

M 6/05-26

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Martin Hagleitner und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 6.02.2006 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 6/05 und Durchführung von Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 einstimmig folgenden

## **Bescheid**

beschlossen:

### **I. Spruch**

Hutchison 3G Austria GmbH wird gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 1 des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15e/03-30 folgende zusätzliche spezifische Verpflichtung auferlegt:

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

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

#### 1. Allgemein

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 24.10.2005 wurde ein Verfahren gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 zu M 6/05 betreffend den Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH („Hutchison“) amtswegig eingeleitet.

Am 25.10.2005 wurde die Verfahrenspartei über die Einleitung dieses Verfahrens in Kenntnis gesetzt und mitgeteilt, dass nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend sicher gestellt erscheint, dass mit den im derzeit geltenden Bescheid M 15e/03-30 auferlegten spezifischen Verpflichtungen die Auswirkungen aller auf den Märkten nach § 1 Z 15 der TKMVO 2003 (Terminierungsmärkte in Mobilnetzen) erkannten Wettbewerbsprobleme auch im Fall des Anbietens von Endkunden-Produkten wie „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlage“ verhindert werden.

Hutchison wurde mit selbem Schreiben das „*Wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03 und M 15/03*“ vom Mai 2004, das „*Wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 15/03 betreffend Regulierungsinstrumente*“ vom Juni 2004, der Bescheid M 15e/03-30 vom 27.10.2004, sowie die Leistungsbeschreibungen der Produkte „*Mobile Nebenstellenanlage*“ der One GmbH und „*Replace*“ der T-Mobile Austria GmbH zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass die Telekom-Control-Kommission beabsichtigt, die Gutachten auch der Entscheidung im Verfahren M 6/05 zu Grunde zu legen.

Am 11.11.2005 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme, in der sie sich gegen eine Heranziehung der wirtschaftlichen Gutachten aus den Verfahren zu M 14/03 und M 15/03 ausspricht; begründend führt Hutchison an, dass Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit neuen Endkundenprodukten nicht mitbedacht worden seien, weswegen die Gutachten unzulänglich wären. In weiterer Folge verweist Hutchison auf einzelne Aspekte dieser Gutachten, wie beispielsweise die Gewichtung der identifizierten Wettbewerbsprobleme oder eine „Gesamtkostenkurve“. Da nach Ansicht der Hutchison das erstgenannte wirtschaftliche Gutachten bereits unrichtig sei, könne das zweitgenannte Gutachten, das auf das erste Gutachten „aufbaut“, ebenfalls nicht herangezogen werden.

In weiterer Folge nimmt Hutchison auf die Verfahren zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten Bezug (Verfahren zu Z 2, 7, 8, 9, 10, 11, 13 und 14/05) und vermeint, dass die Lösung der nunmehr erkannten Wettbewerbsprobleme im Rahmen der Entgeltkontrolle erfolgen müsse.

Auf der Grundlage dieser Ausführungen stellt Hutchison einen Antrag auf Einstellung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens; stattdessen sei die Umsetzung der spezifischen Verpflichtung zur Entgeltkontrolle zu forcieren. Eventualiter begehrt Hutchison, die Telekom-Control-Kommission möge von den fehlerhaften Gutachten (aus den Verfahren zu M 14/03 und M 15/03) Abstand nehmen und einen neuen Gutachtensauftrag erteilen, in eventu diese Gutachten „adaptieren“.

Am 28.11.2005 hat die Telekom-Control-Kommission einen „Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003“ beschlossen und der Verfahrenspartei am 2.12.2005 zur Kenntnis gebracht. Dieser sah eine Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 vor, in Bezug auf den

Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die die Verfahrenspartei ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt.

In weiterer Folge wurden die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 durchgeführt. Die eingelangten Stellungnahmen wurden der Verfahrenspartei übermittelt.

## **2. Zum Konsultationsverfahren gemäß § 128 TKG 2003**

Der Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 wurde samt materiell gleichgelagerter Maßnahmenentwürfe beginnend mit 2.12.2005 einer nationalen Konsultation unterzogen. Im Rahmen dieses Verfahrens wurden Stellungnahmen von Multikom Austria Telekom GmbH, Mobilkom Austria AG & Co KG, ONE GmbH, TriCoTel Telekom GmbH, Telekom Austria AG, T-Mobile Austria GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH sowie Tele2UTA Telecommunication GmbH eingebracht. Diese wurden, soweit nicht auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnis verwiesen wurde, auf der Web-Seite der Regulierungsbehörde gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 veröffentlicht.

## **3. Zum Koordinationsverfahren gemäß § 129 TKG 2003**

Im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission (EK) mit Schreiben vom 6.11.2005 mitgeteilt, keine Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung abzugeben.

# **B. Festgestellter Sachverhalt**

## **1. Festgestellte beträchtliche Marktmacht und spezifische Verpflichtungen**

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15e/03 wurde festgestellt, dass Hutchison über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz verfügt (amtsbekannt).

Im Rahmen dieses Bescheides wurden Hutchison gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

Hutchison hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Gemäß § 38 TKG 2003 hat Hutchison in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Hutchison hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen hat.

Weiters wurde Hutchison gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 verpflichtet, die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

Die Verfahrenspartei hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert. Diese Orientierung wird über einen Gleitpfad operationalisiert.

Es liegen der Regulierungsbehörde aktuell keine Hinweise vor, die zu einer anderen Sichtweise betreffend die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Hutchison iSd Spruchpunkt 1 des zitierten Bescheides führen.

Hutchison wurde der sie betreffende Bescheid gemäß § 37 TKG 2003 am 29.10.2004 zugestellt; auch im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens wurde dieser Bescheid Hutchison übermittelt.

## 2. Festgestellte Wettbewerbsprobleme

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei wurden im oben genannten Verfahren (für den Fall der Nicht-Regulierung) identifiziert (Wirtschaftliches Gutachten zu M 14/03, M 15/03; Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2005):

- a. Wettbewerbsproblem 1: Allokative Marktverzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte (d.h. Entgelten über den Kosten) für Anrufe von Festnetzen ins Mobilnetz; die überhöhten Terminierungsentgelte führen – da die Terminierungsentgelte direkten Einfluss auf die variablen Kosten eines Festnetzbetreibers haben – zu aus wohlfahrtsökonomischer Sicht überhöhten (Endkunden-)Preisen (und damit zu geringen Outputmengen) für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze.

Dieses Wettbewerbsproblem ist aus ökonomischer Sicht das Wesentlichste.

- b. Wettbewerbsproblem 2: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls*.
- c. Wettbewerbsproblem 3: Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern (*Greenfielder*, MVNOs) durch Zusammenschaltungsverweigerung, überhöhte Terminierungsentgelte, Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls* oder andere nichtpreisliche Taktiken (*raise rival's cost*); damit in Zusammenhang steht die Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.
- d. Wettbewerbsproblem 4: Unter Umständen *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von *Virtual Private Networks*) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *on-net calls* und jenen, die für *off-net calls* verrechnet werden, verstärkt. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.

## 3. Endkundenprodukte betreffend „mobile Nebenstellenanlage“

### 3.1. „Replace“

Am 5.10.2005 übermittelt T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) eine Beschreibung ihres Endkundenproduktes „Replace“. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Telefondienst, bei dem es Geschäftskunden ermöglicht wird, ihre Festnetzrufnummer zu T-Mobile zu

portieren. Der Kunde erhält dabei eine fix montierte Übertragungseinrichtung (ein ortsfester Netzabschlusspunkt). Alle Anrufe zur geografischen Rufnummer werden entweder zu einem über die Luftschnittstelle angebotenen Netzabschlusspunkt als Vermittlungsplatz zugestellt oder auf ein mobiles Endgerät weitergeleitet. Für die Rufe zur geografischen Rufnummer wird ein Festnetz-Terminierungsentgelt verrechnet, unabhängig, ob der Ruf zum festen Netzabschlusspunkt oder zu einem mobilen Endgerät zugestellt wird.

Das Endkundenprodukt „Replace“ ist mit einem Mobilfunkvertrag anmeldbar.

### **3.2. „Mobile Nebenstellenanlage“**

Am 7.6.2005 übermittelt One GmbH (One) gemäß § 25 TKG 2003 eine Beschreibung ihres Kommunikationsdienstes „Mobile Nebenstellenanlage“. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Telefondienst, der es dem Kunden ermöglicht, Rufe zu einer geografischen Rufnummer an einem über die Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten physischen Netzabschlusspunkt, dem diese Rufnummer zugeordnet ist, entgegenzunehmen und in weiterer Folge an weitere Anschlüsse, insbesondere auch an mobile Endgeräte, zu administrieren. Für die Rufe zur geografischen Rufnummer wird ein Festnetz-Terminierungsentgelt verrechnet, unabhängig, ob der Ruf zum festen Netzabschlusspunkt oder zu einem mobilen Endgerät zugestellt wird.

## **4. Stellungnahme der Europäischen Kommission**

In der Rechtssache DE/2005/0249 hat die Europäische Kommission gemäß Art. 7 Abs. 3 RI 2002/21/EG eine Stellungnahme zu einer Notifizierung der deutschen Regulierungsbehörde – Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) – abgegeben (Stellungnahme vom 3.11.2005). Die Notifizierung bezieht sich auf den Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen in Deutschland, im Konkreten auf die Marktdefinition und die Feststellung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

Die Endkundenprodukte „O2 Genion“ und „Vodafone Zuhause“ ermöglichen die Erreichbarkeit von Endkunden sowohl unter einer geografischen als auch einer mobilen Rufnummer. Begrenzt auf ein bestimmtes Gebiet kann der Endkunde über eine geografische Rufnummer auf seinem mobilen Endgerät erreicht werden. Diese Rufe werden von der BNetzA dem Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen zugerechnet.

In ihrer Stellungnahme hält die Europäischen Kommission fest, dass O2 und Vodafone im Rahmen ihrer genannten Endkundenprodukte (Festnetz-)Terminierungsentgelte verrechnen, die deutlich geringer als Mobil-Terminierungsentgelte sind, obwohl diese Rufe in einem mobilen Netz terminieren. Weiters hält die Europäische Kommission fest, dass diese (Preis-)Differenzierung aus der Strategie der Mobilbetreiber herrührt, Endkunden von Festnetz-Anschlüssen zu mobilen Anschlüssen zu führen („Mobilfunk-für-Festnetz Strategie“).

Die Europäische Kommission lädt die BNetzA ein, die Gründe für diese Preisdifferenzierung im Rahmen der Entscheidung der (noch) aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtung(en) mit zu bedenken.

## **C. Beweiswürdigung**

Die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ergibt sich aus dem erwähnten Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004; der Telekom-Control-Kommission liegen keine Informationen vor, die an dieser Feststellung zweifeln lassen

könnten. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 11.11.2005 bringt Hutchison nichts Konkretes zur Feststellung ihrer beträchtlichen Marktmacht vor.

Die Feststellungen zu den auferlegten spezifischen Verpflichtungen und den vier Wettbewerbsproblemen ergeben sich aus dem, der Verfahrenspartei auch in diesem Verfahren zugestellten Bescheid zu M 15e/03 der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 sowie den diesem Bescheid zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Gutachten.

Soweit Hutchison auf diese Gutachten Bezug nimmt und diese im Wesentlichen pauschal als unrichtig darstellt, soll darauf hingewiesen werden, dass die angesprochenen Gutachten das Wettbewerbsproblem, das nun durch die Endkundenprodukte zu „mobilen Nebenstellenanlage“ besondere Bedeutung erfährt, – entgegen den Ausführungen der Hutchison – sehr wohl identifiziert hat. So nennen beide Gutachten *„Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von Virtual Private Networks) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen“* (vgl. hierzu die Feststellungen). Das Vorbringen der Hutchison ist sohin verfehlt.

Darüber hinaus können auch Hinweise auf eine, für gegenständliches Verfahren irrelevante „Gesamtkostenkurve“ keine „Unzulänglichkeit“ der obigen Feststellungen begründen, hat diese „Gesamtkostenkurve“ doch nichts mit dem Gegenstand dieses Verfahrens zu tun. Auch ein Verweis auf zu Zeitpunkt der Einbringung der Stellungnahme noch anhängige Streitschlichtungsverfahren zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten vermag die obigen Feststellungen zur beträchtlichen Marktmacht der Hutchison, den auferlegten spezifischen Verpflichtungen, den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Endkundenprodukten „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlagen“ nicht zu erschüttern.

Die Feststellung zu den Endkundenprodukten „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlage“ gründet auf Anzeigen der Betreiber T-Mobile und One.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommen der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeiten zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, sowie zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu.

### **2. Allgemeines**

Im Gegensatz zum bisherigen Regelwerk des TKG 1997 bzw. der ONP-Richtlinien hat der neue Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste – das Telekommunikationsgesetz 2003 – einen differenzierteren Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der neuen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 17 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der



Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

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

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – der „Regulierungsinstrumente“ (dh die spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003) –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

Die gesetzlichen Regelungen gebieten nicht, dass die Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen (lediglich) in einem einzigen Rechtsakt erfolgen müsse.

### **3. Zu den spezifischen Verpflichtungen**

#### **3.1. Allgemeines**

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

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

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

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

### **3.2. Änderung oder neuerliche Auferlegung von bestehenden Verpflichtungen**

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

Die mit Bescheid zu M 15e/03 auferlegte Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung hinsichtlich des Preises der Mobil-Terminierungsleistung sieht keine Verpflichtung vor, unternehmensinterne Preise an Dritte weiterzugeben. Nichtdiskriminierend an andere Betreiber weiterzugeben sind lediglich jene preislichen Bedingungen, die „verbundenen oder anderen Unternehmen“ bereitgestellt werden. Da jedoch der Festnetzbereich eines Unternehmens weder als „anderes“ noch als „verbundenes“ Unternehmen zu werten ist, bezieht sich diese Verpflichtung nicht auf das unternehmensinterne Verhältnis zwischen dem Festnetz- und dem Mobilnetzbereich.

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.

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

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient primär dem Zweck, die Diskriminierung zwischen verschiedenen Abnehmern einer Leistung zu verhindern, wobei grundsätzlich zwischen einer Preis- und einer Qualitätsdiskriminierung zu unterscheiden ist.

Mit der spruchgemäßen Auferlegung einer weiteren Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 wird nun dem Umstand Rechnung getragen, dass die bereits auferlegten spezifischen Verpflichtungen, insbesondere die Nichtdiskriminierungsverpflichtung, eine neue Art von Produkten (wie „Mobile Nebenstellenanlage“ und „Replace“) nicht hinreichend berücksichtigen. Dass diese Produkte und die daraus resultierenden potentiellen Wettbewerbsprobleme nicht berücksichtigt wurden, ist darauf zurückzuführen, dass diese



zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 am 27.10.2004 nicht bekannt waren (die erstmalige Anzeige eines solchen Produktes erfolgt im Juni 2005).

Das von der Telekom-Control-Kommission identifizierte „Wettbewerbsproblem 4“ („*Unter Umständen Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von Virtual Private Networks) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für on-net calls und jenen, die für off-net calls verrechnet werden, verstärkt*“) erfährt durch diese Endkundenprodukte eine besondere Bedeutung, da diese Produkte als Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreiber gewertet werden können.

Vor diesem Hintergrund werden die bestehenden Verpflichtungen insofern „geändert“ (iSd § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003), als eine weitere Verpflichtung (zusätzlich) auferlegt wird.

Um diesem Wettbewerbsproblem der Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (*im Rahmen eines Fest-Mobil-Konvergenz-Produktes wie die „Mobile Nebenstellenanlage“*) zu begegnen, ist eine Verpflichtung notwendig und geeignet, die eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung hinsichtlich des Preises der Leistung der Mobil-Terminierung vorsieht, wobei diese im Konkreten darauf abzielt, dass die selben (preislichen) Bedingungen an Dritte so weiterzugeben sind, wie sie unternehmensintern zwischen dem „Mobilarm“ und dem „Festnetzarm“ (dh jener Unternehmensbereich der Verfahrenspartei, der Endkunden Festnetz-Sprachtelefonie-Produkte anbietet, wobei einschränkend gilt, dass lediglich jene Leistungen erfasst sind, die über eine „mobile Nebenstellenanlage“ erbracht werden) zur Verrechnung gelangen.

Die nun auferlegte Verpflichtung begegnet dem festgestellten, (für den Fall der Nicht-Regulierung) potentiellen Wettbewerbsproblem der „*Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz)*“. Mit Produkten, wie „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlagen“, können bestehende Festnetzanschlüsse ersetzt werden, wobei eine bestehende geografische Rufnummer zum Mobilbetreiber portiert werden kann. Durch Produkte dieser Art erfahren Festnetzbetreiber deutliche Wettbewerbsnachteile, da sie vergleichbare Produkte (möglicherweise) nicht anbieten können, da sie direkt von der Mobil-Terminierung abhängig sind, und das dafür anfallende Mobilterminierungsentgelt zu entrichten haben. Demgegenüber kann der Mobilbetreiber für Anrufe von seinem ortsfesten Netzabschlusspunkt (Festnetz) zu einem eigenen Mobilendgerät günstige Tarife anbieten, die auf eine unternehmensinterne Leistungsbereitstellung zurückzuführen ist.

Die mit gegenständlichem Bescheid auferlegte weitere spezifische Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung bezieht sich nicht auf alle Leistungen, die der „Festnetzarm“ an den „Mobilarm“ der Partei erbringt: Adressiert werden jene Gespräche, die von einem über die Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten Netzabschlusspunkt (dh dem Festnetzanschluss, der über eine geografische Rufnummer adressiert wird) an das mobile Endgerät des eigenen Unternehmens geführt werden.

Im Vergleich zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003 wird die damals vorgesehene Verpflichtung somit dahingehend adaptiert, als sie konkret auf jene Leistungen eingeschränkt wird, die über diese neue Art von Endkunden-Produkte („Mobile Nebenstellenanlage“, „Replace“) realisiert werden. Die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Verpflichtung war so weit gefasst, dass auch Angebote eines Betreibers vom eigenen, „herkömmlichen“ Festnetz (unabhängig von der Art der Realisierung, wie direkte Anbindung, Verbindungsnetzbetrieb oder Entbündelung) in das „eigene“ Mobilnetz erfasst waren: So

bietet beispielsweise Tele2UTA das Produkt „Duo“ an, in dessen Rahmen Endkunden aus dem Kommunikationsnetz der Tele2UTA um Cent 5 in das mobile Kommunikationsnetz („Vertragshandys“) der Tele2UTA telefonieren können („Duo Tarif Vertragshandy“). Im Tarif „Duo“ reduziert sich die (monatliche) Grundgebühr von € 19,80 auf € 9,90 (Angebot unter [www.tele2uta.at](http://www.tele2uta.at)).

Das Produkt „Duo“ (sowie andere dieser Art, wie der Tarif „tele.ring 1012 Komfort“, [www.telering.at](http://www.telering.at)) richtet sich an bestehende oder neue Festnetz-Kunden und erhöht die Attraktivität eines Bündels von Fest- und Mobilanschluss, stellt jedoch kein „Foreclosure“ eines klassischen Mobilbetreibers gegen das Festnetz dar. Der Festnetzkunden soll durch derartige Tarifvergünstigungen weiterhin über den Festnetzbetreiber seine Gespräche führen und eben keinen (Festnetz-)Anschluss bei einem Mobilbetreiber in Anspruch nehmen.

Gerade Tele2UTA stellt ein Unternehmen dar, das primär Leistungen an Endkunden im Bereich der Festnetz-Sprachtelefonie erbringt, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass Tele2UTA „Foreclosure“ gegen Festnetzbetreiber im Sinne des festgestellten vierten Wettbewerbsproblems betreibt.

Die Telekom-Control-Kommission vermag keine andere spezifische Verpflichtung zu erkennen, die geeignet wäre, dem Wettbewerbsproblem 4 vor dem Hintergrund der neuen Endkunden-Produkte zu begegnen, weswegen eine eingehende 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 einer ergänzenden ex ante-Verpflichtung. Sollte ein solches Endkundenprodukt nicht oder nicht mehr angeboten werden, so entfaltet diese spezifische Verpflichtung faktisch keine Wirkung.

Abschließend wird klarstellend festgehalten, dass vorliegende Anordnung die bereits mit Bescheid vom 27.10.2004 auferlegten spezifischen Verpflichtungen ergänzt, nicht jedoch ersetzt. Insbesondere sind netzinterne Gespräche von einem mobilen Endgerät zu einem anderen mobilen Endgerät des selben Unternehmens („on net-calls“) (weiterhin) von der Verpflichtung nach § 38 TKG 2003 ausgenommen.

#### **4. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003**

##### **4.1. Allgemein**

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Zusammenschaltung betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 3 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

## 4.2. Zu den Stellungnahmen der nationalen Konsultation

Auf die Stellungnahmen, die im Rahmen der nationalen Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 eingelangt sind, wird – soweit dies nicht im Rahmen dieses Kapitels geschieht und sich die Stellungnahmen mit dem Verfahrensgegenstand, der Auferlegung einer weiteren spezifischen Verpflichtung, befassen – im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen.

a. TriCoTel Telekom GmbH gelangt über eine allgemeine Betrachtung des Mobilfunkmarktes in Österreich sowie eine Diskussion über die Vor- und Nachteile eines Mobilfunkanschlusses im Vergleich zu einem Festnetzanschluss zur Auffassung, dass die Originierungs- und Terminierungsentgelte „auf den Preis eines haben netzinternen Gespräches“ reduziert werden müssten; der Spruch des Maßnahmenentwurfes wäre insofern anzupassen, als sich die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung (auch) auf netzinterne Mobilfunkgespräche beziehen sollte.

Mit der Frage, inwieweit Endkundenentgelte für Gespräche von einem zu einem anderen Mobilfunkgerät des selben Betreibers („on-net call“), Anknüpfungspunkt für eine spezifische Verpflichtung iSd §§ 38 TKG 2003 sein sollen, hat sich die Telekom-Control-Kommission bereits in den Verfahren zu M 15a-f/03 auseinandergesetzt; dabei ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass diese Entgelte vor dem Hintergrund der festgestellten wettbewerblichen Defizite, den Regulierungszielen und dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht für eine Kalkulation kostenorientierter Mobil-Terminierungsentgelte herangezogen und auch nicht von einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung (hinsichtlich des Preises der Leistung der Mobilterminierung) umfasst werden sollen.

Die Ausführungen der TriCoTel vermögen an diesen Ausführungen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, keine Änderung herbeizuführen.

b. Mit Schreiben vom 29.12.2005 nimmt Multikom zu den Maßnahmenentwürfen M 2/05 bis M 7/05 Stellung; darin regt Multikom eingangs die Anordnung einer „Anpassungsklausel“ an, die „Ausfluss der Gleichbehandlungsverpflichtung“ sei. Die von Multikom begehrte Anpassungsklausel betreffend Terminierungsentgelte findet sich in Zusammenschaltungsanordnungen bzw. –verträgen und stellt eine Operationalisierung einer allgemeinen Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung dar. Demgegenüber legt gegenständliche Anordnung eine generische Verhaltensregel fest, die den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Regulierungszielen Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund nimmt die Telekom-Control-Kommission Abstand von einer weiteren Konkretisierung dieser Verpflichtung in der von Multikom gewünschten Form, zumal im Bereich der Zusammenschaltung grundsätzlich der Privatautonomie der Vorzug zu geben ist (§§ 48, 50, 121 TKG 2003).

Eine weitere Anregung der Multikom bezieht sich auf eine Verpflichtung, alle vom Standardangebot abweichend abgeschlossenen Verträge zu veröffentlichen. Die Telekom-Control-Kommission vermag dieser Anregung nicht zu folgen, da sie eine Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung in Verbindung mit der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes, die dem europäischen Rechtsrahmen folgend (Art. 9 RI 2002/19/EG) Ausfluss der Transparenzverpflichtung ist, als ausreichend erachtet, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, wie von Multikom angeregt, würde vor diesem Hintergrund dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht entsprechen und wird sohin abgelehnt. Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 48 Abs. 3 TKG 2003 Zusammenschaltungsvereinbarungen der Regulierungsbehörde anzuzeigen sind; die diesfalls zuständige RTR-GmbH (§§ 115 iVm. 117 TKG 2003) achtet dabei auf die Einhaltung der auferlegten Verpflichtungen und kann im Fall eines Verstoßes der Telekom-

Control-Kommission berichten, die gegebenenfalls ein Verfahren gemäß § 91 TKG 2003 einleitet.

Abschließend begehrt Multikom eine Regelung, derzufolge Mobilfunkbetreiber „andere Telekommunikationsbetreiber über bevorstehende Preissenkungsschritte zu informieren“ haben. Auch dieser neuen Verpflichtung kann sich die Telekom-Control-Kommission nicht anschließen, da durch die (auf der Webseite der RTR-GmbH, [www.rtr.at](http://www.rtr.at)) veröffentlichten Bescheide gemäß § 37 TKG 2003, die Festlegungen hinsichtlich spezifischer Verpflichtungen erhalten, sowie der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ausreichend Transparenz für alle Marktteilnehmer geschaffen wird. Weiters werden Maßnahmenentwürfe beispielsweise betreffend die Festlegung von Terminierungsentgelten gemäß § 128 TKG 2003 öffentlich konsultiert. Eine weitergehende Verpflichtung würde dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht (mehr) entsprechen.

c. Am 2.1.2006 langt eine Stellungnahme der Telekom Austria zu den Maßnahmenentwürfen M 2/05 bis M 7/05 ein, zu denen TA eingangs festhält, dass sie diese begrüßt - „Foreclosure“-Strategien wird damit ein Riegel vorgeschoben“. Kritisch merkt TA im Wesentlichen jedoch an, dass die bestehenden Festnetzprodukte der Mobilnetzbetreiber (gemeint „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlage“) in den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission betreffend Mobil-Terminierungsentgelte (gemeint wohl Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 7, 8, 9, 11, 13, 14/05) nicht berücksichtigt worden sind.

Die Telekom-Control-Kommission hält hierzu fest, dass für die Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 42 TKG 2003 auferlegt wurden, denen (auch) in einem Verfahren gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 Rechnung zu tragen ist. In den zugrundeliegenden Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 15a-f/03 wurde evaluiert, inwieweit für eine Festlegung von Terminierungsentgelten nicht ein Ansatz gewählt werden sollte, der im Wesentlichen auf Endkunden-Entgelte abstellt (Retail-Minus); ein solcher Ansatz wurde jedoch abgelehnt.

Unberührt von dieser Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 hat sich ein Mobilfunkbetreiber auch an die mit gegenständlicher Anordnung auferlegte Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung zu halten, was jedoch – entgegen der offensichtlichen Meinung der TA – nicht zwingend bedeutet, dass die Nichtdiskriminierungsverpflichtung direkt Auswirkung auf das Mobil-Terminierungsentgelt des Mobilfunkbetreibers haben muss. So kann der Mobilbetreiber auch im Bereich der Endkundenprodukte eine der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung Rechnung tragende Preisgestaltung vornehmen. Der Anmerkung der TA war somit nicht Rechnung zu tragen.

d. Auch UPC Telekabel bringt in ihrer Stellungnahme gemäß § 128 TKG 2003 zum Ausdruck, dass sie die Maßnahmenentwürfe zu M 2/05 bis M 7/05 begrüßt. Soweit UPC Telekabel darauf hinweist, dass die Verpflichtung „schwer überprüfbar“ ist, ist UPC Telekabel darauf hinzuweisen, dass die Einhaltung spezifischer Verpflichtungen von der Regulierungsbehörde überprüft wird. In welcher Weise der Mobilbetreiber jedoch die auferlegte Verpflichtung operationalisiert, ist grundsätzlich dem verpflichteten Unternehmen überlassen.

#### **4.3. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission**

Im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission mitgeteilt, keine Stellungnahme abzugeben; die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, dass die EK keine Bedenken gegen eine weitere Verpflichtung iSd § 38 TKG 2003 hegt.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

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

### **IV. Hinweis**

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

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 6.2.2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung:

i. V. Dr. Daniel Röhler  
Stv. Leiter Recht