dies nicht durch einschlägige Gesetze oder Bestimmungen eingeschränkt ist), durch den Bezug dieser Leistung durch ein anderes Unternehmen, oder – wenn notwendig – durch eine lokale Umkonfiguration des Netzes. Da grundsätzlich alle Betreiber ein Interesse an „site sharing“ haben und es eine Reihe von outside Optionen gibt, wird die nachfrageseitige Gegenmacht hierdurch nicht gestärkt.

- Im Bereich International Roaming ist zwischen der Zeit ab Ende Juni 2007 (Zeitpunkt zu dem die Verordnung (EG) Nr. 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft in Kraft trat) und dem davor gelegenen Zeitraum zu unterscheiden. Mit Ende Juni 2007 gibt es eine für die EU geltende Regulierung, die Höchstgrenzen für die wechselseitig zu verrechnenden Entgelte (im Jahresmittel) vorsieht, weshalb aus diesem Titel keine indirekte – allenfalls über Konzernverbundenheit erwachsende – nachfrageseitige Gegenmacht zu erwarten ist. Für die Zeit davor ist festzuhalten, dass jeder der Betreiber seine IOTs jedem anderen Betreiber angeboten hat, dass aber – vor allem mit dem Aufkommen der Möglichkeit zur Verkehrssteuerung – zunehmend Rabatte eingeräumt wurden. Nun könnte angenommen werden, dass ein mit einem österreichischen Unternehmen verbundener ausländischer Anbieter versucht, seine Verhandlungsmacht (sein Verkehrsvolumen) in die (nationalen) Verhandlungen über die Terminierungsentgelte einzubringen. Welches Volumen damit verbunden ist, zeigt nachfolgende Tabelle, welche die Exporte der österreichischen Mobilbetreiber mit Konzerngruppen, denen österreichische Mobilbetreiber angehör(t)en, im Jahr 2005 zusammenfassen.

Inbound Roaming Originierung [in tausend Minuten]:

Jahr 2005 [Q1-Q3]	Unternehmensgruppe						
nationale Betreiber	HUTCHISON	ORANGE	T- MOBILE	TELE 2	TELE DANMARK	TELENOR	WESTERN WIRELESS
ONE							
Gesamt							

Als einziger wichtiger internationaler „Player“ auf diesem Markt, der theoretisch eine nachfrageseitige Gegenmacht in den Verhandlungen über die Terminierungsentgelte österreichischer Mobilbetreiber ausüben könnte, kommt die T-Mobile Gruppe in Frage. One steht zwar in Besitz der international agierenden TK Unternehmen Telenor, TDC und Orange (seit Juni 2007 nur mehr im Besitz von Orange und Mid European Partners, MEP; das „closing“ der Übernahme ist allerdings noch ausständig), allerdings sind es nur Minderheits Eigentümer zu 17,45% bzw. 15%, d.h. die eigenen Roaming Umätze und Aufwände werden bei der Konzerngewinnmaximierung entsprechend wichtiger sein als die Terminierungsentgelte, die die One zu bezahlen hat.

Jenseits dieser konkreten Zahlen ist aber festzustellen, dass für die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht aus diesem Titel nicht nur keine Evidenz vorliegt, sondern, dass es (im Gegenteil) das erste Interesse von konzernverbundenen Unternehmen sein wird, den Verkehr aus International Roaming in das Netz des verbundenen Unternehmens zu lenken. Dieser Lenkungseffekt ist besonders deutlich am Verkehr der T-Mobile-Gruppe erkennbar. Sollte dies nicht (zur Gänze) gelingen, so ist dies auf Mangel an Verkehrsführungsmöglichkeiten zurückzuführen, kann aber andererseits (mangels Alternative) kaum als Druckmittel in die Verhandlungen über Terminierungsentgelte eingebracht werden.

Damit ergibt sich auch aus diesem Titel keine Möglichkeit einer das Preissetzungspotential des Terminierungsmonopols beschränkenden nachfrageseitigen Gegenmacht.

Im Zusammenhag mit der Leistung „National Roaming“ kann Folgendes festgestellt werden:

National Roaming-Leistungen werden in Österreich von zwei Betreibern nachgefragt: Einerseits bezieht Hutchison als Mobilfunknetzbetreiber auf Basis einer privatrechtlichen Vereinbarung solche Leistungen von Mobilkom. Andererseits besteht auch ein

privatrechtlicher Vertrag zwischen Tele2 und dem Mobilfunknetzbetreiber One, der es ersterem erlaubt – ohne eigenes Funknetz als „virtueller Mobilnetzbetreiber („Mobile Virtual Network Operator“, „MVNO“) – auf dem Markt aufzutreten und selbständig Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen.

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Mobilkom und Hutchison ist festzustellen, dass dieser Vertrag bereits einmal verlängert wurde und derzeit bis Ende 2007 gilt. Zum Zeitpunkt der Verhandlung dieses National Roaming Vertrages waren jedenfalls mehrere Outside Optionen gegeben, da die nachgefragte Leistung von jedem Mobilfunknetzbetreiber angeboten werden kann und auch tatsächlich von mehreren angeboten wurde. In der Verhandlungssituation bestanden daher in diesem Fall tatsächlich glaubwürdige Alternativen, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass Mobilkom in der Lage war, die Terminierungsentgelte der Hutchison zu beeinflussen. Umgekehrt dürfte aber auch Hutchison nicht in der Lage gewesen sein, Druck auf die Terminierungsentgelte der Mobilkom auszuüben, da diese zu diesem Zeitpunkt einer Regulierung nach dem Prinzip der Angemessenheit unterlagen und überdies nicht klar (bzw. entschieden) war, dass gerade Mobilkom verpflichtet wäre, der Hutchison als Neueinsteiger die national roaming Leistung anzubieten. Nachdem gerade für Hutchison die „*time to the market*“ ein wesentlicher Faktor in der Wettbewerbspositionierung war (und damit ein Interesse an einem raschen Abschluss bestand) konnte Hutchison gegenüber keinem der potenziellen Vertragspartner die Frage deren Terminierungsentgelte als Druckmittel einsetzen.

Von dieser Ausgangssituation zu unterscheiden ist die Situation eines bereits über mehrere Jahre aufrechten Vertragsverhältnisses. Hier sind – insbesondere für die Hutchison – gewisse sunk-costs zu vermuten (zumindest Transaktionskosten), die die outside Option zwar weniger plausibel, aber dennoch nicht ausgeschlossen erscheinen lassen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass zwar die Entscheidungssituation für den Partner des national roaming binär ist, dass aber auch nach erfolgter Einigung zwischen den Partnern Handlungsmöglichkeiten bestehen, die verhindern können, Druck auf die Terminierungsentgelte auszuüben. Dazu zählt insbesondere die Möglichkeit des weiteren Netzausbaus und damit der sukzessiven Verringerung der Abhängigkeit vom Vorleistungsbezug des Partners. Diese Strategie zur Erhöhung der Autonomie und Verringerung der variablen Kosten wird seitens der Hutchison aktiv durch den zügigen Aufbau der eigenen Infrastruktur, seit Gründung der „Netco“ verfolgt. Für die Zukunft kann daher aus dem Vorleistungsbezug der Hutchison eine nachfrageseitige Gegenmacht der Mobilkom auf die Terminierungsentgelte der Hutchison (und umgekehrt) ausgeschlossen werden. Allenfalls ließe sich die Hypothese aufstellen, dass Mobilkom zur Umgehung der zunehmenden Unabhängigkeit der Hutchison vom Vorleistungsbezug bereit gewesen sein könnte, die Terminierungsentgelte abzusenken. Dies ist äußerst unwahrscheinlich, da Hutchison für ihren Marktauftritt und die Unternehmensausrichtung eine flächendeckende 3G Infrastruktur benötigt und andererseits nicht klar ist, warum man in der Verhandlung das Feld der Terminierung überhaupt mit einbeziehen hätte sollen.

2.5.4. Verbundene Unternehmen und Bündelung von Nachfragemacht

In den vorangegangenen Abschnitten wurde die Frage der Wirkung der Verbundenheit von Unternehmen auf die nachfrageseitige Gegenmacht in der Verhandlung von Terminierungsentgelten erörtert. Anders als im Fall einer Wettbewerbsleistung erhöht die Verbundenheit von Unternehmen nicht das strategische Handlungsvermögen der Anbieter. Zwar erhöht im Besonderen die Verbundenheit von Mobilkom und Telekom Austria die Verhandlungsmasse, die outside Optionen (die weiterhin nicht gegeben sind) und die möglichen Konsequenzen bleiben aber – auf Grund einer Beschränkung von Handlungsoptionen wegen bestehender Marktmacht auf anderen Märkten durch Regulierung bzw. wegen effektiven Wettbewerbs – dieselben. Dies gilt auch für die drei in ihren Ausprägungen wohl extremsten Fälle, in denen der verbundene Konzern bestehend aus Telekom Austria und Mobilkom den Unternehmen tele.ring bzw. Hutchison und Tele2 gegen-

übersteht. In jedem dieser Fälle steht den letztgenannten Unternehmen eine bedeutend größere Nachfrage und eine ähnliche Verhandlungsposition der verbundenen Einheit auf dem Terminierungsmarkt bzw. auf anderen Märkten gegenüber. In allen Fällen aber ist, wo Marktmacht auf anderen Märkten besteht und diese zum Nachteil des Partners eingesetzt werden kann, eine Regulierung vorgesehen bzw. könnte ggf. sehr rasch eine Entscheidung durch die Regulierungsbehörde getroffen werden. Zwar könnte der Telekom Austria Konzern (bei unterstellter abgestimmter Konzernstrategie und hoher Disziplin in der Umsetzung) auf Grund der vielfältigen über Märkte hinwegreichenden Kontakte „unangenehm werden“, die Möglichkeiten aber sind begrenzt, bzw. könnten diese durch entsprechende Entscheidungen der Regulierungsbehörde (wo Marktmacht missbraucht wird) rasch korrigiert werden.

Letztlich ist aber, selbst wenn man unterstellte, dass es jenseits der regulatorischen Erfassung Möglichkeiten geben könnte, Druck auszuüben, auch nicht zu erwarten, dass sich ein Terminierungsnetzbetreiber diesem Druck beugt, besteht doch gerade bei einer engen Verbundenheit über mehrere Märkte kein Grund für die Annahme, dass eine einmal – auf Druck – erfolgte Absenkung der Terminierungsentgelte nicht weiteren Druck nach sich zieht und somit in seiner Wirkung zu einer schleichenden aber nachhaltigen Beschädigung der Wettbewerbsposition führt.

Analoges, wenngleich differenziert nach Märkten und Konstellationen, lässt sich auch für andere Fälle feststellen, in denen es um die Beurteilung der Auswirkung der Verbundenheit anderer Unternehmen auf die nachfrageseitige Gegenmacht geht.

2.5.5. Verkehrsumleitung - Tromboning

Abschließend zur Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht sei auf die Frage eingegangen, inwieweit die Möglichkeit der Verkehrslenkung über dritte Unternehmen die Verhandlungspositionen beeinflusst.

Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es seitens eines Terminierungsnetzbetreibers rational wäre, einem seiner Vorleistungsnachfrager – sofern es sich dabei nicht um ein verbundenes Unternehmen handelt – einen günstigeren Terminierungstarif einzuräumen. Unterstellt man dies, so muss sich der Terminierungsnetzbetreiber fragen, ob und wie er sicherstellen kann, dass die mit dem (einen) Vertragspartner vereinbarten niedrigeren Terminierungsentgelte auch nur diesem zugute kommen und dass dieser nicht andererseits die Arbitragemöglichkeit, die sich aus der Differenz zwischen dem von ihm zu zahlenden Terminierungsentgelt und dem (höheren) Entgelt anderer Betreiber, nicht nutzt. De-facto wäre eine solche Umgehung trotz vertraglicher Vereinbarung wohl kaum völlig auszuschließen, sodass die Bereitschaft des Terminierungsnetzbetreibers im konkreten Einzelfall (aus welchen Gründen auch immer) ein „Sonderarrangement“ einzugehen, entsprechend gering sein wird. Der Umstand, dass sich ein Preisvorteil für Terminierung nicht absolut isolieren lässt, wird Auswirkungen auf die Hartnäckigkeit seiner Verhandlungsposition haben, läuft doch jedweder eingeräumte Vorteil Gefahr, zu einem Vorteil für Alle/Dritte zu werden. Aus diesem Grund wird, selbst wenn man unterstellte, dass Verhandlungsmacht ausgeübt werden könnte, ein Mobilfunkbetreiber immer ein anderes Entgegenkommen signalisieren und nicht zu einer Absenkung seiner Terminierungsentgelte bereit sein.

2.5.6. Zusammenfassung

Wie bereits festgestellt, hat ein Nachfrager nur dann Verhandlungsmacht, wenn er über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotenzial verfügt; d.h. wenn er ein erhebliches Nachfragevolumen auf sich konzentriert und dem Anbieter gegenüber glaubwürdig androhen kann, dieses zu reduzieren, sollte der Anbieter den Forderungen nach einem niedrigeren Preis nicht nachgeben. Die Drohung, die Leistung von einem anderen Anbieter zu beziehen oder sie selbst zu produzieren, ist die effektivste und glaubwürdigste im Zusammenhang mit

Nachfragemacht. Diese steht allerdings einem Nachfrager von Terminierungsleistungen auf der Vorleistungsebene nicht zur Verfügung, was seine Verhandlungsmacht ganz erheblich einschränkt.

Zusammenfassend ist zur Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht durch einzelne Nachfrager und Nachfragergruppen festzuhalten, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag. Überdies geben die Situation des Marktes, die Besonderheit der Terminierungsleistung und die voraussehbare technische Entwicklung auf die absehbare Zeit von 2 Jahren keine Anhaltspunkte dafür, dass eine grundlegende Änderung der Verhandlungspositionen der Interessen und des einsetzbaren Instrumentariums zu erwarten wäre.

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.
- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) 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.

Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten wird ein Anbieter von Mobilterminierungsleistungen weder durch den Anrufer noch durch den Angerufenen in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend restringiert und hat einen (Monopol-) Preisspielraum. Der Anrufer kann das Gespräch (zu einem bestimmten Teilnehmer) nicht durch einen Anruf zu einem anderen Mobilfunkbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten ersetzen. Es kann daher keine Substitution von einem Mobilfunknetz in ein anderes stattfinden. Folglich ist der Anbieter von Terminierungsleistungen mit einer relativ inelastischen (Residual-)nachfrage konfrontiert. Diese ist jedenfalls nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfragen nach Anrufen in Mobilnetze. Der Angerufene könnte zwar potenziell mehr Preisdruck ausüben, weil er im Rahmen der Subskriptionsentscheidung die Wahl zwischen Betreibern mit unterschiedlich hohen Terminierungsentgelten hätte. Es mag auch einen (möglicherweise sogar nicht vernachlässigbarer) Teil der Mobilfunkteilnehmer geben, für die die Kosten der Erreichbarkeit ein Entscheidungskriterium für die Netzauswahl darstellt, allerdings spielt das Kriterium der günstigen Erreichbarkeit im Vergleich zu anderen Kriterien, insbesondere aber zu den aktiv zu tragenden Kosten eine untergeordnete Rolle. Damit schlägt sich dieses Entscheidungskriterium nicht in einer hohen firmenspezifischen Elastizität der Nachfrage nach Subskriptionen.

Es ist eine *ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden („*Greenfield-Ansatz*“): Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

Die Anreizstrukturen sind bei der Zusammenschaltung von Mobilbetreibern (Mobil-Mobil-Zusammenschaltung) andere als zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern (Fest-Mobil-Zusammenschaltung):

2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

Derzeit existieren nur eingeschränkt Substitutionsbeziehungen zwischen Festnetz- und Mobilnetztelefonie (Fest- und Mobil-Produkte bilden keinen Teil eines – relevanten – Endkundenmarktes), weswegen es keinen (oder wenig) direkten Wettbewerb zwischen reinen Mobilfunk- und reinen Festnetzbetreibern gibt. Daneben ist festzuhalten, dass Festnetzterminierungsleistungen einer Preisregulierung unterliegen.

Damit treten Foreclosure- oder Kollusions-Strategien in den Hintergrund und der wesentlichste Anreiz für die Preissetzung resultiert aus dem Kalkül, die Margen der Terminierungsleistung zu maximieren. Ein profitmaximierender Mobilnetzbetreiber wird aus ökonomischer Sicht die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises setzen und zwar unabhängig davon, wie kompetitiv der Mobilfunkendkundenmarkt ist. In einem kompetitiven Mobilfunkendkundenmarkt, wie dies in Österreich derzeit der Fall ist (ein Mobilfunkendkundenmarkt wurde nicht als ein Markt, der für die sektorspezifische Regulierung in Betracht kommt, identifiziert), werden die durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte erwirtschafteten Margen (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subvention von Endgeräten, *on-net calls*, etc.) verzehrt.

Ein Mobilfunkbetreiber, der die Terminierungsentgelte leicht über die Kosten der Terminierung anhebt, erhöht die Profitabilität pro Teilnehmer ohne aber – wegen des Calling-Party-Pays-Prinzips – in Gefahr zu laufen, Teilnehmer an den Mitbewerber zu verlieren.

Mit steigendem Deckungsbeitrag je Teilnehmer steigt – falls der Endkundenmarkt kompetitiv ist – aber auch der Wettbewerb um die Teilnehmer (der *trade-off* einer Preisänderung zwischen Deckungsbeitrag je Teilnehmer und Absatzmenge verschiebt sich). Dies hat wiederum zur Folge, dass die für den Angerufenen relevanten Entgelte (Grundentgelte, *On-net-Calls*, Kosten des Endgeräts) gesenkt (oder die Marketingausgaben ausgedehnt werden) werden.

Das zwingt die Mitbewerber in ähnlicher Weise zu reagieren. Der Prozess endet dort, wo der Deckungsbeitrag aus den Terminierungsentgelten maximal ist, nämlich beim Monopolpreis der Residualnachfrage (dh die Marktnachfrage auf der Vorleistungsebene).

Unter bestimmten Voraussetzungen haben – insbesondere kleinere – Netzbetreiber sogar einen Anreiz, Entgelte über dem Monopolpreis zu setzen: Wenn nämlich die Festnetzbetreiber ihrerseits Unterschiede in den Terminierungsentgelten nicht in den Endkundertarifstrukturen abbilden bzw. die Endkunden nicht preissensitiv in Bezug auf Anrufe in unterschiedlich „teure“ Mobilfunknetze reagieren (können). In diesen Fällen treffen die Konsumenten (Festnetzteilnehmer) ihre Mengenentscheidung auf Basis eines (wahrgenommenen) „Durchschnittspreises für Anrufe in Mobilnetze“. Damit ist aber die Verbindung zwischen Terminierungsentgelt und nachgefragter Menge gebrochen und insbesondere kleinere Betreiber haben den zusätzlichen Anreiz, hohe – sogar über den Monopolpreis hinausgehende – Entgelte zu setzen („*Free-rider-Problem*“). Würde ein Mobilbetreiber unter solchen Voraussetzungen sein Terminierungsentgelt senken, hätte dies zur Folge, dass die Mitbewerber von der Preissenkung profitieren, ohne selbst ihre Preise zu verändern. Dies deswegen weil die Gesamtnachfrage nach Anrufen in Mobilnetze auf Grund der Senkung des („wahrgenommenen“) Durchschnittstarifs leicht steigt und die Mitbewerber von dieser Mengenausweitung profitieren, ohne selbst aber ihre Tarife verändert zu haben. Diese „negative Externalität“ schafft einen Anreiz, Preise zu setzen, die sogar über dem (fiktiven) „Monopolpreis“ liegen.

Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur eines Festnetzbetreibers haben, führen überhöhte Terminierungsentgelte zu überhöhten Preisen für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze. Wesentlich dabei ist, dass die damit verbundenen allokativen Verzerrungen (Wohlfahrtsverluste) auch auftreten, wenn der Wettbewerb am Mobilfunkendkundenmarkt intensiv ist und die Margen – wie oben ausgeführt – im Wettbewerb um Endkunden verzehrt werden. Auch wenn die Mobilfunkteilnehmer von diesen Subventionen (von Festnetzteilnehmern) profitieren, ist der damit verbundene positive Effekt geringer als die negativen Wohlfahrtseffekte bedingt durch die allokativen Verzerrungen von Anrufen aus dem Festnetz ins Mobilnetz.

Es ist also aus ökonomischer Sicht zu erwarten, dass der unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten optimale (Benchmark-)Preis für Mobilterminierung (auch bei Berücksichtigung von Netzwerkexternalitäten und Ramsey-Pricing) niedriger ist, als das Terminierungsentgelt, das ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber setzen würde.

Aus ökonomischer Sicht wird sohin ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber unabhängig von seiner Netzwerkgröße die Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz zumindest auf das Niveau des Monopolpreises setzen. Dadurch kommt es zu allokativen Verzerrungen, durch die Wohlfahrtsverluste entstehen (primär für Konsumenten), da sich ein Marktergebnis mit zu hohen Preisen (für *Off-Net*-Anrufe in Mobilnetze) und zu geringen Mengen einstellt. Die Margen (aus der Terminierung) werden gegenwärtig (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subventionierung von Endgeräten und Endkundentarifen, etc.) verzehrt. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht die (insgesamt erwirtschafteten) Übergewinne von Mobilbetreibern, sondern die Marktverzerrungen (Wohlfahrtsverluste) im Zusammenhang mit Gesprächen von Fest- in Mobilnetze bzw. die Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzteilnehmer.

2.6.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung

Im Gegensatz zur Fest-Mobil-Zusammenschaltung sind die Zusammenschaltungspartner der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung unmittelbare Konkurrenten am (Mobilfunk-) Endkundenmarkt. Das verändert die Anreizstruktur der Unternehmen insofern, als (1) Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument für den Endkundenmarkt eingesetzt werden könnten, (2) Terminierungsentgelte als Instrument für *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleineren (neu in den Markt eingetretenen) Betreibern eingesetzt werden könnten, (3) unter bestimmten Voraussetzungen effiziente Terminierungsentgelte zwischen Betreibern verhandelt werden könnten.

Ad (1): Da die Terminierungsentgelte wechselseitig die (wahrgenommenen durchschnittlichen Grenz-)Kosten erhöhen, könnten sie als Instrument zur Stabilisierung eines kollusiven Marktergebnisses am Endkundenmarkt eingesetzt werden und damit einen zusätzlichen Grund für eine regulatorische Intervention darstellen. Die theoretische Literatur zeigt aber, dass dies nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich ist.

Für den österreichischen Mobilfunkmarkt ist eine durch überhöhte Terminierungsentgelte verursachte Kollusion sehr unwahrscheinlich. Zum einen kommen Preismodelle zur Anwendung, die den kollusiven Effekt von Terminierungsentgelten unterlaufen (wie Endgerätesubventionen), zum anderen sprechen die gegenwärtige Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt und die gravierenden Interessensunterschiede zwischen einzelnen Mobilbetreibern hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte tendenziell dagegen.

Ad (2): Auf einem entwickelten Wettbewerbsmarkt mit etablierten Betreibern, die alle über einen entsprechenden Kundenstamm verfügen, haben im Normalfall beide Zusammenschaltungspartner auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten ein Interesse daran, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen. Es ist also

davon auszugehen, dass die Zusammenschaltung auch in Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) gewährleistet ist.

Anders zu bewerten ist die Zusammenschaltung von großen etablierten Betreibern mit „kleinen“ Betreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (z.B. MVNOs). Für große Betreiber überwiegen die Vorteile einer Nichtkooperation (geringerer Wettbewerb auf der Endkundenebene) deren allfällige Nachteile (einige wenige Teilnehmer sind nicht erreichbar). Neben nichtpreislichen Mechanismen (Verweigerungs- bzw. Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen, inferiorer Produktqualität, etc.) können – insbesondere wenn es eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung gibt, die Preise allerdings frei gesetzt werden können – dabei (prohibitiv) hohe Zugangspreise bzw. die Praktizierung von *Margin Squeeze* eine zentrale Rolle spielen: Erstens bestimmen Terminierungsentgelte die Kosten für *Off-Net-Calls*, was einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für einen kleinen Betreiber darstellt, der fast 100% der Anrufe als *Off-Net-Calls* abwickeln muss. Dieser *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte führt dazu, dass ein kleiner Betreiber (im Falle überhöhter Terminierungsentgelte) wesentlich höhere durchschnittliche Grenzkosten zu gewärtigen hat, als große etablierte Betreiber mit einem hohen Anteil an netzinternen Anrufen. Hinzu kommt die (aus überhöhten Terminierungsentgelten subventionierte) Diskriminierung zwischen *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufen. Durch günstigere *On-net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, die das Netz eines kleineren Betreibers unattraktiv machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Drittens ist ein Marktneuling in der Eintrittsphase (nicht zuletzt auf Grund der ausgeprägten Größenvorteile im Mobilfunk) gezwungen, attraktivere Tarife anzubieten, um seine Marktanteile auszubauen. Dies induziert (in der Regel) einen (größeren) Netto-*Outflow* an Terminierungsminuten, was wiederum heißt, dass der Betreiber im Fall überhöhter Terminierungsentgelte mit einem *Access-Defizit* konfrontiert ist (wie etwa Hutchison 3G Austria GmbH). Viertens ist nicht davon auszugehen, dass sich in einem regulierungsfreien Umfeld reziproke Terminierungsentgelte einstellen würden.

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen einen Anreiz, die eigenen Terminierungsentgelte möglichst hoch zu setzen, gleichzeitig aber Terminierung zu möglichst geringen Preisen einzukaufen. In einem unregulierten Umfeld würde ein großer Betreiber gegenüber einem kleinen Betreiber bzw. Neueinsteiger auf Grund seiner Verhandlungsmacht höhere Entgelte durchsetzen können, was zur Folge hätte, dass sich die oben ausgeführten Kosten- und Nachfrage-Nachteile noch verstärken würden. Unregulierte Terminierungsentgelte sind ein perfektes Vehikel, um den Markteintritt von Konkurrenten zu be- und verhindern und um Marktmacht auf die Endkundenebene zu übertragen. Es ist schwer vorstellbar, dass bei einer freien Preisgestaltung der Terminierungsentgelte ein MVNO wie Tele2 (oder auch Hutchison) erfolgreich in den Markt hätte eintreten können.

Ad (3): Unter bestimmten Umständen sind Mobilfunkbetreiber indifferent in Bezug auf die wechselseitigen (reziproken) Terminierungsentgelte. Dies ist tendenziell dann der Fall, wenn die Unternehmen ziemlich symmetrisch (z.B. in den Kosten) und ähnlich groß sind (keinen *Foreclosure-Anreiz* haben), der Verkehr zwischen ihnen symmetrisch ist und die Kollusions-Anreize gering sind. In solchen Fällen können (müssen aber nicht) Verhandlungen zu effizienten Terminierungsentgelten führen. Allerdings dürften die Betreiber (auf Grund der Profitneutralität) in diesem Fall auch keine Einwände gegen ein gegebenenfalls regulatorisch festgesetztes (reziprokes) Terminierungsentgelt haben. Gleichzeitig würden in einer unregulierten Situation (mögliche) Arbitragegeschäfte jedoch das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten stark einschränken. Im Zweifelsfall würden die Mobilbetreiber zur Sicherung der Margen aus überhöhten Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten, die Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte an den Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anreize für anti-kompetitives Verhalten bei der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung aus ökonomischer Sicht nicht so eindeutig gegeben sind, wie bei der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetzen. Das – für einen entwickelten Wettbewerbsmarkt – wesentlichste Wettbewerbsproblem (überhöhte Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument) hat wegen der in Österreich verwendeten Tarifsysteme keine nennenswerte Bedeutung. Allerdings können überhöhte Terminierungsentgelte als *Foreclosure*-Instrument (durch Praktizierung eines *Margin Squeeze*) gegen kleine Betreiber insbesondere aber Markteinsteiger eingesetzt werden. Bezüglich der kleineren Betreiber, die bereits am Markt aktiv sind (z.B. Hutchison), verliert dieses Problem mit zunehmenden Teilnehmern an Bedeutung, bleibt aber relevant für mögliche zukünftige Markteinsteiger (z.B. MVNOs). Für große etablierte Betreiber, die einen einigermaßen symmetrisch Verkehr haben, verlieren die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte ihre strategische Bedeutung für den Endkundenwettbewerb. In einem reinen Mobil-zu-Mobil-Kontext ist denkbar, dass etablierte Mobilbetreiber – in einem unregulierten Umfeld – kosteneffiziente Terminierungsentgelte vereinbaren würden. Diese Erkenntnis ist allerdings theoretisch, da das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten auf Grund von Arbitragemöglichkeiten relativ eingeschränkt ist. Mobilbetreiber würden (bzw. müssten) daher in der Praxis ihre Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte – bei freier Preisbildung – an den (regulierten) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten.

2.6.3. Preisdiskriminierung *On-Net-/Off-Net-Anrufe*

Durch Preisdiskriminierung zwischen *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufe werden Netzwerkexternalitäten (teilweise) reaktiviert. Durch günstigere *On-Net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, so genannte *tariff-mediated network externalities*, die das Netzwerk eines kleineren Betreibers unattraktiver machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Die Preisdiskriminierung zwischen *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufen ist primär ein Wettbewerbsinstrument, Preisunterschiede (in dem beobachtbaren Ausmaß) lassen sich weder durch Kostenunterschiede noch durch Ramsey Pricing erklären. Aus wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten hat die Differenzierung in *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufen keinen unmittelbaren Nutzen.

Um Nachfragenachteile durch preisinduzierte Netzwerkexternalitäten zu kompensieren, muss ein kleiner Betreiber entsprechende Tarifpakete schnüren (z.B. besonders niedrige *On-Net-Tarife*). Dies ist aber umso schwerer möglich, je höher die Kosten für netzexterne Anrufe – d.h. die Terminierungsentgelte – sind; gerade kleine Betreiber sind auf Grund eines hohen Anteils netzexterner Anrufe vom *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte betroffen. Damit laufen kleine Betreiber Gefahr, einem *Margin Squeeze* ausgesetzt zu sein. Überhöhte Terminierungsentgelte in Verbindung mit *On-Net-/Off-Net*-Preisdiskriminierung ist ein Instrument, um Marktmacht von der Vorleistungsebene auf den Mobilfunkendkundenmarkt zu übertragen („*Leveraging*“). Augenscheinlich wird der *Margin Squeeze*, wenn die Terminierungsentgelte, die sich ein Mobilbetreiber für netzinterne Anrufe selbst verrechnet (=implizite Terminierungsentgelte) in Relation zu Terminierungsentgelten, die andere Betreiber zu zahlen haben, gesetzt werden. Je deutlicher das Gefälle zwischen den impliziten Terminierungsentgelten von netzinternen Tarifen und den externen Terminierungsentgelten ausfällt, desto größer ist das *Leveraging*-Potenzial. Die Übertragung von Marktmacht beschränkt sich dabei nicht nur auf den Mobilfunkendkundenmarkt. Insofern es Überschneidungen in den Geschäftsbereichen zwischen Festnetz- und Mobilnetzbetreibern gibt, kann es dadurch auch zur Übertragung von Marktmacht auf Festnetzmärkte (bzw. konvergente Märkte) kommen, indem Gespräche zu Festnetzen durch netzinterne Gespräche (z.B. *SIM-Gateways*, VPNs, mobile Nebenstellenanlage) substituiert werden und indem die speziell konstruierten Tarife für *On-Net Calls* bewirken, dass Gruppen, die viel Verkehr untereinander abwickeln, geschlossen zu einem Mobilbetreiber wechseln.

Zwischen den Terminierungsentgelten und der *On-Net-/Off-Net*-Preisdiskriminierung besteht ein direkter Zusammenhang. Je höher die Terminierungsentgelte sind, die anderen Betreiber verrechnet werden, desto stärker ist das Gefälle zwischen netzinternen und netzexternen Anrufen (bzw. zwischen impliziten und externen Terminierungsentgelten). Umgekehrt, je näher die Terminierungsentgelte an den Kosten sind, desto geringer ist das Potenzial für *On-Net-/Off-Net*-Diskriminierung und desto näher sind die impliziten Terminierungsentgelte an den extern verrechneten Terminierungsentgelten. Nicht nur, dass mit den Terminierungsentgelten die Kosten für netzexterne Anrufe sinken und sich diese an die *On-Net*-Tarife annähern, es wird auch das Quersubventionierungspotenzial für *On-Net*-Tarife reduziert.

In diesem Kontext sind folgende zwei Trends erkennbar: Zum einen bieten Betreiber immer mehr Tarife an, die kostenlose *On-Net* Gespräche beinhalten. Zum anderen sind im Rahmen dieser Tarife oft auch Gespräche in einzelne oder mehrere andere Mobilnetze gratis; die Preisdifferenzierung zwischen *On-Net* und *Off-Net* ist damit vielfach nicht mehr in dem Ausmaß gegeben. Es ist also eine Abkehr von der *On-Net-/Off-Net*-Preisdifferenzierungspolitik erkennbar. Dies ist nicht zuletzt auch auf die Senkung der Terminierungsentgelte und damit die Reduktion der Kosten für netzexterne Anrufe und die Reduktion des Subventionierungspotenzials für *On-Net*-Tarife zurück.

2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

Festnetz- und Mobilnetzmärkte sind (derzeit) getrennte Märkte, es gibt jedoch überschneidende Geschäftsfelder:

Es gibt eine Nachfrage nach komplementären Mobil- und Festnetzleistungen. Ein Betreiber, der beide Leistungen im Bündel anbietet, hat einen Vorteil gegenüber Anbietern, die nur eine der beiden Leistungen anbieten.

Der Umstand, dass derzeit beide Leistungen getrennten Märkten zugerechnet werden, bedeutet nicht, dass es kein Substitutionsverhältnis zwischen Fest- und Mobilnetzen gibt. Die rückläufige Zahl an Festnetzanschlüssen – derzeit sind bereits mehr als 25% der Haushalte nur mehr über Mobilfunkanschlüsse erreichbar – sowie die leicht sinkenden Gesprächsminuten am Festnetzendkundenmarkt bestätigen, dass es eine gewisse Substitution gibt.

Vor diesem Hintergrund haben überhöhte Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten neben den oben beschriebenen allokativen Verzerrungen eine Reihe weiterer negativer Effekte:

- Überhöhte (über den Kosten liegende) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelte verstärken/beschleunigen die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte Fest-Mobil-Terminierungsentgelte ändert die Preisrelationen zwischen Festnetz- und Mobilfunkleistungen. Dies hat zur Folge, dass Festnetzleistungen – in einem von der Grenzrate der Substitution abhängigen Ausmaß – durch relativ billiger gewordene Mobilfunkleistungen substituiert werden. Preisinduzierte Netzwerkexternalitäten, die durch ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *On-Net-Calls* und jenen für *Off-Net-Calls* verursacht werden, verstärken diesen Effekt noch.
- Das Quersubventionierungspotenzial durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte kann und wird von Mobilfunkbetreibern genutzt, um spezifische Produkte zu schnüren, die es ihnen erlauben in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Mit Produkten, wie „mobile Nebenstellenanlage“, versuchen die Mobilfunkbetreiber für bestimmte Zielgruppen ein dem Festnetz ähnlicheres Produkt anzubieten. Ein wichtiges Element dabei ist, dass die Nutzer (in diesem Fall

Mitarbeiter eines Unternehmens) mobil unter einer geografischen Rufnummer erreichbar sind. Dafür verzichten die Mobilfunkbetreiber auf das (deutlich) höhere Mobilterminierungsentgelt. Es handelt sich um ein Geschäftsmodell, das sich (insbesondere) dann rechnet, wenn die Differenz aus Fest- und Mobilterminierungsentgelten mittels überhöhten Fest-Zu-Mobil-Mobilterminierungsentgelten (d.h. durch das Festnetz) subventioniert werden kann.

- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie z.B. bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks, etc.*), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreibern erheblich verschlechtert.

Ein Beispiel für einen komplementären Festnetz-Mobilfunkdienst ist die Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummer (ortsfester Netzabschlusspunkt) zu einer Mobilnummer, wie sie z.B. im Rahmen der Produkte „mobile Nebenstellenanlage“ (von One GmbH) oder „Replace“ (von T-Mobile Austria GmbH) realisiert ist. Um einen solchen Dienst kostendeckend anzubieten, muss ein Betreiber einen Retail-Preis in Rechnung stellen, der die Lücke zwischen Fest- und Mobilterminierung deckt.

Wenn nun ein Mobilbetreiber diesen Dienst zu einem Preis anbietet, der seine Kosten (annähernd) deckt, ist der Festnetzbetreiber bei überhöhten Mobil-Terminierungsentgelten mit einem Margin Squeeze konfrontiert.

3. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei werden für den Fall der Nicht-Regulierung identifiziert:

1. Wettbewerbsproblem 1: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer. Dieses Wettbewerbsproblem ist aus ökonomischer Sicht das Wesentlichste.
2. Wettbewerbsproblem 2: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *On-Net*- und *Off-Net Calls* (verzerrte Preisstrukturen).
3. Wettbewerbsproblem 3: *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (z.B. MVNOs). Diese können sowohl durch nichtpreisliche Taktiken, wie Verweigerungs- bzw. Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen oder inferiore Qualität erfolgen wie auch durch preisliche Taktiken, wie überhöhte Terminierungsentgelte, starke Preisdiskriminierung von *On-Net* und *Off-Net Calls* (Praktizierung von *Margin Squeeze*). Damit in Zusammenhang stehend die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Dieses Wettbewerbsproblem ist vor allem im Zusammenhang mit dem Markteintritt neuer Anbieter relevant.
4. Wettbewerbsproblem 4: *Wettbewerbsverzerrungen* zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden (Fest-Mobil-Konvergenz, Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen). Daraus resultiert die Gefahr der Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte bzw. die Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

Da die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte resistente Monopolmärkte sind, ist das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht die Förderung von Wettbewerb auf den Terminierungsmärkten selbst, sondern die Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten, insbesondere aber für die Endnutzer.

4.1. Transparenzverpflichtung

Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, die vertikale Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) zu verbessern und damit Transaktionskosten (z.B. Suchkosten) zu senken bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren. Nur wenn die Nachfrager der (Vor-) Leistung hinreichend über alternative Angebote (Preise) informiert sind, können Wettbewerbskräfte wirksam werden.

Die wettbewerbsfördernde Wirkung einer Stärkung der Markttransparenz lässt sich aber nicht nur auf den Parameter Preis reduzieren. Insbesondere dann, wenn eine Zugangspreisregulierung existiert und Unternehmen einen Anreiz haben, auf „nichtpreisliche“ Aktionsparameter auszuweichen, kann die Transparenzverpflichtung in Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen wie z.B. der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebot) ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren.

Hinsichtlich der Effektivität ist festzustellen, dass eine Transparenzverpflichtung (alleine) keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens – insbesondere auf den Preis – hat. Eine Transparenzverpflichtung (auf der Vorleistungsebene) alleine ist daher nicht geeignet, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen (insbesondere aber dem Problem überhöhter Preise) zu begegnen.

Vor diesem Hintergrund ist die Transparenzverpflichtung primär als Hilfsinstrument für andere Verpflichtungen zu sehen. Für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist dabei vor allem die Unterstützung der Gleichbehandlungsverpflichtung. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichende Informationen auf einfachem Weg (wie etwa über eine Homepage) über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.

4.2. Getrennte Buchführung

Das Instrument der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen.

Getrennte Buchführung alleine, wie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung, ist nicht geeignet, die genannten Wettbewerbsprobleme zu adressieren, da diese Verpflichtung keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf seinem betreiber-individuellen Terminierungsmarkt hat. Das Instrument der getrennten Buchführung ist daher primär als Ergänzung zu anderen Instrumenten (wie der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder gegebenenfalls auch der Preiskontrolle) zu sehen.

4.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

Mit einer Zugangsverpflichtung kann die Verweigerung des Zugangs/der Zusammenschaltung (*denial of access*) verhindert werden; weiters können Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung (das Vorleistungsprodukt) spezifiziert werden, wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert.

Die Zugangsverpflichtung ist ein wirksames Instrument, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern.

Eine solche Verpflichtung ist wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung – die Sicherstellung der „Any-to-any-Erreichbarkeit“ – als verhältnismäßig zu betrachten. Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen – nicht zuletzt auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten (positive Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen für den einzelnen Konsumenten mit der Größe des Netzwerks steigt) – klar die Effizienzgewinne durch Interoperabilität. Zu den Effizienzgewinnen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen (Netzwerkexternalitäten), die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (z.B. Endgeräteproduktion), Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

Bei Vorliegen hoher Netzwerkeffekte, wie das im Bereich der Telekommunikation der Fall ist, ist in der Regel davon auszugehen, dass alle Betreiber ein Interesse daran haben, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen, allerdings kann Nichtkompatibilität (d.h. die Verweigerung der Zusammenschaltung) auch als strategisches Instrument zur Beschränkung von Wettbewerb gegenüber kleineren neu in den Markt eintretenden Betreibern (z.B. MVNOs) eingesetzt werden (Gefahr von *Foreclosure*-Strategien). Solche *Foreclosure*-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc. erfolgen.

Wie bereits festgestellt, hat das marktbeherrschende Unternehmen einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangsverpflichtung und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktbeherrschende Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw. die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („raise rival's cost“).

Spezifische Zugangsverpflichtungen dienen dazu, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden. Das wesentlichste ökonomische Argument gegen eine Zugangsverpflichtung ist in Zusammenhang mit Effizienzgewinnen von exklusiven Verträgen bei Gütern mit hohen Transaktionskosten zu sehen. Aber gerade dies ist bei der Zusammenschaltung aus oben genannten Gründen nicht der Fall, so dass eine Zugangsverpflichtung in Form einer Zusammenschaltungsverpflichtung jedenfalls als verhältnismäßig zu bewerten ist.

Eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung beschränkt sich allerdings auf „nichtpreisliche“ Aspekte. Damit aber ist diese Verpflichtung alleine – analog zur Transparenzverpflichtung – bzw. im Zusammenspiel mit den vorher genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung) nicht geeignet, alle identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient dazu, die Diskriminierung zwischen unterschiedlichen Abnehmern einer Leistung zu verhindern. Zu unterscheiden ist zwischen einer Diskriminierung in Bezug auf den Parameter Preis (Preisdiskriminierung) und Diskriminierung in Bezug auf andere Parameter als den Preis (Qualitätsdiskriminierung).

Qualitätsdiskriminierung

Das das marktbeherrschende Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken (Wettbewerbsprobleme 3 und 4). Eine Verpflichtung, die geeignet ist, einer Reihe solcher „nichtpreislichen“ Wettbewerbsprobleme insbesondere aber unterschiedlichen Formen der Qualitätsdiskriminierung zu begegnen, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung. Mit dieser Verpflichtung kann sichergestellt werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorleistungsprodukt allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet wie sich selbst.

Die (Web-)Veröffentlichung eines Standardangebotes dient der Konkretisierung bzw. Operationalisierung der Zugangsverpflichtung und ist insbesondere bei komplexen Produkten sinnvoll, da ohne ein solches Standardangebot – insbesondere für kleinere Nachfrager – signifikante Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen anfallen können.

Damit gewährleistet ist, dass im Anwendungsfall (z.B. Streitschlichtung) dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefolgt wird, erscheint es zweckmäßig, die Verpflichtung insofern einzuschränken, als dass das marktbeherrschende Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen oder eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- a.) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Festnetzbetreibern,
- b.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Mobilfunkbetreibern,
- c.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen Festnetzbetreibern und Mobilfunkbetreibern,
- d.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich und anderen Abnehmern der Leistung (Festnetzbetreiber und Mobilfunkbetreiber)

In den Fällen von a.) und b.) kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem (nachgelagerten) Endkundenmarkt führen. Besonders relevant ist Fall a.), da der Anreiz einer solchen Preisdiskriminierung vor allem im Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen und strategischen Partnerschaften gegeben ist. Da das potenziell marktbeherrschende Unternehmen auf Grund der (bisher geübten) spezifischen Regulierungssituation in Österreich (grundsätzlich privatrechtliche Verträge und subsidiäre hoheitliche Festlegung der Terminierungsentgelte) in der Lage ist, (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben, stellt ein „externes Diskriminierungsverbot“ effektiv sicher, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern die selben Konditionen mit selbem Wirkungsbeginn einräumt und diese Verpflichtung nicht durch eine geschickte Vertragsgestaltung umgeht.

Analog zur Qualitätsdiskriminierung ist es auch bei der Preisdiskriminierung zweckmäßig, den Diskriminierungstatbestand insofern einzuschränken, als dass das marktbeherrschende

Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen oder eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Das externe (Preis-)Diskriminierungsverbot (Fälle a.) bis c.)) alleine bzw. in Zusammenspiel mit den Maßnahmen „Zugangspflicht“, „Transparenzpflicht“ und „Verpflichtung zur getrennten Buchführung“ ist nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Verpflichtung gewährleistet lediglich, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben (u.U. überhöhten) Preis beziehen und damit ein „*level-playing-field*“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung ist ein „internes/externes Diskriminierungsverbot“ gemäß Fall d.); eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, allen externen Abnehmern die Leistung zum selben Preis anzubieten wie dem eigenen Endkundenbereich.

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung ist entweder ein nicht hinreichend effektives Instrument zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme oder die Verpflichtung wird derart weit (und überschießend) interpretiert („interne Nichtdiskriminierung“), dass sie letztlich einer Entgeltkontrolle gleichkommt.

Die Anwendung des (internen/externen) Diskriminierungsverbots als Instrument gegen einen *Margin Squeeze* ist aber ein taugliches Instrument, um die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines *Margin Squeeze* zu unterbinden. Konkreter Anlassfall ist die Anrufweiterleitung von geografischen Rufnummern zu Mobilendgeräten (vgl. Produkte wie „*Mobile Nebenstellenanlage*“ oder „*Replace*“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der Festnetzbetreiber einem *Margin Squeeze* ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw. auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen (Wettbewerbsproblem 4). Dies kann durch die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung (betreffend Produkte wie „mobile Nebenstellenanlagen“) in der Form, dass der Mobilbetreiber „seinem Festnetzarm“ die Leistung Terminierung zu den gleichen Konditionen anzubieten hat, wie einem externen Festnetzbetreiber (unter der zusätzlichen Bedingung, dass der Mobilbetreiber auf Basis dieses internen Transferpreises einen kostendeckenden Endkundenpreis anzubieten vermag), unterbunden werden. Wiederum zweckmäßig ist eine Einschränkung der Verpflichtung auf jene Fälle, wo Diskriminierungspraktiken sachlich ungerechtfertigt sind und diese negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (wie eben bei der Anrufumleitung in Zusammenhang mit dem Produkt „mobile Nebenstellenanlage“).

Dieses Instrument ist allerdings nicht geeignet, um die anderen Wettbewerbsprobleme, insbesondere aber die allokativen Verzerrungen, zu beseitigen; ein internes/externes Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Mobilfunkendkundenleistungen, insbesondere aber mit *On-Net*-Anrufen ist aus ökonomischer Sicht abzulehnen (Gefahr erheblicher Kostenunterdeckung, hoher kalkulatorischer Aufwand, der ermittelte interne Transferpreis müsste den Kosten der Terminierung entsprechen und nicht zuletzt die Gefahr der Übertragung anti-kompetitiver Effekte auf den Retailmarkt).

Das Instrument der „Gleichbehandlungsverpflichtung“ alleine, wie auch zusammen mit den vorher genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung und Zugang) ist allerdings nicht geeignet, um Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit überhöhten Preisen zu beseitigen.

4.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

Auf Basis einer Verpflichtung bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung kann – bei korrekter Anwendung – der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Die Maßnahme ist grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen (überhöhten Preise) in Zusammenhang mit dem ersten und zweiten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis (drittes und viertes Wettbewerbsproblem) zu beseitigen.

Der effiziente Zugangspreis stellt sicher, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten. Eine solche Verpflichtung geht direkt auf die Natur des wesentlichsten identifizierten Wettbewerbsproblems, nämlich dem Problem „überhöhter Entgelte“, ein.

Für die Festlegung eines Terminierungsentgeltes ist eine Preisermittlungsmethode anzuwenden. In diesem Zusammenhang sind folgende Ansätze möglich: „kostenorientierte Entgelte“ („*Cost Plus Regulation*“), „*Efficient Component Pricing*“ („ECPR“) und „Benchmarking“ (Vergleichspreise):

Im Lichte der identifizierten Wettbewerbsprobleme und dem zweiten Prinzip der ERG folgend, ist aus ökonomischer Sicht der Ansatz „kostenorientierte Entgelte“ der Vorzug zu geben: Kostenorientierte Entgelte sind am verhältnismäßigsten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind resistente Monopolmärkte. ECPR-Preise wären vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. Dieser Ansatz ist nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbsttragenden Wettbewerb eliminiert werden.

Im Rahmen von „Benchmarking“ erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. „Benchmarking“ als Preisermittlungsmethode wird man vor allem einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und/oder die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten von Terminierungsleistungen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand für die etablierten Betreiber in Zusammenhang mit Kostenmodellen und Berichtspflichten in einem vertretbaren Ausmaß hält, so dass dieser Grund allenfalls für kleinere Betreiber (Neueinsteiger, MVNOs) relevant ist.

„Benchmarking“ kann weiters eingesetzt werden, wenn die Ergebnisse der Kostenerhebung ihrerseits auf Grund der Datenbasis unplausibel sind bzw. signifikant von jenen Preisen abweichen, die sich auf einem (Wettbewerbs-)Markt normalerweise einstellen würden. Ein solcherart unplausibles Ergebnis ist z.B. in der Phase des Markteintritts, wenn das betroffene Unternehmen im Bereich sinkender Durchschnittskosten (bzw. steigender Skalenerträge) operiert, möglich. In einer solchen „temporären“ Markteintrittsphase können die Durchschnittskosten weit über den „marktüblichen“ Preisen (sogar über jenen, die ein profitmaximierender Monopolist setzen würde) liegen und sind damit nicht anwendbar. Relevant ist dieses Argument vor allem in Zusammenhang mit Neueinsteigern und MVNOs; Benchmarking wurde z.B. in der Vergangenheit bei der Festlegung der Terminierungsentgelte (in der Höhe von Cent 19,62, ATS 2,7) von Mobilfunkbetreibern nach dem Markteintritt herangezogen.

Benchmarking lässt sich weiters einsetzen, wenn für den Preisvergleich eine statistisch hinreichend gesicherte Vergleichsbasis existiert und damit die Preise(Kosten) des marktbeherrschenden Unternehmens geschätzt werden können.

Die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung ist dann als verhältnismäßig zu betrachten, wenn es kein anderes (gelinderes) Mittel gibt, das ebenfalls geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen und das diese Probleme nicht aufweist. Sollte kein solches Instrument zur Verfügung stehen, ist die vorliegende Verpflichtung als verhältnismäßig zu betrachten. Die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente hat gezeigt, dass allenfalls ein Instrument nämlich die interne/externe Gleichbehandlungsverpflichtung als Alternative in Frage käme. Dieses Instrument ist aber aus einer Reihe von Gründen abzulehnen.

Der aus ökonomischer Sicht „korrekte Preis“ für die Leistung der Terminierung liegt in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines effizienten Betreibers zuzüglich eines Aufschlags für Gemeinkosten. In einem Markt mit effektivem Wettbewerb ergibt sich aufgrund der dynamischen Marktkräfte (z.B. Marktein-, Marktaustritte, Mengenanpassungen, Anpassungen der Produktionsfaktoren) in einer langfristigen Betrachtung ein „einheitlicher Marktpreis“, der sich an den langfristigen Grenzkosten der Industrie, welche entstehen, um die gesamte Nachfrage effizient (mit den geringsten Kosten) zu befriedigen, orientiert. Diese setzt voraus, dass die Unternehmen einen gegebenen Output hinreichend effizient produzieren (d.h. eine optimale Kostenfunktion aufweisen) und die mindestoptimale Betriebsgröße - „minimum efficient scale“ - erreichen und damit Größen-, Dichte- und Verbundvorteile hinreichend ausgeschöpft werden.

Unter diesen Bedingungen werden die Nachfrager zum niedrigstmöglichen Preis mit der höchstmöglichen Menge versorgt. Dieses langfristige Konkurrenzgleichgewicht führt dazu, dass die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt maximiert wird und gleichzeitig sichergestellt ist, dass kein Betreiber Übergewinne erwirtschaften kann, da die Kosten des jeweils effizientesten Betreibers (mit den geringsten Kosten) zu Grunde gelegt werden. Jedes Abweichen von diesem Niveau stellt die Konsumenten schlechter und ist nur unter bestimmten Ausnahmebedingungen (siehe dazu nächstes Kapitel) rechtfertigbar.

Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC). Sie entsprechen den inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten. Dabei ist den Investitionen eines effizienten Betreibers ebenso Rechnung zu tragen, wie eine entsprechende (d.h. marktübliche) Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen ist.

Dass die LRAIC eines effizienten Betreibers mit der Höhe der aktuellen Terminierungskosten des Betreibers mit den geringsten Kosten gleichgesetzt wird, kann als tauglich angesehen werden.

Würden die ökonomischen Kräfte des Wettbewerbs die Orientierung am einheitlichen Marktpreis erzwingen, so würde die Anpassung der Preise unmittelbar und sofort erfolgen müssen; die Anbieter wären also unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten gezwungen, zu diesen Preisen anzubieten. Trotz dieses sich durch Wettbewerbskräfte einstellenden Ergebnisses, ist es aus wohlfahrtsökonomischen Überlegungen gerechtfertigt, temporär von diesem effizienten Preisniveau abzuweichen. Ökonomische Gründe für eine nicht-sofortige Anpassung der Mobil-Terminierungsentgelte liegen in der Berücksichtigung von „Late-Comer-„Nachteilen, in der Verhinderung von disruptiven Eingriffen in Geschäftsstrategien und Tarifstrukturen, die Herstellung von Planungssicherheit für Marktteilnehmer und in einem temporärer Investitionsschutz konfrontiert sind, eine faire Chance für einen erfolgreichen Markteintritt.

Aus ökonomischer Sicht sind die Absenkungsschritte der Mobil-Terminierungsentgelten seit 2004 (bis 2006) geeignet, dem wesentlichen Wettbewerbsproblem der überhöhten Entgelte zu begegnen und dabei oben vorgenannten Kriterien (Vermeidung disruptiver Eingriffe, Planungssicherheit für Marktteilnehmer, temporärer Investitionsschutz, Sicherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen, First-Mover- und Größenvorteile) Rechnung zu tragen.

Darüber hinaus ist für den Zeitraum ab 2007 sowohl die Fortführung der bisherigen Absenkungsschritte der Mobil-Terminierungsentgelte (bis ein – neuer – „LRAIC-Wert eines effizienten Betreibers“ erreicht ist) als auch eine stärkere Absenkung je Schritt (um bereits Ende 2008 eine Symmetrie aller Mobil-Terminierungsentgelte zu erreichen) – vor dem Hintergrund der unveränderten potentiellen Wettbewerbsprobleme – aus ökonomischer Sicht grundsätzlich geeignet, ein wettbewerbskonformes Ergebnis zu erreichen und den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen.

4.6. Differenzierung von Verpflichtungen

Ausgehend von den festgestellten strukturellen Besonderheiten bei der Mobilfunkterminierungsleistung und den Unterschieden zwischen der Fest-Mobil- und der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung ist festzustellen, dass aus ökonomischer Sicht die Verpflichtungen alle Fest-Mobil-Terminierungsleistungen und (zumindest für die Periode der gegenständlichen Marktanalyse) auch für die Mobil-Mobil-Terminierung gelten sollen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

4.7. Zur möglichen Differenzierung zwischen „großen“ und „kleinen“ Betreiber sowie zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern

Auch wenn in Bezug auf manche der identifizierten Wettbewerbsprobleme (insbesondere das dritte Wettbewerbsproblem) ein Unterschied zwischen „kleinen“ Betreibern (Betreibern mit geringerem Marktanteil) und „großen“ Betreibern (Betreibern mit höherem Marktanteil) besteht, sind die wesentlichsten Probleme im Kern dieselben, so dass aus ökonomischer Sicht auch dieselben Regulierungsinstrumente als angemessen zu betrachten sind. In Bezug auf die identifizierten Marktfehler ist daher keine Differenzierung der eingesetzten Instrumente aus ökonomischer Sicht rechtfertigbar.

4.8. Weitergehende 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.

Aus theoretischer Sicht gibt es Maßnahmen, die ein gewisses Potenzial haben, den grundlegenden Marktfehler und damit die Monopolstellung in Zusammenhang mit der Terminierung zu beseitigen. Zu nennen sind hier eine Verpflichtung der Unternehmen zur Umstellung des Verrechnungsprinzips („*Calling-Party-Pays*“-Prinzip auf ein „*Receiving-Party-Pays*“-Prinzip, etwa „*Bill and Keep*“) oder die Einführung von Endgeräten, die mehrere Vertragsbeziehungen (getrennt für Terminierung und Originierung) unterstützen (Multiple SIM Cards). Diese Verpflichtungen sind jedoch unpraktikabel, wesentlich eingriffsintensiver, als die oben festgestellten und deren Gesamtauswirkungen auf den Sektor sehr zweifelhaft.

5. Mobil-Endkunden-Preise

Die von Hutchison 3G Austria GmbH im Durchschnitt verrechneten impliziten Endkundenentgelte sind niedriger als jene der Mobilkom Austria AG.

Die relative Spanne zwischen den höchsten und niedrigsten impliziten durchschnittlichen Endkundenentgelten ist deutlich niedriger als jene der Ende 2006 zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte.

6. Übersicht der zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte

Die (zumindest) seit Oktober 2004 bis Ende 2006 zur Verrechnung gelangenden Entgelte für die Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Mobilfunkbetreiber zeigen sich wie folgt:

Mobilkom	T-Mobile	One	tele.ring	Hutchison
1.10.2004-31.10.2005: Cent 10,86	1.10.2004-31.10.2005: Cent 13,18	1.10.2004-31.10.2005: Cent 13,80	1.10.2004-31.3.2005: Cent 15,99	1.10.2004-31.12.2005: Cent 19,62
1.11.2005–31.12.2005: Cent 10,34	1.11.2005-31.12.2005: Cent 12,66	1.11.2005-31.12.2005: Cent 13,28	1.4.2005-31.12.2005: Cent 13,80	
1.1.2006-30.6.2006: Cent 9,34	1.1.2006-30.6.2006: Cent 11,66	1.1.2006-30.6.2006: Cent 12,28	1.1.2006-30.4.2006: Cent 12,80	1.1.2006-30.6.2006: Cent 17,79
			1.5.2006-30.6.2006: Cent 11,66	
1.7.2006-31.12.2006: Cent 8,34	1.7.2006-31.12.2006: Cent 10,66	1.7.2006-31.12.2006: Cent 11,28	1.7.2006-31.12.2006: Cent 10,66	1.7.2006-31.12.2006: Cent 15,95

7. Zu den Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung

Die Kosten (in Euro pro Minute) der One für die Leistung der Terminierung in das eigene öffentliche Mobiltelefonnetz in den Jahren 2004 bis 2008 stellen sich wie folgt dar:

	2004	2005	2006	2007	2008
ONE	0,1322	0,1301	0,1032	0,0743	0,0593

8. Zu den langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) der Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz

Die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers stellt der für Mobilkom Austria AG für das Jahr 2006 ermittelte Werte in der Höhe von Cent 5,72 dar.

9. Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden

In der nachfolgenden Tabelle findet sich ein Überblick zu den Ergebnissen der Marktanalysen für den verfahrensgegenständlichen Markt der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen. In allen genannten Ländern wurden betreiberindividuelle Terminierungsmärkte abgegrenzt, die Mobilbetreiber marktbeherrschend gestellt und weitgehend einer Preisregulierung unterworfen:

Land	Marktabgrenzung Betreiberindividuell	SMP	Preisregulierung	
			ja?	wie?
BE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
CY	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung (LRIC) für großen Betreiber, faire und angemessene Preise für kleine
CZ	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Price Cap, FAC
DE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
DK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/> *	Benchmarking mit SE, NO u. FI
EE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, Benchmarking mit CY, LT, FI
ES	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FDC
FI	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung **
FR	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FAC
GR	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
HU	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
IE	<input type="checkbox"/>	alle bis auf Hutchison ***, a)	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung
IT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber		
LT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FL-LRAIC ****
LU	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Benchmarking international
MT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, Benchmarking EU
NL	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FL-LRIC
PL	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung**
PT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Benchmarking (IRG Mitglieder)
SE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC für 3 große Betreiber, für MVNO und kleinen Betreiber Verpflichtung zu angemessenen Preisen
SI	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/> *	Benchmarking mit Retail On-Net Preisen für größten Betreiber, für zweitgrößten Verpflichtung zur Absenkung
SK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Preiskontrolle **
UK	<input type="checkbox"/>	alle bis auf Hutchison ***, a)	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC

* Preisregulierung nicht für alle M(V)NOS

** keine nähere Spezifizierung

*** SMP Stellung für Hutchison von der Berufungsinstanz aufgehoben

**** Entscheidung der Regulierungsbehörde dzt. bis zum Ende des Berufungsverfahrens außer Kraft gesetzt

a) Die Verfahren hinsichtlich Hutchison wurden 2007 in Irland als auch in UK neuerlich von der NRB mit dem Ergebnis aufgenommen, dass Hutchison in beiden Ländern über eine SMP-Stellung verfügt und ihre Preise auf Basis LRIC reguliert werden.

10. Stellungnahmen der Europäischen Kommission in Verfahren gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG

a. In den Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 15/03 sowie M 13/06 hat die Europäische Kommission (EK) Stellungnahmen iSd § 129 Abs. 2 TKG 2003 abgegeben.

a.a. Mit Schreiben vom 7.10.2004 (SG-Greffe (2004) D/204425) hat die EK zu den Maßnahmenentwürfen zu M 15/03 Stellung genommen und führt zur konkreten „Implementierung der vorgeschlagenen Verpflichtung zur Kostenorientierung“ aus: Die EK hält dazu fest, dass es nicht als die effektivste Herangehensweise erscheint, „[...] das identifizierte Wettbewerbsproblem zu lösen, wenn die Festlegung kostenorientierter Terminierungsentgelte den kommerziellen Verhandlungen zwischen Betreibern überlassen wird. [...] Die implizite Drohung weiterer regulatorischer Eingriffe im Rahmen einer Streitbeilegung oder eines ex officio Verfahrens für den Fall, dass Verhandlungen das identifizierte Wettbewerbsproblem nicht beseitigen, erscheint nicht ausreichend, da dadurch keine Transparenz hergestellt wird, den Marktteilnehmern keine Rechtssicherheit gegeben wird, und das Absenken der Terminierungsentgelte auf kostenorientiertes Niveau dadurch weiter verzögert werden könnte. Die fehlende Vorabspezifizierung des LRAIC-Modells und der zu berücksichtigenden Kosten garantiert ferner nicht, dass Terminierungsentgelte sich ausschließlich an den effizienten Kosten orientieren werden. [...]“

a.b. Am 8.12.2006 übermittelte die EK im Rahmen der Koordination zu M 13/06 eine Stellungnahme (SG-Greffe (2004) D/207527), in der sie zur Implementierung der damals vorgeschlagenen Verpflichtung zur Kostenorientierung ausführt. Die EK „betont [] nochmals, dass die festgestellten Wettbewerbsprobleme so schnell und effizient wie möglich behoben werden sollten. [] ... vertritt die Kommission die Meinung, dass die Präzisierung der Verpflichtung der Kostenorientierung bereits in der vorliegenden SMP-Entscheidung effektiver wäre als im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren.“

b. Im Rahmen einer Stellungnahme zur Notifikation der slowenischen Regulierungsbehörde (SG-Greffe (2007) D/201115 vom 9.3.2007) spricht sich die EK im Wesentlichen gegen die vorgesehene Verpflichtung aus, der Asymmetrie von on-net und off-net-Gesprächsgebühren damit zu begegnen, dass die Mobil-Terminierungsentgelte an die on-net-Entgelte auf Endkundenebene gebunden sind. EK fordert die slowenische Regulierungsbehörde auf, von der vorgesehenen Verpflichtung einer „internen Nichtdiskriminierung“ Abstand zu nehmen.

c. Zur Frage des Verhältnisses der Mobil-Terminierungsentgelte der Mobilbetreiber zueinander führt die EK in einer Stellungnahme vom 26.1.2007 (SG-Greffe (2007) D/200352) im Wesentlichen aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Unter gewissen außergewöhnlichen Umständen vermögen 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. In diesem Sinn wurde ein Markteintritt eines Betreibers (BITE Latvija) im September 2005 als temporäre Rechtfertigung für asymmetrische Terminierungsentgelte akzeptiert, wobei die EK daran erinnert, dass Betreiber effizienter zu werden haben.

In einer Stellungnahme vom 4.8.2006 (SG-Greffe (2006) D/204472) führt die EK die oben dargelegte Position zur Frage der Symmetrie bzw. Asymmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte an. In diesem Zusammenhang geht die EK davon aus, dass die technologiebedingten Differenzen gering sind und dass ein kleiner Marktanteil nur für einen begrenzten Zeitraum höhere Entgelte rechtfertigen kann. Nach einem Zeitraum, der lang genug ist, um sich an die Marktverhältnisse zu gewöhnen und um effizienter zu werden, würde die Beibehaltung höherer Terminierungsentgelte dazu führen, dass kleinere Betreiber nicht ermutigt werden, ihre Marktanteile zu erhöhen. Vor diesem Hintergrund stimmt die EK zu, asymmetrische Mobil-Terminierungsentgelte auf der Basis der „Kosten eines effizienten Betreibers“ zu eliminieren.

Die Position der Europäischen Kommission für eine grundsätzliche Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte wird im eben dargestellten Sinn auch in der Mitteilung der

Europäischen Kommission über die Überprüfung der Märkte entsprechend dem Rechtsrahmen der EU (2. Bericht) vom 11. Juli 2007 (KOM(2007) 401 endg., S.7f) wie folgt dargelegt: „Überdies genehmigten mehrere NRB hohe Anrufzustellungsentgelte für kleinere Netzbetreiber, die unmittelbar nach ihrem Markteintritt nicht in den Genuss von großen Einsparungen kamen. Dies könnte solche Betreiber aber von der Steigerung ihrer Marktanteile abhalten, weil die Vergrößerung des Kundenstamms letztlich niedrigere regulierte Zustellungsentgelte nach sich ziehen würde. Deshalb sollten Anrufzustellungsentgelte grundsätzlich symmetrisch sein, wogegen jede Asymmetrie entsprechend gerechtfertigt sein müsste. Die Kommission räumt ein, dass asymmetrische Entgelte in bestimmten Ausnahmefällen durchaus gerechtfertigt sein können durch objektive Kostenunterschiede, die außerhalb der Kontrolle der jeweiligen Betreiber liegen, z. B. unabänderliche Unterschiede in wesentlichen Netzbestandteilen. Soweit asymmetrische Zustellungsentgelte nicht durch objektive Kostenunterschiede begründet sind, müssen sie in einem annehmbaren Zeitrahmen schrittweise abgeschafft werden.“

Bezüglich der Anrufzustellung in Fest- und Mobilfunknetze betonte die Kommission, dass es grundsätzlich notwendig ist, zu symmetrischen, an den Kosten eines effizienten Betreibers orientierten Zustellungsentgelten überzugehen, und ermunterte die NRB zur entsprechenden Senkung der Zustellungsentgelte, insbesondere für die Zustellung in Mobilfunknetze. Da sich ein unterschiedliches Vorgehen der Mitgliedstaaten nachteilig auf den Binnenmarkt auswirkt, forderte die Kommission die NRB auf, in enger Zusammenarbeit mit der Gruppe europäischer Regulierungsstellen (ERG) ein kohärentes EU-weites Kostenberechnungskonzept zur Verbesserung der Symmetrie auszuarbeiten.“

d. In der Stellungnahme zu einer polnischen Notifikation (SG-Greffe (2006) D/202774, 29.5.2006) lädt die EK die polnische Regulierungsbehörde ein, zu erwägen, ob nicht die Kostenkontrolle gemäß dem Modell „forward looking long-run incremental cost“ am geeignetsten wäre, die identifizierten Wettbewerbsprobleme betreffend Kosten und Entgelte zu begegnen. Weiters führt die EK im Wesentlichen aus, dass der Zeitrahmen, bis ein kostenorientiertes Niveau erreicht wird, nicht unangemessen lang sein soll.

e. Zur Vorhaben der spanischen Regulierungsbehörde, lediglich Gespräche, die in einem Festnetz originieren, der Kostenkontrolle zu unterwerfen, führt die EK im Wesentlichen aus (SG-Greffe (2002) D/206038, 4.11.2006), dass Endkunden bezüglich der Preisgestaltung keinen maximalen Vorteile ableiten können, weswegen die EK die spanische Regulierungsbehörde einlädt, die Leistung der Mobil-Terminierung unabhängig vom originierenden Netz zu regulieren. In ähnlicher Weise spricht sich die EK in ihrer Stellungnahme zu SG-Greffe (2003) D/233787 vom 17.12.2003 gegen eine Limitierung der Verpflichtung auf Gespräche, die in einem Mobilnetz oder im Ausland originieren aus.

f. In einer Stellungnahme zu einer dänischen Notifikation (SG-Greffe (2005) D/204457, 12.8.2005) thematisiert die EK, dass für die selben identifizierte Wettbewerbsprobleme grundsätzlich auch die selben spezifischen Verpflichtungen anzuwenden sind (vgl. ebenso SG-Greffe (2003) D/233787, 17.12.2003).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht sowie den Ergebnissen von Marktanalysen anderer europäischer Regulierungsbehörden, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Mag. Norbert Kremminger, Dr.

Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak sowie DI Dietmar Zlabinger vom Juli 2007 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission, Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen*“). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und in die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilfunkterminierung gehen die Amtssachverständigen auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 ein („*single dominance*“, eine Untersuchung der „*joint dominance*“-Kriterien iSd Abs. 4 leg. cit. scheidet auf Grund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf einem Monopolmarkt eine Bedeutung haben können. Daraus ergibt sich, dass die Amtssachverständigen alle Marktmachtindikatoren einer Untersuchung unterzogen haben.

Dass die Indikatoren Marktanteile und nachfrageseitige Gegenmacht eine besondere Relevanz im Rahmen der Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Monopolmarkt „Mobil-Terminierung“ einnehmen, haben die Amtssachverständigen dargelegt; dies wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 bestätigt.

Nachdem der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15d/06 einen Mangel darin erkannt hat, dass die Ausführungen zur „nachfrageseitigen Gegenmacht“ nicht konkret auf die betreiberindividuelle Situation eingehen, hat die Telekom-Control-Kommission in den fortgesetzten und zwischenzeitlich verbundenen Verfahren zu M 15a-e/03 und M 13a-e/06 Amtssachverständige beauftragt, im Rahmen ihrer Analyse des gegenständlichen Marktes insbesondere hinsichtlich des Indikators der nachfrageseitigen Gegenmacht den betreiberindividuellen Umständen Rechnung zu tragen.

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens gehen die Amtssachverständigen aussagekräftig auf über 30 Seiten auf diesen Indikator ein und untersuchen diesen sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene. Dabei gehen die Amtssachverständigen auf eine Vielzahl von betreiberindividuellen Konstellationen ein und fundieren ihre Untersuchungen und Schlussfolgerungen mit konkreten, betreiberindividuellen Daten. Diese Beurteilung wird auch von der Europäischen Kommission in ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 geteilt, wenn sie ausführt, dass die Telekom-Control-Kommission „*eine sehr gründliche und genaue Analyse über ausgleichende Nachfragemacht durchführte*“.

Dass nicht in jeder Teiluntersuchung auf konkrete Daten, Betreiberkonstellationen und auch nicht namentlich auf die Verfahrenspartei eingegangen wird, ist darauf zurückzuführen, dass – auf Grund der bestehenden Regulierung – eine Untersuchung von Anreizstrukturen geboten ist. Da in einer Reihe von Fällen die Anreize aller Mobilbetreiber (bzw. Gruppen derselben) dieselben sind, bestand keine Notwendigkeit, in diesen Fällen eine strikte betreiberindividuelle Betrachtung vorzunehmen. Durch die Untersuchung von Anreizen können die Ergebnisse auch nicht immer mit realen Fakten belegt werden, da auf Grund der bestehenden Regulierung auf verschiedenen Märkten regelmäßig kein wettbewerbswidriges Verhalten erkannt werden kann; so werden auch potentielle Wettbewerbsprobleme untersucht, die für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen würden.

Auf der Grundlage ihrer Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren und dem Aufzeigen der strukturellen Besonderheiten auf dem gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt gelangen die Amtssachverständigen nachvollziehbar zur Schlussfolgerung, dass Wettbewerbsprobleme für den Fall der Nicht-Regulierung der Terminierungsleistung bestehen. Die Amtssachverständigen gelangen somit zur Auffassung, dass aus ökonomischer Sicht im Zeitraum seit 2004 bis in etwa 2 Jahren kein selbsttragender Wettbewerb herrscht.

b. Die Feststellungen zu den zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelten sind amtsbekannt und finden sich darüber hinaus auch in den wirtschaftlichen Gutachten.

c. Die Feststellungen zu den durchschnittlichen impliziten Endkundenentgelten der Mobilbetreiber sind amtsbekannt und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

d. Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Mag. Melisande Marie Cardona, Dr. Stefan Felder, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak vom September 2006. Die Aussagen dieses Gutachtens wurden im Wege der Einholung einer gutachterlichen Stellungnahme dahingehend überprüft, ob die Aussagen aktuell sind bzw. gegebenenfalls welche (anderen) spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 geeignet wären, den im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen zu begegnen („*Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente*“ von Mag. Kremminger, Dr. Lukanowicz und Mag. Pisjak vom Juli 2007). Nachdem die im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 aufgezeigten Wettbewerbsprobleme mit jenen übereinstimmen, die bereits mit den wirtschaftlichen (Erst-) Gutachten aus den Verfahren zu M 15/03 und M 13/06 übereinstimmen, sind die nunmehr bestellten Amtssachverständigen zur Schlussfolgerung gelangt, dass die bereits damals vorgesehenen Verpflichtungen (weiterhin und auch für den Zeitraum seit 2004) valide sind, um den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Im Besonderen führen die Amtssachverständigen zu den möglichen Optionen der Auferlegung konkreter Terminierungsentgelte aus; dabei untersuchen sie diese Frage differenziert nach Zeiträumen und empfehlen für den Zeitraum bis Ende 2006 keine Änderung der zur Verrechnung gelangenden Entgelte; dies wird von den Amtssachverständigen nachvollziehbar begründet. Für den Zeitraum danach, also 2007 bis 2008, eröffnen die Amtssachverständigen zwei Optionen, die grundsätzlich geeignet sind, dem wettbewerblichen Defizit zu begegnen.

Die Ausführungen der Amtssachverständigen stehen darüber hinaus weitgehend in Übereinstimmung mit der unabhängigen Studie „*A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*“ von Martin Cave, Ulrich Stumpf sowie Tommaso Valletti (Seiten 80ff), weswegen sich die Telekom-Control-Kommission in ihrer Würdigung der beiden Gutachten bestärkt sieht.

e. Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung im Jahr 2004 ergibt sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten samt Ergänzung vom Juni und Juli 2005 (Verfahren Z 2, 7, 8, 9, 11/05) der Amtssachverständigen Dr. Stefan Felder, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer sowie Mag. Paul Pisjak. Das Gutachten, das zum verfahrensgegenständlichen Akt genommen wurde, worüber die Verfahrenspartei mit Schreiben vom 24.7.2007 unterrichtet wurde, nennt die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Soweit Adaptionen von Ausgangswerten vorgenommen wurden, wie zB im Zusammenhang mit dem effektiven Steuersatz oder dem Anteil der Overheadkosten, legen die Amtssachverständigen ihre Gründe dar, warum sie von den Ausgangswerten abgewichen sind. Das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen, das für den Wert 2004 herangezogen wurde, ist somit schlüssig und nachvollziehbar.

Die für das Jahr 2004 angegebenen Werte beziehen sich auf den gewichteten Durchschnitt aus GSM und UMTS basierend auf betreiberindividuellen Kapitalkostenzinssätzen.

Hinsichtlich der Kalkulation des Anteils der Overheadkosten an den technischen Netzkosten wurde – als Obergrenzen – ein Mittelwert der Overheadkosten über alle Betreiber herangezogen (15,48%, als „*Szenario B*“ bezeichnet). Das von den Amtssachverständigen ermittelte „*Szenario B*“, ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission angemessen, zumal damit ein transparenter und einfacher Ausgleich zwischen sehr unterschiedlichen Anteilen an Overheadkosten gefunden werden konnte. Gerade vor dem Hintergrund dieser

unterschiedlichen Werte, die durchaus betreiberindividuelle Gründe haben können, haben es die Amtssachverständigen auch als notwendig erachtet, Alternativen („Szenarien A und C“) aufzuzeigen, die eine einfache Annäherung an Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung betreffend Overhead ermöglichen.

Das Ergebnis der arithmetischen Mittelung wurde darüber hinaus auch von den Amtssachverständigen mit Ergebnissen früherer Verfahren und Gutachten validiert. Weiters bewegt sich das Ergebnis nach „Szenario B“ zwischen den Mobilkom-Werten des Jahres 2005 gemäß den anderen errechneten Szenarien, weswegen die Telekom-Control-Kommission das Ergebnis dieses Szenarios als geeignete und verhältnismäßige Entscheidungsgrundlage ansieht.

f. Die Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung für die Jahre 2005 bis 2008 ergeben sich aus einem technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Februar 2007 samt Ergänzungen vom Juli und August 2007 (zuletzt vom 22.8.2007). Die Amtssachverständigen Mag. Kremminger, Dr. Lukanowicz, Mag. Pisjak und DI Zlabinger führen in Kapitel 2 in die Grundlagen der Kalkulation ein, nennen die zugrundeliegenden Daten (Anhänge) und die Berechnungsschritte, die zum Ergebnis (Kapitel 5) führen; sollten mehrere Berechnungsvarianten denkmöglich sein, werden verschiedene Szenarien dargestellt und bewertet. Das Gutachten kommt dem gestellten Auftrag in nachvollziehbarer Weise nach. Darüber hinaus setzen sich die Amtssachverständigen im ergänzenden technisch-wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 mit Stellungnahmen von Kommunikationsnetzbetreibern zum technisch-wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten (Februar 2007) auseinander (insbesondere in den Kapiteln 1 und 3) und bewerten in schlüssiger und glaubwürdiger Weise diese Kommentare.

Im Konkreten gründen die mit dem technisch-wirtschaftlichen Gutachten ermittelten Kosten auf einem Szenario, in dessen Rahmen ein gemischter Faktor sowohl für die UMTS- als auch für die GSM-Kosten zur Anwendung gebracht wurde (vgl. Ergänzungsgutachten, Kapitel 1.5). Dieses Szenario („Szenario 3“) wird von den Amtssachverständigen favorisiert („schlüssigere Variante“, „bester Ansatz zur Sprache-Daten-Aufteilung“, technisch-wirtschaftliches Ergänzungsgutachten, Seiten 25, 72).

Die Telekom-Control-Kommission kann sich diesem „Szenario 3“ und den schlüssigen Ausführungen der Amtssachverständigen anschließen, da sichergestellt werden kann, dass sämtliche für die Erbringung von Sprache relevanten Kosten, unbeschadet davon, ob die Leistung im GSM- oder im UMTS-Netz erbracht wird, in Übereinstimmung mit § 1 Z 15 TKMVO 2003, der (bloß) die Terminierung von Sprach-Anrufen in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze umfasst, berücksichtigt wird. Darüber hinaus wird verhindert, dass die Aufteilung von Sprache und Daten auf der Grundlage einer einzelnen Aufnahme eines Ist-Zustandes (Momentaufnahme) vorgenommen wird. Eine grundsätzliche Gleichbehandlung unterschiedlicher Technologien (GSM, UMTS) entspricht einem technologieneutralen Ansatz iSd sektorspezifischen Regulierung (§ 1 Abs. 3 Satz 1 TKG 2003) und steht darüber hinaus auch in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 2 lit. c TKG 2003 („Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“). Nachdem einzelne Netzelemente sowohl für Sprache als auch für Daten verwendet werden, kann dem Begehren, dass nur jene Kostenteile, die in einem *ausschließlichen* Zusammenhang mit Datendiensten stehen, unberücksichtigt bleiben sollen, nicht näher getreten werden, da somit nicht sichergestellt wäre, dass lediglich sprachrelevante Aufwendungen durch das Terminierungsentgelt abgegolten werden.

Ein Szenario, das demgegenüber UMTS-Kosten gänzlich unberücksichtigt lässt („Szenario 5“), auch wenn diese Kosten durch Sprache verursacht werden, steht sowohl einer Kostengerechtigkeit als auch § 1 TKG 2003 (insbesondere der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie dem Gebot der Technologieneutralität) entgegen. Eine gesonderte Berücksichtigung von getrennten Faktoren für GSM und UMTS

(„Szenario 4“) scheidet für die Telekom-Control-Kommission ebenso aus, da diese Aufteilung (und damit auch die Kosten) durch den jeweiligen Betreiber frei beeinflussbar ist und wieder die Unzulänglichkeit einer Momentaufnahme auftritt. Einem Szenario, in dessen Rahmen alle Kosten für GSM und UMTS, unabhängig, ob sie für Sprache oder für Daten anfallen, berücksichtigt werden („Szenario 1“), vermag sich die Telekom-Control-Kommission nicht (mehr) anzuschließen, da Datenanteile in nicht unerheblichem Maß ermittelt werden konnte und der rufende Teilnehmer (bzw. der Kommunikationsnetzbetreiber) nur jene Kosten abgelden soll, die für die Terminierung eines Sprachrufes anfallen. Auch wenn der Datenanteil in einem GSM-Netz geringer als in einem UMTS-Netz ist (UMTS bietet insbesondere für den Datentransport weitreichendere Möglichkeiten), ermöglicht ein Szenario, bei dem die gesamten GSM-Kosten (damit für Sprache und Daten) und (nur) der Sprachanteil der UMTS-Kosten eingerechnet werden („Szenario 2“), auch nicht, dass lediglich Kosten berücksichtigt werden, die für Sprache anfallen.

Soweit darauf hingewiesen wird (wie von Mobilkom in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007), dass der rufende Kunde bzw. der Zusammenschaltungspartner auch von den Skalenerträgen aus dem Datenvolumen in Form geringerer Entgelte profitiert, obwohl nur die Leistung „mobiler Sprachdienst“ bzw. die „Terminierung von Sprache“ in Anspruch genommen wird, ist wiederholt darauf hinzuweisen, dass die Verfahrenspartei in ihrem mobilen Netz unterschiedliche Dienste erbringt, die aus regulatorischer Sicht unterschiedlich behandelt werden. Es ist sicherzustellen, dass der Zusammenschaltungspartner bzw. dessen Endkunden lediglich Kosten des mobilen Sprachdienstes bezahlt, nicht jedoch auch für andere Dienste. Dass der Zusammenschaltungspartner bzw. der rufende Kunde einen Vorteil dadurch hat, dass der Terminierungsnetzbetreiber sein mobiles Netz umfassend (dh auch für andere Dienste) nützt und deswegen die Kosten geringer sind, ist eine Begleiterscheinung unter Ausnützung der „economies of scope“, der jedoch aus regulatorischer Sicht nicht entgegenzuwirken ist. Gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 ist nämlich unter anderem die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile (auch) in Bezug auf Preis eines der Ziele des TKG 2003; diesem Ziel wird damit entsprochen.

Dass durch diese Herangehensweise ein negativer Anreiz für Investitionen in mobile Breitbanddienste geschaffen wird, wird von Mobilkom lediglich behauptet; ein Beleg wird nicht angeführt. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass das Anbieten neuer Endkundenprodukte (wie „mobile Datenkarten“) in einem wettbewerblichen Umfeld von statten geht und der Mobilbetreiber auf Grund dieses Druckes zu Innovation und zum Anbieten neuer Mobil-Produkte gezwungen ist.

An einer Heranziehung des Szenario 3 vermag auch das weitere Vorbringen der Mobilkom (wie im Rahmen der Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007) nichts zu ändern: Auch wenn Datendienste als „best-effort-Dienst“ erbracht werden und im Fall eines Ressourcenkonfliktes hinter den Sprachdienst zurücktreten, ist doch evident, dass in ein und demselben Mobilfunknetz auch Datendienste erbracht werden, die ebenso Kosten generieren. Dass zur Ermittlung der Kosten durchschnittliche Daten-/Sprachmengen herangezogen werden, dient der sorgfältigen Aufteilung der Dienste. Kosten, die durch Dienste verursacht werden, die nicht verfahrensgegenständlich sind, sollen nicht vom Zusammenschaltungspartner bzw. dessen Endkunden im Rahmen einer Sprach-Terminierungsleistung bzw. eines Sprachrufes abgegolten werden.

Auf der Grundlage einer Aufstellung der festgestellten Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung in den Jahren 2004 bis 2008 (vgl. die Feststellung unter „Zu den Kosten für die verfahrensgegenständlichen Leistungen“) und ein Vergleich der bisherigen jährlichen Senkungen zeigt, dass die angeordneten Entgelte im ersten Halbjahr 2009 jedenfalls kostendeckend sind. Dieser Beurteilung liegt die Prämisse zu Grunde, dass die Kostensenkungen sich in einem ähnlichen Ausmaß fortsetzen, wobei eine Kostenüberdeckung auch bei weit geringeren (relativen) Kostensenkungen gegeben ist.

Dass die Telekom-Control-Kommission in ihrer Beurteilung von sinkenden Kosten im Jahr 2009 ausgeht, ist auf die bisherige Marktentwicklung (steigende Verkehrsvolumina im Sprach- und Datenverkehr) und auf das Bestreben eines in einem wettbewerblichen Umfeld agierenden Unternehmens zurückzuführen, die von ihr erbrachten Leistungen im Bereich Mobilfunk kosteneffizient zu produzieren. Umstände, die gegen diese Einschätzung sprechen, sind der Telekom-Control-Kommission nicht bekannt.

g. Jener Wert, der als die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers festgestellt wurde, ist jener, der auf Basis der aktuellsten Ist-Daten (des Jahres 2006) unter Zugrundelegung der effektiven Steuerquote 2006 für Mobilkom ermittelt werden konnte:

Die geringsten ermittelten aktuellen Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung stellen eine geeignete Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers dar, da die Mobilfunkunternehmen auf Grund des Wettbewerbsdruckes grundsätzlich gezwungen sind, ihre Leistungen effizient zu erbringen; Mobilkom als Betreiber mit den geringsten Kosten gibt – vor dem Hintergrund der ökonomischen Theorie zum einheitlichen Marktpreis („one price rule“) – somit die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ vor. An diesen Wert hat sohin eine Orientierung zu erfolgen.

Die Heranziehung dieses Wertes wird auch von der Europäischen Kommission in ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 unterstützt, wenn diese ausführt, dass dieser Wert der Mobilkom für das Jahr 2006 ein „Maßstab für Effizienz“ darstellt.

Diese Methode der Ermittlung der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers ist – im Vergleich zu anderen Methoden (wie ein Bottom-Up-Modell) – nicht nur einfach, rasch und kostensparend (iSd § 39 Abs. 2 AVG) zu operationalisieren, sondern geht auch von realen Verhältnissen (Berücksichtigung tatsächlich anfallender Kosten eines hinreichend effizienten Betreibers) in Österreich im Bereich der Mobil-Terminierung aus und erfordert vice versa kaum Annahmen oder Prognosen. Damit die Unsicherheit von Prognosen für die Jahre 2007 und 2008 sich nicht in einem falschen Ergebnis niederschlägt, geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass der aktuellste Wert, der auf Ist-Daten basiert, als Bezugspunkt für die LRAIC heranzuziehen ist. Dieser Wert entspricht den Kosten im Jahr 2006. Dies steht auch in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Amtssachverständigen im technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten.

Darüber hinaus steht dieser Ansatz in Einklang mit einem wettbewerbsorientierten Ansatz und stellt sicher, dass längerfristig kein Betreiber Übergewinne erwirtschaften kann. Ein Wettbewerbsmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass sich Marktpreise an den langfristigen Durchschnittskosten, welcher der Industrie für die effiziente Produktion – d.h. mit den geringst möglichen Produktionskosten – entstehen, orientieren und Anbieter unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten gezwungen sind, zu diesen Preisen anzubieten. Die LRAIC eines effizienten Betreibers (dh der Mobilkom) stellen eine gute Annäherung an ein Ergebnis dar, das sich auf einem Wettbewerbsmarkt einstellen würde.

Soweit Hutchison im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 im Zusammenhang mit dem LRAIC-Wert vermeint, dass die „*langfristigen Grenzkosten in der Höhe von Cent 2,9 als LRAIC-Wert*“ herangezogen werden müssten, ist Hutchison zu entgegen, dass der von ihr angesprochene Wert lediglich die *variablen* Grenzkosten der Mobil-Terminierung darstellt. Der heranzuziehende LRAIC-Maßstab ist jedoch ein Vollkostenansatz, der *variable und fixe* Kosten berücksichtigt. Wie sich aus den konkreten Daten zum wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 ergibt, unterschlägt Hutchison damit einen Fixkostenanteil pro Minute (für 2006) in der Höhe von Cent 1,17. Dem von Hutchison ermittelten Wert für 2006 in der Höhe von Cent 4,55 (variable Grenzkosten in der Höhe von Cent 2,9 plus Gemeinkosten [Lizenzanteil für Terminierung, Billinganteil für

Terminierung, Overheadanteil für Terminierung] in einer Höhe von Cent 1,65) sind die Fixkosten in der Höhe von Cent 1,17 zu addieren, woraus sich ein (LRAIC-)Wert in der Höhe von Cent 5,72 ergibt. Genau dieser nachvollziehbar ermittelte Wert wurde als Zielwert herangezogen.

Hutchison releviert im Kontext der Berechnung des LRAIC-Wertes weiters, dass „National Roaming“ bei der Ermittlung der LRAIC zu berücksichtigen wäre; durch Berücksichtigung dieses Verkehrs würde sich der LRAIC-Wert von Cent 5,72 auf Cent 5,55 verringern. Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Vorbringen nicht anzuschließen, wird doch die Leistung des National Roamings nicht dem Markt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 zugerechnet. Dies ergibt sich bereits aus dem von der RTR-GmbH für die Zwecke der Datenbeschaffung durchgeführten Verfahren VBAF 2006: Leistungen aus National Roaming werden dem Bereich Wholesale Terminierung nicht zugerechnet. Bei der Leistung des National Roaming werden andere Netzelemente, in anderer Intensität - und diese zudem nur im GSM-Netz - verwendet bzw. ergibt sich daraus eine grundsätzlich andere Verkehrsführung. Diese Verkehrsführung ist für (externe) Zusammenschaltungspartner (wie beispielsweise für einen Festnetzbetreiber) für die Leistung der Mobilterminierung im Netz der Mobilkom nicht maßgeblich, weswegen die im Rahmen von National Roaming erbrachten Leistungen für die Kalkulation der Netzkosten der Mobilkom nicht heranzuziehen sind. Weiters erfolgt der Zukauf der National Roaming-Leistung - Anrufzustellung im Hostnetz bzw. beim National Roaming-Vertragspartner (dies gilt auch für die Originierung) - auf einer tieferen Wertschöpfungsstufe und ist daher auch einem anderen Markt als dem im vorliegenden Verfahren relevanten Terminierungsmarkt in einem individuellen Mobilfunknetz zuzurechnen.

Sollte Hutchison im Rahmen ihres Vorbringens zu National Roaming auf den letztlich im Netz der Hutchison terminierenden Verkehr abstellen (unabhängig davon, ob für diese Terminierung das eigene Netz der Hutchison oder das virtuelle, „zugemietete“ Netz verwendet wird), ist darauf hinzuweisen, dass diese Terminierungsleistung in der Kalkulation der Kosten der Hutchison berücksichtigt wird.

Dem Begehren der Hutchison in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 war damit nicht zu folgen.

Soweit Hutchison in ihrer Begründung auch auf die Ausführungen zur Behandlung von Visitor Roaming im Verfahren zu M 15a/03, M 13a/06 verweist, ist festzuhalten, dass die Leistung der Terminierung in das Mobilnetz der Mobilkom immer dieselbe ist, ungeachtet, ob der gerufene Endkunde ein eigener oder ein (roamender) Kunde eines ausländischen Netzbetreibers ist.

h. Die Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden ergibt sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007. Die Stellungnahmen der Europäischen Kommission in Verfahren gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG sind im Internet auf der Webseite der Europäische Kommission öffentlich zugänglich (<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/home>, „CIRCA-Server“) und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht.

In weiterer Folge wird auf das Vorbringen der Verfahrenspartei eingegangen, soweit sich dieses auf die gegenständliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht und der Festlegung konkreter spezifischer Verpflichtungen beziehen.

i. T-Mobile wendet sich im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 28.9.2007 zu den Konsultationsentwürfen gegen die Feststellung unter Punkt 2.6.1., dass „der positive Effekt überhöhter Mobil-Terminierungsentgelte geringer ist als die negativen Wohlfahrtseffekte bedingt durch die allokativen Verzerrungen von Anrufen aus dem Festnetz ins Mobilnetz.“ T-Mobile erachtet dies als bloße Behauptung der Telekom-Control-Kommission.

Festzuhalten ist, dass diese Ausführung der Telekom-Control-Kommission eine Feststellung darstellt, die auf einem ökonomischen Gutachten vom Juli 2007 basiert. Diesem Gutachten kann T-Mobile lediglich auf gleicher fachlicher Ebene iSd der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegen treten, nicht jedoch mit einer bloßen Behauptung, die weder ausgeführt noch begründet ist. Die Amtssachverständigen legen in ihrem Gutachten die ökonomischen Zusammenhänge überhöhter Mobil-Terminierungsentgelte ausführlich und nachvollziehbar dar, weswegen die Telekom-Control-Kommission keine Bedenken bezüglich dieser Ausführung hat.

j. Soweit sich T-Mobile im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 gegen die Feststellungen zu Punkt 2.6.4. wendet und vermeint, dass sich Endkundenprodukte wie „Replace“ nicht erst durch Quersubventionierung, sondern durch eine entsprechende Produkt- und Tarifgestaltung rechnen, ist T-Mobile auf die Feststellungen zu verweisen: Im Mittelpunkt der Feststellungen stehen „überhöhte Mobilterminierungsentgelte“, die es Mobilbetreibern erlauben, Produkte wie „Replace“ anzubieten und die möglicherweise fehlende Möglichkeit zur Nachbildbarkeit. Dass die Entgelte nach wie vor über den Kosten liegen (und dieses Mehr-Entgelt für Produktgestaltungen eingesetzt werden kann), zeigt sich bereits in der angeordneten Senkung der Entgelte der Mobilfunkbetreiber, auch der T-Mobile.

Dass T-Mobile ihre Kalkulationen ihres Produktes „Replace“ vorgelegt hat, zeigt nur, inwieweit sich T-Mobile an die auferlegte spezifische Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung hält.

k. T-Mobile ist mit ihren Ausführungen in der genannten Konsultationsstellungnahme zum „ECPR-Ansatz“ und zu „Benchmarking“ auf die jeweiligen Feststellungen, das wirtschaftliche Gutachten sowie die rechtliche Beurteilung zu verweisen. Dort wird beispielsweise ausgeführt, dass „ECPR“ aus ökonomischer Sicht nur in jenen Bereichen eingesetzt werden kann, die zu „selbsttragendem Wettbewerb“ tendieren. Im Bereich der Mobil-Terminierung als Monopol kann sich definitionsgemäß kein selbsttragender Wettbewerb einstellen. Im Übrigen sind die Ausführungen der T-Mobile nicht begründet.

2. Zum Vorbringen der One zum Marktanalyse-Gutachten:

Am 24.7.2007 übermittelt One in den verbundenen Verfahren M 15c/03, M 13c/06 eine Stellungnahme zum Marktanalysegutachten vom Juli 2007 und verweist eingangs auf Ihre Kritik hin, die sie bereits in den (Erst-)Verfahren zu M 15c/03 und M 13c/06 geäußert hat. Da One diese früheren Ausführungen explizit weiterhin aufrecht hält, geht die Telekom-Control-Kommission auch auf diese Ausführungen zu den wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten zu M 15c/03 und M 13c/06 ein, soweit sich die Ausführungen auch auf die Feststellungen im gegenständlichen Bescheid beziehen.

In der Summe vermag das Vorbringen der One nicht zu überzeugen und die Feststellungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen am Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der One nicht zu erschüttern. Im Besonderen schafft es One nicht, „auf gleicher fachlicher Ebene“ (im Sinne der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, vgl. etwa Erkenntnis zur Zahl 2001/12/0194) auf die Ausführungen der wirtschaftlichen Amtssachverständigen in ihrem Gutachten vom Juli 2007 einzugehen, sondern beschränkt sich – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – weitgehend auf allgemeine, unbegründete und nicht fundierte Aussagen:

a. One erachtet die Ausführungen der Amtssachverständigen über die „mit 1999 beginnende Regulierung der Terminierungsleistung“ als unrichtig und nicht nachvollziehbar. Im Besonderen verweist One auf den Umstand, dass „erstmalig mittels Bescheid M 15c/03 vom 27. Oktober 2004 behördlich festgestellt wurde, dass One [] über beträchtliche Marktmacht verfügt.“ Weiters merkt One an, dass sie in der Gestaltung ihrer

Zusammenschaltungsentgelte frei war und sie entsprechende privatrechtliche Einigungen erzielen konnte. Daraus will One ableiten, dass „funktionierender Wettbewerb (wohl am gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt) auch ohne Auferlegung von regulatorischen Vorabverpflichtungen bestand“ (Stellungnahme vom 24.7.2007).

Diese Ausführungen sind verfehlt: Eingangs soll festgehalten werden, dass es definitionsgemäß auf einem Monopolmarkt (iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003) keinen Wettbewerb geben kann, da Wettbewerb Konkurrenz, dh mehr als ein Unternehmen, voraussetzt.

Darüber hinaus ist dem Vorbringen der One wie folgt zu entgegnen (und insofern die Ausführungen der Amtssachverständigen zu bestätigen): Die Leistung der Mobil-Terminierung unterlag auch vor der (erstmaligen) Feststellung beträchtliche Marktmacht (der One) im Oktober 2004 einer „Regulierung“. Dies geschah zum Einem im Wege von Verfahren gemäß § 33 TKG (1997), in dessen Rahmen auch ein Mobilbetreiber als marktbeherrschend (auf dem „Sprachtelefonie- oder Zusammenschaltungsmarkt“) festgestellt werden konnte, weswegen auch die Mobilbetreiber einer regelmäßigen regulatorischen Beobachtung unterlagen; im Rahmen dieser Verfahren wurden (auch) Mobilbetreiber (Mobilkom sowie die damalige max.mobil.) zeitweilig als marktbeherrschend iSd § 33 TKG (1997) eingestuft. Zum Anderen unterlag auch die One über die Möglichkeit aller Netzbetreiber, die Regulierungsbehörde gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 zur Streitschlichtung anzurufen, einer „Regulierung“. Konnte keine Einigung erzielt werden, weil One beispielsweise die Zusammenschaltung verweigert oder (aus Sicht des Zusammenschaltungspartners) zu hohe Zusammenschaltungsentgelte in Rechnung stellen wollte, konnte die Regulierungsbehörde angerufen werden. Im Rahmen der Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission wurden insbesondere die Mobil-Zusammenschaltungsentgelte geregelt und Senkungen derselben herbeigeführt. So wurden die Entgelte der One über Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 7/00 (Entscheidung vom 31.7.2000) auf Cent 16 und in weiterer Folge auf Cent 13,8 gesenkt. Das zuletzt genannte Entgelt wurde mit der Entscheidung zu Z 1/02 (3.6.2002) bestätigt, wobei One im Rahmen dieses Verfahrens höhere Entgelte (Cent 16) beantragt hat (Antragsänderung der One vom 8.5.2005 im Verfahren Z 1/02). Der Hinweis der One (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007), dass One ihre „Terminierungsentgelte noch nie signifikant erhöht hat“, ist vor dem Hintergrund der Stellung eines Antrages auf Festlegung höherer Entgelte und den untersuchten Anreizstrukturen nicht überzeugend. Auch im Lichte der ökonomischen Theorie zeigt sich, dass eine Erhöhung eines Monopolpreises auch nicht möglich ist. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass One ihre Entgelte freiwillig auch nicht gesenkt hat, obwohl die Feststellungen zeigen, dass die terminierungsrelevanten Kosten kontinuierlich gesunken sind.

Regelmäßige privatrechtliche Senkungen des Mobil-Terminierungsentgeltes der One sind der Telekom-Control-Kommission damit nicht bekannt. Der Verweis der One auf eine Reihe von Vertragsabschlüssen ist insofern zu relativieren, als One lediglich die in einem Zusammenschaltungsverfahren in einem bilateralen Verhältnis behördlich festgelegten Entgelte auch anderen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt hat; dies erfolgt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erwartungshaltung der One hinsichtlich des Ausgangs eines neuerlichen Streitschlichtungsverfahrens; es stand nämlich zu erwarten, dass die zuletzt angeordneten Entgelte wieder festgelegt werden.

Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass One (bis Oktober 2004) keiner „Regulierung“ unterworfen war; der Umstand, dass es in dieser Zeit zu keinen Wettbewerbsverzerrungen gekommen ist (Stellungnahme der One vom 24.7.2007, Seite 3) ist nämlich auf Regulierung zurückzuführen, wie die Feststellungen zu den grundsätzlichen Anreizstrukturen der One zeigen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen können die Ausführungen der Amtssachverständigen, dass Terminierungsentgelte mit 1999 beginnend einer „Regulierung“ unterlagen, weder als unrichtig noch als nicht nachvollziehbar erkannt werden.

Der Hinweis der One, dass die Ausführungen der Amtssachverständigen „jeglicher tatsächlicher Grundlage“ entbehren würden, kann nicht nachvollzogen werden, bestätigen doch die auf www.rtr.at veröffentlichten (und oben erwähnten) Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission sowie die gemäß § 48 Abs. 3 TKG 2003 angezeigten Zusammenschaltungsverträge die Überlegungen der Amtssachverständigen. One bringt auch nicht vor, dass Senkungen ihres Mobil-Terminierungsentgeltes regelmäßig auf privatrechtlicher Basis erfolgt wären.

Im Rahmen der Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 vermeint One einen Widerspruch in den Ausführungen der Telekom-Control-Kommission erkennen zu können; dieser soll im Wesentlichen in der Anrufungsmöglichkeit der Regulierungsbehörde gelegen sein. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, war One auch im alten Rechtsrahmen nicht frei, ihre Mobil-Terminierungsentgelte nach Belieben zu setzen, da durch die Möglichkeit der Anrufung der Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG (1997) die Regulierungsbehörde eine hoheitliche Entscheidung über die Höhe der Entgelte getroffen hat. Dadurch wurde die Freiheit der Entgeltsetzung der One beschränkt, weswegen die Telekom-Control-Kommission einen solchen Eingriff als „Regulierung“ bezeichnet.

Gegenständliche Entscheidung bringt nun mit sich, dass die Bedeutung der Anrufungsmöglichkeit der Telekom-Control-Kommission sinkt, da die Verhaltensregeln für die Verfahrenspartei ex ante festgelegt wurden. Um eine effiziente Herangehensweise zur Regulierung von Mobil-Terminierungsentgelten zu ermöglichen, wurde im Sinne der dargelegten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sowie einer Stellungnahme der Europäischen Kommission die Entgelte konkret (zahlenmäßig) festgelegt.

b. Im Zusammenhang mit den Ausführungen der Amtssachverständigen zum früheren Rechtsrahmen und den Ausführungen, dass – bedingt durch Regulierung – kein Spielraum für antikompetitives Verhalten gegeben war, weist One im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 darauf hin, dass sie in der Vergangenheit eine Reihe von privatrechtlichen Vereinbarungen geschlossen hat und deswegen „*ein funktionierender Markt für Terminierung in das Mobilnetz der One bestanden*“ hätte.

Vorab ist auf obige Ausführungen zu verweisen und wiederholt festzuhalten, dass aus dem Umstand heraus, dass One auch privatrechtliche Vereinbarungen geschlossen hat – die weitgehend dem jeweils aktuellen Regulierungsstandard entsprechen und insoweit als „reguliert“ zu bezeichnen sind – nicht erklären kann, dass der Terminierungsmarkt der One ein im Wettbewerb stehender Markt ist. Dies widerspricht bereits dem eigenen Vorbringen der One (vgl. Stellungnahme vom 4.10.2006, Seiten 1f). Darüber hinaus stellt dieser Aspekt lediglich ein Bestandteil einer umfassenden Marktanalyse dar.

c. Zum Vorbringen der One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006, dass die Amtssachverständigen (im wirtschaftlichen Erst-Gutachten) übersehen hätten, dass es in Österreich Einigungen über die Höhe der Mobilzusammenschaltungsentgelte gegeben hätte, soll auf die Seiten 43f des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 verwiesen werden. Hier gehen die Amtssachverständigen auf Senkungen des Terminierungsentgeltes der tele.ring ein.

Wiederholt ist darauf hinzuweisen, dass der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte – über die Jahre gesehen – die Ausnahme war. Bei den stattgefundenen privatrechtlichen Einigungen in der wesentlichen Frage der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einigungen vor dem Hintergrund der laufenden Marktanalyse- bzw.

Zusammenschaltungsverfahren stattgefunden haben und taktisches Kalkül im Vordergrund stand. Darüber hinaus ist die Tatsache alleine, dass es zu Vertragsabschlüssen kommt, noch kein Beweis für das Vorliegen effektiven Wettbewerbs auf einem Monopolmarkt bzw. dafür, dass Wettbewerbspreise zur Verrechnung gelangen (vgl. dazu die Feststellungen zu den freiwillig von tele.ring angebotenen Entgelten und den zu Grunde liegenden, weit niedrigeren Kosten).

d. In Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 geht One auf die (internalisierten) Kosten der Erreichbarkeit ein und geht dabei der hypothetischen Frage nach, wie sich eine massive Erhöhung der Preise der Mobilbetreiber auswirken würde.

Eingangs ist darauf zu verweisen, dass die Amtssachverständigen mit einem empirischen Befund belegen, dass der Preis aus anderen Netzen angerufen zu werden, kein ausschlaggebendes Kriterium für die Wahl eines Netzbetreibers darstellt (Wirtschaftliches Gutachten vom Juli 2007, Seite 34); diesem Vorbringen tritt One nicht entgegen.

Die von One angesprochenen Ausweichszenarien der Endkunden für den – nach Meinung der Telekom-Control-Kommission unwahrscheinlichen – Fall der massiven Erhöhung der Vorleistungsentgelte sind vor dem Hintergrund der Abgrenzung des Mobil-Terminierungsmarktes iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003, dem Substitutionsüberlegungen auf Angebots- und Nachfrageseite zu Grunde liegen, nicht relevant (vgl. dazu die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission zur Marktdefinition iSd TKMVO 2003 sowie den diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes).

Darüber hinaus existieren geeignetere Möglichkeiten, eine günstige Erreichbarkeit sicherzustellen (wie zB. tariffreie Rufnummern bzw. solche mit Tarifobergrenzen, Produkte wie „Mobile Nebenstellenanlage“, vgl. Wirtschaftliches Gutachten vom Juli 2007, Seite 35).

Abschließend ist festzuhalten, dass gerade über die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen, wie jener gemäß § 42 TKG 2003, sichergestellt wird, dass eine „massive Erhöhung der Vorleistungsentgelte“, die den Ausgang der Überlegungen der One darstellt, hintangehalten wird. Das Vorbringen der One ist damit bereits vor diesem Hintergrund verfehlt.

Eine weitere Kritik der One richtet sich in diesem Kontext darauf, dass dem „*Phänomen der Internalisierung innerhalb von Teilnehmergruppen keine ausreichende Bedeutung*“ beigemessen worden sei (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007). Dies ist unrichtig, da die Amtssachverständigen die Verhandlungsmacht durch Endkunden in verschiedenen Konstellationen untersucht haben und letztlich feststellen konnte, dass diese aus ökonomischer Sicht keinen Einfluss auf die Marktmacht ausüben können. Gerade „Communities“ wenden sich an Mobilfunkbetreiber mit besonders günstigen On-net-Tarifen, die jedoch keinen Effekt auf die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte haben.

e. Unter Verweis auf ihre Stellungnahme vom 4.10.2006 gibt One wiederholt zu bedenken (Stellungnahme vom 24.7.2007, Seite 5), dass eine Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte unter die individuellen Entstehungskosten mittelfristig zu einer Beschleunigung der Mobil-Festnetz-Substitution führen würde. Dieses Vorbringen ist verfehlt:

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen keine überhöhten Vorleistungsentgelte rechtfertigen kann. Wie sich den Gutachten der Amtssachverständigen entnehmen lässt, sind die negativen Effekte überhöhter Entgelte größer als die positiven Effekte. Vor diesem Hintergrund wurde auch eine Kostenkontrolle empfohlen.

Darüber hinaus muss auf dieses Vorbringen nicht weiter eingegangen werden, da ein Vergleich der Kosten der One für die Mobil-Terminierungsleistung und den angeordneten

Entgelten für diese Leistung nicht erkennen lässt, dass die festgelegten Entgelten unter den Entstehungskosten liegen würden.

f. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 kritisiert One, dass der „*Einfluss der kumulierten Endkundennachfrage auf die Entgeltverhandlungen auf der Vorleistungsebene*“ weitestgehend negiert wurde. Im Rahmen der Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 wiederholt One dieses Vorbringen.

Nachdem weitere Ausführungen fehlen, die diesen Vorwurf erhellen könnten, möchte die Telekom-Control-Kommission darauf hinweisen, dass der entscheidungswesentliche Marktmachtindikator der nachfrageseitigen Gegenmacht von den Amtssachverständigen umfassend (auf über 30 Seiten) und auf unterschiedlichen Ebenen (Endkunden- und Vorleistungsebene, betreiberindividuelle Konstellationen) untersucht wurde. In diesem Rahmen wurde auch auf die Frage eingegangen, welche Auswirkungen eine Kumulation der Endkundennachfrage hat: Wie das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 zeigt (Seite 32), ist der Umsatz des größten, der 3 größten und der 10 größten Kunden bei One äußerst gering, woraus zu schließen ist, dass selbst die 10 größten Kunden der One gemeinsam keinen glaubwürdigen Druck ausüben können (vgl. dazu auch das „*Fazit*“ im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007, Seiten 36f).

Das Vorbringen, dass die kumulierten Endkundennachfrage „*negiert*“ bzw. „*nicht hinreichend untersucht*“ wurde (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007), ist damit verfehlt. Darüber hinaus soll darauf hingewiesen werden, dass auch der Umstand der Bündelung von Nachfragemacht auf Vorleistungsebene (und der Umstand „*verbundener Unternehmen*“) einer Untersuchung unterzogen wurde (vgl. Wirtschaftliches Gutachten vom Juli 2007, Seite 60).

Das weitere Vorbringen der One in diesem Zusammenhang (Stellungnahme vom 24.7.2006, Seite 5) kann seitens der Telekom-Control-Kommission nicht als Einwand gegen das wirtschaftliche Gutachten identifiziert werden, zumal One einzelne Ausführungen im Gutachten bestätigt bzw. wiederholt. Auf den Umstand (a-)symmetrischer Verkehrssalden sind die Amtssachverständigen – unter Angabe konkreter Daten – detailliert eingegangen (Wirtschaftliches Gutachten vom Juli 2007, Seiten 45ff) und haben nachvollziehbar ihre Schlussfolgerungen vorgenommen.

Zu diesem Kontext ergänzt One in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007, dass den zukünftigen asymmetrischen Verkehrsströmen von One (vermutlich wegen Endkundenprodukte wie „4:0“) nicht Rechnung getragen wird und dass ein Betreiber, der wesentlich mehr ausgehenden Verkehr hat, sehr wohl ein Interesse hat, niedrigere Preise („unterer Bereich des möglichen Preisbandes“) zu verhandeln und dadurch ein disziplinierendes Moment gegeben sei.

Das Vorbringen ist verfehlt: Im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 wurde – neben anderen Konstellationen – sehr wohl auch der Fall asymmetrischer Verkehrssalden untersucht. Es wird von den Amtssachverständigen nicht bezweifelt, dass ein Betreiber mit negativem Verkehrssaldo im bilateralen Verhandlungsfall einen Anreiz hätte, niedrige Terminierungsentgelte zu verhandeln. Zwar wäre in dieser Konstellation besagter Betreiber im bilateralen Verhältnis (im Gesamtkontext mit dem Festnetz relativiert sich dieser Anreiz erheblich) sogar dazu bereit, für einen niedrigen Tarif die eigenen Entgelte zu senken (er profitiert von niedrigen reziproken Entgelten). Nur ist dieser "Zusatzanreiz" alleine nicht ausreichend, um eine Preissenkung auch durchsetzen zu können. Dies umso mehr, als der Verhandlungspartner auf Grund des positiven Verkehrssaldos einen umso größeren Anreiz hat, hohe (auch reziprok hohe) Entgelte zu verrechnen.

Im konkreten Fall ist zu bezweifeln, dass One, nur weil das Unternehmen durch die Einführung eines neuen Tarifsystems einen Abfluss an Verkehrsminuten zu gewärtigen hat,

nunmehr in der Lage wäre, einen stärkeren Preisdruck auf etwa Mobilkom auszuüben. Wenn nun aber One nicht in der Lage ist, Druck auf die Entgelte der Mobilkom auszuüben, bleibt fraglich, warum One ihrerseits die (Mobilkom verrechneten) Terminierungsentgelte senken sollte.

g. In weiterer Folge (Stellungnahme vom 24.7.2006, Seiten 5f) geht One auf die Ausführungen der Amtssachverständigen zum Thema „Mobil-Festnetz-Konvergenz“ ein und stellt die Hypothese auf, dass (auch) Mobilbetreiber mit einem „Margin Squeeze“ konfrontiert wären, sollte für die Leistung der Mobil-Terminierung ein Entgelt angeordnet werden, das unter den eigenen Terminierungs-Kosten liegen würde.

Der Vergleich der Kosten der One für die Mobil-Terminierungsleistung und den angeordneten Entgelten für diese Leistung zeigt, dass die festgelegten Entgelten über den eigenen Kosten liegen; damit ist dem Vorbringen der One schon grundsätzlich die Grundlage entzogen.

h. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten im Verfahren M 13c/06, das die Grundlage für das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 darstellt, bestätigt One eingangs die Feststellung, dass der Bereitsteller einer Monopoleistung auf seinem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. In weiterer Folge thematisiert One, dass der Frage nachzugehen wäre, ob es ohne regulatorische Eingriffe zu einem „*Missbrauch der Marktmächte kommen würde oder nicht*“.

Diese Argumentation verkennt den sektorspezifischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, da die einschlägigen Normen (§ 37 TKG 2003) – im Gegensatz zur ex post-Aufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts – nicht vorsehen, dass ein „*Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*“ vorliegen muss, damit spezifische Verpflichtungen auferlegt werden können. In den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Abl. Nr. C 165/6 vom 11.7.2002) führt die Europäische Kommission explizit aus, dass „*die NRB [nationale Regulierungsbehörde] keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.*“ (Fn. 73).

i. Soweit One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 kritisiert, dass keine empirische Untermauerung von „Thesen“ im wirtschaftlichen Gutachten vorhanden ist, soll ausgeführt werden, dass im Rahmen einer Marktanalyse iSd § 37 TKG 2003 – im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – eine ex-ante-Betrachtung zu erfolgen hat: Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass der gegenständliche Markt keiner Regulierung unterlegen ist („*Modified Greenfield-Ansatz*“). In diesem Sinn führt 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 [] muss sich die Marktanalysen 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).

Es zeigt sich somit zum einen, dass im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung „*Annahmen*“ zu treffen, „*Hypothesen*“ anzustellen sind und die Regulierungsbehörde sich auf „*Prognosen*“ stützen muss. Zum anderen ist zu konstatieren, dass die Heranziehung von konkreten Daten und Beobachtungen am verfahrensgegenständlichen Markt auf Grund der bestehenden Regulierung regelmäßig lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht jedoch auf die „*wahren*“ Marktkräfte zulässt (vgl. jedoch die eingehende und mit Daten untermauerte Untersuchung der „*nachfrageseitigen Gegenmacht*“); soweit jedoch

Beobachtungen auf den Mobil-Terminierungsmärkten zu machen waren, haben die Amtssachverständigen diese in ihr Gutachten aufgenommen (wie beispielsweise der Umstand, dass in der Vergangenheit kaum Senkungen von Mobil-Terminierungsentgelte auf privatrechtlichem Weg zu beobachten waren).

So waren die Amtssachverständigen dazu gehalten, Annahmen zu treffen und Anreizstrukturen zu untersuchen. Vor diesem Hintergrund war dem Antrag der One auf Ergänzung des Gutachtens hinsichtlich Einholung weiterer empirischer Nachweise, soweit sich diese auch nicht im umfassenden wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 finden, nicht zu folgen.

j. Weiters vermeint One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 im Wesentlichen, dass nicht nur das „Vorhandensein einer beträchtlichen Marktmacht“ sondern auch das „Fehlen wirksame Wettbewerbs“ festzustellen bzw. zu untersuchen ist, bevor eine spezifische Verpflichtung auferlegt werden kann.

One ist wiederum auf die einschlägigen Rechtsgrundlagen zu verweisen: Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ iSd § 35 TKG 2003 und „effektivem Wettbewerb“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt.

Darüber hinaus vermag One ihr Vorbringen auch nicht plausibel darzulegen: Existiert auf einem Markt – diesfalls ein Terminierungsmarkt – ein Unternehmen, das über beträchtliche Marktmacht verfügt – diesfalls One –, kann auf diesem Markt kein effektiver Wettbewerb bestehen. Umgekehrt existiert auf einem Markt mit effektivem Wettbewerb kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Diese beiden Elemente – beträchtliche Marktmacht und effektiver Wettbewerb – definieren sich sohin wechselseitig und werden im TKG 2003 sowie in Art. 16 Rahmenrichtlinie einheitlich, sich bedingend verwendet (vgl. zB. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 5 zu § 37).

k. In weiterer Folge verweist One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 auf disziplinierende Einflüsse von Substituten der verfahrensgegenständlichen Leistung. Die Telekom-Control-Kommission kann sich diesem Vorbringen nicht anschließen, da die Frage der Austauschbarkeit von Leistungen für die Marktabgrenzung relevant ist und diese Frage durch die TKMVO 2003 der RTR-GmbH beantwortet wurde. Wie auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 ausgeführt hat, ist die Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition gebunden.

l. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 1.6.2004 (M 15/03-31) zum wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten im Verfahren M 15c/03 Stellungnahme führt One die Gefahr einer Überregulierung an; dazu ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission durch klare gesetzliche Vorgaben dazu gehalten ist, zumindest eine spezifische Vorab-Verpflichtung iSd § 38ff TKG 2003 aufzuerlegen, wenn ein Betreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 festgestellt wurde. Dabei hat die Regulierungsbehörde den leitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) genauso zu beachten wie auch die Regulierungsziele. Eine gänzliche Entlassung aus der Wettbewerbsregulierung – wie von One offenbar gewünscht – kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und folglich – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren war. In diesem Konnex pflichtet die Telekom-Control-Kommission den Ausführungen der One grundsätzlich und insofern bei, dass ein „Regulierungsbedarf [] besteht, wenn ein dauerhaftes resistentes Monopol vorliegt“.

m. Über weitere Strecken kann die Telekom-Control-Kommission auch den allgemeinen Ausführungen der One zum Behinderungsmissbrauch in der Stellungnahme vom 1.6.2004 folgen, decken sich diese doch grundsätzlich mit den Ausführungen der Amtssachverständigen im Kontext der „Strukturelle Besonderheiten“. Die Schlussfolgerung der One vermag jedoch nicht zu überzeugen, haben doch die Amtssachverständigen die einzelnen Konstellationen zwischen verschiedenen Betreibertypen (Mobilbetreiber, Festnetzbetreiber, Teilnehmer- oder Verbindungsnetzbetreiber) eingehend untersucht und dabei die unterschiedlichen Anreizstrukturen herausgearbeitet. Im Besonderen haben sich die Amtssachverständigen im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 unter Zugrundelegung empirischer Daten mit den Verhältnissen einzelner Betreiber(-gruppen) zueinander auseinandergesetzt und auf nachvollziehbarem Weg ihre Schlussfolgerungen gezogen.

n. Die Ausführungen der One zum Ausbeutungsmissbrauch (Stellungnahme vom 1.6.2004) erfassen im Wesentlichen die von den Amtssachverständigen angeführten Wettbewerbsprobleme; so zielt One gerade auf das erstgenannte Problem ab, wenn sie festhält, dass höhere Zusammenschaltungsentgelte auch tendenziell höhere Endkumentarife im Quellnetz bewirken. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission gibt es jedoch – wie von One in weiterer Folge behauptet – keine Substitute für die Terminierung von Sprache in ein öffentliches Mobiltelefonnetz, da die TKMVO 2003 – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend relevante Märkte – einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung von Sprache definiert hat, der keine weiteren Leistungen umfasst.

o. Unter dem Titel „Zur Verhandlungsmacht“ vermeint One, dass „*der Mobilbetreiber auch und gerade gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten [wird]*“. Die wirtschaftlichen Amtssachverständigen haben demgegenüber in ihrer eingehenden Untersuchung festgestellt, dass ein (profitmaximierender) Monopolbetreiber die Höhe des Terminierungsentgeltes auf Höhe des Monopolpreises setzen würde und gründen diese Erkenntnis auch auf die einschlägige ökonomische Literatur. Das Vorbringen vermag vor diesem Hintergrund genauso wenig überzeugen wie vor der Überlegung, dass es für One – ihren eigenen Ausführungen folgend – wohl rational sein müsste, ihre Terminierungsentgelte zu senken. Dies ist jedoch auf freiwilliger Basis nicht geschehen, vielmehr hat One gegen (Streitschlichtungs-) Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, mit denen ihre Entgelte gesenkt wurden, Rechtsmittel ergriffen und damit ihre Position – entgegen dem jetzigen Vorbringen – klar zum Ausdruck gebracht. Die Stellungnahme der One vom 4.10.2004 zu dieser Thematik ist nicht zielorientiert, da die Möglichkeit und auch das Ergreifen eines Rechtsmittel gegen eine Entscheidung einer Verwaltungsbehörde – diesfalls der Telekom-Control-Kommission – unbestritten ein wesentlicher Bestandteil eines jeden Rechtsstaates ist. Ob nun jedoch die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission betreffend Zusammenschaltungsentgelte von einem der Höchstgericht öffentlichen Rechts aufgehoben wird oder nicht, ändert nichts an der Erkenntnis, dass ein Monopolbetreiber die Höhe des Terminierungsentgeltes auf Höhe des Monopolpreises setzen würde, wenn er keinen regulatorischen Eingriffen unterliegen würde.

Eine Wiederholung dieses Vorbringens unter Hinweis auf Verhandlungsmacht kann daran nichts ändern, dass die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit regelmäßig betreffend die Höhe der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte in Anspruch genommen wurde. Im Rahmen dieser Verfahren hat auch One – entgegen ihrer einleitenden Behauptung, dass der Mobilbetreiber gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten wird – ein höheres Entgelt beantragt, als es zuvor von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurde (vgl. dazu die Anträge der One im Verfahren Z 1/02, im Besonderen die Antragsänderung der One vom 8.5.2002, derzufolge One Cent 16 begehrt).

p. Im Zusammenhang mit dem Vorbringen der One vom 1.6.2004 zum „Bestehen von Verhandlungsmacht am Terminierungsmarkt“ im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf, insbesondere zur neueren wissenschaftlichen Literatur bzw. Diskussion ist festzuhalten, dass diese berücksichtigt wurde:

Vorab soll darauf hingewiesen werden, dass diese Literatur ausschließlich im Kontext „mobile to mobile“, nicht jedoch für die „fixed to mobile“-Zusammenschaltung relevant ist. Damit ist das wesentlichste von den Amtssachverständigen identifizierte Wettbewerbsproblem (allokative Ineffizienzen in Zusammenhang mit „fixed to mobile“-Anrufen) nicht tangiert.

Weiters sei an dieser Stelle angemerkt, dass wesentliche Schlussfolgerungen für die Regulierung, die aus den Publikationen von *Dessein, Wright & Carter, Gans* und *King* abzuleiten sind, in fundamentalem Widerspruch zum Vorbringen der Verfahrenspartei stehen. Nicht nur, dass in den theoretischen Modellen üblicherweise von reziproken Entgelten ausgegangen wird, lässt sich z.B. aus *Carter* und *Wright* (2003) klar ableiten, dass die Regulierungsbehörde – im Falle einer Nichteinigung der Zusammenschaltungspartner – die vom Marktführer vorgeschlagenen Terminierungsentgelte – da in dem Modell mit asymmetrischen Netzen lediglich dieser einen Anreiz hat, die Mobil-Terminierungsentgelte auf kostenorientiertem Niveau zu setzen – für alle anderen Unternehmen reziprok anordnen sollte. Eine solche Vorgangsweise steht aber im Widerspruch zu den Grundsätzen der Verfahrenspartei.

Darüber hinaus soll angemerkt werden, dass die regulatorische Differenzierung zwischen „mobile to mobile“- und „fixed to mobile“-Zusammenschaltung – auch wenn sie unter bestimmten Umständen im Lichte der ökonomischen Theorie gerechtfertigt sein mag – in der Realität von wesentlich geringerer Relevanz sein dürfte: In der Praxis würde eine Preisdiskriminierung zwischen „mobile to mobile“- und „fixed to mobile“-Zusammenschaltungsentgelte durch Arbitrageure („Refiling“ und „Trombing“) längerfristig verunmöglicht bzw. könnte durch eine solche regulatorische Differenzierung möglicherweise unerwünschter Tromboning-Verkehr induziert werden.

Im Falle, dass die Zusammenschaltungspartner auf dem Endkundenmarkt Konkurrenten sind („mobile to mobile“-Zusammenschaltungskontext), ist die wechselseitige Festlegung überhöhter Entgelte zur Stabilisierung eines kollusiven Marktergebnisses am Endkundenmarkt relativ unwahrscheinlich. Die Publikationen zeigen, dass ein solches Ergebnis (Kollusion) nicht sehr robust ist und nur unter sehr starken Annahmen (lineare Tarife, keine Preisdifferenzierung zwischen on- und off-net-calls, etc.), die in der Praxis nicht gegeben sind, eine Gleichgewichtslösung darstellt. Im Gutachten wird allerdings im „mobile to mobile“-Zusammenschaltungskontext ein vom oben dargestellten Kollusionsszenario verschiedenes Wettbewerbsproblem identifiziert: Die Gefahr, dass große etablierte Betreiber sehr kleine, potenziell in den Markt eintretende oder gerade erst eingetretene Unternehmen durch Foreclosure-Strategien (Verweigerung der Zusammenschaltung, prohibitiv hohe Mobil-Zusammenschaltungsentgelte, Diskriminierung off-net- und on-net Tarifen) aus dem Mobilfunkmarkt ausschließen könnten. Dieses Wettbewerbsproblem, für das es gerade am österreichischen Mobilfunkmarkt auch empirische Evidenz gibt (Marktauftritt des MVNO Tele2), wird durch die von der Verfahrenspartei eingebrachten theoretischen Arbeiten nicht relativiert. In diesen Modellen werden Foreclosure-Anreize, die eben nur gegenüber Neueinsteigern bestehen, die noch keine kritische Masse an Teilnehmern erreicht haben, per Modellannahmen ausgeschlossen bzw. insofern sie berücksichtigt werden, sind auch die Schlussfolgerungen andere, als die von der Verfahrenspartei zitierten. So weist etwa *Dessein* (2001) darauf hin, dass das Modellergebnis bzw. die daraus gezogenen Schlussfolgerungen für die Regulierung nicht notwendigerweise auf die Markteintrittsphase umlegbar sind.

q. Im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 vermeint One einen Widerspruch in den Feststellungen erkennen zu können. So würde ein Widerspruch darin bestehen, dass festgestellt wurde, dass „die Größe der einzelnen Terminierungsmärkte im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt entsprechen“ würde, während hingegen die Marktanteile auf den jeweiligen Märkten bei 100% liegen würden.

Diese Aussagen widersprechen sich nicht, sondern behandelt unterschiedliche Themen: die Größe des Terminierungsmarktes geht im Wesentlichen der Frage nach, welche Volumina auf diesem Markt gegeben sind, während die Frage nach dem Marktanteil des Unternehmens auf einem Markt thematisiert, welche Größe das Unternehmen am Markt einnimmt. Im Fall des Monopolmarktes Mobilterminierung ist dies 100%.

r. Soweit One abschließend in ihrer Konsultationsstellungnahme festhält, dass keine schlüssige Beweisführung vorliegen würde, dass es „im Fall des Ausbleibens der Regulierung zu einem tatsächlichen Marktmachtmissbrauch“ kommen würde, ist zum Einen festzuhalten, dass One ihr Vorbringen weder belegt noch substantiiert. Zum Anderen ist auszuführen, dass die Telekom-Control-Kommission „keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen [muss], um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“ (vgl. Fußnote 73 zu den „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Stellungnahmen der One vom 1.6.2004, 4.10.2004, 4.10.2006, 24.7.2007 und 28.9.2007 keine Unschlüssigkeit des wirtschaftlichen Gutachtens vom (Juli 2007), das die Grundlage der Feststellungen betreffend die wettbewerblichen Verhältnisse am Mobil-Terminierungsmarkt der One ist, darlegen vermag. Auch die Privatgutachter von One – *Piepenbrock Schuster Consulting AG* – gehen offenbar davon aus, dass One auf ihrem Mobil-Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt (vgl. Stellungnahme der One samt Beilage vom 4.12.2006). Darüber hinaus kann die Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund obiger Ausführungen nicht erkennen, dass das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 zu ergänzen wäre, wie von One mit Schreiben vom 24.7.2007 beantragt.

3. Zu den Stellungnahmen der One zum Regulierungsinstrumente-Gutachten

a. Am 7.8.2007 übermittelt One eine Stellungnahme zur gutachterlichen Stellungnahme der Amtssachverständigen betreffend Regulierungsinstrumente (Juli 2007). Soweit One einleitend ihr Vorbringen vom 23.7.2007 betreffend Marktanalyse in Erinnerung ruft, ist auf obige Ausführungen der Telekom-Control-Kommission zu verweisen. Zum Verweis der Verfahrenspartei auf ihre Stellungnahme vom 2.5.2007 sowie den Ausführungen unter Punkt 3 zur weiteren Vorgangsweise im Verfahren M 15c/03, M 13c/06 erlaubt sich die Telekom-Control-Kommission auf die einleitende Ausführung in der rechtlichen Beurteilung („Zur zeitlichen Geltung des gegenständlichen Bescheides“) zu verweisen.

Zur Frage der geeigneten und erforderlichen Auflagen vertritt One die Ansicht, dass „schon die Zusammenschaltungsverpflichtung iSd § 41 TKG 2003 iVm einer Transparenzverpflichtung iSd § 39 TKG 2003 geeignet wären, effektiven Wettbewerb sicher zu stellen.“ Eine Begründung für diese Behauptung fehlt; auch der Verweis der Verfahrenspartei auf ihre Stellungnahme vom 2.5.2007 ist nicht weiterführend, da diese Stellungnahme keine nähere Begründung für die Auswahl von spezifischen Verpflichtungen enthält.

Wie bereits ausgeführt, hat eine Verfahrenspartei einem Gutachten „auf gleicher fachlicher Ebene“ zu begegnen, um die Ausführungen der Sachverständigen zu erschüttern; eine bloße Behauptung vermag diese Anforderung nicht zu erfüllen. Darüber hinaus kann – entgegen

dem Vorbringen der One – keine Verpflichtung bzw. keine Kombination von spezifischen Verpflichtungen „effektiven Wettbewerb“ auf einem Monopolmarkt sicherstellen; es können lediglich potentielle wettbewerbliche Defizite hintangehalten werden.

Zum Vorbringen, dass § 42 TKG 2003 eine Orientierung an den Kosten der Leistungserbringung der One vorsehe, soll auf die einleitenden Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung zu § 42 TKG 2003 („*Entgeltkontrolle und Kostenrechnung*“) sowie auf den Umstand verwiesen werden, dass die angeordneten Entgelte über den individuellen Kosten der One für die Leistung der Mobil-Terminierung liegen.

Soweit One vermeint, dass es jedenfalls hinreichend sei, das heranzuziehende Kostenrechnungsmodell festzulegen, um den Betreibern weiterhin eine Privatautonomie bei der Gestaltung ihrer Zusammenschaltungsverhältnisse zu ermöglichen, soll auf die rechtliche Beurteilung („*Zur Notwendigkeit der weiteren Konkretisierung der Verpflichtung „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang*“) verwiesen werden, in der dargelegt wird, dass die Festlegung konkreter Entgelte für die Mobil-Terminierungsleistung notwendig ist, um dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210, Rechnung zu tragen.

Zur Frage einer allfälligen Rückwirkung bekräftigt One ihr Vorbringen vom 2.5.2007 – One spricht sich gegen eine rückwirkende Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie gegen eine Auferlegung von Verpflichtungen mit rückwirkender Geltung aus – und hält fest, dass sie sich – eventualiter – den Ausführungen der Amtssachverständigen anschließen kann. Für den Zeitraum bis 2006 soll keine Änderung der zur Anwendung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte herbeigeführt werden, für den Zeitraum 2007 bis 2008 sollen die bisherige Absenkungsschritte beibehalten werden.

Das Vorbringen, dass das Entgelte der T-Mobile stärker zu senken sei, kann in einem Verfahren, in dem lediglich One Verfahrenspartei und in dem die wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Monopolmarkt der One untersucht werden, nicht berücksichtigt werden.

b. Nachdem One in den (Erst-)Verfahren zu M 13c/06 und M 15c/03 jeweils Stellung zu den Regulierungsinstrumente-Gutachten genommen hat und diese Gutachten weiterhin valide sind (vgl. Gutachterliche Stellungnahme vom Juli 2007), geht die Telekom-Control-Kommission in weiterer Folge auf das bisherige Vorbringen der One zu den Regulierungsinstrumente-Gutachten ein:

So hat One am 11.10.2006 eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten vom September 2006 („Regulierungsinstrumente-Gutachten“, M 13c/06) übermittelt und hält eingangs fest, dass durch die schiedsrichterliche Funktion der Telekom-Control-Kommission (§ 50 TKG 2003) die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nicht notwendig sei.

Damit verkennt One wiederum den Rechtsrahmen, der vorsieht, dass zumindest eine spezifische Verpflichtung aufzuerlegen ist, wenn die Regulierungsbehörde festgestellt hat, dass auf einem bestimmten Markt iSd § 36 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb besteht und damit ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Darüber hinaus gilt es festzuhalten, dass gerade die auferlegten spezifischen Verpflichtungen im Rahmen der von One angesprochenen Verfahren gemäß § 50 TKG 2003 eine bedeutsame Rolle spielen, da die Verpflichtungen den Entscheidungsrahmen für die Telekom-Control-Kommission aufspannen. Mit der konkreten Berücksichtigung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen begegnet die Telekom-Control-Kommission in einem allfälligen Verfahren gemäß § 50 TKG 2003 den in einem Verfahren nach § 37 TKG 2003 identifizierten wettbewerblichen Defiziten.

c. In den weiteren Ausführungen der One vom 11.10.2006 zur den von den Amtssachverständigen thematisierten Verpflichtungen „Zugang, Gleichbehandlung und getrennte Buchführung“ kann die Telekom-Control-Kommission keine Kritik am Gutachten erkennen.

Im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Kostenorientierung unterstellt One repetitiv, dass ein „Missbrauch“ vorliegen müsse, um Verpflichtungen aufzuerlegen; One verwechselt dabei das allgemeine Wettbewerbsrecht mit den diesfalls relevanten sektorspezifischen Regelungen: Ein „Missbrauch“ muss nicht vorliegen, damit eine spezifische Verpflichtung auferlegt werden kann.

Vor diesem Hintergrund war auch dem Begehren der One nicht zu folgen, keine Verpflichtung aufzuerlegen. Auch dem Eventualantrag war nicht zu folgen, da nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission mit der vorgenommenen Verpflichtung klar gestellt ist, dass der einzuhaltende Maßstab jener der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers ist. Eine andere Verpflichtung – wie von One eventualiter begehrt – würde den festgestellten Wettbewerbsproblemen nicht hinreichend begegnen und wäre damit keine „geeignete“ Verpflichtung iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Verfahrenspartei vom 11.10.2006 lediglich auf einzelne Aspekte des wirtschaftlichen Gutachtens eingeht. Nachdem eine schlüssige Begründung für die vorgebrachte Kritik fehlt, kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass die Feststellungen im Kapitel „Festgestellter Sachverhalt“ sowie die Erwägungen, die zu den Festlegungen im Spruch dieses Bescheides führen, erschüttert sind.

d. Auch das Vorbringen vom 16.8.2004 zum Regulierungsinstrumente-Gutachten im Verfahren M 15c/03 vermag nicht zu überzeugen: Eingangs kritisiert One, dass – entgegen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – eine Verstärkung der Regulierung geplant sei.

Grundsätzlich tritt die Telekom-Control-Kommission diesem Vorbringen dahingehend entgegen, dass die Festlegung „angemessener“ Entgelte unter einem anderen Rechtsrahmen stattgefunden hat und für Unternehmen zur Anwendung gelang, die über keine marktbeherrschende Stellung iSd Telekommunikationsrechtes verfügten. Darüber hinaus hat die Festlegung „angemessener“ Entgelte lediglich im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren stattgefunden und hat sich im Wesentlichen durch die Regulierungspraxis entwickelt. Eine klare rechtliche Grundlage für die Festlegung „angemessener“ Entgelte bestand demgegenüber nicht.

Bedingt durch den neuen Rechtsrahmen befindet sich One in einer neuen Situation: One wurde als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt, weswegen ihr zumindest eine spezifische Verpflichtung (aus einem „Katalog von Regulierungsinstrumenten“) aufzuerlegen ist, die dem festgestellten wettbewerblichen Defizit angemessen begegnet.

Darüber hinaus soll festgehalten werden, dass die Anordnung des Maßstabes der Kostenorientierung iSv LRAIC (nunmehr in Form konkret festgelegter Entgelte) prima facie keine gänzliche Abkehr vom bisherigen „Vollkostenansatz“ darstellt, ist doch – wie bereits festgehalten – davon auszugehen, dass ein Mobilfunkbetreiber unter den gegebenen wettbewerblichen Bedingungen am Endkundenmarkt effizient ist und die Wiederbeschaffungswerte den (historischen) Vollkosten ähnlich sind. Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass längerfristig die Etablierung eines einheitlichen Markt- oder Wettbewerbspreises erreicht werden muss (so z.B. Z 4/00, Z 14, 15/01, Z 28/02). Der von den Amtssachverständigen im Gutachten zu M 15c/03 thematisierte „Gleitpfad“ stellt – nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission – eine Möglichkeit dar, den Weg zu einem einheitlichen Wettbewerbspreis zu konkretisieren.

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten wettbewerblichen Defizite, insbesondere der allokativen Verzerrungen, ist die Aussage der One – „eine Reduzierung der Zusammenschaltungsentgelte als Selbstzweck“ – zurückzuweisen: § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b TKG 2003 nennt als eines von mehreren Regulierungszielen die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen; mit den auferlegten Regulierungsinstrumenten wird gerade dieses Ziel im Besonderen verfolgt.

e. Zum Vorbringen der One, dass allfällige Schutzfristen beendet werden müssen, erlaubt sich die Telekom-Control-Kommission die Anmerkung, dass für alle derzeit operativ tätigen Mobilfunkbetreiber auf Grund der identen Wettbewerbsprobleme, die identifiziert werden konnten, analoge Vorab-Verpflichtungen auferlegt wurden.

f. In weiterer Folge bringt One vor, dass bei Anwendung des § 42 TKG 2003 geprüft werden muss, ob sich Preise nachteilig für die Endkunden auswirken.

In diesem Zusammenhang soll festgehalten werden, dass neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht (iSd § 35 TKG 2003) § 42 TKG 2003 – wie von One richtig vorgetragen – weiters voraussetzt, 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 weist darauf hin, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch – praktiziert werden könnte und entsprechende Anreize vorliegen; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung.

Konkret bezogen auf die Ausführungen der Amtssachverständigen, die von One – unbegründet – als nicht nachvollziehbar bezeichnet wurde, ist anzumerken, dass ein sehr einfacher wirtschaftlicher Wirkungszusammenhang untersucht und festgestellt wurde: Ein Festnetzbetreiber muss, um profitabel zu operieren, die Kosten (auch die durch zugekaufte Vorleistungen verursachten Kosten) durch entsprechende Endkundenpreise decken. Die Terminierungsentgelte haben einen direkten Einfluss auf die kurzfristigen Grenzkosten von Gesprächen aus einem Fest- in ein Mobilnetz. Steigen die Mobil-Terminierungsentgelte vom (fiktiven) Wettbewerbsniveau auf den Monopolpreis, so steigt grundsätzlich auch der Endkundentarif für diese Gespräche; für Kunden werden diese Gespräche teurer und sie werden eine geringere Menge nachfragen. Die dadurch verursachten Wohlfahrtsverluste im Vergleich zu kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelten werden als allokativen Ineffizienzen bezeichnet.

g. Die Telekom-Control-Kommission nimmt die Ausführung der One zur Kenntnis, dass Begründungen zu den Regulierungsinstrumenten der Transparenz sowie der Gleichbehandlungsverpflichtung fehlen würden, haben doch die Amtssachverständigen in ihrem (Zweit-)Gutachten in den einzelnen Kapiteln eine umfassende Diskussion geführt, warum einzelne Verpflichtungen nicht geeignet sind, die wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Beispielsweise haben sie zum Ausdruck gebracht, dass Wettbewerbsprobleme in Bezug auf eine Zusammenschaltungsverweigerung oder überhöhte Preise nicht mit Regulierungsinstrumenten, wie Transparenz, adressiert werden können, da kein Funktionszusammenhang zwischen diesen beiden Faktoren besteht; auch wenn eine Transparenzverpflichtung vorhanden ist, kann weiterhin ein Monopolpreis verrechnet werden. Die Maßnahmen gehen auf das Problem damit nicht ein.

Soweit sich der Antrag der One vom 16.8.2004 – „die Telekom-Control-Kommission möge die Gutachter beauftragen, die Schlussfolgerungen hinsichtlich der empfohlenen Maßnahmen detailliert zu begründen“ – auf die auferlegten Vorab-Verpflichtungen bezieht war diesem vor dem Hintergrund dieser Ausführungen keine Folge zu leisten. Dem

Eventualantrag der One war mangels Auferlegung eines Kostenrechnungsmodells auch nicht zu folgen.

h. Dem Antrag der ONE vom 19.5.2004 auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme konnte vor dem Hintergrund des § 39 Abs. 2 AVG nicht zur Gänze gefolgt werden, da die Dauer des gegenständlichen Verfahrens bereits erheblich ist und die Termine der Sitzungen der Telekom-Control-Kommission beschränkt sind. Darüber hinaus steht es One grundsätzlich frei, eine weitergehende Stellungnahme – auch nach dem Endtermin der gesetzten Frist – einzubringen, wovon die Verfahrenspartei in ihrer Stellungnahme vom 1.6.2004 (S. 1) auch selber ausgeht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch dieses Vorbringen der Verfahrenspartei zu (Erst-)Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente nicht geeignet war, die Feststellungen im Kapitel „Festgestellter Sachverhalt“ sowie die Erwägungen, die zu den Festlegungen im Spruch dieses Bescheides geführt haben, zu erschüttern.

4. Zum Vorbringen der One zum wirtschaftlich-technischen Gutachten vom Juli 2007 betreffend Kosten

One nimmt mit Schreiben vom 8.8.2007 zum technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 Stellung und geht dabei auf die Aspekte „LRAIC eines effizienten Netzbetreibers“, „Kostenallokation betreffend Datendienste“, „Berechnung der Kapitalkosten“ sowie auf die „Verkehrsprognose“ ein. Wie im Folgenden gezeigt wird, vermag das Vorbringen der One die Nachvollziehbarkeit und Glaubwürdigkeit des technisch-wirtschaftlichen Gutachtens nicht zu erschüttern:

a. Unter dem Titel „*LRAIC eines effizienten Netzbetreibers*“ wendet sich One gegen die Ausführungen der Amtssachverständigen unter Kapitel 1.4. „*Skaleneffizienz*“ des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens; One kritisiert die Ausführungen vor dem Hintergrund ihres Standpunktes, dass die festzulegenden Mobil-Terminierungsentgelte an den betreiberindividuellen (effizienten) Kosten der Leistungsbereitstellung auszurichten wären.

Insofern verwundert nicht, dass One die Frage, welches Mengengerüst einer Kalkulation von LRAIC zu Grunde zu legen ist, als „*schlichtweg willkürlich*“ bezeichnet und auf ihre höheren Kosten verweist, die durch ihre Frequenzausstattung (GSM 1800) bedingt sei, sowie in Erinnerung ruft, dass Mobil-Terminierungsmärkte als betreiberindividuelle Monopolmärkte definiert sind.

Zu diesen „Vorwürfen“ ist zum Einen auf das bezugnehmende Kapitel im Ergänzungsgutachten (samt Beilagen) zu verweisen, in dem die Amtssachverständigen ausführen, dass deswegen die Kosten der Mobilkom und damit die von Mobilkom produzierten Mengen herangezogen werden, da sich auf einem Wettbewerbsmarkt ungeachtet der zugrundeliegenden Kosten, die möglicherweise höher sind, und Technologien, wie eine andere Frequenzausstattung, ein einheitlicher Preis einstellt (vgl. Seite 10 des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens; vgl. ebenso die Seiten 6ff des Dokumentes „*Ergebnisse der Konsultation – Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen*“, März 2005, das als Beilage B.2 dem Ergänzungsgutachten beigefügt ist). Zum Anderen verfolgt die Telekom-Control-Kommission in Übereinstimmung mit dem bereits angeführten Verständnis der Europäischen Kommission weiterhin das Ziel, auf individuellen Terminierungsmärkten ein Ergebnis zu simulieren, das sich bei Wettbewerb einstellen würde. Ein wettbewerbliches Ergebnis wäre ein einheitlicher Marktpreis („one price rule“). Auf die weiteren Darlegungen zum einheitlichen Marktpreis im Rahmen der rechtlichen Beurteilung soll an dieser Stelle verwiesen werden.

b. Im Zusammenhang mit der Kostenallokation betreffend Datendienste bringt One – wie bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme (vom 12.3.2007) zum wirtschaftlich-technischen Gutachten vom Februar 2007 – im Wesentlichen vor, dass UMTS als Technologieweiterentwicklung anzusehen sei und nicht bloß als Netzwerk, das überwiegend für Datendienste verwendet werde. One führt aus, dass *„der Großteil der getätigten Investitionen in UMTS notwendig ist bzw. war, um eine flächendeckende Versorgung mit mobiler Sprachtelefonie zu gewährleisten“*.

Soweit One in diesem Kontext vorbringt, dass weitere Faktoren bei der Dimensionierung des Mobilfunknetzes zu berücksichtigen seien, ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission darin keinen Widerspruch zum Gutachten der Amtssachverständigen erkennen kann. Im Gutachten wird auf Seite 37 ausgeführt, dass davon ausgegangen wird, dass *„Mobilfunknetze ... so dimensioniert sind, dass sie den Kapazitäts- und Qualitätsanforderungen des Marktes entsprechen.“* Dass dabei regulatorischen Vorgaben, wie ein Mindestausbau, berücksichtigt werden, erscheint ebenso klar, wie der Umstand, dass Kapazitätsreserven vorhanden sind. Anzumerken ist weiters, dass sich eine „Verpflichtung“ zum Mindestausbau schon bereits auf Grund des Wettbewerbsdruckes faktisch ergibt und nicht bloß auf Lizenzbedingungen zurückzuführen ist.

Diese Umstände vermögen jedoch nicht zu erklären, warum die Telekom-Control-Kommission alle GSM- und UMTS-Kosten berücksichtigen soll; diese – im Ergänzungsgutachten als „Szenario 1“ bezeichnete – Variante differenziert nicht zwischen Sprache und Daten und wurde von den Amtssachverständigen mit der Begründung (Seite 25 des Ergänzungsgutachtens) abgelehnt, dass diese Variante *„nicht den Umstand berücksichtigt, dass in den Netzen unterschiedliche Leistungen erbracht werden“*. Dieses Szenario *„führt daher letztlich dazu, dass Sprachrufe aus anderen Netzen auch für jene Kosten aufkommen müssen, die für die Erbringung von Datendiensten anfallen.“*

Die Telekom-Control-Kommission schließt sich dieser Ansicht bereits vor dem Hintergrund an, dass ein Quellnetzbetreiber nicht für Leistungen bezahlen soll, die nicht in Anspruch genommen werden. Werden nämlich die gesamten Netzkosten herangezogen, um Entgelte für die Leistung der Terminierung von Sprachrufen festzulegen, muss der Quellnetzbetreiber bzw. in letzter Konsequenz der rufende Endkunde ein Entgelt entrichten, das auch weitergehende Kosten beinhaltet; der Endkunde hat somit ein zu hohes Entgelt zu bezahlen.

Damit zeigt sich, dass dieses Szenario keine geeignete Grundlage für die Kalkulation von Mobil-Terminierungsentgelten ist, da sie eine Differenzierung zwischen Sprache und Daten in Mobilfunknetzen negiert. Gerade vor dem Hintergrund steigender Anteile an Datenverkehr in Mobilfunknetzen (getrieben von Produkten, wie etwa HUI von One) und dem eigenen Vorbringen der One, dass (lediglich) ein *„Großteil“* der getätigten Investitionen in UMTS für Sprachtelefonie notwendig sei und eben nicht die gesamten Investitionen, kann dieses Szenario und das Vorbringen der One nicht überzeugen.

Nachdem einzelne Netzelemente sowohl für Sprache als auch für Daten verwendet werden, kann dem Begehren der One (28.9.2007), dass nur jene Kostenteile, die in einem *ausschließlichen* Zusammenhang mit Datendiensten stehen, unberücksichtigt bleiben sollen, nicht näher getreten werden, da somit nicht sichergestellt wäre, dass lediglich sprachrelevante Aufwendungen durch das (Sprach-)Terminierungsentgelt abgegolten werden.

c. Im Zusammenhang mit der Berechnung der Kapitalkosten kritisiert One das Ergebnis, dass Ihre Kapitalkosten geringer sind, als jene der Mobilkom. Der Begründung der Amtssachverständigen, dass dieses Ergebnis auf den geringen Eigenkapitalanteil der One zurückzuführen sei, wird grundsätzlich nicht entgegen getreten; vielmehr sieht One dieses Ergebnis kritisch, da die Amtssachverständigen Buchwerten herangezogen haben. Aus Sicht

der One wäre von einer „effizienten Zielkapitalstruktur“ auszugehen – dies würde bei einem Eigenkapitalanteil von 85% gegeben sein. Eine weitergehende Begründung wird dazu nicht angegeben (wie auch nicht in der amtsbekannten Stellungnahme vom 12.3.2007, auf die One Bezug nimmt).

Weiters erachtet One die Verzinsung des Eigenkapitals als zu gering.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Amtssachverständigen im Einklang mit der „Capital Asset Pricing Methode“ das aktuelle Eigenkapital der einzelnen Mobilfunkbetreiber für die Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes (WACC) herangezogen haben. Diese Werte wurden von den einzelnen Betreibern übermittelt und unverändert von den Amtssachverständigen übernommen. Das Abstellen auf diesen aktuellen Parameter dient dem Zweck, den betreiberindividuellen Kapitalkostenzinssatz zu ermitteln, wobei tatsächliche Verhältnisse (wie eben Unternehmensstrukturen) Eingang in den WACC finden.

Wenn One die für sie ermittelten Werte mit jenen der Mobilkom vergleicht und dieses Ergebnis als nicht nachvollziehbar erachtet, ist One darauf zu verweisen, dass im gegebenen Zusammenhang keine Marktanteile von Relevanz sind, sondern der gewichtete Wert aus Fremd- und Eigenkapitalverzinsung („weighted average cost of capital“, WACC) ausschlaggebend sind. Das unternehmerische Risiko (und damit eine erwartete höhere Eigenkapitalverzinsung) wird im Rahmen der Berechnungen mittels des „unlevered Betas“ für das Eigenkapital abgegolten, d.h. bei einem Beta von 1 entspricht das Risiko dem Risiko des Gesamtmarktes (alle Branchen). Im technisch-wirtschaftlichem Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 wurde der von One selbst angegebene Wert von 0,91 von den Amtssachverständigen 1,00 erhöht und damit ein höheres Risiko zugrunde gelegt (vgl. Ergänzungsgutachten, Seite 64). Darüber hinaus wird die von One kritisierte unterschiedliche Eigenkapitalausstattung in den Berechnungen der Amtssachverständigen ohnedies in der WACC-Kalkulation mittels des „relevered Beta“ berücksichtigt.

Ein Abstellen auf eine Zielkapitalstruktur ist nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission für gegenständliches Verfahren nicht geboten, zumal deren Ausgestaltung unklar ist und mangels strikter Vorgaben schwer zu operationalisieren ist; so begründet auch One die von ihr begehrte „effiziente Zielkapitalstruktur“ nicht. Würde – wie One begehrt – ein fiktiv höherer Eigenkapitalanteil berücksichtigt, so würde ein höherer WACC berechnet werden. Da aber real ein geringerer Eigenkapitalanteil vorliegt und auch der Fremdkapitalzinssatz, der extern vorgegeben ist, unverändert bleibt, führt eine derartige Berechnung zu einem zu hohem Zinssatz für das real eingesetzte Eigenkapital. Ein solches Ergebnis wäre schlicht falsch.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass One – im Gegensatz zu ihren Ausführungen - im Vergleich zu Mobilkom und T-Mobile eine um etwa 50% höhere Eigenkapitalrendite zugestanden wird (vgl. Ergänzungsgutachten, Seite 64).

d. Zu den von den Amtssachverständigen angestellten Verkehrsprognosen für 2008 führt One in ihrer Stellungnahme vom 9.8.2007 aus, dass diese unbegründet wäre. One geht dabei von einem geringeren Minutenwachstum („*leichter Rückgang der Verkehrsvolumina für 2008*“) aus und begründet dies damit, dass der „*Erfolgstarif 4 zu 0*“ von Mitbewerbern bereits nachgebildet wurde und es weitere „*Angebote von großzügig dimensionierten Minutenpakete*“ geben werde.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich dem Vorbringen der One grundsätzlich anzuschließen: Das Anstellen von Prognosen erweist sich als sehr schwierig, da die Verkehrsmengen im Wesentlichen durch (neue) Endkundenangebote getrieben werden. One erkennt in ihrem Vorbringen jedoch, dass ein wesentlicher Treiber für Verkehrsmengen auch die von allen Mobilfunkbetreibern angebotenen Datenkarten sind. Diese können das Verkehrsvolumen deutlich erhöhen. Ob die bisherige Entwicklung linear fortgeschrieben

werden kann oder ob sich nach einer gewissen, jedoch unbekanntem Zeitspanne eine Sättigung einstellt, vermögen weder die Amtssachverständigen (Ergänzungsgutachten, Seite 26 sowie Anhang A.1. „Betreiberindividuelle Berechnung zur Aufteilung Daten/Sprache“, Seiten A1/5 und A1/6) noch die Telekom-Control-Kommission mit Gewissheit einschätzen zu können.

Gerade vor dem Hintergrund dieser schwierigen Verkehrsprognosen, legt die Telekom-Control-Kommission ihrer Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten die aktuellsten Ist-Daten – diese basieren auf 2006 – zu Grunde, weswegen die für 2007 und 2008 ermittelten Werte lediglich für eine Beurteilung der Verhältnismäßigkeit, nicht jedoch für eine konkrete Festlegung, herangezogen werden.

Auf der Grundlage dieser Ausführungen sieht die Telekom-Control-Kommission keine Notwendigkeit, dem Begehren der One auf eine weitere gutachterliche Befassung (Punkt 5 der Stellungnahme vom 9.8.2007) zu folgen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines zum fortgesetzten Verfahren und zur Erlassung des Ersatzbescheides:

1.1. Zur zeitlichen Geltung des gegenständlichen Bescheides:

Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission in regelmäßigen Abständen eine Analyse der durch die TKMVO 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen. Dieses Verfahren kann entweder zum Ergebnis haben, dass ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, dem (bzw. denen) geeignete spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen ist (bzw. sind) (§ 37 Abs. 2 TKG 2003) oder, dass effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt. Im zweiten Fall wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes eingestellt. Eine Verfahrenseinstellung, ohne dabei (implizit) festzustellen, dass effektiver Wettbewerb auf einem bestimmten Markt besteht, ist nicht vorgesehen.

Die Telekom-Control-Kommission hat mit Bescheiden zu M 15/03 vom 27.10.2004 und M 13/06 vom 18.12.2005 Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 abgeschlossen und dabei festgestellt, dass jeder Mobilfunkbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt, weswegen ihnen spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Diese Bescheide wurden mit der Zustellung rechtskräftig und haben regulatorische Verpflichtungen pro futuro festgelegt. Die Mobilfunkbetreiber haben sich somit als festgestellte Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 seit 29.10.2004 an die auferlegten Verpflichtungen zu halten gehabt. Mit Erlass der Bescheide zu M 13/06 wurden die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bestätigt und die Verpflichtungen geringfügig adaptiert. Diese geänderten Verpflichtungen haben ihre Geltung wiederum pro futuro entfalten.

Mit Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes wurden die Bescheide zu M 15/03 und M 13/06 behoben. Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG tritt durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte.

Die Aufhebung eines Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof wirkt auf den Zeitpunkt der Erlassung des aufgehobenen Bescheides zurück (ex tunc-Wirkung). Diese ex tunc-Wirkung bedeutet, dass der Rechtszustand zwischen Erlassung des Bescheides und seiner Aufhebung im Nachhinein so zu betrachten ist, als ob der aufgehobene Bescheid von Anfang an nicht erlassen worden wäre (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom

31.1.2000 zur Zahl 99/10/0244). Allen Rechts- und faktischen Vollzugsakten, die während der Geltung des später aufgehobenen Bescheides auf dessen Basis gesetzt wurden, wurde im Nachhinein die Rechtsgrundlage entzogen („rückwirkende Gestaltungswirkung“, vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.3.1986 zur Zahl 93/04/0177).

Die Telekom-Control-Kommission hat im gegenständlichen (Ersatz-)Verfahren Regelungen zu treffen, die zum Einen den Bestimmungen der §§ 1, 37ff TKG 2003 und zum Anderen dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung trägt. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG sind die Verwaltungsbehörden nämlich verpflichtet, wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Beschwerde gemäß Art. 131 B-VG stattgegeben hat, „in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen“.

Sowohl die verpflichteten Unternehmen als auch ihre Zusammenschaltungspartner haben Dispositionen auf der Grundlage der auferlegten (und später aufgehobenen) spezifischen Verpflichtungen getroffen. So wurden Zusammenschaltungsverträge bestimmten Inhaltes abgeschlossen, Standardverträge für die Leistung der Mobil-Terminierung erstellt und veröffentlicht und Endkundenprodukte (wie „Replace“ oder „Mobile Nebenstellenanlage“) konzipiert und angeboten. Weiters wurden bestimmte Terminierungsentgelte zur Verrechnung gebracht, die wiederum für andere Betreiber als Grundlage für die Kalkulation ihrer Endkundenentgelte herangezogen wurden.

Konnte über konkrete Fragen der Zusammenschaltung keine Einigung zwischen Kommunikationsnetzbetreibern hergestellt werden, wurde die Telekom-Control-Kommission gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 angerufen; diese hatte zur Frage von Bedingungen der Terminierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen von Unternehmen mit (damals festgestellter) beträchtlicher Marktmacht – unter Beachtung der ihnen auferlegten Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 – Anordnungen zu treffen. Diese Streitschlichtungsentscheidungen (Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff) wurden teilweise angefochten und auf Grund der Behebung der „Grundlagenbescheide“ M 15a-e/03 ebenso behoben.

Der Umstand, dass die Grundlage dieser (privatrechtlichen) Dispositionen – die Bescheide der Telekom-Control-Kommission gemäß 37 Abs. 2 TKG 2003 – nicht mehr dem Rechtsbestand angehört, ändert nichts daran, dass diese Handlungen, die teilweise über verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte (wie Eigentum) verfügen, in Entsprechung dieser auferlegten Verpflichtungen getroffen wurden. Verträge, die auf Basis von auferlegten Verpflichtungen abgeschlossen wurden, enthalten regelmäßig so genannte „Höchstgerichtsklauseln“, die einen Wegfall des abgeschlossenen Vertrages ex tunc vorsehen, sollte ein „Grundlagenbescheid“ – wie die Bescheide gemäß § 37 TKG 2003 – vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben werden. Im Rahmen der ebenso behobenen Zusammenschaltungsverfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission für die beantragten Zeiträume, die in der Vergangenheit liegen, Ersatzregelungen zu treffen. Für diese hoheitlichen Entscheidungen sowie die privatautonomen Beziehungen, die nach Wegfall des Vertrages (ex tunc) keine Regelung mehr haben, ist die Kenntnis der damals geltenden regulatorischen Rahmenbedingungen iSd §§ 37ff TKG 2003 notwendig, um Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit herzustellen.

Die Forderungen nach Herstellung eines Rechtszustandes iSd Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, der Rechtssicherheit und nach einer Entscheidung im Einklang mit § 37 TKG 2003 können lediglich mit der Erlassung eines Ersatzbescheides erfüllt werden, der einen Geltungsbereich hat, der jenem der aufgehobenen Bescheide gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 entspricht. Es ist daher eine Ersatzregelung ab „Rechtskraft“ der Bescheide zu M 15/03 (dh ab 29.10.2004) und M 13/06 (dh ab 20.12.2006) bzw. für deren Geltungszeiträume (die Geltung der Bescheide zu M 15/03 war mit der Erlassung der

Bescheide zu M 13/06 begrenzt) zu treffen, weswegen zum Einen sich die einzelnen Spruchpunkte („A“ und „B“) auf unterschiedliche Zeiträume beziehen und diese Zeiträume zum Anderen in Übereinstimmung mit der historischen Rechtskraft der gehobenen Bescheide (Zustellung an die Parteien) übereinstimmen. Bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen wird daher nach den genannten Zeiträumen differenziert.

Wegen Aufhebung der oben genannten Bescheide zu M 15/03 und M 13/06 kommt eine Einstellung des Verfahrens, soweit sich dieses Verfahren auf einen vergangenen Zeitraum bezieht, damit nicht in Betracht.

Durch eine Entscheidungen für auch in der Vergangenheit liegenden Zeiträume wird der seit 20.8.2003 (Inkrafttreten des TKG 2003) bestehenden Verpflichtung der Telekom-Control-Kommission nachgekommen, die Märkte gemäß § 37 TKG 2003 zu analysieren. Wie bereits ausgeführt, kann das Ergebnis eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 nur die Feststellung effektiven Wettbewerbs oder aber die Identifikation von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht samt Auferlegung spezifischer Verpflichtungen sein. Eine Ersatzentscheidung im gegenständlichen Fall, die lediglich ex nunc ab Erlassung des Ersatzbescheides Geltung entfalten würde, würde für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum nicht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung der Telekom-Control-Kommission iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 und den sich aus einer Marktanalyse zwingend ergebenden Optionen iSd Absätze 2 und 3 leg. cit. stehen, da über den vergangenen Zeitraum nicht iSd § 37 TKG 2003 abgesprochen wurde. Da diese Bestimmungen des TKG 2003 europarechtlich determiniert sind (insbesondere Art. 16 RL 2002/21/EG), wäre ein Verstoß gegen diese (nationalen) Bestimmungen auch einer gegen Europarecht.

Eine Einstellung des Verfahrens, soweit sich dieses auf einen vergangenen Zeitraum bezieht, wäre darüber hinaus insofern rechtswidrig, als vor dem Hintergrund des bestehenden wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der Verfahrenspartei evident ist. In diesem Fall hat aber die Telekom-Control-Kommission eine Entscheidung zu treffen und spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen.

Für eine rückwirkende (Ersatz-)Entscheidung spricht darüber hinaus auch die Notwendigkeit, einen Rechtszustand iSd Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes herzustellen. Gemäß § 63 Abs. 1 VwGG ist die Telekom-Control-Kommission verpflichtet, „*in dem betreffenden Fall*“ mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Der „*betreffende Fall*“ ist die Marktanalyse der betreiberindividuellen Mobil-Terminierungsmärkte für die Zeiträume 2004 bis 2006 sowie 2007 bis 2008. Diese Zeiträume ergeben sich aus der Verpflichtung gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 zu regelmäßigen Marktanalysen („*längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren*“). Ein (Ersatz-) Bescheid iSd § 37 TKG 2003, der über den vergangenen Zeitraum keine Aussagen trifft, würde „*für den betreffenden Fall*“ keinen „*der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herstellen*“; im Besonderen würde für diesen Zeitraum der Marktmachtindikator der „nachfrageseitigen Gegenmacht“ nicht weitergehend untersucht werden können (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu M 15d/03), der Stellungnahme der Europäische Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen und auch kein Leistungsbefehl im Sinne der Anforderungen des AVG an die „Bestimmtheit“ erlassen werden (Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu M 15a/06).

Eine Entscheidung iSd § 37 Abs. 2 oder 3 TKG 2003, die lediglich ex nunc wirkt, bedeutet in Anbetracht der bestehenden Rechtsverhältnisse unter den Kommunikationsnetzbetreibern für den vergangenen Zeitraum fehlende Rechtssicherheit über die sektorspezifischen Rahmenbedingungen und würde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes nicht umsetzen. Kommunikationsnetzbetreiber sind auf Grund der für alle (Netz-)Betreiber geltenden Bestimmungen der §§ 22, 48 TKG 2003 zur Interoperabilität bzw.

Zusammenschaltung verpflichtet und wechselseitig aufeinander angewiesen. Dem Rechtsunterworfenen ist nach Aufhebung eines Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 Gewissheit über das (Nicht-)Vorliegen spezifischer Verhaltensregeln (iSd Abs. 2, 3 leg. cit.) für einen in der Vergangenheit gelegenen Zeitraum zu geben. Auf der Grundlage dieser Feststellung könnten nachträglich geänderte Terminierungsbedingungen, etwa die Höhe der Terminierungsentgelte, zur Anwendung gebracht werden.

Auch wenn die sektorspezifische Wettbewerbsregulierung einen ex ante-Ansatz verfolgt, sprechen weder der Wortlaut des § 37 TKG 2003 („... hat ... geeignete spezifische Verpflichtungen ... aufzuerlegen...“) noch das AVG gegen eine amtswegige Feststellung beträchtlicher Marktmacht für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum und eine rückwirkende Festlegung von spezifischen Verpflichtungen. Aus der Vorgabe, „geeignete“ Verpflichtungen aufzuerlegen, ist zu schließen, dass sich die Verpflichtungen in geeigneter Weise auf die konkret identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beziehen haben, und dass dabei auch die zeitliche Dimension (potentieller) Wettbewerbsprobleme und Abhilfemaßnahmen zu berücksichtigen ist. Wie festgestellt, bestehen die identifizierten Wettbewerbsprobleme (zumindest) seit dem Jahr 2004.

Eine rückwirkende Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen im Rahmen eines Ersatzbescheides hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 12.9.2006 zur Zahl AW 2006/03/0036 als geboten erkannt, wenn er ausführt, dass im Fall der Aufhebung des angefochtenen Bescheides im Ersatzbescheid – oder in einem Zusammenschaltungsvertrag – auch Regelungen über die Entgelte für den vom jetzt angefochtenen Bescheid erfassten Zeitraum zu treffen sind, weswegen eine „Rückverrechnung“ möglich ist.

Wegen der ex tunc Wirkung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes fehlt eine Grundlage für die Verrechnung von Terminierungsentgelten für (auch) in der Vergangenheit liegende Zeiträume. Die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen, wie der Entgeltkontrolle oder der Nichtdiskriminierung, ist auch für einen vergangenen Zeitraum möglich, da für anhängige Verfahren und privatrechtliche Beziehungen, bei denen ein Vertrag ex tunc weggefallen ist, ein vollstreckbarer Leistungsbefehl iSd des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes zu M 15a/03 möglich ist.

1.2. Zur Zulässigkeit von Verweisen auf andere Bescheide:

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Zulässigkeit von Verweisen in der Begründung eines Bescheides auf die Begründung eines anderen Bescheides, insbesondere zu Verweisen im Ersatzbescheid auf den aufgehobenen Bescheid, ist – soweit überblickbar – uneinheitlich.

So hat der Gerichtshof in seinem Erkenntnis vom 19.03.1991 zur Zahl 85/08/0042 erkannt, dass es nicht rechtswidrig ist, „in der Begründung eines Bescheides auf jene eines anderen Bescheides zu verweisen. Insbesondere gilt dies für einen Ersatzbescheid, in welchem auf die Begründung des aufgehobenen ersten Bescheides verwiesen wird.“

Gegenteilig fiel jedoch die Entscheidung im Erkenntnis vom 30.03.1993, 92/04/0253, aus. Danach verletzt die „Behörde ihre Begründungspflicht, wenn sie im fortgesetzten Verfahren auf Ausführungen des insoweit durch den VwGH behobenen Bescheides verweist.“

Zu Vermeidung eines diesbezüglichen potentiellen Verfahrensfehlers im fortgesetzten Verfahren wird der gegenständliche Bescheid grundsätzlich ohne Verweise auf die behobenen Bescheide gemäß §§ 37 TKG 2003 begründet. Die Tatsache, dass sich die Begründungen dieses Bescheides inhaltlich größtenteils mit den Begründungen der genannten aufgehobenen Bescheide deckt, ist zum Einen auf die Bindungswirkung der aufhebenden Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes und zum Anderen auf den Umstand

zurückzuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof zu einer Reihe von Anordnungen keine Aussagen getroffen hat.

1.3. Zur Frage der im fortgesetzten Verfahren anwendbaren Sach- und Rechtslage:

Nach den einschlägigen Bestimmungen des AVG haben Verwaltungsbehörden grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage zu entscheiden, die im Zeitpunkt der Entscheidung gegeben ist. Dabei übersieht die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht, dass eine Entscheidung zu treffen ist, die sich auf einen vergangenen und zukünftigen Zeitraum (2004 bis 2008) bezieht.

1.4. Zur Bindung an das aufhebende Erkenntnis:

Der VwGH hat in folgender Hinsicht die in den Bescheiden M 15/03 und M 13/06 dargestellte Rechtsansicht der Telekom-Control-Kommission mit Bindungswirkung für den nunmehrigen Bescheid bestätigt:

- Die Telekom-Control-Kommission ist an die Verordnung der RTR-GmbH iSd § 36 TKG 2003 gebunden. Der Verwaltungsgerichtshof hat keine Bedenken im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit der TKMVO 2003 (Punkte 2.1., 2.4. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).
- Der Verwaltungsgerichtshof hat keine Bedenken, wenn die Telekom-Control-Kommission die Marktmachtindikatoren „Marktanteil“ und „Nachfrageseitige Gegenmacht“ als entscheidend für das Ergebnis der Marktanalyse ansieht (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).
- Die Behörde ist auf das weitere Vorbringen zur Berücksichtigung betreffend Nachfrage- und Angebotselastizität detailliert eingegangen, weswegen keine Zweifel an der Schlüssigkeit der Überlegungen geweckt werden (Punkt 3.4. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).
- Der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, ist für den Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich tauglich („...*kann nicht als grundsätzlich untauglich angesehen werden.*“, Punkt 4.2. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

2. Zu den rechtlichen Grundlagen

Der geltende europäische Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste und das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – gegebenenfalls identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

3. Marktdefinition der RTR-GmbH

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Gemäß § 36 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde – nach § 115 Abs. 1 TKG 2003 ist dafür die RTR-GmbH zuständig – durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die

Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und mit BGBl. II Nr. 117/2005 geändert wurde. Hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Marktes ist eine Überprüfung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 mit 6.2.2006 abgeschlossen worden.

Diese Verordnung grenzt in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors 17 Telekommunikationsmärkte ab. § 1 Z 15 TKMVO 2003 (sowohl in der Stammfassung als auch in der Fassung BGBl. II Nr. 117/2005) idGF sieht einen „Vorleistungsmarkt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ vor; das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

4. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel vor, festzustellen, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003). Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen dieser Marktanalyseverfahren an die Marktabgrenzung gebunden.

4.1. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

4.2. Relevanter Markt

Die Stellung als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach

sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt.

Der verfahrensgegenständliche Markt umfasst die Terminierung von Sprachrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefonanschluss.

Dieser Markt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (Abl. L 114 S. 45 vom 8.5.2003); unter Ziffer 16 des Anhangs dieser Empfehlung findet sich die „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ („Voice call termination on individual mobile networks“).

Der Markt umfasst nur die Zustellung von Sprach-Anrufen („voice call“), nicht jedoch die Zustellung von SMS. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet dieses Marktes ist das Bundesgebiet (vgl. die Erläuternden Bemerkungen zur TKMVO 2003 sowie die Empfehlung der Europäische Kommission vom 11.2.2003).

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. der technologiebedingte Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. der Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren (Abs. 2 leg. cit.).

§ 35 TKG 2003 deckt sich weitgehend mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („*Rahmenrichtlinie*“, Amtsblatt Nr. L 108/33 vom 24.04.2002) fest, dass ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, *„wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“*.

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (*„Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“*, in der Folge *„Leitlinien“*, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002).

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen *„beträchtlicher Marktmacht“* iSd § 35 TKG 2003 und *„effektivem Wettbewerb“* iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten *„Gleichsetzungsthese“* auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. *„Wirksamer Wettbewerb“* wird dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

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

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

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

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV, 128 BlgNR 22. GP) zu § 35 TKG 2003 gehen in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

6. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

7. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen – Spruchpunkte A.1. und B.1.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich, soweit nicht anders angegeben, auf den gesamten Zeitraum seit 2004; auf den Umstand, dass sich die wettbewerbliche Beurteilung auf zwei aufeinanderfolgende Zeiträume bezieht, weswegen zwei unterschiedliche Spruchpunkte (A.1. und B.1.) angeführt sind, wurde bereits gesondert eingegangen.

Wie festgestellt, sind die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen per Marktdefinition Monopolmärkte, der Marktanteil der Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber faktisch 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 114, S. 45). Dass die Marktmachtindikatoren der Marktanteile und der nachfrageseitigen Gegenmacht eine entscheidende Rolle spielen, wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw. der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ist wesentlich, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Weiters spielt – wie in den nachfolgenden Kapiteln zu zeigen sein wird – eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle. Die Telekom-Control-Kommission schränkt die Prüfung der einzelnen Marktmachtindikatoren gemäß § 35 TKG 2003 nicht ein, doch sind manche von ihnen auf verschiedenen Märkten unterschiedlich relevant.

Eine Untersuchung (im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung) von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass die Verfahrenspartei klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch den internationalen Preisvergleich bestätigt, der zeigt, dass die Terminierungsentgelte jener Mobilfunkbetreiber, die keiner Entgeltregulierung unterliegen, über jenen von regulierten Unternehmen liegen.

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht vorgenommen wurde, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab; so hat es in den vergangenen Jahren regelmäßig Streitschlichtungsverfahren iSd § 41 TKG (1997) bzw. § 50 TKG 2003 gegeben, in deren Rahmen subsidiär als Ersatz einer privatautonomen Vereinbarung (auch) die Höhe der wechselseitig zu entrichtenden Terminierungsentgelte

zwischen Mobilnetzbetreibern und zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern festgelegt wurden. Schon die Möglichkeit der Androhung der Anrufung der Regulierungsbehörde hat eine restringierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilbetreiber gehabt.

Der einzige Indikator, der die Verfahrenspartei auf „ihrem“ Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Mobilterminierungsmonopol hat.

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Mobilbetreiber auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt: Andere Regulierungsbehörden sehen – wie festgestellt – ebenfalls alle operativ tätigen Mobilbetreiber auf ihrem jeweils eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an.

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

7.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

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

Die Leitlinien halten in diesem Kontext fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. 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 Mobilnetzbetreiber seinen *eigenen* betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert und auf diesem über 100% Marktanteil verfügt. Potenzieller Wettbewerb durch „anderen Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

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

7.2. 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.

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

Wie festgestellt ist der verfahrensgegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz 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 Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der oben genannten Schwellen sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin. Eine Gleichsetzung der Monopolstellung mit der Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfolgt damit aber nicht.

Mit der Höhe der Marktanteile geht die Anforderung an entlastende Umstände einher; allgemein kann festgehalten werden, dass bei sehr hohen Marktanteilen die Feststellung der Marktbeherrschung nur dadurch erschüttert werden könnte, dass beweisbare entlastende Umstände zweifelsfrei vorliegen (vgl. *Stratil*, TKG 2003, S. 104) und klar gegen eine beherrschende Stellung sprechen.

Einen Schritt weiter geht *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer* im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003); dieser hält fest (S. 856), dass „die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Weiters wird festgehalten, dass „Unternehmen in Monopolstellung [] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist“ (vgl. auch *Groeben/Thiesing/Ehlermann* in *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, S. 2/788, *Langen/Bunte* in *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, S. 2145 sowie von der *Groeben/Schwarze*, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Rz. 94 zu Art. 82 EG). *Immenga/Mestmäcker* bestätigt diese Ausführungen im *Kommentar zum EG-Wettbewerb* (S. 708, mit einer Reihe von Nachweisen), dass „der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen Monopols auf dem relevanten Markt [] marktbeherrschend [ist]“.

Barfuss/Wollmann/Tahedi („*Österreichisches Kartellrecht*“, S. 89) halten in diesem Zusammenhang zum nationalen Wettbewerbsrecht wie folgt fest: „Kein Wettbewerb bedeutet, dass auf dem in Frage kommenden Markt nur ein einziger Unternehmer, als Anbieter oder Nachfrager, vorhanden ist. Die Eigenschaft der Marktbeherrschung ergibt sich hier unmittelbar aus der Abgrenzung [] Tatsächliche Monopole werden dort zu finden sein, wo die Waren oder Leistungen eines Unternehmens nicht substituierbar sind“.

Dass die Telekom-Control-Kommission diesen Marktmachtindikator – neben jenem der nachfrageseitigen Gegenmacht – als entscheidend für das Ergebnis der Marktanalyse eines

Mobil-Terminierungsmarktes ansieht, wurde vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210, Seite 72).

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht für einen marktbeherrschende Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt.

7.3. 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, die Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung“

Diese Indikatoren sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 1, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

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.

7.4. Zu den Indikatoren „Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung“

§ 35 Abs. 2 Z 4 TKG 2003 nennt als einen Marktmachtindikator „das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“.

Nachdem keine hinreichenden Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gegeben sind, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung für gegenständliches Verfahren von geringer Relevanz.

Unter „normalen“ Marktbedingungen ist die Elastizität der Nachfrage als Marktmachtindikator in erster Linie dann von Bedeutung, wenn Substitute existieren und damit die individuelle Nachfragefunktion („Residualnachfrage“) derart elastisch wird, dass das Preissetzungsverhalten des Unternehmens (durch die Existenz von Konkurrenzprodukten) eingeschränkt wird. Auf einem Monopolmarkt hingegen wird der Preissetzungsspielraum des Monopolanbieters nur unter sehr spezifischen Umständen durch die Nachfrage eingeschränkt. Die Gesamtmaktnachfrage kann derart elastisch sein, dass bereits eine sehr geringe Preiserhöhung – ausgehend vom kompetitiven Niveau – den Monopolpreis übersteigt (und damit unprofitabel ist). Bei einer für Telekommunikationsmärkte üblichen Elastizität der Nachfrage ist nicht davon auszugehen, dass dies der Fall ist.

7.5. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren: Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich

§ 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. Ein internationaler Preisvergleich wird im TKG 2003 nicht explizit als Marktmachtindikator genannt.

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. In der Vergangenheit wurden Entgeltsenkungen im Regelfall hoheitlich vorgenommen.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich, lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1999 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) bzw. § 50 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission – als Substitute privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen.

Damit rückt eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller wettbewerblicher Verhältnisse. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: 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 und Erstellen von Hypothesen. 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 die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass die Verfahrenspartei – 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.

7.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen auf, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw. auch nicht bestehen kann; als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt – und stellt sohin das Schlüsselkriterium dar – die nachfrageseitige Verhandlungsmacht, die auf der Ebene von Endkunden und bzw. oder der Vorleistungsebene wirksam werden könnte:

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung angeführt (§ 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003). Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Wettbewerbern, Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

So hält auch die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu ihrer Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114) wie folgt fest: „... Dies würde bedeuten, dass derzeit jeder Betreiber eines Mobilfunknetzes auf seinem Markt der einzige Anbieter ist. Ob jedoch alle Betreiber über Marktmacht verfügen, richtet sich nach der Existenz entsprechender Kaufkraft auf der anderen Seite, wodurch jede anhaltende Preiserhöhung unwirtschaftlich würde“ (Seite 34). In der englischsprachigen Fassung der Begründung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte (Seite 34) wird „countervailing buyer power“ mit „entsprechende Kaufkraft“ übersetzt; der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ erscheint aussagekräftiger und somit geeigneter als „Kaufkraft“.

Dass die Telekom-Control-Kommission es als notwendig erachtet hat, diesen Marktmachtindikator – neben jenem der nachfrageseitigen Gegenmacht – als entscheidend für das Ergebnis der Marktanalyse eines Mobil-Terminierungsmarktes anzusehen, wurde vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210, Seite 72).

Entsprechend dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.4.2007 zur Zahl 2007/03/0034 wurde dieser Marktmachtindikator einer (noch) eingehenderen betreiberindividuellen Untersuchung unterzogen. Amtssachverständige wurden mit einer Untersuchung der Mobil-Terminierungsmärkte unter besonderer Berücksichtigung betreiberindividueller Umstände betraut. Auf über 30 Seiten wurde dieser Indikator eingehend und auf einzelne Betreiber heruntergebrochen untersucht; soweit konkrete Daten für die Beurteilung dieses Indikators eine Rolle spielen können, wurden solche angeführt. Im Besonderen wurden unterschiedliche Konstellationen thematisiert:

a. Die Feststellungen beziehen sich dabei einleitend auf eine mögliche Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers. Diese Konstellation wurde wiederum in vier unterschiedliche Falltypen – Unternehmen wird von Teilnehmern anderer Netze gerufen, Unternehmen ist Kunde zweier Mobilbetreiber, Unternehmen ist Festnetz- und Mobilkunde, Netzinterne Gespräche – unterteilt, wobei im Ergebnis festgestellt wurde, dass keine (ausreichende) nachfrageseitige Gegenmacht gegeben ist.

b. Auch die weiteren Feststellungen zur potentiellen Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter bringt vor, dass auf Endkundenebene keine die Marktmacht restringierenden Möglichkeiten – selbst für sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen – gegeben sind.

c. Die Nachfragemacht wurde auch auf Vorleistungsebene in unterschiedlichen betreiberindividuellen Konstellationen – unter Zugrundelegung von Daten – untersucht. Dabei zeigt sich, dass die größten Nachfrager nach Mobil-Terminierungsleistungen die Mobilbetreiber selbst sind, daneben noch Telekom Austria (nunmehr samt eTel), Tele2 und UPC. Nur diese Festnetzbetreiber bezogen im Jahr 2006 einen Anteil von ca. 1% des gesamten Mobilfunkterminierungsverkehrs.

Die Möglichkeiten der Nachfrager, Druck auf die Mobil-Terminierungsentgelte auszuüben und eine Senkung derselben herbeizuführen, bestehen zwar grundsätzlich in der Verweigerung der Zusammenschaltung oder einer empfindliche Senkung der nachgefragten Menge, in der Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung, im Gegenzug selbst hohe Terminierungsentgelte zu verlangen oder in der Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten:

d. Wie die Feststellungen jedoch zeigen, ist die Nicht-Zusammenschaltung und damit das Nichterreichen von Teilnehmern – ungeachtet der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) sowie zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – keine glaubwürdige Alternative. Auch einer Drohung mit einer Senkung der

nachgefragten Menge fehlt die Glaubwürdigkeit, da der nachfragende Netzbetreiber nicht direkt auf die Nachfragemenge Einfluss nehmen kann; dies ist darauf zurückzuführen, dass die nachgefragte Menge durch das Telefonierverhalten der angeschlossenen Endkunden bestimmt wird. Eine Erhöhung der Endkundenentgelte, um die Nachfrage nach einer bestimmten Terminierungsleistung zu senken, kann nicht als realistisch angesehen werden, da eine solche Maßnahme in erster Linie die Attraktivität der eigenen Tarifangebote auf dem Endkundenmarkt schmälert.

e. Eine Drohung zur Streitschlichtung ist, wie die Feststellungen und ein konkret beobachtbares Beispiel aus der Vergangenheit zeigen, in Summe auch nicht ausreichend, um Marktmacht zu restringieren.

f. Die Handlungsoption des Verlangens hoher Terminierungsentgelte im Gegenzug wurde in verschiedene Konstellationen untersucht, wobei erstens festgestellt wurde, dass Verbindungsnetzbetreiber keine Alternativen zum Bezug der Mobil-Terminierungsleistung haben und deswegen keine Nachfragemacht aufbauen können.

Zweitens zeigen die Feststellungen, dass Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz (sowohl Telekom Austria als größter Festnetzbetreiber als auch alternative Teilnehmernetzbetreiber) zwar grundsätzlich eine Nachfragemacht aufbauen könnten, jedoch in ihrem Droh-Potential eingeschränkt sind, da sie ihrerseits einer Regulierung unterworfen sind. Die Berücksichtigung anderer Regulierungen bei der Bewertung der nachfrageseitigen Gegenmacht ist geboten („Modified Greenfield Approach“, vgl. die Europäische Kommission im Verfahren gemäß Art. 7 Rahmen-RL zu DE/2005/0144 sowie *Cave/Stumpf/Valletti in „A Review of certain markets included in the Commission’s Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation“*, Juli 2006, S. 95). Neben der bestehenden Regulierung auf anderen Märkten wird die Nachfragemacht auch wesentlich durch die (grundsätzliche) Verpflichtung zur Interoperabilität iSd § 22 TKG 2003 und zur Zusammenschaltung iSd § 38 TKG 2003 eingeschränkt.

In einem dritten Szenario – zwei Mobilfunkbetreiber verhandeln über Mobil-Terminierungsentgelte – zeigen die Feststellungen, dass bei der Verhandlung über Mobilterminierungsentgelte eine einseitige Senkung der Terminierungsentgelte nicht durchzusetzen sein wird. Bei Vorliegen einer Terminierungsbilanzsymmetrie, ähnlicher Netzgrößen bzw. eines ähnlichen Verkehrsaufkommens (und damit ähnlichen Kosten) wären Mobilbetreiber unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts. Ein solches Ergebnis ist jedoch nicht auf das Vorliegen nachfrageseitiger Verhandlungsmacht zurückzuführen, sondern auch den Umstand, dass Profite in der Zweibetreiberbetrachtung von der Höhe der Terminierungsentgelte unabhängig sind. Bei stark asymmetrischem Verkehr ist diese „Profitneutralität“ jedoch verletzt: In diesem Fall hat der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo einen Anreiz, die Terminierungsentgelte über Kosten zu setzen.

Die Feststellungen zu den wechselseitig zur Verrechnung gelangenden Vorleistungsentgelten für die Zustellung von SMS bestätigen zwar einerseits die grundsätzliche Möglichkeit eines reziproken Verhandlungsergebnisses, zeigen aber andererseits, dass eine solche Vereinbarung nicht zu einem kosteneffizienten Preis führen muss.

In einer Konstellation, in der sich ein Mobilbetreiber und ein Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt gegenüberstehen, spielt anfänglich nicht die nachfrageseitige Gegenmacht eine Rolle, vielmehr sind es Anreize des bestehenden Betreibers, die Zusammenschaltung zu verweigern („foreclosure“). In der Phase nach einem erfolgten Markteintritt wird der Markteinsteiger versuchen, hohe, sogar über den Monopolpreis liegende Terminierungsentgelte zu erhalten. Wie die Feststellungen zeigen, wird eine Beschränkung

seines Preissetzungsverhaltens auch nicht durch einen etablierter Betreiber erreicht werden können.

g. Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten in unterschiedlichen Ausprägungen (Verhandlungsmacht der Telekom Austria und jene von alternativen Netzbetreibern, Kontakte mit anderen Mobilbetreibern; wie insbesondere in den Bereichen nationales und internationales Roaming) bringt nicht hervor, dass eine nachfrageseitige Gegenmacht in der Lage wäre, Marktmacht zu restringieren. Es besteht deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen für den Nachfrager gibt. Überdies ergibt sich nicht (zwingend), dass Marktmacht auf anderen Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte.

h. Die Feststellungen zu verbundenen Unternehmen zeigen, dass die Verbundenheit zwar die Verhandlungsmasse erhöht, die Ausweichmöglichkeiten und die möglichen Konsequenzen bleiben aber – auf Grund einer Beschränkung von Handlungsoptionen wegen bestehender Marktmacht auf anderen Märkten durch Regulierung bzw. wegen effektiven Wettbewerbs – dieselben.

Schließlich bestätigt auch die Diskussion der Terminierungsbilanzen (Verkehrssalden zwischen Mobilnetzen) das gewonnene Bild: Ein Betreiber mit einem Verkehrsüberschuss hat keinen Anreiz, Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis anzubieten, da damit ein Access Überschuss erzielt und die Kosten des Mitbewerbers erhöht (und so seine wettbewerbliche Position geschwächt) werden können. Umgekehrt hat aber auch ein Betreiber mit einem Terminierungsbilanzdefizit keinen Anreiz, seine Terminierungsentgelte zu senken, da dies seine eigene Position schwächt und die des Wettbewerbers stärkt (geringere Vorleistungskosten).

Im Ergebnis – und unter Berücksichtigung der allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung sowie zur Interoperabilität – kann somit auch für die Vorleistungsebene festgehalten werden, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

7.7. Zusammenfassende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

Die untersuchten und für gegenständlichen Markt bedeutsamen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 sprechen ohne Zweifel für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 der One auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt herrscht somit kein effektiver Wettbewerb iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003. Diese Beurteilung lässt sich für den gesamten Zeitraum seit 2004 aufrechterhalten.

Das „Schlüsselkriterium“ iSd Begründung zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 45) für die Beurteilung von Marktmacht auf dem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt – die „nachfrageseitige Gegenmacht“ – vermag dieses Ergebnis nicht zu erschüttern, da keine bzw. in einzelnen Konstellationen eine nur sehr geringe nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

Darüber hinaus bestätigt auch ein Vergleich mit Entscheidungen anderen Regulierungsbehörden zu den wettbewerblichen Verhältnisse auf den betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze das Ergebnis der Telekom-Control-Kommission: Wie die Feststellungen zeigen (vgl. „Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden“), haben (fast) alle Regulierungsbehörden

festgestellt, dass ein Mobilbetreiber – ungeachtet seiner tatsächlichen Größe und seinem Umfeld – auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dieser Vergleich legt nahe, dass dem Ziel gemäß Art. 8 Abs. 3 lit. d RL 2002/21/EG, nämlich die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis*“, Rechnung getragen wird.

Darüber hinaus hat auch die Europäische Kommission in den (Erst-)Verfahrenen zu M 15/03 und M 13/06 keine Bedenken hinsichtlich der Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Monopolmarkt im Rahmen ihrer Stellungnahmen vom 7.10.2004 und 8.12.2006 geäußert, weswegen sich die Telekom-Control-Kommission in ihrem Ergebnis bestätigt sieht (die Europäische Kommission hätte gemäß § 129 Abs. 2 und 3 TKG 2003 die Möglichkeit [gehabt], betreffend die Feststellung beträchtlicher Marktmacht Bedenken zu kommunizieren).

Somit war unter den Spruchpunkten A.1. und B.1. gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 festzustellen, dass die Verfahrenspartei auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ über beträchtliche Marktmacht verfügt.

8. Zu den spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumenten“) nach dem TKG 2003 – Spruchpunkte A.2. und B.2.

8.1. Allgemeines

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl
- Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens, wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden,

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

Basierend auf den Zielen der Rahmen-RL (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangs-RL sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungs-RL) wurden von der European Regulators Group, einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingerrichtet durch Beschluss Nr. 2002/627/EG vom 29. Juli 2002, ABl. L 200/38, 30.07.2002, idF des Beschlusses 2002/641/EG, ABl. L 293/30, vom 16.09.2004), in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollten (vgl. hierzu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG 06-33, abrufbar unter http://erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf, Seiten 51-67). Danach müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig sowie das gelindeste Mittel darstellen. Dort, wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber verhindert werden. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden. Schließlich sollten Regulierungsinstrumente so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h., dass der Anreiz zur Einhaltung größer sein soll als der Anreiz zur Umgehung.

8.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

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

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

Vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste und -netze und den Verfahren zur Harmonisierung der Anwendung der einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsgrundlagen (Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 bzw. Art. 6 Rahmen-RL sowie Koordination gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL) erachtet es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll und angemessen, ihre eigenen Beurteilungen betreffend Marktmacht und Regulierungsinstrumente mit jenen von anderen Regulierungsbehörden der Europäischen Union sowie mit den Ausführungen der Europäischen Kommission gemäß Art. 7 Rahmen-RL zu Entwürfen anderer

Regulierungsbehörden zu vergleichen und daraus Schlüsse zu ziehen. Dies bedingt grundsätzlich, dass die Umstände vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang hält das TKG 2003 auch fest, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen hat (§ 34 TKG 2003).

Darüber hinaus hat auch der Verwaltungsgerichtshof in einem Erkenntnis vom 28.4.2004 (Zl. 2002/03/0164) festgehalten, dass er keine Einwände dagegen hat, wenn die „Regulierungsbehörde [] im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Abwägung auch Entscheidungen oder Gutachten anderer europäischer Regulierungsbehörden berücksichtigt“.

Vor dem Hintergrund einheitlicher Wettbewerbsprobleme über den gesamten Betrachtungszeitraum (2004 bis 2008) beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen, soweit nicht anders angeführt, auch auf den gesamten Zeitraum. Auf den Umstand, dass die Festlegungen im Spruch des gegenständlichen Bescheides zweigeteilt sind (Spruchpunkte A. und B.), wurde bereits hingewiesen.

8.2.1. Transparenz

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen. Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 90 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, herbeizuführen bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art. 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003). So betrifft die Transparenzverpflichtung Informationen, die gegenüber anderen Betreibern (bzw. Nachfragern) offen zu legen sind, während hingegen eine Informationsverpflichtung iSd § 90 TKG 2003, die keine spezifische ex-ante-Verpflichtung darstellt, lediglich Informationen umfasst, die gegenüber der Regulierungsbehörde bzw. dem Ministerium offen zu legen sind.

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

Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen; Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL hält fest, dass durch die Transparenz die Teilnehmer gewiss sein können, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, woraus wiederum geschlossen werden kann, dass die Transparenz grundsätzlich ein geeignetes Instrumentarium darstellen kann, um eine andere Verpflichtung – diesfalls die Nichtdiskriminierung – hinsichtlich ihrer Effektivität zu unterstützen.

Im gegenständlichen Zusammenhang kann eine Transparenzverpflichtung zur Unterstützung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zweckmäßig sein. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichend Informationen über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten. So sieht auch der europäische Rechtsrahmen für elektronische

Kommunikationsdienste und –netze die Möglichkeit der Auferlegung eines Standardzusammenschaltungsangebotes (SZA) im Kontext der Transparenzverpflichtung vor (Art. 9 Abs. 2 Zugangs-RL), während das TKG 2003 die Veröffentlichung eines SZA im Rahmen der Gleichbehandlungsverpflichtung vorsieht. Es zeigt sich, dass die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung sowie zur Transparenz Komplementäre darstellen (vgl. sodann die Ausführungen zur Nichtdiskriminierungsverpflichtung).

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

8.2.2. Getrennte Buchführung

Gemäß § 40 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Art. 11 Zugangs-RL).

Die Verpflichtung der getrennten Buchführung alleine sowie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung ist nicht geeignet, den aufgezeigten vier Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Analog zur Transparenzverpflichtung hat die Verpflichtung zur getrennten Buchführung alleine (bzw. in Verbindung mit der Transparenzverpflichtung) keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt, insbesondere nicht auf den Preis.

Die Telekom-Control-Kommission sieht für gegenständliches Verfahren keine Notwendigkeit, eine getrennte Buchführung – ergänzend zu einer anderen Vorab-Verpflichtung – aufzuerlegen, da die bisherigen Erfahrungen der Telekom-Control-Kommission im Rahmen von (Streitschlichtungs-)Verfahren gemäß § 50 TKG 2003 bzw. § 41 TKG (1997), in denen zusammenschaltungsrelevante Kosten eines Mobilbetreibers zu erheben bzw. untersuchen waren, keine Indizien geben; die Regulierungsbehörde geht davon aus, dass ihr alle für die Ermittlung von kostenorientierten Terminierungsentgelten notwendigen Informationen auf Grundlage der Verpflichtung zur Preiskontrolle (§ 42 TKG 2003), allenfalls auf der Grundlage des § 90 TKG 2003, von Betreibern übermittelt werden; die Übermittlung der geforderten Informationen hat bislang in der von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenen Form weitgehend stattgefunden, die eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten ermöglicht hat. Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung wird vor diesem Hintergrund als nicht erforderlich erachtet und wäre somit überschießend und damit unverhältnismäßig.

8.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen – Spruchpunkte A.2.5. und B.2.5.

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten,

Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsverhältnisse grundsätzlich auf privatrechtlicher Basis lösen (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 Zugangs-RL; *Stratil*, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; vgl. jedoch die Möglichkeiten gemäß §§ 50 Abs. 2, 91 TKG 2003 sowie die zwingende Beachtung regulatorischer Verpflichtungen, die die Privatautonomie einschränken können).

Auch die Telekom-Control-Kommission konnte in den letzten Jahren in ihrer Tätigkeit als Streitschlichtungsstelle feststellen, dass über die Frage der Zusammenschaltung – als wesentlichste Form des Zugangs – zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze regelmäßig keine Einigung herbeigeführt werden konnte. So war die Regulierungsbehörde oftmals mit Anträgen auf Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48 iVm 50 TKG 2003 konfrontiert und hatte nicht zustande gekommene privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Festnetzbetreibern, zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern sowie zwischen Mobilnetzbetreibern zu entscheiden (vgl. dazu die veröffentlichten Entscheidungen unter www.rtr.at). In den letzten Jahren spielte in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission insbesondere die Höhe der wechselseitig zur Verrechnung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte eine bedeutende Rolle. Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte war – über die Jahre gesehen – regelmäßig die Ausnahme. Dem Umstand, dass die (gelegentlich) privatrechtlichen Vertragsabschlüsse keine kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelte sichergestellt haben, wird mit einer anderen spezifischen Verpflichtung als jener gemäß § 41 TKG 2003 Rechnung getragen.

Nachdem – wie festgestellt – eine Zugangsverpflichtung (in der Form der Zusammenschaltung) ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern, stellt eine Zugangsverpflichtung eine spezifische Verpflichtung dar, die geeignet, d.h. effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung – die Sicherstellung der Any-to-any-Erreichbarkeit – ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung als verhältnismäßig zu betrachten: Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen die Effizienzgewinne durch Interoperabilität; zu diesen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (z.B. Endgeräteproduktion), die Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, die Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

Die Gefahr von Foreclosure-Strategien – deren extremste Form die Zugangsverweigerung ist – gegenüber Neueinsteigern wurde als Wettbewerbsproblem festgestellt. Solche Foreclosure-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc. erfolgen.

Wie bereits ausgeführt, hat das marktbeherrschende Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer

Zugangspreisregulierung (Zugangspflicht und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktbeherrschende Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw. die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („*raise rival's cost*“).

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangspflichten auferlegen, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden.

In diesem Kontext stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der – nach dem nationalen Rechtsrahmen bestehenden – allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung, die unabhängig vom Status als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besteht (§ 48 TKG 2003, vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 und 19 zu § 41 sowie Rz. 2 zu § 48) – und der – aus Art. 12 Abs. 1 lit. i Zugangs-RL stammenden – Möglichkeit, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Zugangspflicht in Form der Zusammenschaltung aufzuerlegen (§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Weiters ist der Frage nachzugehen, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw. diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu adressieren.

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 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. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, also erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustandegekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd Telekommunikationsrechts verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustandegekommene, Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 (bzw. Art. 12 Abs. 1 lit. i Zugangs-RL) sieht ebenfalls eine Zusammenschaltungsverpflichtung vor, die jedoch nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung (*lex generalis*) darstellt, der – im Fall der Notwendigkeit der Auferlegung – allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgend („*lex specialis derogat legi generali*“) der Vorzug zu geben ist. Würde man einer anderen Interpretation näher treten, so wäre die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 sinnentleert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sohin davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können; eine Zusammenschaltungsverpflichtung ist sohin geeignet, diese Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere Norm stellt § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung

auf § 41 TKG 2003 zu gründen war; die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung tritt in dieser Konstellation in den Hintergrund, bleibt jedoch grundsätzlich bestehen.

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 ist im gegenständlichen Fall lediglich in Form der Zusammenschaltung gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 iVm § 3 Z 25 TKG 2003 von Bedeutung, da die zu untersuchende Leistung – die Terminierung – eine Zusammenschaltungsleistung darstellt (vgl. § 49 Abs. 1 Z 2 TKG 2003). Die Telekom-Control-Kommission geht in diesem Zusammenhang nicht davon aus, dass eine Auferlegung von weiteren „Zugangsformen“ des § 41 Abs. 2 TKG 2003 notwendig ist, um das aufgezeigte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission auch davon ausgeht, dass die Verfahrenspartei „den bereits gewährten Zugang [in Form der Zusammenschaltung] nicht nachträglich verweiger[t]“ (lit. 3 leg. cit.) sowie gegebenenfalls die „Kollokation (z.B. für den Fall der direkten Zusammenschaltung) ermöglichen“ wird (lit. 6 leg. cit.).

Die konkret auferlegte spezifische Verpflichtung umfasst grundsätzlich sowohl die direkte als auch die indirekte Zusammenschaltung. Die konkrete Form (direkt oder indirekt bzw. gegebenenfalls direkt und indirekt) richtet sich nach der Nachfrage des Zusammenschaltungspartners. Für die Frage der Kostentragung kommt § 49 Abs. 3 TKG 2003 zur Anwendung.

Da die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2003 grundsätzlich jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes trifft, kann die – bereits vorgenommene – Abwägung der Verhältnismäßigkeit dieser Verpflichtung in den Hintergrund treten: es ist davon auszugehen, dass eine allgemeine rechtliche Bestimmung, die sich auf einen weiten Adressatenkreis richtet, grundsätzlich verhältnismäßig ist und im öffentlichen Interesse steht.

Die Vorab-Verpflichtung der Zusammenschaltung beschränkt sich primär auf „nichtpreisliche“ Aspekte, weswegen sie alleine bzw. im Kontext mit den zuvor behandelten Verpflichtungen der Transparenz sowie der getrennten Buchführung nicht geeignet ist, alle vier identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

8.2.4. Gleichbehandlungsverpflichtung – Spruchpunkte A.2.1. bis A.2.4. sowie B.2.1. bis B.2.4.

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

Abs. 3 folgend wird der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9, 10 Zugangs-RL).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen

Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (*Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003).

Die Möglichkeit, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art. 9 Abs. 2, 3 Zugangs-RL); eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorab-Verpflichtungen ist deutlich gegeben.

8.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

8.2.4.1.1. Spruchpunkte A.2.1. und B.2.1.

Im Kontext der Qualitätsdiskriminierung wurde für den gesamten Regulierungszeitraum festgestellt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken hat, die mittels einer Zugangsverpflichtung (alleine) nicht adressiert werden können.

Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung stellt demgegenüber ein geeignetes Mittel dar, diesen „nichtpreislichen“ Wettbewerbsproblemen (insbesondere Qualitätsdiskriminierung) zu begegnen, da mit einer solchen Verpflichtung sichergestellt werden kann, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorleistungsprodukt Mobil-Terminierung allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet, wie sich selbst, wodurch eine Situation entsteht, in der alle Mitbewerber die selbe Ausgangsposition vorfinden, wie das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selber; dadurch entsteht ein so genanntes „*level playing field*“. Dies erfüllt im hohen Maße die Anforderungen des Rechtsrahmens nach einer Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten (vgl. § 1 Abs. 2 TKG 2003, Art. 8 Rahmen-RL).

Vor diesem Hintergrund wurden (für unterschiedliche Perioden gleichlautende) Verpflichtungen unter Spruchpunkte A.2.1. und B.2.1. auferlegt, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Dass diese Verpflichtung nach § 38 TKG 2003 greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs. 2 leg. cit.) vorliegen, ergibt sich aus § 38 TKG 2003 und wurde zur Klarstellung aufgenommen.

8.2.4.1.2. Spruchpunkte A.2.4. und B.2.4.

Um die Effektivität der konkret auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtungen sicherzustellen, ist es darüber hinaus notwendig, eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (Standardzusammenschaltungsangebot, SZA) im Sinne des § 38 Abs. 3 TKG 2003 aufzuerlegen, soweit sie sich auf die gegenständliche Leistung der Terminierung bezieht. Ein Standardangebot für Dienste, die wiederholt nachgefragt werden (wie die Zusammenschaltungsleistung Terminierung), ist insbesondere deshalb sinnvoll, da (ein Großteil der) Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen entfallen können. Neu in den Markt eintretende Betreiber können sich darüber hinaus einfach und rasch über die aktuelle Situation betreffend die Zusammenschaltung (mit einzelnen Betreibern) informieren. Mögliche Verzögerungstaktiken von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht („*delaying tactics*“) werden damit ebenso effektiv verhindert wie die Möglichkeit der gänzlichen Verhinderung von Markteintritten. So wird dem Regulierungsziel der „*Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl für alle Nutzer*“ iSd § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 weitestmöglich entsprochen.

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 und zur Interoperabilität gemäß § 22 TKG 2003 – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Verfahrenspartei bereits ein SZA führt, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der konkret vorgenommene Eingriff unverhältnismäßig wäre.

Im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung dieses Angebotes ist festzuhalten, dass das SZA hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten hat, wobei die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln sind. Das SZA ist unter Bedachtnahme auf die nachgefragten Leistungen derart ungebündelt zu gestalten, als ein Nachfrager keine Dienste beziehen muss, die er für seine Leistungserstellung nicht als notwendig erachtet. Unberührt von etwaigen Verhandlungen zwischen den Betreibern um besondere Regelungen außerhalb des SZA sind die Angebote im SZA hinreichend zu spezifizieren, sodass die wichtigsten Parameter und Informationen enthalten sind, um die Terminierung im Wege der direkten und bzw. oder indirekten Zusammenschaltung zu realisieren. Dazu zählen insbesondere die Entgelte und Bedingungen für die Erbringung der Terminierungsleistungen.

Bisherigen Zusammenschaltungsverträgen und -anordnungen entsprechend hat das SZA neben einem Teil, der allgemeine Vertragsbestimmungen enthält, zumindest folgende Komponenten zu beinhalten:

- Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen,
- Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen,
- Verkehrsarten und Entgelte,
- Regelungen betreffend Notrufe,
- Regelungen betreffend private Netze,
- Regelungen betreffend personenbezogene Dienste,
- Regelungen betreffend sonstige Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzrufnummern für besondere Dienste).

Die Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, die Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen (im Fall der direkten Zusammenschaltung) und die Entgelte stellen essentielle Grundlagen für die Realisierung der Zusammenschaltung dar. Die weiteren Regelungen schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen. Sollten einzelne Dienste vom verpflichteten Unternehmen nicht bzw. nicht mehr erbracht werden, entfaltet diese Verpflichtung für diese Dienste keine Wirkung. Da die gegenständliche Anordnung auch einen längeren zukünftigen Zeitraum abdeckt, waren im Zusammenhang mit dem SZA auch Verpflichtungen aufzunehmen, die möglicherweise derzeit nicht zum Tragen kommen (können).

Bezugnehmend auf die konkrete Art der Veröffentlichung des SZA ist zwischen den Spruchpunkten A.2.4. und B.2.4. bzw. den Zeiträumen, auf die sich diese Verpflichtungen beziehen, zu unterscheiden:

Für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum hat diese Verpflichtung gemäß Spruchpunkt A.2.4. einen klarstellenden Charakter und legt dar, dass der Umstand, dass die Verfahrenspartei ein SZA geführt hat, in Übereinstimmung mit den hier zugrundeliegenden wettbewerblichen Überlegungen steht. Wie die Veröffentlichung erfolgt, kann dahingestellt bleiben.

Für einen zukünftigen Zeitraum – 2 Wochen ab Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides – sieht Spruchpunkt B.2.4. demgegenüber vor, dass eine Veröffentlichung eines Standardangebotes für die Leistung der Mobil-Terminierung auf der Unternehmenswebseite notwendig ist, um die Effektivität einer Gleichbehandlungsverpflichtung sicher zu stellen und tatsächlich Transaktionskosten zu senken. Darüber hinaus wurde in der konkreten Verpflichtung aufgenommen, dass das veröffentlichte SZA aktualisiert werden muss, sobald eine Änderung desselben erfolgt. Dies bezieht sich insbesondere auf die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte. Eine laufende Aktualisierung steht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

Ein web-veröffentlichtes SZA informiert neu in den Markt eintretende Betreiber einfacher und rascher als wenn ein potentieller Zusammenschaltungspartner die Übermittlung eines SZA erst anfragen muss. Allfälligen Verzögerungstaktiken – wie festgestellt – kann damit effizient begegnet werden. Bestehende Zusammenschaltungspartner können sich einfach, rasch und ohne direkte Kontaktaufnahme mit dem verpflichteten Unternehmen über Änderungen desselben (insbesondere betreffend Entgelte) informieren und gegebenenfalls eine Änderung ihrer Konditionen nachfragen.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung – 2 Wochen ab Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides – ist angemessen, da eine Veröffentlichung eines SZA bereits vorgenommen wurde. Die vorgesehene Frist erscheint auch ausreichend, um eine allfällige Aktualisierung desselben vorzunehmen.

Vor diesem Hintergrund waren die Verpflichtungen gemäß Spruchpunkte A.2.4. und B.2.4. anzuordnen, wobei auf Grund der unterschiedlichen Zeiträume die Verpflichtungen im Detail unterschiedlich ausgestaltet sind.

8.2.4.2. Preisdiskriminierung

8.2.4.2.1. Spruchpunkte A.2.2. und B.2.2.

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind mehrere Fälle zu unterscheiden, wobei im Wesentlichen zwischen einer „externen“ (der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Abnehmern der Leistung) und einer „internen“ Preisdiskriminierung (der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich als vertikal integriertem Unternehmen und Abnehmern der Leistung, d.h. der Wholesale-Bereich des marktmächtigen Unternehmens bevorzugt seinen eigenen Retail-Bereich) differenziert werden kann:

Wie die Feststellungen zeigen, kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt führen, der im Wege eines „externen“ Diskriminierungsverbots in Bezug auf den Preis (für die möglichen Fälle der externen Preisdiskriminierung) begegnet werden kann.

Die ErläutRV zu § 38 TKG 2003 halten in diesem Kontext fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren; so lautet auch eines der Regulierungsziele die „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten“ (§ 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003).

Vor diesem Hintergrund wurden die (gleichlautenden) Verpflichtungen unter Spruchpunkte A.2.2. und B.2.2. auferlegt, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ allen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten hat, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Auch an dieser Stelle ist anzuführen, dass diese Verpflichtung nur greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs. 2 leg. cit.) vorliegen. Dies ergibt sich aus § 38 TKG 2003.

Das externe Preis-Diskriminierungsverbot alleine bzw. in Zusammenspiel mit den vorher untersuchten Maßnahmen (Zugangspflicht, Transparenzpflicht und Verpflichtung zur getrennten Buchführung) ist allerdings nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Vorab-Verpflichtung gewährleistet zwar, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben Preis beziehen und damit ein „*level-playing-field*“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist, dieser Preis kann jedoch für die Abnehmer dieser Leistung überhöht sein.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung iSd § 42 TKG 2003 hat ein „internes“ Diskriminierungsverbot, das jedoch als zu weitreichend (und damit unverhältnismäßig iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003) festgestellt wurde.

8.2.4.2.2. Spruchpunkt A.2.3. und B.2.3.

Als viertes Wettbewerbsproblem wurden – für den Fall der Nichtregulierung – Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden, identifiziert. Um diesem Wettbewerbsproblem zu begegnen und um ein wirksames Instrument gegen einen „*Margin Squeeze*“ („*Preis-Kosten-Schere*“) zu etablieren, ist die Anwendung eines (internen/externen) Diskriminierungsverbots betreffend den Preis eine geeignete spezifische Verpflichtung. Damit wird die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines „*Margin Squeeze*“ unterbunden.

Nachdem konkrete (Endkunden-)Produkte vorhanden sind, die die oben dargestellten Probleme – für den Fall der Nichtregulierung – verursachen, wird diese spezifische Verpflichtung – vor dem Hintergrund des Gebotes der Verhältnismäßigkeit – auch auf diese Fälle eingeschränkt: Anlassfall sind Produkte, die eine Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummern (einem über eine Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten Netzabschlusspunkt) zu einem Mobilendgerät ermöglichen (vgl. Produkte wie „mobile Nebenstellenanlage“ oder „Replace“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der Festnetzbetreiber einem „*Margin Squeeze*“ ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw. auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen.

Wie die Feststellungen zeigen, kann durch die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung in der Form, dass der Mobilbetreiber „seinem Festnetzarm“ die Leistung Terminierung zu den gleichen Konditionen anzubieten hat, wie einem externen Festnetzbetreiber, unterbunden werden. Die mit gegenständlichem Spruchpunkt auferlegte (weitere) spezifische Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung bezieht sich nicht auf alle Leistungen, die der „Festnetzarm“ an den „Mobilarm“ der Partei erbringt: Adressiert werden jene Gespräche, die von einem über die Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten Netzabschlusspunkt (d.h. dem Festnetzanschluss, der über eine geografische Rufnummer adressiert wird) an das mobile Endgerät des eigenen Unternehmens geführt werden.

Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission unter den Spruchpunkten A.2.3. und B.2.3. angeordnet, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese Verpflichtungen gelten für jene Leistungen, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im eigenen öffentlichen Kommunikationsnetz erbracht werden. Diese Verpflichtung greift wiederum nur, wenn „gleiche Umstände“ iSd § 38 Abs. 2 TKG 2003 vorliegen.

Die Telekom-Control-Kommission vermag keine andere spezifische Verpflichtung zu erkennen, die geeignet wäre, diesem konkreten wettbewerblichen Defizit zu begegnen, weswegen eine eingehendere Prüfung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 entfallen kann.

Das festgestellte Wettbewerbsproblem ist potentiell, d.h. das konkrete aktuelle Anbieten eines solchen Endkunden-Produktes ist keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung dieser Verpflichtung. Sollte ein solches Endkundenprodukt nicht oder nicht mehr angeboten werden, so entfaltet diese spezifische Verpflichtung keine Wirkung.

Nachdem dieses wettbewerbliche Defizit seit Beginn des Regulierungszeitraumes (2004) potentiell, dh für den Fall der Nichtregulierung gegeben war, wurde diese konkrete Verpflichtung auch für den gesamten Betrachtungszeitraum auferlegt.

8.2.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung – Spruchpunkte A.2.6. und B.2.6.

8.2.5.1. Allgemeines

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 (wie auf den Monopolmärkten der Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze) 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. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem

Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL).

Es zeigt sich, dass § 42 TKG 2003 verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle ermöglicht: so spricht Abs. 1 leg. cit. von der Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“. 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“, erwähnt. 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 die Telekom-Control-Kommission eine „Bandbreite“ an konkreten Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass die Telekom-Control-Kommission Regulierungsverpflichtungen auswählen und auferlegen kann, die „geeignet“ iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 (Art. 16 Abs. 4 RL 2002/21/EG) sind, das konkret identifizierte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen. Würde § 42 TKG 2003 lediglich einzelne konkret vorgegebene Methoden zu Kostenkontrolle vorsehen (wie das im „alten“ Rechtsrahmen vorgesehen war; § 41 Abs. 3 TKG (1997) iVm §§ 8, 9 ZVO), was dem Wortlaut jedoch nicht entnommen werden kann, hätte die Regulierungsbehörde nicht die Möglichkeit, durch „geeignete“ Maßnahmen auf die mannigfaltigen Ergebnisse einer Marktanalyse 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“.

Im Besonderen lässt sich der Bestimmung des § 42 TKG 2003 keine Vorgabe hinsichtlich der Verhältnisse der Terminierungsentgelte der Mobilfunkbetreiber zueinander entnehmen.

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 – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnissen am Mobilfunkendkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte 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 Mobilnetzbetreiber 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.

8.2.5.2. Zum angewandten Maßstab

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle adressiert das identifizierte Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sehr direkt: Aus ökonomischer Sicht ist diese Maßnahme grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den

beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/ Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210 erkannt, dass der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, nicht als grundsätzlich untauglich angesehen werden kann.

Durch Festlegung bzw. Kontrolle eines effizienten Zugangspreises wird grundsätzlich sichergestellt, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten bzw. die effizient erbrachte Terminierungsleistung ihrerseits auch nicht quersubventioniert werden muss. Eine solche Verpflichtung entspricht auch der Natur des identifizierten Wettbewerbsproblems der „überhöhten Entgelte“. Damit wird grundsätzlich dem Regulierungsziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen iSd § 1 Abs. 2 lit. b TKG 2003 entsprochen.

Im Lichte der festgestellten Wettbewerbsprobleme und dem zweiten Prinzip der ERG für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten ist eindeutig der Auferlegung kostenorientierter Entgelte der Vorzug gegenüber „Efficient Component Pricing“ („ECPR“) und „Benchmarking“ (Vergleichspreise) zu geben. So geht auch die ERG davon aus: *„Cost-oriented prices are most appropriate in situations where market power at the upstream level allows the SMP undertaking to charge prices above costs and where it is unlikely that this market power will be constrained by competition within a reasonable period of time.“* Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind – und bleiben auch durch den Markteintritt eines weiteren Mobilfunkanbieters – Monopolmärkte; Markteintritte sind nicht möglich.

Im Vergleich dazu wären „ECPR“-Preise vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem „Benchmarking“, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Da für gegenständliches Verfahren die festgestellten Nachteile dieser Methode gegenüber den Vorteilen derselben überwiegen, erscheint der Telekom-Control-Kommission die Verfolgung dieses Ansatzes nicht in einem ausreichenden Maß geeignet, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

Bezugnehmend auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist festzuhalten, dass die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente gezeigt hat, dass allenfalls ein Instrument – nämlich die „interne“ Nichtdiskriminierungsverpflichtung – als Alternative in Frage kommen könnte. Dieses Instrument ist aber – wie ausgeführt wurde – aus einer Reihe von Gründen abzulehnen. Wie die Feststellungen zu den Stellungnahmen der Europäischen Kommission zeigen, ist auch die Europäische Kommission gegen die Anwendung einer Verpflichtung zur „internen Nichtdiskriminierung“ (vgl. SG-Greffe (2007) D/201115 vom 9.3.2007). Darüber hinaus ist anzumerken, dass eine Reihe von Diskussionspunkten im Zusammenhang mit der Kostenregulierung (wie Investitionsrisiko, Rendite, Risiken, Beweislast) in den die Entgeltkontrolle regelnden Bestimmungen (§ 42 TKG 2003) adressiert sind, nicht aber in den Bestimmungen zu den anderen Regulierungsinstrumenten, insbesondere nicht im Kontext der Gleichbehandlungsverpflichtung. Für die Adressierung von preislichen Wettbewerbsproblemen stellt darüber hinaus die Bestimmung des § 42 TKG 2003 die speziellere Norm dar, der sodann der Vorzug zu geben ist. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt diese Verpflichtung dem Grunde nach das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung und einer Mobil-Mobil-Terminierung kann festgehalten werden, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten

Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht, so dass es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll erachtet, auch die Mobil-Mobil-Terminierung zu regulieren und keine Differenzierung zur Fest-Mobil-Terminierung vorzunehmen. Weiters befinden sich die Mobil-Terminierungsentgelte auf keinem reziproken Niveau. Darüber hinaus differenziert auch die Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 nicht zwischen unterschiedlichen Märkten. Wie die Feststellungen zeigen, spricht sich auch die Europäische Kommission in Stellungnahmen gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2002/21/EG gegen eine Differenzierung der Regulierung der Mobil-Terminierung in Abhängigkeit vom originierenden Netz aus (SG-Greffe (2002) D/206038 vom 4.11.2006 sowie SG-Greffe (2003) D/233787 vom 17.12.2003).

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden: Der aus ökonomischer Sicht effiziente Preis für den Zugang liegt in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines hinreichend effizienten Betreibers, wobei Aufschläge für Fixkosten (insbesondere Gemeinkosten) zu berücksichtigen sind: Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten („Long Run Average Incremental Costs“, „LRAIC“).

Die LRAIC sind die inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten. Dabei wird den Investitionen eines effizienten Betreibers Rechnung getragen sowie eine entsprechende Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken berücksichtigt. So hält auch § 42 Abs. 1 TKG 2003 fest, dass den „*Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen [ist], eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften*“. Hinsichtlich der Effizienz ist anzumerken, dass die Leistung Terminierung im Bündel mit anderen Mobilfunkleistungen erstellt wird und die Betreiber auf Grund des derzeit gegebenen Wettbewerbsdrucks auf anderen Märkten (Endkundenmarkt) gezwungen sind, Mobilfunkleistungen grundsätzlich effizient zu produzieren. Aus diesem Grund wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass produktive Effizienz weitgehend sichergestellt ist, weswegen eine Heranziehung des Standards FL-LRAIC („Forward Looking-Long Run Average Incremental Costs“) hinsichtlich der Parameters „Forward Looking“ zur Zielerreichung nicht notwendig ist; Wiederbeschaffungswerte sind damit nicht anzusetzen. Die „LRAIC“ eines effizienten Betreibers können jedoch nicht ohne Weiteres mit betreiberindividuellen (und damit unterschiedlichen) Ist-Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung gleichgesetzt werden.

Durch ein solcherart ermitteltes Entgelt ist sichergestellt, dass keine Übergewinne erzielt werden (bzw. der Preis niedriger ist als die *Stand Alone Cost*) und die effizient erbrachte Leistung nicht durch andere Leistungen subventioniert werden muss. Damit ist der so ermittelte Preis auch geeignet, den Wettbewerbsproblemen betreffend Diskriminierung/Quersubventionierung (von On-net-Tarifen) zu begegnen.

Der Maßstab der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten für kostenorientierte Preise war nach der Rechtslage des TKG (1997) der vorgeschriebene Standard für die Ermittlung kostenorientierter Preise (§ 41 TKG [1997] iVm § 9 Zusammenschaltungsverordnung), weswegen auch davon ausgegangen wird, dass dieser Maßstab geeignet ist, die im Bereich von Netzwerkindustrien potentiell gegebenen bzw. entstehenden wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Darüber hinaus lädt auch die Europäische Kommission im Rahmen einer Stellungnahme iSd Art. 7 RL 2002/21/EG eine europäische Regulierungsbehörde ein, zu erwägen, ob nicht die Kostenkontrolle gemäß dem Modell „forward looking long-run incremental cost“ am geeignetsten wäre, um den wettbewerblichen Defiziten bei der Leistung der Mobilterminierung zu begegnen (SG-Greffe (2006) D/202774, 29.5.2006).

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission von § 1 TKG 2003 leiten zu lassen, einen „*chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb*“ sicherzustellen (§ 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003), damit wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und – mittelfristig – einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde. Die beste Annäherung an diesen Wettbewerbspreis sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers.

Primäres Ziel der Regulierung muss es sein, 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). Auf einem Wettbewerbsmarkt stellt sich bei hinreichend homogenen Produkten ein Preis ein, der sich an den langfristigen Grenzkosten der Leistungserbringung eines effizienten Betreibers orientiert.

Die Terminierungsleistung in das Mobilnetz A als solche unterscheidet sich grundsätzlich auch nicht von der Leistung der Terminierung in das Mobilnetz B: Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung als ein homogenes Produkt, unabhängig von ihrer Technologie oder des Kundenstocks (vgl. dazu die weitergehenden Ausführungen zum „einheitlichen Marktpreis“).

Eine betreiberindividuelle Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 ändert nichts am Umstand, dass wettbewerbliche Bedingungen zu „simulieren“ sind und ein Wettbewerbspreis, der sich auf einem kompetitiven Markt einstellt, „nachzubilden“ ist. Auf jeden der einzelnen Mobil-Terminierungsmärkte würde sich unter kompetitiven Bedingungen ein und derselbe Preis in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers einstellen. Dabei ist zu beachten, dass es um die Simulation eines Wettbewerbsergebnisses mit „homogenen“ Gütern. Die Existenz der 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 – soll nicht dazu führen, dass dem rufenden Teilnehmer überhöhte Kosten (Monopolpreise) verrechnet werden.

Theoretische Ansätze für die Einbeziehung anderer Märkte in die Entscheidung finden sich insbesondere in der (regulierungs-)ökonomischen Literatur unter dem Titel „*Yardstick Competition*“. Des Weiteren ist sowohl auf das in Abstimmung mit der Europäischen Kommission verfasste Dokument der European Regulators Group „*Common Approach on Appropriate Remedies (2004, 2006)*“ als auch auf die entsprechenden Ausführungen im Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente vom September 2006 (Abschnitt 3.3.6) zu verweisen.

Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs. 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der Investitionen und den mit diesen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt. Durch eine Deckung der Kosten der von One erbrachten Mobilterminierungsleistung wird im Wege der Berücksichtigung einer Kapitalverzinsung eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital eingeräumt, weswegen der Vorwurf der One einer „behördlichen Auflage zur Wertvernichtung“ (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007) unberechtigt ist.

Um dem wesentlichsten der festgestellten Wettbewerbsprobleme Rechnung zu tragen, war somit eine Verpflichtung vorzusehen, dass die Verfahrenspartei gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt verrechnet, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert. In einem weiteren Schritt wird dieser Maßstab noch umzusetzen sein (vgl. die Begründung in den nachfolgenden Kapiteln).

Die geringsten ermittelten Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung stellen eine gute Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers dar, da die Mobilfunkunternehmen auf Grund des Wettbewerbsdruckes gezwungen sind, ihre Leistungen grundsätzlich effizient zu erbringen; Mobilkom als Betreiber mit den geringsten Kosten gibt – vor dem Hintergrund der ökonomischen Theorie zum einheitlichen Marktpreis („one price rule“) – somit die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ vor. An diesen Wert hat sohin eine Orientierung zu erfolgen. Diese Herangehensweise wird von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen als tauglich angesehen („Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente“ vom Juli 2007, Seite 8).

Diese Methode der Ermittlung der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers ist im Vergleich zu anderen Methoden (wie ein Bottom-Up-Modell) nicht nur einfach, rasch und kostensparend (iSd § 39 Abs. 2 AVG) zu operationalisieren, sondern geht auch von realen Verhältnissen (Berücksichtigung tatsächlich anfallender aktueller Kosten eines hinreichend effizienten Betreibers) in Österreich im Bereich der Mobil-Terminierung aus und erfordert vice versa weder Annahmen noch Prognosen.

Darüber hinaus steht dieser Ansatz in Einklang mit einem wettbewerbsorientierten Ansatz und stellt sicher, dass längerfristig kein Betreiber Übergewinne erwirtschaften kann.

8.2.5.3. Zur Frage des „Einheitlichen Marktpreises“

Soweit das Verhältnis der Mobil-Terminierungsentgelte der einzelnen Betreiber zueinander thematisiert wird, hält die Telekom-Control-Kommission zum Einen wiederholt fest, dass § 42 TKG 2003 keine diesbezüglichen Vorgaben enthält und führt zum Anderen aus, dass sie in einer Reihe von Streitschlichtungs-Verfahren gemäß § 41 TKG [1997] bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 zum Ausdruck gebracht hat, dass ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben ist (so auch in den gehobenen Entscheidungen M 15a-e/03 vom 27.10.2004 und M 13a-e/06 vom 18.12.2006). Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, 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. Wirtschaftliches Gutachten im Verfahren M 13/06 betreffend Regulierungsinstrumente, September 2006, Kapitel 3.4.1. sowie „*Ergebnisse der Konsultation - Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen*“, März 2005, Kapitel 2 „*Einheitliche Mobilterminierungsentgelte*“)

Diese Sichtweise wird auch von der Europäischen Kommission vertreten: In Stellungnahmen gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG führt die Europäische Kommission aus, dass Mobil-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.

Diesen Stellungnahmen der Europäischen Kommission zu Notifikationen *anderer* europäischer Regulierungsbehörden ist zwar nicht gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 „*weitestgehend Rechnung zu tragen ist*“, da sie keine Stellungnahmen zu einer Notifikation der Telekom-Control-Kommission darstellen, dennoch zeigen sie die Ansichten der Europäischen Kommission. Gemäß § 34 Abs. 3 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission bei der Vollziehung auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch das TKG 2003 umgesetzten Richtlinien –

darunter die Richtlinie 2002/21/EG – Bedacht zu nehmen. Auch wenn eine Stellungnahme der Europäischen Kommission iSd Art. 7 RL 2002/21/EG keine „Empfehlung“ gemäß Art. 249 EGV darstellt, ist doch nach Art. 8 Abs. 3 lit. d. RL 2002/21/EG die „Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen.“ Vor diesem Hintergrund erachtet die Telekom-Control-Kommission auch einfache Stellungnahmen der Europäischen Kommission – wie solche gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG – als für die harmonisierte Vollziehung des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, somit des TKG 2003, als hilfreich, weswegen sie auch auf diese Stellungnahmen Bedacht nimmt.

Darüber hinaus hat die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 in den Verfahren M 15a-e/03m M 13a-e/06 ausdrücklich begrüßt, dass die Telekom-Control-Kommission (ab 1.1.2009) symmetrische Entgelte festlegt. Mit gegenständlicher Anordnung, im Konkreten mit der Heranführung der Mobil-Terminierungsentgelte aller Mobilfunkbetreiber auf ein einheitliches Niveau, trägt die Telekom-Control-Kommission der Stellungnahme der Europäischen Kommission iSd § 129 Abs. 2 TKG 2003 weitestgehend Rechnung.

Zur Frage des „*einheitlichen Marktpreises*“ ist weiter auszuführen, dass die Kostenstruktur im Mobilfunksektor durch einen hohen Anteil an Fixkosten – bestehend aus Investitionen (etwa Konzessionsentgelt und technische Einrichtungen) und laufenden Kostenblöcken (etwa Personal-, Instandhaltungs- und Finanzierungskosten) – gekennzeichnet ist. Diese Fixkosten müssen langfristig durch die vereinnahmten Entgelte abgedeckt sein, wobei sich die Höhe der Einnahmen vorwiegend an der Anzahl der verkauften Minuten orientiert. Ein Anbieter mit wenigen Teilnehmern und entsprechend weniger verkauften Minuten ist mit höheren Kosten pro Teilnehmer (bzw. Minute) konfrontiert, weil er zwar ähnliche Fixkosten wie andere Betreiber zu tragen hat, sie aber auf eine geringere Anzahl von Kunden bzw. Minuten verteilen kann. Ein Anbieter mit zahlreichen Kunden bzw. Minuten hingegen kann seine Fixkosten auf einen dementsprechend größeren Kundenkreis aufteilen. Daraus ergibt sich, dass jeder Betreiber unterschiedliche Kosten pro Gesprächsminute aufweist.

In einem Wettbewerbsmarkt ist jedoch der Faktor unterschiedlicher Kosten pro Leistungseinheit wie auch der Umstand unterschiedlicher Technologien von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie (wie z.B. die Frequenzausstattung 900/1800 MHz) noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Die Terminierungsleistung ist nämlich ein homogenes Produkt. So zeigt sich auch am Mobilendkundenmarkt, der keiner ex ante Regulierung unterworfen ist und der sich durch wettbewerbliche Verhältnisse auszeichnet, dass ein Neueinsteiger, dessen Kosten auf Grund der geringeren Mengen höher sind als jene der etablierten Betreiber, mit ähnlichen, wenn nicht sogar mit günstigeren Preisen im Wettbewerb um Endkunden auftritt: Wie die Feststellungen zeigen, bewegen sich die impliziten Endkundenpreise der Mobilnetzbetreiber in einer weit engeren Bandbreite als die Spanne der aktuellen Mobil-Terminierungsentgelte; niedrigere Endkundenpreise werden dabei vom jüngsten Mobilnetzbetreiber (Hutchison) verrechnet, während der etablierte Betreiber Mobilkom höhere Entgelte verlangt. Es kann damit nicht erkannt werden, dass die Endkundenpreise ebenso streuen wie die Vorleistungskosten (und –entgelte) der Mobil-Terminierung (die Ende 2006 zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte der Mobilbetreiber, deren Ausgang im Wesentlichen die betreiberindividuellen Kosten sind bzw. waren, stehen in einem Verhältnis von knapp 1:2 zueinander (Mobil-Terminierungsentgelt der Mobilkom: Cent 8,34 zum Mobil-Terminierungsentgelt der Hutchison: Cent 15,95)). Auf einem Wettbewerbsmarkt können die Betreiber keine höheren Endkundenpreise auf Grund höherer Vorleistungs-Kosten fordern. Es kann somit festgehalten werden, dass bei Vorliegen wettbewerblicher Verhältnisse (wie zum Beispiel auf Endkundenebene), die es zu simulieren gilt, Unternehmen ihre Preise an jenen der Mitbewerber und nicht an den eigenen Kosten ausrichten.

In einem wettbewerblichen Umfeld sind die Anbieter Preisnehmer und gezwungen, hinreichend effizient zu sein (Erwägungsgrund 20 RL 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, insbesondere Festnetzbetreiber, würden in weiterer Folge die Kosten einer effizient erbrachten Leistung bezahlen und an ihre Endkunden als Teil der Endkundenentgelte zur Verrechnung bringen (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. a, c TKG 2003).

Im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 begrüßt Mobilkom „die Herstellung symmetrischer Terminierungsentgelte“. One konstruiert im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme ein fiktives Beispiel, in dem auch ein zweiter Netzbetreiber die Terminierung zu den mobilen Teilnehmern der One erbringen könnte („Terminierungswettbewerb“). One kommt zur Schlussfolgerung, dass sich „im Wettbewerb Preise ergeben, welche sich an den langfristigen Grenzkosten des effizienteren Betreibers bei gegebener Nachfrage () ergeben“. Damit bestätigt auch One den einheitlichen Marktpreis.

Die weiteren Ausführungen der One zu Mengensteigerungen und Marktanteilsentwicklungen oder Verschiebungen dieser Anteile sind ohne Relevanz, da der wirtschaftliche Zusammenhang zum einheitlichen Wettbewerbspreis zeigt, dass dieser sich unabhängig von individuellen Umständen, wie Größe oder Marktanteile, einstellt.

Vor diesem Hintergrund ist ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt in diesem Zusammenhang folglich in der „Imitation“ eines Wettbewerbsergebnisses, da Wettbewerb und ein dementsprechendes Ergebnis auf dem gegenständlichen Monopolmarkt nicht hergestellt werden kann. Dies steht in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 1 TKG 2003 („Förderung des Wettbewerbs“).

Der Telekom-Control-Kommission ist bewusst, dass die „one price rule“ in „Reinkultur“ nicht in allen Wirtschaftsbereichen beobachtbar ist. Die Erreichung des Idealtypus einheitlicher Preise hängt von einer Reihe von Umständen ab: So kann am Mobil-Endkundenmarkt auch nicht beobachtet werden, dass alle Betreiber exakt dieselben Preise verrechnen. Dies hängt jedoch aus Sicht der Telekom-Control-Kommission damit zusammen, dass die Endkunden-Produkte z.B. auf Grund ihrer Qualität oder des Endkunden-Services nicht zur Gänze miteinander vergleichbar sind, was nicht zuletzt auf Wettbewerbsdruck zurückzuführen ist (Marketing). Auch bei anderen Produkten gibt es trotz guter Vergleichsmöglichkeiten für den Endkunden (Internet-Suche) Preisunterschiede, die auf eine Reihe von verschiedenen Gründen zurückgeführt werden können, wie z.B. Grad an Beratung, Rücknahmemöglichkeiten für Alt-Geräte, Garantieabwicklung oder Ambiente. Demgegenüber handelt es sich bei der Leistung der Terminierung um ein weitgehend homogenes Gut – es geht um die singuläre Leistung der Anrufzustellung in ein mobiles Netz –, bei dem die dargelegten möglichen Gründe für Preisunterschiede aus Nachfragersicht nicht gegeben sind.

Ein weiterer Grund für Preisunterschiede auf realen Märkten sind Marktimperfectionen, wie Such- und Wechselkosten oder psychologische Preisdifferenzierung.

Dass ein einheitlicher Marktpreis in „Reinkultur“ nicht (immer) beobachtet werden kann und Preise auch in einem wettbewerblichen Umfeld divergieren können (wobei auf die oben angesprochenen weiteren Gründe verwiesen wird), bedeutet jedoch nicht, dass durch Maßnahmen der Regulierung kein „optimales“ Wettbewerbsergebnis simuliert werden soll. Das dem telekommunikationsrechtlichen Rahmen zu entnehmende Ziel ist die Schaffung von

Wettbewerb: Vor diesem Hintergrund geht die Telekom-Control-Kommission nicht davon aus, dass die Erreichung eines suboptimalen Zieles im Einklang mit dem TKG 2003 steht und somit verfolgt werden soll; Marktperfektionen werden daher nicht nachgebildet.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist eine rein betreiberspezifische Interpretation der LRAIC abzulehnen; darüber hinaus sprechen noch folgende Erwägungen dagegen: Bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, besteht 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 Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar, der nur in begründeten Ausnahmefällen und nur temporär zulässig ist (vgl. Endbericht zur Konsultation Mobil-Terminierung, Seiten 7ff).

8.2.5.4. Zur Notwendigkeit der weiteren Konkretisierung der Verpflichtung „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“

Im gegenständlichen Verfahren hat die Telekom-Control-Kommission einen (Ersatz-) Bescheid zu erlassen, der im Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen steht und der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung trägt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 als grundsätzlich tauglich erkannt, um dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise zu begegnen.

Zur Anordnung der Kostenorientierungsverpflichtung hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auch erkannt, dass die konkret auferlegte Verpflichtung „LRAIC eines effizienten Betreibers“ zu unbestimmt ist. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof eine Rechtswidrigkeit darin gesehen, dass einer Stellungnahme der Europäischen Kommission entgegen § 129 Abs. 2 TKG 2003 nicht „weitestgehend Rechnung getragen“ wurde.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 7.10.2004 (zu den Notifikationen von Entscheidungsentwürfen zu M 15a-e/03) Bedenken dahingehend geäußert, dass die Festlegung kostenorientierter Terminierungsentgelte den kommerziellen Verhandlungen überlassen wird. Andererseits hat die Europäische Kommission festgehalten, dass die fehlende Vorabspezifizierung der LRAIC-Modells und der zu berücksichtigenden Kosten nicht garantiert, dass Terminierungsentgelte sich ausschließlich an den effizienten Kosten orientieren.

Die Telekom-Control-Kommission hat Gründe angeführt, warum sie an der Anordnung einer generischen Kostenorientierungsverpflichtung und an einer hoheitlichen Intervention (Streitschlichtung iSd § 41, 48, 50 TKG 2003) im Regelfall erst im Streitfall festhalten möchte: Diese Gründe sind das Primat der Privatautonomie, das sich aus dem TKG 2003 ableiten lässt, die Verhältnismäßigkeit sowie die Frage einer erweiterten Parteistellung von Kommunikationsnetzbetreibern in Verfahren gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 (im Unterschied zur klaren Regelung des § 37 Abs. 5 TKG 2003). Diese Gründe wurden vom Verwaltungsgerichtshof als nicht geeignet angesehen, um die von der Europäischen Kommission geäußerten Bedenken betreffend die Effektivität der spezifischen Verpflichtung sowie im Hinblick auf die Transparenz und Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu entkräften. Darüber hinausgehende Gründe, die ein Festhalten an der bisherigen Vorgangsweise rechtfertigen und in Einklang mit den Ausführungen der Europäischen Kommission sowie des Verwaltungsgerichtshof gebracht werden können, sind der Telekom-Control-Kommission nicht ersichtlich und wurden von der Verfahrenspartei trotz umfangreicher Stellungnahmen (zuletzt im Rahmen der Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007) nicht vorgebracht. Der Verweis der One auf das Argument „Primat der Privatautonomie“, das der Europäische Kommission und den Verwaltungsgerichtshof

entgegengebracht werden soll, wurde bereits von der Telekom-Control-Kommission vorgetragen, jedoch nicht akzeptiert.

Die bisherige Regulierungspraxis hinsichtlich des Vorrangs der Privatautonomie und dem Vorhandensein einer abstrakten Verpflichtung zur Kostenorientierung findet ihren Ursprung in den einschlägigen Bestimmungen des TKG (1997), insbesondere § 41 Abs. 3 leg. cit. sowie §§ 6, 7, 8 Abs. 2 sowie § 9 Abs. 3 Zusammenschaltungsverordnung. Diese generischen gesetzlichen Verpflichtungen entsprechen jedoch nicht den Anforderungen an die (vom Verwaltungsgerichtshof angeführte), von § 59 Abs. 1 AVG geforderte Deutlichkeit für Leistungsbefehle. Gefordert ist „Bestimmtheit“ (und nicht Bestimmbarkeit) in dem Sinn, dass „auf Grund des Bescheides ohne Dazwischentreten eines weiteren Ermittlungsverfahrens und neuerliche Entscheidung eine Vollstreckungsverfügung ergehen kann“. Diesem Erfordernis wird man mit einer abstrakten Festlegung eines Kostenrechnungsmaßstabes iSd § 42 TKG 2003 auch dann nicht gerecht, wenn diese Verpflichtung näher determiniert wird.

Eine weitergehende Konkretisierung eines abstrakten Kostenrechnungsmaßstabes, ohne dabei Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistungen konkret als „Zahl“ festzulegen, würde – vor dem Hintergrund unterschiedlicher Interessenslagen, den bisherigen Erfahrungen der Telekom-Control-Kommission sowie den Feststellungen zur bislang geringen Zahl an privatautonom erreichten Entgeltsenkungen – im Regelfall erfordern, dass ein weiteres Ermittlungsverfahren und eine Entscheidung der Telekom-Control-Kommission in Verfahren gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 notwendig sein wird. Diese Vorgangsweise widerspricht jedoch der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes und scheidet damit aus.

Ungeachtet dieser Darlegungen würde es jedoch auch der Stellungnahme der Europäischen Kommission widersprechen, wenn die Festlegung von Entgelten, für die eine spezifische Verpflichtung gilt, den kommerziellen Verhandlungen überlassen wird, da dadurch nicht sichergestellt ist, dass die vereinbarten Entgelte der Verpflichtung entsprechen. Eine nachträgliche Intervention der Regulierungsbehörde iSd § 50 Abs. 2 TKG 2003 oder nach § 91 TKG 2003, die wiederum ein Ermittlungsverfahren und eine Entscheidung erfordert, wäre wiederum nicht als „effektive Herangehensweise“ im Sinne der zu berücksichtigenden Stellungnahme der Europäischen Kommission anzusehen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen und den klaren Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass nur die Festlegung von konkreten Entgelten für die gegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes und der Stellungnahme der Europäischen Kommission Rechnung trägt: Konkret festgelegte Entgelte sind „bestimmt“ iSd dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und die auferlegte Verpflichtung ist damit „vorabspezifiziert“ iSd der Stellungnahme der Europäischen Kommission. Da die Festlegung von Entgelten damit nicht den kommerziellen Verhandlungen überlassen wird, sondern in „effektiver“ Weise von der Telekom-Control-Kommission im Rahmen des gegenständlichen Bescheides festgelegt wird, wird der Stellungnahme der Europäischen Kommission iSd § 129 Abs. 2 TKG 2003 „weitestgehend Rechnung getragen“.

Die Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Mobil-Terminierungsentgelte ist damit (weitgehend) der Disposition der als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellten Verfahrenspartei entzogen. Da sich die festgelegten Entgelte als Preisobergrenze verstehen, steht es der Bescheidadressatin jedoch frei, auch geringere Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung in Rechnung zu stellen, wobei auch diesfalls den auferlegten Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen ist.

Die unmittelbare Festlegung von Entgelten im Rahmen eines Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 widerspricht nicht den einschlägigen Rechtsgrundlagen und steht darüber hinaus auch

in Übereinstimmung mit den Feststellungen: Privatautonome Vereinbarungen über die umstrittene Frage der Mobil-Terminierungsentgelte wurden lediglich in seltenen Fällen erreicht; vielmehr wurde regelmäßig die Regulierungsbehörde zu einer hoheitlichen Entscheidung angerufen. Insofern stellt sich die Frage, in wieweit die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte der Privatautonomie überlassen werden soll, wenn die Privatautonomie keine Vereinbarungen auf regelmäßiger Basis hervorgebracht hat. Wurde eine solche Vereinbarung getroffen, konnte aber auch nicht sichergestellt werden, dass sich das vereinbarte Entgelt an den Kosten orientiert. Wie die Feststellungen zeigen, lagen die vereinbarten Mobil-Terminierungsentgelte zeitweilig bis zu 90% über den eigenen Kosten für die Terminierungsleistung. Auch im Bereich der Leistung der SMS-Terminierung, die auf (weitgehend) reziprokem Niveau vereinbart wurde, ist fraglich, ob diese Entgelte an den Kosten orientiert sind. Die Leistung der SMS-Terminierung wird zumindest derzeit nicht reguliert; sie ist nicht Bestandteil eines Marktes iSd TKMVO 2003.

Der Privatautonomie wird der Anwendungsbereich damit aber nicht gänzlich entzogen: Über allgemeine Fragen der Zusammenschaltung und Bereiche, die keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegen, steht es den Kommunikationsnetzbetreibern frei, sich privatautonom zu einigen. Im Streitfall kann die Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung angerufen werden, wenn die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 TKG 2003 vorliegen.

8.2.5.5. Zu den angeordneten Entgelten iSd § 42 TKG 2003

Für die Festlegung konkreter Entgelte ist auf Grund von zwei unterschiedlichen, behobenen Bescheiden zu M 15/03 und M 13/06 zwischen zwei unterschiedlichen Zeiträumen zu unterscheiden: Zum Einen der Zeitraum Oktober 2004 bis Ende 2006, in dessen Rahmen die Mobilbetreiber auf Grund privatrechtlicher Einigungen sowie basierend auf Anordnungen der Telekom-Control-Kommission Mobil-Terminierungsentgelte wechselseitig zur Verrechnung gebracht haben. Zum Anderen ist der Zeitraum ab 2007 bis zum Abschluss der nächsten Analyse des gegenständlichen Marktes iSd § 37 TKG 2003 zu nennen. Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zur regelmäßigen Durchführung von Marktanalyse-Verfahren (§ 37 Abs. 1 TKG 2003) geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass Mitte 2009 eine neue Entscheidung in einem Verfahren betreffend den gegenständlichen Markt getroffen werden kann.

Ausgangspunkt für die gegenständliche Festlegung konkreter Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung ist das festgestellte Wettbewerbsproblem im Zusammenhang mit überhöhten Entgelten („allokative Verzerrungen“), die erkannte Abhilfemaßnahme in Form „LRAIC eines effizienten Betreibers“ unter Heranziehung der geringsten Kosten für die Erbringung der Mobil-Terminierungsleistung sowie die Simulation wettbewerblicher Verhältnisse („einheitlicher Marktpreis“).

Das Ergebnis des regulatorischen Eingriffs ist die Erreichung eines einheitlichen Marktpreises in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“; davon unabhängig ist die Frage, wann dieses Ergebnis zu erreichen ist. Würde der Wettbewerb die Orientierung am einheitlichen Marktpreis erzwingen, so würde die Anpassung der Preise unmittelbar und sofort erfolgen müssen. Die Anbieter wären also unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten gezwungen, zu Preisen in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ anzubieten.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet es in Übereinstimmung mit den wirtschaftlichen Amtssachverständigen („Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente“ vom Juli 2007) für gerechtfertigt, temporär von diesem effizienten, einheitlichen Preisniveau abzuweichen und das „Zielniveau“ in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ zeitversetzt und im Wege einer schrittweisen linearen Heranführung („Gleitpfad“) ausgehend vom letztgültigen Mobil-Terminierungsentgelt zu erreichen.

In ihrer Stellungnahme vom 4.12.2005 gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission ausgeführt, dass sie „akzeptiert, dass eine nationale Regulierungsbehörde einen Gleitpfad vorsieht. Dies bedeutet, dass das kostenorientierte Preisniveau für die Zustellung erst nach einem gewissen Zeitablauf erreicht wird und dass die Entgeltabsenkungen nur schrittweise erfolgen müssen.“

Ein Abweichen vom Prinzip des einheitlichen Marktpreises ist aus ökonomischer Sicht nur in begründeten Ausnahmefällen – vor dem Hintergrund von Größenvorteilen, First-Mover-Vorteilen, der Sicherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen sowie der Vermeidung disruptiver Eingriffe – und nur temporär zulässig. Auf keinem realen Wettbewerbsmarkt kann ein Anbieter nämlich höhere Preise nur deswegen durchsetzen, weil er höhere Produktionskosten hat. Insbesondere kann dem Argument nicht gefolgt werden, dass Unterschiede in den Terminierungsleistungen (Netzabdeckung, Qualität, Technologie, etc.) (annähernd) Preise rechtfertigten, die sich an den individuellen Kosten der Betreiber orientierten. Im Rahmen einer Stellungnahme vom 4.8.2006 (SG-Greffe (2006) D/204472) führt die Europäische Kommission zu dieser Frage aus, dass die technologiebedingten Differenzen gering sind und dass ein kleiner Marktanteil nur für einen begrenzten Zeitraum höhere Entgelte rechtfertigen kann.

Eine schrittweise Heranführung an das Zielniveau ist weniger eingriffsintensiv als eine sofortige Senkung des Entgeltes; damit wird ein disruptiver Eingriff in Geschäftsstrategien und Tarifstrukturen verhindert und Planungssicherheit geschaffen. Durch eine schrittweise Heranführung der Entgelte an den Zielwert in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers wird den Anfangsinvestitionen eines Betreibers Rechnung getragen (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. c TKG 2003, „Investitionsschutz“), da über einen längeren Zeitraum Entgelte über den eigenen Kosten der Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Leistung zugestanden werden. Eine solcherart angeordnete Entgeltsabsenkung kann auch nicht als unverhältnismäßig iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 angesehen werden.

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass ein linearer Gleitpfad mit absoluten Absenkungen diese Anforderungen am besten erfüllt. Demgegenüber ist ein degressiv verlaufender Gleitpfad als disruptiv und (somit) unverhältnismäßig anzusehen. Diese Disruptivität zeigt sich darin, dass bei einem degressiven Verlauf eines „Gleitpfades“ der Großteil der Senkungen in einem sehr kurzen Zeitraum stattfindet, während in einer weiteren Phase, in der sich der Gleitpfad im einem sehr flachen Bereich bewegt, nur geringfügige Senkungen vorgenommen werden, weswegen ein degressiver Verlauf eines Gleitpfades eine ähnlich starke Wirkung haben kann, wie eine einmalige Senkung eines Entgeltes. Eine solche Herangehensweise konterkariert den grundsätzlichen Gedanken eines „Gleitpfades“, der eine schrittweise und somit verhältnismäßige Heranführung an ein Ziel realisieren soll.

Die Entgelte, die sich aus dem Gleitpfad ergeben, sind als Preisobergrenze anzusehen („*price cap*“) und können vom Betreiber unterschritten werden; dabei ist jedoch den anderen spezifische Verpflichtungen, wie jener zur Nichtdiskriminierung, Rechnung zu tragen.

8.2.5.5.1. Zu den für den Zeitraum bis Ende 2006 festgelegten Entgelten

Für den ersten verfahrensgegenständlichen Zeitraum vom 29.10.2004 bis 19.12.2006 ist zu beachten, dass dieser Zeitraum vollständig in der Vergangenheit liegt und dass die Verfahrenspartei bereits Entgelte für die Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz zur Verrechnung gebracht hat. Diese Entgelte gründen bis zur zweiten Hälfte des Jahres 2005 auf privatrechtlichen Einigungen mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern und bis Ende 2006 auf Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 (vgl. die vom Verwaltungsgerichtshof behobenen Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff).

Diese Anordnungen der Telekom-Control-Kommission haben die mit den Bescheiden zu M 15a-e/03 auferlegte Verpflichtung „LRAIC eines effizienten Betreibers“ derart umgesetzt, dass ein längerfristiger „Gleitpfad“ angeordnet wurde, der ausgehend vom damaligen Terminierungsentgelt zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft (Ende 2008) führt (dieser „Ziel-Preis“ betrug damals Cent 6,79). Diese Zusammenschaltungsanordnungen wurden vom Verwaltungsgerichtshof (weitgehend) behoben, da sie mit den zugrundeliegenden und vom Verwaltungsgerichtshof zuvor behobenen Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 (M 15a-e/03 vom 24.10.2004) in einem „*untrennbaren Zusammenhang*“ stehen. Die Berechnungsgrundlage der konkreten Entgelte wurde vom Verwaltungsgerichtshof damit keiner Rechtsprüfung unterzogen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission gibt es keinen sachlichen Grund, für den Zeitraum bis Ende 2006 für die Verfahrenspartei andere Mobil-Terminierungsentgelte anzuordnen, als jene, die konkret zur Verrechnung gebracht wurden:

Der Umstand alleine, dass die Entgelte zur Verrechnung gebracht wurden, vermag die wiederholte Auferlegung derselben Entgelte nicht rechtfertigen zu können, doch gilt zu bedenken, dass diese Entgelte regulatorisch festgelegt wurden, um die (damals, mit den Bescheiden zu M 15/03) festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Nachdem die festgestellten Wettbewerbsprobleme nach wie vor dieselben sind (im gegenständlichen Zusammenhang steht das Wettbewerbsproblem „überhöhter Entgelte“ im Mittelpunkt, vgl. Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007), ist es auch gerechtfertigt, dieselben Entgelte wiederholt festzulegen. Die Umstände, die zur damaligen Festlegung dieser Entgelte geführt haben, werden seitens der Telekom-Control-Kommission weiterhin als valide angesehen.

Eine Änderung dieser Entgelte wird auch nicht durch die einschlägigen, bereits dargestellten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs als geboten erachtet, zumal der Verwaltungsgerichtshof zur konkreten Entgeltfestlegung nicht ausgeführt hat. § 63 Abs. 1 VwGG ist damit hier nicht einschlägig.

Eine Anordnung anderer Entgelte würde vor dem Hintergrund dieser Ausführungen bloß Transferzahlungen in Höhe der Differenz zwischen den ursprünglichen und den gegebenenfalls geänderten angeordneten Entgelten auslösen. Nachdem nicht davon ausgegangen wird, dass Rückstellungen gebildet wurden, ist mit erheblichen wirtschaftlichen Unsicherheiten und Transaktionskosten für die Betreiber zu rechnen.

Durch eine Änderung der in Vergangenheit liegenden Mobil-Terminierungsentgelte würde auch das wettbewerbliche Ziel der Vermeidung von allokativen Verzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte nicht mehr korrigiert werden können. Die zu geringen Mengen in der Vergangenheit können nicht mehr „eingeholt“ werden.

Den gesetzlich determinierten Zielen des TKG 2003 kann durch eine nachträgliche Änderung verrechneter (und nicht explizit als rechtswidrig erkannt) Mobil-Terminierungsentgelte nicht besser entsprochen werden. So wären vielmehr im Gegenteil ein „funktionsfähiger Wettbewerb“, „effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“ (iSd § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) gefährdet. Eine Anpassung an einen aus heutiger Sicht (besser) bekannten Zielwert für den vergangenen Zeitraum (vgl. die Ausführungen der Hutchison in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007) scheidet damit aus.

Auf Grund dieser Ausführungen ordnet die Telekom-Control-Kommission für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 die im Spruchpunkt A.2.6. ersichtlichen Entgelte an; diese stimmen mit jenen überein, die als verrechnete Mobil-Terminierungsentgelte der Verfahrenspartei festgestellt wurden.

8.2.5.5.2. Zu den für den Zeitraum ab 2007 festgelegten Entgelten

Im Vergleich zu den Entgelten, die im Zeitraum Oktober 2004 bis Ende 2006 zur Verrechnung kommen, zeichnet sich der zweite Zeitraum, für den eine Regelung zu treffen ist, dadurch aus, dass für diesen Zeitraum bislang keine hoheitlichen Festlegungen getroffen wurden und sich die Anordnungsperiode auch auf einen zukünftigen Zeitraum bezieht. Im Konkreten beginnt diese Anordnungsperiode mit dem Tag, der auf die „historische Rechtskraft“ des behobenen Bescheides vom 19.12.2006 zu M 13/06 folgt, dh mit dem 20.12.2006. Diese Anordnungsperiode endet mit dem Erlass eines neuen Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des gegenständlichen Marktes.

Nachdem die Abrechnung von Zusammenschaltungsentgelten im Regelfall auf Basis einzelner ganzer Monate erfolgt, wird für den Zeitraum 20.12.2006 bis 31.12.2006 jenes Entgelt festgelegt, das für den Zeitraum bis 20.12.2006 angeordnet wurde.

Auch für den Zeitraum 2007 bis zum Abschluss der nächsten Analyse des gegenständlichen Marktes iSd § 37 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission den wettbewerblichen Defiziten zu begegnen, wobei eingangs festzuhalten ist, dass sich weder hinsichtlich der zugrunde liegenden Wettbewerbsprobleme noch an den zu ihrer Vermeidung geeigneten spezifischen Verpflichtungen eine Änderung im Vergleich zur Periode 2004 bis 2006 ergeben hat und aus Sicht der Telekom-Control-Kommission auch für den absehbaren Zeitraum keine Veränderung zu erwarten ist.

Aus diesem Grund wird es von der Telekom-Control-Kommission als tauglich angesehen, den bisherigen Operationalisierungsansatz der Periode 2004 bis 2006 weitestgehend auch in der Zukunft fortzusetzen: Dieser Gleitpfad sah grundsätzlich eine lineare Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes jeweils zum 1.1. und 1.7. eines Jahres um einen absoluten Wert in der Höhe von Cent 1 vor. Dieser Gleitpfad sah vor, dass ein Zielwert in der Höhe von Cent 6,79 Ende 2008 erreicht wird (vgl. die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff).

Eine halbjährliche lineare Absenkung mit einem jeweils absoluten Betrag bis Ende 2008 wird seitens der wirtschaftlichen Amtssachverständigen als „*probates Mittel zur Erreichung eines wettbewerbskonformen Ergebnisses bzw. um den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen*“, angesehen. Die Telekom-Control-Kommission vermag dieser Aussage nicht entgegen zu treten.

Die grundsätzliche Fortsetzung des bisherigen Gleitpfades erachtet die Telekom-Control-Kommission als einen wesentlichen Beitrag, die Rechts- und Planungssicherheit für die Verfahrenspartei zu erhöhen.

Bei der Fortsetzung des bisherigen Gleitpfades ist jedoch zu beachten, dass die aktuell erhobenen „LRAIC eines effizienten Betreibers“ (vgl. die technisch-wirtschaftlichen Gutachten betreffend Kosten der Mobil-Terminierungsleistung) gesunken sind und nunmehr in der Höhe von Cent 5,72 zu liegen kommen.

Mit den möglichen Auswirkungen dieses gesunkenen „Zielwertes“ haben sich die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente (Juli 2007) auseinandergesetzt und haben dabei die grundsätzlichen Möglichkeiten aufgezeigt, nämlich ob ein neuer Zielwert Rückwirkungen auf die Höhe der individuellen Absenkungsschritte haben soll, wenn der LRAIC-Wert spätestens Ende 2008 erreicht wird oder ob unter Beibehaltung der bisherigen absoluten Absenkungsschritte die Erreichung des Zielniveaus „LRAIC eines effizienten Betreibers“ verschoben werden soll.

Der erstgenannte Ansatz würde im Fall des niedrigeren Zielniveaus zu höheren absoluten Absenkungsschritten führen, was für den einzelnen Mobilbetreiber einen stärkeren Eingriff bedeuten würde (wobei diesfalls außer Betracht bleibt, dass der jeweilige Mobilbetreiber auch geringere Terminierungsentgelte zu entrichten hat, wenn dieser Ansatz bei allen Mobilbetreibern zur Anwendung gelangt).

Im Rahmen des zweitgenannten Ansatzes werden die bisherigen absoluten Absenkungsschritte fortgeschrieben, was jedoch zu einer Verzögerung des „allokativ optimalen Zustandes“, nämlich die Erreichung eines einheitlichen Marktpreises in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers, führen würde.

Die Amtssachverständigen führen zu diesen beiden Optionen aus, dass es sich im Wesentlichen um eine „Abwägungsentscheidung“ handeln würde.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass eine Erreichung des einheitlichen Zielniveaus in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers nicht weiter in die Zukunft verschoben werden darf und dass eine Perpetuierung eines gegen die Zielsetzung von § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b TKG 2003 verstoßenden Zustandes beendet werden muss. Dies bedeutet, dass Ende 2008 bzw. (auf Grund der bisherigen halbjährlichen Absenkungsschritte am 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres) spätestens am 1.1.2009 (auch) von der Verfahrenspartei das Zielniveau in der Höhe der festgestellten aktuellen LRAIC eines effizienten Betreibers erreicht werden muss:

Die Erreichung eines Zielwertes spätestens am 1.1.2009 dient dem Zweck, die erkannten Wettbewerbsprobleme rasch zu beseitigen und die als überhöht erkannten Entgelte zu reduzieren. Die Europäische Kommission hat in ihrem Schreiben vom 4.11.2005 zu den Maßnahmenentwürfen zu Z 2/05ff ausgeführt, dass die „*identifizierten Wettbewerbsprobleme so bald als möglich und so effizient wie möglich angegangen werden sollen*“. Die Europäische Kommission hat die Telekom-Control-Kommission eingeladen, den in diesem Verfahren ursprünglich vorgesehenen Gleitpfad deutlich zu reduzieren. Nachdem die Telekom-Control-Kommission den Gleitpfad auf Ende 2008 reduziert hat, hat die Europäische Kommission in diesem Verfahren nicht mehr Stellung genommen.

Im Rahmen eines Schreibens der Europäische Kommission vom 23.11.2006 gemäß Art. 5 Abs. 3 RL 2002/21/EG im Verfahren zu M 13a-f/06 wurde die Anfrage an die Telekom-Control-Kommission gerichtet, im Wesentlichen zu bestätigen, dass der Gleitpfad Ende 2008 endet. In Ihrer Stellungnahme vom 8.12.2006 zu M 13a-f/06 erinnert die Europäische Kommission daran, dass „*die festgestellten Wettbewerbsprobleme so schnell und effizient wie möglich behoben werden sollten*“. In ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 zu den Entwürfen von Vollziehungshandlungen betreffend Mobilterminierung (3.9.2007) begrüßt die Europäische Kommission die Erreichung symmetrischer Mobil-Terminierungsentgelte mit 1.1.2009.

Wie bereits ausgeführt, ist gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 Stellungnahmen der Europäischen Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen. Aus den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass die Europäische Kommission für eine Erreichung des Zielniveaus Ende 2008 eintritt. Mit einer Stellungnahme iSd § 129 TKG 2003 (3.10.2007) begrüßt die Europäische Kommission explizit dieses Datum. Nachdem die Telekom-Control-Kommission keine stichhaltigen Gründe erkennen kann, die für einen anderen „Zielzeitpunkt“ sprechen und eine Verlängerung des Gleitpfades unter Beibehaltung der früheren Absenkungsschritte zwar „*gleichermaßen angemessen*“, jedoch die Beseitigung der Wettbewerbsprobleme verzögern würde, wird an der Erreichung der LRAIC eines effizienten Betreibers spätestens am 1.1.2009 festgehalten. Damit wird auch der Verpflichtung entsprochen, der Stellungnahme der Europäischen Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen.

Eine Abwägung iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 zwischen einer Verlängerung des Gleitpfades unter Beibehaltung der bisherigen Absenkungsschritte und einer Zielerreichung am 1.1.2009 bestätigt den gewählten Ansatz, da die Verfahrenspartei zwar selber ein geringeres Entgelt für die Leistung der Mobil-Terminierung erhält, dafür aber – auf Grund der selben Festlegung für alle Mobilbetreiber – auch ein geringeres Entgelt für die Leistung der Terminierung in andere öffentliche Mobiltelefonnetze zu entrichten hat. Zwischen den Mobilbetreibern kann damit ein Ausgleich stattfinden. Da jedoch das erstgenannte Wettbewerbsproblem die allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte für Rufe aus dem Festnetz in das Mobilnetz darstellt, und die Terminierungsleistung (auch) aus dem Festnetz in das gegenständliche Mobiltelefonnetz mit der gegenständlichen Maßnahme günstiger wird, wird dem erstgenannten Wettbewerbsproblem deutlicher begegnet. Der rufende Festnetzkunde (bzw. vorgelagert sein Netzbetreiber) hat mit einer stärkeren Absenkung und einer früheren Erreichung des Zielniveaus Vorteile in Bezug auf den Preis; dies steht in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003.

One GmbH und T-Mobile Austria GmbH sprechen sich im Rahmen ihrer Konsultationsstellungen vom 28.9.2007 dafür aus, dass die absoluten Absenkungsschritte ab 1.1.2007 jeweils verringert werden. Dabei soll als Ausgangswert für die Steigung nicht das damalige Entgelt der tele.ring (wie in den nicht mehr dem Rechtsbestand angehörenden Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 2, 10/05ff vom 18.12.2005), sondern jenes der One herangezogen werden. Die absoluten Absenkungsschritte würden sich dadurch für die integrierten GSM-/UMTS-Betreiber von Cent 1,21 auf etwa Cent 1,11 verringern; der Zielwert in der Höhe von Cent 5,72 würde ab 1.1.2009 ebenso erreicht werden können.

Die Telekom-Control-Kommission folgt diesem Begehren nicht und bleibt bei den jeweils höheren absoluten Absenkungsschritten. T-Mobile und One übersehen mit ihren Vorbringen, dass der Gleitpfad in der angeordneten Form nicht nur bezweckt, ab Ende 2008 einen einheitlichen Marktpreis für Mobil-Terminierung zu erreichen, sondern, dass über die gesamte Dauer des Gleitpfades schrittweise das Problem allokativer Verzerrungen reduziert wird.

Bereits mit der grundsätzlichen Anordnung eines Gleitpfades wird dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprochen, da alternativ auch grundsätzlich eine einmalige Absenkung auf das kostenorientierte Niveau der Mobil-Terminierungsentgelte in Betracht kommen würde. Ein solcher Schritt wird jedoch als disruptiv, zu eingriffsintensiv und damit als unverhältnismäßig angesehen.

Durch den im Entwurf vorgesehenen (geringfügig steileren) Gleitpfad wird dem erkannten Wettbewerbsproblem allokativer Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte für Gespräche aus dem Festnetz ab 1.1.2007 deutlicher entsprochen (als in den Vorschlägen der T-Mobile und One), weswegen die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass diese konkrete Ausformung eines Gleitpfades geeigneter iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 ist.

Der wirtschaftliche Nachteil des im Entwurf vorgesehenen Gleitpfades im Vergleich zu jenen Absenkungen, die T-Mobile (und One) begehren, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dahingehend zu relativieren, als die von T-Mobile angeführte Summe (vgl. Konsultationsstellungnahme der T-Mobile, Punkt 3.2.2.) lediglich die Überhöhung der Mobil-Terminierungsentgelte verringert und dabei zu keiner Kostenunterdeckung führt. Durch einen steileren Gleitpfad wird den durch überhöhte Entgelte verursachten allokativen Verzerrungen stärker bzw. früher begegnet.

Mit den von T-Mobile und One angeführten Gründen (weniger eingriffsintensiv, dennoch Erreichung eines Zielwertes Ende 2008) könnte auch eine Perpetuierung der bisherigen absoluten Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte bis Ende 2008 mit einer anschließenden einmaligen deutlichen Senkung auf das Zielniveau erklärt werden; eine solche Anordnung

wäre jedoch viel weniger geeignet, den allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Mobil-Terminierungsentgelte im Anordnungszeitraum zu begegnen.

Der Ansatz der Erreichung des Zielniveaus am 1.1.2009 erfordert somit eine Adaptierung der bis Ende 2006 angeordneten absoluten Absenkungsschritte: Eine solche ergibt sich aus dem Umstand, dass der neue Zielwert in der Höhe von Cent 5,72 um Cent 1,07 unter dem „alten“ Zielwert in der Höhe von Cent 6,79 liegt. Unter Beibehaltung der bisherigen halbjährlichen Absenkungstermine ergeben sich beginnend mit 1.1.2007 fünf Absenkungsschritte bis einschließlich 1.1.2009 (dh am 1.1.2007, 1.7.2007, 1.1.2008, 1.7.2008 sowie 1.1.2009). Wird die absolute Absenkung auf den neuen Zielwert (Cent 1,07) auf 5 Schritte aufgeteilt, ergibt sich die Notwendigkeit, jeden einzelnen absoluten Absenkungsschritt um Cent 0,214 zu erhöhen ($\text{Cent } 1,07 / 5 = \text{Cent } 0,214$). Der erstmalige größere Absenkungsschritt erfolgt am 1.1.2007.

Die Absenkungsschritte ab 1.1.2007 betragen damit nicht mehr Cent 1, sondern Cent 1,214. Das jeweilige Entgelt, das somit ab 1.1.2007, 1.7.2007, 1.1.2008, 1.7.2008 sowie ab 1.1.2009 zur Anwendung zu bringen ist, wurde kaufmännisch auf zwei Kommastellen im Cent-Bereich gerundet.

Mit diesen deutlicheren Absenkungsschritten wird dem wettbewerblichen Defizit überhöhter Entgelte begegnet. Wie die betreiberindividuellen Kosten sowie die festgestellten Kosten iSd der LRAIC eines effizienten Betreibers zeigen, sind die Kosten gesunken, weswegen das Potential des Wettbewerbsproblems „allokativer Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte“ sogar bedeutsamer geworden ist. Um dieses größer gewordene Problem effizient zu beseitigen, werden die einzelnen Absenkungsschritte erhöht.

Die Heranziehung eines anderen (höheren) Wertes als des für Mobilkom ermittelten LRAIC-Wertes, etwa die Kosten eines hypothetischen Betreibers mit einem bestimmten Marktanteil (wie etwa 25%) oder die Beibehaltung des „alten“ Zielwertes in der Höhe von Cent 6,79, hätte zur Konsequenz, dass jene Betreiber, deren tatsächliche Kosten unter dem derart ermittelten Wert liegen, Entgelte über Kosten lukrieren können, selbst wenn sie bereits – zum Beispiel über einen Gleitpfad – an dieses Niveau herangeführt wurden. Allokative Verzerrungen, hervorgerufen durch die Betreiber mit geringeren Kosten als dem „Zielwert“, können somit nicht ausgeschlossen werden. Gerade die Heranziehung eines realen Wertes desjenigen Unternehmens, das die Leistung der Mobil-Terminierung am kostengünstigsten anbieten kann, stellt sicher, dass kein Unternehmen längerfristig Entgelte über Kosten verrechnen kann.

Ein Vergleich des Zielwertes mit jenem in anderen Ländern der Europäischen Union zeigt, dass der Zielwert in Österreich am unteren Ende der europäischen Bandbreite zu liegen kommt. Aus diesem Umstand kann jedoch eine Rechtfertigung eines höheren Wertes oder die Beibehaltung eines „alten“ Zielwertes (wie etwa Cent 6,79) nicht abgeleitet werden, da verfahrensgegenständlich lediglich die Analysen *nationaler* Märkte iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 sind und die durchgeführten Kostenerhebungen zeigen, dass ein effizienter Betreiber in Österreich die verfahrensgegenständliche Leistung zu Kosten in der Höhe von Cent 5,72 erbringen kann. Die „allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte“ können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann nicht als geeignet iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 angesehen werden.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass gerade eine mögliche spezifische Verpflichtung zu einem internationalen Benchmarking nicht vorgesehen wurde, da mit dieser Verpflichtung nicht sichergestellt werden kann, dass sich Entgelte an Kosten orientieren. Insoweit erachtet die Telekom-Control-Kommission die konkret von anderen nationalen Regulierungsbehörden festgelegten Entgelte als von zweitrangiger Bedeutung für die eigene Entscheidung. Die von Mobilkom im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 übermittelten

Informationen hinsichtlich der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden in Belgien und Frankreich werden zwar zur Kenntnis genommen, können jedoch keine höheren Entgelte im gegenständlichen Verfahren rechtfertigen. Das Gebot der Berücksichtigung von Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung der einschlägigen Richtlinien (§ 34 Abs. 3 TKG 2003) findet ihre Grenze darin, dass die Telekom-Control-Kommission verpflichtet ist, *geeignete* spezifische Verpflichtungen iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 aufzuerlegen, wenn sie (ein oder mehrere) Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert hat. Dem Begehren der Mobilkom auf weitere Erhebungen von europäischen Vergleichen und vertiefte Würdigung derselben war damit nicht zu folgen.

Eine Abwägung der Interessen des einzelnen Betreibers mit dem Interesse an einer zügigen Beseitigung der festgestellten Wettbewerbsprobleme mittels eines Vergleiches der festgelegten Entgelte mit den tatsächlichen betreiberindividuellen Kosten ergibt, dass die spruchgemäße Anordnung unter den angegebenen Rahmenbedingungen verhältnismäßig iSd § 34 TKG 2003 ist.

Wie ausgeführt herrscht auf dem gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt kein effektiver Wettbewerb: Auf diesen imperfekten Wettbewerbsmärkten können Preise sowie Kosten vom effizienten Niveau abweichen. Betreiberindividuelle Übergewinne (höhere Margen als die Mitbewerber) sind allerdings nicht nur auf überhöhte Preise (allokative Ineffizienz) zurückzuführen, sondern können auch durch ein höheres Maß an technischer Effizienz (geringere Kosten) bedingt sein. Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativen Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden. Die betreiberindividuellen Übergewinne (Entgelte über den festgestellten Kosten) können einfach durch eine Multiplikation der Verkehrsmengen mit der Differenz aus dem festgelegten Entgelt und den festgestellten Kosten ermittelt werden, weswegen auch keine weiteren (gutachterlichen) Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne durch die Telekom-Control-Kommission vorzunehmen waren. Ein Vergleich der Höhe der in gegenständlicher Anordnung festgelegten Entgelte mit den zugrundeliegenden Kosten zeigt, dass die Übergewinne mit gegenständlicher Anordnung substantiell reduziert werden. Nachdem festgestellt werden konnte, dass dieser für den Zeitraum ab 2007 gewählte Operationalisierungsschritt in der Lage ist, die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen, würde eine deutlichere Senkung der Entgelte ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot iSd § 34 TKG 2003 darstellen, demzufolge das gelindeste Mittel heranzuziehen ist, welches gerade der Zielerreichung dient.

Diese über einen Gleitpfad operationalisierte Heranführung der Entgelte an die LRAIC eines effizienten Betreibers sowie im Konkreten die Absenkungen bis Ende 2008 entsprechen bestmöglich den Zielbestimmungen des TKG 2003: Der Gleitpfad stellt längerfristig einheitliche Entgelte im Sinne eines einheitlichen Wettbewerbspreises dar und minimiert damit wettbewerbsverzerrende Effekte: Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. b TKG 2003). Die Senkung der Terminierungsentgelte begegnet dem von der Telekom-Control-Kommission festgestellten Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen und bringt den Konsumenten darüber hinaus Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003). Gleichmäßige Absenkungen, wie im Gleitpfad vorgenommen, eröffnen Möglichkeiten zu einfachen Entgeltanpassungen für die Zusammenschaltungspartner. Durch die breite Anerkennung von UMTS-Kosten eines effizienten Betreibers, die für die gegenständliche Sprachleistung anfallen, werden nicht nur bereits getätigte Investitionen berücksichtigt, sondern auch effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. c TKG 2003), weswegen keine Reduktion von UMTS-Kosten auf ein geringeres Niveau vorzunehmen war; eine solche würde negative Investitionsanreize setzen und folglich § 1 TKG 2003 widersprechen: § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a, b TKG 2003 gebieten die „Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug

auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer“ sowie die „Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“.

Abschließend ist auch darauf hinzuweisen, dass weder eine Gewinnregulierung (rate-of-return regulation) noch eine „Regulierung“ von Zahlungssalden oder Marktanteilen von der Telekom-Control-Kommission vorgenommen wird, sondern die Preise für Terminierung - zur Vermeidung kurzfristiger Kostenunterdeckung kleiner Betreiber - in nicht-disruptiver Weise auf Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt werden. Damit ist längerfristig (allokative wie auch produktive) Effizienz sichergestellt.

Das umfangreiche Vorbringen der One bzw. der Privatgutachter Piepenbrock Schuster Consulting AG („*Mobile Termination Rates in Austria 2007*“, Oktober 2006) betreffend einen internationalen Vergleich von unterschiedlichen Regulierungen von Mobil-Terminierungsentgelten in Europa hat die Telekom-Control-Kommission zur Kenntnis genommen, verweist jedoch darauf, dass Benchmarking nicht als spezifische Verpflichtung heranzuziehen war.

8.2.5.6. Zur Weitergeltungsklausel – die Entgelte ab 1.7.2009

Im Anschluss an die festgelegten Entgelte für den Zeitraum ab 2007 wurde angeordnet, das bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz, ab 1.7.2009 vorläufig ein maximales Entgelt in der Höhe von Cent 5,72 weiter gilt.

Die Anordnung der Entgelte bis 30.6.2009 gründet auf § 37 Abs. 1 TKG 2003, wonach die Regulierungsbehörde von Amts wegen „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 durchzuführen hat. Gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 ist auch diese Verordnung regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

§ 37 Abs. 2 und 3 TKG 2003 ist zu entnehmen, dass die Festlegungen betreffend beträchtliche Marktmacht sowie die auferlegten spezifischen Verpflichtungen bis zum Abschluss eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 aufrecht sind. Den Ergebnissen eines solchen (Folge-)Verfahrens soll nicht vorgegriffen werden.

Um allfällige (zeitliche) Regelungslücken zu vermeiden sowie den Betreibern entsprechende Planungssicherheit einzuräumen, wurde eine vorläufige Weiterwirkungsbestimmung für die Zeit bis zum Erlass einer für die Verfahrenspartei erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Leistungen der Mobil-Terminierung festgelegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Ergebnisse eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die gegenständlichen Märkte bis Mitte 2009 vorliegen werden.

Zur Frage der konkreten Dauer der verbindlichen Geltung der festgelegten Entgelte wird im Rahmen des Konsultationsverfahrens von zwei Unternehmen Stellung genommen:

Während Hutchison für eine Verkürzung dieser Frist eintritt und diese im Wesentlichen mit fehlenden Daten für das Jahr 2009 begründet (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007), tritt Mobilkom für eine Verlängerung dieser Frist um 3 Monate ein (Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007). Vor dem Hintergrund dieser gegenläufigen Begehren verbleibt die Telekom-Control-Kommission bei der vorgesehenen Befristung der verbindlichen Geltung der festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte bis 30.6.2009.

Zum Begehren auf Verlängerung ist auszuführen, dass § 37 Abs. 1 TKG 2003 eine zeitliche Höchstgrenze („... *längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren*...“) zur Durchführung

von neuen Marktanalyseverfahren vorsieht. Den neuen Ergebnissen soll nicht durch einen zu langen Anordnungszeitraum vorgegriffen werden. Die Ausführungen der Mobilkom, die für eine Verlängerung der Anordnungsperiode sprechen sollen, vermögen nicht zu überzeugen: Eine nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ausreichende Planungssicherheit für Unternehmen ist bereits mit einer Anordnung bis Mitte 2009 samt vorläufiger Weitergeltungsklausel gegeben; die weiteren Argumente, nämlich einerseits die „Ressourcenschonung“ sowie andererseits das „Abwarten der EU-Harmonisierung zur Bestimmung von LRIC“ können nicht überzeugen, da die Telekom-Control-Kommission keine Anzeichen erkennen kann, ob und gegebenenfalls wann und wie eine Initiative zur Harmonisierung der LRIC-Bestimmung erfolgen wird. Auch kann eine „Ressourcenschonung“ nicht erklären, dass von klaren rechtlichen Vorgaben, nämlich die regelmäßige Durchführung von Marktanalyse-Verfahren, abzuweichen wäre.

Demgegenüber gründet Hutchison ihr Begehren auf eine Verkürzung der Anordnungsdauer im Wesentlichen auf fehlende Daten für das Jahr 2009; diese wären für die Bemessung des Gleitpfades notwendig.

Wie die Amtssachverständigen in ihren wirtschaftlichen (Kosten-)Gutachten bereits ausgeführt haben, ist das Anstellen von validen Prognosen betreffend Kosten und Volumina von Sprach- und Datenverkehr schwierig; im Besondern bereitet eine Abschätzung der Entwicklung des Datenverkehrs auf Grund fehlender Vergleichswerte aus der Vergangenheit Probleme, weswegen die Amtssachverständigen zur Auffassung gelangt sind, dass ein LRAIC-Wert auf der Grundlage von aktuellen Ist-Daten bestimmt werden sollte.

Wie der sektorspezifische Rechtsrahmen zeigt (vgl. Rz, 70,71 der Leitlinien vom 11.7.2002), ist im Rahmen von Marktanalyse-Verfahren auf Prognosen abzustellen; der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet jedoch nach den Leitlinien nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, falsch war. Aus dem Umstand, dass im Rahmen von zukunftsgerichteten Marktanalysen Prognosen anzustellen sind und diesen die Gefahr von Fehlern inhärent ist, leitet die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht ab, dass der Anordnungszeitraum verkürzt werden muss. Soweit der Anordnungszeitraum 2009 thematisiert wird, ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission von grundsätzlich weiter sinkenden Kosten ausgeht (vgl. die diesbezüglichen Erwägungen in der Beweiswürdigung) und diese eine ausreichende Grundlage für die Festlegung von Entgelten auch für das erste Halbjahr 2009 (im Konkreten bis 30.6.2009) darstellt.

Wird eine Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 (betreffend Mobil-Terminierung) nicht bis 30.6.2009 getroffen, gilt das für die Zeit bis 30.6.2009 festgelegte Entgelt vorläufig so lange weiter, bis eine neue Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 getroffen wurde.

8.2.5.7. Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 – „Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte“ – stellt sicher, dass die angeordneten Entgelte in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung und foreclosure zu betreiben.

Es besteht nämlich die Gefahr, dass der Versuch unternommen wird, die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle durch eine geschickte Vertragsgestaltung zu umgehen und Bedingungen beispielsweise nicht mit selbem Wirkungsbeginn, sondern zeitverzögert anderen Betreibern einzuräumen. Diese Möglichkeit bestand für das marktbeherrschende Unternehmen vor dem

Hintergrund der spezifischen Regulierungssituation in Österreich, die grundsätzlich der Privatautonomie den Vorrang vor hoheitlicher Intervention gibt (§§ 48, 50 TKG 2003). Erst im Streitfall konnte die Regulierungsbehörde gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 angerufen werden; im Rahmen dieser Streitschlichtungsentscheidung hatte die Telekom-Control-Kommission auf die gegebenenfalls einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen Bedacht zu nehmen.

Wohl vor dem Hintergrund, dass die Zahl der privatautonom umgesetzten Entgeltsenkungen gering ist, hat die Europäische Kommission die Vorgangsweise der österreichischen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte als „nicht effektiv“ bezeichnet. Der Verwaltungsgerichtshof hat erkannt, dass diesen Bedenken entgegen § 129 Abs. 2 TKG 2003 durch die Telekom-Control-Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde; der Verweis der Telekom-Control-Kommission auf den Vorrang der Privatautonomie wurde vom Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend angesehen.

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäischen Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof Rechnung zu tragen, war die Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 konkret zu fassen, sodass sichergestellt ist, dass die gemäß § 42 TKG 2003 auferlegten Entgelte zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden.

Die konkrete Form der Umsetzung dieser Verpflichtung wird der Bescheidadressatin überlassen. Die Telekom-Control-Kommission erachtet die Vereinbarung einer „Anpassungsbestimmung“ oder die Aufnahme eines Verweises auf den bezughabenden Bescheid gemäß § 37 TKG 2003, der konkrete Entgelte festlegt, als grundsätzlich tauglich, um dieser Verpflichtung nachzukommen.

8.2.5.8. Zu den näheren Regelungen für die anzuwendenden Entgelte – Spruchpunkte A.2.6.1. und B.2.6.1.

Zu den konkret festgelegten Entgelten wurde festgehalten, dass die Beträge in Cent und ohne Umsatzsteuer angeführt sind und weiters, dass die Entgelte tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig sind. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung. Diese Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

Diese die Entgeltfestlegung begleitenden Bestimmungen stehen in Übereinstimmung mit der bestehenden Praxis bei Zusammenschaltungsverträgen (amtsbekannt) und wurden in dieser Form auch in (früheren) Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 aufgenommen (vgl. etwa die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff).

8.2.5.9. Zur Nichtberücksichtigung von Aufwendungen für externe Effekte

Bei der Kalkulation der betreiberindividuellen Kosten wurden „externe Effekte“ nicht berücksichtigt. Dies aus folgenden Überlegungen:

In früheren Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG (1997), so beispielsweise in den Bescheiden zu Z 5, 7/01 sowie Z 14, 15/01, wurden für nach dem TKG (1997) nicht marktbeherrschende Betreiber „angemessene“ Mobil-Zusammenschaltungsentgelte festgelegt. Für diese Mobilbetreiber kam der Grundsatz der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte iSv § 41 Abs. 3 TKG (1997) nicht zur

Anwendung. Dabei wurde – vor dem Hintergrund der Nicht-Marktbeherrschung – eine Abgeltung für „externe Effekte“ in Form höherer Zusammenschaltungsentgelte angeordnet.

Die gegenständliche konkrete Entgeltfestlegung gründet demgegenüber auf der festgestellten Position als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd §§ 35, 37 TKG 2003 auf einem Monopolmarkt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003.

In Bezug auf die Berücksichtigung von externen Effekten im Rahmen der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für Terminierungsleistungen ist die Telekom-Control-Kommission bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung (vgl. Beilage zum technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007) davon ausgegangen, dass die durch Berücksichtigung externer Effekte entstehenden höheren Terminierungsentgelte dazu führen könnten, dass es zu einem Rückgang an Nachfrage nach Anrufen in Mobilfunknetze kommt und daher wiederum allokativen Verzerrungen verursacht werden würden.

Ein weiteres Argument gegen einen Aufschlag für Netzwerkexternalitäten ist die hohe Penetrationsrate von über 100% (dies bereits seit Ende 2004; vgl. wirtschaftliches Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007, Seite 8). Externe Effekte verlieren mit der Annäherung an die Marktsaturierung stark an Bedeutung, der marginale Nutzen (ein zweites Mobilfunkgerät für die Erreichbarkeit) wird vernachlässigbar; bei gegebener Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunk-Endkundenmärkten und dem daraus resultierenden Preisniveau ist nicht davon auszugehen, dass es durch eine Heranführung der Mobilterminierungsentgelte an die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu einer Reduktion der Penetrationsrate kommt. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ist auch zweifelhaft, ob sich auf Grund eines solcherart zuerkannten Aufschlags automatisch effiziente Preisstrukturen einstellen, die diese Externalitäten auch tatsächlich internalisieren. Insgesamt vertritt die Telekom-Control-Kommission weiterhin die Ansicht, dass die Beurteilung der gesamtwohlfahrtsökonomischen Wirkung insbesondere vor dem Hintergrund eines zunehmend saturierten Marktes von externen Effekten nicht (eindeutig) positiv ausfällt, so dass eine Berücksichtigung dieser nicht angemessen ist (vgl. technisch-wirtschaftliches Ergänzungsgutachten vom Juli 2007, Punkt 2.6).

Darüber hinaus erkennt die Telekom-Control-Kommission keine Anzeichen dafür, dass es – durch eine Nichtberücksichtigung von „externen Effekten“ – beim derzeitigen Wettbewerb am Endkundenmarkt zu einem Absinken der Penetrationsrate kommen könnte. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des derzeit sehr niedrigen Preisniveaus am Markt zu sehen, bei dem sich die Preise für netzinterne Gespräche oftmals auf Cent 0 und eine Gesprächsminute in das österreichische Festnetz auf Cent 1 belaufen.

Soweit auf das Modell der britischen Regulierungsbehörde Ofcom hingewiesen wird, ist anzumerken, dass sich die Situation im Vereinigten Königreich nicht auf Österreich umlegen lässt. Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Auffassung, dass der marginale Mobilfunkkunde in Österreich nicht nur durch die Stützung der Endgeräte und Tarife durch erhöhte Terminierungsentgelte im Markt gehalten wird. Vielmehr ist hier auch das in Österreich weitreichend entwickelte System an Grundentgeltbefreiungen für unterschiedliche Anspruchsberechtigte, das auch für einen mobilen Anschluss verwendet werden kann, zu berücksichtigen (vgl. Fernsprechentgeltzuschussverordnung, BGBl. II Nr. 90/2001 idgF sowie Information der Obersten Post- und Fernmeldebehörde betreffend Gewährung eines Zuschuss zu den Fernsprechentgelten, www.bmvit.gv.at)

Die Marktsituation wird von der Telekom-Control-Kommission dahingehend eingeschätzt, dass externen Effekten mit zunehmender Marktsaturierung eine sinkende Bedeutung zukommt.

Eine Berücksichtigung dieser Effekte in Form höherer Mobil-Terminierungsentgelte scheidet damit aus.

8.2.5.10. Zur Nichtberücksichtigung von Aufwendungen wie Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen

Bei der Kalkulation der betreiberindividuellen Kosten wurden Aufwendungen für Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen nicht berücksichtigt; dies gründet auf folgenden Überlegungen:

Neben Kosten für den Netzbetrieb fällt bei den Mobilfunkbetreibern eine Reihe von weiteren Aufwendungen (wie beispielsweise die oben genannten und ähnliche) an.

Frühere Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, in deren Rahmen Aufwendungen wie Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen in einer Kostenbetrachtung berücksichtigt wurden, wurden im Zusammenhang mit Betreibern gefällt, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügten.

Bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung hat die Telekom-Control-Kommission ihre Auffassung dargelegt, dass diese Aufwände bei der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für die Terminierungsleistung nicht zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch Kapitel 2.7. des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens vom Juli 2007).

Eine Reihe von diesen Leistungen bzw. Kosten derselben stehen nur in einem (sehr) weiten Sinn in Verbindung mit der Leistung der Mobilterminierung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich die verfahrensgegenständliche Frage – basierend auf der Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 – auf die Ermittlung der ausschließlich für die Leistung Terminierung notwendigen Kosten im Sinne einer effizienten Leistungsbereitstellung richtet. Ein direkter Zusammenhang der Kosten für Marketing, Endkundenbilling, Customer Care, Handsetsubventionen und ähnlichen mit dem Produkt Mobilterminierung ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission trotz Vorbringen der Parteien nicht gegeben. Auch ohne diese Aufwendungen kann die Leistung der Mobilterminierung iSd TKMVO 2003 erbracht werden.

Darüber hinaus würde eine Berücksichtigung derselben dem Verursachungsprinzip widersprechen: Diese Kosten werden bereits vom jeweiligen rufenden Endkunden im Rahmen der ihm verrechneten Tarife bei seinem Netzbetreiber abgegolten. Würden diese Kosten über höhere (überhöhte) Terminierungsentgelte dem Kunden ein weiteres Mal verrechnet, würde es unvermeidlich zu wettbewerblichen Verzerrungen kommen, da die Kunden eines anderen Netzes nicht nur die Kosten für diese Leistungen des eigenen Netzbetreibers, sondern auch indirekt (über die Zusammenschaltungsentgelte) die des gerufenen Fremdnetzes bezahlen. Eine solche „Doppelverrechnung“ steht klar im Widerspruch zu den Zielbestimmungen des TKG 2003.

8.2.5.11. Zur Nichtberücksichtigung von Kosten für „working capital“

Bei der Ermittlung der Kosten der Leistung Mobil-Terminierung hat die Telekom-Control-Kommission keine Kosten für „working capital“ angesetzt bzw. akzeptiert, da die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen kann, dass diese Kosten in einem unmittelbaren und notwendigen Zusammenhang mit der in § 1 Z 15 TKMVO 2003 definierten Leistung der Zustellung eines Anrufes in ein öffentliches Mobiltelefonnetz entstehen. Diese „Kosten“ entstehen durch die – aufgrund von vertraglich vereinbarten Zahlungszielen – zeitlich spätere Zahlung der Zusammenschaltungsleistungen zwischen den Betreibern. Der rufende Teilnehmer, dessen Entgelte nicht überhöht sein sollen, hat keinen Einfluss auf die vereinbarten Zahlungsbedingungen. Diese Bedingungen liegen im Regelfall in der

Privatautonomie der Betreiber, weswegen der Mobilbetreiber in der Lage ist, diese „Kosten“ frei zu gestalten.

Im Rahmen der Vereinbarungen über „Zahlungsziele“ wird im Regelfall auch nicht singulär die Leistung der Mobil-Terminierung erfasst, sondern auch weitere Zusammenschaltungsleistungen, wie beispielsweise die (derzeit unregulierte) (Mobil-) Originierung, weswegen die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass diesfalls keine singuläre Betrachtung der Terminierung zu erfolgen hat. Auch in anderen Bereichen werden den Mobilfunkbetreibern Zahlungen im Voraus erstattet (z.B. Grundentgelt) und auch diese Form von zinslosen Krediten an das Unternehmen findet keine Berücksichtigung in der Kalkulation. Nachdem diese Vorteile aus unterschiedlichen Zahlungsbedingungen nicht berücksichtigt werden, erscheint es als gerechtfertigt, auch allfällige „Nachteile“ dieser Bedingungen nicht zu berücksichtigen.

Auch werden – wie die Amtssachverständigen nachvollziehbar ausführen (vgl. technisch-wirtschaftliches Ergänzungsgutachten vom Juli 2007, Punkt 2.9) – die Kosten für „working capital“ im Rahmen der Ermittlung der Höhe des Kapitalkostenzinssatzes bereits berücksichtigt, weswegen es zu einer Doppelverrechnung dieser Kosten kommen würde; dies wird von der Telekom-Control-Kommission nicht unterstützt.

8.2.5.12. Zur Frage einer möglichen besonderen Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes der T-Mobile Austria GmbH

In einer Reihe von Stellungnahmen wurde von Kommunikationsnetzbetreibern thematisiert, dass das Mobil-Terminierungsentgelte der T-Mobile Austria GmbH stärker bzw. schneller gesenkt werden müsse, da durch die Fusion mit tele.ring Telekom Service GmbH T-Mobile Austria GmbH stark gewachsen sei; dies müsse sich auch in ihrem Mobil-Terminierungsentgelt niederschlagen. T-Mobile hat sich gegen eine „Sonderbehandlung“ ausgesprochen.

Die Bestimmung des § 37 Abs. 5 TKG 2003 legt klar fest, wem in einem Marktanalyse-Verfahren die Stellung als Partei (iSd § 8 AVG) zukommt. Soweit die wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Mobil-Terminierungsmarkt der T-Mobile untersucht werden und ihr konkrete spezifische Verpflichtungen auferlegt werden, kommt lediglich T-Mobile Parteistellung zu.

Die Telekom-Control-Kommission setzt sich dennoch mit dem genannten Begehren anderer Kommunikationsnetzbetreiber wie folgt auseinander:

Die Telekom-Control-Kommission sieht keine Veranlassung, das Mobil-Terminierungsentgelt der T-Mobile deutlicher als vorgenommen zu senken; damit stimmt die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission mit jener der Amtssachverständigen überein (vgl. „Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente“ vom Juli 2007, Seite 11):

Wie festgestellt, liegen die – um Ineffizienzen bereits bereinigten – Kosten der T-Mobile (samt tele.ring) für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung im Jahr 2006 deutlich über jenen der Mobilkom. Auch bestehen in anderen Bereichen erhebliche objektive Unterschiede zwischen T-Mobile und dem größten Mobilfunkbetreiber: So zeigt das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 deutliche Unterschiede zwischen Mobilkom und T-Mobile bei der Anzahl der Gesprächsminuten sowie beim Anteil der jeweiligen Terminierungsminuten am gesamten Mobil-Terminierungsverkehr (Mobilkom hat im Jahr 2006 um etwa 25% mehr Terminierungs-Minuten – samt on-net – als T-Mobile; wirtschaftliches Gutachten Seite 21). Die der Telekom-Control-Kommission vorliegenden weiteren Daten zeigen, dass die Gesamtumsätze am Endkundenmarkt bei Mobilkom um etwa 50% höher sind als bei T-Mobile; auch die Anzahl der genutzten Rufnummern zeigt

deutliche Unterschiede: diese Anzahl ist bei Mobilkom um etwa 20% höher als bei T-Mobile. Auch die Kundenstruktur zeigt bemerkenswerte Unterschiede: Mobilkom verfügt über einen deutlich höheren Anteil an Geschäftskunden.

Vor diesem Hintergrund geht die Telekom-Control-Kommission nicht davon aus, dass Mobilkom und T-Mobile vergleichbar große Unternehmen sind, die kurzfristig gleich zu behandeln wären.

Darüber hinaus würde eine „Sonderbehandlung“ der T-Mobile die tragenden Prinzipien, die die Telekom-Control-Kommission dazu geführt haben, einen Gleitpfad anzuordnen, verletzen. Von einem aktuell zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelt wird schrittweise ein einheitlicher Zielwert für alle Mobilbetreiber erreicht. Dabei soll ein disruptiver und unverhältnismäßiger Eingriff vermieden werden und den Betreibern Rechts- und Planungssicherheit gegeben werden. Eine Abkehr vom bisherigen „generischen“ Modell hin zu einer selektiven Berücksichtigung betreiberindividueller Umstände würde einen willkürähnlichen Eingriff darstellen und wird daher von der Telekom-Control-Kommission abgelehnt.

Eine von Mobilkom Austria AG vorgelegte Studie von A.T. Kearney („Terminierungsentgelte im Mobilfunk im europäischen Vergleich“, 10. August 2007) zeigt, dass Fusionen und Übernahmen in Europa nicht zu einer Anpassung der Mobil-Terminierungsentgelte führen.

Darüber hinaus können die oben dargestellten deutlichen Unterschiede zwischen T-Mobile und Mobilkom auch nicht darlegen, dass eine Durchbrechung des Gleitpfades dringend geboten wäre, zumal gerade der Gleitpfad sicherstellt, dass das Entgelt der T-Mobile reduziert und zeitnah an jenes der Mobilkom herangeführt wird: Bereits ab 1.1.2008 reduziert sich der Abstand zwischen den Mobil-Terminierungsentgelten der Mobilkom sowie der T-Mobile; bereits ab 1.7.2008 liegen diese Entgelte auf ähnlich hohem Niveau.

Abschließend ist daran zu erinnern, dass der Fusion insoweit Rechnung getragen wurde, als das ursprünglich höhere Mobil-Terminierungsentgelt (jenes der damaligen tele.ring) mit 1.5.2006 auf das Niveau der (damaligen) T-Mobile abgesenkt wurde (vgl. dazu die festgestellten Mobil-Terminierungsentgelte sowie die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 vom 19.12.2005). Vor dem Hintergrund der bestehenden objektiven Unterschiede zwischen Mobilkom und T-Mobile, dem Umstand, dass die Mobil-Terminierungsentgelte dieser Unternehmen zeitnah angeglichen werden, die Europäische Kommission die getroffenen Festlegungen begrüßt (Stellungnahme vom 3.10.2007) und der einheitlichen schrittweisen Heranführung an einen einheitlichen Zielwert („Gleitpfad“) kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass eine weitere Maßnahme bezüglich des Mobil-Terminierungsentgeltes der T-Mobile geboten wäre.

8.2.5.13. Zur Nicht-Berücksichtigung eines „Wasserbett-Effektes“

Die Telekom-Control-Kommission kann der von T-Mobile Austria GmbH geforderten Berücksichtigung eines so genannten „Wasserbett-Effektes“ (Konsultationsstellungnahme der T-Mobile Austria GmbH vom 28.9.2007) nicht näher treten. Dabei wird berücksichtigt, dass eine Senkung der Terminierungsentgelte zu höheren Preisen für andere Mobilfunkdienste oder Produkte führt.

In einem dynamischen Umfeld mit hoher Innovation, hohem Wachstum und zahlreichen Änderungen, wie im Bereich der Telekommunikation, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein solcher Effekt nur schwer messbar. T-Mobile hat es zu diesem Zweck unternommen, eine Studie von Genakos und Valletti vorzulegen, mit der dieser „Wasserbett-Effekt“ nachgewiesen werden soll („Testing the Waterbed Effect in Mobile Telephony“, Juni 2007). T-Mobile unterlässt es jedoch, konkret darzulegen, warum und gegebenenfalls inwieweit dieser Effekt bei der Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung zu

berücksichtigen wäre bzw. um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das Mobil-Terminierungsentgelt regulatorisch zu erhöhen wäre.

Die Telekom-Control-Kommission widerspricht diesem Effekt (dem Grunde nach) nicht, kann jedoch nicht erkennen, dass dieser Effekt bei der Regulierung einer einzelnen Leistung (und nicht eines Sektors mit zahlreichen Produkten) zu berücksichtigen ist. Es geht um die Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass „Handset-Subventionen“ (wie von T-Mobile angesprochen) gesenkt oder die Preise anderer Mobilfunkleistungen erhöht werden müssen, sondern darum, dass Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt reduziert werden.

Mit dem Argument eines „Wasserbett-Effekts“ lässt sich nämlich jeder regulatorische Eingriff zum Schutz vor Monopolpreisen eines Mehrproduktunternehmens hinterfragen, wenn nicht sogar wegargumentieren. Wenn Gemeinkostenaufschläge von den (nach unten) regulierten Terminierungsentgelten auf andere, vielleicht preiselastischere Leistungen aufgeschlagen würden, so würde das auch im Sinn der Verteilungswirkungen bedeuten, dass die Gemeinkosten des Mobilfunkbetriebes dann verstärkt von Mobilkunden getragen würden. Dies bedeutet, dass jene Kunden, die die Mobilsprachtelefonie in Anspruch nehmen, auch Leistungen des Mobil-Unternehmens bezahlen. Demgegenüber soll durch gegenständliche Maßnahme insbesondere dem erstgenannten Wettbewerbsproblem, das als das wesentlichste festgestellt wurde (überhöhte Entgelte für Rufe aus dem Festnetz), begegnet werden. Würde man dem „Wasserbett-Effekt“ folgen und so etwa einen Aufschlag auf Mobil-Terminierungsentgelte akzeptieren, würden Festnetz-Kunden weiterhin überhöhte Entgelte entrichten, damit Mobil-Kunden nicht andere Mobil-Leistungen zu höheren Preisen kaufen müssen. Dieser Zusammenhang zeigt, dass eine Berücksichtigung des „Wasserbett-Effektes“ eine als grundsätzlich geeignet identifizierte spezifische Verpflichtung, wie jene der Kostenorientierung, zu einer ungeeigneten Verpflichtung werden lässt.

Dass eine Absenkung nicht zu einer Anhebung oder zu einem Umsturz des Endkunden-Preisgefüges führen muss, zeigen bereits die Erfahrungen der letzten 7 Jahre, in denen die Terminierungsentgelte erheblich abgesenkt wurden. Auch ist noch festzuhalten, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte bei gegebenem Wettbewerbsdruck auf Endkundenebene zu höherer Innovation, Kosteneffizienz und zu stärkerem Wachstum zwingt.

Darüber hinaus vermag die Telekom-Control-Kommission auch nicht andere marktfremde Geschehnisse in die Betrachtung der wettbewerblichen Defizite am gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt und der geeigneten spezifischen Verpflichtungen miteinbeziehen zu können: Hinweise auf besondere Belastungen der Mobilfunkbetreiber auf Grund der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming können bei der Betrachtung des Mobil-Terminierungsmarktes und den auf diesen festgestellten konkreten Wettbewerbsproblemen nicht berücksichtigt werden.

8.2.5.14. Zur Frage „zero rated termination“ bzw. „bill and keep“ als Alternative zur Entgeltregulierung

Der Konsultationsstellungnahme der Hutchison vom 28.9.2007 wurde eine „Endfassung“ vom 19.9.2007 der Studie von Prof. Vogelsang beigelegt („Kann die Anwendung von „Bill and Keep“ (BaK) die Wettbewerbsprobleme, die von der lokalen NRA (RTR) am Markt für Mobilterminierung identifiziert wurden, besser lösen als andere Regulierungsansätze?“).

Das von Hutchison begehrte Abrechnungssystem ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission vielmehr unter der Bezeichnung „bill and keep“ bekannt: Im Wesentlichen geht es um ein „Verrechnungsmodell“, bei dem die eigenen Vorleistungskosten für die Anrufzustellung von jedem Betreiber aus Endkundeneinnahmen gedeckt werden müssen, auf Vorleistungsebene keine Entgelte für die wechselseitigen Leistungen der Anrufzustellung

zu entrichten sind und dabei die Betreiber zur Anrufzustellung wechselseitig verpflichtet sind. Im Kern werden also die unter CPP bestehenden externen Effekte in diesem Ansatz internalisiert.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich den Überlegungen der Hutchison und den Anträgen auf eine fortzusetzende gutachterliche Auseinandersetzung nicht anzuschließen. Für die weitere Diskussion geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass „*bill and keep*“ und „*zero rated termination*“ gleiche bzw. vergleichbare Modelle sind.

Die Telekom-Control-Kommission stimmt Hutchison zu, dass § 42 TKG 2003 keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass ein Entgelt in der Höhe von Cent 0 angeordnet werden könnte. So geht § 42 TKG 2003 grundsätzlich davon aus, dass den Investitionen Rechnung zu tragen ist und ermöglicht werden muss, dass eine angemessene Rendite erwirtschaftet werden kann. Diese Elemente setzen grundsätzlich voraus, dass ein Entgelt entrichtet wird. § 42 TKG 2003 stellt eine mögliche Verpflichtung dar, die auf preisliche Aspekte des Zugangs und deren konkrete Ausgestaltung eingeht; so ist § 42 leg. cit mit „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“ betitelt.

Der als mögliche Rechtsgrundlage herangezogene § 41 TKG 2003 stellt demgegenüber eine Verpflichtung dar, die (bloß) normiert, dass Netzzugang (in verschiedenen Formen) zu gewährleisten ist, um – wie im gegenständlichen Verfahren beispielsweise – foreclosure-Strategien zu unterbinden. Aus dem Erfordernis der „*langfristigen Sicherstellung des Wettbewerbs*“ gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission eine gänzliche Abkehr von einem Abrechnungsregime zu einem „*eingriffsintensiveren*“ Modell, dessen „*Gesamtauswirkungen zweifelhaft*“ sind (siehe weiter unten), genauso wenig ableiten wie dass auf der Grundlage des § 41 TKG 2003 ein entgeltfreier Zugang angeordnet werden kann. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine verhältnismäßigere Alternative besteht.

Auch kann die Telekom-Control-Kommission keine „*außergewöhnlichen Umstände*“ iSd § 47 Abs. 1 TKG 2003 erkennen, die eine andere Verpflichtung als jene gemäß §§ 38 bis 42 TKG 2003 in Bezug auf Zugang rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass eine Anordnung von „*zero rated termination*“ im Einklang mit den nationalen und EU-weiten telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen steht. Diese rechtliche Beurteilung steht damit in Übereinstimmung mit der Praxis in der gesamten EU, in der kein Land „*bill and keep*“ zur Regulierung von Mobil-Terminierungsentgelten einsetzt.

Auf die rechtlichen Bedenken der Telekom-Control-Kommission, die bereits im Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 3.9.2006 zu M 15e/03, M 13e/06 konsultiert wurden, geht Hutchison im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 nicht ein.

Über diese rechtliche Würdigung hinaus ist zu „*bill and keep*“ wie folgt festzuhalten: Wie das Regulierungsinstrumente-Gutachten zu M 13a-e/06 (September 2006), welches durch eine gutachterliche Stellungnahme vom Juli 2007 bestätigt wurde, zeigt (Seite 33, Fußnote 40), sind die Amtssachverständigen auch auf alternative Regulierungsinstrumente eingegangen und haben unter Anführung von einschlägiger Fachliteratur (Valletti, T., „*Obligations that can be imposed on operators with significant market power under the new regulatory framework for electronic communications - Access services to public mobile networks*“, September 2003) festgehalten, dass eine „*Umstellung des Verrechnungsprinzipes („Calling-Party-Pays-Prinzip“ auf ein „Receiving-Party-Pays-Prinzip“, etwa „Bill and Keep“)*“ „*unpraktikabel*“, „*eingriffsintensiver*“ und die „*Gesamtauswirkungen auf den Sektor sehr zweifelhaft*“ sind. Vor diesem Hintergrund schlagen die Amtssachverständigen betreffend das wettbewerbliche Defizit der „*überhöhten Entgelte*“ eine Entgeltkontrolle iSd § 42 TKG 2003 vor, dh eine Reduktion der Entgelte auf ein kostenorientiertes Niveau („*LRAIC eines effizienten Betreibers*“) (vgl. dazu die Feststellungen zu „*Weitergehende Verpflichtungen*“). In diesem

Zusammenhang soll auch Erwähnung finden, dass der Verwaltungsgerichtshof den Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch *Reduktion* (und nicht durch Entfall) dieser Entgelte zu begegnen, für grundsätzlich tauglich angesehen hat (Punkt 4.2. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Auch im Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007 (Seite 39) gehen die Amtssachverständigen auf das Thema „*bill and keep*“ ein und beleuchten die diesbezügliche Interessenslage.

Nachdem festgestellt werden konnte, dass eine Umstellung des geübten Verrechnungsprinzips (CPP) „eingriffsintensiver“ ist als eine herkömmliche Entgeltkontrolle, ist auf das Verhältnismäßigkeitsgebot iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 hinzuweisen, das gebietet, dass bei mehreren zur Auswahl stehenden Verpflichtungen jene vorzuziehen ist, die weniger eingriffsintensiv ist. Gerade dies ist hier der Fall.

Eine Änderung des Verrechnungsprinzips, das sowohl in Österreich langjährig (auch bereits vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte am 1.1.1998) als auch in allen anderen europäischen Ländern zur Anwendung gelangt (vgl. die Feststellungen betreffend „*Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden*“), bringt umfangreiche Konsequenzen für viele Bereiche bzw. Märkte mit sich. Das vorgeschlagene Verrechnungsprinzip erfordert, dass allen anderen Mobilbetreibern eine korrespondierende Verpflichtung auferlegt wird. Dies erleichtert zwar die Position der Hutchison, die von Nettoauszahlungen gegenüber anderen Mobilnetzbetreibern gekennzeichnet ist, belastet aber andererseits alle anderen Mobilnetzbetreiber. Darüber hinaus eröffnet eine Etablierung von „*bill and keep*“ zwischen Mobilfunkbetreibern Arbitragemöglichkeiten: Mobilbetreiber könnten ihrerseits die Anrufzustellung zu einem anderen Mobilbetreiber, für die sie kein Entgelt zu entrichten haben, Festnetzbetreibern gegen Entgelt anbieten und in wettbewerbsverzerrender Weise mit diesen in Konkurrenz treten (vgl. das vierte der festgestellten Wettbewerbsprobleme); dies führte auch in Frankreich 2004 dazu, dass vom System des „*bill and keep*“ zwischen Mobilbetreibern wieder abgegangen wurde.

Würde man die Arbitragemöglichkeiten ausschließen wollen, so müsste „*bill and keep*“ bzw. „*zero rated termination*“ zwischen allen Teilnehmernetzbetreibern (Mobil- und Festnetzbetreiber) etabliert werden. Dies würde aber den aus dem Ausland kommenden Verkehr unberücksichtigt lassen. Neue Tromboning-Möglichkeiten werden dadurch geschaffen.

Das Verhältnis mit Verbindungsnetzbetreibern, die zwar Rufe in andere Netze terminieren, ihrerseits – als „Gegenleistung“ – mangels Teilnehmernetz keine Rufe in ihrem „Netz“ terminieren, erweist sich überdies als ungeklärt.

Der Hinweis von Hutchison (oder Prof. Vogelsang), dass ein „*Receiving-Party-Pays-Prinzip*“ in etlichen Ländern problemlos funktioniert, vermag für sich nicht erklären zu können, dass deswegen dieser Ansatz auch in Österreich regulatorisch erzwungen werden sollte; zu einem Ländervergleich unterschiedlicher Ansätze ist festzuhalten, dass in keinem Land des EWR ein „*Receiving-Party-Pays-Prinzip*“ geübt wird, sondern, wie sich aus dem Dokument von *Littlechild*, auf das Hutchison (oder Prof. Vogelsang) verweist, ergibt, lediglich in sechs Ländern auf der Welt dieses Abrechnungsprinzip geübt wird; dabei handelt es sich um zwei nordamerikanische und vier asiatische Länder (Punkt 2.2. des Beitrages von *Littlechild*). In Frankreich wurde dieser „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz 2004 abgeschafft, nachdem die Nachteile dieses Ansatzes (Eröffnung von Arbitragemöglichkeiten) (offenbar) schwerwiegender als die Vorteile waren. Dieser von Hutchison (oder Prof. Vogelsang) herangezogene Hinweis, dass dieser Ansatz in „*etlichen* (sechs) *Ländern*“ funktionieren würde, erachtet die Telekom-Control-Kommission als wenig überzeugend.

Darüber hinaus zeigt auch das Beispiel der SMS-Terminierung die Schwierigkeiten eines solchen Konzeptes. Über Jahre hinweg folgte die SMS-Terminierung dem Prinzip des „*bill*

and keep“. Obwohl SMS eine klassische Mobilfunkleistung (Mobil-Mobil) ist und deswegen davon ausgegangen werden kann, dass das Potential für Arbitrage-Möglichkeiten gering ist, wurde von den Betreibern von diesem Verrechnungsprinzip gerade wegen Arbitrage (SMS aus dem Internet und aus dem Ausland) ohne regulatorische Anordnung und damit freiwillig abgegangen.

Dem Umstand, dass ein „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz eine Behinderungsmöglichkeit durch „Margin Squeeze“ ausschließen würde und damit gewisse Vorteile mit sich bringt, ist entgegen zu halten, dass dieser Ansatz – wie bereits gezeigt wurde – auch neue Probleme schafft; diese Probleme sind nun, dass ein „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz oligopolistischen Wettbewerb dämpfen kann bzw. nicht für alle Zusammenschaltungsleistungen geeignet sein muss (vgl. Julian Wright, *Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?*, Review of Network Economics, Vol. 1, Issue 1 – March 2002; Joshua S. Gans, Stephen P. King, *Using „Bill and Keep“ Interconnect Arrangements to Soften Network Competition*, 2000).

Ein weiteres Problem stellt die Rechts- und Planungssicherheit dar: Teilnehmernetzbetreiber vertrauen auf die bisherige Regulierung, die vorsieht, dass Betreiber für die Leistung der Anrufzustellung vom Quellnetz ein Entgelt erhalten (vgl. dazu die Marktanalyse-Bescheide zu M 8a-m/06 vom 5.2.2007, in dessen Rahmen den Festnetzbetreibern eine Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auferlegt und ihnen damit ein Recht auf ein Entgelt für die erbrachten Leistungen der Anrufzustellung zugesprochen wurde; auch Mobilnetzbetreiber erhalten auf Grund der bisherigen Regulierung ein Entgelt für die Anrufzustellung). Auf dieser Grundlage wurden bzw. werden Endkundenprodukte kreiert und (Finanz-, Jahres-)Planungen vorgenommen. Bei Wegfall dieses Entgeltes (freilich auch jenes, das zu entrichten wäre) müssen bisher bestehende Systeme gänzlich geändert werden. Einen solchen direkten und indirekten Eingriff auf verschiedenen Märkten der Vorleistungs- und Endkundenebene erachtet die Telekom-Control-Kommission als zu weitgehend – dies insbesondere vor dem Hintergrund einer tauglichen Alternative.

Soweit Hutchison in diesem Kontext darlegen will, dass mit einer Umstellung auf „*zero rated termination*“ „*Rechtssicherheit*“ geschaffen werde und die bisherige Regulierung iSd § 42 TKG 2003 rechtsunsicher wäre, ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission nicht davon ausgeht, dass eine regulatorisch angeordnete Cent 0 – Terminierung (freilich bei gleichzeitigem Entfall der eigenen Auszahlungen für Terminierung) zu keinen Beschwerden von Teilnehmernetzbetreibern an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts führen würde. Darüber hinaus kommt das Streben der Hutchison der Anordnung einer „*Branchenlösung*“ gleich, die vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen von Bescheiden mit einem bzw. wenigen Adressaten als rechtswidrig erkannt wurde (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zu 2004/03/0151 vom 31.10.2005; vgl. weiters obige Ausführungen zu §§ 41, 42 TKG 2003).

Weiters erachtet die Telekom-Control-Kommission ein „*bill and keep*“- bzw. „*zero rated termination*“-Modell dann als allenfalls denkbare Alternative zu CPP, wenn der Verkehr zwischen den Zusammenschaltungspartnern ausbalanciert ist und auch nicht durch strategisches Verhalten aus dem Gleichgewicht geraten kann (da aber die Endkundenpreisgestaltung weitestgehend unreguliert ist, kann eine solche Strategie weder ausgeschlossen noch ihr begegnet werden). Nachdem eine Symmetrie zwischen den Teilnehmernetzbetreibern nicht gegeben ist, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.

Bei unbalanciertem Verkehr entspricht die Nutzenverteilung zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen exakt der Verteilung der Netzwerkkosten der Originierung und Terminierung. Sind die beiden genannten Bedingungen nicht erfüllt, kann ein System wie „*bill and keep*“ zu Marktverzerrungen und ineffizienten Ergebnissen führen: Denn der Netzbetreiber versucht, seine Netzwerkkosten durch die Entgelte seiner Endkunden abzudecken. Wenn der Nutzen für den Endkunden sich aber nicht mit den Netzwerkkosten deckt, dann wird dies zu Ineffizienzen in der Endkunden-Preisgestaltung führen. Einige Endkunden müssten dann höhere Preise zahlen, da sie einen Teil der externen Kosten tragen müssten, während

andere, die Kosten verursachen, diese nicht tragen müssten. Dies führt letztlich zu – aus ökonomischer Sicht – unerwünschten Marktergebnissen.

8.2.6. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

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.

Bei den identifizierten Wettbewerbsproblemen handelt es sich der Ursache nach eindeutig um Probleme der Vorleistungsebene. Die Anwendung von Maßnahmen auf der Endkundenebene ist auszuschließen, da sie weder ökonomisch sinnvoll und verhältnismäßig sind, noch kommen sie auf Grund des Grundsatzes der Subsidiarität der Regulierung auf Endkundenebene in Betracht.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stehen keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen zur Verfügung, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Die von den Amtssachverständigen erwähnten grundsätzlichen weiteren Maßnahmen – die Umstellung des Verrechnungsprinzips (Calling-Party-Pays-Prinzip auf ein Receiving-Party-Pays-Prinzip) oder die Einführung von Endgeräten, die mehrere Vertragsbeziehungen (getrennt für Terminierung und Originierung) unterstützen (Multiple SIM Cards) – sind (auch) nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission wesentlich eingriffsintensiver als die festgelegten Verpflichtungen und waren – wohl auch vor dem Hintergrund der kaum abschätzbaren Auswirkungen – auch nicht weiter zu verfolgen.

9. Zur Ab- und Zurückweisung der Anträge hinsichtlich Parteistellung in den Verfahren M 15a-b/03, M 15d-e/03, M 13a-b/06 und M 13d-f/06 – Zu Spruchpunkt C.

a. One beantragt die Einräumung des Rechts auf Akteneinsicht und eine bescheidmäßige Feststellung der Parteistellung in den Verfahren M 15a-b/03, M 15d-e/03, M 13a-b/06 und M 13d-f/06 (Schriftsatz vom 4.9.2007).

Der Antrag auf Einräumung des Rechts auf Akteneinsicht war abzuweisen: Gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 hat Parteistellung in Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 nur dasjenige Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden. Vor dem Hintergrund dieser speziellen telekommunikationsrechtlichen Norm ist die allgemeine Norm des § 8 AVG zu interpretieren, da die gebotene Abwägung, ob ein Rechtsanspruch oder ein rechtliches Interesse, oder bloß allenfalls ein keine Parteistellung begründendes wirtschaftliches Interesse gegeben ist, bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen wurde. Eine Parteistellung der One ergibt sich daher nicht aus § 8 AVG iVm den anzuwendenden telekommunikationsrechtlichen Normen.

Auch Art. 4 der RL 2002/21/EG (R-RL) vermag keine Parteistellung zu begründen. Art. 4 Abs. 1 der R-RL sieht – wie die inhaltlich identische Vorgängerbestimmung des Art. 5a Abs. 3 RL 90/387/EWG idF RL 97/51/EG – nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission lediglich vor, dass die Parteien eines Verfahrens vor der Regulierungsbehörde die Möglichkeit haben müssen, gegen deren Entscheidungen einen Rechtsbehelf zu ergreifen. Der Regelungsgehalt des Art. 4 R-RL liegt daher darin, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, von den entscheidenden Behörden unabhängige Stellen zu schaffen, die von den Betroffenen angerufen werden können, um die Entscheidungen dieser Behörden zu überprüfen. Art. 4 R-RL sagt aber nichts über die (vorgelagerte) Frage aus, wer überhaupt Partei eines Verfahrens vor der Telekom-Control-Kommission ist, wie auch die deutliche Formulierung des einschlägigen Erwägungsgrundes 12 der R-RL zeigt, in dem ausgeführt

wird, dass „jede Partei, die einem Beschluss einer nationalen Regulierungsbehörde unterliegt“ – und daher gerade nicht jeder Interessierte – das Recht haben sollte, „bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Stelle [einen] Rechtsbehelf einzulegen.“ Die Frage nach der Parteistellung ist vielmehr nach den sonstigen einschlägigen Rechtsgrundlagen, im konkreten Fall nach § 37 Abs. 5 TKG 2003, zu beurteilen.

Würde man demgegenüber Art. 4 Abs. 1 R-RL dahingehend auslegen, dass diese Bestimmung tatsächlich (allen) an einer Entscheidung Interessierten Parteistellung in den entsprechenden Verfahren einräumt, wäre im Übrigen Art. 6 der R-RL (bzw. § 128 TKG 2003) über das verpflichtend vorgesehene Konsultationsverfahren bei beträchtlichen Auswirkungen auf den Markt der Anwendungsbereich entzogen, da die Interessierten jedenfalls über die (weiter reichende) Parteistellung in die Verfahren eingebunden wären und daher für ein zusätzliches Konsultationsverfahren kein Raum bliebe. Die R-RL unterscheidet ausdrücklich zwischen einer „Partei, die einem Beschluss einer nationalen Regulierungsbehörde unterliegt“ (Erwägungsgrund 12 betreffend Art 4) und anderen „interessierten Parteien“ (Erwägungsgrund 15 betreffend Art 6).

Abschließend ist festzuhalten, dass eine Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften im Verfahren C-426/05 noch aussteht.

Zur Zurückweisung des Antrages auf bescheidmäßige Feststellung der Parteistellung ist wie folgt auszuführen: Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist die Erlassung von Feststellungsbescheiden ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage lediglich dann zulässig, wenn seine Erlassung für eine Partei ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist. Für einen Feststellungsbescheid besteht jedenfalls dann kein Raum, wenn ein Leistungsbescheid möglich war (VwGH 18.1.1994, 92/07/0031; 25.10.1994, 92/07/0102). Auch wenn eine andere gesetzliche Möglichkeit vorgesehen ist, ein strittiges Rechtsverhältnis zu klären, ist ein Antrag auf Feststellungsbescheid mangels rechtlichen Interesses an der Erlassung eines solchen Bescheides unzulässig (VwGH 6.2.1989, 87/12/0112). Ist die Parteistellung in einem Verwaltungsverfahren strittig, kann, (vergleichbar dem Leistungsbegehren nach der zitierten Judikatur) die Einräumung der Parteistellung bzw. das Recht auf Akteieinsicht in den entsprechenden Verfahren beantragt werden. Nach der dargestellten Judikatur ist für eine (bloße) Feststellung der Parteistellung im vorliegenden Fall daher keine Grundlage gegeben, selbst wenn eine Feststellung der Parteistellung nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes in bestimmten Fällen grundsätzlich möglich ist (Hauer-Leukauf⁶, 2003, E 43 zu § 8 AVG). Der Antrag der One auf bescheidmäßige Feststellung der Parteistellung war daher zurückzuweisen.

b. Zum Hinweis der One, dass der Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 3.9.2007 „entgegen § 59 AVG [] keinen normativen Abspruch über die von der One im Verfahren M 15c/03 bzw. M 13c/06 gestellten Anträge“ beinhaltet, ist One auf § 59 Abs. 1 Satz 2 AVG zu verweisen: Diese Bestimmung normiert, dass „*Einwendungen als miterledigt*“ gelten. Über die Auslegung dieser Bestimmung herrscht im Schrifttum größtenteils Einigkeit (vgl. *Hengstschläger-Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, 2005, Rz. 7ff zu § 59 AVG). Durch die im Spruch vorgenommenen Festlegungen werden die Einwendungen der One gegen diese mittelbar abgewiesen, weshalb es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch „*rechtlich bedeutungslos*“ ist, wenn nicht förmlich über die Einwendungen abgesprochen wurde (vgl. VwGH, 26.4.1990, 90/06/0011, *Hengstschläger-Leeb*, Rz. 13 zu § 59 AVG; *Walter-Thienel*, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 1998, 1999, Seiten 59ff).

10. Zum Vorbringen betreffend die Marktabgrenzung der TKMVO 2003

Gemäß § 36 TKG 2003 hat die RTR-GmbH durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter

Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, mit BGBl. II Nr. 117/2005 geändert und gemäß § 36 TKG 2003 überprüft wurde.

Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen der gemäß § 37 TKG 2003 durchzuführenden Verfahren zur Marktanalyse an die Marktabgrenzung der RTR-GmbH gebunden (vgl. dazu Punkte 2.1., 2.4. des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210). Das Vorbringen der One im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007, dass Substitute für die Terminierung nicht untersucht worden wären, ist vor diesem Hintergrund nicht verfahrensgegenständlich: die Definition der für die sektorspezifischen Regulierung grundsätzlich in Betracht kommenden Märkte obliegt der RTR-GmbH.

11. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

11.1. Allgemein

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 war.

Nachdem die (Erst-)Bescheide zu M 13/06 und M 15/03 vom Verwaltungsgerichtshof behoben worden sind, stellt der gegenständliche Verwaltungsakt einen (Ersatz-)Bescheid dar. Der Umstand, dass mit dem gegenständlichen Bescheid über Aspekte abgesprochen wird, die teilweise in unveränderter Form bereits konsultiert und koordiniert wurden, stellt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keinen Grund dar, diese Festlegungen nicht ein weiteres Mal zu konsultieren bzw. zu koordinieren. Dabei ist nämlich weiters zu beachten, dass die konkreten Entgelte der Jahre 2007 und 2008 bislang keinen Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 unterworfen waren.

11.2. Zu den Stellungnahmen der nationalen Konsultation

Auf die Stellungnahmen, die im Rahmen der nationalen Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 eingelangt sind, wird – soweit dies nicht im Rahmen dieses Kapitels geschieht – im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen, soweit sich die Stellungnahmen überhaupt mit dem Verfahrensgegenstand bzw. den Festlegungen gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarktes befassen.

a. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 28.9.2007 hält Tele2 Telecommunication GmbH fest, dass sie den Gleitpfad zu einem einheitlichen Zielwert für alle Mobilnetzbetreiber

ab dem 1.1.2009 begrüßt. Tele2 erachtet jedoch das Ausmaß sowie die Geschwindigkeit der Absenkung als zu gering, da das Festnetz das Mobilnetz subventionieren würde.

Die Telekom-Control-Kommission verweist auf ihre Ausführungen zu den angeordneten Entgelten. In diesem Rahmen hat die Telekom-Control-Kommission zum Ausdruck gebracht, dass die Mobil-Terminierungsentgelte gesenkt werden müssen, wobei auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen Bedacht genommen werden muss. Vor diesem Hintergrund hat es die Telekom-Control-Kommission als geboten erachtet, die Mobil-Terminierungsentgelte aller Mobilbetreiber auf ein einheitliches Niveau in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers zu senken. Diese Maßnahme führt dazu, dass (auch) Festnetzbetreiber keine überhöhten Mobil-Terminierungsentgelte bezahlen müssen.

b. Colt Telecom Austria GmbH übermittelt am 28.9.2007 eine Stellungnahme und kritisiert das bestehende Regulierungsumfeld hinsichtlich des Rechtsschutzes, erachtet jedoch die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission im Entwurf einer Vollziehungshandlung, wieso im Rahmen des gegenständlichen Bescheides konkrete Terminierungsentgelte festgelegt werden, als nachvollziehbar. Vor dem Hintergrund des § 37 Abs. 5 TKG 2003 und der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshof erachtet die Telekom-Control-Kommission die gewählte Vorgangsweise als rechtlich geboten.

In weiterer Folge erachtet Colt die Nichtauferlegung eines „internen Diskriminierungsverbotes“ als geboten und erachtet die diesbezüglichen Ausführungen der Telekom-Control-Kommission als nicht nachvollziehbar. Festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission lediglich hinsichtlich des Preises der Leistung der Mobil-Terminierung von der Auferlegung einer internen Nichtdiskriminierung abgesehen hat. Wie sich aus den Feststellungen sowie der rechtlichen Beurteilung ergibt, hat die Telekom-Control-Kommission es als unverhältnismäßig angesehen, Endkundenpreise für die Bemessung des Vorleistungspreises heranzuziehen. Mit dieser Beurteilung steht die Telekom-Control-Kommission in Übereinstimmung mit der Sichtweise der Europäischen Kommission, die im Rahmen der Notifikation der slowenischen Regulierungsbehörde (SG-Greffe (2007) D/201115 vom 9.3.2007) geäußert wurde.

Soweit Colt abschließend auf den „Gleitpfad hinsichtlich T-Mobile“ eingeht, ist Colt auf die diesbezüglichen Ausführungen im Kapitel „Zur Frage einer möglichen besonderen Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes der T-Mobile Austria GmbH“ zu verweisen.

c. UPC Telekabel Wien GmbH nimmt mit Schreiben vom 28.9.2007 ebenso Stellung und „befürwortet das grundsätzliche Ergebnis der Bescheidentwürfe“, im Besonderen die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Mobilbetreiber, die regulatorische Festsetzung eines Gleitpfades zur Erreichung eines einheitlichen (Wettbewerbs-)Preises, die Heranziehung der geringsten ermittelten Kosten des Jahres 2006 als kostenorientierter Preis iSd LRAIC, die Nichtberücksichtigung externer Effekte und Aufwendungen für Marketing, Customer Care und Handset-Subventionen als terminierungsrelevant.

Weiters bringt UPC vor, dass sie die Gründe für die Nichtauferlegung eines „internen Diskriminierungsverbotes“ im Maßnahmenentwurf nicht finden kann. UPC Telekabel darf nicht nur auf die rechtliche Beurteilung sondern auch auf die Feststellungen im Kapitel „4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung“ sowie auf die oben erwähnte Stellungnahme der Europäischen Kommission verwiesen werden.

Die von UPC vorgetragene Kritik bezieht sich auf die fehlende Parteistellung sowie auf den Umstand, dass das Mobil-Terminierungsentgelt der T-Mobile nicht an jenes der Mobilkom angeglichen wurde. Zum erstgenannten Vorwurf erlaubt sich die Telekom-Control-Kommission auf die klare Bestimmung des § 37 Abs. 5 TKG 2003 zu verweisen; leg. cit. legt klar dar, welchem Unternehmen in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 Parteistellung

zukommt. Soweit UPC Telekabel auf den Gleitpfad der T-Mobile eingeht, ist sie auf obige Ausführungen zu verweisen.

d. Mobilkom begrüßt im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 28.9.2007 zu den Maßnahmenentwürfen vom 3.9.2007 eingangs die Herstellung symmetrischer Terminierungsentgelte mit 1.1.2009 und kritisiert in weiterer Folge, dass keine beschleunigte Heranführung des Entgeltes der T-Mobile auf das Niveau der Mobilkom erfolgt. Weiters vermeint Mobilkom, dass *„es der jüngsten europäischen Entscheidungspraxis widerspricht eine Absenkung des Zielwertes auf die nach LRAIC berechneten Kosten vorzunehmen, wenn der hierdurch erreichte Zielwert weit unter dem Europäischen Durchschnitt liegt“*. Vor diesem Hintergrund erachtet Mobilkom die „Beibehaltung des „alten“ Zielwertes von 6,76 Eurocent“ als geboten. Weiters wünscht Mobilkom eine Festlegung der Terminierungsentgelte auf Zielwertniveau bis zum Ablauf von 2 Jahren ab Rechtskraft der Bescheide gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003.

Auf das Vorbringen der Mobilkom wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen, wobei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen wird, dass die Telekom-Control-Kommission ein *„internationales Benchmarking“* von Mobil-Terminierungsentgelten nicht als die geeignete spezifische Verpflichtung iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 ansieht. Die von Mobilkom angesprochene Harmonisierung wird im Wege von Vergleichen methodischer Ansätze realisiert, nicht jedoch durch bloße Vergleiche einzelner absoluter Entgelte. Die konkrete Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte in anderen Ländern der EU kann auf länderspezifische Umstände zurückgeführt werden, die auf Österreich möglicherweise nicht zutreffen.

e. Auf die Stellungnahme der T-Mobile vom 28.9.2007 wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen.

f. Auch One übermittelt im Rahmen der Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 am 28.9.2007 eine Stellungnahme und geht dabei primär auf ihr Verfahren ein. Auf das diesbezügliche Vorbringen wird im jeweiligen Kapitel eingegangen.

g. Am 28.9.2007 langten auch von Hutchison Stellungnahmen zu den Entwürfen von Vollziehungshandlungen ein; auf diese gleichlautenden Ausführungen wird im jeweiligen Kapitel eingegangen.

Hutchison ist an dieser Stelle jedoch darauf zu verweisen, dass die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme iSd § 129 Abs. 2 TKG 2003 die Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte mit 1.1.2009 begrüßt und den konkret herangezogenen LRAIC-Wert als einen „Maßstab für Effizienz“ ansieht.

11.3. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission

Am 3.10.2007 übermittelte die Europäische Kommission (EK) im Rahmen der Koordination gemäß § 129 TKG 2003 eine Stellungnahme, in der sie wie folgt festhält: *„Die Europäische Kommission begrüßt, dass die TTK ihre Preiskontrollverpflichtung geändert hat und ab dem 1. Januar 2009 symmetrische Mobilfunk-Terminierungsgebühren berechnen wird.“* Weiters weist die Europäische Kommission darauf hin, dass noch immer große Unterschiede bei den Terminierungsgebühren in den verschiedenen Mitgliedstaaten bestehen. Daher hat die EK die nationalen Regulierungsbehörden eingeladen, innerhalb der European Regulators Group (ERG) eng zusammenzuarbeiten, um einen EU-weit einheitlichen Ansatz in dieser Angelegenheit zu erreichen. Weiters führt die EK wie folgt aus: *„Die Europäische Kommission fordert die TTK auf, ihre Analyse zu ändern, sobald ein gemeinsamer Ansatz auf europäischer Ebene geschaffen ist.“*

Die Telekom-Control-Kommission sieht sich durch die Stellungnahme der EK in ihren eigenen Beurteilungen hinsichtlich des gegenständlichen Marktes bestätigt und trägt nun mit vorliegender Entscheidung der Stellungnahme der Europäische Kommission „weitestgehend Rechnung“ iSd § 129 TKG 2003.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15.10.2007

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

ZV:

One GmbH, z. Hd. Mag. Gerold Putzi, Brünner Straße 52, 1210 Wien, per Telefax und Post