

M 13e/06-40

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 18.12.2006 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 13e/06 einstimmig folgenden

Bescheid

beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Hutchison 3G Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idgF über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. Hutchison 3G Austria GmbH werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

2.1. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.2. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ allen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.3. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die Hutchison 3G Austria GmbH ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der Hutchison 3G Austria GmbH, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der Hutchison 3G Austria GmbH erbracht werden.

2.4. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 bis 31.01.2007 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Dieses Standardangebot hat folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

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

2.5. Hutchison 3G Austria GmbH hat ihren Zusammenschaltungspartnern die Möglichkeit einzuräumen, Bedingungen von Verträgen betreffend die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz zwischen dem Zusammenschaltungspartner und Hutchison 3G Austria GmbH mit einer Frist von maximal 2 Monaten an jedem Tag schriftlich zu kündigen.

2.6. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

2.7. Hutchison 3G Austria GmbH hat 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.

3. Die der Hutchison 3G Austria GmbH mit Bescheid M 15e/03-30 vom 27.10.2004 auferlegten Verpflichtungen auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ werden – mit Ausnahme von Spruchpunkt 2.3. – gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheides aufgehoben. Die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.3. des Bescheides M 15e/03-30 vom 27.10.2004 wird mit 31.01.2007 gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

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

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

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

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 6.2.2006 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2006 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Im August 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (M 13e/06-2)

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, (vorläufig) davon auszugehen, dass (auch) Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden Hutchison) auf dem (eigenen) Vorleistungsmarkt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

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

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

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

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, das bisher zur Geschäftszahl M 13/06 geführte Verfahren gemäß § 39 Abs. 2 AVG in betreiberindividuelle Verfahren zu trennen. Das Hutchison betreffende Verfahren wurde somit zur Geschäftszahl M 13e/06 fortgeführt (ON 3).

Im September 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission ein Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt (ON 4). Dieses wurde Hutchison zur Stellungnahme übermittelt.

Am 4.10.2006 übermittelte Hutchison eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 9).

In weiterer Folge langte am 19.10.2006 eine Stellungnahme der Hutchison zum Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente ein (ON 13).

Am 6.11.2006 hat die Telekom-Control-Kommission einen Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen (ON 16), der Verfahrenspartei am 7.11.2006 übermittelt und die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 eingeleitet.

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

Im Rahmen der Konsultation übermittelte auch Hutchison am 4.12.2006 eine Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren.

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

Am 6.12.2006 übermittelte die Verfahrenspartei eine Stellungnahme; dieser ist eine „ergänzte“ Studie von Leo beigefügt. Per Email übermittelte Hutchison am 8.12.2006 eine „aktualisierte Fassung“ der Studie von Leo und ersucht um Berücksichtigung dieser an der Stelle der Fassung vom 6.12.2006. Am 12.12.2006 langt die aktualisierte Fassung vom 8.12.2006 auch in Form einer „Urkundenvorlage“ ein.

Am 15.12.2006 langt eine weitere Stellungnahme der Hutchison ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

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

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von 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.

Die Leistung der Terminierung ist eine Zusammenschaltungsleistung und spannt einen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt auf (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.

Hutchison betreibt ein öffentliches Mobiltelefonnetz, in welches terminiert wird.

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

2.1. Markteintrittsbarrieren

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

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

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

Unterschiede gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte; diese sind aber nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation (mögliche Auswirkungen auf die nachfrageseitige Gegenmacht werden gesondert behandelt).

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

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

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

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

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

2.4. Preissetzung, Bündelung und internationale Preisvergleiche

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

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

b. Die durchschnittlichen österreichischen Terminierungsentgelte liegen in einem europäischen Vergleich im unteren Mittelfeld, allerdings streuen die Terminierungsentgelte in kaum einem anderen Land so stark. Der Preisvergleich liefert empirische Evidenz für das zentrale Wettbewerbsproblem „überhöhter Entgelte“. Konkret zeigen die Daten, dass die unregulierten Entgelte über den (nach dem aktuellen europäischen Rechtsrahmen) regulierten Entgelten liegen.

Weiters zeigt ein Vergleich der durchschnittlichen Mobilterminierungsentgelte in Europa einen sinkenden Trend.

2.5. Nachfrageseitige Verhandlungsmacht

Notwendig für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig, wenn es für den Nachfrager rational ist, diese auch umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. Die Drohung ist umso effektiver, je höher die Kosten auf Seiten

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

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

Die nachfrageseitige Gegenmacht auf Mobilterminierungsmärkten – sowohl auf Endkunden- (eigene Kunden, Fremdkunden) als auch auf Vorleistungsebene – zeigt sich wie folgt:

2.5.1. Durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers

Selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) ist es nicht möglich, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Mobilbetreiber jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch andere Betreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und andere Produkte mit wesentlich geringeren Folgekosten zur Verfügung stehen, um den vom Unternehmen (Kunden) gewünschten Effekt zu erreichen. In den Szenarien, in denen das Interesse des Nachfragers an niedrigen Terminierungsentgelten potenziell am größten ist – die Fälle welche die unternehmensinterne Kommunikation aus unterschiedlichen Mobilnetzen in den Mittelpunkt stellen – tritt die Option kostengünstiger netzinterner Gespräche in den Vordergrund. Für Anrufe aus Festnetzen werden seitens des Mobilbetreibers gegebenenfalls Produkte angeboten, die entweder externe Festnetzgespräche durch *on-net calls* substituieren (z.B. *SIM-Gateways*) oder aber der Kunde hat die Möglichkeit, Teilnehmer des Festnetzarms des

betreffenden Mobilunternehmens zu werden und solcherart gegebenenfalls in den Genuss niedrigerer (externer, impliziter) Terminierungsentgelte zu kommen.

Es zeigt sich also, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens gegebenenfalls den Betreiber zu wechseln, glaubhaft gemacht werden kann (was angesichts eines Gesamtportfolios an Leistungen und der damit verbundenen Transaktions- bzw. Wechselkosten durchaus angezweifelt werden kann), keine nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte aus anderen Netzen besteht. In jedem Fall ist es für den Nachfrager wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver, andere Lösungen zu finden, die im Ergebnis die nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden (in Bezug auf die Terminierungsleistung) unterhöheln. Dies gilt nicht nur für einen einzelnen (großen) Kunden, sondern auch für eine Aggregation der Nachfragemacht.

Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Mobilbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden.

2.5.2. Durch Endkunden anderer Anbieter

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

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

2.5.3. Auf der Vorleistungsebene

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

2.5.3.1. Nachfragestruktur

Abgesehen von H3G und Tele2UTA ist jeder Mobilbetreiber selbst sein wichtigster Zusammenschaltungspartner: Mehr als die Hälfte der gesamten Mobilterminierungsminuten stammen aus dem eigenen Netz, 25% stammen von anderen Mobilnetzen, ca. 10% von Telekom Austria, 7,4% von alternativen Festnetzbetreibern und nur knapp 1,7% von ausländischen Zusammenschaltungspartnern.

Die größten Nachfrager sind neben den Mobilfunknetzbetreibern selbst, Telekom Austria, Tele2UTA, der Festnetzarm von T-Mobile, eTel und UPC Telekabel. Nur diese fünf Festnetzbetreiber beziehen einen Anteil von jeweils mehr als 1% des gesamten Mobilfunkterminierungsverkehrs. Lediglich Telekom Austria und der Festnetzarm von Tele2UTA verfügen über eine Nachfragemenge von größer 5% der Gesamtnachfrage.

2.5.3.2. Die Verhandlungsmacht von Verbindungsnetzbetreibern

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

In dieser Verhandlungssituation sind (praktisch) alle Verhandlungsvorteile auf Seiten des Mobilbetreibers: Der VNB hat abgesehen vom Konfliktpunkt (Zusammenschaltungsverhandlungen scheitern), keine Alternativen und die Verweigerung der Zusammenschaltung stellt ihn insgesamt – sogar im Falle der Zusammenschaltung mit einem sehr kleinen Mobilbetreiber – schlechter, als die Terminierungsleistung zum Monopolpreis zu beziehen, da seine Kunden einen (u.U. signifikanten) Teil der Teilnehmer nicht erreichen könnten. Die Konsequenzen würden von erheblichen Rückgängen der Endkumendumsätze bis zum Verlust der Geschäftsgrundlage (im Falle eines größeren Mobilbetreibers) reichen. Die Drohung, die Zusammenschaltung im Falle einer Nichtabsenkung der Terminierungsentgelte zu verweigern, ist daher wenig glaubwürdig. Im Vergleich dazu sind die negativen Konsequenzen eines Nichtzustandekommens einer Zusammenschaltungsvereinbarung für den Mobilbetreiber vernachlässigbar: Die Kunden des VNBs bleiben für ihn auf Grund der Zusammenschaltungsvereinbarung mit dem Originierungsnetzbetreiber erreichbar.

Der Verbindungsnetzbetreiber verfügt daher über keine Nachfragemacht, die den Anbieter von Mobilterminierungsleistungen im Preissetzungsverhalten restringieren könnte.

2.5.3.3. Die Verhandlungsmacht von Festnetzbetreibern mit angeschalteten Teilnehmern

Ein Festnetzteilnehmer mit angeschalteten Teilnehmern kauft nicht nur Mobilterminierungsleistungen, sondern verkauft seinerseits selbst Terminierungsleistungen an Mobilfunkbetreiber (*Two-way-Access*). Da Festnetzbetreiber nicht (bzw. nur eingeschränkt) mit Mobilbetreibern im Wettbewerb stehen, sind *Foreclosure-Anreize* von untergeordneter Bedeutung (vgl. jedoch die Feststellungen zur Festnetz-Mobilkonvergenz), zentral ist wiederum die Maximierung der Margen aus Terminierung. Sowohl Festnetz- wie Mobilnetzbetreiber werden daher ihrerseits versuchen, den Monopolpreis durchzusetzen und würden beide Zusammenschaltungspartner die Preise (ohne Verhandlung) einseitig festsetzen, würden sich jedenfalls Monopolpreise einstellen.

Die Frage ist, ob Verhandlungen (bei Abwesenheit von Regulierung) zwischen Mobilfunkbetreibern und Festnetzbetreibern mit eigenen Teilnehmern ggf. zu einem anderen Ergebnis führen können (grundsätzlich wären natürlich beide an geringen Einkaufspreisen interessiert). Beide Verhandlungspartner verfügen über keine nennenswerten Alternativen zur Terminierung im jeweils anderen Netz. Handelt es sich um große Betreiber mit einer kritische Masse an Teilnehmern, ist auch die Nichteinigung (bzw. Verzögerung der Verhandlung) keine Option. Eine solche Strategie hätte für beide Verhandlungspartner erhebliche negative Auswirkungen, weshalb im Konfliktfall einer Nichteinigung beide Betreiber den vom Verhandlungspartner unilateral festgesetzten Monopolpreis akzeptieren würden (anstatt die Zusammenschaltung zu beenden). Im Gegensatz zum Verbindungsnetzbetreiber kann der Teil-

nehmernetzbetreiber dem Mobilbetreiber aber drohen, seinerseits hohe Terminierungsentgelte (rationalerweise Monopolpreise) zu verrechnen, wenn der Mobilbetreiber die Terminierungsentgelte nicht senkt. Diese Drohung ist aber nur dann glaubwürdig, wenn der Festnetzbetreiber seinerseits nicht ohnehin auch den Anreiz hätte, den Preis auf der Höhe seines Monopolpreises zu setzen. Da aber der Mobilbetreiber davon ausgehen muss, dass es für den Festnetzbetreiber in jedem Fall auch rational ist, den Monopolpreis zu setzen, ist eine solche Drohung wenig glaubwürdig. Allenfalls dann, wenn beide Betreiber die mit dem Terminierungsmonopol verbundenen Renten auf der Endkundenebene abschöpfen könnten, wäre es vorstellbar, dass sie sich auf der Vorleistungsebene gemeinsam auf kosteneffiziente Preise einigen. Dies würde allerdings voraussetzen, dass auf der Endkundenebene (sowohl im Festnetz- wie im Mobilnetzbereich) Monopolstrukturen vorliegen. In diesem Fall profitieren beide Betreiber von kostengerechten Terminierungsentgelten, weil sie dadurch – das auch für sie nachteilige – Problem der *double marginalization* neutralisieren können. Im Falle kompetitiver Endkundenmärkte (bzw. regulatorischer Verpflichtung bezüglich der Weitergabe von Vorleistungspreisen) ist davon auszugehen, dass sich Festnetz- und Mobilbetreiber, die beide über eine kritische Masse an angeschalteten Teilnehmern verfügen, in einem regulierungsfreien Umfeld auf den „logischen Fokuspunkt“ (nämlich den jeweiligen Monopolpreis) verständigen werden. Beiden Seiten fehlen schlicht die Alternativen, um Nachfragemacht durchzusetzen.

Gegebenfalls etwas anders zu bewerten ist die Verhandlungssituation (bei Abwesenheit von Regulierung) zwischen einem großen Festnetzbetreiber (mit vielen angeschalteten Teilnehmern) und einem kleinen Mobilbetreiber bzw. Neueinsteiger. In diesem Fall hätte der Festnetzbetreiber Alternativen, um seinem Nachfrageinteresse Nachdruck zu verleihen, indem er dem Mobilbetreiber droht, die Zusammenschaltung zu verweigern bzw. zu verzögern oder seinerseits (prohibitiv) hohe Terminierungsentgelte in Rechnung zu stellen. Eine solche Strategie ist nur dann glaubwürdig, wenn der damit verbundene Schaden für den Festnetzbetreiber gering ist bzw. der Gewinn aus niedrigen Mobilterminierungsentgelten (der sich bei Betreibern mit wenigen Teilnehmern in Grenzen hält) den möglichen Schaden (Nichterreichbarkeit von mobilen Teilnehmern) übersteigt. Diese Frage ist allenfalls bei sehr kleinen Mobilbetreibern bzw. Neueinsteigern (noch ohne Teilnehmer) nicht rein hypothetisch: Selbst der zweitgrößte Festnetzbetreiber, der gleichzeitig auch der kleinste Anbieter von Mobilterminierung ist, kontrolliert um ein Vielfaches mehr (für die Terminierung relevante) angeschaltete Mobil- als Festnetzteilnehmer. Abgesehen davon, dass die Nichterreichbarkeit von mehreren 100.000 Teilnehmern auch für die Telekom Austria ein massives Imageproblem zur Folge hätte, verfügt gerade die Telekom Austria über keine Verhandlungsmacht, da die Bedingungen der Zusammenschaltung mit der Telekom Austria (als notwendige Voraussetzung für Wettbewerb auf Festnetzendkundenmärkten) reguliert sind.

2.5.3.4. Die Verhandlungsmacht von Mobilbetreibern

Im Zentrum der Verhandlungen zwischen zwei Mobilfunkbetreibern stehen die Auswirkungen auf die individuellen Wettbewerbspositionen der Unternehmen. Handelt es sich um etablierte Mobilbetreiber (mit einer kritischen Teilnehmerzahl) haben beide Verhandlungspartner – wie im Fall des Festnetzbetreibers mit eigenen Teilnehmern – keine wirklichen Alternativen zur Zusammenschaltung. Die Nichtzusammenschaltung ist für beide keine Alternative, (unilateral festgesetzte) beidseitige Monopolpreise ein „logischer Fokuspunkt“ bei den Verhandlungen.

Die Verhandlungsinteressen sind primär davon abhängig, wie die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Terminierungsentgelte verteilt sind. Bei ähnlicher Netzgröße (ähnlichen Kosten) und symmetrischem Verkehr sind beide Betreiber unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts. In solchen Fällen können Verhandlungen zu kosteneffizienten, reziproken Mobil-Mobil-Terminierungsentgelten führen, sie

könnten aber auch überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte zur Folge haben. Ein zentrales Element ist die Symmetrie des Verkehrs, nur wenn diese gegeben ist, kann keiner der Betreiber von überhöhten Terminierungsentgelten profitieren.

Die Verkehrssalden der drei großen Betreiber sind einigermaßen symmetrisch. In einem reinen Mobil-Mobil-Kontext wäre aus ökonomischer Sicht durchaus denkbar, dass diese Betreiber, insbesondere aber T-Mobile und Mobilkom (die auch annähernd gleich groß sind), sich auf ein kosteneffizientes Niveau der Terminierungsentgelte verständigen.

Bei stark asymmetrischem Verkehr ist die Profitneutralität jedenfalls verletzt. In diesem Fall hat der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (*net-inflow*) einen Anreiz, die Terminierungsentgelte über Kosten zu setzen, da ihm das einen *Access*-Überschuss aus Terminierung beschert – rationalerweise den *Access*-Überschuss maximierende Monopolpreise. Dies ermöglicht ihm nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern eine solche Preispolitik stärkt auch seine Wettbewerbsposition gegenüber dem Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt: Erstens hat der Konkurrent mit dem *Net-Outflow* – bei Preisen über Kosten – ein *Access*-Defizit (Preise auf Höhe der Kosten würden das *Access*-Defizit neutralisieren). Zweitens fällt der *Raise-each-others-cost*-Effekt beim Konkurrenten mit einem *Net-Outflow* deutlich höher aus als bei symmetrischem Verkehr. Drittens verfügt der Betreiber auf Grund der höheren Gesamtmarke aus Terminierungsleistungen über ein höheres „Budget“ für den Wettbewerb um Teilnehmer am Endkundenmarkt. Der Betreiber mit dem positiven Saldo hat also wenig Interesse, vom Monopolpreis abzuweichen. Damit ist eine Verhandlungslösung mit reziproken kostengerechten Entgelten auszuschließen. Im Gegensatz dazu, hätte der Betreiber mit dem negativen Verkehrssaldo – nicht zuletzt auf Grund des *Net-Outflows* ein gesteigertes – Interesse an (reziproken) kosteneffizienten Entgelten. Analog zum Festnetzbetreiber mit angeschalteten Teilnehmern hat er allerdings keine Verhandlungsmacht, diese durchzusetzen.

Anders zu bewerten ist die Verhandlungssituation – bei Abwesenheit von Regulierung – zwischen einem großen etablierten und einem kleinen Mobilbetreiber (mit einem relativ kleinen Kundenstamm) bzw. einem Neueinsteiger (noch ohne Teilnehmerbasis). In diesem Fall hat der etablierte Betreiber einen *Foreclosure*-Anreiz, d.h. er kann von einem Marktaustritt oder nicht-erfolgreichen Markteintritt profitieren. Das macht die Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern/verzögern oder prohibitiv hohe Preise in Rechnung zu stellen, glaubwürdig. Der etablierte Betreiber ist damit in der Lage, Preisdruck auf die Terminierungsentgelte des kleinen Betreibers auszuüben und niedrigere Terminierungsentgelte (als er diesem selbst in Rechnung stellt) durchzusetzen. Problematisch ist, dass für den etablierten Betreiber der Konfliktfall (Nichtzusammenschaltung) von Interesse sein kann und daher die Gefahr besteht, dass er bei Abwesenheit von Regulierung die Zusammenschaltung dazu nutzt, um den Markt für Neueinsteiger zu schließen. Dies kann aber nur dadurch verhindert werden, dass die Zusammenschaltung mit dem etablierten Betreiber reguliert wird, damit verliert aber dieser seine Verhandlungsmacht gegenüber dem kleinen Betreiber. Wie wesentlich diese Einschränkung ist, zeigen die bisherigen Erfahrungen mit kleineren Mobilbetreibern. Nicht nur in Österreich konnten diese über Jahre ein höheres Terminierungsentgelt verrechnen als ihre Konkurrenten, ohne offensichtlich hinreichendem Nachfragedruck seitens der Konkurrenten ausgesetzt gewesen zu sein.

2.5.3.5. Verbundene Unternehmen

Ein Festnetzbetreiber, der eigentumsrechtlich mit einem Mobilbetreiber verbunden ist, wird auf diesen Mobilbetreiber keine oder nur sehr eingeschränkt Nachfragemacht ausüben, da er damit die wettbewerbliche Position bzw. die Profitabilität des assoziierten Unternehmens negativ beeinträchtigen kann. Dies trifft in besonderem Maße auf den Festnetzbetreiber mit der

potenziell größten Nachfragemacht (Telekom Austria) im Verhältnis zum größten Mobilbetreiber (Mobilkom) zu, gilt aber auch für die Festnetzarmer von Tele2UTA und T-Mobile. Und in abgeschwächter Weise auch für eTel und UPC, da diese beiden Unternehmen im Bereich des Mobilfunks mit Mobilbetreibern Kooperationen unterhalten (eTel ist Airtime-Reseller auf dem Netz der One, UPC bietet in Kooperation mit One das Produkt „Take Two“ an) und daher kaum gegen die Interessen ihrer Kooperationspartner vorgehen werden.

2.5.3.6. Gesetzliche Verpflichtungen und Regulierungen

Eine wesentliche Voraussetzung für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig, wenn der Nachfrager auch im Stande ist, diese umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. In Ermangelung der Möglichkeit zu einem alternativen Anbieter zu wechseln, verbleibt dem Nachfrager die Verweigerung der Zusammenschaltung als eines der wenigen Instrumente zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen.

Demgegenüber normiert das TKG 2003 eine allgemeine Verpflichtung zur Zusammenschaltung; diese leitet sich aus dem volkswirtschaftlichen Interesse ab, die Any-to-Any-Erreichbarkeit sicherzustellen und Wettbewerb strukturell abzusichern. Damit werden die Betreiber in ihren Möglichkeiten, die Zusammenschaltung als Instrument zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen zu verwenden, stark eingeschränkt und Drohungen in Zusammenhang mit der Zusammenschaltung (z.B. Verweigerung) verlieren an Glaubwürdigkeit. Über diese allgemeine Interoperabilitäts-Verpflichtung hinaus hat die Telekom-Control-Kommission alle Teilnehmernetzbetreiber (Festnetz- und Mobilbetreiber) als marktbeherrschend auf ihren Terminierungsmärkten eingestuft und ihnen weitergehende Verpflichtungen (insbesondere auch eine Verpflichtung betreffend Entgelten) auferlegt. Damit verlieren diese ihre (potenzielle) Nachfragemacht – vor allem auch gegenüber kleinen Unternehmen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verpflichtung zur Interoperabilität bzw. Zusammenschaltung sowie die Verpflichtungen des Nachfragers in Zusammenhang mit einer marktbeherrschenden Stellung auf den Zusammenschaltungsmärkten die Nachfragemacht wesentlich einschränken.

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.
- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsystem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten wird ein Anbieter von Mobilterminierungsleistungen weder durch den Anrufer noch durch den Angerufenen in seinem

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

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

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

2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.6.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung

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

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

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

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

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

Terminierungsminuten, was wiederum heißt, dass der Betreiber im Fall überhöhter Terminierungsentgelte mit einem Access-Defizit konfrontiert ist (wie Hutchison 3G Austria GmbH). Viertens ist nicht davon auszugehen, dass sich in einem regulierungsfreien Umfeld reziproke Terminierungsentgelte einstellen würden.

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen einen Anreiz, die eigenen Terminierungsentgelte möglichst hoch zu setzen, gleichzeitig aber Terminierung zu möglichst geringen Preisen einzukaufen. In einem unregulierten Umfeld würde ein großer Betreiber gegenüber einem kleinen Betreiber bzw. Neueinsteiger auf Grund seiner Verhandlungsmacht höhere Entgelte durchsetzen können, was zur Folge hätte, dass sich die oben ausgeführten Kosten- und Nachfrage-Nachteile noch verstärken würden. Unregulierte Terminierungsentgelte sind ein perfektes Vehikel, um den Markteintritt von Konkurrenten zu be- und verhindern und um Marktmacht auf die Endkundenebene zu übertragen. Es ist schwer vorstellbar, dass bei einer freien Preisgestaltung der Terminierungsentgelte ein MVNO wie Tele2UTA (oder auch H3G) erfolgreich in den Markt hätte eintreten können.

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

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anreize für anti-kompetitives Verhalten bei der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung nicht so eindeutig gegeben sind, wie bei der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetzen. Das – für einen entwickelten Wettbewerbsmarkt – wesentlichste Wettbewerbsproblem (überhöhte Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument) hat wegen der in Österreich verwendeten Tarifsysteme keine nennenswerte Bedeutung. Allerdings können überhöhte Terminierungsentgelte als *Foreclosure-Instrument* (durch Praktizierung eines *Margin Squeeze*) gegen kleine Betreiber insbesondere aber Markteinsteiger eingesetzt werden. Bezüglich der kleinen Betreiber, die bereits am Markt aktiv sind (z.B. H3G), verliert dieses Problem mit zunehmenden Teilnehmern an Bedeutung, bleibt aber relevant für mögliche zukünftige Markteinsteiger (z.B. MVNOs). Für große etablierte Betreiber, die einigermaßen symmetrisch sind, verlieren die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte ihre strategische Bedeutung für den Endkundenwettbewerb. In einem reinen Mobil-zu-Mobil-Kontext ist daher durchaus denkbar, dass etablierte Mobilbetreiber – in einem unregulierten Umfeld – kosteneffiziente Terminierungsentgelte vereinbaren würden. Diese Erkenntnis ist allerdings eher theoretisch: Das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ist auf Grund von Arbitragemöglichkeiten relativ eingeschränkt. Mobilbetreiber würden (bzw. müssten) daher in der Praxis ihre Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte – bei freier Preisbildung – an den (regulierten) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten.

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

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

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

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

Während im Rahmen der letzten Marktanalyse (Verfahren zu M 15/03) am österreichischen Markt deutliche Unterschiede zwischen jenen Terminierungsentgelten, die für Gespräche aus anderen Netzen in Mobilnetze zu zahlen sind, und den impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne Gespräche festgestellt wurden, ist nunmehr eine gewisse Trendumkehr erkennbar: Zum einen ist die Spreizung auf Grund der Absenkung der (externen) Terminierungsentgelte zurückgegangen. Zum anderen ist eine Abkehr von der *On-Net-/Off-Net-Preisdifferenzierungspolitik* erkennbar, wie einige in jüngster Zeit lancierten Tarifmodelle zeigen.

2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

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

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

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

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

- Überhöhte Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelte verstärken/beschleunigen die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte Fest-Mobil-Terminierungsentgelte ändert die Preisrelationen zwischen Festnetz- und Mobilfunkleistungen. Dies hat zur Folge, dass Festnetzleistungen – in einem von der Grenzrate der Substitution abhängigen Ausmaß – durch relativ billiger gewordene Mobilfunkleistungen substituiert werden. Preisinduzierte Netzwerkexternalitäten, die durch ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *On-Net-Calls* und jenen für *Off-Net-Calls* verursacht werden, verstärken diesen Effekt noch.
- Das Quersubventionierungspotenzial durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte kann und wird von Mobilfunkbetreibern genutzt, um spezifische Produkte zu schnüren, die es ihnen erlauben in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Mit Produkten, wie „mobile Nebenstellenanlage“, versuchen die Mobilfunkbetreiber für bestimmte Zielgruppen ein dem Festnetz ähnlicheres Produkt anzubieten. Ein wichtiges Element dabei ist, dass die Nutzer (in diesem Fall Mitarbeiter eines Unternehmens) mobil unter einer geografischen Rufnummer erreichbar sind. Dafür verzichten die Mobilfunkbetreiber auf das (deutlich) höhere Mobilterminierungsentgelt. Es handelt sich um ein Geschäftsmodell, das sich (insbesondere) dann rechnet, wenn die Differenz aus Fest- und Mobilterminierungsentgelten mittels überhöhten Fest-Zu-Mobil-Mobilterminierungsentgelten (d.h. durch das Festnetz) subventioniert werden kann.
- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie z.B. bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks, etc.*), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreiber erheblich verschlechtert.

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

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

3. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:

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

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

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

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

4.1. Transparenzverpflichtung

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

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

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

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

4.2. Getrennte Buchführung

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

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

4.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

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

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

Eine solche Verpflichtung ist wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung – die Sicherstellung der „Any-to-any-Erreichbarkeit“ – als verhältnismäßig zu betrachten. Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen – nicht zuletzt auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten (positive Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen für den einzelnen Konsumenten mit der Größe des

Netzwerks steigt) – klar die Effizienzgewinne durch Interoperabilität. Zu den Effizienzgewinnen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen (Netzwerk-externalitäten), die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (z.B. Endgeräteproduktion), Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

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

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

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

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

4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

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

Qualitätsdiskriminierung

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

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

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

Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

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

In den Fällen von a.) und b.) kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem (nachgelagerten) Endkundenmarkt führen. Besonders relevant ist Fall a.), da der Anreiz einer solchen Preisdiskriminierung vor allem im Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen und strategischen Partnerschaften gegeben ist. Da das potenziell marktbeherrschende Unternehmen auf Grund der spezifischen Regulierungssituation in Österreich (grundsätzlich privatrechtliche Verträge und subsidiäre hoheitliche Festlegung der Terminierungsentgelte) in der Lage ist, (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben, stellt ein „externes Diskriminierungsverbot“ effektiv sicher, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern die selben Konditionen mit selbem Wirkungsbereich 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 (u.U. überhöhten) Preis beziehen und damit ein *level-playing-field* für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung ist ein „internes/externes Dis-

kriminierungsverbot“ 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“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der Festnetzbetreiber einem *Margin Squeeze* ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw. auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen (Wettbewerbsproblem 4). Dies kann durch die Auferlegung einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung (betreffend Produkte wie „mobile Nebenstellenanlagen“) in der Form, dass der Mobilbetreiber „seinem Festnetzarm“ die Leistung Terminierung zu den gleichen Konditionen anzubieten hat, wie einem externen Festnetzbetreiber (unter der zusätzlichen Bedingung, dass der Mobilbetreiber auf Basis dieses internen Transferpreises einen kostendeckenden Endkundenpreis anzubieten vermag), unterbunden werden. Wiederum zweckmäßig ist eine Einschränkung der Verpflichtung auf jene Fälle, wo Diskriminierungspraktiken sachlich ungerechtfertigt sind und diese negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (wie eben bei der Anrufumleitung in Zusammenhang mit dem Produkt „mobile Nebenstellenanlage“).

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

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

4.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

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

Der effiziente Zugangspreis stellt sicher, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von On-

net-Tarifen) eingesetzt werden könnten. Eine solche Verpflichtung begegnet der Natur des wesentlichsten identifizierten Wettbewerbsproblems, nämlich dem Problem „überhöhter Entgelte“.

Für die Festlegung eines Terminierungsentgeltes ist eine Preisermittlungsmethode anzuwenden. In diesem Zusammenhang sind folgende Ansätze möglich:

1. kostenorientierte Entgelte (*Cost Plus Regulation*)
2. ECPR (*Efficient Component Pricing*)
3. Benchmarking (Vergleichspreise)

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

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

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

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

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

Die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung ist dann als verhältnismäßig zu betrachten, wenn es kein anderes (gelinderes) Mittel gibt, das ebenfalls geeignet ist, die

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

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

Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC). Die LRAIC sind die inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten.

In den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05, Z 13/05, Z 14/05 wurde die auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung über einen „Gleitpfad“ operationalisiert; dieser sieht vor, dass bis spätestens Ende des Jahres 2008 alle Mobilfunkbetreiber den einheitlichen Zielwert, der in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ liegt, erreichen. Aus ökonomischer Sicht gibt es keinen Grund von diesem „Gleitpfadmodell“ abzuweichen. Die wesentlichsten Argumente, auf denen dieses Modell, das die festgestellten wettbewerblichen Defizite beseitigen soll, basiert – Vermeidung disruptiver Eingriffe, Planungssicherheit für Marktteilnehmer, temporärer Investitionsschutz, Sicherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen, First-Mover- und Größenvorteile – sind aus ökonomischer Sicht nach wie vor valide.

4.6. Differenzierung von Verpflichtungen

Ausgehend von den festgestellten strukturellen Besonderheiten bei der Mobilfunkterminierungsleistung und den Unterschieden zwischen der Fest-Mobil- und der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung ist festzustellen, dass aus ökonomischer Sicht die Verpflichtungen alle Fest-Mobil-Terminierungsleistungen und darüber hinaus für den Zeitraum bis zum Abschluss der nächsten Marktanalyse auch für die Mobil-Mobil-Terminierung gelten sollen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

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

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

identifizierten Marktfehler ist daher keine Differenzierung der eingesetzten Instrumente aus ökonomischer Sicht rechtfertigbar.

4.8. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

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

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

5. Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden

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

Land	SMP	Preisregulierung	
		ja?	wie?
AT	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRAIC
BE	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
CY	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung (LRIC) für großen Betreiber, faire und angemessene Preise für kleinen Betreiber
CZ	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Price Cap, FAC
DE	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
DK	alle Betreiber	<input type="checkbox"/> *	Benchmarking mit SE, NO u. FI
EE	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, Benchmarking mit CY, LT, FI
ES	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FDC
FI	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung **
FR	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FAC
GR	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
HU	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC
IE	alle bis auf H3G***	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung
IT	alle Betreiber	<input type="checkbox"/> *	Kostenorientierung, LRIC
LT	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FL-LRAIC ****
LU	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Benchmarking international
MT	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, Benchmarking EU
NL	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, FL-LRIC
PL	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung**
PT	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Benchmarking (IRG Mitglieder)

Land	SMP	Preisregulierung	
		ja?	wie?
SE	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC für 3 große Betreiber, für MVNO und kleinen Betreiber Verpflichtung zu angemessenen Preisen
SI	alle Betreiber	<input type="checkbox"/> *	Benchmarking mit Retail On-Net Preisen für größten Betreiber, für zweitgrößten Verpflichtung zur Absenkung
SK	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Preiskontrolle **
UK	alle bis auf H3G***	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC

* Preisregulierung nicht für alle M(V)NOS

** keine nähere Spezifizierung

*** SMP Stellung für H3G von der Berufungsinstanz aufgehoben

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

6. Mobil-Endkunden-Preise

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

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

7. Übersicht der zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte

Mit den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05, Z 13/05, Z 14/05 wurden folgende Mobil-Terminierungsentgelte festgelegt:

Mobilkom	T-Mobile	One	Tele.ring	Hutchison
Bis 31.10.2005 Cent 10,86	Bis 31.10.2005 Cent 13,18	Bis 31.10.2005 Cent 13,80	Bis 31.12.2005 Cent 13,80	Bis 31.12.2005 Cent 19,62
1.11.2005– 31.12.2005 Cent 10,34	1.11.2005- 31.12.2005 Cent 12,66	1.11.2005- 31.12.2005 Cent 13,28		
1.1.2006- 30.6.2006 Cent 9,34	1.1.2006-30.6.2006 Cent 11,66	1.1.2006-30.6.2006 Cent 12,28	1.1.2006- 30.6.2006 Cent 12,80	1.1.2006- 30.6.2006 Cent 17,79
1.7.2006- 31.12.2006 Cent 8,34	1.7.2006- 31.12.2006 Cent 10,66	1.7.2006- 31.12.2006 Cent 11,28	1.7.2006- 31.12.2006 Cent 11,80	1.7.2006- 31.12.2006 Cent 15,95

Im Zusammenhang mit der Genehmigung der Fusion T-Mobile und tele.ring wurde festgelegt, dass für tele.ring ab Vorliegen der telekommunikationsrechtlichen und fusionskontrollrechtlichen Freigabe der Fusion ab dem darauf folgenden Monatsersten (d.h. ab 1.5.2006) jene Entgelte zur Anwendung kommen, die für T-Mobile festgelegt wurden.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht sowie den Ergebnissen von Marktanalysen anderer europäischer Regulierungsbehörden, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Stefan Felder, Mag. Paul Pisjak, Mag. Reinhard Neubauer sowie DI Dietmar Zlabinger vom August 2006 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 13/06*“).

Der internationale Vergleich der Marktanalyse-Verfahren aus dem wirtschaftlichen Gutachten vom August 2006 war hinsichtlich der Zeile „Italien“ dahingehend zu korrigieren, als Hutchison in diesem Land zwar als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt, ihr aber keine Verpflichtung hinsichtlich einer Preisregulierung auferlegt wurde. Dies ergibt sich aus dem Verfahren der italienischen Regulierungsbehörde AGCOM gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG zu IT/2005/0316 (vgl. dazu die zum Akt genommene Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 23.12.2005 gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2002/21/EG zu SG-Greffe (2005) D/207789).

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

Die Feststellungen zu den durchschnittlichen impliziten Endkundenentgelten der Mobilbetreiber sind amtsbekannt und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht. Soweit Hutchison in diesem Kontext vermeint, dass diese Daten aus den Datenlieferungen gemäß der Kommunikations-Erhebungs-Verordnung stammen und diese Daten deswegen kritisch zu beurteilen wären, ist festzuhalten, dass die Daten, aus denen die Telekom-Control-Kommission diese Schlüsse gezogen hat, aus Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 stammen.

Zum Begehren der Hutchison vom 15.12.2006 auf Aufklärung, in welchem Zusammenhang die übermittelten Daten Verwendung finden, ist festzuhalten, dass gemäß § 45 Abs. 3 AVG der Partei Gelegenheit zu geben ist, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Dieser Verpflichtung ist die Telekom-Control-Kommission mit Übermittlung eines ihr amtsbekannten Umstandes samt Hinweis auf § 45 Abs. 3 AVG nachgekommen. Soweit Hutchison auf das im Verwaltungsverfahren anerkannte „Überraschungsverbot“ ansprechen möchte, ist festzuhalten, dass ein solches sich auf Sachverhaltselemente bezieht; so hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23.2.1993 das Überraschungsverbot im Wesentlichen bezeichnet als „Verbot, dass die Behörde in ihre rechtliche Würdigung Sachverhaltselemente einbezieht, die den Parteien nicht bekannt waren“ (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 91/08/0142). In seinem Erkenntnis vom 28.6.2006 (zur Zl. 2005/08/0038) führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass sich das zum „Überraschungsverbot“ in Beziehung gesetzte Parteiengehör nur auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts erstreckt, nicht aber auf die von der Behörde vorzunehmende rechtliche Beurteilung (vgl. auch den Rechtssatz zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zur Zl. 89/18/0061: „Es besteht keine Verpflichtung der Behörde, den Parteien bekannt zu geben, in welcher Richtung sie einen Bescheid zu erlassen und wie sie ihn zu begründen gedenkt. Das Parteiengehör bezieht sich nur auf Tatsachenelemente und Ermittlungsergebnisse“). Vor diesem Hintergrund war dem Begehren der Hutchison vom 15.12.2006 nicht zu folgen.

Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Mag. Melisande Marie Cardona, Dr. Stefan Felder, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak vom September 2006.

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

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

2. Zur Stellungnahme der Hutchison zum Marktanalyse-Gutachten

Mit Schreiben vom 4.10.2006 nimmt H3G zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Marktanalyse Stellung und hält eingangs fest, dass „*H3G unstrittig über beträchtliche Marktmacht verfügt*“ (Seite 2). Damit bestätigt H3G die Ausführungen der Amtssachverständigen, die Feststellungen sowie die Schlüsse, die die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren betreffend Marktmacht der Hutchison gezogen hat (Spruchpunkt 1, §§ 35, 37 Abs. 2 TKG 2003).

Die von Hutchison vorgebrachten Kritikpunkte gründen regelmäßig auf eine mangelhafte Lektüre des wirtschaftlichen Gutachtens und enthalten eine Reihe von Unterstellungen; dabei

untermauert Hutchison ihr verfehltes Vorbringen mit wenig zielführender Polemik. In der Folge wird auf die einzelnen Kritikpunkte eingegangen und dargelegt, inwieweit diese falsch sind. In der Summe vermag das Vorbringen nicht zu überzeugen und die Feststellungen zu erschüttern, weswegen den Anträgen auf Ergänzung des Gutachtens nicht zu folgen war.

a. Eingangs bezieht sich die Kritik der Hutchison darauf, dass die Marktmacht, die disziplinierenden Faktoren sowie die Wettbewerbsprobleme nicht quantifiziert worden seien. Aus Sicht von Hutchison wäre damit kein Fundament für die Empfehlung geeigneter Regulierungsinstrumente geschaffen worden. Insofern sei der Gutachtensauftrag nicht treffend gewesen.

Vorab ist festzuhalten, dass in einem ersten Schritt die wettbewerblichen Verhältnisse auf den betreiberindividuellen Mobil-Terminierungsmärkten zu ermitteln waren; dabei waren insbesondere die Indikatoren iSd § 35 TKG 2003 zu untersuchen. In diesem Sinn war auch der Gutachtensauftrag erteilt worden.

Erst nachdem die Ergebnisse des wirtschaftlichen (Erst-)Gutachtens darauf hingewiesen haben, dass von einer beträchtlichen Marktmacht der H3G auszugehen ist, waren in einem zweiten Schritt gutachterlich zu erheben, welche spezifische Verpflichtungen geeignet sind, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem zweiten Gutachtensauftrag wurde festgehalten, dass 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“ ist. Im Rahmen der Abwägung geeigneter und verhältnismäßiger Verpflichtungen gehen die Amtssachverständigen auf die „Gewichte“ der einzelnen Wettbewerbsprobleme ein. Der Vorwurf der Hutchison geht damit ins Leere.

b. Nicht nur im Rahmen des gegenständlichen Kritikpunktes, sondern über die Stellungnahme verteilt äußert Hutchison Kritik daran, dass die Amtssachverständigen keine Evidenz, keine Empirie und keine quantitativen Aussagen treffen würden. Dieser Vorwurf ist verfehlt und soll wie folgt entgegen getreten werden:

Wie bereits ausgeführt wurde, ist im Rahmen einer Marktanalyse iSd § 37 TKG 2003 – im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – eine ex-ante-Betrachtung zu verfolgen. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Green-Field-Ansatz“). In diesem Sinn führt auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: *„Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“* (Rz. 70, 71).

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

Es zeigt sich somit zum einen, dass im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung „Annahmen“ zu treffen, „Hypothesen“ anzustellen sind und die Regulierungsbehörde sich auf „Prognosen“ stützen muss. Zum anderen ist zu konstatieren, dass die Heranziehung von

konkreten Daten und Beobachtungen am verfahrensgegenständlichen Markt auf Grund der bestehenden Regulierung regelmäßig lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht jedoch auf die „wahren“ Marktkräfte zulässt; soweit jedoch Beobachtungen auf den Mobil-Terminierungsmärkten zu machen waren, haben die Amtssachverständigen diese in ihr Gutachten aufgenommen (wie beispielsweise der Umstand, dass in der Vergangenheit kaum Senkungen von Mobil-Terminierungsentgelte auf privatrechlichem Weg zu beobachten waren).

Entgegen dem repetitiven Vorbringen der Hutchison waren die Amtssachverständigen somit dazu gehalten, Annahmen zu treffen und Anreizstrukturen zu untersuchen. Das Vorbringen, dass „Wettbewerbsprobleme nach dem Greenfield-Ansatz rein theoretisch“ analysiert worden seien, in weiterer Folge aber konkrete Eingriffe – in Form von spezifischen Verpflichtungen – vorgenommen werden sollen, ist damit rechtlich geboten. Insbesondere vor dem Hintergrund des Greenfield-Ansatz war den Anträgen der Hutchison auf Ergänzung des Gutachtens hinsichtlich Quantifizierung einzelner Umstände nicht zu folgen.

c. Kritik äußert Hutchison, dass das Wettbewerbsproblem der „überhöhten Entgelte“ nicht quantifiziert worden sei; die Amtssachverständigen hätten keinen „Referenzwert“ festgelegt.

Dieses Vorbringen ist falsch und kann auf ein unzureichendes Studium zurückgeführt werden: Auf Seite 25 des wirtschaftlichen Gutachtens wird festgehalten, dass das „langfristige kosteneffiziente Niveau“ dem – bereits aus dem Zusammenschaltungsverordnung – bekannten Maßstab der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) entspricht. Ein „Referenzwert“, wie von Hutchison eingefordert, wurde somit angeführt.

Soweit Hutchison in diesem Kontext ausführt, dass die Leistung der Mobil-Terminierung in ihr Netz im Mittelpunkt des Verfahrens steht, ist ihr recht zu geben, wobei aber festzuhalten ist, dass die Leistung der Mobil-Terminierung aus ökonomischer Sicht immer die selbe Leistung ist, unabhängig davon, in welches konkrete Netz terminiert wird.

d. Hutchison erachtet den von den Gutachtern erstellten internationalen Vergleich als (an mehreren Stellen) falsch. Nachdem der internationale Vergleich lediglich in einem geringen Ausmaß Eingang in die Feststellungen genommen hat und kein Marktmachtindikator iSd § 35 TKG 2003 ist, kann dieses Vorbringen grundsätzlich außer Acht gelassen werden. Auf eine Reihe von Unzulänglichkeiten im Vorbringen der Hutchison soll jedoch hingewiesen werden: Zu Kritikpunkt 4.1. soll festgehalten werden, dass die Einberechnung und vor allem die Gewichtung der Kaufkraftparitäten zum Vergleich der Terminierungsentgelte nicht unumstritten ist. Daher ist es sinnvoll, mehrere Facetten aufzuzeigen bzw. zwei unterschiedliche Maßeinheiten anzuwenden. Im wirtschaftlichen Gutachten sind die drei ersten Abbildungen ohne Kaufkraftparitäten (Abb. 4.1-4.3), die übrigen Tabellen und Abbildungen beinhalten diese.

Zur Kritik hinsichtlich der Grundgesamtheit (Punkt 4.3) ist festzuhalten, dass keine unterschiedliche Zusammensetzung der Stichprobe geben ist, da jeweils die Grundgesamtheit herangezogen wurde. Die Erweiterung der Grundgesamtheit im Jahr 2006 im Vergleich zum vorangehenden Gutachten wurde aufgrund der verbesserten Datenlage ermöglicht und es ist kein Grund ersichtlich, die 10 neuen Länder der EU aus dem Tarifvergleich der europäischen Terminierungsentgelte für das Jahr 2006 herauszunehmen. Die im Text in Klammer hinzugefügten Ränge aus dem Jahr 2004 werden jeweils auch im Bezug zu der Grundgesamtheit aus diesem Jahr gesetzt.

Soweit Hutchison auf die gesunkenen Terminierungsentgelte in der EU eingeht bzw. auf die diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten kann festgehalten werden, dass die in Abbildung

4-4 dargestellten durchschnittlichen Terminierungsraten in der nachfolgenden Abbildung 4-5 nach der in den Ländern vorhandenen Regulierung aufgeteilt werden. Daraus wird ersichtlich, dass der Zug zu niedrigeren Terminierungsentgelten eindeutig aus den Ländern mit kostenorientierter Regulierung stammt. Wie in der Stellungnahme richtig festgestellt wird, sind in *allen* europäischen Ländern die Mobilfunkleistungen angestiegen. Es ist ein Effekt, der sich insgesamt über alle Länder auswirkt und sich am stärksten in den Ländern mit kostenorientierter Regulierung in den Preisen wieder findet. Dies bestätigt auch der 11. Implementierungsbericht der Europäischen Kommission.

e. In weiterer Folge kritisiert Hutchison das Potential für Quersubventionierung aus (überhöhten) Terminierungsentgelten und vermeint, dass zumindest ihr – vor dem Hintergrund des Markteintrittes – keine „freien Gewinne“ zur Quersubventionierung verbleiben würden.

Wie bereits ausgeführt, ist ein Greenfield-Ansatz rechtlich geboten, der ein Szenario ohne Regulierung untersucht. In einem solchen Umfeld hat das marktbeherrschende Unternehmen Anreize, seine Entgelte auf das Niveau eines Monopolpreises zu setzen, aus dem sich – zumindest längerfristig – ein erhebliches Potential zur Quersubventionierung ergibt. Allokative Verzerrungen sind sodann die Folge, denen es zu begegnen gilt. Diesen Zusammenhang bestätigt auch der von Hutchison beigezogene Privatgutachter Leo in der am 19.10.2006 vorgelegten Beilage („*Einheitliche Terminierungsentgelte als Wettbewerbshemmnis?*“, Leo, undatiert, ununterschrieben, Seite 1).

Ein (erst kürzlich) stattgefundener Markteintritt vermag an obigen Ausführungen nichts zu ändern, sondern das aufgezeigte Problem unter Umständen sogar zu verstärken: Die „free-rider“-Problematik, wie sie festgestellt wurde, ist bei einem kleineren Betreiber größer als bei einem etablierten Betreiber mit einer großen Kundenanzahl.

Das Hutchison derzeit keine (übermäßigen) Übergewinne realisiert, hängt mit der bestehenden Regulierung zusammen. Aus dieser Situation kann jedoch nicht abgeleitet werden, wie die Anreize der Hutchison in einem unregulierten Umfeld wären.

In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass Hutchison im Rahmen ihres Marktauftrittes den Versuch unternommen hat, ein höheres Mobil-Terminierungsentgelt zu lukrieren als die anderen Mobilbetreiber es im Rahmen ihre Markteintritts erhalten haben (Cent 19,62): So hat Hutchison im Rahmen des Verfahrens Z 2/02 mit Schriftsatz vom 21.2.2002 den Antrag gestellt, ein Entgelt für die Leistung der Mobilterminierung in ihr Netz ein Entgelt in der Höhe von Cent 21,08 anzuordnen. Diesem Begehren konnte die Telekom-Control-Kommission im Rahmen ihrer Entscheidung zu Z 2/02 nicht folgen (Bescheid vom 6.5.2002).

f. In weiterer Folge vermeint Hutchison, dass die Ausführungen der Amtssachverständigen zur „unelastischen Nachfragefunktion“ nicht begründet seien und dass der Nachweis fehle, dass bei Hutchison tatsächliche Übergewinne gegeben sind, die allokativen Ineffizienzen verursachen.

Eingangs darf wiederholt auf den Greenfield-Ansatz verwiesen werden, weswegen auch kein „Nachweis tatsächlicher Übergewinne“ geboten ist. Eine konkrete Schätzung der Nachfragelastizitäten, wie offenbar von Hutchison gefordert, würde darüber hinaus lediglich Elastizitäten von regulierten Entgelten zum Ergebnis haben, die jedoch im gegebenen Zusammenhang nicht von Relevanz sind. Hutchison baut ihre Argumentation in weiterer Folge auf eine notwendige Quantifizierung der Nachfrageelastizität auf und vermeint offenbar, dass die erkannten Wettbewerbsprobleme nicht (oder nicht in einem von den Sachverständigen behaupteten) Umfang gegeben seien. Auch an dieser Stelle darf auf die Ausführungen des

Privatgutachters von Hutchison verweisen werden, der in Übereinstimmung mit den Amtssachverständigen „monopolistische Preissetzungsstrategien“ bestätigt.

Soweit Hutchison releviert, dass Nachweise für „vernachlässigbare Elastizitäten“ und „schrankenlose Preissetzungsspielräume“ fehlen, ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass Hutchison dem Gutachten Ausführungen unterstellt, die nicht der Realität entsprechen: Weder wurde von vernachlässigbaren Elastizitäten geschrieben, noch festgehalten, dass ein Preissetzungsspielraum „schrankenlos“ wäre.

Die Polemik der Hutchison, dass es nicht ausreichen würde, sich „wie mit Scheuklappen auf die Analyse einer self fulfilling prophecy zu beschränken“, wird mit Verwunderung zur Kenntnis genommen und festgehalten, dass eine „self fulfilling prophecy“ auch theoretisch nicht vorliegen kann, da die Amtssachverständigen nicht Akteure im Bereich der Zusammenschaltung sind.

g. Weiters releviert die Verfahrenspartei, dass die nachfrageseitige Gegenmacht, der Hutchison ausgesetzt ist, „unter den Tisch“ gefallen sei. Dieser Vorwurf ist grob unrichtig, haben die Amtssachverständigen doch unterschiedliche Konstellationen der nachfrageseitigen Gegenmacht thematisiert und dabei zwischen „großen“ und „kleineren“ Betreibern (wie eben Hutchison) differenziert:

Im Rahmen der Fest-Mobil-Terminierung haben die Amtssachverständigen festgehalten, dass Hutchison einer Nachfragemacht von Telekom Austria AG (als größter Festnetzbetreiber) ausgesetzt ist; diese Nachfragemacht wird aber nicht schlagend, da Telekom Austria AG ihrerseits einer Regulierung unterliegt. Die Berücksichtigung anderer Regulierungen entspricht dem „modified greenfield approach“ der Europäischen Kommission, weswegen die Telekom-Control-Kommission nicht davon ausgeht, dass diese Beurteilung verfehlt sein könnte (vgl. Draft commission recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, 28. Juni 2006, SEC(2006) 837).

Soweit Hutchison kritisiert, dass die Amtssachverständigen eine unrichtige Beziehung zwischen überhöhten Entgelten und der Endkundentarifgestaltung herstellen würden, ist Hutchison entgegen zu treten und zum einen festzuhalten, dass die Ausführungen der Hutchison den Umstand ausblenden, dass Betreiber auf der Endkundenebene die Vorleistungskosten durch entsprechende kostendeckende Endkundentarife zu tragen haben. Eine Erhöhung der Vorleistungstarife kann daher nicht ohne Auswirkungen auf die Endkundentarife bleiben. Insofern auf der Endkundenebene Durchschnittstarife in Rechnung gestellt werden, wird das Problem allokativer Verzerrungen insbesondere im Falle kleiner Betreiber noch verstärkt („free rider“-Problem).

Zum anderen gilt es auszuführen, dass Hutchison bei Berücksichtigung möglicher Endkundenreaktionen dennoch auf Vorleistungsebene Entgelte verlangen kann, die über einem kostenorientierten Niveau liegen. Bei der konkreten Höhe der Entgelte wird Hutchison auf die Elastizität der Nachfrage auf Vorleistungsebene nach Gesprächen in das Netz der H3G abstellen. Da diese Elastizität nicht höher ist als die Elastizität der Nachfrage auf der Endkundenebene nach Anrufen in das Mobilnetze der H3G, hat H3G bezüglich der Terminierungsleistung einen Preisspielraum und wird Preise setzen, die zumindest so hoch sind, wie der Monopolverpreis für Anrufe in das Netz der H3G.

h. Im Zusammenhang mit der Preisdifferenzierung zwischen on-net und off-net-Anrufen hält Hutchison fest, dass sie den Zweck der diesbezüglichen Ausführungen der

Amtssachverständigen nicht erkennen kann. Dennoch tritt die Verfahrenspartei den Ausführungen (mit Unterstellungen) entgegen.

Im wirtschaftlichen Gutachten haben die Amtssachverständigen ausgeführt, dass die Preisdifferenzierung zwischen off-net- und on-net-Anrufen als Wettbewerbsinstrument herangezogen werden kann, im Konkreten auch als ein Instrument für foreclosure (vgl. Wirtschaftliches Gutachten, Seite 48f). „Foreclosure“ wurde in unterschiedlichen Formen als Wettbewerbsproblem festgestellt (vgl. das zweite und vierte Wettbewerbsproblem), wobei sich auch aus dem Gutachten ergibt, dass dieses Wettbewerbsproblem für Hutchison von geringerer Relevanz ist als für einen „großen“ Mobilbetreiber.

Darüber hinaus soll festgehalten werden, dass Hutchison auch in diesem Kontext den Versuch unternimmt, dem Gutachten Ausführungen und Inhalte zu unterstellen, die in dieser Weise nicht im Gutachten zu finden sind – die Ausführungen der Amtssachverständigen kann nicht entnommen werden, dass sie davon ausgehen, dass „jede Gesprächsart innerhalb eines Tarifes einer eigenen Kalkulation zu Grunde liegt“. Auf der Basis dieser verfehlten Annahmen argumentiert Hutchison gegen das Gutachten. Diese Vorgangsweise kann jedoch keine Unschlüssigkeit des Gutachtens darlegen.

In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass die Beurteilung der Amtssachverständigen betreffend „Preisdifferenzierung zwischen off-net- und on-net-Anrufen“ auch von den, von der Europäischen Kommission für die Überprüfung des geltenden Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste herangezogenen Sachverständigen bestätigt wird. Stumpf/Cave/Valletti halten in „Experts’ report in relation with the Review of the Recommendation on markets subject to ex ante regulation“ führen auf Seite 85 wie folgt aus: “One specific way an incumbent with a secured customer base could try to put an entrant in a weaker position, is to introduce particular retail pricing structures that distinguish between calls made to own customers (on-net calls) and calls made to rival customers (off-net calls). By making on-net calls cheaper than off-net calls, a potential new customer would be more inclined to join, ceteris paribus, a bigger incumbent than a smaller entrant since she would make relatively more on-net calls. The entrant would have difficulties in attracting customers. Should this be true, this type of price discrimination would be harmful to competition and might require intervention.”

i. Ein weiterer Kritikpunkt der Hutchison bezieht sich auf eine angeblich weder empirisch noch quantitativ nachgewiesene Marktverzerrung zwischen der Fest-Mobil- und der Mobil-Mobil-Terminierungsleistung.

Auch dieser Vorwurf gegen das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen ist verfehlt, da diese die Unterschiede zwischen einer Fest-Mobil- und einer Mobil-Mobil-Terminierung darlegen: Im Wesentlichen geht es darum, dass im Bereich der Mobil-Mobil-Terminierung die allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte anders zu bewerten sind als bei der Fest-Mobil-Terminierung, da Mobil-Endkunden durch beispielsweise subventionierte Tarife oder Endgeräte davon auch profitieren, während ein Festnetzkunden zwar ebenfalls überhöhte Entgelte (wegen überhöhter Vorleistungsentgelte) bezahlt, aber keinen Nutzen davon trägt. Deswegen sind die Wohlfahrtsverluste bei der Fest-Mobil-Terminierung größer.

Darüber hinaus halten die Amtssachverständigen in diesem Kontext fest, dass Mobilbetreiber untereinander bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen (symmetrische Verkehrsverhältnisse) sich möglicherweise auf kostenorientierte Entgelte einigen könnten (keine überhöhten Entgelte); da jedoch diese Voraussetzungen derzeit nicht erfüllt sind, gehen die Amtssachverständigen

davon aus, dass sowohl die Fest-Mobil- als auch die Mobil-Mobil-Terminierung aus ökonomischer Sicht einer Regulierung unterworfen werden sollte.

Diesen Zusammenhang haben die Amtssachverständigen dargelegt, weswegen der Vorwurf der Unbegründetheit verfehlt ist.

Auch an dieser Stelle kann konstatiert werden, dass Hutchison dem Gutachten Ausführungen unterstellt, die in dieser Weise nicht niedergelegt sind: So wird im Gutachten nicht behauptet, dass Hutchison im unregulierten Zustand „nur im F2M- nicht aber im M2M-Bereich die Terminierungsentgelte auf den Monopolpreis setzen würde“.

3. Zur Stellungnahme der Hutchison zum Regulierungsinstrumente-Gutachten

Am 19.10.2006 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten vom September 2006 („Regulierungsinstrumente-Gutachten“); dieser Stellungnahme ist eine „Studie von Dr. Hannes Leo vom Oktober 2006“ mit dem Titel „*Einheitliche Terminierungsentgelte als Wettbewerbshemmnis? Die Festlegung von mobilen Terminierungsentgelten revisited*“ beigelegt.

Diese Studie ist weder datiert noch unterschrieben und stammt – den Ausführungen von Hutchison folgend – vom „Oktober 2006“. Diese Datierung verwundert genauso wie der Umstand, dass diese Studie von Hutchison im gegenständlichen Verfahren vorgelegt wird, da diese „Studie“ nicht auf die im Verfahren M 13e/06 zugestellten wirtschaftlichen Gutachten eingeht. In der Studie wird demgegenüber auf jene Gutachten Bezug genommen, die im Verfahren M 15e/03 (Bescheid gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 vom 27.10.2004) Eingang gefunden haben. Auch werden im Literaturverzeichnis von Leo wirtschaftliche Gutachten von Amtssachverständigen der RTR-GmbH angeführt, die aus Mai und Juli 2004 stammen.

Da diese Studie vom Oktober 2006 offenkundig nicht auf das für gegenständliches Verfahren erstellte Gutachten eingeht und die Ausführungen der Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 19.10.2006 auf der Studie basieren bzw. auszugsweise mit der Studie wortident sind, sah sich die Telekom-Control-Kommission nicht gehalten, im Rahmen der Erlassung des Maßnahmenentwurfes im Detail auf diese „fehlgeleitete“ Stellungnahme einzugehen. Im Besonderen wird mit gegenständlichem Bescheid – wie bereits auch mit dem Entwurf einer Vollziehungshandlung – kein „Gleitpfad“ angeordnet und keine konkrete Entgeltfestlegung vorgenommen.

Nach Abschluss der Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 übermittelt Hutchison eine „ergänzte“ Fassung der Studie von Leo; diese wird in weiterer Folge um eine „aktualisierte“ Fassung derselben „ausgetauscht“. Die nunmehr unterschriebene und mit Dezember 2006 datierte „Letztfassung“ der Studie (vom 8. bzw. 12.12.2006) nimmt – den Ausführungen der Verfahrenspartei folgend – nunmehr auch Bezug „auf den Maßnahmenentwurf M 13e/05 (gemeint wohl M 13e/06) und die wirtschaftlichen Gutachten in diesem Verfahren“. Ein Vergleich der erst- und letztübermittelten Fassung der Studie von Leo zeigt im Wesentlichen, dass die Verweise auf die Gutachten aus dem Verfahren M 15/03 um Verweise auf die verfahrensgegenständlichen Gutachten ergänzt worden sind (vgl. z.B. auf den Seiten 6, 7). Dabei zeigt sich, dass mit den zusätzlich eingefügten Verweisen auf die verfahrensgegenständlichen Gutachten ungenau umgegangen wird, da trotz Verweise in der Studie sich diese Ausführungen im Gutachten, auf die verwiesen wird, nicht finden (vgl. Seite 12).

Auch die aktualisierte Fassung der Studie unterstellt den verfahrensgegenständlichen Gutachten, dass die „RTR“ (gemeint wohl die Amtssachverständigen) einen einheitlichen Marktpreis vorgeschlagen hat (so z.B. auf den Seiten 3, 9, 20, 32f). Diese wiederholte Fehlleitung ist vor dem Hintergrund verwunderlich, dass die Studie – wie Hutchison vorbringt – „ergänzt“ bzw. „aktualisiert“ wurde.

Soweit materiell von Hutchison, gestützt durch die „aktualisierte“ Studie, das Thema „einheitlicher Marktpreis versus betreiberindividuelle Betrachtung“ thematisiert wird, soll auf die Begründung zur Entgeltkontrolle verwiesen werden.

Nachfolgende Entgegnungen beziehen sich somit lediglich auf jene Ausführungen in der Stellungnahme bzw. Studie der Hutchison, die auch für das verfahrensgegenständliche Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente bzw. die Feststellungen von Bedeutung sind.

Die Stellungnahmen gehen lediglich auf die vorgeschlagene Verpflichtung zur Kostenorientierung des Mobil-Terminierungsentgeltes ein und nimmt – bis auf einen Punkt – nicht Bezug auf die weitergehenden Verpflichtungen, die aus ökonomischer Sicht geeignet sind, den für den Fall der Nicht-Regulierung bestehenden wettbewerblichen Defiziten zu begegnen.

a. Wie bereits festgehalten, geht Hutchison im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten davon aus, dass die Amtssachverständigen ein einheitliches Entgelt empfehlen. Richtig ist demgegenüber, dass die Amtssachverständigen eine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierter Mobil-Terminierungsentgelte aus ökonomischer Sicht für sinnvoll erachten, um den preislichen Aspekten der wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Diese Verpflichtung wird näher konkretisiert und ausgeführt, dass der Maßstab der „LRAIC“ die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diese Wert liefert. Wie jedoch der LRAIC Wert im Konkreten ermittelt wird, wird von den Amtssachverständigen nicht empfohlen.

Darüber hinaus erweist sich die Ausführung der Hutchison als Unterstellung, dass die Amtssachverständigen „individuelle Anpassungspfade“ empfehlen würden. Im Zusammenhang mit dem Gleitpfad referieren die Amtssachverständigen bloß über Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005.

Auch geht Hutchison von falschen Tatsachen aus, wenn sie vermeint, dass die Amtssachverständigen von einem „relativ raschen Konvergenzprozess bei den Marktanteilen“ ausgehen. Dies wird von den Amtssachverständigen nicht ausgeführt.

Auf der Grundlage dieser Unterstellung erarbeitet Hutchison ihre Argumentationslinie, auf die jedoch nicht einzugehen ist, da sie sich nicht auf die bezugnehmenden Feststellungen beziehen.

b. In weiterer Folge releviert Hutchison die fehlende (bzw. unzureichende) Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei unterstellt die Verfahrenspartei, dass die Amtssachverständigen eine „Kostenunterdeckung“ empfehlen.

Auch in diesem Zusammenhang geht Hutchison nicht mit der gebotenen Sorgfalt auf das wirtschaftliche Gutachten M 13e/06 ein, da eine „Kostenunterdeckung“ seitens der Amtssachverständigen nicht „empfohlen“ wird.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 sowie dem Gutachtensauftrag der Telekom-Control-Kommission ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen die einzelnen Verpflichtungen gegeneinander abgewogen haben und im

Zusammenhang mit den Wettbewerbsproblemen, die im Kontext „Preis“ stehen, ausführen, dass lediglich eine Verpflichtung zur Kostenorientierung diese Wettbewerbsprobleme beseitigen kann. Vor diesem Hintergrund hat eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit ergeben, dass die vorgeschlagene Verpflichtung dieser Vorgabe entspricht (vgl. Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente, Seite 30).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Verfahrenspartei kaum auf das gegenständliche wirtschaftliche Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente eingeht und bereits vor diesem Hintergrund nicht geeignet ist, die Feststellungen im Kapitel „Festgestellter Sachverhalt“ sowie die Erwägungen, die zu den Festlegungen im Spruch dieses Bescheides geführt haben, zu erschüttern. Vor diesem Hintergrund war auch den Anträge der Hutchison auf Gutachtensergänzung nicht zu folgen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den rechtlichen Grundlagen

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

2. Marktdefinition der RTR-GmbH

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

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

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

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

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

3.1. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

3.1.1. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien das oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt.

4. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (Abs. 3 leg. cit.).

Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („*joint dominance*“), sind von der Telekom-Control-Kommission „*insbesondere*“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,

12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,

13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 4 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht („*joint dominance*“) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion („*tacit collusion*“). Darunter wird das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken („*Leveraging*“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

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

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („*Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*“, in der Folge „*Leitlinien*“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002). Die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vorgenommen: gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Marktzutrittschancen, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

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

definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL).

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

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

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

Die Erläuterung zu § 35 TKG 2003 geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, *„falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“*.

5. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

6. Zur rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen – Spruchpunkt 1

Wie festgestellt, sind die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen per Marktdefinition Monopolmärkte, der Marktanteil der Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber faktisch ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann (vgl. Europäische Kommission, Begründung der Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABI. L 114, S. 45).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw. der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht folgt daraus einerseits, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer

alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Andererseits spielt – wie in den nachfolgenden Kapiteln zu zeigen sein wird – eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle. Die Telekom-Control-Kommission schränkt die Prüfung der einzelnen Marktmachtindikatoren gemäß § 35 TKG 2003 nicht ein, doch sind manche von ihnen auf verschiedenen Märkten unterschiedlich relevant.

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

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht vorgenommen wurde, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab; so hat es in den vergangenen Jahren regelmäßig Streitschlichtungsverfahren iSd § 41 TKG (1997) bzw. § 50 TKG 2003 gegeben, in deren Rahmen subsidiär als Ersatz einer privatautonomen Vereinbarung (auch) die Höhe der wechselseitig zu entrichtenden Terminierungsentgelte zwischen Mobilnetzbetreibern und zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern festgelegt wurden. Schon die Möglichkeit der Androhung der Anrufung der Regulierungsbehörde hat nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission eine restringierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilbetreiber gehabt.

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

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

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

6.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

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

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

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

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

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

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – „single dominance“ – eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 *„die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“*. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren; dabei wird festgehalten, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

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

Wie festgestellt ist der verfahrensgegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz ein Monopolmarkt. Das bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw. geben kann. Ein Monopol kann grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der oben genannten Schwellen sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin.

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

Einen Schritt weiter geht *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer* im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003); dieser hält fest (S. 856), dass *„die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh*

sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Weiters wird festgehalten, dass „Unternehmen in Monopolstellung [] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist“ (vgl. auch Groeben/Thiesing/Ehlermann in Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, S. 2/788, Langen/Bunte in Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 2145 sowie von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Rz. 94 zu Art. 82 EG). Immenga/Mestmäcker bestätigt diese Ausführungen im Kommentar zum EG-Wettbewerb (S. 708, mit einer Reihe von Nachweisen), dass „der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen Monopols auf dem relevanten Markt [] marktbeherrschend [ist]“.

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

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

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

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

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

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

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

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

Unter „normalen“ Marktbedingungen ist die Elastizität der Nachfrage als Marktmachtindikator in erster Linie dann von Bedeutung, wenn Substitute existieren und damit die individuelle Nachfragefunktion („Residualnachfrage“) derart elastisch wird, dass das Preissetzungsverhalten des Unternehmens (durch die Existenz von Konkurrenzprodukten) eingeschränkt wird. Auf

einem Monopolmarkt hingegen wird der Preissetzungsspielraum des Monopolanbieters nur unter sehr spezifischen Umständen durch die Nachfrage eingeschränkt. Die 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.

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

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab; exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren. Ein internationaler Preisvergleich wird im TKG 2003 nicht explizit als Marktmachtindikator genannt.

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben. In der Vergangenheit wurden Entgeltsenkungen im Regelfall hoheitlich vorgenommen.

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

Damit rückt eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller wettbewerblcher Verhältnisse. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass „*bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung*“. Angemerkt wird darüber hinaus, dass „*die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen*“ (Fn. 73 der Leitlinien).

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die

Feststellungen dazu zeigen, dass die Verfahrenspartei – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann.

6.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

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

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

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

Die Feststellungen zur Nachfragemacht auf der Endkundenebene haben gezeigt, dass es selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) nicht möglich ist, niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

Die Feststellungen zur Nachfragemacht von Nachfragern auf der Vorleistungsebene haben gezeigt, dass lediglich große Betreiber mit eigenen Teilnehmern (insbesondere große Mobilfunkbetreiber) gegenüber sehr kleinen Mobilbetreibern bzw. Neueinsteigern über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen verfügen, nämlich die Zusammenschaltung zu verweigern, zu verzögern oder prohibitiv hohe Preise zu verrechnen. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass selbst die kleineren bestehenden Mobilbetreiber durch Verhandlungsmacht in ihrem Preissetzungsverhalten eingeschränkt werden: Erstens haben auch die kleineren aktiven Mobilbetreiber bereits eine kritische Größe überschritten, so dass sich Nachfragemacht allenfalls auf zukünftige Neueinsteiger beschränkt. Die in Frage kommenden großen Nachfrager (Telekom Austria, Mobilkom, T-Mobile und One) könnten gegebenenfalls Nachfragemacht ausüben, wenn sie ihrerseits keiner Regulierung unterworfen sind. Sollten die großen Anbieter – die ihrerseits jedenfalls keinem Nachfragedruck ausgesetzt sind – einer Regulierung unterworfen werden, verlieren sie ihre Nachfragemacht gegenüber kleinen Mobilbetreibern. Zweitens ist in jener Anbieter-Nachfrager-Konstellation, in der Nachfragedruck potenziell am stärksten wäre (nämlich im Verhältnis eines großen Mobilbetreibers zu

einem sehr kleinen Mobilbetreiber insbesondere aber Marktneueinsteiger), auch der Foreclosure-Anreiz maximal, so dass die Gefahr besteht, dass große Mobilbetreiber ihre Nachfragemacht dahingehend nutzen werden, den Markt für den Neueinsteiger zu schließen (und nicht kosteneffiziente Entgelte durchzusetzen).

Die bestehende Interoperabilitäts-Verpflichtung iSd § 22 TKG 2003 sowie die allgemeine Pflicht zur Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003 schränkt die Möglichkeit zur Durchsetzung nachfrageseitiger Gegenmacht entscheidend ein, da die Drohung der Nicht-Zusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden kann.

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

6.7. Zusammenfassende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

Die untersuchten und für gegenständlichen Markt bedeutsamen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 sprechen ohne Zweifel für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 der Hutchison auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt herrscht somit kein effektiver Wettbewerb iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003.

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

7. Zu den spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumenten“) nach dem TKG 2003 – Spruchpunkt 2

7.1. Allgemeines

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten

- § 46 TKG 2003: Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl
- Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Wie auch in den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens, wird ausdrücklich auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

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

7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

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

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

Vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste und –netze und den Verfahren zur Harmonisierung der Anwendung der einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsgrundlagen (Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 bzw. Art. 6 Rahmen-RL sowie Koordination gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL) erachtet es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll und angemessen, ihre eigenen Beurteilungen betreffend Marktmacht und Regulierungsinstrumente mit jenen von anderen Regulierungsbehörden der Europäischen Union sowie mit den Ausführungen der Europäischen Kommission zu vergleichen und daraus Schlüsse zu ziehen. Dies bedingt grundsätzlich, dass die Umstände vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang hält das TKG 2003 auch fest, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen hat (§ 34 TKG 2003).

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

7.2.1. Transparenz

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

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

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

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

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

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

7.2.2. Getrennte Buchführung

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

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

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

stattgefunden, die eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten ermöglicht hat. Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung für den Zweck der (singulären) Festlegung bzw. Überprüfung von Terminierungsentgelten ist sohin nicht erforderlich bzw. wäre vor diesem Hintergrund überschießend und damit unverhältnismäßig.

7.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen – zu Spruchpunkt 2.6.

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen. Auch nach dem neuen Rechtsrahmen gilt grundsätzlich der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang und Zusammenschaltung vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 Zugangs-RL; *Stratil*, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; vgl. jedoch die Möglichkeiten gemäß § 50 Abs. 2 und § 91 TKG 2003).

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

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

Zugangspflicht eine spezifische Verpflichtung dar, die geeignet, d.h. effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

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

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

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

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

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

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, sohin erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine –

die nicht zustandegekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd Telekommunikationsrechts verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustandegekommene, Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

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

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

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

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

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

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

7.2.4. Gleichbehandlungsverpflichtung – die Spruchpunkte 2.1., 2.2., 2.3. und 2.4.

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

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

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

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

7.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

7.2.4.1.1. Zu Spruchpunkt 2.1.

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

Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung stellt demgegenüber ein geeignetes Mittel dar, diesen „nichtpreislichen“ Wettbewerbsproblemen (insbesondere Qualitätsdiskriminierung) zu begegnen, da mit einer solchen Verpflichtung sichergestellt werden kann, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorleistungsprodukt 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 erfüllt im hohen Maße die Anforderungen des Rechtsrahmens nach einer Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten (vgl. § 1 Abs. 2 TKG 2003, Art. 8 Rahmen-RL).

Vor diesem Hintergrund wurde die Verpflichtung unter Spruchpunkt 2.1. auferlegt, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Dass diese Verpflichtung nach § 38 TKG 2003 greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs. 2 leg. cit.) vorliegen, ergibt sich bereits aus § 38 TKG 2003 und war daher im Konkreten nicht anzuordnen.

7.2.4.1.2. Zu Spruchpunkt 2.4.

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

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen – entsprechend dem Primat der Privatautonomie – primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 und zur Interoperabilität gemäß § 22 TKG 2003 – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist. Darüber hinaus wurde die Verfahrenspartei mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 15/03 vom 27.10.2004 zur Veröffentlichung eines SZA verpflichtet und ist der Verpflichtung zur Legung eines solchen nachgekommen. Nachdem somit ein SZA bereits existiert, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der konkret vorgenommene Eingriff unverhältnismäßig wäre.

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

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

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

Die Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, die Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen (im Fall der direkten Zusammenschaltung) und die Entgelte stellen essentielle Grundlagen für die Realisierung der Zusammenschaltung dar. Die weiteren Regelungen schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen.

Bezugnehmend auf die konkrete Art der Veröffentlichung des SZA hat die Telekom-Control-Kommission – in Übereinstimmung mit den Amtssachverständigen und in Abweichung von der zuletzt vorgenommenen Anordnung gemäß § 37 TKG 2003 – erwogen, dass eine Veröffentlichung desselben auf der Unternehmenshomepage notwendig ist, um die Effektivität einer Gleichbehandlungsverpflichtung sicher zu stellen und tatsächlich Transaktionskosten zu senken. Darüber hinaus wurde in der konkreten Verpflichtung aufgenommen, dass das veröffentlichte SZA aktualisiert werden muss, sobald eine Änderung desselben erfolgt. Dies bezieht sich insbesondere auf die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte, die einer regelmäßigeren Änderung unterworfen sind als andere Vertragsbestimmungen. Eine laufende Aktualisierung steht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

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

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines SZA auf der Grundlage des Bescheides M 15/03 (vom 27.10.2004) bereits besteht und der verpflichtete Mobilbetreiber dieser Verpflichtung auch nachgekommen ist. Die vorgesehene Frist bis 31.01.2007 erscheint jedenfalls ausreichend, um eine Aktualisierung und Veröffentlichung desselben auf der Unternehmenshomepage vorzunehmen.

Vor diesem Hintergrund war die Verpflichtung gemäß Spruchpunkt 2.4. anzuordnen.

7.2.4.2. Preisdiskriminierung

7.2.4.2.1. Zu Spruchpunkt 2.2.

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

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

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

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

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

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

7.2.4.2.2. Zu Spruchpunkt 2.3.

Als viertes Wettbewerbsproblem wurden – für den Fall der Nichtregulierung – Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden, identifiziert. Um diesem Wettbewerbsproblem zu begegnen und um ein wirksames Instrument gegen einen *Margin Squeeze* zu etablieren, ist die Anwendung eines (internen/externen) Diskriminierungsverbots

betreffend den Preis eine geeignete spezifische Verpflichtung. Damit wird die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines *Margin Squeeze* unterbunden.

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

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

Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission unter Spruchpunkt 2.3. angeordnet, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im eigenen öffentlichen Kommunikationsnetz erbracht werden.

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

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

7.2.4.3. Zu Spruchpunkt 2.5.

Vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung zu betreiben, soll ein „externes Diskriminierungsverbot“ – sowohl für die Qualität als auch den Preis der Leistung – sicherstellen, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern dieselben Konditionen (unter denselben Umständen) einräumt.

Es besteht jedoch die Gefahr, dass die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung durch eine geschickte Vertragsgestaltung umgangen wird und Bedingungen nicht mit selbem Wirkungsbeginn, sondern zeitverzögert anderen Betreibern eingeräumt werden. Diese

Möglichkeit besteht 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). Dieser Privatautonomie sind jedoch Grenzen gesetzt. Die einem marktbeherrschenden Betreiber (iSd § 35 TKG 2003) nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten Verpflichtungen stellen solche Grenzen dar. Auch bei der Gestaltung bzw. dem Abschluss privatautonomer Vereinbarungen ist den auferlegten Verpflichtungen Rechnung zu tragen. So würde es den Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung widersprechen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Verträge mit langer Laufzeit und langen Kündigungsfristen (oder etwa einem Kündigungsverzicht) abschließt und während der Vertragslaufzeit – für den Zusammenschaltungspartner günstigere – Bedingungen (etwa Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung) dritten Zusammenschaltungspartnern anbietet bzw. zur Verrechnung bringt. Hat der Zusammenschaltungspartner nun wegen seines Vertrages und seiner langen Kündigungsfrist keine Möglichkeit der Anpassung seiner vereinbarten Bedingungen an günstigere Konditionen bzw. gelangt er erst sehr zeitverzögert dazu, kann eine solche Situation als nicht mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung angesehen werden.

Vor diesem Hintergrund und der Wahrung des grundsätzlichen, jedoch nicht unbeschränkten Vorrangs der Privatautonomie erachtet es die Telekom-Control-Kommission als geeignet, der Verfahrenspartei eine spezifische Verpflichtung aufzuerlegen, die vorsieht, dass die Verfahrenspartei ihren Zusammenschaltungspartnern die Möglichkeit einzuräumen hat, Bedingungen von Verträgen betreffend die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz zwischen dem Zusammenschaltungspartner und ihr mit einer Frist von maximal 2 Monaten zu kündigen. Diese Verpflichtung gründet auf § 38 TKG 2003 und dient der effektiven Durchsetzung der auferlegten Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung.

Die Frist von zwei Monaten gründet auf dem Gedanken, dass im Regelfall Verträge an Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission angepasst und diese Referenz-Entscheidungen als Maßnahmenentwürfe konsultiert und koordiniert (§§ 128, 129 TKG 2003) werden. Der Zusammenschaltungspartner erhält mit Einleitung der Konsultation Kenntnis von neuen – für ihn möglicherweise günstigeren – Bedingungen und kann eine Anpassung an diese Bedingungen verlangen bzw. nachfragen. Gegebenenfalls wird der Zusammenschaltungspartner die bezugnehmenden Bedingungen seines Vertrages – unter Einhaltung der Kündigungsfrist – kündigen. Nachdem ein Zeitraum von etwa 2 Monaten ab dem Beginn der nationalen Konsultation vergeht bis ein rechtskräftiger Bescheid erlassen wird, mit dessen Rechtskraft regelmäßig neue Bedingungen wirksam werden, kann ein Zusammenschaltungspartner mit demselben Wirkungsbeginn neue Bedingungen in Anspruch nehmen. Der Ausspruch der Kündigung einzelner Teile eines Vertrages (oder auch des gesamten Vertrages) kann – unter Einhaltung einer 2-monatigen Kündigungsfrist – an jedem Tag vorgenommen werden. Die Möglichkeit der täglichen Kündigung ermöglicht die Einhaltung der genannten Frist; eine Kündigung zum Monatsletzten oder etwa zum Ende eines jeden Quartals würde diese Frist erheblich verlängern und den oben dargelegten Zeitablauf konterkarieren. Die gebotene Schriftlichkeit der Kündigung dient der Rechtsicherheit..

Alternativ wäre eine Verpflichtung denkbar, die vorsieht, dass die Verfahrenspartei unabhängig von bestehenden Vereinbarungen mit selbem Wirkungsbeginn Bedingungen, die sie mit einem Betreiber praktiziert, allen ihren Zusammenschaltungspartnern unbeschränkt einzuräumen hat. Eine solche Verpflichtung erachtet die Telekom-Control-Kommission derzeit jedoch für nicht erforderlich, um dem festgestellten Potential der Umgehung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung entgegenzuwirken. Eine solche Verpflichtung wäre aus derzeitiger Sicht unverhältnismäßig und würde den Grundsatz der Privatautonomie für marktbeherrschende Mobilbetreiber gänzlich außer Kraft setzen. Die Telekom-Control-

Kommission wird jedoch die Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung (weiterhin) beobachten.

Die Telekom-Control-Kommission kann keine anderen spezifischen Verpflichtungen erkennen, die geeignet wären, diesem möglichen wettbewerblichen Defizit entgegenzuwirken, weswegen eine Abwägung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 zur spruchgemäßen Anordnung führt.

7.2.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung – Zu Spruchpunkt 2.7.

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

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL).

Es zeigt sich, dass § 42 TKG 2003 verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle ermöglicht: so spricht Abs. 1 leg. cit. von der Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“. In weiterer Folge (Abs. 2 leg. cit.) werden „an den Kosten orientierte Entgelte“, „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung“ sowie die Berücksichtigung von „Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“, erwähnt. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission eine „Bandbreite“ an konkreten Möglichkeiten eröffnet. Im

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

Neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 voraus, dass „*ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte*“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnisse am Mobilfunkendkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider; da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Mobilnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle adressiert das identifizierte Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sehr direkt: Aus ökonomischer Sicht ist diese Maßnahme grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/ Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen.

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

Die auferlegte Verpflichtung für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sieht nun eine Verpflichtung vor, den Preismaßstab der Kostenorientierung (im Sinne des „korrekten“ Zugangspreises) bei der Leistung der Terminierung einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt im Anlassfall (wie § 50 TKG 2003), d.h. subsidiär, wenn keine privatrechtliche Einigung zwischen den Zusammenschaltungspartnern zu Stande kommt.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass das marktbeherrschende Unternehmen die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Terminierungsentgeltes einhält bzw. korrekt umsetzt; jedem Zusammenschaltungspartner steht die Möglichkeit offen, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Terminierungsentgeltes dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen.

Alternativ kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 einleiten (§ 50 Abs. 2 TKG 2003); dies allerdings nur in begründeten Fällen. Sollte seitens der Telekom-Control-Kommission der begründete Verdacht entstehen, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, so ist die Einleitung eines Verfahrens gemäß § 50 TKG 2003 denkbar, wie auch die Möglichkeit besteht, ein Verfahren gemäß § 91 TKG 2003 einzuleiten.

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

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

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

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

Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung und einer Mobil-Mobil-Terminierung kann festgehalten werden, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht, so dass es die Telekom-Control-Kommission weiterhin für sinnvoll erachtet, auch die Mobil-Mobil-Terminierung zu regulieren und keine Differenzierung zur Fest-Mobil-Terminierung vorzunehmen. Weiters befinden sich die Mobil-Terminierungsentgelte auf keinem reziproken Niveau. Darüber hinaus differenziert auch die Marktabgrenzung nicht zwischen unterschiedlichen Märkten.

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden: Der aus ökonomischer Sicht effiziente Preis für den Zugang liegt in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines hinreichend effizienten Betreibers, wobei Aufschläge für Fixkosten (insbesondere gemeinsamen Kosten und 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 gezwungen sind, Mobilfunkleistungen effizient zu produzieren. Aus diesem Grund wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass produktive Effizienz sichergestellt ist, weswegen eine Heranziehung des Standards FL-LRAIC („Forward Looking-Long Run Average Incremental Costs“) hinsichtlich der Parameters „Forward Looking“ zur Zielerreichung nicht notwendig ist; Wiederbeschaffungswerte sind damit nicht anzusetzen. Die „LRAIC“ eines effizienten Betreibers können nicht ohne Weiteres mit betreiberindividuellen (und damit unterschiedlichen) Ist-Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung gleichgesetzt werden.

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

Der Maßstab der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten für kostenorientierte Preise war nach der Rechtslage des TKG (1997) der vorgeschriebene Standard für die Ermittlung kostenorientierter Preise (§ 41 TKG [1997] iVm § 9 Zusammenschaltungsverordnung), weswegen auch davon ausgegangen wird, dass dieser Maßstab geeignet ist, die im Bereich von Netzwerkindustrien gegebenen bzw. entstehenden wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission davon leiten lassen, wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und – mittelfristig – einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde. Die beste Annäherung an diesen Wettbewerbspreis sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers.

Primäres Ziel der Regulierung muss es sein, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen. Auf einem Wettbewerbsmarkt stellt sich bei hinreichend homogenen Produkten ein Preis ein, der sich an den langfristigen Grenzkosten der Leistungserbringung eines effizienten Betreibers orientiert.

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 mit Investitionen 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 anzuordnen, die vorsieht, dass die Verfahrenspartei gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt verrechnet, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert.

Soweit das Verhältnis der Mobil-Terminierungsentgelte der einzelnen Betreiber zueinander thematisiert wird, hält die Telekom-Control-Kommission fest, dass sie in einer Reihe von Streitschlichtungs-Verfahren gemäß § 41 TKG [1997] bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 zum Ausdruck gebracht hat, dass „reziproke“ Zusammenschaltungsentgelte bzw. ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben sind (so auch in den Entscheidungen M 15a-e/03 vom 27.10.2004). Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche (bzw. vergleichbare) Leistungen gleiche (bzw. vergleichbare) Entgelte zu bezahlen sind („*einheitlicher Marktpreis*“, „*one price rule*“).

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

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

In einem Wettbewerbsmarkt sind die Anbieter Preisnehmer und gezwungen, hinreichend effizient zu sein, 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 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 ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt in diesem Zusammenhang folglich in der „Imitation“ eines Wettbewerbsergebnisses. Dies steht in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 1 TKG 2003 („Förderung des Wettbewerbs“).

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

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

Dass ein einheitlicher Marktpreis in „Reinkultur“ nicht (immer) beobachtet werden kann und Preise auch in einem wettbewerblichen Umfeld divergieren können (wobei auf die oben angesprochenen weiteren Gründe verwiesen wird), bedeutet nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission jedoch nicht, dass durch Maßnahmen der Regulierung kein „optimales“ Wettbewerbsergebnis simuliert werden soll. Das dem telekommunikationsrechtlichen Rahmen zu entnehmende Ziel ist die Schaffung von Wettbewerb: Vor diesem Hintergrund geht die Telekom-Control-Kommission nicht davon aus, dass die Erreichung eines suboptimalen Zieles im Einklang mit dem TKG 2003 steht und somit verfolgt werden soll; Marktimperfectionen werden daher nicht nachgebildet.

Zur konkreten Umsetzung der (bereits) mit Bescheiden zu M 15a-e/03 auferlegten Verpflichtung „LRIAC eines effizienten Betreibers“ hat die Telekom-Control-Kommission in ihren Entscheidungen zu Z 2/05ff vom 19.12.2005 die Heranziehung eines längerfristigen Gleitpfades für sinnvoll erachtet, der ausgehend vom derzeitigen (bzw. damaligen) Terminierungsentgelt (im Sinne einer Preisobergrenze) zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft führt. Der Gleitpfad wäre als Preisobergrenze anzusehen („*price cap*“) und kann vom Betreiber unterschritten werden. Der Endwert des Gleitpfades – die Höhe des Entgelts am Ende des Gleitpfades – liegt sodann in der Höhe des „korrekten“ Preises, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung.

Bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades waren (und sind) disruptive Eingriffe zu vermeiden und es ist darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird. Durch einen Gleitpfad (und somit einer unterschiedlichen zeitlichen Erreichung eines „Wettbewerbspreises“ kann den Anfangsinvestitionen von „Marktneueinsteigern“ und weiteren im Tatsächlichen gelegenen betreiberindividuellen Unterschieden (wie Markteinstieg-Zeitpunkt oder unterschiedliche Marktpositionen) für eine Übergangszeit Rechnung getragen werden.

7.2.6. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Die Regulierungsbehörde kann auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Das sind entweder Verpflichtungen auf der Endkundenebene (§ 43 ff TKG 2003) oder bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Verpflichtungen, die nicht im TKG 2003 genannt sind.

Bei den vier identifizierten Wettbewerbsproblemen handelt es sich der Ursache nach eindeutig um Probleme der Vorleistungsebene. Die Anwendung von Maßnahmen auf der Endkundenebene wäre weder ökonomisch sinnvoll noch verhältnismäßig.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stehen keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen zur Verfügung, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Auch die Amtssachverständigen haben in ihrem Gutachten keine anderen als die im TKG 2003 genannten Verpflichtungen untersucht, da ihrer Einschätzung nach weder „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, noch andere geeignete Instrumente zur Verfügung stehen.

Die von den Amtssachverständigen erwähnten grundsätzlichen weiteren Maßnahmen – die Umstellung des Verrechnungsprinzips (Calling-Party-Pays-Prinzip auf ein Receiving-Party-Pays-Prinzip) oder die Einführung von Endgeräten, die mehrere Vertragsbeziehungen (getrennt für Terminierung und Originierung) unterstützen (Multiple SIM Cards) – sind (auch) nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission wesentlich eingriffsintensiver als die festgelegten Verpflichtungen und waren – wohl auch vor dem Hintergrund der kaum abschätzbaren Auswirkungen – auch nicht weiter zu verfolgen.

8. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 15e/03-30 auferlegten Verpflichtungen – Zu Spruchpunkt 3.

Da Hutchison mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 15e/03-30 vom 27.10.2004 als marktbeherrschend auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“ festgestellt wurde, gelten bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid M 15e/03-30 auferlegten Verpflichtungen.

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

Mit Spruchpunkt 2. des vorliegenden Bescheids werden der Hutchison spezifische Verpflichtungen auf dem relevanten Vorleistungsmarkt auferlegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit Bescheid M 15e/03-30 vom 27.10.2004 der Hutchison auferlegten Verpflichtungen aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von allfälligen Inkonsistenzen mit dem Inhalt des verfahrensgegenständlichen Bescheids dahingehend zu ändern sind, dass gleichzeitig mit den im vorliegenden Bescheid neu auferlegten

Verpflichtungen die bisher auf dem verfahrensgegenständlichen Markt bestehenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben werden.

Im Zusammenhang mit der zeitverzögerten Aufhebung der Verpflichtung zur Legung eines Standardzusammenschaltungsangebotes (Spruchpunkt 2.3. der Entscheidung M 15e/03 vom 27.10.2004) und der Neuauferlegung einer Verpflichtung zur Legung und Veröffentlichung eines Standardangebotes ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sicher stellen möchte, dass Hutchison die (weitgehend) unveränderte Verpflichtung auch durchgehend nachkommt und keine Regelungslücke entsteht. Vor diesem Hintergrund war eine Regelung aufzunehmen, die vorsieht, dass die auf M 15e/03 basierende Verpflichtung erst aufgehoben wird, wenn die Frist für die Legung und (Web-)Veröffentlichung beendet ist und das neuen SZA damit bereits veröffentlicht ist.

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

9.1. Allgemein

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

9.2. Zu den Stellungnahmen der nationalen Konsultation

Auf die Stellungnahmen, die im Rahmen der nationalen Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 eingelangt sind, wird – soweit dies nicht im Rahmen dieses Kapitels geschieht – im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen, soweit sich die Stellungnahmen überhaupt mit dem Verfahrensgegenstand bzw. den Festlegungen gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarktes befassen.

a. Mit Schreiben vom 4.12.2006 nimmt Multikom zum Entwurf der Vollziehungshandlung Stellung; die Stellungnahme bezieht sich lediglich auf Spruchpunkt 2.5. („Einräumung einer Kündigungsmöglichkeit“). Multikom begrüßt diese Regelung und regt die Anordnung einer „Anpassungsklausel“ an, die Ausfluss der Gleichbehandlungsverpflichtung sei. Die von Multikom begehrte Anpassungsklausel betreffend Terminierungsentgelte findet sich in Zusammenschaltungsanordnungen bzw. –verträgen und stellt eine Operationalisierung einer allgemeinen Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung dar. Demgegenüber legt gegenständliche Anordnung eine generische Verhaltensregel fest, die den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Regulierungszielen Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund nimmt die Telekom-Control-Kommission Abstand von einer weiteren Konkretisierung dieser Verpflichtung in der von Multikom gewünschten Form, zumal im Bereich der Zusammenschaltung grundsätzlich der Privatautonomie der Vorzug zu geben ist (§§ 48, 50, 121 TKG 2003). Im Rahmen eines

allfälligen Verfahrens gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 zur Anordnung eines vertragsersetzenden Bescheides wird eine solche Anpassungsklausel jedoch in Erwägung zu ziehen sein.

b. UPC Telekabel Wien GmbH nimmt mit Schreiben vom 4.12.2006 Stellung zum Entwurf der Vollziehungshandlung vom 6.11.2006 und hält eingangs fest, dass sie das „grundsätzliche Ergebnis des Bescheidentwurfes begrüßt“. Zum konkreten Entwurf regt UPC Telekabel an, „unmissverständlich und eindeutig klar zu stellen“, dass die „LRAIC des effizientesten Betreibers die beste Annäherung an den korrekten Preis darstellt“ und kein Raum für betreiberindividuelle Entgelte gegeben ist. Es soll ein einheitliches Mobil-Terminierungsentgelt erreicht werden.

Zu dieser Stellungnahme wird im Rahmen dieser Ausführungen darauf hingewiesen, dass die Zielsetzung des Marktanalyseverfahrens ist, bei Feststellung von zumindest einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Auferlegung einer oder mehrerer spezifischer Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003. Die Verpflichtung stellt eine generische „Verhaltensregel“ dar; die vorgesehene Verpflichtung zur Begegnung des wesentlichsten Wettbewerbsproblems stellt die Verpflichtung dar, die Entgelte für die verfahrensgegenständliche Leistung dem Maßstab der LRAIC zu unterwerfen. Dieser hinreichend bestimmte, bereits der Rechtslage des TKG (1997) bekannte Maßstab (ZVO) bedeutet nicht, dass sämtliche Ist-Kosten, die im Zusammenhang mit der Mobil-Terminierung stehen, einberechnet werden.

c. Auch Hutchison 3G Austria GmbH nimmt mit Schriftsatz vom 4.12.2006 Stellung zum konsultierten Entwurf der Vollziehungshandlung. Darin geht Hutchison lediglich auf die Festlegung hinsichtlich der Entgeltkontrolle ein und vermeint, dass die Formulierung „orientiert“ unklar wäre. Darüber hinaus kann Hutchison 3G Austria GmbH nicht erkennen, wie die LRAIC des effizienten Betreibers ermittelt werden kann. Weiters erachtet Hutchison die Heranziehung eines einheitlichen Zielwertes als unverhältnismäßig.

Soweit Hutchison nunmehr vermeint, dass die Formulierung „orientiert“ an Kosten bzw. an einen bestimmten Maßstab unklar wäre, darf Hutchison darauf verwiesen werden, dass diese Formulierung aus dem Begriff der „Kostenorientierung“ abgeleitet ist. Dieser Begriff ist den Bestimmungen des § 42 Abs. 1 und 2 TKG 2003 und Art. 13 Abs. 1 und 3 RI. 2002/19/EG entnommen und war darüber hinaus auch dem alten Rechtsrahmen bekannt (§ 41 Abs. 3 TKG [1997] und § 8 Abs. 2 ZVO). Die Telekom-Control-Kommission kann vor diesem Hintergrund nicht erkennen, dass diese Formulierung unverständlich sei. Der Hinweis der Hutchison auf einzelne Begründungsteile des Bescheidentwurfes M 13f/06, aus denen abgeleitet werden könnte, dass die Formulierung „Orientierung“ aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht bestimmt genug sei, ist valide, wobei diese Formulierung vor dem Hintergrund der spezifischen Ausführungen in M 13f/06 zu sehen ist. Die Begründung zu M 13f/06 wurde adaptiert.

Weiters erachtet Hutchison die Formulierung „LRAIC eines effizienten Betreibers“ für nicht nachvollziehbar. Hutchison geht davon aus, dass ein – für alle Betreiber – einheitliches Entgelt zur Anwendung kommt und erachtet diese Festlegung als unverhältnismäßig. In weiterer Folge nimmt Hutchison auf die „one price rule“ Bezug und vermeint – ohne an dieser Stelle eine weiterführende Begründung anzuführen –, dass diese „ökonomisch keinesfalls zwingend“ sei. Zum diesem und dem nachfolgenden Vorbringen der Hutchison, insbesondere zu betreiberindividuellen Umständen, darf auf obige Ausführungen zur auferlegten Verpflichtung verwiesen werden. Zum Vorbringen der Hutchison zum mangelnden rechtlichen Gehör wird auf das Verfahren S 20/06 verwiesen, in dessen Rahmen der Antrag der Hutchison abgewiesen wurde.

In weiterer Folge möchte Hutchison einen Widerspruch darin erkennen, dass zum einem festgestellt wurde, dass produktive Effizienz bei der Erstellung von Mobilfunkleistungen sichergestellt ist (weswegen auch nicht der Parameter „Forward looking (FL-)“ bei der konkreten Festlegung des Kostenrechnungsmaßstabes „LRAIC“ Eingang gefunden hat) und zum anderen, dass die festgestellten betreiberindividuellen Kosten auf ein effizientes Niveau geführt werden sollen; ein solcher Schritt wäre offenbar nicht notwendig. Die von Amtssachverständigen im Rahmen der Verfahren zu Z 2/05ff festgestellten Kosten („K1“) stellen die Voll- (bzw. Ist-)Kosten der Betreiber dar, wobei auf Grund der sichergestellten produktiven Effizienz keine Notwendigkeit besteht, auf Widerbeschaffungswerte abzustellen. Diese festgestellten betreiberindividuellen Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung berücksichtigen jedoch nicht die Ausschöpfung von Größenvorteilen (Parameter „Long Run“ des Maßstabes „LRAIC“) und damit auch nicht das Erreichen einer mindestoptimalen Größe.

d. Zum Entwurf einer Vollziehungshandlung im gegenständlichen Verfahren hat auch Mobilkom am 4.12.2006 Stellung genommen. Dabei nimmt Mobilkom Bezug auf ein Endkundenprodukt der Hutchison („*Callme-Bonus*“), welches im Wesentlichen zum Inhalt hat, dass Hutchison ihren Endkunden für jede volle Minute eines eingehenden Gesprächs aus einem anderen österreichischen Mobilfunknetz innerhalb Österreichs Cent 10 pro Minute gutschreibt. Dieses Produkt bzw. die Auswirkungen desselben sollen im gegenständlichen Bescheid berücksichtigt werden.

Die Telekom-Control-Kommission sieht keinen Bedarf, eine Änderung des Maßnahmenentwurfes wegen dieses Endkunden-Produktes vorzunehmen, da Mobil-Endkundenentgelte keiner Regulierung nach den telekommunikationsrechtlichen Vorschriften unterworfen sind. Nachdem singuläre Endkundenentgelte nicht die jeweils konkret anfallenden Vorleistungskosten abdecken müssen, können einzelne Tarife durchaus kostenunterdeckend sein. Am Mobil-Endkundenmarkt sind eine Reihe von Tarifen beobachtbar, die von den Vorleistungskosten entkoppelt sind (vgl. dazu Cent 0 – Angebote). Vor diesem Hintergrund wurde auch keine Verpflichtung zu einer „internen Nichtdiskriminierung“ hinsichtlich des Preises der Leistung der Mobil-Terminierung vorgesehen, weswegen das Vorbringen der Mobilkom betreffend eines Verstoßes gegen ein Nichtdiskriminierungsgebot verfehlt ist.

Der von Mobilkom herangezogene Verweis auf die zusätzlich auferlegten Verpflichtungen betreffend Produkte wie „Mobile Nebenstellenanlage“ vermag nicht zu überzeugen, richtet sich diese spezifische Verpflichtung doch gegen das festgestellte Wettbewerbsproblem des „Foreclosure gegen Festnetzbetreiber“.

Soweit Mobilkom darauf hinweist, dass ein „Call-mix“ verschoben wird und dass einzelne Tarifangebote anderer Betreiber „verunmöglicht“ werden, ist festzuhalten, dass die Regulierungsbehörde nicht berufen ist, einzelne Endkundenangebote zu fördern. Der Wettbewerb am Endkundemarkt entscheidet über Produkte und „Call-Mixes“.

9.3. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission

Am 8.12.2006 übermittelte die Europäische Kommission (EK) im Rahmen der Koordination gemäß § 129 TKG 2003 eine Stellungnahme, in der sie sich nicht gegen die spruchgemäßen Festlegungen ausspricht, sondern im Wesentlichen festhält, dass sie es für effektiver erachten würde, wenn die Telekom-Control-Kommission die Verpflichtung der Kostenorientierung bereits in der vorliegenden „SMP-Entscheidung“ präzisieren würde als im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren.

Zu dieser Stellungnahme kann festgehalten werden, dass der gegenständliche Maßnahmenentwurf lediglich die allgemeinen Verpflichtungen im Sinne der §§ 38ff TKG 2003 enthält und erst bei Nichteinigung eine konkrete Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten erfolgt. Eine solche Vorgangsweise steht zum Einen in Übereinstimmung mit der geltenden nationalen Rechtslage (§§ 48, 50 TKG 2003) und erweist sich zum Anderen auch als verhältnismäßiger als eine sofortige Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten. Im Wege von bilateralen Streitschlichtungsverfahren werden die Parteienrechte der Zusammenschaltungspartner (auch von Festnetzbetreibern) gewahrt.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen geht die Telekom-Control-Kommission weiterhin davon aus, dass auf Grund der heterogenen Interessen der Zusammenschaltungspartner, insbesondere der Mobilfunk- und Festnetzbetreiber sowie der Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten, eine privatrechtliche Einigung nur in jenem Fall zu Stande kommen wird bzw. kann, wenn die Mobilterminierungsentgelte auf kostenorientiertem Niveau (bzw. in Übereinstimmung mit der auferlegten spezifischen Verpflichtung) zu liegen kommen. Andernfalls werden die Zusammenschaltungspartner, jedenfalls die Festnetzbetreiber, die Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 anrufen, was wiederum zu einer Anordnung kostenorientierter Entgelte führen würde. Damit wird zwar nicht grundsätzlich der Anreiz zur Verrechnung überhöhter Entgelte beseitigt, dennoch stellt diese Verpflichtung sicher, dass Mobilfunkbetreiber nicht im Stande sind, überhöhte Entgelte privatrechtlich durchzusetzen. Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission – wie dargestellt – die Möglichkeit, behördenseitig zu intervenieren.

Diese Vorgehensweise ist nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzipes angemessen und birgt den Vorteil, dass privatrechtliche Einigungen nicht a priori ausgeschlossen werden, gleichzeitig aber sichergestellt wird, dass die Mobil-Terminierungsentgelte nicht vom kostenorientierten Niveau (bzw. von der auferlegten spezifischen Verpflichtung) abweichen.

Im Konkreten kann festgehalten werden, dass die Telekom-Control-Kommission bereits mit einer Reihe von Anträgen von Fest- und Mobilnetzbetreibern auf Festlegung kostenorientierter Mobil-Terminierungsentgelte mit Laufzeiten bis Ende des Jahres 2008 konfrontiert ist.

9.4. Zur Stellungnahme der Hutchison betreffend das Verfahren gemäß § 129 TKG 2003

Im Rahmen einer Stellungnahme vom 15.12.2006 nimmt Hutchison Bezug auf das Schreiben der Europäischen Kommission vom 23.11.2006 sowie auf das diesbezügliche Antwortschreiben der Telekom-Control-Kommission vom 28.11.2006. Hutchison vermeint, dass die Europäische Kommission unvollständig und irreführend informiert wurde, weswegen die Verfahrenspartei einen Antrag stellt, die Europäische Kommission weiter und anders zu informieren.

Eingangs ist der Vorwurf der irreführenden und unvollständigen Beantwortung zurückzuweisen, da die Ausführung der Telekom-Control-Kommission betreffend die Bescheide Z 2/05ff vom 19.12.2005 korrekt sind: Diese Bescheide wurden erlassen, sind rechtskräftig und sehen eine Befristung vor. Dass manche dieser Bescheide (von Hutchison) gekündigt wurden, ändert nichts an der Qualität dieser Anordnung als Bescheide iSd §§ 56ff AVG. Ob und inwieweit Hutchison nach einer Kündigung eines solchen vertragsersetzenden Bescheides ein Recht auf Anrufung der Telekom-Control-Kommission für denselben Regelungsgegenstand und –zeitraum zukommt bzw. die Telekom-Control-Kommission eine solche Entscheidung treffen kann, war bislang nicht zu thematisieren, weswegen bereits die Telekom-Control-Kommission diesem Vorbringen der Hutchison nicht vorbehaltlos zustimmt.

Dass diese Bescheide eine nicht zu Stande gekommene Vereinbarung ersetzen, wurde der Europäischen Kommission auch im Rahmen des angesprochenen Antwortschreibens der Telekom-Control-Kommission vom 28.11.2006 mitgeteilt (On 26, Seite 1).

Soweit Hutchison thematisiert, dass die Europäische Kommission „*möglicherweise ein Veto gegen die neuerlich unklare Entscheidung der TKK einlegt*“, ist die Verfahrenspartei darauf zu verweisen, dass der Europäischen Kommission nach § 129 TKG 2003 iVm Art. 7 Abs. 4 Rahmen-Richtlinie keine Möglichkeit eines solchen „Vetos“ betreffend spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 zukommt.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen und des Umstandes, dass die Telekom-Control-Kommission keine Grundlage in § 129 TKG 2003 für den von Hutchison gestellten Antrag erkennen kann, war dem Begehren nicht zu folgen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 18.12.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Zustellverfügung:

Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Telefax und Post