

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ.-Prof. Mag. Dr. Otto Petrovic als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 15.6.2009 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

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

B. Orange Austria Telecommunication GmbH werden gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

B.1. Orange Austria Telecommunication GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

B.2. Orange Austria Telecommunication GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

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

B.4. Orange Austria Telecommunication GmbH hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Dieses Standardangebot hat folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

- Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen,
- Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen,
- Verkehrsarten und Entgelte.

B.5. Orange Austria Telecommunication GmbH hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

B.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Orange Austria Telecommunication GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Ab Zustellung dieses Bescheides bis 30.06.2009:	Cent 4,50
Vom 1.7.2009 bis 31.12.2009:	Cent 4,00
Vom 1.1.2010 bis 30.06.2010:	Cent 3,50
Vom 1.7.2010 bis 31.12.2010:	Cent 3,01
Vom 1.1.2011 bis 31.05.2011:	Cent 2,51
Ab 1.6.2011 bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 (bzw einer allfälligen sinngemäßen Nachfolgeregelung) betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in das öffentlichen Mobiltelefonnetz der Orange Austria Telecommunication GmbH:	Cent 2,01

Die angeführten Beträge sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht

zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung. Diese Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 1.9.2008 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 1/08 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, „ob auf den Märkten für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen der Telekommunikationsmärkteverordnung gemäß § 36 TKG 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw ob ohne Regulierung selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei sind jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

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

Sollte eine spezifische Verpflichtung zur Entgeltkontrolle iSd § 42 TKG 2003 vorgesehen sein, werden die Amtssachverständigen beauftragt, die Kosten entsprechend dem vorgeschlagenen Standard zu erheben und darzustellen.“

Allen Betreibern von Telekommunikationsnetzen und - mit Ausnahme von reinen Wiederverkäufern (Callshops, Internetcafés) - auch allen Telekommunikationsdienstbetreibern, die über eine Bestätigung einer vollständigen Anzeige gemäß § 15 Abs 3 TKG 2003 bzw über eine Konzessionsurkunde nach dem TKG (1997) verfügen, wurde Parteistellung eingeräumt.

Im Dezember 2008 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt.

Zu diesem Gutachten wurden Stellungnahmen übermittelt.

Am 25.2.2009 wurde eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Folgende Unternehmen verfügen nach Durchführung der mündlichen Verhandlung über Parteistellung im Verfahren M 1/08:

mobilkom austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Telekom Austria TA AG, UPC Telekabel Wien GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH, Colt Telecom Austria GmbH, Verizon Austria GmbH, Barablu Mobile Austria Limited, Energie AG Oberösterreich Data GmbH, Multimedia One GmbH, Liwest Kabelmedien GmbH, LinzNet Internet Service Provider GmbH, Innosoft Theresia Hirschbichler KEG, atms Telefon- und Marketing Services GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, Kapper Network-Communications GmbH, Hedab VerwaltungsgesmbH.

Am 20.4.2009 wurde ein Entwurf einer Vollziehungshandlungen iSd § 128 TKG 2003 beschlossen und die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 durchgeführt. Zum Entwurf einer Vollziehungshandlung wurden Stellungnahmen übermittelt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

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

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

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

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

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

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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, sondern konstituiert wiederum einen eigenen (Monopol-)Markt.

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

a. 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.

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

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

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 Bereich; die Streuung der Terminierungsentgelte in Österreich (im Jahr 2007) ist im europäischen Vergleich hoch.

Weiters zeigt ein Vergleich der durchschnittlichen Mobilterminierungsentgelte in Europa einen sinkenden Trend: Das durchschnittliche Niveau der Terminierungsentgelte in Europa ist zwischen Juli 2004 und Oktober 2007 um 34% gesunken.

2.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

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

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

Die nachfrageseitige Gegenmacht auf Mobilterminierungsmärkten kann sowohl auf Endkunden- (eigene Kunden, Fremdkunden) als auch auf Vorleistungsebene untersucht werden: Die Anreize, Verhandlungsmacht auszuüben, hängen davon ab, wie sehr Betreiber durch Zahlung niedrigerer Terminierungsentgelte ihre Gewinne erhöhen können. So wird der Anreiz grundsätzlich sehr hoch sein, wenn es möglich ist, eine unilaterale Senkung der

Terminierungsentgelte durchzusetzen, da dies die eigenen Kosten senkt und gleichzeitig der Umsatz der Mitbewerber reduziert wird. Löst eine Absenkung des Terminierungsentgelts eines anderen Betreibers demgegenüber auch Druck auf die eigenen Terminierungsentgelte aus, wird der Anreiz entsprechend geringer sein, da durch den Druck auf Absenkung der Terminierungsentgelte des Mitbewerbers auch die Gefahr besteht, eine Abwärtsspirale bei den eigenen Terminierungsentgelten einzuleiten.

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

Hinsichtlich der Nachfragemacht von Nachfragern auf der Vorleistungsebene ist festzustellen, 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 vor dem Hintergrund der spezifischen Marktsituation nicht zu erwarten, dass selbst der kleinste Mobilfunkbetreiber (Hutchison) durch Verhandlungsmacht in seinem Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird: Erstens haben auch die kleineren aktiven Mobilbetreiber bereits eine kritische Größe überschritten (die Nichtzusammenschaltung mit einem Mobilbetreiber mit 100.000 Teilnehmern oder mehr ist insbesondere für die in der Regel wesentlich kleineren Festnetzbetreiber keine glaubwürdige Drohung um Nachfragedruck auszuüben), so dass sich Nachfragemacht allenfalls auf zukünftige Neueinsteiger (etwa Barablu) beschränkt. Zweitens abstrahiert diese Analyse von allfälligen regulatorischen Verpflichtungen. Die in Frage kommenden großen Nachfrager (Telekom Austria, T-Mobile und Orange) können allenfalls und nur dann 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. Drittens ist in jener Anbieter-Nachfrager-Konstellation, in welcher 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 eher dahingehend nutzen werden, den Markt für den Neueinsteiger gänzlich zu verschließen (und nicht kosteneffiziente Entgelte durchzusetzen).

Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten bzw der Verbundenheit von Unternehmen ändert an diesem Bild nichts. Hinsichtlich ersterer besteht allein schon deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist, oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen (im Sinn von outside options) gibt. Überdies ist nicht plausibel, warum die Marktmacht auf anderen Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte. Für verbundene Unternehmen und ihre Möglichkeit den Druck in der Verhandlungssituation zu verstärken gilt analoges, wobei hinzukommt, dass der Anreiz, Druck auszuüben insbesondere dann gering sein wird, wenn damit die Gefahr einhergeht, dass in Folge auch der verbundene Mobilnetzbetreiber seine Terminierungsentgelte absenken müsste. Selbst wenn man unterstellte, dass ein Mobilnetzbetreiber auf Druck seines Verhandlungspartners ggf bereit wäre, seine Terminierungsentgelte abzusenken, müsste er dabei auch hinnehmen, dass dieses Ergebnis ggf auch anderen (allen) Unternehmen zugute kommen könnte (Arbitragegeschäfte), wodurch sich der Anreiz bei Terminierungsentgelten nachzugeben deutlich reduziert.

Schließlich bestätigen auch die Terminierungsbilanzen (Verkehrssalden zwischen Mobilnetzen) das gewonnene Bild: Ein Betreiber mit einem Verkehrsüberschuss (net-inflow) – wie etwa mobilkom – hat keinen Anreiz, Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis anzubieten, da damit ein Access Überschuss erzielt und die Kosten des Mitbewerbers erhöht (und so seine wettbewerbliche Position geschwächt) werden können.

Umgekehrt hat aber auch ein Betreiber mit einem Terminierungsbilanzdefizit keinen Anreiz seine Terminierungsentgelte (einseitig) zu senken, da dies seine eigene Position schwächt und die des Wettbewerbers stärkt (geringere Vorleistungskosten). Nur im Fall ausgeglichener Terminierungsbilanzen – wie sie etwa zwischen den zwei großen Mobilfunknetzbetreibern (mobilkom, T-Mobile) gegeben sind – besteht unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit, dass eine Verhandlungslösung zu einem an den Kosten orientierten reziproken Preis für die jeweilige Terminierungsleistung führt. Wäre eine solche Situation gegeben, so wäre sie freilich nicht als Ergebnis nachfrageseitiger Gegenmacht anzusehen, sondern lediglich auf einen „Gleichklang an Interessen“ zurückzuführen. Die dafür notwendigen Voraussetzungen sind freilich schwer zu erzielen (Gefahr von Arbitrage, wenn ggf Dritten höhere Preise verrechnet werden) bzw können diese ggf auch negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt haben. Jedenfalls aber beeinflusst der Verkehrssaldo aus Terminierungsleistungen Strategie und Interesse in den Entgeltverhandlungen.

Endkundenmarktanteile sind für die Analyse von Marktmacht auf der Vorleistungsebene insofern relevant, als ein Neueinsteiger der Gefahr der Marktabschottung ausgesetzt sein kann und so eine gewisse nachfrageseitige Gegenmacht besteht. Dies gilt allerdings nur für den sehr engen Zeitraum des Markteintritts und wird vor allem für Unternehmen mit geringeren sunk costs (etwa MVNOs) relevant sein. Weiterreichende Auswirkungen für die Beurteilung der Marktmacht auf dem Mobilterminierungsmarkt ergeben sich aus den Endkundenmarktanteilen nur insofern, als ein späterer Markteintrittszeitpunkt auch Auswirkungen auf die Kundenstruktur und damit die Verkehrsmuster haben wird (und so letztlich die Terminierungsbilanz beeinflusst).

Hinsichtlich der Nachfragemacht auf der Endkundenebene ist festzustellen, dass der Angerufene die – im Zusammenhang mit Nachfragemacht – wohl wesentlichste Option zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen zur Hand hätte, nämlich zu einem anderen Netzbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten zu wechseln. Selbst sehr großen Unternehmen bzw Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) ist es aber nicht möglich, niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen, da für den Mobilbetreiber die Nettobilanz einer solchen Absenkung jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch die Originierungsbetreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und es für den Nachfrager wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver ist, alternative Lösungen zur Umgehung zu finden (On-Net-Tarife, tariffreie Rufnummer, mobile Nebenstellenanlage, etc). Der Anrufer auf der Endkundenebene wiederum hat weder Alternativen (er kann das Gespräch zu einem bestimmten Teilnehmer nicht durch einen anderen Anruf in ein anderes Netz substituieren), noch kann und wird der Terminierungsnetzbetreiber mit ihm über Terminierungsentgelte verhandeln. Im Ergebnis heißt das, dass auch die Endkunden über keine Nachfragemacht verfügen.

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 Endkundennachfrage nach Anrufen in Mobilnetze. Der Angerufene könnte zwar potenziell mehr Preisdruck ausüben, weil er im Rahmen der Subskriptionsentscheidung die Wahl zwischen Betreibern mit unterschiedlich hohen Terminierungsentgelten hätte. Es mag auch einen (möglicherweise sogar nicht vernachlässigbaren) Teil der Mobilfunkteilnehmer geben, für 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, dh es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

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

2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

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

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

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

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

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

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

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

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

Aus ökonomischer Sicht wird sohin ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber unabhängig von seiner Netzwerkgröße die Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz zumindest auf das Niveau des Monopolpreises setzen. Dadurch kommt es zu allokativen Verzerrungen, durch die Wohlfahrtsverluste entstehen (primär für Konsumenten), da sich ein Marktergebnis mit zu hohen Preisen (für *Off-Net*-Anrufe in Mobilnetze) und zu geringen Mengen einstellt. Die Margen (aus der Terminierung) werden gegenwärtig (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subventionierung von Endgeräten und

Endkundentarifen, etc) verzehrt. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht die (insgesamt erwirtschafteten) „Übergewinne“ (Preise über Kosten) 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. Dies ist nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Für den österreichischen Mobilfunkmarkt ist eine durch überhöhte Terminierungsentgelte verursachte Kollusion sehr unwahrscheinlich. Zum einen kommen Preismodelle zur Anwendung, die den kollusiven Effekt von Terminierungsentgelten unterlaufen (wie Endgerätesubventionen), zum anderen sprechen die gegenwärtige Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt und die gravierenden Interessensunterschiede zwischen einzelnen Mobilbetreibern hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte tendenziell dagegen.

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

Ad (2): Auf einem entwickelten Wettbewerbsmarkt mit etablierten Betreibern, die alle über einen entsprechenden Kundenstamm verfügen, haben im Normalfall beide Zusammenschaltungspartner auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten ein Interesse daran, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen. Es ist also davon auszugehen, dass die Zusammenschaltung auch in Abwesenheit von Regulierung (bzw Regulierungsandrohung) gewährleistet ist. Anders zu bewerten ist die Zusammenschaltung von großen etablierten Betreibern mit „kleinen“ Betreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs). Für große Betreiber überwiegen die Vorteile einer Nichtkooperation (geringerer Wettbewerb auf der Endkundenebene) deren allfällige Nachteile (einige wenige Teilnehmer sind nicht erreichbar). Neben nichtpreislichen Mechanismen (Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen, inferiorer Produktqualität, etc) können – insbesondere wenn es eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung gibt, die Preise allerdings frei gesetzt werden können – dabei (prohibitiv) hohe Zugangspreise bzw die Praktizierung von *Margin Squeeze* eine zentrale Rolle spielen: Erstens bestimmen Terminierungsentgelte die Kosten für *Off-Net-Calls*, was einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für einen kleinen Betreiber darstellt, der fast 100% der Anrufe als *Off-Net-Calls* abwickeln muss. Dieser *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte führt dazu, dass ein kleiner Betreiber (im Falle

überhöhter Terminierungsentgelte) mit wesentlich höheren durchschnittlichen Grenzkosten konfrontiert ist, als große etablierte Betreiber mit einem hohen Anteil an netzinternen Anrufen. Hinzu kommt die (aus überhöhten Terminierungsentgelten subventionierte) Diskriminierung zwischen *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufen. Durch günstigere *On-net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, die das Netz eines kleineren Betreibers unattraktiv machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Drittens ist ein Marktneuling in der Eintrittsphase (nicht zuletzt auf Grund der ausgeprägten Größenvorteile im Mobilfunk) gezwungen, attraktivere Tarife anzubieten, um seine Marktanteile auszubauen. Dies induziert (in der Regel) einen (größeren) Netto-*Outflow* an Terminierungsminuten, was wiederum heißt, dass der Betreiber im Fall überhöhter Terminierungsentgelte mit einem Access-Defizit konfrontiert ist (wie etwa Hutchison 3G Austria GmbH). Viertens ist nicht davon auszugehen, dass sich in einem regulierungsfreien Umfeld reziproke Terminierungsentgelte einstellen würden.

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

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

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anreize für anti-kompetitives Verhalten bei der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung zwischen etwa gleich großen Mobilunternehmen aus ökonomischer Sicht nicht so eindeutig gegeben sind, wie bei der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetzen oder zwischen großen und kleinen Mobilfunkunternehmen. Das – für einen entwickelten Wettbewerbsmarkt – wesentlichste Wettbewerbsproblem innerhalb des Mobilfunks (überhöhte Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument) hat wegen der in Österreich verwendeten Tarifsysteme keine nennenswerte Bedeutung. Allerdings können überhöhte Terminierungsentgelte als *Foreclosure*-Instrument (durch Praktizierung eines *Margin Squeeze*) gegen kleine Betreiber insbesondere aber Markteinsteiger eingesetzt werden. Bezüglich der kleineren Betreiber, die bereits am Markt aktiv sind (zB Hutchison), verliert dieses Problem mit zunehmenden Teilnehmern an Bedeutung, bleibt aber relevant für mögliche zukünftige Markteinsteiger (zB MVNOs, wie Barablu). Für große etablierte Betreiber, die einen einigermaßen symmetrischen Verkehr haben, verlieren die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte ihre strategische Bedeutung für den Endkundenwettbewerb. In einem reinen Mobil-zu-Mobil-Kontext ist denkbar, dass etablierte Mobilbetreiber – in einem unregulierten Umfeld – kosteneffiziente Terminierungsentgelte vereinbaren würden. Diese Erkenntnis ist allerdings theoretisch, da

das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten auf Grund von Arbitragemöglichkeiten relativ eingeschränkt ist. Mobilbetreiber würden (bzw müssten) daher in der Praxis ihre Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte – bei freier Preisbildung – an den (regulierten) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten.

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-Anrufe* keinen unmittelbaren Nutzen.

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

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

In diesem Kontext sind folgende zwei Trends erkennbar: Zum einen bieten Betreiber immer mehr Tarife an, die kostenlose *On-Net* Gespräche beinhalten. Zum anderen sind im Rahmen dieser Tarife oft auch Gespräche in einzelne oder mehrere andere Mobilnetze gratis; die Preisdifferenzierung zwischen *On-Net* und *Off-Net* ist damit vielfach nicht mehr in dem

Ausmaß gegeben. Es ist also eine Abkehr von der *On-Net-/Off-Net*-Preisdifferenzierungspolitik erkennbar. Dies ist auf die Marktphase und nicht zuletzt auch auf die Senkung der Terminierungsentgelte und damit die Reduktion der Kosten für netzexterne Anrufe und die Reduktion des Subventionierungspotenzials für *On-Net*-Tarife zurück zu führen.

2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

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

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

Der Umstand, dass derzeit beide Leistungen getrennten Märkten zugerechnet werden, bedeutet nicht, dass es kein Substitutionsverhältnis zwischen Fest- und Mobilnetzen gibt. Insbesondere die sinkenden Gesprächsminuten am Festnetzendkundenmarkt (für Privatkunden) bestätigen, dass es eine Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen gibt.

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

- Überhöhte (über den Kosten liegende) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelte verstärken/beschleunigen die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte Fest-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 (dh durch das Festnetz) subventioniert werden kann.
- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie zB bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks, etc*), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreiber erheblich verschlechtert.

Ein Beispiel für einen komplementären Festnetz-Mobilfunkdienst ist die Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummer (ortsfester Netzabschlusspunkt) zu einer Mobilnummer, wie sie zB im Rahmen der Produkte „mobile Nebenstellenanlage“ (von Orange Austria

Telecommunications GmbH, „Festnetzersatz“, vgl <http://www.orange.at/Content.Node/business/festnetzersatz/>) oder „Replace“ (von T-Mobile Austria GmbH ebenfalls als „Festnetzersatz“ beworben, vgl <http://www.t-mobile.at/business/telefonieren/replace/>) 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 im Spruch genannten Verfahrenspartei werden für den Fall der Nicht-Regulierung identifiziert:

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

Wettbewerbsproblem 2: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net Calls (verzerrte Preisstrukturen).

Wettbewerbsproblem 3: Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB 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.

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 Abhilfemaßnahmen 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 (zB Suchkosten) zu senken bzw den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren. Nur wenn die Nachfrager der (Vor-)

Leistung hinreichend über alternative Angebote (Preise) informiert sind, können Wettbewerbskräfte wirksam werden.

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

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

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

4.2. Getrennte Buchführung

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

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

4.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

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

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

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

Effizienzgewinnen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen (Netzwerkexternalitäten), die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (zB Endgeräteproduktion), Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

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

Wie bereits festgestellt, hat das marktbeherrschende Unternehmen einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (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“).

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

4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

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

Qualitätsdiskriminierung

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

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

Damit gewährleistet ist, dass im Anwendungsfall (zB Streitschlichtung) dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefolgt wird, ist es zweckmäßig, die Verpflichtung insofern einzuschränken, als dass das marktbeherrschende Unternehmen von der

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

Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- a.) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Festnetzbetreibern,
- b.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Mobilfunkbetreibern,
- c.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen Festnetzbetreibern und Mobilfunkbetreibern,
- d.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich und anderen Abnehmern der Leistung (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 (bislang geübten) spezifischen Regulierungssituation in Österreich (grundsätzlich privatrechtliche Verträge) in der Lage ist, (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben, stellt ein „externes Diskriminierungsverbot“ effektiv sicher, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern die selben Konditionen mit selbem Wirkungsbeginn einräumt und diese Verpflichtung nicht durch eine geschickte Vertragsgestaltung umgeht.

Analog zur Qualitätsdiskriminierung ist es auch bei der Preisdiskriminierung zweckmäßig, den Diskriminierungstatbestand insofern einzuschränken, als dass das marktbeherrschende Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen oder eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

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

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

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

Die Anwendung des (internen/externen) Diskriminierungsverbots als Instrument gegen einen *Margin Squeeze* ist aber ein taugliches Instrument, um die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines *Margin Squeeze* zu unterbinden. Konkreter

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

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

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

4.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

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

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

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

Dem Ansatz der „kostenorientierten Entgelte“ ist der Vorzug zu geben: Kostenorientierte Entgelte sind am verhältnismäßigsten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind resistente Monopolmärkte. *ECPR*-Preise wären vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung

selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. Dieser Ansatz ist nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden Wettbewerb eliminiert werden.

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

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

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

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

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

Unter diesen Bedingungen werden die Nachfrager zum niedrigstmöglichen Preis mit der höchstmöglichen Menge versorgt. Dieses langfristige Konkurrenzgleichgewicht führt dazu,

dass die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt maximiert wird und gleichzeitig sichergestellt ist, dass kein Betreiber Übergewinne erwirtschaften kann, da die Kosten des jeweils effizientesten Betreibers (mit den geringsten Kosten) zu Grunde gelegt werden. Jedes Abweichen von diesem Niveau stellt die Konsumenten schlechter und ist nur unter bestimmten Ausnahmebedingungen rechtfertigbar.

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

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 genannten Verpflichtungen alle Fest-Mobil-Terminierungsleistungen und (zumindest für die Periode der gegenständlichen Marktanalyse) auch für die Mobil-Mobil-Terminierung gelten sollen, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

4.7. 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.

5. Übersicht der zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte

a. Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurde festgestellt, dass die mobilkom, T-Mobile (vormals auch tele.ring), Orange (vormals one) und Hutchison über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf ihren betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in ihre öffentliche Mobiltelefonnetze verfügen. Dabei wurde den (damaligen) Verfahrensparteien gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 mehrere spezifische Verpflichtungen auferlegt; zur Frage der Höhe der Entgelte für die Leistung der Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze wurden gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte (in Cent, ohne Umsatzsteuer, pro Minute) festgelegt („Gleitpfad“):

	mobilkom	T-Mobile (vormals auch tele.ring, t.r.)	Orange (one)	Hutchison
Ab 29.10.2004	10,86	13,18 (t.r 15,99)	13,80	19,62
Ab 1.1.2005	10,86	13,18 (t.r 15,99)	13,80	19,62
Ab 1.11.2005	10,34	12,66 (t.r 13,80)	13,28	19,62
Ab 1.1.2006	9,34	11,66 (t.r. 12,80)	12,28	17,79
Ab 1.7.2006	8,34	10,66	11,28	15,95
Ab 1.1.2007	7,13	9,45	10,07	13,90
Ab 1.7.2007	5,91	8,23	8,85	11,86
Ab 1.1.2008	5,72	7,02	7,64	9,81
Ab 1.7.2008	5,72	5,80	6,42	7,76
Ab 1.1.2009	5,72	5,72	5,72	5,72

Die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurden mit Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2008 (Zahlen 2007/03/0208, 2007/03/0211, 2007/03/0210, 2007/03/0214) aufgehoben (mit Ausnahme des Spruchpunktes A des Bescheides M 15c/03, M 13c/06). Diese Marktanalyseverfahren wurden in weiterer Folge eingestellt.

b. Mit Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 20.4.2009 (Z 12/06, Z 2/07, Z 20/06, Z 11/05, Z 19/06, Z 21/06, Z 8/06, Z 9/05, Z 18/06, Z 9/06, Z 12/07) wurden in acht Zusammenschaltungsanordnungen gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 die Mobil-Terminierungsentgelte der Mobilfunkbetreiber (für bilaterale Verhältnisse) festgelegt. Dabei wurden für den Zeitraum bis 30.6.2008 die oben festgestellten Mobil-Terminierungsentgelte festgelegt; für den Zeitraum ab 1.7.2008 wurden folgende Entgelte angeordnet.

	mobilkom	T-Mobile	Orange	Hutchison
Ab 1.7.2008	5,72	5,72	5,72	5,72
Ab 1.1.2009	4,5	4,5	4,5	4,5

Vorstehende Mobil-Terminierungsentgelte sind jeweils befristet mit einer Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des jeweiligen Marktes für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz.

6. Zu den Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung

Die Kosten (in Euro pro Minute) der Mobilfunkbetreiber für die Leistung der Terminierung in das eigene öffentliche Mobiltelefonnetz stellen sich wie folgt dar:

	2007	2008	2009	2010
mobikom	0,0372	0,0304	0,0273	0,0247
T-Mobile	0,0730	0,0477	0,0402	0,0363
Orange	0,0444	0,0386	0,0356	0,0343
Hutchison	0,0832	0,0452	0,0271	0,0201

7. 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 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt und einer Preisregulierung unterworfen:

Land	Marktabgrenzung betreiberindividuell	SMP	Preisregulierung	
			ja?	wie?
BE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
CY	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC (CYTA), Benchmarking (Areeba)
CZ	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FDC
DE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
DK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Preiskontrolle anhand Benchmarking mit SE, NO, FI, für H3G Benchmarking mit SE, UK,AT, ab 2009 Kostenorientierung – LRAIC
EE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Benchmarking mit CY, LT, FI, Entwicklung LRIC Modell geplant
ES	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FDC, LRIC in Vorbereitung*
FI	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FAC
FR	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FAC
GR	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
HU	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
IE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – nicht spezifiziert
IT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
LT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRAIC
LU	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Internationales Benchmarking
LV	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FDC
MT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung und Benchmarking EU
NL	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
NO	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC

PL	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – nicht spezifiziert
PT	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Europäisches Benchmarking
RO	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
SE	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC
SK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – unspezifiziert
SI	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – FDC
UK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung – LRIC

8. Sonstiges

a. Rund 15% der gesamten Mobilfunkumsätze fallen auf die Mobil-Terminierung. Etwa 75% des Umsatzes wird am Endkundenmarkt erwirtschaftet, die restlichen ca 10% entfallen auf andere Vorleistungen.

b. In den vergangenen Jahren hat es regelmäßig Streitschlichtungsverfahren iSd § 41 TKG (1997) bzw §§ 48, 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 (amtsbekannt, vgl die unter www.rtr.at veröffentlichten Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz“, 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 vom Dezember 2008 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/08*“). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und in die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilfunkterminierung gehen die Amtssachverständigen auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 ein („*single dominance*“, eine Untersuchung der „*joint dominance*“-Kriterien iSd Abs 4 leg cit scheidet auf Grund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf einem Monopolmarkt eine Bedeutung haben können. Daraus ergibt sich, dass die Amtssachverständigen alle Marktmachtindikatoren einer Untersuchung unterzogen haben.

Dass die Indikatoren Marktanteile und nachfrageseitige Gegenmacht eine besondere Relevanz im Rahmen der Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Monopolmarkt „Mobil-Terminierung“ einnehmen, haben die Amtssachverständigen dargelegt; dies wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 bestätigt (Punkte 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens gehen die Amtssachverständigen aussagekräftig auf über 25 Seiten auf den Indikator der nachfrageseitigen Gegenmacht ein und untersuchen diesen sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene. Dabei gehen die Amtssachverständigen auf eine Vielzahl von betreiberindividuellen Konstellationen ein und

fundieren ihre Untersuchungen und Schlussfolgerungen mit konkreten, betreiberindividuellen Daten.

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

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

b. Die Feststellungen zu den angeordneten und zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelten sind amtsbekannt.

c. Auch die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen auf dem erwähnten Gutachten der Amtssachverständigen (Punkt 7.). Mögliche Regulierungsoptionen werden aufgezeigt, diskutiert und gegeneinander abgewogen, bevor eine begründete Empfehlung ausgesprochen wird.

d. Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung ergibt sich ebenfalls aus diesem Gutachten (Punkt 8). Das Gutachten nennt die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Sollten mehrere Berechnungsvarianten denkmöglich sein, werden verschiedene Szenarien dargestellt und bewertet. Das Gutachten kommt dem gestellten Auftrag in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise nach.

Wie sich insbesondere aus Stellungnahmen von Verfahrensparteien ergibt, sind hinsichtlich einzelner Berechnungen auch andere (alternative) Herangehensweisen denkbar, die zu (leicht) anderen Ergebnissen führen (können) (vgl. dazu etwa das Gutachten von Ovum samt der von mobilkom am 3.4.2009 vorgelegten tabellarischen Übersicht, „Ergänzung“ des Gutachtens Ovum); auch diese Ergebnisse können als valide angesehen werden, ohne dass damit einhergeht, dass die Kalkulationen im wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen nicht tragfähig wäre.

e. Nachdem der Entscheidung weder ein internationaler Vergleich von Mobil-Terminierungsentgelten noch Zahlungsströme vom bzw. in das Ausland zu Grunde gelegt wird, war auf diesbezügliches Vorbringen (der mobilkom, T-Mobile und Orange) nicht (gesondert) einzugehen, soweit nicht an anderer Stelle dazu ausgeführt wird.

Die Übersicht von Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden wird nicht in Zweifel gezogen.

2. Zur Heranziehung der geringsten Kosten

Jener Wert, der als die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers im Jahr 2010 herangezogen werden kann, ist jener, der für Hutchison ermittelt werden konnte (Cent 2,01): Die geringsten ermittelten Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung stellen eine geeignete Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers dar, da die Mobilfunkunternehmen auf Grund des Wettbewerbsdruckes grundsätzlich gezwungen sind, ihre Leistungen effizient zu erbringen; Hutchison als Betreiber mit den geringsten Kosten im Jahr 2010 gibt – vor dem Hintergrund der ökonomischen Theorie zum einheitlichen Marktpreis („one price rule“) – somit die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ vor. An diesem Wert hat sohin eine Orientierung zu erfolgen.

Darüber hinaus ist dieser Ansatz ein wettbewerbsorientierter: Ein Wettbewerbsmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass sich Marktpreise an den langfristigen Durchschnittskosten, welche der Industrie für die effiziente Produktion – dh mit den geringst möglichen Produktionskosten – entstehen, orientieren und Anbieter unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten, der konkret eingesetzten Technologie (GSM, UMTS, GSM/UMTS; § 1 Abs 3 TKG 2003) und anderer betreiberindividueller Umstände Preisnehmer sind. Die LRAIC eines effizienten Betreibers stellen eine gute Annäherung an ein Ergebnis dar, das sich auf einem Wettbewerbsmarkt einstellen würde (vgl dazu die weiteren Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung).

Auf Grund der höchsten Ausbringungsmenge (in Gigabyte) bzw der größten Verkehrsmenge (Daten und Sprache gemeinsam) im Mobilfunknetz erbringt Hutchison die Leistung der (Sprach-)Mobil-Terminierung in den Jahren 2009 und 2010 am kostengünstigsten.

Gegen Hutchison als „Benchmark“ wurde insbesondere von mobilkom (samt ihrer Konzerngesellschaft 3G Mobile), T-Mobile und Orange (und deren Gutachter) Bedenken geäußert; diese beziehen sich im Wesentlichen darauf, dass Hutchison ein reiner UMTS-Betreiber ist, während die anderen Mobilfunkunternehmen sowohl ein GSM- als auch ein UMTS-Netz betreiben. Daneben würde Hutchison kostengünstiger produzieren können, da sie „National Roaming“ in Anspruch nimmt; daneben hätte Hutchison im Zuge des „tele.ring-Mergers“ Teile eines Funknetzes günstig erworben. Hutchison sei somit mangels Vergleichbarkeit kein tauglicher Benchmark.

Demgegenüber wird von UPC vorgebracht, dass Hutchison als Benchmark herangezogen werden kann, da *„der Betrieb von zwei parallelen Infrastrukturen – also UMTS und GSM – zu überhöhten Kosten führe und daher ineffizient sei“*. Daher sei Hutchison *„selbstverständlich“* ein guter Benchmark. (Stellungnahme der UPC vom 6.3.2009 zum Protokoll der mündlichen Anhörung sowie Stellungnahme vom 3.2.2009: *„... aus Sicht eines rufenden (Festnetz-) Teilnehmers [ist] die Technologie der Anrufzustellung im gerufenen Mobilfunknetz vollkommen irrelevant und austauschbar“*). Auch Hutchison spricht sich dafür aus, dass der am kostengünstigste produzierende Betreiber den Benchmark vorgeben soll; die *„Kostenführerschaft ergibt sich als Funktion von Kosten und Ausbringungsmenge“* ungeachtet des individuellen Investitionsverhaltens; Hutchison transportiert in Summe mehr Sprach- und Datenverkehr als alle anderen Betreiber (Beilage 1 zum Protokoll der mündlichen Verhandlung am 25.2.2009). Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.3.2009 führt Hutchison aus, dass sie Investitionen und Anstrengungen unternommen habe, die Effizienz ihrer Leistungsbereitstellung zu steigern, weswegen es zu einem Wechsel in der Kostenführerschaft gekommen ist. Dieser Wechsel zeige den (simulierten) Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt.

Die Telekom-Control-Kommission hält an einem wettbewerbsorientierten Ansatz fest: die Kosten jenes Betreibers, der die Mobil-Terminierungsleistung am günstigsten erbringt, werden als LRAIC angesehen; an diesem Wert hat somit eine Orientierung zu erfolgen. Eine alternative Betrachtungsweise – wie von mobilkom (3G Mobile), T-Mobile und Orange

begehrt – würde demgegenüber dazu führen, dass Entgelte über dem effizienten Niveau festgelegt werden und wettbewerbliche Defizite bestehen bleiben, dem primären Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen für Rufe aus dem Fest- in das Mobilnetz wird damit nicht begegnet. Allfällige Ineffizienzen werden mit dem Vorschlag der Mobilfunkbetreiber nicht beseitigt.

Weiters kann kein tragfähiger alternativer Benchmark erkannt werden: Die Begehren der oben genannten Betreiber (Gutachten Ovum) auf Heranziehung der Kosten der mobilkom als Benchmark bzw eines durchschnittlichen hypothetischen Betreibers ist wesentlich von deren Interessen auf Aufrechterhaltung höherer Mobil-Terminierungsentgelte getragen. Hinsichtlich eines potentiellen Benchmarks mobilkom können Bedenken dahingehend geäußert werden (vgl Gutachten Frontier Economics; Parteilovorbringen im Verfahren M 15a-e/03, M 13a-e/06), dass die Kosten des (am Endkundenmarkt) größten Betreibers nicht von allen Mitbewerbern erreicht werden können, da mobilkom über einen Endkunden-Marktanteil von über 40% und über Vorteile als „first mover“ (hoher Anteil an Geschäftskunden) verfügt.

Auch hinsichtlich möglicher anderer Benchmarks könnte eine Vielzahl betreiberindividueller Gründe angeführt werden, weswegen ein bestimmtes Unternehmen nicht herangezogen werden kann: So könnte auch bei T-Mobile ins Treffen geführt werden, dass T-Mobile durch den Erwerb von tele.ring einen besonderen (günstigen) Zuwachs an Marktanteilen (Kunden, Infrastruktur) hatte, weswegen die Vergleichbarkeit nicht gegeben sei. Auch könnten weitere Gründe, wie etwa eine günstige Möglichkeit zur Finanzierung (Konzernverbund, Sicherheiten, ...), Markteintrittszeitpunkte, Frequenzausstattung, Geschäftsmodelle (Fokus auf Privat- oder Geschäftskunden), Dienstangebot und Investitionsbereitschaft, angeführt werden, warum ein bestimmtes Unternehmen – mangels Vergleichbarkeit – nicht als Benchmark in Frage kommt.

Insofern verwundert es nicht, dass im Gutachten Ovum von mobilkom, T-Mobile und Orange mobilkom als Benchmark herangezogen wird, während im Gutachten Frontier Economics (ebenfalls von T-Mobile) mobilkom als Benchmark abgelehnt wird.

Soweit auf die National Roaming-Vereinbarung der Hutchison hingewiesen wird, ist festzuhalten, dass eine solche Vereinbarung auch von anderen Betreibern abgeschlossen werden könnte. Hutchison verfügt über kein exklusives Recht (vgl Stellungnahme der Hutchison vom 27.3.2009, Seiten 6ff).

Im Zusammenhang mit dem Vorbringen, dass Hutchison als „reiner UMTS-Betreiber“ nicht als Referenz herangezogen werden könne, weist Hutchison in ihrer Konsultationsstellungnahme – richtig – darauf hin, dass sie auch auf 2G-Infrastruktur zurückgreift, die sie zu marktüblichen und nicht regulierten Konditionen von (zumindest) einem anderen Mobilfunkbetreiber einkauft, der wiederum auf seiner Seite dadurch Einnahmen generiert. Insofern wird Hutchison von der Telekom-Control-Kommission nicht ausschließlich als „reiner“ UMTS-Betreiber angesehen.

Im letzten Marktanalyseverfahren betreffend Mobil-Terminierung (M 15a-e/03, M 13a-e/06) hat sich gezeigt, dass mobilkom die geringsten Kosten aufweist, weswegen mobilkom als Benchmark herangezogen wurde; dies wurde als zumutbar angesehen. Dabei hat mobilkom den höchsten Endkundenmarktanteil, eine günstige Frequenzausstattung und bedingt durch einen frühen Markteintritt „first mover“-Vorteile. Wenn somit mobilkom als zumutbarer Benchmark gegolten hat (und auch im Gutachten Ovum als solcher herangezogen wird), dann erscheint es ebenso zumutbar, dass Hutchison mit einem deutlich geringeren Endkundenmarktanteil, einem späteren Markteintritt und einer schwächeren Frequenzausstattung als Benchmark herangezogen wird.

Wohl vor dem Hintergrund der zahlreichen Parameter, die für oder gegen eine Heranziehung eines bestimmten Unternehmens sprechen, sieht die Europäische Kommission in ihrer

Terminierungsempfehlung vor, dass künftig (primär) von einem Bottom-Up-Modell ausgegangen werden sollte, damit betreiberindividuelle Umstände abstrahiert werden. Ein solches aufwändig zu erstellendes Modell liegt der Regulierungsbehörde (derzeit) noch nicht vor, weswegen dem Begehren der atms (24.2.2009) nicht zu folgen war.

Den Begehren auf Heranziehung eines alternativen Benchmarks als jenes Unternehmen, das die verfahrensgegenständliche Leistung am kostengünstigsten erbringt (für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum ist dies Hutchison), wird somit nicht gefolgt.

Soweit in diesem Kontext von Ovum (sowie von T-Mobile, 20.2.2009) kritisiert wurde, dass die Kosten der Hutchison keiner unabhängigen Prüfung unterzogen wurde, ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission hinsichtlich der Korrektheit und Vollständigkeit der von Hutchison übermittelten Daten keine Bedenken hat, da die Daten von den Amtssachverständigen überprüft worden sind; so wurde Einschau in die Kostenrechnung und Datenbestände der Hutchison genommen (vgl. Stellungnahme der Hutchison vom 27.3.2009, Seite 3). Darüber hinaus wird von Ovum (und den Verfahrensparteien) nichts Konkretes vorgebracht, das an dieser Überlegung Zweifel aufkommen lassen könnte. Der bloße Umstand, dass der (an Endkundenmarktanteilen gemessen) kleinste Betreiber die geringsten Kosten aufweist, überzeugt nicht als Beweis für fehlerhafte Daten von Hutchison, da Hutchison die größte Datenmenge (Daten, Daten und Sprache gemeinsam) in ihrem Mobilfunknetz transportiert (vgl. etwa Gutachten Ovum, Seite 14). Dem diesbezüglichen Begehren auf Überprüfung der Vollständigkeit der Daten von Hutchison (etwa T-Mobile, 20.2.2009) war damit nicht nachzukommen.

3. Zur gemeinsamen Ressourcennutzung durch Sprache und Daten

a. Die Frage der Ressourcennutzung durch Sprache und Daten wird im Wesentlichen von mobilkom, T-Mobile und Orange kritisiert. Im Besonderen wendet man sich gegen die Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten zur Methodik zur Benutzung des Sprach- bzw. Datenanteils von gemeinsam genutzten Netzelementen. So würde überraschen, dass nunmehr Hutchison als „kleinster“ Betreiber (mit dem geringsten Endkundenmarktanteil) die geringsten Kosten (in den Jahren 2009 und 2010) vorgibt.

Soweit die Ansicht vertreten wird, dass die Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilnetzen grundsätzlich unzulässig ist bzw. anders vorgenommen werden sollte, ist darauf zu verweisen, dass lediglich die Terminierung mobiler Sprachdienste dem Markt iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 zugerechnet wird und damit der Regulierung unterliegt. In den GSM- und UMTS-Netzen werden jedoch auch andere Leistungen erbracht, nämlich der Transport von Daten (mobile Datendienste wie zB ein mobiler Internetzugang). Diese gehören nicht dem genannten Markt an. Bei einer Ermittlung der Kosten der Mobil-Terminierung von Sprache („voice call termination“) sind damit auch nur jene Elemente bzw. jene Anteile von Elementen einzubeziehen, die terminierungsrelevant iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 sind. So wurden all jene Kosten, die ausschließlich für Datendienste anfallen, aus den Gesamtkosten der Mobilfunknetze herausgerechnet; die gemeinsamen Kosten der Sprach- und Datendienste werden nach den konkret (technisch) gegebenen Relationen der Nutzung von Netzelementen durch Sprach- und Datendiensten aufgeteilt. Diese Aufteilung stellt ein Abbild der Realität in den Mobilfunknetzen dar, weswegen diese Vorgangsweise als tauglich angesehen wird, auch wenn diese Vorgangsweise keine konkreten betreiberindividuellen Pläne hinsichtlich der Investitionen für Sprachdienste oder der für Datendienste konkret bereitgestellten Kapazitäten berücksichtigt. Auch hinsichtlich der Berechnung der Terminierungskosten wird auf erbrachte technische Minuten abgestellt und nicht etwa bloß auf jene, die extern verkauft werden. Insofern wird eine übereinstimmende Vorgangsweise bei der Ermittlung von Daten und Sprache erreicht.

Grundsätzlich werden auch Datendienste marktgerecht angeboten, auch wenn andere technische Qualitätsanforderungen gelten („best effort“). Es ist nämlich nicht davon

auszugehen, dass Datendienste nur sehr eingeschränkt verfügbar wären. Bereits der wettbewerbliche Druck auf der Endkundenebene und die aktuellen Bestrebungen der Mobilbetreiber, Datendienste an Endkunden zu verkaufen, zwingt die Mobilbetreiber dazu, auch Datendienste „marktgerecht“, dh mit einer für den Endkunden akzeptablen Bandbreite, anzubieten (vgl dazu auch das wirtschaftliche Gutachten).

Der Umstand, dass etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der mobilkom zu „A1 Breitband Unlimited“ keine bestimmte Bandbreite bei den Datendiensten garantieren (Stellungnahme der mobilkom vom 3.2.2009), kann daran nichts ändern, da mobilkom ungeachtet dieser Bestimmungen ein konkurrenzfähiges und ansprechendes Produkt anbieten möchte und auch als solches bewirbt.

Hinweise auf Nutzungseinschränkungen finden sich bei mobilkom im Übrigen nicht nur hinsichtlich Datendienste: Auch in der „Leistungsbeschreibung für den Mobilfunkdienst A1 - Mobilfunkanschluss A1 (LB Mobilfunkanschluss A1, Stand 11.12.2008)“ führt mobilkom zu Sprachverbindungen aus, dass „*Mobilfunkverbindungen A1 [] über die mobilkom innerhalb Österreichs im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten hergestellt [werden]. [] Aufgrund der Dimensionierung des im Aufbau befindlichen Netzes und in Abhängigkeit von den funktechnischen Ausbreitungsbedingungen - zB Funkschatten - ergibt sich allerdings, dass eine Verbindung - insbesondere in Gebäuden - beeinträchtigt, unterbrochen oder nicht jederzeit hergestellt werden kann.*“ Es zeigt sich damit, dass Einschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Datendiensten nicht erklären kann, dass Datendienste nicht marktgerecht angeboten werden.

Würden im Rahmen einer Kalkulation von Sprach-Terminierungskosten auch jene Kosten berücksichtigt, die (ausschließlich) für andere Dienste anfallen (nämliche Datendienste), dann würde der Zusammenschaltungspartner und in letzter Konsequenz der Endkunde, Kosten für Leistungen abgelten, die er nicht bezieht. In diesem Sinn führt Liwest (auch für Multimedia One) in ihrer Stellungnahme vom 9.2.2009 (sowie vom 18.5.2009) aus, dass „*Regulierungsinstrumente gegenüber Mobilfunkbetreibern so gewählt werden [müssen], dass das Festnetz nicht zu einer Finanzierung von mobilem Breitband beiträgt*“. Durch die von der Telekom-Control-Kommission – in Übereinstimmung mit der Marktdefinition – verfolgte Berücksichtigung (lediglich) der Sprachanteile wird somit eine Kosten- und Verursachungsgerechtigkeit hergestellt; dies bringt auch mit sich, dass der Mobilbetreiber mit sinkenden Terminierungskosten (und damit im Regelfall auch Terminierungsentgelten) zu rechnen hat, wenn er erfolgreich zusätzliche Produkte über das Mobilfunknetz anbietet. Für diese Dienste erhält jedoch der Mobilbetreiber wiederum von Endkunden ein eigenes Entgelt, welches der anteiligen Deckung der Netz-Kosten dient. Die Ermittlung der Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung zeigt deutlich, dass sich Verbundvorteile („economies of scope“), dh die gleichzeitige Erbringung mehrere Dienste über eine Plattform, stark auswirken.

Dabei ist grundsätzlich unbeachtlich, ob ein Mobilfunkbetreiber – wie vorgetragen (vgl etwa zuletzt Orange, 19.5.2009) – Datendienste nicht alleine („stand alone“) anbieten könnte bzw würde, sondern lediglich als Zusatzdienst zur Sprachtelefonie verkauft. Den diesbezüglichen Argumenten, dass Datendienste nicht „stand alone“ angeboten werden könne, widerspricht Hutchison mit dem Hinweis auf ihre Entwicklung, bei der zu beobachten war, dass Hutchison lange Zeit ein Nullwachstum bei Sprache auswies, während das Datenwachstum stark war (vgl Stellungnahme der Hutchison vom 27.3.2009, Seite 11). Soweit in diesem Zusammenhang auf das Festnetz und den regulatorischen Umgang mit ADSL verwiesen wird, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Gutachten Ruhle bzw zum Vorbringen der Orange zu verweisen (vgl Punkt II.C.5.3.c.).

Soweit ausgeführt wird, dass wenig Investitionsanreize für UMTS-Nachfolgetechnologien (LTE) (vgl etwa mobilkom) (bzw für „*hochwertige Services und Bandbreite*“; vgl T-Mobile, 20.2.2009) geschaffen werden, ist festzuhalten, dass diese Technologien höhere Bandbreiten

bedeuten und damit primär für Datendienste notwendig sind. Gerade diese UMTS-Nachfolgetechnologie sollen – soweit sie nicht für Sprachdienste notwendig sind – nicht durch überhöhte Entgelte für die Sprach-Terminierung (etwa aus dem Festnetz) finanziert werden (vgl. Stellungnahme der Hutchison vom 27.3.2009, Seite 5: „Quersubventionierung von Datentechnologien durch überteuerte Voice-Vorleistungen“).

Als Alternative zur vorgenommenen (technischen) Ressourcenaufteilung wird die Berechnung des Daten- bzw. Sprachanteils nach Endkundenumsätzen („*Tragfähigkeitsprinzip*“) befürwortet (mobilkom, T-Mobile, Orange), da diese Berechnung „einfacher“ und „unabhängig von der technischen Realisierung“ vorgenommen werden könnten. Diese Berechnung würde die ökonomischen Werte unterschiedlicher Dienste widerspiegeln. Hutchison lehnt diesen Vorschlag demgegenüber ab.

Auch wenn dieser Ansatz einfacher zu operationalisieren wäre, wird einer Berechnung nach Endkundenumsätzen – wie auch von den Amtssachverständigen und anderen Verfahrensparteien (etwa Hutchison) – nicht gefolgt: Kosten und Umsätze stehen in keinem eindeutigen Zusammenhang, weswegen der Mobilfunkbetreiber über die Gestaltung und Bepreisung seiner Endkundenprodukte für Daten die Kosten der Mobil-Terminierung (Sprache) steuern könnte. Würde der Mobilbetreiber etwa Datendienste zu geringen Entgelten (oder unentgeltlich) anbieten (zB im Rahmen einer „*Penetration Pricing*“-Strategie) und würden diese Daten-Dienste stark genutzt, hätte dies massive Auswirkungen auf die hier relevanten Ergebnisse: So hätten Zusammenschaltungspartner höhere Kosten der Terminierung von Sprache zu tragen, obwohl diese Kosten durch einen anderen, von ihm für diese konkrete Terminierungsleistung nicht genutzten (Daten-)Dienst entstehen. Kosten- und Verursachungsgerechtigkeit werden damit nicht hergestellt. Hohe Zusammenschaltungsentgelte für Sprachtelefonie würden somit „*Penetration Pricing*“-Strategien mit nachteiligen Auswirkungen auf das Festnetz nach sich ziehen.

Auch wäre grundsätzlich eine Aufteilung unterschiedlicher Dienste nach den gegebenen Elastizitäten („*Ramsey*“) denkbar, diese Vorgangsweise ist – wie auch im Gutachten Kruse (Seiten 34f) und Ovum (Seite 29) zutreffend vorgetragen wird – in der Praxis jedoch kaum umsetzbar, da hohe Informationsanforderungen gegeben sind; im Besonderen können in der Praxis Elastizitäten nicht hinreichend genau ermittelt werden.

In diesem Kontext ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kostenermittlungen im wirtschaftlichen Gutachten zeigen, dass der „echte“ Gemeinkostenanteil relativ gering ist und daher die Anwendung der Ramsey Regel auf die Terminierungsentgelte einen weit geringeren Effekt hat als die Parteien, die eine Kostenaufteilung entsprechend der Elastizitäten begehren, suggerieren wollen.

Den diesbezüglichen Begehren auf eine ergänzende Berechnung des Daten- bzw. Sprachanteils nach alternativen Methoden (wie nach Endkundenumsatz) war damit nicht zu folgen.

b. Die festgestellten Kosten der Mobil-Terminierungsleistung gründen auf einem Szenario, in dessen Rahmen getrennte Faktoren für die UMTS- und GSM-Kosten zur Anwendung gebracht wurden. Dieses Szenario („*Szenario 4*“) wird von den Amtssachverständigen nunmehr als die schlüssigste Variante angesehen. Im Verfahren zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurde demgegenüber das Szenario 3 herangezogen (ein einheitlicher Faktor für UMTS- und GSM-Kosten), da damit verhindert werden konnte, dass die Aufteilung von Sprache und Daten auf der Grundlage einer einzelnen Aufnahme eines Ist-Zustandes (Momentaufnahme) vorgenommen wird. Dieses Argument kann nun nicht mehr durchschlagen, da mehr Informationen vorhanden sind, weswegen ein Trend der Sprache-Daten-Relation für jedes der beiden Netze erkannt werden kann. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich die Rahmenbedingungen dahingehend geändert haben, als ein starkes Wachstum bei UMTS-Datendiensten gegeben ist, weswegen Szenario 3 zu einem

verfälschten Ergebnis (mit niedrigeren Kosten für Sprache) führen würde. Von einer „Zielwertsuche“, wie von mobilkom vorgetragen (Stellungnahme vom 3.2.2009), von einem „beliebigen Ergebnis“ (T-Mobile, 3.2.2009), einem „cherry picking“ oder einem Paradigmenwechsel (T-Mobile, 19.5.2009) kann damit nicht ausgegangen werden. Auf Grund des geänderten Informationsstandes war die Ermittlungsmethode zu ändern.

Zum Vorbringen der Hutchison, dass die Kostenallokation bei „shared resources“ in Szenario 4 unklar sei, ist auf das wirtschaftliche Gutachten zu verweisen; die Aufteilung der Kosten einzelner Netzelemente entsprechend den Sprach- und Datendiensten ergibt sich aus den Tabellen 8.4, 8.8, 8.21 und 8.16. Auch das Vorbringen hinsichtlich eines „Missbrauchspotentials“ kann nicht überzeugen, da das Setzen diesbezüglicher Handlungen als unrealistisch angesehen wird und im Rahmen einer neuerlichen Erhebung der Kosten durch die Regulierungsbehörde ein möglicher Missbrauch aufgedeckt werden kann.

Soweit in diesem Zusammenhang darauf verwiesen wird, dass in einem Gutachten in den Zusammenschaltungsverfahren Z 12/06ff Szenario 3 herangezogen wurde und auch die Entscheidung auf festgestellten Kosten beruht, die unter Heranziehung des Szenario 3 ermittelt wurden, ist festzuhalten, dass unterschiedliche Zeiträume umfasst sind. In den erwähnten Zusammenschaltungsanordnungen werden Entgelte für einen (primär) in der Vergangenheit liegenden Zeitraum festgelegt, weswegen die Vergleichbarkeit mit den bisherigen, ebenfalls auf der Grundlage von Szenario 3 ermittelten Kosten besser gegeben ist. Aus oben erwähnten Umständen überzeugt jedoch für den in der Zukunft liegenden Zeitraum das Szenario 4 mehr, weswegen den Ergebnissen dieser Kalkulation gefolgt wird. Bloß auf der Grundlage, dass für unterschiedliche Zeiträume unterschiedliche Berechnungen vorgenommen werden, kann keine Inkonsistenz aufgezeigt werden.

Mit dem nunmehr herangezogenen Ansatz wird sichergestellt, dass sämtliche für die Erbringung von Sprache relevanten Kosten, unbeschadet davon, ob die Leistung im GSM- oder im UMTS-Netz erbracht wird, in Übereinstimmung mit § 1 Z 9 TKMV 2008, der (bloß) die Terminierung von Sprach-Anrufen in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze umfasst, berücksichtigt werden. Eine grundsätzliche Gleichbehandlung unterschiedlicher Technologien (GSM, UMTS) entspricht einem technologieutralen Ansatz iSd sektorspezifischen Regulierung (§ 1 Abs 3 Satz 1 TKG 2003) und steht darüber hinaus auch in Übereinstimmung mit § 1 Abs 2 lit c TKG 2003 („Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“). Nachdem einzelne Netzelemente sowohl für Sprache als auch für Daten verwendet werden, kann dem Begehren, dass nur jene Kostenteile, die in einem *ausschließlichen* Zusammenhang mit Datendiensten stehen, unberücksichtigt bleiben sollen, nicht näher getreten werden, da somit nicht sichergestellt wäre, dass lediglich sprachrelevante Aufwendungen durch das Terminierungsentgelt abgegolten werden.

Ein Szenario, das demgegenüber UMTS-Kosten gänzlich unberücksichtigt lässt („Szenario 5“; wie etwa von UPC gefordert, vgl etwa Stellungnahme vom 19.5.2009), auch wenn diese Kosten durch Sprache verursacht werden, steht sowohl einer Kostengerechtigkeit als auch § 1 TKG 2003 (insbesondere der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie dem Gebot der Technologieneutralität) entgegen. Auch die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7. Mai 2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), ABI 124/67 vom 20.5.2009; nachfolgend „Terminierungs-Empfehlung“) geht grundsätzlich von Kosten eines GSM- und UMTS-Netzes („...combination of 2G and 3G telephony.“) aus (vgl Absatz 4).

Einem Szenario, in dessen Rahmen alle Kosten für GSM und UMTS, unabhängig, ob sie für Sprache oder für Daten anfallen, berücksichtigt werden („Szenario 1“), kann ebenfalls nicht herangezogen werden, da Datenanteile in einem erheblichen Ausmaß ermittelt werden konnten und der rufende Teilnehmer (bzw der Kommunikationsnetzbetreiber) nur jene Kosten abgelden soll, die für die Terminierung eines Sprachrufes anfallen. Auch wenn der Datenanteil in einem GSM-Netz geringer als in einem UMTS-Netz ist (UMTS bietet insbesondere für den

Datentransport weitreichendere Möglichkeiten), ermöglicht ein Szenario, bei dem die gesamten GSM-Kosten (damit für Sprache und Daten) und (nur) der Sprachanteil der UMTS-Kosten eingerechnet werden („Szenario 2“), auch nicht, dass lediglich Kosten berücksichtigt werden, die für Sprache anfallen.

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

Auch wenn Datendienste als „best-effort-Dienste“ erbracht werden und im Fall eines Ressourcenkonfliktes hinter den Sprachdienst zurücktreten, ist doch evident, dass in ein und demselben Mobilfunknetz auch Datendienste erbracht werden, die ebenso Kosten generieren. Dass zur Ermittlung der Kosten (technisch) gegebene Daten-/Sprachmengen herangezogen werden, dient der sorgfältigen Aufteilung der Dienste. Kosten, die durch Dienste verursacht werden, die nicht verfahrensgegenständlich sind, sollen nicht vom Zusammenschaltungspartner bzw dessen Endkunden im Rahmen einer Sprach-Terminierungsleistung bzw eines Sprachrufes abgegolten werden. Darüber hinaus weist Hutchison darauf hin, dass Sprache in Relation zu den ungleich größeren Datenvolumina zum „Nebenprodukt“ auf den verfügbaren Ressourcen geworden ist und die Kapazitätsanforderungen für Sprache „in jedem Fall in den ungleich größeren Kapazitätsreserven der Netze für die Datennutzung untergehen“ (vgl Stellungnahme der Hutchison vom 27.3.2009, Seite 14).

c. Unter dem Titel „Neuberechnung des HSDPA-Faktors“ legt mobilkom (Stellungnahme vom 3.2.2009) dar, dass es einen Effizienzgewinn bei der Einführung von HSDPA mit 7,2 Mbit/s im Vergleich zu 3,6 Mbit/s geben würde, weswegen offenbar ein höherer Faktor zur Anwendung gelangen soll.

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden, da – wie sich aus dem Gutachten vom Dezember 2008 ergibt (Seiten 125ff, insbesondere Abbildung 15) – die Effizienzvorteile von HSDPA insbesondere dadurch entstehen, dass höherwertige Modulationsverfahren verwendet werden. Das Modulationsverfahren ist dabei unabhängig davon, ob Endgeräte mit bis zu 3,6 MBit/s oder 7,2 MBit/s eingesetzt werden.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine Datenrate von 7,2 MBit/s in der Realität nicht erreicht wird (vgl dazu insbesondere das wirtschaftliche Gutachten, Seite 128).

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass dieser Punkt im wirtschaftlichen Gutachten ergänzt oder korrigiert werden muss.

d. Weiters kritisiert mobilkom in ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009, dass die HSDPA/EDGE-Faktoren nicht auch bei der Berechnung des „busy-hour-Faktors“ Eingang gefunden haben. Dabei unterlässt es mobilkom, konkrete Gründe dafür anzuführen, weswegen an der Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit des Gutachtens keine Zweifel

entstehen, zumal sich das Gutachten bereits mit den Vorstellungen der mobilkom auseinandergesetzt hat (vgl. Seiten 120ff). Eine Ergänzung oder Korrektur des Gutachtens war damit nicht vorzunehmen.

e. Soweit die Mengensteigerung hinsichtlich Daten in Frage gestellt wird (etwa von Ovum), ist festzuhalten, dass die Einschätzung der Amtssachverständigen (diese gehen von deutlichen Steigerungen aus) von der Telekom-Control-Kommission geteilt wird; es sind keine Gründe ersichtlich, an dieser Einschätzung zu zweifeln, da günstige Datenprodukte von allen Mobilfunkbetreibern stark beworben und immer mehr Endgeräte billig angeboten werden und zum Einsatz kommen, mit denen Datendienste in Anspruch genommen werden (können) (vgl. etwa die Unternehmenswebseiten der Mobilfunkbetreiber mit Angeboten wie: „A1 Breitband Unlimited: 10 GB um nur € 10“, „Mobiles Internet 6/15GB“ von T-Mobile mit Angeboten von Endgeräten, die für Datendienste konzipiert sind, „Mobiles Internet 15 GB“ oder „pro Tag“ von Orange oder „3 GB für € 9“ von Hutchison). Auch die „Wirtschaftskrise“ kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht als tauglicher Grund angesehen werden, auf diese Angebote zu verzichten.

Ein europäischer Vergleich bzw. das Heranziehen von Daten aus Frankreich oder Großbritannien ist darüber hinaus nicht zweckdienlich, da die Entwicklungen hinsichtlich der Datendienste in Europa unterschiedlich intensiv verlaufen; so werden Datenmengen in der Mobil-Terminierungs-Kostenrechnung von verschiedenen Regulierungsbehörden der EU (etwa Dänemark, Niederlande) auch nicht (oder kaum) berücksichtigt, da keine (wahrnehmbaren) Datenmengen in den Mobilfunknetzen anfallen (vgl. tabellarische Übersicht von Ovum in der Stellungnahme der mobilkom vom 3.4.2009). Demgegenüber werden in Österreich Daten-Dienste stark nachgefragt: So ist – laut „Telekom-Monitor“ der RTR-GmbH – bei mobilen Breitbandanschlüssen ein starkes Wachstum zu beobachten; im 3. Quartal 2008 gab es über 810.000, Ende 2008 bereits knapp unter einer Million mobile Breitbandanschlüsse (vgl. Telekom Monitore 1/2009 und 2/2009, jeweils Seite 36, verfügbar unter http://www.rtr.at/de/komp/TKMonitor_1_2009 und <http://www.rtr.at/de/komp/alleBerichte/TM2-2009>).

4. Zum Gutachten von Ovum

Am 6. und 9.3.2009 übermitteln mobilkom, T-Mobile und Orange jeweils ein von ihnen gemeinsam beauftragtes Gutachten von Ovum Consulting: „*Mobile Termination Rates in Austria, A review of RTR's cost model, A Report for Mobilkom Austria, Orange Austria and T-Mobile Austria*“, März 2009.

Ovum kritisiert einzelne Aspekte der Kostenrechnungsmethode und erachtet diese als im Hinblick auf das Vorgehen anderer europäischer Regulierungsbehörden inkonsistent. Zusammengefasst kommt Ovum zur Schlussfolgerung, dass eine Preisfestsetzung, wie im Gutachten der wirtschaftlichen Amtssachverständigen vorgesehen, der Mobilfunkindustrie, der gesamten Wirtschaft sowie den Mobilfunkkunden schaden würde.

Eine eigene Berechnung der Mobil-Terminierungsentgelte in Österreich mit einem anderen Kostenrechnungsmodell wurde nicht vorgenommen. Ovum führt aus, dass ihre Analyse nicht umfassend, nicht detailliert und das Ergebnis einer Untersuchung innerhalb einer kurzen Zeit ist (vgl. Punkte 1.2. und 4.5. „*Limitations of analysis*“ im Gutachten Ovum).

Auf der Grundlage von zahlreichen, kaum begründeten Annahmen, die im Wesentlichen aus Beobachtungen der Regulierung in anderen Ländern gründen, unternimmt Ovum den Versuch, die Mobil-Terminierungskosten der mobilkom abzuschätzen. Ovum gelangt dabei zu höheren Kosten der mobilkom als die Amtssachverständigen. Diese sind jedoch, wie ausgeführt, nicht jene Kosten, die die beste Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers darstellen. Die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ in Österreich wurden nicht ermittelt.

Aus dem allgemeinen Vorbringen, dass andere Regulierungsbehörden (teilweise) andere Kalkulationsansätze verfolgen, kann – entgegen der Intention der Auftraggeber des Gutachtens – nicht abgeleitet werden, dass das Kostenrechnungsmodell der Amtssachverständigen keine tragfähige Grundlage der Feststellungen ist. Jede Regulierungsbehörde hat den konkreten nationalen Umständen Rechnung zu tragen, weswegen – wie bereits ausgeführt – andere Regulierungsbehörden etwa Datendienste nicht berücksichtigen, da diese nicht (bzw lediglich in einem vernachlässigbaren Umfang) gegeben sind. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die Erbringung von Datendiensten in den österreichischen Mobilfunknetzen unberücksichtigt bleiben muss. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Stellungnahme der Europäische Kommission vom 25.5.2009 zu verweisen, in der ausgeführt wird, dass „*die Annahme* [der Telekom-Control-Kommission] *möglicherweise nicht für* [andere] *Märkte gilt*“; daraus ergibt sich, dass auch auf nationale Umstände Bedacht zu nehmen ist und diese nicht ohne Weiteres auf andere Märkte (Länder) umgelegt werden können.

Soweit die Feststellungen betroffen sind, wird in weiterer Folge auf die Ausführungen von Ovum eingegangen; auf die Ausführungen zur Auswahl des Benchmarks und zur Aufteilung von Daten und Sprache wurde bereits in obigen Kapiteln eingegangen.

a. Im Gutachten Ovum wird kritisiert, dass die Kosten der mobilkom des Jahres 2009 für das Jahr 2010 fortgeschrieben wurden, während eine Verkehrssteigerung angenommen wurde.

Diese Kritik ist insoweit nicht überzeugend, als nicht jeder Mengensteigerung (automatisch) eine Kostensteigerung gegenüberstehen muss. Bestehende (bezahlte) Kapazitäten können aufgefüllt werden, ohne dass zusätzlich Kosten entstehen.

Darüber hinaus weisen die Amtssachverständigen darauf hin (Auszug aus dem Protokoll der Sitzung der Telekom-Control-Kommission vom 23.3.2009), dass die konkreten Kosten im Einflussbereich der Betreiber selbst stehen: So können unterschiedliche Abschreibungen auf Grund unterschiedlicher Investitionszyklen, Einsparungen auf Grund von „Outsourcing“ oder Kooperationen, als Beispiele angeführt werden, die ausschließlich in der Gestion der Betreiber liegen. So kann auch nicht der Trend geschätzt werden, ob Netzkosten steigen oder sinken. Da den Amtssachverständigen diese Informationen in keiner gesicherten Form vorliegen, ist es unbedenklich, wenn die Höhe der Gesamtkosten 2009 für das Jahr 2010 fortgeschrieben wird.

Auch Ovum weist darauf hin, dass es nicht möglich ist, die Kosten für das Jahr 2010 genau vorauszusagen.

b. Im Zusammenhang mit den Abschreibungen von Investitionen weist das Gutachten von Ovum darauf hin, dass andere Regulierungsbehörden bei der Kalkulation regulierter Entgelte eine ökonomische (an der Stelle einer linearen) Abschreibung vornehmen würden.

Laut Ovum würde eine ökonomische Abschreibung, basierend auf einem skandinavischen Modell und einem solchen aus Großbritannien, die Mobil-Terminierungskosten der mobilkom um ca Cent 0,3 bis etwa Cent 0,8 erhöhen.

Im Konkreten wurde von Ovum ausgeführt, dass die Amtssachverständigen bei der Berechnung der Abschreibungskosten eine lineare Abschreibungsmethode zugrunde legen und daher die in den Stückkosten eingehenden Kosten für Abschreibungen und Kapitalzinsen für das eingesetzte Kapital als zu niedrig angesetzt wurden. Dies sei insbesondere hinsichtlich der Buchwerte, welche die Basis für die Zinsberechnung bilden, der Fall. Ovum schlägt daher vor, Abschreibungen und Zinsen mittels einer Spezialvariante der ökonomischen Abschreibung zu berechnen, welche die Höhe der jährlichen Abschreibung eines Investitionsgutes in Abhängigkeit von den damit in Zukunft während des Lebenszyklus

produzierten Outputmengen ermittelt. Dazu ist auszuführen, dass bei Verwendung dieses Ansatzes einerseits Prognosen sämtlicher Outputmengen, dh, Minuten aller Verkehrsarten, Datenmengen für SMS, MMS und mobiler Breitbandzugang, über den gesamten Produktlebenszyklus notwendig sind. Andererseits würde es bei einer solchen Betrachtung, wie auch in der Abbildung im Gutachten Ovum auf Seite 49 dargestellt, im Gegensatz zur linearen Abschreibung bis etwa für den Zeitraum der ersten Hälfte des Lebenszyklus (in etwa heute) zu substantiell wesentlich geringeren Abschreibungen und Zinsen kommen. Würde eine Umstellung des Modells zum heutigen Zeitpunkt vom linearen Abschreibungsmodell auf eine mengenbasierte ökonomische Abschreibung erfolgen, bliebe ungeklärt, wie mit den überhöhten Abschreibungen der Vergangenheit umgegangen wird. Da über den Gesamtlebenszyklus eines Investments nicht mehr als der abgezinste Anschaffungswert als Kosten angesetzt werden darf, ist eine Korrektur der zukünftigen ökonomischen Abschreibungswerte unumgänglich, was zu einem Ergebnis in gleicher Höhe (abgesehen von Zinseffekten) führen würde. An dieser Stelle ist weiters anzumerken, dass in dem von Ovum angeführten demonstrativen Rechenbeispiel von einer Einmalinvestition ausgegangen wird. In der Realität erfolgen die Investments jedoch nicht alle gleichzeitig in einer Periode, sondern die benötigten Kapazitäten werden entsprechend der vom Markt geforderten Nachfrage aufgebaut bzw erfolgen Reinvestitionen rollierend.

Da ein Wechsel der Abschreibungsmethode die Vergleichbarkeit bisher ermittelter Terminierungskosten mit aktuell erhobenen Kosten nicht mehr sicherstellt und Investitionen durch einen plötzlichen Wechsel der Abschreibungsmethode über den Zeitverlauf falsch bewertet erscheinen, kann eine Änderung der Abschreibungsmethodik nicht überzeugen. Eine (weitgehende) Kontinuität der Regulierungspraxis wäre mit einem Methodenwechsel nicht mehr gegeben. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass hinsichtlich der anzuwendenden Abschreibungsmethode keine zwingenden Vorgaben bestehen.

c. Im Zusammenhang mit der Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes kritisiert Ovum im Wesentlichen, dass die aktuelle wirtschaftliche Situation nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.

So wäre für mobilkom, deren Kosten aber gerade nicht die beste Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers darstellen, ein höherer Kapitalkostenzinssatz anzusetzen. Im Besonderen meint Ovum, dass der Wert für β_e in der von den Amtssachverständigen festgelegten Höhe als zu niedrig angesetzt wurde. Wie bereits im Gutachten ausgeführt wurde, basiert die zugrunde gelegte Berechnung des WACC auf CAPM („*capital asset price*“-Methode).

Bei diesem Ansatz wird das Gesamtrisiko, welches ein Investor trägt, in zwei Komponenten geteilt. Die erste Komponente ist ein systematischer (nichtdiversifizierbarer), die zweite Komponente ein unsystematischer (diversifizierbarer) Teil. Das CAPM impliziert, dass ein funktionierender Kapitalmarkt erwartete Renditen produzieren wird, welche die Investoren ausschließlich für das nichtdiversifizierbare Risiko entschädigen. Das unsystematische Risiko kann in einem effizienten Portefeuille wegdiversifiziert (durch entsprechende Mischung von Wertpapieren im Portefeuille) werden und ist deshalb den Investoren auch nicht zu entgelten. Das Maß für nichtdiversifizierbares Risiko ist das Beta (β_e) eines Investitionsprojektes. Während der Wert von β_e im Falle einer risikolosen Kapitalanlage bei Null liegt, besitzt das Marktportefeuille ein β_e von Eins (ein β_e von Eins wurde im Amtsgutachten für alle GSM/UMTS-Betreiber unterstellt). Ein Projekt mit einem β_e von über Eins würde daher mehr nichtdiversifizierbares Risiko als der Marktdurchschnitt bedeuten. Im Gegensatz zum Banken, Kraftfahrzeug- und Immobiliensektor werden die Risiken an den Finanzmärkten im Bereich der Telekombranche bzw die IKT-Wirtschaft als relativ gering eingeschätzt. Dies würde bedeuten, dass entgegen den Gutachten Ovum das β_e eigentlich unter 1 angesetzt werden könnte.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen war keine Notwendigkeit, die Amtssachverständigen mit einer Ergänzung ihres Gutachtens zu beauftragen. Nachdem bereits eine mündliche Verhandlung im Verfahren M 1/08 stattgefunden hat, in deren Rahmen alle Verfahrensparteien (samt deren Gutachter) Stellungnahmen mündlich abgeben und die Amtssachverständigen befragen konnten, wird eine weitere mündliche Anhörung als nicht notwendig gesehen. Dem Begehren auf eine weitere Durchführung einer mündlichen Anhörung zur Erörterung des Gutachtens von Ovum war damit nicht zu folgen, zumal dieses Begehren vor dem Hintergrund des bereits übermittelten schriftlichen Gutachtens von Ovum nicht begründet wurde.

5. Zum weiteren Parteivorbringen

In weiterer Folge wird auf weiteres Vorbringen der Verfahrensparteien eingegangen, soweit sich diese auf die gegenständliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht und der Festlegung konkreter spezifischer Verpflichtungen bezieht.

Einleitend ist darauf zu verweisen ist, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa Erkenntnisse vom 31.1.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.4.1991, ZI 91/09/0019), einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft, dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

Darüber hinaus ist auf einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen; in seinem Erkenntnis vom 25.06.2008, ZI 2007/03/0211, hat der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid M 15b, d/03, M 13b, d/06 vom 15.10.2007 aufgehoben und dabei folgende Ausführungen der Telekom-Control-Kommission bestätigt:

- Der Verwaltungsgerichtshof verwirft das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach der Marktmachtindikator „Marktverhalten“ nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Gerade bei hohen, hier konkret sogar 100%-igen, Marktanteilen müssten die Marktmachtvermutung entkräftende Umstände besonderes Gewicht haben, damit sie entlastend wirken könnten. Die Hinweise der Beschwerdeführerin auf abgeschlossene privatrechtliche Vereinbarungen könne vor dem von der Telekom-Control-Kommission dargestellten Hintergrund, (i) dass Entgeltensenkungen „*im Regelfall hoheitlich*“ vorgenommen und (ii) in der Folge wegen der Verpflichtung zur Gleichbehandlung vertraglich an andere Nachfrager weitergegeben wurden und (iii) diese freiwillig angebotenen Entgelte deutlich („*bis zu 90%*“) über den eigenen Kosten gelegen seien, nicht darlegen, dass das Marktverhalten tatsächlich zu wenig berücksichtigt worden sei.

- Weiters bestätigt der Verwaltungsgerichtshof erneut den modifizierten Green-Field-Ansatz. Wegen dieses Ansatzes folgt der Verwaltungsgerichtshof auch dem Vorbringen nicht, dass Telekom Austria und mobilkom wegen ihrer strukturellen Verbundenheit gemeinsam über eine stärkere Marktmacht verfügten als die Beschwerdeführerin und daher deren Marktmacht ausgeschlossen sei. Auch die Regulierung der Telekom Austria auf deren SMP-Märkten sei im Rahmen des modifizierten Green-Field-Ansatzes zu berücksichtigen.

- Die von der Beschwerdeführerin gerügten Verfahrensmängel im Hinblick auf die Überprüfung der Kriterien für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht erweisen sich nach dem Verwaltungsgerichtshof ebenfalls als unbegründet. Insbesondere seien im Hinblick auf den definitionsgemäß 100%-igen Marktanteil die Kriterien, die nur bei (allenfalls potenziellen) anderen Marktteilnehmern relevant sind, nicht genau zu prüfen. Auch die oben

genannten Überlegungen der Telekom-Control-Kommission betreffend die abgeschlossenen Verträge seien entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht als „*lediglich unbegründete Mutmaßungen*“ zu beurteilen. Im Zusammenhang mit den gerügten Verfahrensmängeln bestätigt der Verwaltungsgerichtshof auch wieder, dass im Rahmen der Marktanalysen wegen der ex-ante Perspektive „*notwendigerweise auf Prognosen und Hypothesen*“ aufzubauen sei.

- Weiters verwirft der Verwaltungsgerichtshof auch das Vorbringen, dass wegen „*weitgehend symmetrischer Verkehrsverhältnisse*“ kein Anreiz zu überhöhten Entgelten gegeben sei, da die Betreiber „*nur unter der (nicht gegebenen) Voraussetzung ähnlicher Netzgrößen bzw eines ähnlichen Verkehrsaufkommens (und damit ähnlicher Netzkosten) indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgeltes*“ seien.

- Der Verwaltungsgerichtshof folgt auch nicht dem Vorbringen, dass die beträchtliche Marktmacht differenziert zwischen den Bereichen Fest-zu-Mobil und Mobil-zu-Mobil zu beurteilen gewesen wäre. Da es sich um einen einheitlichen Markt handle – die Marktdefinition kann der Verwaltungsgerichtshof nicht als unzutreffend erkennen – sei auch eine auf einer gesamthaften Abwägung der Kriterien nach § 35 Abs 2 TKG 2003 beruhende einheitliche Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht vorzunehmen gewesen.

- Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach das Wettbewerbsproblem allokativer Marktverzerrungen nicht bestehe bzw unzureichend nachgewiesen worden sei, akzeptiert der Verwaltungsgerichtshof nicht. Sowohl die Kosten der Beschwerdeführerin als auch die Besonderheiten des Mobilnetzes im Vergleich zum Festnetz seien berücksichtigt worden.

- Beim weiteren Vorbringen betreffend das Wettbewerbsproblem der Foreclosure Strategien verkennt die Beschwerdeführerin laut Verwaltungsgerichtshof wieder die Bedeutung des Green Field Ansatzes, nach dem nur die in Prüfung stehenden Regulierungen auf dem gerade untersuchten Markt auszublenden sind, nicht aber die Regulierungen auf anderen Märkten. Auch diesem Vorbringen wird daher nicht gefolgt wird.

- Weiters hält der Verwaltungsgerichtshof fest, dass die Auferlegung einer Verpflichtung zur Kostenkontrolle zur Bekämpfung des festgestellten Problems des Anreizes zum Setzen überhöhten Preise nicht untauglich ist.

5.1. mobilkom

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 zum wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen vom Dezember 2008 übermittelt mobilkom ein Gutachten von Prof Dr Jörn Kruse („*Gutachterliche Stellungnahme zur Mobilterminierungsregulierung dh zum RTR-Gutachten im Verfahren M 1/08 vom 22.12.2008 im Auftrag von mobilkom austria AG*“, 23.1.2009, in weiterer Folge „Gutachten Kruse“). Das Gutachten von mobilkom geht auf einzelne Fragestellungen im Gutachten der Amtssachverständigen ein und befasst sich eingangs mit der Frage, ob eine Regulierung überhaupt notwendig ist bzw mit Alternativen zur Regulierung. Weiters wird auf „Regulierungsprinzipien, Regulierungsinstrumente“, „methodische Probleme“ und auf den „internationalen Kontext“ eingegangen.

Das Gutachten bestätigt eine Reihe von Ausführungen der Amtssachverständigen zu ökonomischen Zusammenhängen (wie etwa zum einheitlichen Marktpreis, zu den spezifischen Verpflichtungen der Transparenz, der getrennten Buchführung und der Qualitätsdiskriminierung). Die im Gutachten Kruse vorgetragene Kritik kann jedoch nicht überzeugen. Im Besonderen vermag Prof Kruse die Feststellungen zu den potentiellen Wettbewerbsproblemen und bezüglich des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht nicht zu erschüttern, zumal im Gutachten Kruse eine Reihe von einzelnen Fragestellungen isoliert diskutiert wird, ohne dabei ein übergeordnetes Konzept zu verfolgen.

Bereits ein Vergleich der Ergebnisse von Marktanalysen Mobil-Terminierung in anderen Ländern (vgl. die Feststellungen „Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden der Europäischen Union“) bestätigt die gewonnenen Erkenntnisse der Telekom-Control-Kommission: In allen genannten Ländern wurden betreiberindividuelle Terminierungsmärkte abgegrenzt, die Mobilbetreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt und einer Preisregulierung unterworfen.

Entgegen diesen Sichtweisen vertritt Prof. Kruse die Ansicht, dass kein Regelungsbedarf hinsichtlich der Mobilterminierungsleistung besteht (Gutachten Kruse, Seite 5). Dies wird zum einen mit der „naheliegendsten Disziplinierungswirkung gegenüber potentieller Marktmacht, nämlich die Nachfragelastizität auf Grund von Ausweichverhalten der Marktteilnehmer“ begründet, daneben wird auf Alternativszenarien wie „Mobil-Terminierungswettbewerb“ und „Receiving-Party-Pays“ hingewiesen.

a. Mit dem Vorbringen zum Ausweichverhalten der Marktteilnehmer verkennt Kruse die Marktdefinition. Diese definiert die Mobil-Terminierung als eine Monopoleistung, zu der es keine Substitute gibt, weswegen es auch kein hinreichend disziplinierendes Ausweichverhalten der Marktteilnehmer geben kann. Der „Verzicht auf Anrufe“ oder das Senden eines Faxes, einer SMS oder einer E-Mail, wie im Gutachten Kruse angeführt, stellen damit keine geeigneten Substitute für die Leistung der Mobil-Terminierung dar.

Wie bereits ausgeführt, bleibt auf einem resistenten Monopolmarkt letztlich die Marktgegenseite („nachfrageseitige Verhandlungsmacht“) die einzige Kraft, die die Marktmacht eines Monopolisten disziplinieren kann. Grundsätzlich können Monopolisten auch durch niedrige Marktzutrittsbarrieren – „Bestreitbarkeit des Marktes“ – zu einem wettbewerbskonformen Preissetzungsverhalten veranlasst werden. Für die Beurteilung der Terminierung ist dies freilich – mangels Bestreitbarkeit des Marktes – nicht relevant. Auch die Europäische Kommission geht in ihrer Empfehlung zu den relevanten Märkten davon aus, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht die *einzigste* die Terminierungsmonopolmärkte disziplinierende Kraft sein könnte. Die nachfrageseitige Verhandlungsmacht wurde im (Amts-) Gutachten eingehend untersucht; dem Ergebnis, dass nachfrageseitige Verhandlungsmacht nicht oder bloß eingeschränkt existiert, wird nicht widersprochen.

Dem Gutachten Kruse ist in diesem Zusammenhang auch entgegenzutreten, wenn ausgeführt wird, dass Kunden die Mobil-Terminierungsentgelte bei ihrer Abonnementsentscheidung für ein bestimmtes Mobilfunknetz berücksichtigen würden. Diese Aussage lässt sich empirisch widerlegen: Im Gutachten der Amtssachverständigen wird auf den Seiten 27ff ausgeführt, dass eine nachfrageseitige Erhebung ergeben hat, dass „der Preis, aus anderen Netzen angerufen zu werden, nicht zu den ausschlaggebenden Kriterien für die Wahl eines Netzbetreibers gehört“ und dass die Kosten der Erreichbarkeit nicht explizit als ausschlaggebender Grund für den Wechsel eines Betreibers genannt werden.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine Marktabgrenzung wohl nicht zur Definition von Monopolmärkten geführt hätte, wäre die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte (seines Netzbetreibers) der ausschlaggebende Entscheidungsfaktor des Endkunden bei der Auswahl eines Betreibers.

b. Soweit im Gutachten Kruse auf Alternativen zur Regulierung der gegenständlichen Monopoleistung hingewiesen wird („Mobil-Terminierungswettbewerb“ und „Receiving-Party-Pays statt Calling-Party-Pays“), ist zum Einen zu fragen, inwieweit nun Prof. Kruse doch eine Regulierungsnotwendigkeit in Betracht zieht und zum Anderen ist festzustellen, dass diese Alternativansätze drastische Eingriffe in das bestehende Regelwerk darstellen und sich auf Grund verschiedener Standards (GSM-Standard) derzeit nicht verwirklichen lassen. Vor diesem Hintergrund werden diese Alternativen weder von mobilkom noch von Prof. Kruse konkret vorgeschlagen. In diesem Zusammenhang ist auf das Gutachten der Amtssachverständigen (Punkt 7.3.8.) zu verweisen, die eine Einführung von „Multiple SIM

Cards“ (ebenfalls) als unpraktikabel und wesentlich eingriffsintensiver als jene, die von ihnen vorgeschlagen werden, bezeichnen.

c. Unter dem Titel „Mobilfunkspezifische RTR-Regulierungsbegründungen“ geht das Gutachten Kruse auf das dritte der vier identifizierten Wettbewerbsprobleme ein (Foreclosure Strategien großer Mobilbetreiber gegenüber kleinen Mobilbetreibern); dabei wird vorgebracht, dass der österreichische Mobilfunkmarkt „voll besetzt“ sei, weswegen keine Markteintritte erfolgen würden und dieses Problem damit offenbar nicht vorliegen soll.

Dieses Vorbringen überzeugt nicht, da vorliegende Regulierungsverfügung den Zeitraum von etwa 2 Jahren umfasst und in dieser Zeit weitere Markteintritte möglich sind. Wie mobilkom in ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 selbst vorträgt, ist erst vor wenigen Wochen ein „Mobile Virtual Network Operator“ in den Mobilfunkmarkt eingetreten, weswegen die Ausführungen im Gutachten Kruse verfehlt sind.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass weitere Markteintritte und längerfristige Expansionschancen nicht durch strukturelle Wettbewerbsprobleme und überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte verhindert werden sollen.

d. In diesem Kontext vermeint Prof Kruse, dass „die RTR die Preisunterschiede zwischen On-Net- und Off-Net-Gesprächen wohl am liebsten ganz untersagen würde“. Auch dieses Vorbringen ist verfehlt, da sich eine solche Sichtweise dem Amtsgutachten nicht entnehmen lässt; im Gutachten der Amtssachverständigen wird lediglich darauf hingewiesen, dass eine solche Tarifierung nicht durch überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte finanziert werden soll. Die konkreten Endkundentarife bzw deren Ausgestaltung obliegt den Mobilfunkunternehmen am Endkundenmarkt und begegnet grundsätzlich keinen Bedenken, jedoch ist zu verhindern, dass diese Tarife auf der Grundlage überhöhter und von Dritten (Zusammenschaltungspartnern, wie Festnetzbetreibern) bezahlter Vorleistungsentgelte entstehen.

e. In weiterer Folge will Prof Kruse das Gutachten der Amtssachverständigen dadurch erschüttern, dass eine aufgestellten Hypothesen im Widerspruch zur Empirie stehen würden: So hätten die Amtssachverständigen ausgeführt, dass in einem regulierungsfreien Umfeld die großen Netzbetreiber höhere Terminierungsentgelte verrechnen würden; diese Behauptung will das Gutachten Kruse dadurch anzweifeln, dass eine Studie in 17 europäischen Ländern zeigen würde, dass kleine Anbieter höhere Terminierungsentgelte erhalten würden.

Dieses Vorbringen ist insoweit verfehlt, als die Amtssachverständigen von einem (gänzlich) unregulierten Zustand (iS eines „greenfield“-Ansatzes) ausgehen und die im Gutachten Kruse erwähnte Studie auf reale Beobachtungen abstellt; dabei ist zu beachten, dass die Leistung der Mobil-Terminierung in realiter im Regelfall einer Regulierung unterliegt, sei es durch entsprechende Maßnahmen analog zu § 37 TKG 2003, eine Form der Streitschlichtung (analog §§ 48, 50 TKG 2003) oder durch Regulierungsandrohung. Das Gutachten Kruse vergleicht damit unterschiedliche Sachverhalte und kann damit keinen Widerspruch zur Empirie aufdecken.

f. Im Zusammenhang mit überhöhten Mobil-Terminierungsentgelten und Deckungsbeiträgen bemüht Prof Kruse (wie auch im Rahmen der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 25.2.2009) ein Beispiel, demzufolge in einem „Restaurant“ die Deckungsbeiträge für „Mineralwasser“ nicht selten 1000% betragen würden. Damit will das Gutachten Kruse offenbar darlegen, dass überhöhte Entgelte nicht allokativ ineffizient sein müssen und dass Deckungsbeiträge (Abweichungen der Preise von den spezifischen Kosten) sehr unterschiedlich sein können (vgl etwa Seiten 17, 27, 29).

Das herangezogene Beispiel mag für ein „Mineralwasser“ in einem „Restaurant“ nachvollziehbar und richtig sein, doch die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-

Terminierung unterscheidet sich wesentlich von einem „Mineralwasser“: Zum einen muss der Restaurant-Besucher ein bestimmtes Restaurant nicht aufsuchen und dort ein Mineralwasser konsumieren; er kann andere (günstigere) Gaststätten aufsuchen und dort andere (günstigere) Getränke konsumieren oder Mineralwasser (noch günstiger) in einem Geschäft erwerben; zum Anderen konsumiert der Gast (Kunde), der das Mineralwasser bestellt und zu bezahlen hat, auch dieses Getränk.

Bei der Mobil-Terminierung hat der rufende Teilnehmer demgegenüber keine Auswahl des Betreibers, der den Ruf zu einem bestimmten Teilnehmer zustellt. Es handelt sich um eine Monopolleistung: Lediglich jener Netzbetreiber, bei dem der gerufene Teilnehmer subskribiert ist, kann die Leistung der Terminierung erbringen; der zahlende Kunden bzw sein (Originierungs-)Netzbetreiber hat keine Auswahl. Darüber hinaus trägt nicht jener die Kosten des Anrufes (des Mineralwassers), der das (Terminierungs-)Netz (das Restaurant) ausgewählt hat, vielmehr wird das „Mineralwasser“ von „Dritten“ bezahlt.

Auf Grund mangelnder Vergleichbarkeit des Beispiels von Prof Kruse mit der verfahrensgegenständlichen Leistung kann dem Vorbringen nicht gefolgt werden.

g. An zahlreichen Stellen wird im Gutachten Kruse im Wesentlichen ausgeführt, dass höhere Mobil-Terminierungsentgelte notwendig bzw wichtig sind, um einzelne Mobilfunkleistungen zu subventionieren: So wird etwa auf Seite 21 festgehalten, dass *„Mobilfunkanbieter in der Regel aus dem Mobilterminierungsentgelt nicht die aktiven Gespräche subventioniert, sondern die Set-up-Kosten (insb Handys) oder die zeitlichen Fixkosten der Konsumenten“*.

Gerade durch Maßnahmen der Regulierung soll eine Subventionierung einzelner Mobilfunkleistungen durch überhöhte Entgelte für die Monopolleistung der Mobil-Terminierung verhindert werden; dabei ist grundsätzlich unbeachtlich, welche konkreten Leistungen subventioniert werden. Es ist zu bedenken, dass der rufende Kunde (bzw sein Netzbetreiber) eine Leistung (über)bezahlen soll (etwa ein subventioniertes Endgerät seines von ihm gerufenen Teilnehmers), die er nicht in Anspruch nimmt. Soweit in diesem Zusammenhang die Erhöhung der Penetration als Argument angeführt wird, ist darauf zu verweisen, dass diese in Österreich bereits bei über 120% liegt und damit kein besonderes Ziel darstellt. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass entsprechende Vorkehrungen für hilfsbedürftige Konsumenten bestehen (Zuschussleistung zu Fernsprechentgelten, vgl Fernsprechentgeltzuschussgesetz, BGBl I Nr 142/2000 idgF sowie Fernsprechentgeltzuschussverordnung, BGBl II Nr 90/2001 idgF sowie Information der Obersten Post- und Fernmeldebehörde betreffend Gewährung eines Zuschuss zu den Fernsprechentgelten, www.bmvit.gv.at).

h. Weiters kritisiert Prof Kruse, dass die Amtssachverständigen offenbar eine ältere Technologie (Festnetz) gegenüber dem Mobilfunk schützen wollen; im Gutachten Kruse wird dabei auf die Vorteile des Mobilfunks hingewiesen (vgl etwa Seiten 19, 22f).

Diese Ansicht kann nicht geteilt werden, da keine Anhaltspunkte im Gutachten der Amtssachverständigen erkannt werden, die auf einen Schutz einer bestimmten Technologie hindeuten. Die Amtssachverständigen thematisieren insbesondere im Zusammenhang mit den Wettbewerbsproblemen der allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte für Rufe aus dem Fest- in ein Mobilnetz sowie den Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von Festnetzbetreibern bei überschneidenden Geschäftsfelder, dass überhöhte Entgelte für eine Monopolleistung Grund für Wettbewerbsverzerrungen sind.

In Übereinstimmung mit § 1 Abs 3 erster Satz TKG 2003 wird keine bestimmte Technologie gefördert; vielmehr steht eine effiziente Leistungserbringung im Vordergrund (vgl § 1 Abs 2 Z 2 lit c TKG 2003).

i. Im Zusammenhang mit den „Fest-Mobil-Wettbewerbsproblemen“ meint Prof Kruse zusammengefasst, dass es ein Irrtum wäre, dass es den Festnetzbetreibern besser ginge, wenn die Mobilterminierungsentgelte geringer wären und dass Margen und Deckungsbeiträge gleich bleiben, da Festnetzbetreiber die Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte auf Grund des Wettbewerbs weitergeben müssen. Weiters wird im Gutachten Kruse ausgeführt, dass sich die Amtssachverständigen bei ihrer Argumentation nahezu ausschließlich darauf konzentrieren würden, dass durch hohe Mobil-Terminierungsentgelte eine Subventionierung von Endgeräten möglich ist sowie auch das Niedrighalten von monatlichen Fixkosten und damit die Fest-Mobil-Substitution vorangetrieben wird. Laut Kruse würde eine Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte sogar einen Nachteil für das Festnetz darstellen, da es keinen Grund mehr geben würde, das Festnetz anzurufen.

Diesen Ausführungen kann nicht näher getreten werden: Zunächst ist einmal festzuhalten, dass die Mehrzahl der Festnetzbetreiber als Parteien im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens eine Absenkung der Mobilnetzterminierungsentgelte fordern (vgl dazu etwa das Protokoll der mündlichen Anhörung am 25.2.2009). Auch Telekom Austria hat im Rahmen der Anhörung wettbewerbsverzerrende Effekte durch die Unterschiede zwischen Fest- und Mobil-Terminierungsentgelte angesprochen. Sohin ist nicht davon auszugehen, dass die Festnetzbetreiber die Einschätzung von Prof Kruse teilen.

Prof Kruse ist aber auch inhaltlich zu widersprechen, da er ein wesentliches Element der Fest-Mobil-Substitution, nämlich die „schleichende“ Anschlusssubstitution (vollkommen) ausblendet. Die Mobilterminierungsentgelte sind nach wie vor um ein Vielfaches höher als die Festnetzterminierungsentgelte, obwohl die Endkundenentgelte auf einem vergleichbaren Niveau liegen. Ein Grund dafür ist, dass die Mobilterminierungsentgelte im Gegensatz zu den Festnetzterminierungsentgelten (bislang) nicht streng kostenorientiert reguliert wurden. Da die Terminierungsentgelte einen wesentlichen Grenzkostenbestandteil für netzexterne Anrufe darstellen, haben sie auch einen unmittelbaren Effekt auf die Preise für solche Anrufe. Wenn die Mobil-Terminierungsentgelte über den Kosten liegen, die Festnetz-Terminierungsentgelte aber kostenorientiert sind (von unterschiedlichen Kostenrechnungsstandards wird hier abgesehen), ist es günstiger, von einem Mobilfunknetz in ein Festnetz anzurufen als es umgekehrt der Fall ist. Dies hat zur Folge, dass zunehmend mehr Konsumenten bei der Subskriptionsentscheidung (Festnetzanschluss und/oder Mobilfunkanschluss) einen Mobilfunkanschluss wählen und sich gegen einen Festnetzanschluss entscheiden (Anschlusssubstitution). Die Ursache für diese Entscheidung liegt eben nicht nur (wie von Kruse unterstellt) in der Überlegenheit der Mobilfunktechnologie, sondern eben auch in der regulatorischen Ungleichbehandlung von Terminierungsentgelten (Festnetz-Terminierungsentgelte werden seit 1998 streng kostenorientiert reguliert, während Mobil-Terminierungsentgelte in der Vergangenheit nahezu immer über den Kosten lagen). Für das Auftreten dieser Wettbewerbsverzerrungen ist auch unerheblich, ob die Mobilfunkbetreiber die Margen aus der Terminierung für die „Subventionierung“ von Endgeräten oder monatlichen Fixkosten nutzen oder nicht (Waterbed-Effekt), wenn auch der Waterbed-Effekt die Wettbewerbsverzerrungen noch verschärft. Vor diesem Hintergrund ist auch das Argument von Kruse, eine Nicht-Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte würde den Festnetzbetreibern Erlöse aus Festnetzterminierung sichern, als verfehlt zu betrachten. Wenn nämlich auf Grund der regulatorisch induzierten Wettbewerbsverzerrungen die Mehrzahl der Telekommunikationskunden keinen Festnetzanschluss mehr hat, wird auch bei noch so hoher Spreizung zwischen Festnetz-Terminierungsentgelten und Mobil-Terminierungsentgelten kaum mehr jemand ins Festnetz anrufen.

j. Im Zusammenhang mit den Themen „Gemeinkosten“ und „Ramsey-Preise“ unterstellt Prof Kruse, dass die kurzfristigen marginalen Kosten sehr gering und der (verbleibende) überwiegende Teil der Kosten Gemeinkosten seien. Er führt aus, dass die Gemeinkosten idealerweise nach dem Ramsey Prinzip alloziiert werden sollten. Mit Verweis auf die unterschiedlichen Elastizitäten zwischen unterschiedlichen Dienste- und Anruftypen folgert er,

dass Terminierungsentgelte gerechtfertigt seien, die höher sind als jene, die im Gutachten ermittelt wurden.

Auch wenn zuzustimmen ist, dass Gemeinkosten auf Grund wohlfahrtsökonomischer Überlegungen idealerweise nach dem Ramsey-Prinzip aufgeteilt werden sollten, ist die Analyse von Prof Kruse verkürzt und in weiten Teilen undifferenziert. Prof Kruse überschätzt nämlich den Anteil der nach dem Ramsey-Prinzip aufteilbaren Gemeinkosten bei weitem (die Ausführungen legen nahe, dass Prof Kruse die Differenz aus den langfristigen totalen Kosten und den kurzfristigen Grenzkosten für Gemeinkosten hält). Nach wohlfahrtsökonomischen Überlegungen hat ein Dienst jedenfalls seine langfristigen Grenzkosten (beziehungsweise langfristigen inkrementellen Kosten) zu tragen, andernfalls allokativen Ineffizienzen auftreten. Die langfristigen Grenzkosten (bzw inkrementellen Kosten) sind aber deutlich höher als die kurzfristigen Grenzkosten, da in der langfristigen Betrachtung auch die Kosten der Kapazitätserweiterung (zB Netzverdichtung) zu berücksichtigen sind (auch wenn sie gemeinsame Kosten darstellen). Es ist davon auszugehen, dass in Mobilfunknetzen ein sehr großer Teil (und nicht wie Kruse behauptet ein verschwindender Teil) der Kosten kapazitätsgetriebene inkrementelle Kosten darstellen. Die Kostenermittlungen im Gutachten zeigen, dass der „echte“ Gemeinkostenanteil relativ gering ist und daher die Anwendung der Ramsey Regel auf die Terminierungsentgelte einen weit geringeren Effekt hat als die Ausführungen von Prof Kruse suggerieren.

k. Abschließend kritisiert Prof Kruse den „internationalen Benchmark“; im Besonderen vermag er nicht nachzuvollziehen, dass ein „basket“ der drei günstigsten EU-Länder (samt Zypern) herangezogen wurde. Auch mobilkom kritisiert unter Punkt 7 ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 den vorgenommenen internationalen Vergleich.

Da gegenständliche Entscheidung nicht auf der Grundlage eines Benchmarks erfolgt, ist diese Kritik nicht zielführend; dem Antrag der mobilkom auf Erhebung weiterer diesbezüglicher Daten war damit nicht zu folgen. Zur Übersicht von Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden wird im Gutachten Kruse nicht Stellung genommen.

Einem internationalen Benchmark zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelte wird nicht näher getreten, da dadurch nicht erreicht wird, dass sich Entgelte an den effizienten Kosten orientieren. Insoweit erachtet die Telekom-Control-Kommission die konkret von anderen nationalen Regulierungsbehörden festgelegten Entgelte als zweitrangig.

l. Soweit mobilkom eine Ergänzung des Gutachtens der Amtssachverständigen hinsichtlich möglicher weiterer Betreiber begehrt, die die Leistung der Mobil-Terminierung als MVNO anbieten, ist darauf zu verwiesen, dass die Telekom-Control-Kommission beschlossen hat, dieser Frage in einem neuen Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 nachzugehen. Dieses Verfahren ist zeitnah einzuleiten.

5.2. T-Mobile

T-Mobile geht im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 zum wirtschaftlichen Gutachten auf einzelne Aspekte des Gutachtens ein und verweist hinsichtlich der gutachterlichen Ausführungen zum „Markt 15“ sowie zur Berechnungslogik der K1-Werte auf Stellungnahmen aus anderen Verfahren.

Mit Schreiben vom 4.2.2009 wurde T-Mobile aufgefordert, die konkret gemeinten Dokumente bzw Ausführungen aus anderen Verfahren, die sie im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 anspricht, (bis 9.2.2009) vorzulegen.

Nachdem T-Mobile dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist (auch nicht nach Abschluss des Konsultationsverfahrens iSd § 128 TKG 2003), wird auf das verwiesene Vorbringen nicht eingegangen, zumal sich dieses auch auf andere Gutachten aus anderen Zeiträumen

bezieht. Die wesentlichen Aussagen aus diesen Stellungnahmen werden von T-Mobile offenbar zusammengefasst auch im Rahmen ihrer Stellungnahme zu M 1/08 vom 3.2.2009 (vgl Seite 4) bzw in ihrer Stellungnahme samt Gutachten vom 9.3.2009 vorgetragen.

Auf die Stellungnahmen der T-Mobile vom 3.2. und 9.3.2009 wird, soweit sie die Feststellungen betreffen, in weiterer Folge eingegangen:

a. Entgegen dem von T-Mobile beauftragten Gutachten von Frontier Economics („*Ökonomische Analyse der mobilen Terminierungsentgelte in Österreich, Eine Studie für T-Mobile Austria*“, März 2009) – diese räumen das Bestehen von Wettbewerbsproblemen grundsätzlich ein, meinen jedoch, dass die Probleme weniger gravierend sind als im Gutachten der Amtssachverständigen dargestellt (vgl die nachfolgenden Ausführungen) – meint T-Mobile, dass „*keine Wettbewerbsprobleme auf dem Terminierungsmarkt und den nachgelagerten Märkten*“ bestehen. Als Begründungen führt T-Mobile an, dass „*der starke Wettbewerb auf Vorleistungs- und Endkundenebene [] zu niedrigen Tarifen, vielfältigen und innovativen Services für Endkunden und Provider sowie einer hohen Churn-Rate geführt [hat]*“. Weiters verweist T-Mobile auf den Umstand, dass zusätzliche Service-Provider in den (Endkunden)Markt eingetreten sind.

Diese Behauptungen vermögen die Feststellungen nicht zu erschüttern: Der Umstand, dass der Mobil-Endkundenmarkt durch wettbewerbliche Verhältnisse gekennzeichnet ist, bedeutet nicht, dass auch auf dem verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt Wettbewerb herrscht: Wettbewerb kann sich auf einem Monopolmarkt definitionsgemäß nicht einstellen (allenfalls wird die Monopolmacht eingeschränkt, sodass sich ein Unternehmen nicht im Sinne des § 35 Abs 1 TKG 2003 verhalten kann). Unter Zugrundelegung eines Greenfield-Ansatzes zeigt sich, dass der Terminierungsnetzbetreiber seine Monopolmacht ausnützen und etwa überhöhte Entgelte verlangen kann. Auch eine Tarifvielfalt und das Auftreten von zusätzlichen Betreibern auf der Endkundenebene sind keine Belege dafür, dass am Terminierungsmarkt der T-Mobile keine wettbewerblichen Defizite bestehen.

b. Auch den festgestellten Wettbewerbsproblemen widerspricht T-Mobile: Soweit auf fehlende Empirie (für das Vorliegen allokativer Verzerrungen) verwiesen wird, ist festzuhalten, dass die Leistungen der Mobil-Terminierungsentgelte seit Jahren einer Regulierung unterliegen, weswegen eine empirische Erhebung lediglich die Regulierungstätigkeit (bzw den Erfolg derselben) darstellen und keine Situation abbilden würde, die sich ohne Regulierung einstellen würde.

In diesem Kontext ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen (Erkenntnis vom 25.6.2008, ZI 2007/03/0211), in der er erneut die Heranziehung des modifizierten Green-Field-Ansatzes bestätigt.

c. Das Gutachten Frontier Economics befasst sich tiefergehend mit einer Wettbewerbsbetrachtung; untersucht werden die Auswirkungen der Mobil-Terminierungsentgelte auf den Wettbewerb im Telekommunikationssektor; im Besonderen geht Frontier Economics auf die Fest-zu-Mobil-, Mobil-zu-Mobil-Terminierung und die Mobil-Festnetz-Konvergenz ein.

c.1. Zu den angeblich unzureichenden Belege für das Wettbewerbsproblem bei der Fest-zu-Mobil-Terminierung ist festzuhalten, dass der Anreiz, überhöhte Terminierungsentgelte gegenüber Festnetzbetreibern zu verrechnen, im Grunde nicht bestritten wird. Allerdings vertritt Frontier Economics die Ansicht, dass dieses Wettbewerbsproblem überschätzt wird, da *Armstrong* und *Wright* (A&W) zeigen, dass es bei der Mobil-zu-Mobil-Zusammenschaltung einen Anreiz gibt, die Preise unter den Kosten festzusetzen. Weil es auf Grund von Arbitragegeschäften nicht möglich sei, andere Fest-zu-Mobil-Terminierungsentgelte als Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte festzusetzen, entfaltet der Mobil-zu-Mobil Anreiz (Preise unter Kosten) eine restringierende Wirkung auf die Fest-zu-Mobil-Terminierungsentgelte.

Damit ergeben sich laut Frontier Economics insgesamt „kaum Anreize zu überhöhten F2M Entgelten“. Die Amtssachverständigen hätten den Stand der Wissenschaft nicht vollkommen reflektiert.

Dem ist damit zu begegnen, dass die Amtssachverständigen sehr wohl die Ausführungen von A&W berücksichtigt haben (vgl die Ausführungen zum Anreiz für Preise unter Kosten in einem reinen Mobil-zu-Mobil-Kontext, vgl das wirtschaftliche Gutachten ab Seite 57 ff). Allerdings kommen die Gutachter zu einer anderen Modellbewertung und daher Schlussfolgerung als Frontier Economics. Die Amtssachverständigen führen auch aus, wieso sie die Erkenntnisse des Modells von A&W (bzw ähnlicher Modelle) für nicht hinreichend relevant für den österreichischen Mobilfunkmarkt erachten (vgl FN 63).

Ökonomische Modelle abstrahieren (zum Teil sehr stark) von der Wirklichkeit, so auch das Modell von A&W. Selbst A&W räumen in dem Zusammenhang ein, dass ihnen keine Regulierungsbehörde bekannt sei, die sich über zu niedrige Terminierungsentgelte sorgte, weshalb sie auch zum Schluss kommen, dass der von Frontier Economics angesprochene disziplinierende Effekt wohl durch andere Effekte dominiert werden müsse. Sie sprechen einige an, konzentrieren sich aber dann in der Folge ausschließlich auf den Wirkungszusammenhang zwischen Mobil-zu-Mobil und Fest-zu-Mobil bei einheitlichen Mobilterminierungsentgelten unter den engen Modellannahmen.

Am österreichischen Mobilfunkmarkt sind aber eine Reihe von Annahmen, die im Modell getroffen wurden, verletzt. Erstens, können die Mobilbetreiber offensichtlich sehr wohl Preisdiskriminierung (zwischen Festnetz und Mobilnetzbetreibern) praktizieren. Das zeigen die der Behörde übermittelten Terminierungsentgelte vom Sommer 2008. Da offensichtlich bereits kurze Regulierungsfenster reichen, um Preisdiskriminierungspraktiken zu etablieren, können diese in einer reinen Greenfield-Betrachtung umso weniger ausgeschlossen werden. Damit ist aber eine zentrale Modellannahme verletzt. Zweitens, ist der Anreiz für die Wahl der Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte in hohem Maß davon abhängig, wie symmetrisch der Verkehr (Markt-, Kostenposition) zwischen Betreibern ist (siehe Ausführungen zur nachfrageseitigen Verhandlungsmacht). Wie in den meisten Modellen, wird auch im Modell A&W implizit von ausgeglichenen Verkehrssalden ausgegangen. Auch das ist in der Praxis, wie im Gutachten gezeigt wird (siehe Kapitel nachfrageseitige Verhandlungsmacht), nicht aufrecht zu erhalten. Drittens, abstrahiert (und das wird von A&W auch eingeräumt) das Modell von jeglichen Foreclosure-Anreizen gegenüber kleinen Betreibern und (potenziellen) Neueinsteigern. In den österreichischen Mobilfunkmarkt treten immer wieder MVNOs ein, weshalb dieser Aspekt nicht vernachlässigt werden darf. Dieser im Gutachten auf den Seiten 58 ff berücksichtigte Aspekt ändert aber die Anreizstruktur im Mobil-zu-Mobil-Kontext erheblich gegenüber dem Modell von A&W. So liegt dem Modell etwa die Annahme zu Grunde, dass "network mediated" Netzexternalitäten nicht so stark wirken, dass diese einen Effekt auf die Marktstruktur haben könnten. Dies ist aber gerade im Verhältnis zwischen einem sehr großen Betreiber und einem Neueinsteiger nicht zu halten. Das Ausblenden dynamischer Wettbewerbseffekte abstrahiert in unzulässiger Weise von der Realität der österreichischen Mobilfunkmärkte. Fünftens, beziehen sich die Ausführungen von Frontier Economics auf sogenannte kooperative Verhandlungslösungen zwischen allen Betreibern. Im Falle einer unilateralen Preissetzung ist aber (und das ist auch das Ergebnis des Modells von A&W) eindeutig von überhöhten Mobilterminierungsentgelten auszugehen. Die Annahme kooperativer Verhandlungslösungen über alle Festnetz- und Mobilbetreiber hinweg ist absolut praxisfern (das räumen auch A&W ein). So müsste beispielsweise im Fest-zu-Mobil-Kontext ein 100% „Waterbed-Effekt“ vorliegen (andernfalls kostenorientierte Fest-zu-Mobil-Entgelte nicht profitneutral wären), im Mobil-zu-Mobil-Kontext wiederum müssten symmetrische Verkehrsströme gegeben sein.

Es ist ein Faktum, dass alle bisherigen Absenkungen von Mobil-Terminierungsentgelten (beinahe) ausschließlich durch regulatorische Intervention zustande gekommen sind. Vor dem Hintergrund der Vielzahl (und Gangart) an Streitschlichtungsverfahren zwischen großen

Mobilfunkbetreibern und Festnetzbetreibern bzw großen Mobilfunkbetreibern und dem kleinen Mobilfunkbetreiber Hutchison erscheint die Suggestion von Frontier Economics, die Mobilbetreiber würden sich ohne regulatorische Intervention wechselseitig und mit den Festnetzbetreibern auf einheitliche kostenorientierte Mobilterminierungsentgelte verständigen, doch praxisfern und insgesamt wenig überzeugend.

c.2. Im Kontext der Mobil-zu-Mobil-Terminierung führt Frontier Economics im Wesentlichen aus, dass es keinen erkennbaren Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsentgelte und der Marktkonzentration als Indikator für die Wettbewerbsintensität gebe (empirischer Beleg), die Behörde implizit annehmen würde, dass weiterer Markteintritte wünschenswert seien, höhere Terminierungsentgelte den Markteintritt fördern würden, da in der ökonomischen Literatur unbestritten sei, dass eine antizipierte Gewinnmarge oberhalb der ökonomischen Kosten den Markteintritt fördern würde.

Zu diesen Ausführungen ist festzuhalten, dass die Marktstrukturen auf den europäischen Mobilfunkmärkten von vielen Einflussfaktoren bestimmt werden. Einige Faktoren, wie beispielsweise die Lizenzierungszeitpunkte, haben einen deutlich höheren Einfluss auf die Marktstruktur als die Mobilterminierungsentgelte. Insofern die Terminierungsentgelte betroffen sind, ist in diesem Zusammenhang auch nicht die Höhe von primärer Relevanz sondern die Relation zu den Kosten. Zudem hat Frontier Economics offensichtlich die Existenz von „Mobile Virtual Network Operatoren“ (MVNO) ausgeblendet. Insgesamt ist zu bezweifeln, dass der von Frontier Economics gewählte Zugang geeignet ist, einen solchen Zusammenhang empirisch abzutesten. Zudem ist anzumerken, dass seitens der Amtssachverständigen ein solcher Zusammenhang auch nicht unterstellt wurde.

Vielmehr geht es um die Frage, ob (vollkommen) unregulierte Mobilterminierungsentgelte („Greenfield Approach“) als Vehikel zur Verhinderung von Markteintritt und zur Behinderung der Expansion (sehr) kleiner Betreiber benutzt werden können. Wie bereits ausgeführt wurde, wird dieser dynamische Wettbewerbsaspekt in der wissenschaftlichen Diskussion kaum bis gar nicht berücksichtigt. Wie im Gutachten ausgeführt, kann ein großer etablierter Betreiber den Markteintritt eines neuen Anbieters (zB eines MVNO) sehr einfach dadurch verhindern, dass er die Zusammenschaltung mit diesem verweigert oder prohibitiv hohe Preise festsetzt. Wenn 25% oder gar 50% der österreichischen Telekommunikationssteilnehmer für die Teilnehmer eines Neueinsteigers nicht erreichbar sind oder der entsprechende netzexterne Anruf ein Vielfaches des üblichen Marktpreises kostet, ist ein erfolgreicher Markteinstieg nicht möglich.

Dabei geht es auch nicht um die Frage, ob Markteintritt wünschenswert ist (wie Frontier Economics den Amtssachverständigen unterstellt) oder nicht (wie offensichtlich Frontier Economics meint). Vielmehr geht es darum (in diesem Fall strategische) Markteintrittsbarrieren abzubauen und damit die Bestreitbarkeit der Mobilfunkmärkte zu erhöhen. Ob dann tatsächlich Markteintritt stattfindet liegt ausschließlich an der erwarteten Profitabilität und am Investitionskalkül (potenzieller) Neueinsteiger. Dass diese Frage nicht nur akademischer Natur ist, zeigen die derzeitigen Markteintritte von zumindest einem MVNO, nämlich Barablu Mobile Austria..

Falsch ist die Aussage von Frontier Economics, dass höhere Terminierungsentgelte den Markteintritt fördern würden. Das trifft wohl auf den Endkundenmarkt zu, nicht aber auf den Vorleistungsmarkt Mobilterminierung. In diesem Fall müsste sich ja ein Unternehmen wie Hutchison für möglichst hohe reziproke Entgelte einsetzen.

c.3. Zu den Ausführungen von Frontier Economics unter dem Titel einer „Mobil-Festnetz-Konvergenz“ ist festzuhalten, dass sich die diesbezüglichen Ausführungen offenbar auf ein anderes Geschäftsmodell beziehen als im wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen dargestellt. Für das im Gutachten dargestellte Geschäftsmodell sind nämlich die Originierungskosten nicht von Relevanz. Es geht in diesem Geschäftsmodell um

die Weiterleitung von Festnetzanrufen auf ein mobiles Endgerät. Dieses Modell ist auch ohne jene Rechnung, die von den Amtssachverständigen dargelegt wurde, nachvollziehbar: Überhöhte Mobilterminierungsentgelte sind für den Festnetzsektor insgesamt nachteilig, weil Festnetzbetreiber das Produkt nicht zum selben Endkundenentgelt anbieten können. Das Endkundenentgelt muss die Lücke zwischen Fest-Terminierungsentgelt und Mobil-Terminierungskosten (im Falle des Mobilbetreibers) bzw Fest-Terminierungsentgelt und Mobil-Terminierungsentgelte (im Falle des Festnetzbetreibers) decken. Je stärker das Mobil-Terminierungsentgelt von den Kosten der Mobil-Terminierung abweicht, desto größer ist die Lücke für den Festnetzbetreiber (in Relation zu jener des Mobilbetreibers) und damit das den Endkunden in Rechnung zu stellende Endkundenentgelt.

Auch dieses Vorbringen kann damit nicht überzeugen.

d. In weiterer Folge wird im Gutachten Frontier Economics unter dem Titel „Methodik und Kostenprojektion der Terminierungskosten“ einleitend ausgeführt, dass „*Transparenz*“ im wirtschaftlichen Gutachten nicht gegeben sei und Kalkulationsansätze „*schwer nachvollziehbar*“ seien.

Dieser Kritik kann nicht gefolgt werden, zumal eine nähere Begründung dafür nicht angeführt wird. Das Gutachten führt in die einzelnen Berechnungsschritte ein, legt die zu Grunde gelegten Daten offen und führt den Leser nachvollziehbar zu den ermittelten Ergebnissen. Die dem Gutachten zu Grunde liegenden Daten wurden den Verfahrensparteien elektronisch zur Verfügung gestellt, sodass sie die einzelnen Berechnungsschritte und die Wirkungsweise einzelner Kalkulationen elektronisch nachvollziehen konnten. Inwieweit hier eine Intransparenz vorliegen soll, bleibt verborgen. Auch Ovum bezeichnet das verwendete Kostenrechnungsmodell als transparent (auch wenn einzelne Kalkulationen nicht geteilt werden; Gutachten Ovum, Punkt 3.1. „fully transparent model“).

Aus dem Hinweis, dass andere Regulierungsbehörden teilweise andere Modellierungen vornehmen würden, kann kein Vorwurf entnommen werden, zumal das bestehende Modell, das für mehrere Verfahren weitgehend unverändert (abgesehen von neueren Entwicklungen, wie etwa die Aufteilung von Sprache und Daten, denen Rechnung zu tragen war) in der Vergangenheit herangezogen wurde, eine konsistente Regulierung in Österreich sicherstellt. Entwicklungen auf europäischer Ebene zur Harmonisierung der Terminierungsentgelte (Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend Terminierung sowie deren harmonisierte Umsetzung) sind jedoch abzuwarten; diese werden Einfluss auf das künftig verwendete Berechnungsmodell mit sich bringen.

e. Frontier Economics kritisiert die lineare Fortschreibung von Daten; diese wäre bei der hohen Mobilpenetration sowie der „aktuellen Wirtschaftskrise“ nicht gerechtfertigt.

Wie sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen ergibt (Kapitel 8.5), wurden die Werte des Jahres 2010 auf der Grundlage von Werten mehrerer Jahre (teilweise bis 2005 zurückreichend) mittels einer linearen Regression fortgeschrieben (prognostiziert).

Gegen diese Vorgangsweise bestehen keine Bedenken, da nicht davon ausgegangen werden muss, dass die in Österreich gegebene hohe Mobilfunk-Penetration ihr Ende erreicht hat, zumal ein Trend in Richtung Zweit-Endgerät gegeben ist und das Endkundenpreis-Niveau sehr kompetitiv ist. Auch liegen keine Hinweise vor, dass – über den Regulierungszeitraum von etwa zwei Jahren gesehen – die Verkehrsmengen nicht weiter steigen.

Auch vermag der Hinweis auf eine „Wirtschaftskrise“ nicht darzulegen, dass Verkehrsmengen nicht weiter ansteigen. Es entspricht nicht der Lebenserfahrung, dass in wirtschaftlich angestregten Zeiten auf Kommunikationsmittel verzichtet wird. Auch liegen die Endkundenpreise für Mobilfunk nicht auf einem solch hohen Niveau, dass davon auszugehen

wäre, dass hier Einsparungen vorgenommen werden. Vielmehr wird auf Großanschaffungen verzichtet bzw diese verschoben.

Soweit Frontier Economics eine Überschätzung befürchtet, ist festzuhalten, dass es in der Vergangenheit regelmäßig zu einer Unterschätzung gekommen ist, weswegen die Telekom-Control-Kommission auch in den Zusammenschaltungsanordnungen Z 12/06ff eine rückwirkende Senkung der Mobil-Terminierungsentgelte vorgenommen hat, um den deutlich gesunkenen Kosten, die durch massive Mengensteigerungen hervorgerufen worden sind, Rechnung zu tragen (vgl die diesbezüglichen Feststellungen zu den festgelegten Mobil-Terminierungsentgelten).

In diesem Zusammenhang wird – ergebnisorientiert – vorgeschlagen, ein „Polynom zweiter Ordnung“ (quadratische Funktion) statt einer linearen Regression zu verwenden.

Festzuhalten ist, dass Frontier Economics verkennt, dass für die Kosten der Terminierung nicht nur die angesprochenen Minuten von Relevanz sind, sondern auch sämtliche anderen Verkehrsarten zum Tragen kommen. Die Methode der linearen Regression kam bei sämtlichen Verkehrsarten zur Anwendung, um eine Gesamtverkehrsmengensteigerung für 2010 zu berechnen, weswegen die Kritik an einem einzelnen Datensatz verfehlt ist.

In Zusammenhang mit der Prognose der Amtssachverständigen ist darauf hinzuweisen, dass reale Daten (Ist-Daten) lediglich für die Jahre 2006, 2007 und 2008 (3 Quartale) vorlagen. Bei den Werten für 2009 handelte es sich um Prognosen der Betreiber. Eine Prognose, wie sie seitens Frontier Economics mit einem Polynom 2. Ordnung für 2010 angestellt wurde, ist auf Basis von nur 3 Ist-Werten und einem Plan-Wert methodisch bedenklich, da ein Polynom 2. Ordnung mindestens 3 Datenpunkte zur Schätzung erfordert. In diesem Fall erhält man ein voll saturiertes Modell, dh, die Datenpunkte sind vollständig angepasst.

Frontier Economics führt weiters aus, dass es auf Basis der bereits oben kritisierten Prognosemethode „Polynom 2. Ordnung“ zu wesentlich höheren Werten für die Kosten der Terminierung kommen würde. Bei genauer Betrachtung der Ergebnisse kann dieser Umstand jedoch nur dann eintreten, wenn man von einer stark sinkenden Verkehrsmenge für Terminierungsminuten ausgeht. So errechnet Frontier Economics auf Basis dieser falschen Annahmen ein Minutenentgelt für Terminierung in der Höhe von 4,44 Cent für 2010. Dieser Wert ist um etwa 10% höher als jener im Gutachten ausgewiesene Wert für 2009 in der Höhe von 4,02 Cent. Gänzlich unverständlich ist die Verkehrsmengenkorrektur seitens Frontier Economics für 2009, da diese Werte ausschließlich auf Angaben von T-Mobile beruhen.

Eine lineare Fortschreibung von Daten für das Jahr 2010 begegnet somit keinen Bedenken.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen war keine Ergänzung des wirtschaftlichen Gutachtens vom Dezember 2008, wie von T-Mobile begehrt (zuletzt in der Konsultationsstellungnahme vom 19.5.2009), vorzunehmen.

5.3. Orange

Auch Orange nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten wahr und übermittelt am 10.2.2009 eine Stellungnahme samt Gutachten von SBR Juconomy Consulting (in weiterer Folge „Gutachten SBR“) vor („*Regulierungsökonomische Analyse des Wirtschaftlichen Gutachtens zur Mobilfunkterminierung aus dem November 2008*“, 19.1.2009).

Orange thematisiert eingangs den Befund der Amtssachverständigen, im Besonderen die Kosten der Hutchison und damit einhergehend die Aufteilung der Netzkosten auf die Produkte Daten und Sprache. Zu diesem Vorbringen wird auf obige Ausführungen verwiesen. Die Verweise der Orange auf unterschiedliche Produktionsmengen und Netzwerkkosten

können nicht darlegen, dass das wirtschaftliche Gutachten fehlerbehaftet ist und die Netzkosten in den Jahren 2009 und 2010 der Hutchison nicht die geringsten sind.

a. Hinsichtlich der Frage der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem individuellen Markt für Mobil-Terminierung (Punkt II.1. „Zur Frage des Wettbewerbs“) verweist Orange auf ihre Stellungnahmen im Verfahren M 15/03, M 13/06. Mit Schreiben vom 16.2.2009 wurde Orange aufgefordert, die konkret gemeinten Dokumente bzw Ausführungen, auf die verwiesen wird, vorzulegen. Dieser Aufforderung ist Orange mit Schreiben vom 18.2.2009 nachgekommen, weswegen in weiterer Folge auch auf dieses „frühere“ Vorbringen zu den wettbewerblichen Verhältnissen insoweit eingegangen wird, als diese Deckung im gegenständlichen wirtschaftlichen Gutachten vom Dezember 2008 finden.

a.1. Am 24.7.2007 übermittelt die damalige One (nunmehr Orange, aber in diesem Kontext weiterhin One) in den Verfahren M 15c/03, M 13c/06 eine Stellungnahme zum Marktanalysegutachten vom Juli 2007 und verweist eingangs auf ihre Kritik, die sie bereits in den (Erst-)Verfahren zu M 15c/03 und M 13c/06 geäußert hat. Damit wird auch auf dieses Vorbringen eingegangen, soweit dieses von Relevanz für gegenständliches Verfahren ist.

One erachtet die Ausführungen der Amtssachverständigen über die *„mit 1999 beginnende Regulierung der Terminierungsleistung“* als unrichtig und nicht nachvollziehbar. Im Besonderen verweist One auf den Umstand, dass *„erstmals mittels Bescheid M 15c/03 vom 27. Oktober 2004 behördlich festgestellt wurde, dass One [] über beträchtliche Marktmacht verfügt.“* Weiters merkt One an, dass sie in der Gestaltung ihrer Zusammenschaltungsentgelte frei war und sie entsprechende privatrechtliche Einigungen erzielen konnte. Daraus will One ableiten, dass *„funktionierender Wettbewerb (wohl am gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt) auch ohne Auferlegung von regulatorischen Vorabverpflichtungen bestand“* (Stellungnahme vom 24.7.2007).

Diese Ausführungen sind verfehlt: Eingangs soll festgehalten werden, dass es definitionsgemäß auf einem Monopolmarkt (iSd § 1 Z 9 TKMV 2008) keinen Wettbewerb geben kann, da Wettbewerb Konkurrenz, dh mehr als ein Unternehmen, voraussetzt.

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

freiwillig auch nicht gesenkt hat, obwohl die Feststellungen zeigen, dass die terminierungsrelevanten Kosten kontinuierlich gesunken sind.

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

a.2. In Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 geht One auf die (internalisierten) Kosten der Erreichbarkeit ein und geht dabei der hypothetischen Frage nach, wie sich eine massive Erhöhung der Preise der Mobilbetreiber auswirken würde.

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

Die von One angesprochenen Ausweichszenarien der Endkunden für den Fall der massiven Erhöhung der Vorleistungsentgelte sind vor dem Hintergrund der Abgrenzung des Mobil-Terminierungsmarktes, den Substitutionsüberlegungen auf Angebots- und Nachfrageseite zu Grunde liegen, nicht relevant (vgl dazu die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zur Bindung der Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition).

Darüber hinaus existieren geeignetere Möglichkeiten eine günstige Erreichbarkeit sicherzustellen (wie zB tariffreie Rufnummern bzw solche mit Tarifobergrenzen, Produkte wie „Mobile Nebenstellenanlage“).

Abschließend ist festzuhalten, dass gerade über die Auferlegung von kostenorientierten Entgelten sichergestellt wird, dass eine „massive Erhöhung der Vorleistungsentgelte“, die den Ausgang der Überlegungen der One darstellt, hintangehalten wird. Das Vorbringen der One ist damit bereits vor diesem Hintergrund verfehlt.

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

a.3. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 kritisiert One, dass der „*Einfluss der kumulierten Endkundennachfrage auf die Entgeltverhandlungen auf der Vorleistungsebene*“ weitestgehend negiert wurde.

Nachdem weitere Ausführungen fehlen, die diesen Vorwurf erhellen könnten, ist darauf hinzuweisen, dass der entscheidungswesentliche Marktmachtindikator der nachfrageseitigen Gegenmacht von den Amtssachverständigen umfassend und auf unterschiedlichen Ebenen (Endkunden- und Vorleistungsebene, betreiberindividuelle Konstellationen) untersucht wurde. In diesem Rahmen wurde auch auf die Frage eingegangen, welche Auswirkungen eine

Kumulation der Endkundennachfrage hat: Selbst die größten Kunden der One gemeinsam können keinen glaubwürdigen Druck ausüben.

Das Vorbringen, dass die kumulierte Endkundennachfrage „negiert“ bzw. „nicht hinreichend untersucht“ wurde, ist damit verfehlt. Darüber hinaus soll darauf hingewiesen werden, dass auch der Umstand der Bündelung von Nachfragemacht auf Vorleistungsebene (und der Umstand „verbundener Unternehmen“) einer Untersuchung unterzogen wurde.

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

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

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

Im konkreten Fall ist zu bezweifeln, dass One, nur weil das Unternehmen durch die Einführung eines neuen Tarifsystems einen Abfluss an Verkehrsminuten zu gewärtigen hat, nunmehr in der Lage wäre, einen stärkeren Preisdruck etwa auf mobilkom auszuüben. Wenn nun aber One nicht in der Lage ist, Druck auf die Entgelte der mobilkom auszuüben, bleibt fraglich, warum One ihrerseits die (mobilkom verrechneten) Terminierungsentgelte senken sollte.

a.4. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten im Verfahren M 13c/06, das die Grundlage für das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 darstellt, bestätigt One eingangs die Feststellung, dass der Bereitsteller einer Monopoleistung auf seinem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. In weiterer Folge thematisiert One, dass der Frage nachzugehen wäre, ob es ohne regulatorische Eingriffe zu einem „*Missbrauch der Marktmächte kommen würde oder nicht*“.

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

missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.“ (Rz 70 mit Fn 73).

a.5. Weiters vermeint One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 im Wesentlichen, dass nicht nur das „*Vorhandensein einer beträchtlichen Marktmacht*“ sondern auch das „*Fehlen wirksamen Wettbewerbs*“ festzustellen bzw zu untersuchen ist, bevor eine spezifische Verpflichtung auferlegt werden kann.

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

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

a.6. In weiterer Folge verweist One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 auf disziplinierende Einflüsse von Substituten der verfahrensgegenständlichen Leistung. Die Telekom-Control-Kommission kann sich diesem Vorbringen nicht anschließen, da die Frage der Austauschbarkeit von Leistungen für die Marktabgrenzung relevant ist und diese Frage durch die Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 der RTR-GmbH beantwortet wurde. Wie auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 ausgeführt hat, ist die Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition gebunden.

a.7. Unter dem Titel „Zur Verhandlungsmacht“ vermeint One, dass „*der Mobilbetreiber auch und gerade gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten [wird]*“. Die wirtschaftlichen Amtssachverständigen haben demgegenüber in ihrer eingehenden Untersuchung festgestellt, dass ein (profitmaximierender) Monopolbetreiber die Höhe des Terminierungsentgeltes auf Höhe des Monopolpreises setzen würde und gründen diese Erkenntnis auch auf die einschlägige ökonomische Literatur. Das Vorbringen vermag vor diesem Hintergrund genauso wenig überzeugen wie vor der Überlegung, dass es für One – ihren eigenen Ausführungen folgend – wohl rational sein müsste, ihre Terminierungsentgelte zu senken. Dies ist jedoch auf freiwilliger Basis nicht geschehen, vielmehr hat One gegen (Streitschlichtungs-) Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, mit denen ihre Entgelte gesenkt wurden, Rechtsmittel ergriffen und damit ihre Position – entgegen dem jetzigen Vorbringen – klar zum Ausdruck gebracht.

Eine Wiederholung dieses Vorbringens unter Hinweis auf Verhandlungsmacht kann daran nichts ändern, dass die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit regelmäßig betreffend die Höhe der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte in Anspruch genommen wurde. Im Rahmen dieser Verfahren hat auch One – entgegen ihrer einleitenden Behauptung, dass der Mobilbetreiber gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten wird – ein höheres Entgelt beantragt, als es

zuvor von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurde (vgl dazu die Anträge der One im Verfahren Z 1/02, im Besonderen die Antragsänderung der One vom 8.5.2002, derzufolge One Cent 16 beehrte).

a.8. Im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 vermeint One einen Widerspruch in den Feststellungen erkennen zu können. So würde ein Widerspruch darin bestehen, dass festgestellt wurde, dass *„die Größe der einzelnen Terminierungsmärkte im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt entsprechen“* würde, während hingegen die Marktanteile auf den jeweiligen Märkten bei 100% liegen würden.

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

a.9. Auch das Vorbringen der One in ihrer Stellungnahme vom 10.2.2009 hinsichtlich der Berücksichtigung von Interdependenzen kann nicht überzeugen, da sich die Amtssachverständigen ausführlich mit den Wechselwirkungen auf verschiedenen Märkten auseinandergesetzt haben und diese in ihre Würdigung der wettbewerblichen Verhältnisse einfließen haben lassen (vgl dazu das wirtschaftliche Gutachten vom Dezember 2008, insbesondere die Kapitel 4.4.3.4.f).

b. Im Zusammenhang mit der Berechnung der Kapitalkosten kritisiert Orange (Punkt II.2. ihrer Stellungnahme vom 10.2.2009) das Ergebnis, dass ihre Kapitalkosten mit jenen von mobilkom und T-Mobile ident sind. Im Konkreten kritisiert Orange, dass dieses Ergebnis auf Grund einer Betrachtung der Kapitalzusammensetzung zu Buchwerten entstanden sei. Laut Orange wäre von einer „effizienten Zielkapitalstruktur“ auszugehen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Amtssachverständigen im Einklang mit der „Capital Asset Pricing Methode“ das aktuelle Eigenkapital der einzelnen Mobilfunkbetreiber für die Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes (WACC) herangezogen haben.

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

Auch bleibt offen, wie Orange die „effiziente Zielkapitalstruktur“ innerhalb der Anordnungsperiode erreichen möchte.

c. Mit dem vorgelegten Gutachten von SBR Juconomy Consulting, das sich primär mit einem anderen Gutachten befasst (in weiterer Folge „SBR-Gutachten“) sollen zum Einen *„die Ergebnisse der Kostenermittlung des Gutachtens im Vergleich zu früheren Gutachten von Amtssachverständigen und Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission“* und zum Anderen *„die Geeignetheit des methodischen Ansatzes, vor allem betreffend die Aufteilung der Kosten für Sprach- und Datenprodukte im Modellansatz der Amtssachverständigen, und im Hinblick auf die Schlüssigkeit und Konsistenz der Ergebnisse“* geprüft werden.

Im Rahmen des Gutachtens werden technisch-wirtschaftliche und wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission aus den Jahren 2005, 2007 und 2008 dargestellt,

miteinander vergleichen und Differenzen herausgearbeitet. In weiterer Folge wird auf Modelle zur Aufteilung von Sprache und Daten eingegangen.

Soweit das SBR-Gutachten unterschiedliche Gutachten miteinander vergleicht, ist festzuhalten, dass kein tiefer Sinn in dieser Übung gesehen werden kann, da den verfahrensgegenständlichen Feststellungen lediglich das wirtschaftliche Gutachten vom Dezember 2008 zu Grunde gelegt wurde. Allein auf der Grundlage, dass in anderen Gutachten, die sich unter anderem auf andere Leistungen und Zeiträume beziehen, andere Ergebnisse ausgewiesen sind, kann eine Unschlüssigkeit oder eine mangelnde Nachvollziehbarkeit des verfahrensgegenständlichen Gutachtens nicht begründet werden.

Lediglich das wirtschaftliche Gutachten vom Dezember 2008 hat Eingang in das gegenständliche Verfahren gefunden.

Die diesbezüglichen Schlussfolgerungen im SBR-Gutachten sind primär deswegen unrichtig, da die variierenden Ergebnisse einerseits auf Datenstände zu unterschiedlichen Zeitpunkten (Anfang 2007, Ende 2008) beruhen und andererseits auch Berechnungen mit unterschiedlichen Kostenrechnungsstandards (Gutachten September 2008: Mobiloriginierung zu historischen Vollkosten bzw. sonst Terminierung zu LRAIC) durchgeführt wurden. Auch übersieht das SBR-Gutachten, dass einzelne Berechnungen etwa im Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 korrigiert und diese berichtigten Daten den Entscheidungen zu Grunde gelegt wurden. Im SBR-Gutachten hat eine unzureichende Auseinandersetzung mit den Inhalten, Datengrundlagen und Analysen der Gutachten für die Telekom-Control-Kommission stattgefunden, weswegen die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung sieht, dem Begehren der Orange auf Korrektur und Ergänzung des wirtschaftlichen Gutachtens zu folgen.

Im Konkreten ist zunächst festzuhalten, dass eine etwaige Änderung der Input-Parameter aufgrund geänderter Werte auf den Kapitalmärkten im Zeitablauf geboten ist, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

Die unterschiedlichen Rechenergebnisse im Zeitablauf sind in den Gutachten des Weiteren überwiegend auf unterschiedliche Informationsstände der Amt sachverständigen bzw. Betreiber hinsichtlich Kosten und Verkehrsmengen zurückzuführen. Weitere Unterschiede ergeben sich aus dem zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung herrschenden Marktgegebenheiten (wie zB die Berücksichtigung von Sprache oder auch Datendienste) und Diskussionen der Verfahrensparteien. Die Informationen hinsichtlich der Datenlage sind in den Gutachten für die Telekom-Control-Kommission angegeben, wobei im Fall von Plandaten die Datenlage für einzelne Datenpunkte unterschiedlich sein kann.

Zur behaupteten unterschiedlichen Sprach-/Datenaufteilung in festen und mobilen Netzen kann ausgeführt werden, dass entgegen den Ausführungen im SBG-Gutachten im verfahrensgegenständlichen Gutachten keine einfache Umrechnung von Daten- in Sprachkapazität mittels eines Umrechnungsfaktors stattfindet, sondern es werden Gesprächsminuten – unter Berücksichtigung unterschiedlicher technischer Faktoren (zB Verkehrsverteilung zur Busy-Hour, Soft-Handover-Faktor, ...) – jeweils getrennt für Zugangs- und Kernnetz sowie getrennt für GSM und UMTS in transportierte, bewertete Datenvolumina umgerechnet und zu den transportierten Datenvolumina aus Datendiensten hinzugerechnet.

Darüber hinaus ist der im SBR-Gutachten angestellte Vergleich mit der Regulierung im Festnetz verfehlt (vgl. dazu auch das Vorbringen im Schriftsatz der Orange), da unterschiedliche technische Realisierungen und Abhängigkeiten im Zusammenhang mit der gemeinsamen Realisierung von Sprach- und Datenverkehr über die Teilnehmeranschlussleistung („TASL“) auftreten. Im Fall von Line-Sharing wurde bisher im Festnetz eine Kostenteilung von 50:50 angesetzt. Im Gegensatz zum Mobilfunknetz steht einerseits die TASL exklusiv einem Kunden zur Verfügung (dh 100% der physikalisch

möglichen Kapazität) und andererseits ist nicht benötigte Kapazität auch im Falle der Unterauslastung oder Nichtbenutzung verloren; weiters gibt es in der Regel (von Störungen abgesehen) keine Beeinflussung zwischen dem Sprach- und dem Datendienst, dh mehr Sprachtelefonie hat keinen Einfluss auf die technisch mögliche Bandbreite des Breitbanddienstes und umgekehrt.

Zu den aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Möglichkeiten zur kostenrechnerischen Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilfunknetzen („Szenario 3“ oder Szenario 4“) wird auf obige Ausführungen verwiesen.

Zur Frage der Ressourcenaufteilung hat Dr. Ruhle, SBR Juconomy für Orange im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission (25.2.2009) ausgeführt, dass in Schweden ein Wert von 16 Kbit/s – im Vergleich zu den von den Amtssachverständigen verwendeten 12,2 Kbit/s – herangezogen werde; dieser Wert aus Schweden wäre „vernünftig“.

Ungeachtet des Umstandes, dass keine näheren Details zur Berechnung in Schweden vorgelegt wurden, ist festzuhalten, dass im Gutachten der Amtssachverständigen nicht 12,2 Kbit/s als Umrechnungsfaktor zwischen Sprache und Daten verwendet wird, vielmehr werden weitere Größen (wie etwa der HSDPA-Faktor) zur Bestimmung des Daten- bzw des Sprachanteils herangezogen, die den Umrechnungsfaktor erhöhen.

5.4. Hutchison

Hutchison begrüßt im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009 ausdrücklich das wirtschaftliche Gutachten und streicht dessen Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit hervor. Die Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten ist laut Hutchison konsistent und schlüssig.

Im Besonderen verweist Hutchison auf den zu berücksichtigenden Umstand, dass „*über eine eingesetzte Infrastruktur verschiedene Produkte (auch Daten) abgewickelt werden*“, weswegen die Kostenführerschaft des marktanteilsstärksten Betreiber ökonomisch keinesfalls zwingend ist. Weiters bestätigt Hutchison das Erfordernis „*symmetrischer Entgelte*“ auf dem Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Im Zusammenhang mit der Auswahl des Szenarios ist auf obige Ausführungen zu verweisen, wobei festzuhalten ist, dass sich gerade die Auswahl des Szenarios bei den ermittelten Kosten bei Hutchison nicht auswirkt, da Hutchison lediglich ein Mobilfunknetz betreibt.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen war den Begehren von Verfahrensparteien auf Ergänzung bzw Korrektur des wirtschaftlichen Gutachtens nicht zu folgen.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Marktdefinition der RTR-GmbH

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2000) als einer von mehreren nationalen Märkte definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003). Bereits die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003), die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, hat einen (gleich definierten) nationalen Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen vorgesehen.

Diese (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2008 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die auf Grund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

2. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

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

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig (*„Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste“*, in der Folge *„Leitlinien“*, ABI C 165/6 vom 11.7.2002): Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist (*„Greenfield-Ansatz“*). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: *„Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...] 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).

3. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

Wie festgestellt, ist der gegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz per Marktdefinition ein Monopolmarkt, der Marktanteil der im Spruch genannten Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann (vgl Europäische Kommission, Begründung der Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABI L 114, S 45). Dass die Marktmachtindikatoren der Marktanteile und der nachfrageseitigen Gegenmacht

eine entscheidende Rolle spielen, wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ist wesentlich, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Weiters spielen einige Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw lediglich eine untergeordnete Rolle. Damit wird keine Einschränkung der Prüfung einzelner Marktmachtindikatoren gemäß § 35 TKG 2003 vorgenommen, doch sind manche von ihnen auf verschiedenen Märkten unterschiedlich relevant.

Eine Untersuchung (im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung) von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung.

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht (oder lediglich selten) 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 hatte grundsätzlich eine gewisse restringierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilbetreiber.

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

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

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

4.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 – von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen.

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

4.6. 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 die nachfrageseitige Verhandlungsmacht, die auf der Ebene von Endkunden und bzw oder der Vorleistungsebene wirksam werden könnte:

a. Die Feststellungen beziehen sich dabei auf eine mögliche Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers. Diese Konstellation wurde wiederum in unterschiedliche Falltypen unterteilt, wobei im Ergebnis festgestellt wurde, dass keine (ausreichende) nachfrageseitige Gegenmacht gegeben ist.

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

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

Wie sich jedoch zeigt, ist die Nicht-Zusammenschaltung und damit das Nichterreichen von Teilnehmern – ungeachtet der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) sowie zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – keine glaubwürdige Alternative. Auch einer Drohung mit einer Senkung der nachgefragten Menge fehlt die Glaubwürdigkeit, da der nachfragende Netzbetreiber nicht direkt auf die

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

d. Eine Drohung zur Streitschlichtung ist in Summe auch nicht ausreichend, um Marktmacht zu restringieren.

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

Zweitens zeigen die Feststellungen, dass Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz (sowohl Telekom Austria als größter Festnetzbetreiber als auch alternative Teilnehmernetzbetreiber) zwar grundsätzlich eine Nachfragemacht aufbauen könnten, jedoch in ihrem Droh-Potential eingeschränkt sind, da sie ihrerseits einer Regulierung unterworfen sind. Die Berücksichtigung anderer Regulierungen bei der Bewertung der nachfrageseitigen Gegenmacht ist geboten („Modified Greenfield Approach“, vgl die Europäische Kommission im Verfahren gemäß Art 7 Rahmen-RL zu DE/2005/0144 sowie *Cave/Stumpf/Valletti in „A Review of certain markets included in the Commission’s Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation“*, Juli 2006, S. 95). Neben der bestehenden Regulierung auf anderen Märkten wird die Nachfragemacht auch wesentlich durch die (grundsätzliche) Verpflichtung zur Interoperabilität iSd § 22 TKG 2003 und zur Zusammenschaltung iSd § 48 TKG 2003 eingeschränkt.

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

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

f. Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten in unterschiedlichen Ausprägungen (Verhandlungsmacht der Telekom Austria und jene von alternativen Netzbetreibern, Kontakte mit anderen Mobilbetreibern; wie insbesondere in den Bereichen nationales und internationales Roaming) bringt nicht hervor, dass eine nachfrageseitige Gegenmacht in der Lage wäre, Marktmacht zu restringieren. Es besteht deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf

anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen für den Nachfrager gibt. Überdies ergibt sich nicht (zwingend), dass Marktmacht auf anderen Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte.

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

Schließlich bestätigt auch die Diskussion der Terminierungsbilanzen (Verkehrssalden zwischen Mobilnetzen) das gewonnene Bild, dass keine ausreichende nachfrageseitige Gegenmacht gegeben ist.

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

4.7. 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 von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 auf dem Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der im Spruch genannten Verfahrenspartei. Auf dem verfahrensgegenständlichen Markt herrscht somit kein effektiver Wettbewerb iSd § 37 Abs 2 TKG 2003.

Das „Schlüsselkriterium“ 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, keineswegs ausreichende nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

Darüber hinaus bestätigt auch ein Vergleich mit Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden zu den wettbewerblichen Verhältnissen auf den betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze das Ergebnis der Telekom-Control-Kommission: Wie die Feststellungen zeigen, haben (fast) alle Regulierungsbehörden festgestellt, dass ein Mobilbetreiber – ungeachtet seiner tatsächlichen Größe und seinem Umfeld – auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dieser Vergleich zeigt, dass dem Ziel gemäß Art 8 Abs 3 lit d RL 2002/21/EG, nämlich die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis*“, Rechnung getragen wird.

Somit war unter Spruchpunkt A. gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 festzustellen, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ über beträchtliche Marktmacht verfügt.

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

5.1. Allgemeines

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich Verpflichtungen zur Gleichbehandlung (§ 38 TKG 2003), zur Transparenz (§ 39 TKG 2003), zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003), zur Gewährung des Zugangs zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003), zur

Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003) denkbar. Gemäß § 43 TKG 2003 sind Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer genauso zulässig wie Verpflichtungen zur Bereitstellung von Mietleitungen (§ 44 TKG 2003), Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten (§ 45 TKG 2003) und die Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl gemäß § 46 TKG 2003. Gemäß § 47 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen.

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

5.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

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

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

5.2.1. Transparenz

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

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

Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen (vgl Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL).

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

die Veröffentlichung eines SZA im Rahmen der Gleichbehandlungsverpflichtung vorsieht (vgl sodann die Ausführungen zur Nichtdiskriminierungsverpflichtung).

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

5.2.2. Getrennte Buchführung

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

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

5.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (Spruchpunkt B.5.)

§ 41 Abs 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Unter Abs 2 leg cit werden die Möglichkeiten des Zugangs näher spezifiziert (darunter die Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen, vgl Art 12 Zugangs-RL).

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

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

Nachdem – wie festgestellt – eine Zugangsverpflichtung (in der Form der Zusammenschaltung) ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu

verhindern, stellt eine Zugangsverpflichtung eine spezifische Verpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung (Sicherstellung der Any-to-any-Erreichbarkeit) ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung als verhältnismäßig zu betrachten: Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen die Effizienzgewinne durch Interoperabilität.

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

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

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

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

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.

§ 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 davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere

Norm stellt § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung auf § 41 TKG 2003 zu gründen war.

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

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

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

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

5.2.4. Gleichbehandlungsverpflichtung (Spruchpunkte B.1., B.2., B.3., B.4.)

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

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

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

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

5.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

5.2.4.1.1. Spruchpunkt B.1.

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

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

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

5.2.4.1.2. Spruchpunkt B.4.

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

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. 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 (§ 48 TKG 2003) und zur

Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei bereits verpflichtet war, ein SZA zu führen (vgl die Entscheidungen zu M 15a-e/03, M 13a-e/06), weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der konkret vorgenommene Eingriff unverhältnismäßig wäre.

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

Bisherigen Zusammenschaltungsverträgen und -anordnungen entsprechend hat das SZA neben einem Teil, der allgemeine Vertragsbestimmungen enthält, zumindest folgende Komponenten zu beinhalten: Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen sowie Regelungen zu Verkehrsarten und Entgelten. Diese Bestandteile sind essentiell für die Realisierung der Zusammenschaltung und waren jedenfalls im Spruch vorzusehen.

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

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes für die Leistung der Mobil-Terminierung ist auf der Unternehmenswebseite vorzunehmen, um die Effektivität einer Gleichbehandlungsverpflichtung sicher zu stellen und tatsächlich Transaktionskosten zu senken. Darüber hinaus wurde in der konkreten Verpflichtung aufgenommen, dass das veröffentlichte SZA aktualisiert werden muss, sobald eine Änderung desselben erfolgt. Dies bezieht sich insbesondere auf die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte. Eine laufende Aktualisierung steht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung – 4 Wochen ab Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides – ist angemessen, da eine Veröffentlichung eines SZA bereits angeordnet wurde und der Prozess dahinter bekannt ist. Die vorgesehene Frist erscheint auch ausreichend, um eine allfällige Aktualisierung desselben vorzunehmen.

5.2.4.2. Preisdiskriminierung

5.2.4.2.1. Spruchpunkt B.2.

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

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

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

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

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

5.2.4.2.2. Spruchpunkt B.3.

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

Nachdem konkrete (Endkunden-)Produkte vorhanden sind, die die oben dargestellten Probleme – für den Fall der Nichtregulierung – verursachen, wird diese spezifische Verpflichtung – vor dem Hintergrund des Gebotes der Verhältnismäßigkeit – auch auf diese Fälle eingeschränkt: Anlassfall sind Produkte, die eine Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummern (einem über eine Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten Netzabschlusspunkt) zu einem Mobilendgerät ermöglichen (vgl Produkte wie „mobile Neben-

stellenanlage“ oder „Replace“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der Festnetzbetreiber einem „*Margin Squeeze*“ ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen.

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

Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission unter Spruchpunkt B.3. angeordnet, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die sie für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese Verpflichtungen gelten für jene Leistungen, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebundenes physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im eigenen öffentlichen Kommunikationsnetz erbracht werden. Diese Verpflichtung greift wiederum nur, wenn „gleiche Umstände“ iSd § 38 Abs 2 TKG 2003 vorliegen.

Die Verpflichtung ist erfüllt, wenn die (eigenen) mit gegenständlichem Bescheid festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte über alle Tarife (bzw Tarifgruppen) der Fest-Mobil-Konvergenz-Produkte abgedeckt sind. Eine Verpflichtung, die demgegenüber vorsieht, dass hinsichtlich jedes einzelnen Kunden die Mobil-Terminierungsentgelte seiner Gespräche vom Fest- in den Mobilarm seines Mobilfunkbetreibers gedeckt sein müssen, wird als zu weitreichend und damit unverhältnismäßig angesehen.

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

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

Soweit Hutchison in ihrer Konsultationsstellungnahme (Punkt 7 der Stellungnahme vom 19.5.2009) kritisiert, dass gegenständliche Maßnahme eine „Endkundenpreisregulierung“ ohne rechtliche Grundlage darstellen würde, übersieht die Verfahrenspartei, dass Ausgangspunkt dieser Regelung die verfahrensgegenständliche Vorleistung der Mobil-Terminierung ist und die damit einhergehenden (potentiellen) Wettbewerbsprobleme. Durch eine besondere Ausgestaltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung iSd § 38 TKG 2003 wird die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines „*Margin Squeeze*“ bei sich überschneidenden Geschäftsfeldern unterbunden. Dass diese Regulierung Auswirkungen auf andere Märkte und gegebenenfalls auf den Endkundenmarkt und auf Endkundenpreise hat, ist auf die Verbundenheit von Märkten (Vorleistungs- und Endkundenebene) zurückzuführen und ist damit eine einhergehende Nebenerscheinung. Diese ist jedoch auf die Notwendigkeit zurückzuführen, potentielle wettbewerbliche Defizite im Zusammenhang mit der Vorleistung Mobil-Terminierung zu beseitigen.

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

5.2.5.1. Allgemeines

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

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

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

Neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 voraus, dass „ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktiziert werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnissen am Mobilfunkendkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz,

die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider; da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Mobilnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

5.2.5.2. Zum angewandten Maßstab

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle begegnet dem identifizierten Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise direkt: Aus ökonomischer Sicht ist diese Maßnahme grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/ Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210 erkannt, dass der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, nicht als grundsätzlich untauglich angesehen werden kann.

Durch Festlegung eines effizienten Zugangspreises wird grundsätzlich sichergestellt, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (wie Datendienste oder On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten bzw. die effizient erbrachte Terminierungsleistung ihrerseits auch nicht quersubventioniert werden muss. Eine solche Verpflichtung entspricht auch der Natur des identifizierten Wettbewerbsproblems der „überhöhten Entgelte“. Damit wird grundsätzlich dem Regulierungsziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen iSd § 1 Abs 2 lit b TKG 2003 entsprochen (vgl. dazu die zustimmende Äußerung der Europäischen Kommission in ihrer Stellungnahme vom 25.5.2009).

Vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist 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, wird dieser Ansatz nicht weiter verfolgt.

Bezugnehmend auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist festzuhalten, dass die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente gezeigt hat, dass allenfalls ein Instrument – nämlich die „interne“ Nichtdiskriminierungsverpflichtung – als Alternative in Frage kommen könnte. Dieses Instrument ist aber – wie ausgeführt wurde – aus einer Reihe von Gründen abzulehnen. Für die Beseitigung preislicher Wettbewerbsprobleme stellt die Bestimmung des § 42 TKG 2003 die speziellere Norm dar, der sodann der Vorzug zu geben ist. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der

identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt diese Verpflichtung dem Grunde nach das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

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

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

Die LRAIC sind die inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten. Dabei wird den Investitionen eines effizienten Betreibers Rechnung getragen sowie eine entsprechende Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken berücksichtigt. So hält auch § 42 Abs 1 TKG 2003 fest, dass den „*Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen [ist], eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften*“. Hinsichtlich der Effizienz ist anzumerken, dass die Leistung Terminierung im Bündel mit anderen Mobilfunkleistungen erstellt wird und die Betreiber auf Grund des derzeit gegebenen Wettbewerbsdrucks auf anderen Märkten (Endkundenmarkt) gezwungen sind, Mobilfunkleistungen grundsätzlich effizient zu produzieren. Aus diesem Grund wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass produktive Effizienz weitgehend sichergestellt ist, weswegen eine Heranziehung des Standards FL-LRAIC („Forward Looking-Long Run Average Incremental Costs“) hinsichtlich der Parameters „Forward Looking“ zur Zielerreichung nicht notwendig ist; Wiederbeschaffungswerte sind damit nicht anzusetzen. Vor diesem Hintergrund war auch dem Begehren der Verizon (24.2.2009) von den ermittelten Kosten einen „*angemessenen Effizienzabschlag*“ vorzunehmen, nicht zu folgen.

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

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

Darüber hinaus geht auch die Europäische Kommission davon aus, dass für die Regulierung von Terminierungsentgelten ein Kostenrechnungsmodell iSd „long run incremental costs“ heranzuziehen ist (vgl. Abs 1 der Terminierungs-Empfehlung vom 7.5.2009).

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

Ziel der Regulierung ist es, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen (vgl. Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG; § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003). Auf einem Wettbewerbsmarkt stellt sich bei hinreichend homogenen Produkten ein Preis ein, der sich an den langfristigen Grenzkosten der Leistungserbringung eines effizienten Betreibers orientiert.

Die Terminierungsleistung in das Mobilnetz A als solche unterscheidet sich grundsätzlich auch nicht von der Leistung der Terminierung in das Mobilnetz B: Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung als ein homogenes Produkt, unabhängig von ihrer Technologie oder des Kundenstocks (vgl. dazu die weitergehenden Ausführungen zum „einheitlichen Marktpreis“, vgl. auch § 1 Abs 3 S 1 TKG 2003).

Eine betreiberindividuelle Marktabgrenzung ändert nichts am Umstand, dass wettbewerbliche Bedingungen zu „simulieren“ sind und ein Wettbewerbspreis, der sich auf einem kompetitiven Markt einstellt, „nachzubilden“ ist. Auf jeden der einzelnen Mobil-Terminierungsmärkte würde sich unter kompetitiven Bedingungen ein und derselbe Preis in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers einstellen (vgl. dazu auch die Ausführungen im Gutachten Kruse, Seiten 16f). Dabei ist zu beachten, dass es um die Simulation eines Wettbewerbsergebnisses mit „homogenen“ Gütern geht. Die Existenz der Externalität – die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden und sohin auch was die Zustellung kostet, trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer – soll nicht dazu führen, dass dem rufenden Teilnehmer überhöhte Kosten (Monopolpreise) verrechnet werden.

Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der Investitionen und den mit diesen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt.

Um dem wesentlichsten der festgestellten Wettbewerbsprobleme Rechnung zu tragen, war somit eine Verpflichtung vorzusehen, dass die im Spruch genannte 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.

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

Diese Methode der Ermittlung der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers ist im Vergleich zu anderen Methoden (wie ein Bottom-Up-Modell) nicht nur einfach, rasch und kostensparend (iSd § 39 Abs 2 AVG) zu operationalisieren, sondern geht auch von realen Verhältnissen (Berücksichtigung tatsächlich

anfallender aktueller Kosten eines hinreichend effizienten Betreibers, kein Abstellen auf einen „hypothetischen“ Betreiber) in Österreich im Bereich der Mobil-Terminierung aus (vgl dazu die weitgehend zustimmenden Ausführungen der Hutchison vom 19.5.2009).

5.2.5.3. Zur Frage des „Einheitlichen Marktpreises“

Soweit das Verhältnis der Mobil-Terminierungsentgelte der einzelnen Betreiber zueinander thematisiert wird, ist darauf zu verweisen, dass § 42 TKG 2003 keine diesbezüglichen Vorgaben enthält und, dass in einer Reihe von Verfahren nach dem TKG zum Ausdruck gebracht wurde, dass ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben ist (so etwa in den Entscheidungen zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 vom 15.10.2007).

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind („*einheitlicher Marktpreis*“, „*one price rule*“, „*law of one price*“; sowie „*Ergebnisse der Konsultation - Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen*“, März 2005, Kapitel 2 „*Einheitliche Mobilterminierungsentgelte*“, vgl auch Gutachten Kruse, Seiten 16f). Diese Sichtweise wird auch von der Europäischen Kommission vertreten: In Stellungnahmen gemäß Art 7 RL 2002/21/EG führt die Europäische Kommission aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 in den Verfahren M 15a-e/03, M 13a-e/06 ausdrücklich begrüßt, dass die Telekom-Control-Kommission symmetrische Entgelte festlegt.

In ihrer Terminierungs-Empfehlung vom 7.5.2009 führt die Europäische Kommission aus, dass Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch zu sein haben.

In einem Wettbewerbsmarkt ist der Faktor unterschiedlicher Kosten pro Leistungseinheit wie auch der Umstand unterschiedlicher Technologien von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Die Terminierungsleistung ist nämlich ein homogenes Produkt (vgl Erwägungsgrund 9 der Terminierungs-Empfehlung). So zeigt sich auch am Mobilendkundenmarkt, der keiner ex ante-Regulierung unterworfen ist und der sich durch wettbewerbliche Verhältnisse auszeichnet, dass ein Neueinsteiger, dessen Kosten auf Grund der geringeren Mengen höher sind als jene der etablierten Betreiber, mit ähnlichen, wenn nicht sogar mit günstigeren Preisen im Wettbewerb um Endkunden auftritt. Auf einem Wettbewerbsmarkt können Betreiber keine höheren Endkundenpreise auf Grund höherer Vorleistungs-Kosten fordern.

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

Vor diesem Hintergrund ist eine rein betreiberspezifische Interpretation der LRAIC abzulehnen; darüber hinaus sprechen folgende Erwägungen dagegen: Bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, besteht die Gefahr,

dass falsche Anreizstrukturen für die Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg geschützt (bzw subventioniert) werden (vgl dazu auch die Erwägungen der Europäische Kommission in ihrer Terminierungs-Empfehlung). Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen: Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar, der nur in begründeten Ausnahmefällen und nur temporär zulässig ist.

5.2.5.4. Zu den angeordneten Entgelten iSd § 42 TKG 2003

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

Zur Frage des konkreten Mobil-Terminierungsentgeltes vertreten mobilkom, T-Mobile und Orange im Wesentlichen die Ansicht, dass das Mobil-Terminierungsentgelt nicht weiter gesenkt werden soll, in eventu lediglich in einem geringen Ausmaß.

Demgegenüber begehrt Hutchison, dass die Entgelte in den Jahren 2009 und 2010 jeweils in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (dh die Kosten jenes Betreiber, der die niedrigsten Kosten aufweist) festgelegt werden, ohne eine schrittweise Heranführung („Gleitpfad“). Neben Hutchison lehnen auch UPC und atms eine schrittweise Reduktion von Mobil-Terminierungsentgelten ab.

Festnetzbetreiber (Tele2, UPC Telekabel, Colt, LinzNet, Kapper Network-Communications, Energie AG Oberösterreich Data, Liwest, Multimedia One, Innosoft, atms und Verizon) fordern zusammengefasst eine Beseitigung der Wettbewerbsverzerrungen zwischen Fest- und Mobilnetzen. Hierzu werden unter anderem Reduktionen der Mobil-Terminierungsentgelte auf das Niveau der Festnetzterminierungsentgelte begehrt. Auch Barablu Mobile Austria spricht sich für eine schrittweise Senkung der verfahrensgegenständlichen Terminierungsentgelte aus.

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

Die Telekom-Control-Kommission erachtet es demgegenüber (und damit entgegen dem Begehren einzelner Verfahrensparteien, wie Hutchison, UPC und atms) für gerechtfertigt, temporär von diesem effizienten Preisniveau abzuweichen und das „Zielniveau“ in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ zeitversetzt und im Wege einer schrittweisen linearen Heranführung („Gleitpfad“) ausgehend vom letztgültigen geringsten Mobil-Terminierungsentgelt zu erreichen. Mit diesem Ansatz wird dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprochen, da alternativ eine einmalige Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte auf das kosteneffiziente Niveau in Betracht kommt. Den Begehren der Hutchison, UPC Telekabel und atms wird damit nicht gefolgt.

Eine schrittweise Heranführung an das (im Vergleich zur letzten Marktanalyse deutlich gesunkene) Zielniveau ist weniger eingriffsintensiv als eine sofortige Senkung des Entgeltes; damit wird ein disruptiver Eingriff in Geschäftsstrategien und Tarifstrukturen verhindert und

Planungssicherheit geschaffen. Durch eine schrittweise Heranführung der Entgelte an den Zielwert in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers wird den Investitionen eines Betreibers Rechnung getragen (§ 1 Abs 2 Z 2 lit c TKG 2003, „Investitionsschutz“), da über einen längeren Zeitraum Entgelte über den eigenen (und gegebenenfalls den effizienten) Kosten der Bereitstellung der verfahrensgegenständlichen Leistung zugestanden werden.

Da auch durch eine schrittweise Heranführung auf das Zielniveau dem wettbewerblichen Defizit begegnet wird – mit jedem einzelnen Schritt wird das Mobil-Terminierungsentgelt weiter gesenkt –, wird eine solche Herangehensweise als verhältnismäßiger iSd § 34 TKG 2003 angesehen,

So sieht auch die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.5.2009 betreffend Terminierungsentgelte vor, dass das kosteneffiziente Niveau der Terminierungsentgelte auch später erreicht werden kann (vgl die Absätze 11 und 12 dieser Empfehlung). In diesem Sinn hat auch die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme iSd § 129 TKG 2003 keine Bedenken hinsichtlich der in Aussicht genommenen schrittweisen Heranführung an einen Zielwert geäußert.

Soweit insbesondere UPC und Hutchison in ihren Konsultationsstellungen Kritik an einer bloß schrittweisen Senkung der Mobil-Terminierungsentgelte üben, ist zum Einen festzuhalten, dass ihre Ausführungen von ihrem (nachvollziehbaren) Interesse an möglichst geringen Mobil-Terminierungsentgelten getragen sind. Zum Anderen wird übersehen, dass die Kosten iSd LRAIC in den letzten Jahren (deutlich) gesunken sind, weswegen die Gründe für eine bloß schrittweise Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte weiterhin valide sind; dem Mobil-Betreiber muss Gelegenheit zur Anpassung an die neuen Umstände (gesunkener Zielwert) eingeräumt werden.

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

Der bisherige Operationalisierungsansatz in Form eines „Gleitpfades“ wird weitestgehend auch in der Zukunft fortgesetzt: Dieser sieht grundsätzlich eine lineare Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes jeweils zum 1.1. und 1.7. eines Jahres um absolute Werte bis zu einem „Zielwert“ vor, der den günstigsten Kosten für die Erbringung der Mobil-Terminierung entspricht.

Bei der Fortsetzung des bisherigen Gleitpfades ist jedoch zu beachten, dass die geringsten Kosten der Mobil-Terminierungsleistung im (Gesamt-)Jahr 2010, die als gute Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers angesehen werden, gesunken sind und nunmehr in der Höhe von Cent 2,01 zu liegen kommen. Auch ist zu berücksichtigen, dass das geringste der aktuell verrechneten Mobil-Terminierungsentgelte auf Cent 4,5 gesunken ist und diese Entgelthöhe für alle Mobilfunkbetreiber (im Rahmen von Zusammenschaltungsanordnungen) für den Zeitraum ab 1.1.2009 festgelegt wurde. Dieser Ausgangswert deckt jedenfalls die betreiberindividuellen Kosten der Mobil-Terminierungsleistungen (vgl die Feststellungen zu den individuellen Kosten) und wird daher als tauglicher „Ausgangswert“ angesehen: Würde demgegenüber ein höherer „Startwert“ herangezogen (vgl etwa Stellungnahmen der T-Mobile vom 3., 20.4., 19.5.2009: T-Mobile spricht sich – eventualiter – für einen Startwert von Cent 5,72 aus) könnte den wettbewerblichen Defiziten der allokativen Verzerrungen weniger geeignet entgegen getreten werden.

Mit einem symmetrischen Ausgangswert treten zwar keine Wettbewerbsverzerrungen zwischen Mobilfunkbetreibern hervor, die auf asymmetrische Mobil-Terminierungsentgelte zurückzuführen sind; den allokativen Verzerrungen wird aber erst Rechnung getragen, wenn Entgelte auf ein effizientes Niveau gesenkt worden sind.

Spätestens am Ende der Periode dieser Marktanalyse haben die Mobil-Terminierungsentgelte dieses effiziente Niveau zu erreichen. Eine neue Entscheidung iSd § 37 TKG 2003 wird entsprechend des 2-Jahres-Rhythmus' (§§ 36, 37 TKG 2003) für die zweite Jahreshälfte 2011 in Aussicht genommen, weswegen 2 Jahre nach Erlassung des gegenständlichen Bescheides das Zielniveau in der Höhe von Cent 2,01 erreicht werden muss; dies wäre damit Juni 2011.

Für den Zeitraum bis zum 1.6.2011 wird – den Grundsätze des bisherigen Gleitpfades folgend – das Mobil-Terminierungsentgelt alle 6 Monate (zum 1.1. und 1.7.) um einen absoluten Betrag reduziert, bis das Zielniveau erreicht wird.

Dieser Ansatz der Erreichung des Zielniveaus am 1.6.2011 erfordert eine Adaptierung der absoluten Absenkungsschritte: Eine solche ergibt sich aus dem Anfangswert von Cent 4,5 und dem Zielwert von 2,01.

Unter Beibehaltung der bisherigen halbjährlichen Absenkungstermine und einer „Zielerreichung“ am 1.6.2011 ergeben sich beginnend mit 1.7.2009 fünf Absenkungsschritte bis einschließlich 1.6.2011 (dh am 1.7.2009, 1.1.2010, 1.7.2010, 1.1.2011 und 1.6.2011). Die jeweiligen Absenkungsschritte betragen damit Cent 0,498 $((4,5 - 2,01)/5$; vgl dazu den Eventualantrag „6“ der T-Mobile vom 3.4.2009, Seite 8 bzw. jenen vom 20.4.2009, Punkt 4.). Das jeweilige Entgelt, das somit ab 1.7.2009, 1.1.2010, 1.7.2010, 1.1.2011 sowie ab 1.6.2011 zur Anwendung zu bringen ist, wurde kaufmännisch auf zwei Kommastellen im Cent-Bereich gerundet.

Demgegenüber hat der konsultierte Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 20.4.2009 eine Zielerreichung bereits am 1.1.2011 und lediglich vier Absenkungsschritte vorgesehen. Auf Grund des Zeitablaufes und des oben erwähnten zwei-jährigen Rhythmus' der Marktanalyse-Verfahren wird es als ausreichend erachtet, dass das Zielniveau erst und genau 2 Jahre nach Erlassung dieses Bescheides erreicht wird. Auch ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission dagegen keine Bedenken hat, da sie vielmehr begrüßt hat, dass in Aussicht genommen wurde, ab Ende 2012 Mobil-Terminierungsentgelte festzulegen, die der in der Terminierungs-Empfehlung beschriebenen Kostenrechnungsmethode entsprechen. Daraus kann abgeleitet werden, dass aus Sicht der Europäischen Kommission auch eine (leicht) spätere Zielerreichung ausreichend ist, zumal diese deutlich vor der Umsetzungsfrist der Terminierungs-Empfehlung liegt.

Der (späteste) Umsetzungszeitpunkt für die Kostenrechnungsmethode entsprechend der Terminierungs-Empfehlung der Europäischen Kommission wurde letztlich deutlich nach hinten verschoben: Während der Empfehlungsentwurf vom 1.10.2008 (Arbeitsdokument COCOM08-35) einen Übergangszeitraum iSd Art 10 bis 31.12.2011 vorgesehen hat, ist nunmehr in Art 10 der Terminierungs-Empfehlung vom 7.5.2009 eine Umsetzung bis 31.12.2012 festgelegt. Damit zeigt sich, dass auch aus Sicht der Europäischen Kommission eine (leicht) verzögerte Erreichung des effizienten (Ziel-)Niveaus gerechtfertigt ist.

Mit den vorgenommenen Absenkungsschritten wird dem wettbewerblichen Defizit überhöhter Entgelte begegnet. Wie die betreiberindividuellen Kosten sowie die festgestellten Kosten iSd der LRAIC eines effizienten Betreibers zeigen, sind die Kosten gesunken, weswegen das Potential des Wettbewerbsproblems „allokativer Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte“ nach wie vor gegeben ist. Da die Differenz zwischen Mobil-Terminierungsentgelten und den LRAIC eines effizienten Betreibers sinkt, werden auch die einzelnen absoluten Absenkungsschritte von zuletzt Cent 1,22 auf unter die Hälfte (Cent 0,498) gesenkt.

Die Heranführung der betreiberindividuellen Entgelte an die LRAIC eines effizienten Betreibers bringt mit sich, dass die betreiberindividuellen Kosten nicht (immer) gedeckt werden: Es zeigt sich etwa für das Jahr 2010, dass zwei der vier Mobilfunkbetreiber die

festgestellten individuellen Kosten nicht ersetzt erhalten. Dies steht jedoch in Übereinstimmung mit einem wettbewerbsorientierten Ansatz (vgl obige Ausführungen) und der Überlegung, dass die Kosten der effizienten (und damit nicht unbedingt der betreiberindividuellen) Leistungsbereitstellung gedeckt werden müssen. Weiters ist zu beachten, dass in den Jahren 2007 bis 2009 die individuellen Kosten nicht nur gedeckt wurden, sondern Entgelte über den individuellen sowie den effizienten Kosten gelegen sind. Diese Gesamtbetrachtung zeigt damit, dass ein unverhältnismäßiger Eingriff – wie von mobilkom, T-Mobile und Orange mehrfach ausgeführt – nicht vorliegt.

Die Heranziehung eines anderen (höheren) Wertes, etwa die Kosten eines hypothetischen Betreibers mit einem bestimmten Marktanteil (wie etwa 20 oder 25%), die Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 (vgl etwa zuletzt den Antrag der T-Mobile vom 20.4.2009) oder die Heranziehung der Kosten der mobilkom, hätte zur Konsequenz, dass jene Betreiber, deren tatsächliche Kosten unter dem derart ermittelten Wert liegen, Entgelte über Kosten lukrieren können, selbst wenn sie bereits – zum Beispiel über einen Gleitpfad – an dieses Niveau herangeführt wurden. Allokative Verzerrungen, hervorgerufen durch die Betreiber mit geringeren Kosten als dem „Zielwert“, können somit nicht ausgeschlossen werden. Gerade die Heranziehung eines realen (Ganz-Jahres-)Wertes desjenigen Betreibers, der die Leistung der Mobil-Terminierung am kostengünstigsten anbieten kann, stellt sicher, dass kein Unternehmen längerfristig Entgelte über Kosten (der effizienten Leistungsbereitstellung) verrechnen kann.

Auch eine Heranziehung von Ergebnissen einer Kostenberechnung des Jahres 2008 als ein in der Zukunft liegender Zielwert kann dem wettbewerblichen Defizit nicht begegnen, da mit dieser Vorgangsweise ein höherer Wert als Referenz für die LRAIC eines effizienten Betreibers ausgewiesen wird. Der Zielwert ist ein Prognosewert; einer Prognose ist immanent, dass sie zukunftsgerichtet und mit Unsicherheiten behaftet ist. Dies bedeutet jedoch – entgegen der Ansicht der mobilkom, Orange oder T-Mobile (zuletzt in den Konsultationsstellungen vom 19.5.2009 vorgetragen) – nicht, dass Prognosen nicht herangezogen werden können. Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung nämlich eine ex-ante-Betrachtung: In den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht wird in diesem Kontext ausgeführt, dass „*NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [sind] als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung*“ und dass sich die „*Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen [muss]*“ (Rz. 70, 71).

Darüber hinaus bekräftigt die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme iSd § 129 TKG 2003 vom 25.5.2009, dass „*aktuelle oder geschätzte zukünftige Kosten*“ heranzuziehen sind und „*historische Kosten Ineffizienzen auf Seiten der Betreiber widerspiegeln könnten*“.

Im letzten Marktanalyseverfahren betreffend Mobil-Terminierung (vgl unter www.rtr.at die Entscheidungen zu M 15a-e/03, M 13a-e/06, Punkte II.B.8., II.C.1.) wurde vor dem Hintergrund der von den damaligen Amtssachverständigen geäußerten Prognoseunsicherheiten (insbesondere wegen der Entwicklung der Datendienste bzw der mangelnden Empirie) ein aktueller Ist-Wert als Zielwert herangezogen (ein Ist-Wert des Jahres 2006 wurde als Zielwert für 2008 herangezogen). Diese besonderen Prognoseunsicherheiten sind jedoch nicht mehr gegeben, da empirische Daten zur Entwicklung von Datendiensten in den letzten Jahren vorliegen; auch haben die Amtssachverständigen keine diesbezüglichen Bedenken (mehr) geäußert, sondern vielmehr eine hohe Güte ihres sich aus den Prognosen ergebenden Bestimmtheitsmaßes angegeben (R^2). Wie sich gezeigt hat, wurden im Rahmen von Prognosen die Verkehrsmengenentwicklungen regelmäßig unterschätzt: So wurden etwa in den Verfahren M 15a-e/03, M 13a-e/06 deutlich höhere Kosten der Mobil-Terminierung im Jahr 2008 festgestellt als im gegenständlichen Verfahren (vgl dazu den Punkt II.B.7 der Bescheide zu M 15a-e/03, M 13a-e/06). Vor diesem Hintergrund wird nunmehr ein Prognosewert (für das vollständige Jahr 2010) als Zielwert für das Ende dieser (zwei-jährigen) Anordnungsperiode

(Juni 2011) herangezogen und den Begehren einiger Verfahrensparteien (etwa mobilkom, 19.5.2009) nicht gefolgt.

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

Soweit als Alternative zu einer Senkung der Mobil-Terminierungsentgelte eine Erhöhung des Festnetz-Terminierungsentgeltes thematisiert wird (Telekom Austria, 18.2.2009 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 25.2.2009 samt der konzernverbundenen 3G Mobile) ist festzuhalten, dass ein solcher Schritt zwar die wettbewerblichen Verzerrungen auf Grund unterschiedlich hoher Terminierungsentgelte reduzieren bzw beseitigen kann, die allokativen Verzerrungen auf Grund von Entgelten, die über dem effizienten Niveau liegen, bleiben jedoch bestehen. Damit erweist sich eine Erhöhung der Festnetz-Terminierungsentgelte als ein – für gegenständliches Verfahren – ungeeigneter Eingriff (vgl dazu die Stellungnahmen der LinzNet, Kapper Network-Communications, Innosoft und Hutchison vom 24., 25.2. und 10.6.2009, die eine Erhöhung der Festnetz-Terminierungsentgelte ablehnen).

Ein Vergleich des Zielwertes mit jenem in anderen Ländern der Europäischen Union zeigt, dass der Zielwert in Österreich am unteren Ende der europäischen Bandbreite zu liegen kommt (vgl die in Aussicht genommene Entscheidung der schwedischen Regulierungsbehörde, die ein Mobil-Terminierungsentgelt in der Höhe von Cent 2,2 ab 1.7.2009 vorsieht, Stellungnahme Hutchison vom 27.3.2009). Aus diesem Umstand kann jedoch eine Rechtfertigung eines höheren Wertes oder die Beibehaltung eines „alten“ Zielwertes nicht abgeleitet werden, da verfahrensgegenständlich lediglich die Analysen *nationaler* Märkte iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 sind und die durchgeführten Kostenerhebungen zeigen, dass ein effizienter Betreiber in Österreich die verfahrensgegenständliche Leistung zu Kosten in der Höhe von Cent 2,01 erbringen kann. Die „allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte“ können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann nicht als geeignet iSd § 37 Abs 2 TKG 2003 angesehen werden.

Eine Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 bzw eine geringere Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes kann darüber hinaus weder mit Belastungen aus dem regulierten Bereich „*Internationales Roaming*“ noch mit einem Hinweis auf eine allgemein wirtschaftlich schwierige Zeit („Wirtschafts-, Finanzkrise“ mit möglichen Nebenerscheinungen, wie Forderungsausfälle uä, vgl T-Mobile, insbesondere vom 20.3.2009 und 29.5.2009 oder mobilkom vom 3.4.2009) oder einem Geldabfluss aus Österreich wegen eines unterschiedlichen Niveaus der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa (vgl etwa zuletzt Orange in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 19.5.2009) begründet werden.

Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopulleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen iSd § 1 Z 9 TKMV 2008, wobei gleichgültig ist, wo das Gespräch originiert. Den Überlegungen, lediglich jene Mobil-Terminierungsleistungen zu regulieren, die in Österreich originieren (vgl Orange, zuletzt 19.5.2009), kann vor dem

Hintergrund der vorgenommenen Marktdefinition, die eine gesamthafte und einheitliche Beurteilung erfordert, nicht näher getreten werden (vgl dazu etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.06.2008 zur ZI 2007/03/0211 zum Kontext einer möglichen Differenzierung zwischen Fest-zu-Mobil- und Mobil-zu-Mobil-Terminierung). Die in diesem Zusammenhang bestehenden Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen nationalen Vorleistungsmarkt sind zu reduzieren. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission bezieht sich lediglich auf nationale Kommunikationsleistungen, weswegen kein Einfluss auf Terminierungsentgelte ausländischer Betreiber genommen werden kann.

Soweit auf die „Wirtschaftskrise“ und die „Roaming-Regulierung“ verwiesen und als Grund angeführt wird, weswegen die Mobil-Terminierungsentgelte nicht oder bloß geringfügig reduziert werden sollen, ist festzuhalten, dass dabei übersehen wird, dass andere Betreiber und deren Endkunden damit die negativen Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf die einzelnen Mobilbetreiber bzw Einbußen durch die Regulierung von Roaming finanzieren bzw ausgleichen müssten; gleichzeitig haben Endkunden und die jeweiligen Zusammenschaltungspartner mögliche Auswirkungen der Wirtschaftskrise auf ihr eigenes (direktes) Umfeld selber zu tragen. Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen treffen alle Marktteilnehmer gleichermaßen (vgl zustimmend Hutchison, 10.6.2009). Eine Stützung einzelner Betreiber durch überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte ist mit einem chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb iSd § 1 TKG 2003 nicht vereinbar, weswegen dem Vorbringen der mobilkom, T-Mobile und Orange nicht gefolgt wird. Auch das zusätzliche Vorbringen der T-Mobile vom 29.5.2009 (verschärfte Kreditbedingungen, eingeschränkte Nutzung, Konsolidierung), welches sich nicht konkret mit der Situation der T-Mobile in Österreich, sondern vielmehr allgemein mit der Welt-Wirtschaftskrise (teilweise im Kontext mit ausländischen Telekom-Betreibern) auseinandersetzt, kann nicht darlegen, warum allfällige Belastungen einzelner Mobilfunkbetreiber durch die Wirtschaftskrise von ihren Zusammenschaltungspartnern (und deren Endkunden) im Wege überhöhter Mobil-Terminierungsentgelte getragen werden sollen und nicht vom regulierten Unternehmen bzw dessen Endkunden. Darüber hinaus kann die von T-Mobile vorgetragene „eingeschränkte Nutzung“ nicht nachvollzogen werden, zeigen doch aktuelle Daten aus dem TK-Monitor der RTR-GmbH weiterhin eine steigende (Mobil-)Penetrationsrate, einen Anstieg der Gesprächsminuten im Mobilfunk, eine starke Zunahme des SMS-Versandes, eine Steigerung der genutzten SIM-Karten und ein Wachstum im Vertragskundenbereich (vgl die Seiten 19, 21, 22, 24 und 25 des Telekom Monitor 2/2009 der RTR-GmbH, verfügbar unter <http://www.rtr.at/de/tk/TKMonitor22009>, sowie die im wirtschaftlichen Gutachten M 1/08 dargelegten Entwicklungen der Gesprächsminuten und Teilnehmerstände). Die von T-Mobile (bzw McKinsey) hierzu konkret angeführten Daten stammen aus dem Vereinigten Königreich und können damit nicht ohne Weiteres auf die Situation in Österreich umgelegt werden. Auch die vorgelegte Untersuchung von Arthur D. Little befasst sich weder mit der aktuellen noch zukünftigen spezifisch österreichischen Situation, sondern geht auf Schlussfolgerungen früherer Krisen ein und nimmt dabei Bezug auf konkrete Situationen in verschiedenen anderen europäischen Ländern sowie den USA und Japan.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass sich der Umstand eines positiven wirtschaftlichen Umfelds bei der Festlegung von Terminierungsentgelten (oder etwa Roaming vor der Regulierung) in der Vergangenheit auch nicht (etwa durch einen zusätzlichen Abschlag von den Entgelten) niedergeschlagen hat. Insofern erscheinen die Ausführungen der T-Mobile als widersprüchlich, wenn sie etwa in ihrer Stellungnahme vom 20.2.2009 ausführt, dass „keine Staatshilfe“ benötigt werde.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass entsprechend den Feststellungen (lediglich) rund 15% des Gesamtumsatzes im Mobilfunk auf die Leistung der Mobilfunkterminierung entfallen, weswegen nicht davon auszugehen ist, dass die vorgenommene Reduzierung der Mobil-Terminierungsentgelte über einen Zeitraum von fast zwei Jahren einen unverhältnismäßigen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Mobilfunkbetreiber hat.

Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003). Die Senkung der Terminierungsentgelte begegnet dem von der Telekom-Control-Kommission festgestellten Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen und bringt den Konsumenten darüber hinaus Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003). Gleichmäßige Absenkungen, wie im Gleitpfad vorgenommen, eröffnen Möglichkeiten zu einfachen Entgeltanpassungen für die Zusammenschaltungspartner. Durch die breite Anerkennung von UMTS-Kosten eines effizienten Betreibers, die für die gegenständliche Sprachleistung anfallen, werden nicht nur bereits getätigte Investitionen berücksichtigt, sondern auch effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert (§ 1 Abs 2 Z 2 lit c TKG 2003).

5.2.5.5. Zu den Entgelten ab 1.6.2011

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

Diese Anordnung gründet auf § 37 Abs 1 TKG 2003, wonach die Regulierungsbehörde von Amts wegen „in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren“ eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen hat.

§ 37 Abs 2 und 3 TKG 2003 ist zu entnehmen, dass die Festlegungen betreffend beträchtliche Marktmacht sowie die auferlegten spezifischen Verpflichtungen bis zum Abschluss eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 aufrecht sind.

Um allfällige (zeitliche) Regelungslücken zu vermeiden sowie den Betreibern entsprechende Planungssicherheit einzuräumen, wurde das Entgelt ab 1.6.2011 nicht terminlich befristet. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Ergebnisse eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die gegenständlichen Märkte im zweiten Halbjahr 2011 vorliegen werden. Um der nächsten Marktanalyse nicht vorzugreifen, konnte dem (Eventual-)Begehren der T-Mobile (zuletzt vom 20.4.2009) auf Festsetzung des Enddatums eines Gleitpfades „mit frühestens Ende 2012“ nicht gefolgt werden.

5.2.5.6. Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 – „Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte“ – stellt sicher, dass die angeordneten Entgelte in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das potenziell marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung und foreclosure zu betreiben.

Es besteht nämlich die Gefahr, dass der Versuch unternommen wird, die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle durch eine geschickte Vertragsgestaltung zu umgehen und Bedingungen beispielsweise nicht mit selbem Wirkungsbeginn, sondern zeitverzögert anderen Betreibern einzuräumen. Diese Möglichkeit bestand für das marktbeherrschende Unternehmen vor dem Hintergrund der spezifischen Regulierungssituation in Österreich, die grundsätzlich der Privatautonomie den Vorrang vor hoheitlicher Intervention gibt (§§ 48, 50 TKG 2003). Erst im Streitfall konnte die Regulierungsbehörde gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 angerufen werden; im Rahmen dieser Streitschlichtungsentscheidung hatte die Telekom-Control-Kommission auf die gegebenenfalls einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen Bedacht zu nehmen.

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

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäische Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung zu tragen, war die Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 konkret zu fassen, sodass sichergestellt ist, dass die gemäß § 42 TKG 2003 auferlegten Entgelte zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden.

Die konkrete Form der Umsetzung dieser Verpflichtung wird der im Spruch genannten Verfahrenspartei überlassen. Die Telekom-Control-Kommission erachtet die Vereinbarung einer „Anpassungsbestimmung“ oder die Aufnahme eines Verweises auf den bezughabenden Bescheid gemäß § 37 TKG 2003, der konkrete Entgelte festlegt, als grundsätzlich tauglich, um dieser Verpflichtung nachzukommen.

5.2.5.7. Zu den näheren Regelungen für die anzuwendenden Entgelte

Zu den konkret festgelegten Entgelten wurde festgehalten, dass die Beträge in Cent und ohne Umsatzsteuer angeführt sind und weiters, dass die Entgelte tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig sind. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung. Diese Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

Diese die Entgeltfestlegung begleitenden Bestimmungen stehen in Übereinstimmung mit der bestehenden Praxis bei Zusammenschaltungsverträgen (amtsbekannt) und wurden in dieser Form auch in (früheren) Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 aufgenommen.

5.2.5.8. Zum „Wasserbett-Effekt“

Die Telekom-Control-Kommission kann der von mobilkom (Stellungnahme vom 3.2.2009, Gutachten Kurse) und T-Mobile (Stellungnahme vom 9.3.2009, Gutachten Frontier Economics) geforderten Berücksichtigung eines so genannten „Wasserbett-Effekts“ (vgl auch Gutachten Ovum, Seite 39) nicht näher treten. Dabei soll im Wesentlichen berücksichtigt werden, dass eine Senkung der Terminierungsentgelte ggf zu höheren Preisen für andere Mobilfunkdienste oder Produkte führt.

In einem dynamischen Umfeld mit hoher Innovation, hohem Wachstum und zahlreichen Änderungen, wie im Bereich der Telekommunikation, ist ein solcher Effekt nur schwer messbar. So wird es auch von den genannten Parteien (und deren Gutachter) unterlassen, konkret darzulegen, warum und gegebenenfalls inwieweit dieser Effekt bei der Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung zu berücksichtigen wäre bzw um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das Mobil-Terminierungsentgelt regulatorisch zu erhöhen (bzw auf Grund des Produktivitätsfortschrittes geringer abzusenken) wäre. Auch aus den vorgelegten Gutachten lässt sich kein begründetes Ergebnis ableiten.

Diesem Effekt ist (dem Grunde nach) nicht zu widersprechen, es kann jedoch nicht erkannt werden, dass dieser Effekt bei der Regulierung einer einzelnen Leistung (und nicht eines Sektors mit zahlreichen Produkten) zu berücksichtigen ist. Es geht um die Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass „Handset-Subventionen“ (wie angesprochen) gesenkt oder die Preise anderer Mobilfunkleistungen erhöht werden müssen, sondern darum, dass Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt reduziert werden. Allokative Verzerrungen bleiben bestehen, solange die Preise der verfahrensgegenständlichen Leistung über den Grenzkosten liegen.

Mit dem Argument eines „Wasserbett-Effekts“ lässt sich nämlich jeder regulatorische Eingriff zum Schutz vor Monopolpreisen eines Mehrproduktunternehmens hinterfragen, wenn nicht sogar wegargumentieren. Wenn Gemeinkostenaufschläge von den (nach unten) regulierten Terminierungsentgelten auf andere, vielleicht preiselastischere Leistungen aufgeschlagen würden, so würde das auch im Sinn der Verteilungswirkungen bedeuten, dass die Gemeinkosten des Mobilfunkbetriebes dann verstärkt von Mobilkunden getragen würden. So wird von Frontier Economics (Anhang 1) ausgeführt, dass eine Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes um 10% zu einer Gesamterhöhung der Mobilfunkrechnung von 10% führen würde. Dies bedeutet, dass jene Kunden, die die Mobilsprachtelefonie in Anspruch nehmen, auch Leistungen des Mobil-Unternehmens bezahlen, auch wenn diese (gegebenenfalls) erhöht werden müssen (wobei die bisherigen Erfahrungen mit Absenkungen von Mobil-Terminierungsentgelten dem widersprechen).

Demgegenüber soll durch gegenständliche Maßnahme insbesondere dem erstgenannten Wettbewerbsproblem, das als das wesentlichste festgestellt wurde (überhöhte Entgelte für Rufe aus dem Festnetz), begegnet werden. Würde man dem „Wasserbett-Effekt“ folgen und so etwa einen Aufschlag auf Mobil-Terminierungsentgelte akzeptieren, würden Festnetz-Kunden weiterhin überhöhte Entgelte entrichten, damit Mobil-Kunden nicht andere Mobil-Leistungen zu höheren Preisen kaufen müssen. Dieser Zusammenhang zeigt, dass eine Berücksichtigung des „Wasserbett-Effektes“ eine als grundsätzlich geeignet identifizierte spezifische Verpflichtung, wie jene der Kostenorientierung, zu einer ungeeigneten Verpflichtung werden lässt.

Dass eine Absenkung nicht zu einer Anhebung oder zu einem Umsturz des Endkunden-Preisgefüges führen muss, zeigen bereits die Erfahrungen der letzten 9 Jahre, in denen die Terminierungsentgelte (erheblich) abgesenkt wurden. Auch ist noch festzuhalten, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte bei gegebenem Wettbewerbsdruck auf Endkundenebene zu höherer Innovation, Kosteneffizienz und zu stärkerem Wachstum zwingt.

6. Zum Antrag auf Erhebung neuer Daten

Hutchison, UPC Telekabel, Kapper Network-Communications, LinzNet und Tele2 begehren die Erhebung vollständiger IST-Daten für das Jahr 2008 und eine Anpassung der für das Jahr 2009 erstellten Prognosen (Stellungnahmen der Hutchison vom 15.1. und 3.2.2009, UPC Telekabel vom 3.2.2009, Tele2 vom 3.2.2009, Kapper Network-Communications vom 25.2.2009, LinzNet vom 24.2.2009).

Die Telekom-Control-Kommission hat beschlossen, diesem Begehren nicht zu folgen, da eine jeweils aktuelle Ermittlung der neuesten Daten dazu führen würde, dass nach Erhebung und Bewertung der neueren Datenlage durch die Amtssachverständigen und Telekom-Control-Kommission wiederum neue Werte heranzuziehen wären, was eine endgültige Entscheidung der Sache (ad infinitum) verhindern würde. Ein Verstoß gegen das Gebot der Berücksichtigung der aktuellen Sachlage ist darin nicht zu erkennen.

Im Konkreten ist damit zu rechnen, dass eine neue Datenerhebung ungefähr einen Monat Zeit in Anspruch nehmen würde; danach sind der Verfahrenspartei die neuen Umstände mit einer Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kenntnis zu bringen (§ 45 Abs 3 AVG). Dieser Prozess würde sich im Anschluss wiederholen, da nach diesem Zeitablauf wieder neue Daten vorliegen werden. Eine solche „Endlos-Schleife“ steht nicht in Übereinstimmung mit einer einfachen, zweckmäßigen und raschen Verfahrensführung gemäß § 39 Abs 2 AVG.

Entgegen den Ausführungen der Hutchison wäre mit der von ihr beantragten Neuerhebung eine Verfahrensverzögerung verbunden, da die Datenanforderung zu konkretisieren ist, die Parteien zur Datenlieferung binnen angemessener Frist aufzufordern, die eingelangten Daten auf ihre Plausibilität zu prüfen und allfälligen Inkonsistenzen nachzugehen wären. Sodann wäre das wirtschaftliche Gutachten samt Beilagen zu adaptieren.

Darüber hinaus ist den Ausführungen der Hutchison insofern nicht zu folgen, als aus einzelnen neuen Daten kein eindeutiger Trend für das Jahr 2009 abgeleitet werden kann, sind doch saisonale Schwankungen oder besondere, zeitlich befristete Aktionen der Mobilfunkbetreiber zu berücksichtigen, die zwar kurzfristig zu einem „Peak“ führen, jedoch keinen (besonderen) Niederschlag in einer längerfristigen Betrachtung finden müssen.

Soweit Hutchison in diesem Kontext die Plausibilität der Daten der anderen Mobilfunkbetreiber hinterfragt, ist festzuhalten, dass Hutchison keine stichhaltigen Anhaltspunkte dafür liefert, die an den ermittelten Daten Zweifel aufkommen lassen können. Unterschiedliche Datenmengen in den einzelnen Mobilfunknetzen können auf Unterschiede in der Kundenstruktur (junge Privatkunden mit Affinität zu Unterhaltung aus dem Internet oder Geschäftskunden, die primär Emails lesen und damit geringe Datenmengen generieren), Tarifstrukturen oder angebotene Endgeräte zurückgeführt werden, weswegen deutliche Unterschiede in den ausgewiesenen Datenmengen betreiberindividuelle Gründe (Geschäftspolitik, Preisgestaltung, Positionierung am Markt) haben können.

7. Zum Verbot geheimer Beweismittel

Zur Anmerkung der Hutchison in ihren Stellungnahmen vom 3.2. und 10.6.2009, dass ihr einzelne Ausführungen von Verfahrensparteien nicht zur Verfügung gestellt worden sind, ist festzuhalten, dass Hutchison (wie auch alle anderen Verfahrensparteien) alle der Telekom-Control-Kommission vorliegenden Informationen, die der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden, übermittelt worden sind (§ 45 Abs 3 AVG), weswegen dem Antrag der Hutchison vom 3.2.2009 auf Übermittlung sämtlicher Stellungnahmen bereits Rechnung getragen wurde bzw nicht in einem darüber hinausgehenden Maß nachgekommen werden kann. Weitere Unterlagen liegen auch der Telekom-Control-Kommission nicht in einem Ausmaß vor, das über die Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten hinausgeht.

Geheime Beweismittel liegen damit nicht vor.

8. Zur Berücksichtigung des Anrufempfängernutzens

Hutchison führt im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.2.2009, basierend auf einer Studie von Prof. Vogelsang (*„Kann die Anwendung von „Bill and Keep“ (BaK) die Wettbewerbsprobleme, die von der lokalen NRA (RTR) am Markt für Mobilterminierung identifiziert wurden, besser lösen als andere Regulierungsansätze?“, 19.9.2007, Beilage ./3*), aus, dass der Anrufnutzen, im Konkreten der erwartete Nutzengewinn der Anrufempfänger, berücksichtigt werden müsse. Dies führe zu einer „weiteren, deutlichen Reduktion der von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten“.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Begehren nicht anzuschließen, da dieser Ansatz auf eine Mischform zwischen den Prinzipien „calling party pays“ und „receiving party pays“ hinausläuft: Neben dem rufenden Teilnehmer bzw dem Betreiber, in dessen

Kommunikationsnetz das Gespräch originiert, muss auch der gerufene Betreiber, dh jener, der die Terminierungsleistung erbringt, Kosten des Gespräches tragen, da der Terminierungsnetzbetreiber seine eigenen Kosten nicht ersetzt erhält. Diese Kosten trägt der Terminierungsnetzbetreiber entweder selber oder er legt diese Kosten auf seine Endkunden (entweder auf alle oder bloß auf die Gerufenen) um.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Ausführungen zur Berücksichtigung des Anrufempfängernutzens aus einer Studie stammen, die sich primär mit (grundsätzlichen) Fragestellungen des konkreten Abrechnungssystems („*Bill and Keep*“ als *mögliche Alternative* zu „calling/receiving party pays“) auseinandersetzt und weniger mit einer Regulierung von Mobil-Terminierungsentgelten in einem „calling party pays“-Umfeld.

Das in der EU verbreitete und ausschließliche System ist das „calling party pays“-Prinzip: Der rufende Teilnehmer bezahlt ein Endkundenentgelt, auf der Vorleistungsebene erhält der gerufene Netzbetreiber ein Terminierungsentgelt. Nachdem dieses Abrechnungsszenario in Österreich gebräuchlich ist, wird diesem Begehren der Hutchison nicht Rechnung getragen.

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 Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

9.2. Zu den Stellungnahmen der Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

a. Im Rahmen der Konsultation iSd § 128 TKG 2003 wurde von folgenden Verfahrensparteien Stellungnahmen eingebracht: UPC Telekabel Wien GmbH (samt der mit ihr verbundenen Unternehmen der UPC Austria Gruppe), Tele2, mobilkom, Hutchison, Orange, T-Mobile sowie Liwest.

Während Tele2, UPC, Liwest und Hutchison den gegenständlichen Maßnahmenentwurf (weitgehend) begrüßen (jedoch ihre Forderung nach einer deutlicheren Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes bekräftigen), wiederholen mobilkom, T-Mobile und Orange im Wesentlichen ihre Bedenken gegen die in Aussicht genommene Entgeltanordnung.

Soweit neues Vorbringen erstattet wird, wird auf dieses im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen.

b. Die Europäische Kommission hat im Verfahren gemäß § 129 TKG 2003 eine Stellungnahme übermittelt.

Die Europäische Kommission begrüßt die Bemühungen der Telekom-Control-Kommission, die Mobil-Terminierungsentgelte angesichts der zunehmenden Verbundvorteile im österreichischen Mobiltelefonmarkt auf eine Höhe zu senken, die eine größere

Kosteneffizienz widerspiegelt. Auch die mit der vorgeschlagenen Kostenberechnungsmethode angestrebten Ziele, nämlich möglichen Wettbewerbsproblemen und Marktverzerrungen zwischen Fest- und Mobilfunknetzen sowie innerhalb der Mobilfunkmärkte entgegenzuwirken, werden ausdrücklich begrüßt.

Die Europäische Kommission stellt jedoch fest, dass die Terminierungskosten eines effizienten Betreibers auf Grundlage der tatsächlichen Kosten der betreffenden Betreiber ermittelt und sowohl verkehrsbezogene als auch nicht verkehrsbezogene Kosten berücksichtigt werden. Diese Methode sei jedoch nur dann zuverlässig, wenn der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt so stark ist, dass keine Kosten durch Ineffizienzen entstehen. Da historische Kosten Ineffizienzen auf Seiten der Betreiber widerspiegeln können, sollten LRIC-Modelle auf den aktuellen oder geschätzten künftigen Kosten eines effizienten Betreibers beruhen.

Die Europäische Kommission begrüßt jedoch, dass die Telekom-Control-Kommission bei der Überarbeitung ihrer Marktanalyse die in der Terminierungs-Empfehlung beschriebenen Kostenrechnungsmethode anwenden wird, so dass ab dem 31.12.2012 Mobilfunk-Terminierungsentgelte gelten, die nach dieser Methode berechnet werden.

Aus dieser Stellungnahme ist abzuleiten, dass die Europäische Kommission den aktuellen Ansatz der Telekom-Control-Kommission unterstützt und für gegenständliche Maßnahme kein Bedarf hinsichtlich der Umsetzung der Terminierungs-Empfehlung gegeben ist.

Soweit die Europäische Kommission (wie auch mobilkom, Konsultationsstellungnahme vom 19.5.2009) die Umsetzung der Terminierungs-Empfehlung der Europäische Kommission vom 7.5.2009 anspricht, ist darauf zu verweisen, dass die Europäische Kommission ausdrücklich festhält, dass sie es begrüßt, wenn die Telekom-Control-Kommission im nachfolgenden Marktanalyse-Verfahren die in der Terminierungs-Empfehlung beschriebene Kostenrechnungsmethode heranzieht. Derzeit liegt der Regulierungsbehörde kein Kostenrechnungsmodell vor, das die Terminierungs-Empfehlung umsetzt.

Wie bereits im Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 12.5.2009 (ON 267) zur Anfrage der Europäische Kommission gemäß Art 5 Abs 2 RL 2002/21/EG sowie Punkt 13 der Empfehlung der Europäischen Kommission 2008/850/EG (ON 266) ausgeführt, sind Anpassungen des Kostenmodells an die Vorgaben der Terminierungs-Empfehlung bereits begonnen worden; eine Umsetzung der Empfehlung wird für die nächste Marktanalyse (im Jahr 2011) in Aussicht genommen. Eine selektive Umsetzung einzelner Elemente der Terminierungs-Empfehlung wird abgelehnt, da eine solche Herangehensweise das Ziel der Harmonisierung vereiteln würde: Die von mobilkom beantragte neue Kostenrechnung unter Heranziehung eines 2G/3G-Betreibers mit einem Marktanteil von 20% und einer Anwendung der ökonomischen Abschreibung setzt die Empfehlung nicht vollständig und nicht korrekt um, sondern dient bloß dem Zweck, den Zielwert zu erhöhen. Würde man demgegenüber die Terminierungs-Empfehlung vollständig umsetzen, wäre insbesondere eine Aufteilung nach verkehrsbezogenen und nicht verkehrsbezogene Kosten vorzunehmen und ein strikter Ansatz der vermeidbaren Kosten zu verfolgen (dieser „pure LRIC“-Ansatz würde damit zu tendenziell geringeren Kosten führen); dies wäre im Wege eines Bottom-Up-Modells zu operationalisieren.

Da ein solches Modell derzeit (noch) nicht vorliegt, kann diese Terminierungs-Empfehlung derzeit nicht umgesetzt werden (vgl dazu die Umsetzungsfristen in den Absätzen 10 und 11). Auf Grund der Notwendigkeit, den potentiellen Wettbewerbsproblemen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung rasch zu begegnen und des Umstandes, dass die Mobil-Terminierungsleistung derzeit unreguliert ist, ist gegenständliche Maßnahme aktuell auch ohne konkrete Umsetzung der Terminierungs-Empfehlung zu beschließen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 15.06.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé