

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 22.02.2010 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A. Gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Mundio Mobile (Austria) Limited auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Mundio Mobile (Austria) Limited“ iSd § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B. Mundio Mobile (Austria) Limited werden gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.1. Mundio Mobile (Austria) Limited 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. Mundio Mobile (Austria) Limited 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.3. Mundio Mobile (Austria) Limited 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 Mundio Mobile (Austria) Limited für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der Mundio Mobile (Austria) Limited, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der Mundio Mobile (Austria) Limited erbracht werden.

B.4. Mundio Mobile (Austria) Limited hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ auf der Webseite der Mundio Mobile (Austria) Limited in deutscher Sprache 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.

B.5. Mundio Mobile (Austria) Limited 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.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Mundio Mobile (Austria) Limited“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Ab Zustellung dieses Bescheides bis 30.06.2010:	Cent 3,50
Vom 1.7.2010 bis 31.12.2010:	Cent 3,01
Vom 1.1.2011 bis 31.05.2011:	Cent 2,51
Ab 1.6.2011 bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 (bzw einer allfälligen sinngemäßen Nachfolgeregelung) betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in das öffentlichen Mobiltelefonnetz der Mundio Mobile (Austria) Limited:	Cent 2,01

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“.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.4.2009 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 11/09 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Amtssachverständige bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, „*ob auf den Vorleistungsmärkten für Terminierung von Gesprächen in das Mobilfunknetz der Lycamobile Ltd und in das Mobilfunknetz der [damaligen] Barablu Mobile Austria Limited gemäß § 1 Z 9 TKMV 2008 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei sind jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.*

Sollten die Amtssachverständigen Wettbewerbsprobleme identifizieren, werden die Amtssachverständigen beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw oder § 47 Abs 1 TKG 2003 aus wirtschaftlicher Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Dabei ist eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.

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

Betreibern von Telekommunikationsnetzen und -diensten, die über eine Bestätigung einer vollständigen Anzeige gemäß § 15 Abs 3 TKG 2003 bzw über eine Konzessionsurkunde nach dem TKG (1997) verfügen, wurde Parteistellung eingeräumt (ON 2).

Im September 2009 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten (ON 8) übermittelt.

Zu diesem Gutachten wurden Stellungnahmen übermittelt (ON 17, 18, 20). Am 11.11.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt (ON 24).

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 11/09:

Mundio Mobile (Austria) Limited, mobilkom austria AG, Hutchison 3G Austria GmbH, Telekom Austria TA AG, UPC Telekabel Wien GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH sowie Lycamobile Austria Limited.

Am 7.12.2009 wurde die Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission über eine Namensänderung der Barablu Mobile Austria Limited in Mundio Mobile (Austria) Limited in Kenntnis gesetzt.

Am 14.12.2009 wurden ein Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen (ON 33) und die Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 durchgeführt.

Am 13.1. und 11.2.2010 langten Stellungnahmen von mobilkom und der Europäischen Kommission ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Markt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz“

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.

2. Mundio Mobile (Austria) Limited als virtueller Mobilfunknetzbetreiber

Mundio Mobile (Austria) Limited (vormals Barablu Mobile Austria Limited; in weiterer Folge Mundio) ist ein virtueller Mobilfunknetzbetreiber („Mobile Virtual Network Operator“, MVNO): Als MVNO produziert Mundio Mobilfunkdienstleistungen und veräußert diese an Endkunden und/oder an Kommunikationsnetz- und Kommunikationsdienstbetreiber. Im Gegensatz zu Mobilfunknetzbetreibern (MNOs, wie mobilkom austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH sowie Hutchison 3G Austria GmbH) betreibt Mundio als MVNO selbst – da sie über keine Frequenznutzungsrechte verfügt – kein vollständiges Mobilfunknetz, sondern substituiert einen Teil der Mobilfunknetzinfrastruktur, nämlich das Funknetz, durch eine von einem Mobilfunknetzbetreiber (Gastnetz- oder Host-Betreiber) zugekaufte Vorleistung (National Roaming). Ein MVNO betreibt selbst zumindest ein Mobile Switching Center (MSC) und ein Home Location Register (HLR), für einen MVNO besteht die Notwendigkeit, sich mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern zusammenzuschalten. Ein MVNO erbringt die Leistung der Mobil-Terminierung.

Barablu Mobile Austria Limited hat am 1. März 2008 bei der RTR-GmbH ihren Dienst gemäß § 15 TKG 2003 angezeigt und ist Ende 2008 am Markt tätig geworden (vgl. ON 1: Schreiben der damaligen Barablu vom 27.2.2009, ON 8, 22). Am 7.12.2009 wurde eine Namensänderung bekannt gegeben. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass bei Mundio weitere (verfahrensrelevante) Änderungen vorgenommen wurden.

Der Hostnetzbetreiber der Mundio ist mobilkom austria AG (mobilkom). Mundio verfügt über alle Netzwerkelemente (HLR, MSC, SMSC,...), die einen virtuellen Mobilfunknetzbetreiber auszeichnen.

Mundio selbst verkauft keine Endkundendienstleistungen. Die Endkundendienstleistungen werden von Vectone Mobile Limited übernommen. Die Vectone Mobile Limited verfügt mit Ende des 1. Quartals 2009 bereits über mehr als 5.700 Teilnehmer. Sämtlich eingehender Verkehr der Vectone Mobile Limited wird zur Gänze von Mundio terminiert.

Die Leistung der Terminierung wird von Mundio in derselben Weise angeboten wie von einem „herkömmlichen“ Mobilfunknetzbetreiber. Mundio verrechnet seit Betriebsaufnahme als MVNO für die Leistung der Terminierung in ihr Mobilnetz Mobilfunkterminierungsentgelte an andere Betreiber. Zu diesem Zweck hat Mundio Zusammenschaltungsvereinbarungen geschlossen (vgl. ON 1, 8).

3. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetzen der Mundio“

3.1. Markteintrittsbarrieren

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

3.2. Marktanteile und Größenverhältnis

a. Der gegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz ist ein Monopolmarkt, der relative Marktanteil liegt daher konstant bei 100%.

Die absolute Größe des betreiberindividuellen Terminierungsmarktes ist nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation. Die Größe des einzelnen Terminierungsmarktes entspricht im Wesentlichen dem Marktanteil am Endkundenmarkt.

b. 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 Marktmachtindikatoren: 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.

3.3. 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 ist ausgeschlossen, dass die Nachfrage nach Mobilterminierung hinreichend elastisch ist, um einen Monopolanbieter von Terminierungsleistungen in seinem Preissetzungsverhalten zu restringieren.

3.4. 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.

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

b. Ein Vergleich der Entgelte zeigt, dass die von Mundio im ersten Quartal 2009 verrechneten Entgelte (der gewichtete Durchschnitt liegt bei Cent 6,9) erheblich über den regulierten Terminierungsentgelten der anderen Mobilbetreiber (Cent 4,5) und dem (langfristig) kosteneffizienten Niveau der Mobil-Terminierungsleistung („LRAIC eines effizienten Betreibers“ in der Höhe von Cent 2,71 für das Jahr 2009 sowie Cent 2,01 für das Jahr 2010) lagen.

c. Die durchschnittlichen Mobilterminierungsentgelte in Europa zeigen einen sinkenden Trend: Das durchschnittliche Niveau der Terminierungsentgelte ist bis zum Oktober 2008 auf 68% des Niveaus von Oktober 2005 gesunken.

3.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

Ein Nachfrager hat nur dann Verhandlungsmacht, wenn er über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotenzial verfügt, dh 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 erheblich einschränkt.

Die nachfrageseitige Verhandlungsmacht vermag unter Zugrundelegung unterschiedlicher Konstellationen keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum der Mundio auszuüben. Überdies geben die Situation des Marktes, die Besonderheit der Terminierungsleistung und die voraussehbare technische Entwicklung auf die absehbare Zeit von zwei Jahren keine Anhaltspunkte dafür, dass eine grundlegende Änderung der Verhandlungspositionen, der Interessen und des einsetzbaren Instrumentariums zu erwarten wäre.

3.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- I. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.

- II. 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 Tarifsysteem 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 relativen Inelastizität der Nachfrage konfrontiert. Diese ist jedenfalls nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfrage 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 vernachlässigbaren) Teil der Mobilfunkteilnehmer geben, für den die Kosten der Erreichbarkeit ein Entscheidungskriterium für die Netzauswahl darstellen, 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 nieder.

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, dh 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):

3.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

Derzeit existieren nur eingeschränkt Substitutionsbeziehungen zwischen Festnetz- und Mobilnetztelefonie, weswegen es zwischen reinen Mobilfunk- und reinen Festnetzbetreibern Wettbewerb nicht im selben Ausmaß wie zwischen Mobilbetreibern gibt. Daneben ist festzuhalten, dass Festnetzterminierungsleistungen einer Preisregulierung unterliegen.

Der wesentlichste Anreiz für die Preissetzung resultiert aus dem Kalkül, die Margen der Terminierungsleistung zu maximieren. Ein profitmaximierender Mobilnetzbetreiber wird die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises setzen und zwar unabhängig davon, wie kompetitiv der Mobilfunkendkundenmarkt ist. In einem kompetitiven Mobilfunkendkundenmarkt, wie er in Österreich derzeit gegeben ist (weshalb er auch nicht als ein Markt identifiziert wurde, der für die sektorspezifische Regulierung in Betracht kommt), 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 – 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.

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 der betreiberindividuellen 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) „Durchschnittspreis 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 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 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.

Ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber wird 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 Endkundertarifen, etc) verzehrt. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht die (insgesamt erwirtschafteten) „Übergewinne“

(Preise über Kosten) von Mobilbetreibern, sondern die Marktverzerrungen (Wohlfahrtsverluste) im Zusammenhang mit Gesprächen von Fest- in Mobilnetze bzw die Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzteilnehmer.

3.6.2. 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. Dies ist nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. 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.

Theoretische Modelle zeigen, dass unter engen Symmetrieanahmen, die derzeit in Österreich nicht gegeben sind, Mobilfunkbetreiber bei starker *On-Net-/Off-Net*-Diskriminierung rationalerweise (weil dies gewinnerhöhend wirkt) gemeinsam ein Terminierungsentgelt unter den Terminierungskosten vereinbaren sollten. Die Terminierungsentgelte sind damit geringer als das wohlfahrtsökonomisch effiziente Preisniveau (dh die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung). Dies hätte wiederum allokativ Ineffizienzen (verzerrte Preise) zur Folge. Im Ausgleich zu den zu geringen Offnet-Tarife, sind andere Aktivtarife (wegen *Waterbed*-Effekt und Wettbewerbsdämpfung) zu hoch.

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 (zB 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) mit wesentlich höheren durchschnittlichen Grenzkosten konfrontiert ist, 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. 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 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 (zB 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 zwischen etwa gleich großen Mobilunternehmen nicht so eindeutig gegeben sind, wie bei der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetzen oder zwischen großen und kleinen Mobilfunkunternehmen. Das – für einen entwickelten Wettbewerbsmarkt – wesentlichste Wettbewerbsproblem innerhalb des Mobilfunks (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, verliert dieses Problem mit zunehmender Anzahl an Teilnehmern an Bedeutung, bleibt aber relevant für (mögliche zukünftige) Markteinsteiger (zB MVNOs). Für große etablierte Betreiber, die einen einigermaßen symmetrischen 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.

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

Durch Preisdiskriminierung zwischen *On-Net-* und *Off-Net-Anrufen* 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-Anrufe* keinen unmittelbaren Nutzen.

Um Nachfragenachteile durch preisinduzierte Netzwerkexternalitäten zu kompensieren, muss ein kleiner Betreiber entsprechende Tarifpakete schnüren (zB besonders niedrige *On-Net-Tarife*). Dies ist aber umso schwerer möglich, je höher die Kosten für netzexterne Anrufe – dh 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 (zB *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 auf die Marktphase und 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 zu führen.

3.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

Festnetz- und Mobilnetzmärkte sind (derzeit) getrennte Märkte, es gibt jedoch in zunehmendem Maß 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.

Die rückläufige Zahl an Festnetzanschlüssen sowie die sinkenden Gesprächsminuten am Festnetzendkundenmarkt bestätigen, dass es eine Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen 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-zu-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 überhöhter Fest-zu-Mobil-Mobilterminierungsentgelte (dh durch das Festnetz) subventioniert werden kann.
- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie zB bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks*, etc), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreiber erheblich verschlechtert.

Ein Beispiel für einen komplementären Festnetz-Mobilfunkdienst ist die Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummer (ortsfester Netzabschlusspunkt) zu einer Mobilfunkrufnummer, wie sie zB im Rahmen der Produkte „mobile Nebenstellenanlage“ (von Orange Austria Telecommunications GmbH, „Festnetzersatz“, vgl <http://www.orange.at/Content.Node/business/festnetzersatz/>) oder „Replace“ (von T-Mobile Austria GmbH ebenfalls als „Festnetzersatz“ beworben, vgl <http://www.t-mobile.at/business/tarifangebote/Tarifooptionen/index.html>) 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.

3.6.5. MVNO

Es gibt keine Hinweise, dass ein MVNO in stärkerem Maße in seinem Preissetzungsverhalten restringiert wäre als ein „herkömmlicher“ Mobilfunknetzbetreiber. Ein MVNO schließt wie ein Mobilfunknetzbetreiber Zusammenschaltungsverträge mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern ab und hat letztlich die Kontrolle über die Zustellung von Anrufen an seine Teilnehmer. Zwar könnte ein Quellnetz- oder Transitbetreiber theoretisch den Anruf an einen Teilnehmer eines MVNOs direkt ins Netz des Gastnetzbetreibers routen. Allerdings ist realistischerweise nicht davon auszugehen, dass ein Gastnetzbetreiber auf Kosten seines Vertragspartners „cheatet“; dh durch günstigere Terminierungsentgelte als jene des MVNO Verkehr in sein Netz zieht, um seine Erlössituation zu verbessern. Eine solche Strategie würde darüber hinaus auch voraussetzen, dass der Gastnetzbetreiber Zugang zu bestimmten Informationen des vom MVNO kontrollierten HLR hätte. Es gibt auch keine empirische Evidenz dafür, dass Mundio gezwungen wäre, signifikant niedrigere als die angeordneten Entgelte zu verrechnen (vgl dazu vielmehr die Feststellungen zu den höheren Mobil-Terminierungsentgelten der Mundio, Punkt B.3.4.b.).

4. Wettbewerbsprobleme:

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

Wettbewerbsproblem 1: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer. Dieses Wettbewerbsproblem ist das Wesentlichste.

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).

Wettbewerbsproblem 3: Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB weitere 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 steht die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Dieses Wettbewerbsproblem ist vor allem im Zusammenhang mit dem Markteintritt neuer Anbieter relevant. Da Mundio auf Grund ihrer derzeitigen Größe keine bzw nur geringe Möglichkeiten hat, Foreclosure Strategien gegenüber anderen Mobilbetreibern auszuüben, ist dieses Wettbewerbsproblem derzeit von geringer Relevanz.

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.

5. Zu den Abhilfemaßnahmen

Da der gegenständliche betreiberindividuelle Terminierungsmarkt ein resistenter Monopolmarkt ist, steht die Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten, insbesondere aber für die Endnutzer, im Vordergrund.

5.1. Transparenzverpflichtung

Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, die vertikale Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) zu verbessern und damit Transaktionskosten (zB 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 zB der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebotes) ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren.

Eine Transparenzverpflichtung (alleine) hat keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens, insbesondere nicht auf den Preis. 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 Website) über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.

5.2. 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, den genannten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, da diese Verpflichtung keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf seinem betreiberindividuellen 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.

5.3. 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 (zB 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 (dh die Verweigerung der Zusammenschaltung) auch als strategisches Instrument zur Beschränkung von Wettbewerb gegenüber kleineren neu in den Markt eintretenden Betreibern (zB 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“).

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 nicht geeignet, alle identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

5.4. 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 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 in 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 (zB Streitschlichtung) dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefolgt wird, ist 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 (Festnetz- 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) 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 „Zugangsverpflichtung“, „Transparenzverpflichtung“ 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 (uU 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 hat 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 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.

5.5. 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-/Quersubventionierungs-/Verdrängungsprobleme 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 das 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).

Dem Ansatz der „kostenorientierten Entgelte“ ist 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 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 zB 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 zB 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 „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 (zB 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. Dieser setzt voraus, dass die Unternehmen einen gegebenen Output hinreichend effizient produzieren (dh 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 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 (dh marktübliche) Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen ist.

Am 15.06.2009 hat die Telekom-Control-Kommission mit vier Bescheiden zu M 1/08 (ON 284 bis 287) die Terminierungsentgelte der Mobilfunkbetreiber mobilkom austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH sowie Hutchison 3G Austria GmbH festgelegt und die konkrete Verpflichtung zur „Orientierung an den Kosten eines effizienten Betreibers iSv LRAIC“ über eine schrittweise Heranführung der Terminierungsentgelte an die LRAIC des Betreibers mit den niedrigsten Kosten (Hutchison 3G Austria GmbH) operationalisiert. Dieser „Gleitpfad“ sieht vor, dass ab 1. Juni 2011 alle vier Mobilfunkbetreiber den Zielwert von 2,01 Cent pro Minute erreichen.

Im Konkreten wurden folgende Entgelte für die Leistung der Terminierung in die Mobilfunknetze der vier Mobilfunkbetreiber festgelegt:

<i>„Ab Zustellung dieses Bescheides bis 30.06.2009:</i>	<i>Cent 4,50</i>
<i>Vom 1.7.2009 bis 31.12.2009:</i>	<i>Cent 4,00</i>
<i>Vom 1.1.2010 bis 30.06.2010:</i>	<i>Cent 3,50</i>
<i>Vom 1.7.2010 bis 31.12.2010:</i>	<i>Cent 3,01</i>
<i>Vom 1.1.2011 bis 31.05.2011:</i>	<i>Cent 2,51</i>

Ab 1.6.2011 bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 (bzw einer allfälligen sinngemäßen Nachfolgeregelung) betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in das öffentlichen Mobiltelefonnetz der mobilkom [T-Mobile, Orange, Hutchison]:	Cent 2,01“
--	------------

Diese Entgelte werden von den Mobilnetzbetreibern zur Verrechnung gebracht.

Für die Preisregulierung eines MVNO ist nicht nur die Relation der Entgelte zu den Kosten relevant sondern auch die Relation zum Entgelt des jeweiligen Gastnetzbetreibers. Eine Regulierung, die MVNOs höhere Terminierungsentgelte zugesteht als jene des Gastnetzbetreibers, eröffnet Arbitragemöglichkeiten (so könnte zB ein Mobilfunknetzbetreiber zur Umgehung der Entgeltregulierung ein Tochterunternehmen gründen). Deshalb ist die Preiskontrolle so auszugestalten, dass die Terminierungsentgelte des MVNO nicht höher sind als die des jeweiligen Gastnetzbetreibers.

5.6. 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 die genannten 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.

5.7. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer spezifischer (Vorab-)Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.

C. Beweiswürdigung

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Mundio“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom September 2009 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 11/09*“). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und in die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilfunkterminierung gehen die Amtssachverständigen auf die Besonderheiten des MVNO Mundio sowie auf einzelne 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 dem konkreten Monopolmarkt eine Bedeutung haben können.

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 (Punkte 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens gehen die Amtssachverständigen aussagekräftig auf über 20 Seiten auf den Indikator der nachfrageseitigen Gegenmacht 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.

Die bloße Namensänderung der Barablu Mobile Austria Limited in Mundio Mobile (Austria) Limited hat keinen Einfluss auf die – auf der Grundlage des wirtschaftlichen Gutachtens betreffend (die damalige) Barablu Mobile Austria Limited – getroffenen Feststellungen. Es gibt keine Hinweise, dass es hinsichtlich der im Spruch genannten Verfahrenspartei andere (möglicherweise) verfahrensrelevante Änderungen gibt.

b. Die Feststellungen zu den mit Bescheiden zu M 1/08 angeordneten Mobil-Terminierungsentgelten (als spezifische Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003) sind amtsbekannt.

c. Auch die Feststellungen zu den Regulierungsoptionen gründen auf dem erwähnten Gutachten der Amtssachverständigen (Punkt 8.). Mögliche Regulierungsoptionen für die Mobil-Terminierungsleistung des MVNO Mundio werden aufgezeigt und gegeneinander abgewogen, bevor eine begründete Empfehlung ausgesprochen wird.

d. Gegen das wirtschaftliche Gutachten wurden von keiner der Verfahrensparteien Bedenken geäußert; vielmehr wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Meinung der Amtssachverständigen insbesondere bezüglich der Festlegung derselben Mobil-Terminierungsentgelte für Mundio, wie sie zu M 1/08 festgelegt worden sind, unterstützt wird (vgl die schriftlichen Stellungnahmen von mobilkom, ON 17, Hutchison, ON 18, Tele2, ON 20, sowie die Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission am 11.11.2009, ON 24).

D. Rechtliche Beurteilung

1. Marktdefinition der RTR-GmbH

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2008 idgF) als einer von mehreren nationalen Märkte definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003).

Diese (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die auf Grund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABI L 344/65 vom 28.12.2007).

2. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

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

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.7.2002): Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...] Da Beweise für oder Aufzeichnungen über vergangenes Verhalten oftmals fehlen dürften, muss sich die Marktanalyse hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz 70, 71).

3. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission näher bezeichnete Kriterien, die in § 35 TKG 2003 gelistet sind, zu berücksichtigen.

4. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Mundio (Spruchpunkt A.)

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

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ergibt sich damit, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („single dominance“) iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 zu prüfen ist.

Eine Untersuchung (im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung) von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass Mundio klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen (vgl dazu das Vorbringen der Hutchison vom 4.11.2009). Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung.

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

Aufgrund dieser Ausführungen, auf die im Folgenden im Detail eingegangen wird, gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Mundio als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 einzustufen ist und damit auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt kein effektiver Wettbewerb besteht. Es war somit unter Spruchpunkt A. gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 festzustellen, dass Mundio auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ über beträchtliche Marktmacht verfügt.

4.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

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 „andere Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

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

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

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.

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

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

Ein (weiterer) wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht für eine marktbeherrschende Stellung der Mundio auf ihrem Mobil-Terminierungsmarkt.

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

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

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

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 Gesamtmarktnachfrage 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.

4.5. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren „Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich“

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.

Im Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt eine Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass Mundio 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.

Daneben zeigt ein Vergleich der Entgelte, dass die von Mundio verrechneten Entgelte sowohl deutlich über den regulierten Terminierungsentgelten der anderen Mobilbetreiber als auch erheblich über dem (langfristig) kosteneffizienten Niveau der Mobil-Terminierungsleistung gelegen sind (vgl die Feststellungen unter Punkt B.3.4.b. sowie die Stellungnahme der Hutchison vom 4.11.2009).

4.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen deutlich, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw auch nicht bestehen kann; als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt die nachfrageseitige Verhandlungsmacht. Wie die Feststellungen zeigen, kann – unter Berücksichtigung der allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003), zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) sowie die bestehenden spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 37 ff TKG 2003 für Festnetz- und Mobilfunkbetreiber (Bescheide zu M 8a-m/06 vom 5.2.2007 sowie zu M 1/08) – festgehalten werden, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum der Mundio auszuüben vermag.

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

5.1. Allgemeines

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich Verpflichtungen zur Gleichbehandlung (§ 38 TKG 2003), zur Transparenz (§ 39 TKG 2003), zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003), zur Gewährung des Zugangs zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003) sowie zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003) denkbar. Gemäß § 43 TKG 2003 sind Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer genauso zulässig wie Verpflichtungen zur Bereitstellung von Mietleitungen (§ 44 TKG 2003), Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten (§ 45 TKG 2003) und die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl gemäß § 46 TKG 2003. Gemäß § 47 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art 8 Abs 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs 4 der Zugangs-RL und in Art 17 Abs 2 der Universaldienst-RL, jeweils in den Fassungen vor dem „Review“).

5.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

5.2.1. 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).

Im Zusammenhang mit der Effektivität dieser Verpflichtung ist festzuhalten, dass eine solche keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht hat, insbesondere hat die Transparenzverpflichtung keinen Einfluss auf den Preis. Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen (vgl Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL).

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

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

5.2.2. 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, weswegen sie nicht auferlegt wird.

5.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (Spruchpunkt B.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. Unter Abs 2 leg cit werden die Möglichkeiten des Zugangs näher spezifiziert (darunter die Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen, vgl Art 12 Zugangs-RL).

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, dh effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung (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.

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.

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hat 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*“).

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen 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 Zugangsverpflichtung 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 mildern.

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 davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können. 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 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 Mundio „den bereits gewährten Zugang [in Form der Zusammenschaltung] nicht nachträglich verweigern“ (lit 3 leg cit) sowie gegebenenfalls die „Kollokation (zB 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. Hinsichtlich der Frage der Kostentragung ist auf § 49 Abs 3 TKG 2003 zu verweisen.

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 nämlich davon auszugehen, dass eine allgemeine rechtliche Bestimmung, die alle Kommunikationsnetzbetreiber trifft, 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.

5.2.4. Gleichbehandlungsverpflichtung (Spruchpunkte B.1., B.2., B.3., B.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 leg cit folgend wird der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl Art 9, 10 Zugangs-RL).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (*Stratil*, TKG 2003, Rz 1 zu § 38 TKG 2003).

5.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

5.2.4.1.1. Spruchpunkt B.1.

Im Kontext der Qualitätsdiskriminierung wurde festgestellt, dass Mundio als marktbeherrschendes Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken hat, die mittels einer Zugangsverpflichtung (alleine) nicht beseitigt 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 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht 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 („*level playing field*“). Dies stellt einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten sicher (vgl § 1 Abs 2 TKG 2003, Art 8 Rahmen-RL).

Vor diesem Hintergrund wurde unter Spruchpunkt B.1. eine Verpflichtung auferlegt, dass Mundio 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 greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs 2 leg cit) vorliegen, ergibt sich aus § 38 TKG 2003 und wurde zur Klarstellung aufgenommen.

5.2.4.1.2. Spruchpunkt B.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 Ziel 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. Eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes (betreffend Terminierung), das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, stellt keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – wegen der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) und zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – bereits vorliegen.

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 sowie Regelungen zu Verkehrsarten und Entgelten. Diese Bestandteile sind essentiell für die Realisierung der Zusammenschaltung und waren jedenfalls im Spruch vorzusehen.

Weitere Regelungen hinsichtlich Notrufe, private Netze, personenbezogene Dienste und sonstige Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzrufnummern für besondere Dienste) finden sich ebenso in Zusammenschaltungsverträgen und sind in das zu veröffentlichende SZA aufzunehmen, soweit sie angeboten werden. Diese weiteren Regelungen schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen.

Die Veröffentlichung eines (in deutscher Sprache abgefassten) Standardangebotes für die Leistung der Mobil-Terminierung ist auf der Unternehmenswebseite (bzw auf jener der Muttergesellschaft) vorzunehmen, 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.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung – 4 Wochen ab Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides – ist angemessen, da Erfahrungen im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen bereits bestehen und diese (im Regelfall) Basis für ein zu erstellendes SZA sind.

5.2.4.2. Preisdiskriminierung

5.2.4.2.1. Spruchpunkt B.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, dh 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.

Vor diesem Hintergrund wurde die Verpflichtung unter Spruchpunkt B.2. auferlegt, dass Mundio 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 („level-playing-field“ auf den jeweiligen Endkundenmärkten), 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 unverhältnismäßig iSd § 34 Abs 1 TKG 2003) festgestellt wurde.

5.2.4.2.2. Spruchpunkt B.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, festgestellt. Um diesem Wettbewerbsproblem zu begegnen und um ein wirksames Instrument gegen einen „Margin Squeeze“ („Preis-Kosten-Schere“) zu schaffen, 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 Rufnummer (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 an den „Festnetzarm“ erbracht werden: Erfasst werden jene Gespräche, die von einem über die Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten Netzabschlusspunkt (dh 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 Spruchpunkt B.3. angeordnet, dass Mundio gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, 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 Verpflichtung ist erfüllt, wenn die (eigenen) mit gegenständlichem Bescheid festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte über alle Tarife (bzw. Tarifgruppen) der Fest-Mobil-Konvergenz-Produkte abgedeckt sind. Eine Verpflichtung, die demgegenüber vorsieht, dass hinsichtlich jedes einzelnen Kunden die Mobil-Terminierungsentgelte seiner Gespräche vom Fest- in den Mobilarm seines Mobilfunkbetreibers gedeckt sein müssen, wird als zu weitreichend und damit unverhältnismäßig angesehen.

Es ist 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, dh 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.

5.2.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung (Spruchpunkte B.6.)

5.2.5.1. 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 dem gegenständlichen Monopolmarkt der Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Mundio) zu simulieren und somit den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen:

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

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

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 – 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 Mundio – 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 spezifischen Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

5.2.5.2. Zum angewandten Maßstab

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle begegnet dem identifizierten Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise direkt: Diese Maßnahme ist 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 eines effizienten Zugangspreises wird grundsätzlich sichergestellt, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (wie Datendienste oder 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.

Vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist der Auferlegung kostenorientierter Entgelte der Vorzug 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.

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.

Für die Beseitigung preislicher Wettbewerbsprobleme stellt die Bestimmung des § 42 TKG 2003 eine spezielle Norm dar. 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 ist zum Einen festzuhalten, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten

Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht. Zum Anderen ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, der zu Folge eine Differenzierung (Fest-zu-Mobil- und Mobil-zu-Mobil-Zusammenschaltung) innerhalb eines einheitlichen Marktes der gebotenen einheitlichen Beurteilung widersprechen könnte (vgl Erkenntnis vom 25.6.2008, 2007/03/0211). So differenziert auch die Marktabgrenzung iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 nicht zwischen unterschiedlichen Märkten (wie etwa Fest-zu-Mobil- und Mobil-zu-Mobil-Terminierung).

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden: Der 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.

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 der Diskriminierung und 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 grundsätzlich geeignet ist, die im Bereich von Netzwerkindustrien potentiell gegebenen bzw entstehenden wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Darüber hinaus geht auch die Europäische Kommission davon aus, dass für die Regulierung von Terminierungsentgelten ein Kostenrechnungsmodell iSd „long run incremental costs“ („pure LRIC“) heranzuziehen ist, welches sogar als noch strenger anzusehen ist (vgl Abs 1 der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), ABI 124/67 vom 20.5.2009, „Terminierungs-Empfehlung“).

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.

Ziel der Regulierung ist es, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen (vgl. Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG; § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003). 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“ in Kapitel 5.2.5.3.2, vgl. auch § 1 Abs 3 S 1 TKG 2003).

Eine betreiberindividuelle Marktabgrenzung 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 geht. 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.

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.

Um dem wesentlichsten der festgestellten Wettbewerbsprobleme Rechnung zu tragen, war somit eine Verpflichtung vorzusehen, dass Mundio 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.

5.2.5.3. Zur konkreten Umsetzung der Verpflichtung „LRAIC eines effizienten Betreibers“ für den MVNO Mundio

5.2.5.3.1. Gleichsetzung mit dem Mobil-Terminierungsentgelt des Hostnetzbetreibers

Die konkrete Operationalisierung der spezifischen Verpflichtung des MVNO Mundio gemäß § 42 TKG 2003, für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert, wird – wie bereits in der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zu M 13f/06 vom 18.12.2006 – dahingehend vorgenommen, dass das Terminierungsentgelt der Mundio jenem Terminierungsentgelt zu entsprechen hat, das der Hostnetzbetreiber der Mundio – mobilkom – erhält. (Auch) der Hostnetzbetreiber mobilkom wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.6.2009 zu M 1/08-284 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz festgestellt; unter anderem wurden für mobilkom bestimmte Mobil-Terminierungsentgelte (§ 42 TKG 2003) festgelegt: Cent 3,5 vom 1.1.2010 bis 30.06.2010, Cent 3,01 vom 1.7.2010 bis 31.12.2010, Cent 2,51 vom 1.1.2011 bis

31.05.2011 sowie Cent 2,01 ab 1.6.2011 bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom.

Mit der Bindung des Terminierungsentgeltes der Mundio an jenes Terminierungsentgelt, das ihrem Gastnetzbetreiber zukommt, wird jedenfalls die Einhaltung des Standards „LRAIC“ sichergestellt; darüber hinaus wird mit dieser Festlegung die besondere Position eines virtuellen Mobilfunkbetreibers berücksichtigt, der über keine kostenintensive eigene Funknetz-Infrastruktur verfügt.

Im Rahmen einer Zusammenschaltung zwischen einem MVNO und einem dritten Betreiber wird der weitaus größere und kostenintensivere Teil der Terminierungsleistung, dh der Gesprächszustellung an den Endkunden des MVNO, durch den National-Roaming-Partner vorgenommen, denn die Zustellung des Gespräches erfolgt nicht nur über Teilbereiche des Kernnetzes sondern auch über das Funknetz des Mobile Network Operators, im Fall der Mundio somit über das Funknetz der mobilkom. Die Kosten für ein bundesweites Mobilfunknetz liegen deutlich über den Kosten des Kernnetzes, welches Teil eines Mobilfunknetzes ist.

Somit wird die Zusammenschaltungsleistung zu einem umfassenden Teil vom Gastnetzbetreiber vorgenommen, weswegen die angeordnete Gleichsetzung der Zusammenschaltungsentgelte des MVNO Mundio mit dem Entgelt seines National-Roaming-Partners diesem Umstand Rechnung trägt.

Auf Seiten des MVNO sind für die Zusammenschaltung insbesondere die Kosten für die Vorleistung „Nationales Roaming“, die der MVNO vom Gastnetzbetreiber bezieht, sowie die Kosten seines eigenen Kernnetzes von Relevanz. Das National-Roaming-Verhältnis wurde zwischen Mundio und mobilkom privatrechtlich vereinbart.

Durch die Gleichsetzung des Terminierungsentgeltes der Mundio mit jenem des Gastnetzbetreibers werden jedenfalls wettbewerbsverzerrende Arbitragemöglichkeiten verhindert: Würde man einem MVNO höhere Terminierungsentgelte zugestehen als seinem Gastnetzbetreiber, so hätten andere Mobilfunknetzbetreiber zur Umgehung der Entgeltregulierung den Anreiz, ein Tochterunternehmen als MVNO zu gründen, um für den über den MVNO geführten (und gelenkten) Verkehr höhere Terminierungsentgelte zu lukrieren (vgl dazu auch die Stellungnahme der Hutchison vom 4.11.2009).

Eine Entgeltanordnung bzw spezifische Verpflichtung, die ein Terminierungsentgelt für den MVNO vorsieht, das geringer als jenes des Gastnetzbetreibers ist, hat zur Konsequenz, dass für einen MVNO die Leistungserbringung als Wiederverkäufer oder Enhanced Service Provider möglicherweise wirtschaftlich attraktiver ist. Eine solche Situation wäre vor dem Hintergrund abzulehnen, dass ein MVNO einen größeren Beitrag zur Vielfalt am Markt beiträgt als ein reiner Wiederverkäufer.

Grundsätzlich versteht sich die dargelegte spezifische Verpflichtung der Entgeltkontrolle als Preisobergrenze; Mundio steht es frei, ein Entgelt für die Leistung der Mobilterminierung in ihr Netz zu verlangen, das unter jenem ihres Hostbetreibers liegt. Dabei sind die weiteren spezifischen Verpflichtungen, wie jene zur Nichtdiskriminierung, zu beachten.

5.2.5.3.2. Einheitlicher Marktpreis für Mobilterminierung

Mit der Gleichsetzung des Mobil-Terminierungsentgeltes des MVNO Mundio mit jenem der mobilkom (und damit auch der anderen Mobilfunkbetreiber) wird ein einheitlicher Marktpreis für die Leistung der Mobil-Terminierung erreicht.

Grundsätzlich ist 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*“; 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 regelmäßig aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert.

In ihrer Terminierungs-Empfehlung führt die Europäische Kommission aus, dass Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch zu sein haben.

In einem Wettbewerbsmarkt ist 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 noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Die Terminierungsleistung ist nämlich ein homogenes Produkt (vgl. Erwägungsgrund 9 der Terminierungs-Empfehlung). 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. Auf einem Wettbewerbsmarkt können Betreiber keine höheren Endkundenpreise auf Grund höherer Vorleistungs-Kosten fordern.

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).

Vor diesem Hintergrund ist eine Festlegung unterschiedlich hoher Mobil-Terminierungsentgelte abzulehnen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, die Gefahr besteht, dass falsche Anreizstrukturen für Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg geschützt (bzw. subventioniert) werden (vgl. dazu auch die Erwägungen der Europäische Kommission in ihrer Terminierungs-Empfehlung). Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen (vgl. dazu auch die Stellungnahme der mobilkom vom 4.11.2009): 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.

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).

Soweit von Tele2 thematisiert wird (Stellungnahme vom 10.11.2009), dass die Mobil-Terminierungsentgelte auf das Niveau der Festnetz-Terminierungsentgelte abgesenkt werden müssten, ist zum Einen festzuhalten, dass die LRAIC eines effizienten Mobilfunkbetreibers derzeit auf einem höheren Niveau gelegen sind als die Festnetz-Terminierungsentgelte, weswegen von einer deutlicheren Senkung Abstand genommen wurde. Zum Anderen ist auszuführen, dass Anpassungen des Kostenmodells an die Vorgaben der Terminierungs-Empfehlung der Europäischen Kommission bereits begonnen wurden; eine Umsetzung der Empfehlung wird für die nächste Marktanalyse (im Jahr 2011) in Aussicht genommen. Da ein solches Modell derzeit jedoch (noch) nicht vorliegt, kann die Terminierungs-Empfehlung derzeit nicht umgesetzt werden (vgl dazu die Umsetzungsfristen in den Absätzen 10 und 11). Auf Grund der Notwendigkeit, den potentiellen Wettbewerbsproblemen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung rasch zu begegnen, ist gegenständliche Maßnahme aktuell auch ohne konkrete Umsetzung der Terminierungs-Empfehlung zu beschließen.

5.2.5.4. Zu den Entgelten ab 1.6.2011

Angeordnet wurde, dass ab 1.6.2011 bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich Mobil-Terminierung das festgelegte Entgelt in der Höhe von Cent 2,01 zur Anwendung zu kommen hat.

Diese Anordnung 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. Darüber hinaus war zu berücksichtigen, dass die Bescheide M 1/08-284, 285, 286, 287 vom 15.6.2009 eine korrespondierende Regelung enthalten und mit der vorgenommenen gleichen Regelung betreffend Geltungsdauer ein Gleichklang der zukünftigen Marktanalyse-Entscheidungen betreffend die (derzeit insgesamt fünf) betreiberindividuellen Märkte für Mobil-Terminierung herbeigeführt wird.

§ 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.

Um allfällige (zeitliche) Regelungslücken zu vermeiden sowie entsprechende Planungssicherheit einzuräumen, wurde das Entgelt ab 1.6.2011 nicht terminlich befristet. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Ergebnisse eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte für Mobil-Terminierung im zweiten Halbjahr 2011 vorliegen werden.

5.2.5.5. 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 diese Vorgangsweise der österreichischen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte als „nicht effektiv“ bezeichnet (Schreiben der Europäische Kommission vom 7.10.2004 zu M 15a-e/03, AT/2004/0099). Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem Erkenntnis vom 28.2.2007 zu M 15a-e/03 erkannt, dass diesen Bedenken der Europäische Kommission entgegen § 129 Abs 2 TKG 2003 nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde; der Verweis der Telekom-Control-Kommission auf den Vorrang der Privatautonomie wurde vom Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend angesehen (Zahl 2004/03/0210 vom 28.2.2007).

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der (regelmäßig strittigen) Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen (und damit den Bedenken der Europäische Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes 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 Mundio 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.

5.2.5.6. Zu den näheren Regelungen für die anzuwendenden Entgelte

Zu den konkret festgelegten Entgelten wurde festgelegt, 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.

6. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen

(§ 129 Abs 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

Im Rahmen der nationalen Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 ist lediglich eine Stellungnahme eingelangt: mobilkom austria AG führt in ihrem Schreiben vom 13.1.2010 aus, dass sie dem Entwurf einer Vollziehungshandlung (vom 14.12.2009) „zustimmt“.

Die Europäische Kommission hat im Rahmen der Koordination am 11.2.2010 eine Stellungnahme übermittelt: In dieser führt sie eingangs aus, dass sie die Bestrebungen der Telekom-Control-Kommission auf Senkung der Mobilterminierungsentgelte (von MNOs und MVNOs) auf ein Niveau, das den Kosten eines effizienten Betreibers entspricht, begrüßt.

Unter Verweis auf das abgeschlossene Verfahren iSd § 129 TKG 2003 zu AT/2009/0910 (Koordination von Entwürfen von Vollziehungshandlungen zu M 1/08) weist die Europäische Kommission darauf hin, dass jede inhaltliche Änderung eines notifizierten Maßnahmenentwurfes, die in Folge von Stellungnahmen interessierter Parteien im Zuge der nationalen Konsultation (§ 128 TKG 2003) vorgenommen wurde, eine erneute Koordination iSd § 129 TKG 2003 erforderlich macht, in der jede inhaltliche Änderung zu begründen ist.

Aus den Stellungnahmen der mobilkom sowie der Europäische Kommission (der Zweitgenannten ist gemäß § 129 Abs 2 TKG 2003 weitestgehend Rechnung zu tragen) ergibt sich kein Änderungsbedarf der vorgesehenen Festlegungen, weswegen keine neuerliche Koordination zu erwägen war.

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 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 22.02.2010

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé