

M 15e/03 - ##,  
M 13e/06 - ##

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 3.9.2007 einstimmig folgenden

## **Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003**

beschlossen:

### **I. Spruch**

A.1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Hutchison 3G Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

A.2. Hutchison 3G Austria GmbH werden für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

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

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

A.2.3. Hutchison 3G Austria 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 Hutchison 3G Austria GmbH für ihre eigenen Festnetzleistungen 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.

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

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

A.2.5. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

A.2.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Vom 29.10.2004 bis 31.12.2005	Cent 19,62
Vom 1.1.2006 bis 30.6.2006	Cent 17,79
Vom 1.7.2006 bis 19.12.2006	Cent 15,95

A.2.6.1. Die angeführten Beträge sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen.

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

B.1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Hutchison 3G Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 seit 20.12.2006 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

B.2. Hutchison 3G Austria GmbH werden für den Zeitraum ab 20.12.2006 gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

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

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

B.2.3. Hutchison 3G Austria 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 Hutchison 3G Austria GmbH für ihre eigenen Festnetzleistungen 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.

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

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

B.2.5. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

B.2.6. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte:

Vom 20.12.2006 bis 31.12.2006	Cent 15,95
Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 13,90
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 11,86
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 9,81
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 7,76
Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009	Cent 5,72

Ab 1.7.2009 gilt bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in das öffentlichen Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH vorläufig ein maximales Entgelte in der Höhe von Cent 5,72.

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

C. Die der Hutchison 3G Austria GmbH mit Bescheid M 6/05-26 vom 6.2.2006 auferlegte Verpflichtung auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ wird gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 mit Rechtskraft dieses Bescheids aufgehoben.

## **II. Begründung**

### **A. Verfahrensablauf**

#### **1. Verfahren zu M 15/03 und M 15e/03**

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

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

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

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

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

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass (auch) Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden Hutchison oder H3G) auf dem (eigenen) Vorleistungsmarkt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

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

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Hutchison 3G Austria GmbH aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom Mai 2004 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03,

M 15/03“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Terminierung in individuellen öffentliche Mobiltelefonnetze“ zu begegnen.

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

Am 1.6.2004 übermittelte Hutchison eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten.

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

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

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

Am 16.8.2004 fand eine mündliche Anhörung im Beisein der Amtssachverständigen statt, in deren Rahmen Hutchison zwei Präsentationsfolien ausgeteilt hat.

Am 18.8.2004 langte eine Stellungnahme von Hutchison zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente ein. Im Rahmen dieses Schriftsatzes stellt Hutchison den Antrag, „*die Telekom-Control-Kommission möge der Empfehlung der Gutachter im wirtschaftlichen Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren zu GZ M 15e/03 (Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G) betreffend Regulierungsinstrumente nicht folgen und für die Regulierung des Marktes für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der H3G vorerst keine Maßnahmen anordnen; in eventu für die Regulierung des Marktes für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der H3G vorerst lediglich das Regulierungsinstrument der Transparenzverpflichtung anordnen*“.

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

Nach Abschluss des Verfahrens gemäß § 128 TKG 2003 übermittelt Hutchison am 13.10.2004 eine Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung und stellt den Antrag, die „*Telekom-Control-Kommission möge der Empfehlung der Gutachter im wirtschaftlichen Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren zu GZ M 15e/03 (Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH) betreffend Regulierungsinstrumente nicht folgen, für Hutchison 3G Austria GmbH keine beträchtliche Marktmacht feststellen und für die Regulierung dieses Marktes keine Regulierungsinstrumente anordnen*“. Darüber hinaus stellt Hutchison die Eventualanträge, die Telekom-Control-Kommission möge „*für die Regulierung des Marktes für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH nicht das Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle nach den Grundsätzen der Kostenorientierung anordnen; in eventu das Regulierungsinstrument der Kostenorientierung nachvollziehbar, transparent und hinreichend detailliert spezifizieren*“. Der Stellungnahme ist als Beilage ./1 ein Dokument „*First Mover Advantages in der Mobilkommunikation: Der Einfluss des*

*Markteintrittszeitpunkt auf die Marktanteilsentwicklung“* von Hannes Leo (Oktober 2004) beigeschlossen.

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

## **2. Verfahren zu M 13/06 und M 13e/06**

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

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

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

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

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

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

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

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

Am 4.10.2006 übermittelte Hutchison eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten.

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

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

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

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

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

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

Am 15.12.2006 langt eine weitere Stellungnahme der Hutchison ein.

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

### **3. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes**

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

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

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



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

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

e. Ebenfalls auf Grund des Umstandes eines „unlösbaren Zusammenhanges“ zu den Bescheiden M 15b, c/03 wurden die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 6.2.2006 zu M 3/05-28 und M 4/05-28 vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnissen vom 28.2.2007 (Zahl 2006/03/0055 und 2006/03/0059) behoben.

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

#### **4. Fortsetzung der Verfahren zu M 15e/03 und M 13e/06**

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

Am 13.5.2007 langt eine Stellungnahme der Hutchison ein; in dieser beantragt die Verfahrenspartei die Einstellung des Verfahrens M 15e/03.

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

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

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, die Amtssachverständigen Mag. Norbert Kremminger, Dr. Martin Lukanowicz sowie Mag. Paul Pisjak mit einer

gutachterlichen Stellungnahme zu beauftragen, inwieweit die in den Verfahren M 15/03 sowie M 13/06 vorgelegten wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente aktuell sind bzw. gegebenenfalls welche (anderen) spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 TKG 2003 geeignet wären, den im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 aufgezeigten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

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

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

Am 25.7. und 14.8.2007 übermittelt Hutchison Stellungnahmen zu den oben genannten Gutachten.

Am 20.8.2007 fand eine mündliche Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission statt, die in weiterer Folge auf den 27.8.2007 vertagt wurde. Am 21.8.2007 langten als Vorbereitung der mündlichen Anhörung „Fragen zu den Amtsgutachten“ ein. Diese wurden am 27.8.2007 eingehend erörtert.

Am 27.8.2007 übermittelt Hutchison ein „Ergänzendes Vorbringen“. Am 30.8.2007 langten „Einwendungen zur Niederschrift“ ein.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“**

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

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

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

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

Der die Leistung – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt wiederum dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundenpreise in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPP) – der

Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs; der Angerufene trägt keine Kosten. In Österreich wird dieses Prinzip – wie auch in anderen europäischen Ländern – von allen Betreibern angewandt.

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

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

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

### **2.1. Markteintrittsbarrieren**

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

### **2.2. Marktanteile und Größenverhältnis**

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

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

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

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

### **2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung**

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

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

## 2.4. Preissetzung, Bündelung und internationale Preisvergleiche

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

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

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

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

## 2.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

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

Der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion besteht wie folgt: Grundsätzlich wird die Nachfragefunktion auf jedem Markt (unabhängig von der konkreten Angebotskonstellation) einen negativen Verlauf haben, der zum Ausdruck bringt, dass Kunden zu höheren Preisen eine geringere Menge nachfragen und mit sinkenden Preisen die nachgefragte Menge ausdehnen. Die Elastizität der Nachfragefunktion kann unterschiedlich sein, wobei im gegebenen Kontext grundsätzlich gilt,

dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeutet. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) beschränkende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Diese ist allerdings in der Regel nicht ausreichend, um einen Monopolisten in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend zu beschränken. Vielmehr geht es hierbei um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten dazu zu zwingen, den Preis dem Wettbewerbsniveau (d.h. den Grenzkosten der Produktion) anzunähern.

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

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

### **2.5.1. Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d. Netzinterne Gespräche unterhöheln die nachfrageseitige Gegenmacht auf Terminierungsentgelte zusätzlich. Das Tarifspektrum solcher *On-Net Calls* (die in der Regel auch aus dem Festnetzbereich von Mobilbetreibern gelten) bewegt sich – sieht man von Grundentgelten bzw. Zusatzentgelten für bestimmte Tarifpakete ab – zwischen 0 und

wenigen €-Cents; das ist deutlich unter den Terminierungskosten für Gespräche aus anderen Netzen.

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

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

### **2.5.2. Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter**

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

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

### **2.5.3. Gegenmacht auf der Vorleistungsebene**

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

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

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

Bei kleineren Mobilbetreibern – wozu im Jahr 2004 jedenfalls Hutchison 3G Austria GmbH (Hutchison, H3G) und zu Beginn tele.ring (auch als TRA abgekürzt) zu zählen war – lag der

Anteil der Terminierungsminuten aus anderen Mobilnetzen bei 44-64% (2004-2006); für größere Mobilbetreiber liegt dieser Anteil deutlich niedriger, was durch die hohe Anzahl an Teilnehmern im eigenen Netz und der damit verbundenen Substitution externer durch interne Terminierungsminuten zu erklären ist.

Da mit externer Terminierungsleistung entsprechende Einnahmen verbunden sind, sind Einnahmen aus Terminierung für kleinere Betreiber – wie Hutchison – grundsätzlich von größerer Bedeutung. Gleichzeitig ist für kleinere Betreiber auch festzustellen, dass ein größerer Anteil des Verkehrs ihrer Teilnehmer in anderen Netzen terminiert. Die Kombination aus der Bedeutung der Terminierung von Gesprächen im eigenen Netz und dem besonders hohen Anteil der Terminierung von Gesprächen eigener Teilnehmer in Fremdnetzen unterstreicht die Bedeutung der Terminierung für Betreiber wie HUTCHISON und macht deutlich, dass diese sogar ein besonderes Interesse an hohen eigenen und niedrigen fremden Terminierungsentgelten haben können.

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

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

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

Liegt ein Anreiz bei den Nachfragern vor, die Mobilfunkterminierungsentgelte zu senken, gibt es grundsätzlich folgende Möglichkeiten entsprechenden Druck auszuüben: a) Verweigerung der Zusammenschaltung oder eine empfindliche Senkung der nachgefragten Menge (und damit im Zusammenhang stehende Verhaltensweisen wie prohibitiv hohe Preise verlangen, Verzögerung der Zusammenschaltung u.ä.), b) Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung, c) im Gegenzug hohe Terminierungsentgelte verlangen, d) im Falle von Drittmarktkontakten: Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten.

Auf diese vier Handlungsoptionen wird im Folgenden im Detail eingegangen:

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

Unter den österreichischen Mobilfunknetzbetreibern war tele.ring mit zu Beginn des Jahres 2004 ca. 575.000 Teilnehmern (Teilnehmerstand Ende 2005: mehr als 1 Million) nach Hutchison der zweitkleinste Anbieter. Hutchison, als kleinster Mobilfunknetzbetreiber verfügte zu den genannten Zeitpunkten über ca. 22.000 (Anfang 2004) bzw. ca. 300.000 Teilnehmer Ende 2005 und hat mittlerweile bereits mehr als 400.000 angeschlossene



Kunden. Zwar ist insbesondere Hutchison damit im Vergleich zu den anderen Mobilfunknetzbetreibern deutlich kleiner, aber das rapide Wachstum des Gesamtmarktes (in Teilnehmern und Verkehrsminuten) bzw. der Mobilfunknetzbetreiber im Allgemeinen, die beträchtliche Anzahl ihrer Kunden, die jedenfalls von Kunden anderer Netze zu erreichen sein müssen, und auch ihre relative Größe zu anderen Zusammenschaltungspartnern (so hatte im Vergleich zu den beiden genannten Anbietern bereits der zweitgrößte Festnetzbetreiber deutlich weniger Teilnehmer), bedingen, dass im Fall einer Verweigerung der Zusammenschaltung auf Grund zu hoher Entgelte auch der verweigernde potentielle Zusammenschaltungspartner den wirtschaftlichen Schaden tragen würde, da etwa das Nichterreichen von einigen hunderttausend Teilnehmern die Attraktivität seines Endkundendienstes (auf dem Endkundenmarkt) nicht nur erheblich beeinträchtigt, sondern de-facto ein konkurrenzfähiges Angebot verunmöglicht. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von der Größe des ggf. die Zusammenschaltung verweigernden Anbieters auf den Endkundenmärkten. Denn auch für die größten Telekomanbieter (Mobilkom mit ca. 3,6 Mio., Telekom Austria mit 2,5 Mio. oder T-Mobile [seit 05.2006 mit tele.ring] mit nunmehr ca. 3,4 Mio. Teilnehmern) wäre ein Nichterreichen der Teilnehmer eines – wenngleich auch kleineren – Mobilfunkanbieters mit erheblichen Imageverlusten und wirtschaftlichen Schaden verbunden und daher die Nichtzusammenschaltung keine glaubwürdige Drohung bzw. Alternative.

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

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

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

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

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

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

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

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

#### c.1. Die Verhandlungsmacht von Verbindungsnetzbetreibern:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### c.3. Die Verhandlungsmacht der Telekom Austria AG:

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

	2004			2005			2006		
	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out	In	Out	In/Out
Hutchison									

**Anmerkung:** Das extreme Verhältnis bei Hutchison wird durch eine spezielle Form der Verkehrsführung von Hutchison zu TA verursacht (Nutzung eines Transitnetzbetreibers).

Die Verhandlungssituation (bei Abwesenheit von Regulierung) zwischen der Telekom Austria mit ihren zahlreichen angeschalteten Teilnehmern (bei abgestimmter Strategie, gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung der Teilnehmer der Mobilkom) und einem der kleineren Mobilbetreiber wie der Hutchison oder der Tele2 würde sich dadurch auszeichnen dass auf den Telekom Austria Konzern ein Anteil von bis zu fast 40% der insgesamt bei diesen nachgefragten Terminierungsminuten entfällt.

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

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

### c.4. Die Verhandlungsmacht von anderen Mobilbetreibern

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

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

diese Unternehmen, dass der Anreiz, Druck auf eine Absenkung auszuüben, sinkt, wenn im Gegenzug die eigenen Terminierungsentgelte gesenkt werden müssen.

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

Eine Übersicht der Symmetrie des Terminierungsverkehrs zwischen Mobilfunknetzen (in Gesprächsminuten) zeigt nachfolgendes Bild. Ein negativer Wert bedeutet, dass die Verfahrenspartei im Verhältnis zum genannten Mobilfunkbetreiber mehr outgoing-Minuten hat.

Hutchison	MKA	ONE	TRA	TMA
2004				
2005				
2006				

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

Hutchison	MKA	ONE	TRA	TMA
2004				
2005				
2006				

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

	2004			2005			2006		
	In	Out	In / Out	In	Out	In / Out	In	Out	In / Out
Hutchison									

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

solchen Voraussetzungen Verhandlungen zu kosteneffizienten, reziproken Mobil-Mobil-Terminierungsentgelten führen, sie könnten aber auch überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte zur Folge haben.

In einem reinen Mobil-Mobil-Kontext wäre es somit unter bestimmten Voraussetzungen denkbar, dass sich Mobilkom, T-Mobile und One insbesondere aber T-Mobile und Mobilkom (die auch annähernd gleich groß sind), auf ein kosteneffizientes Niveau der Terminierungsentgelte verständigen. Eine solche Lösung wäre aber nicht auf nachfrageseitige Verhandlungsmacht zurückzuführen, sondern darauf, dass die Profite in der Zweibetreiberbetrachtung von der Höhe der Terminierungsentgelte unabhängig sind (Profitneutralität). Die Verrechnung von wechselseitig kosteneffizienten Preisen wäre daher allenfalls zwischen Betreibern mit ähnlicher Interessenslage vorstellbar und auch nur dann, wenn die Terminierungsentgelte, die anderen Betreibern – insbesondere aber Festnetzbetreibern – verrechnet werden, davon nicht tangiert wären. In dem Maße, in dem die Gefahr besteht, dass dieser bilateral verhandelte Preis (zB auf Grund von Arbitragegeschäften) zu einem sektorweiten Preis werden könnten, schwindet das Interesse an wechselseitig kostenorientierten Entgelten.

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

Bei stark asymmetrischem Verkehr – wie er für die Hutchison zu beobachten ist – ist die Profitneutralität verletzt: In diesem Fall hat der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (*net-inflow*) einen Anreiz, die Terminierungsentgelte über Kosten zu setzen, da ihm dies einen *Access-Überschuss* aus Terminierung beschert – rationalerweise den *Access-Überschuss* maximierende Monopolpreise. Dies ermöglicht es ihm, nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern eine solche Preispolitik stärkt auch seine Wettbewerbsposition gegenüber dem Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt: Erstens hat der Konkurrent mit dem *Net-Outflow* – bei Preisen über Kosten – ein *Access-Defizit* (Preise auf Höhe der Kosten würden das *Access-Defizit* neutralisieren). Zweitens fällt der *Raise-each-others-cost*-Effekt beim Konkurrenten mit einem *Net-Outflow* deutlich höher aus als bei symmetrischem Verkehr. Drittens verfügt der Betreiber auf Grund der höheren Gesamtmarge aus Terminierungsleistungen über ein höheres „Budget“ für den Wettbewerb um Teilnehmer am Endkundenmarkt.

Betreiber mit einem positiven Saldo haben also wenig Interesse, vom Monopolpreis abzuweichen. Damit ist eine Verhandlungslösung mit reziproken kostenorientierten Entgelten auszuschließen. Auch wenn der Betreiber mit dem negativen Verkehrssaldo – nicht zuletzt auf Grund des *Net-Outflows* – ein gesteigertes Interesse an (reziproken) kostenorientierten Entgelten haben sollte, hat er keine Möglichkeit dies durchzusetzen.

Die Vorleistungsentgelte der jeweiligen Terminierung von SMS, die grundsätzlich einer bilateralen Verhandlungssituation unterliegen, bestätigen die grundsätzliche Möglichkeit eines reziproken Verhandlungsergebnisses. Gleichzeitig weist der seit Jahren unveränderte Preis von etwa 4 €Cent darauf hin, dass eine solche Vereinbarung nicht (zwangsläufig) zu einem kosteneffizienten Preis führen muss. Das gravierende Wachstum bei SMS in den

vergangenen Jahren (von 2004 auf 2006: +76% endkundenseitig) und die damit realisierten Skalenerträge wurden offensichtlich in den verrechneten Preisen nicht berücksichtigt, was den Schluss nahe legt, dass bei den Verhandlungen zur SMS-Terminierung kein ausreichender Druck auf den Preis ausgeübt wird.

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

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

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

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

Aus den zum Teil bereits genannten Gründen wird der Marktneuling bzw. der kleine Betreiber – wie Hutchison Anfang 2004 oder Tele2 im Jahr 2003 – auch nicht durch große etablierte Betreiber in seinem Preissetzungsverhalten beschränkt. Die Verweigerung der Zusammenschaltung ist weder möglich (SMP-Regulierung oder Streitschlichtung) noch rational (eigener Imageschaden). Falls die Terminierungsentgelte des etablierten Betreibers umgekehrt nicht reguliert werden, wird der etablierte Betreiber seine Terminierungsentgelte in jedem Fall auf Höhe des Monopolpreises festsetzen. Dieser Preis maximiert den Profit aus

Terminierungsleistungen und stärkt gleichzeitig seine Wettbewerbsposition im Verhältnis zum Marktneuling, da dieser einen deutlich ungünstigeren Mix aus netzinternem und (wegen der hohen Terminierungsentgelte) kostenintensivem netzexternem Verkehr zu gewärtigen hat als der etablierte Betreiber. Hinzu kommt der negative Verkehrssaldo von kleineren Betreibern.

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

Ad d. Druck auf die Terminierungsentgelte (und damit die Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht) kann auch dadurch ausgeübt werden, indem in anderen Bereichen, in denen die Vertragspartner miteinander in Beziehung stehen, mit Preiserhöhungen, der Verweigerung von Lieferung oder dem Kauf anderer Leistungen gedroht wird, falls kein erwartungskonformes Ergebnis bei Terminierungsentgelten erreicht wird („Multimarktkontakte“).

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

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

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

**Anmerkung:** Unter „sonstige Umsätze“ wurden alle wechselseitigen Umsätze betrachtet, abgesehen von Umsätzen aus Mobilterminierung. Insofern Datenwerte kleiner Null ausgewiesen sind handelt es sich um unplausible Datenangaben.

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

2006	TA	T2U	UPC	etel	Rest
Hutchison					

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



2004	TA	T2U	UPC	etel	Rest
Hutchison					
2005	TA	T2U	UPC	etel	Rest
Hutchison					
2006	TA	T2U	UPC	etel	Rest
Hutchison					

#### d.1. Multimarketkontakte – zur Verhandlungsmacht der Telekom Austria AG:

Die Vermutung der größten nachfrageseitigen Gegenmacht besteht (für alle österreichischen Anbieter) bei der Telekom Austria, da sie der größte Anbieter auf einer Reihe von Vorleistungsmärkten ist, insbesondere auch auf solchen, die für die Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht gegenüber Mobilfunkanbietern von besonderem Interesse sind (terminierende Segmente von Mietleitungen, Terminierung Festnetz). Darüber hinaus könnte auch die Interessenslage der Telekom Austria an niedrigeren Terminierungsentgelten der Mobilfunkbetreiber besonders ausgeprägt sein, ist sie doch als größter Anbieter fester Sprachtelefonie auch im besonderen Maße von der schleichenden Fest-Mobil Telefonie-substitution, die durch die Relationen der F2M/M2F Terminierungsentgelte mit beeinflusst ist, betroffen.

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

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

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

Unternehmen ein den Gewinn optimierendes Gesamtkonzernkalkül zu erwarten, dass ggf. die Interessen des Festnetzbereichs dominieren werden.

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

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

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

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

#### d.3. Multimarketkontakte – mit anderen Mobilbetreibern

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

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

- Aus den Endkundenmärkten resultiert das (wechselseitig) vorhandene Interesse nach möglichst niedrigen Terminierungsentgelten der Marktgegenseite, allein daraus entsteht aber auf Vorleistungsebene noch kein direktes Drohpotential.

- Obgleich die Terminierung von SMS/MMS keinen relevanten Markt im Sinn der TKMVO 2003 darstellt, ist diese Terminierungsleistung strukturell jener von Sprache ähnlich (Monopolleistung, externe Effekte etc.). Der bereits oben erwähnte Umstand, dass es zwischen Mobilfunkbetreibern ggf. zu einer Verhandlungslösung über dem Wettbewerbspreisniveau kommen kann, ist hier einschlägig, wie der seit Jahren konstante Preis für SMS Terminierung zwischen den Betreibern zeigt.
- Die Verbundenheit der Mobilfunkbetreiber mit in ihrer Größe (und daher auch in Ihrer Relevanz) deutlich unterschiedlichen Festnetzbetreibern vermag zu keiner Steigerung der Verhandlungsmacht zu verhelfen, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben.
- „Site sharing“: An der wechselseitigen Einräumung von Mitbenutzungsmöglichkeiten von „sites“ haben zwar insbesondere kleinere Unternehmen besonderes Interesse, allerdings besteht hier immer auch die Möglichkeit einer Alternative, sei es in Form der Selbsterrichtung eines Masten (wo dies nicht durch einschlägige Gesetze oder Bestimmungen eingeschränkt ist), durch den Bezug dieser Leistung durch ein anderes Unternehmen, oder – wenn notwendig – durch eine lokale Umkonfiguration des Netzes. Da grundsätzlich alle Betreiber ein Interesse an „site sharing“ haben und es eine Reihe von outside Optionen gibt, wird die nachfrageseitige Gegenmacht hierdurch nicht gestärkt.
- Im Bereich International Roaming ist zwischen der Zeit ab Ende Juni 2007 (Zeitpunkt zu dem die Verordnung (EG) Nr. 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft in Kraft trat) und dem davor gelegenen Zeitraum zu unterscheiden. Mit Ende Juni 2007 gibt es eine für die EU geltende Regulierung, die Höchstgrenzen für die wechselseitig zu verrechnenden Entgelte (im Jahresmittel) vorsieht, weshalb aus diesem Titel keine indirekte – allenfalls über Konzernverbundenheit erwachsende – nachfrageseitige Gegenmacht zu erwarten ist. Für die Zeit davor ist festzuhalten, dass jeder der Betreiber seine IOTs jedem anderen Betreiber angeboten hat, dass aber – vor allem mit dem Aufkommen der Möglichkeit zur Verkehrssteuerung – zunehmend Rabatte eingeräumt wurden. Nun könnte angenommen werden, dass ein mit einem österreichischen Unternehmen verbundener ausländischer Anbieter versucht, seine Verhandlungsmacht (sein Verkehrsvolumen) in die (nationalen) Verhandlungen über die Terminierungsentgelte einzubringen. Welches Volumen damit verbunden ist, zeigt nachfolgende Tabelle, welche die Exporte der österreichischen Mobilbetreiber mit Konzerngruppen, denen österreichische Mobilbetreiber angehör(t)en, im Jahr 2005 zusammenfassen.

Inbound Roaming Originierung [in tausend Minuten]:

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

Als einziger wichtiger internationaler „Player“ auf diesem Markt, der theoretisch eine nachfrageseitige Gegenmacht in den Verhandlungen über die Terminierungsentgelte österreichischer Mobilbetreiber ausüben könnte, kommt die T-Mobile Gruppe in Frage. One steht zwar in Besitz der international agierenden TK Unternehmen Telenor, TDC und Orange (seit Juni 2007 nur mehr im Besitz von Orange und Mid European Partners, MEP; das „closing“ der Übernahme ist allerdings noch ausständig), allerdings sind es nur Minder-

heitseigentümer zu 17,45% bzw. 15%, d.h. die eigenen Roaming Umsätze und Aufwände werden bei der Konzerngewinnmaximierung entsprechend wichtiger sein als die Terminierungsentgelte, die die One zu bezahlen hat.

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

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

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

National Roaming-Leistungen werden in Österreich von zwei Betreibern nachgefragt: Einerseits bezieht Hutchison als Mobilfunknetzbetreiber auf Basis einer privatrechtlichen Vereinbarung solche Leistungen von Mobilkom. Andererseits besteht auch ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Tele2 und dem Mobilfunknetzbetreiber One, der es ersterem erlaubt – ohne eigenes Funknetz als „virtueller Mobilnetzbetreiber („Mobile Virtual Network Operator“, „MVNO“) – auf dem Markt aufzutreten und selbständig Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen.

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

Von dieser Ausgangssituation zu unterscheiden ist die Situation eines bereits über mehrere Jahre aufrechten Vertragsverhältnisses. Hier sind – insbesondere für die Hutchison – gewisse sunk-costs zu vermuten (zumindest Transaktionskosten), die die outside Option zwar weniger plausibel, aber dennoch nicht ausgeschlossen erscheinen lassen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass zwar die Entscheidungssituation für den Partner des national roaming binär ist, dass aber auch nach erfolgter Einigung zwischen den Partnern Handlungsmöglichkeiten bestehen, die verhindern können, Druck auf die Terminierungsentgelte auszuüben. Dazu zählt insbesondere die Möglichkeit des weiteren Netzausbaus und damit der sukzessiven Verringerung der Abhängigkeit vom Vorleistungsbezug des Partners. Diese Strategie zur Erhöhung der Autonomie und Verringerung der variablen Kosten wird seitens der Hutchison aktiv durch den zügigen Aufbau der eigenen Infrastruktur, seit Gründung der „Netco“ verfolgt. Für die Zukunft kann daher aus dem Vorleistungsbezug der Hutchison eine nachfrageseitige Gegenmacht der

Mobilkom auf die Terminierungsentgelte der Hutchison (und umgekehrt) ausgeschlossen werden. Allenfalls ließe sich die Hypothese aufstellen, dass Mobilkom zur Umgehung der zunehmenden Unabhängigkeit der Hutchison vom Vorleistungsbezug bereit gewesen sein könnte, die Terminierungsentgelte abzusenken. Dies ist äußerst unwahrscheinlich, da Hutchison für ihren Marktauftritt und die Unternehmensausrichtung eine flächendeckende 3G Infrastruktur benötigt und andererseits nicht klar ist, warum man in der Verhandlung das Feld der Terminierung überhaupt mit einbeziehen hätte sollen.

#### **2.5.4. Verbundene Unternehmen und Bündelung von Nachfragemacht**

In den vorangegangenen Abschnitten wurde die Frage der Wirkung der Verbundenheit von Unternehmen auf die nachfrageseitige Gegenmacht in der Verhandlung von Terminierungsentgelten erörtert. Anders als im Fall einer Wettbewerbsleistung erhöht die Verbundenheit von Unternehmen nicht das strategische Handlungsvermögen der Anbieter. Zwar erhöht im Besonderen die Verbundenheit von Mobilkom und Telekom Austria die Verhandlungsmasse, die outside Optionen (die weiterhin nicht gegeben sind) und die möglichen Konsequenzen bleiben aber – auf Grund einer Beschränkung von Handlungsoptionen wegen bestehender Marktmacht auf anderen Märkten durch Regulierung bzw. wegen effektiven Wettbewerbs – dieselben. Dies gilt auch für die drei in ihren Ausprägungen wohl extremsten Fälle, in denen der verbundene Konzern bestehend aus Telekom Austria und Mobilkom den Unternehmen tele.ring bzw. Hutchison und Tele2 gegenübersteht. In jedem dieser Fälle steht den letztgenannten Unternehmen eine bedeutend größere Nachfrage und eine ähnliche Verhandlungsposition der verbundenen Einheit auf dem Terminierungsmarkt bzw. auf anderen Märkten gegenüber. In allen Fällen aber ist, wo Marktmacht auf anderen Märkten besteht und diese zum Nachteil des Partners eingesetzt werden kann, eine Regulierung vorgesehen bzw. könnte ggf. sehr rasch eine Entscheidung durch die Regulierungsbehörde getroffen werden. Zwar könnte der Telekom Austria Konzern (bei unterstellter abgestimmter Konzernstrategie und hoher Disziplin in der Umsetzung) auf Grund der vielfältigen über Märkte hinwegreichenden Kontakte „unangenehm werden“, die Möglichkeiten aber sind begrenzt, bzw. könnten diese durch entsprechende Entscheidungen der Regulierungsbehörde (wo Marktmacht missbraucht wird) rasch korrigiert werden.

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

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

#### **2.5.5. Verkehrsumleitung - Tromboning**

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

Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es seitens eines Terminierungsnetzbetreibers rational wäre, einem seiner Vorleistungsnachfrager – sofern es sich dabei nicht um ein verbundenes Unternehmen handelt – einen günstigeren Terminierungstarif einzuräumen. Unterstellt man dies, so muss sich der Terminierungsnetzbetreiber fragen, ob und wie er sicherstellen kann, dass die mit dem (einen) Vertragspartner vereinbarten niedrigeren Terminierungsentgelte auch nur diesem zugute kommen und dass dieser nicht andererseits die

Arbitragemöglichkeit, die sich aus der Differenz zwischen dem von ihm zu zahlenden Terminierungsentgelt und dem (höheren) Entgelt anderer Betreiber, nicht nutzt. De-facto wäre eine solche Umgehung trotz vertraglicher Vereinbarung wohl kaum völlig auszuschließen, sodass die Bereitschaft des Terminierungsnetzbetreibers im konkreten Einzelfall (aus welchen Gründen auch immer) ein „Sonderarrangement“ einzugehen, entsprechend gering sein wird. Der Umstand, dass sich ein Preisvorteil für Terminierung nicht absolut isolieren lässt, wird Auswirkungen auf die Hartnäckigkeit seiner Verhandlungsposition haben, läuft doch jedweder eingeräumte Vorteil Gefahr, zu einem Vorteil für Alle/Dritte zu werden. Aus diesem Grund wird, selbst wenn man unterstellte, dass Verhandlungsmacht ausgeübt werden könnte, ein Mobilfunkbetreiber immer ein anderes Entgegenkommen signalisieren und nicht zu einer Absenkung seiner Terminierungsentgelte bereit sein.

### **2.5.6. Zusammenfassung**

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

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

### **2.6. Strukturelle Besonderheiten**

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

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

Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten wird ein Anbieter von Mobilterminierungsleistungen weder durch den Anrufer noch durch den Angerufenen in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend restringiert und hat einen (Monopol-) Preisspielraum. Der Anrufer kann das Gespräch (zu einem bestimmten Teilnehmer) nicht durch einen Anruf zu einem anderen Mobilfunkbetreiber mit niedrigeren

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

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

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

### **2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **2.6.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung**

Im Gegensatz zur Fest-Mobil-Zusammenschaltung sind die Zusammenschaltungspartner der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung unmittelbare Konkurrenten am (Mobilfunk-) Endkundenmarkt. Das verändert die Anreizstruktur der Unternehmen insofern, als (1) Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument für den Endkundenmarkt eingesetzt werden könnten, (2) Terminierungsentgelte als Instrument für *Foreclosure-Strategien* gegenüber



kleineren (neu in den Markt eingetretenen) Betreibern eingesetzt werden könnten, (3) unter bestimmten Voraussetzungen effiziente Terminierungsentgelte zwischen Betreibern verhandelt werden könnten.

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

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

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

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

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen einen Anreiz, die eigenen Terminierungsentgelte möglichst hoch zu setzen, gleichzeitig aber Terminierung zu möglichst geringen Preisen einzukaufen. In einem unregulierten Umfeld würde ein großer Betreiber gegenüber einem kleinen Betreiber bzw. Neueinsteiger auf Grund seiner Verhandlungsmacht höhere Entgelte durchsetzen können, was zur Folge hätte, dass sich die oben ausgeführten Kosten- und

Nachfrage-Nachteile noch verstärken würden. Unregulierte Terminierungsentgelte sind ein perfektes Vehikel, um den Markteintritt von Konkurrenten zu be- und verhindern und um Marktmacht auf die Endkundenebene zu übertragen. Es ist schwer vorstellbar, dass bei einer freien Preisgestaltung der Terminierungsentgelte ein MVNO wie Tele2 (oder auch Hutchison) erfolgreich in den Markt hätte eintreten können.

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

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

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

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

Um Nachfragenachteile durch preisinduzierte Netzwerkexternalitäten zu kompensieren, muss ein kleiner Betreiber entsprechende Tarifpakete schnüren (z.B. besonders niedrige *On-*

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

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

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

#### **2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz**

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

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

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

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

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

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

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

### **3. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:**

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

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

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

#### 4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

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

##### 4.1. Transparenzverpflichtung

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

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

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

Vor diesem Hintergrund ist die Transparenzverpflichtung primär als Hilfsinstrument für andere Verpflichtungen zu sehen. Für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist dabei vor allem die Unterstützung der Gleichbehandlungsverpflichtung. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichende Informationen auf einfachem

Weg (wie etwa über eine Homepage) über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.

#### **4.2. Getrennte Buchführung**

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

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

#### **4.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen**

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung**

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

##### Qualitätsdiskriminierung

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

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

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

##### Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- a.) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Festnetzbetreibern,
- b.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Mobilfunkbetreibern,
- c.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen Festnetzbetreibern und Mobilfunkbetreibern,

- d.) der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich und anderen Abnehmern der Leistung (Festnetzbetreiber und Mobilfunkbetreiber)

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

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

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

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

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

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



Einschränkung der Verpflichtung auf jene Fälle, wo Diskriminierungspraktiken sachlich ungerechtfertigt sind und diese negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (wie eben bei der Anrufumleitung in Zusammenhang mit dem Produkt „mobile Nebenstellenanlage“).

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

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

#### **4.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung**

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

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

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

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

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

Im Rahmen von „Benchmarking“ erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. „Benchmarking“ als Preisermittlungsmethode wird man vor allem einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und/oder die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten von Terminierungsleistungen ermittelt werden, ist

davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand für die etablierten Betreiber in Zusammenhang mit Kostenmodellen und Berichtspflichten in einem vertretbaren Ausmaß hält, so dass dieser Grund allenfalls für kleinere Betreiber (Neueinsteiger, MVNOs) relevant ist.

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

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

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

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

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

Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC). Sie entsprechen den inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten. Dabei ist den Investitionen eines effizienten Betreibers ebenso Rechnung zu tragen, wie eine

entsprechende (d.h. marktübliche) Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen ist.

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

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

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

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

#### **4.6. Differenzierung von Verpflichtungen**

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

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

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

#### 4.8. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

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

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

#### 5. Mobil-Endkunden-Preise

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

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

#### 6. Übersicht der zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte

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

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

#### 7. Zu den Kosten für die verfahrensgegenständlichen Leistungen

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

	2004	2005	2006	2007	2008
Hutchison	0,3781	0,1618	0,1246	0,1118	0,0700

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

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

### 9. Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden

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

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

Land	Marktabgrenzung Betreiberindividuell	SMP	Preisregulierung	
			ja?	wie?
SK	<input type="checkbox"/>	alle Betreiber	<input type="checkbox"/>	Preiskontrolle **
UK	<input type="checkbox"/>	alle bis auf Hutchison **** a)	<input type="checkbox"/>	Kostenorientierung, LRIC

\* Preisregulierung nicht für alle M(V)NOS

\*\* keine nähere Spezifizierung

\*\*\* SMP Stellung für Hutchison von der Berufungsinstanz aufgehoben

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

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

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

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

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

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

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

c. Zur Frage des Verhältnisses der Mobil-Terminierungsentgelte der Mobilbetreiber zueinander führt die EK in einer Stellungnahme vom 26.1.2007 (SG-Greffe (2007) D/200352) im Wesentlichen aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Unter gewissen

außergewöhnlichen Umständen vermögen objektive Gründe in der Kostenrechnung, die außerhalb der Kontrolle des Betreibers gelegen sind, eine Asymmetrie der Entgelte zu rechtfertigen. Eine weitere mögliche Rechtfertigung könnte auch in einem wesentlich unterschiedlichen Markteintrittszeitpunkt gelegen sein. In diesem Sinn wurde ein Markteintritt eines Betreibers (BITE Latvija) im September 2005 als temporäre Rechtfertigung für asymmetrische Terminierungsentgelte akzeptiert, wobei die EK daran erinnert, dass Betreiber effizienter zu werden haben.

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

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

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

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

e. Zur Vorhaben der spanischen Regulierungsbehörde, lediglich Gespräche, die in einem Festnetz originieren, der Kostenkontrolle zu unterwerfen, führt die EK im Wesentlichen aus (SG-Greffe (2002) D/206038, 4.11.2006), dass Endkunden bezüglich der Preisgestaltung keinen maximalen Vorteile ableiten können, weswegen die EK die spanische

Regulierungsbehörde einlädt, die Leistung der Mobil-Terminierung unabhängig vom originierenden Netz zu regulieren. In ähnlicher Weise spricht sich die EK in ihrer Stellungnahme zu SG-Greffe (2003) D/233787 vom 17.12.2003 gegen eine Limitierung der Verpflichtung auf Gespräche, die in einem Mobilnetz oder im Ausland originieren aus.

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

## C. Beweiswürdigung

### 1. Allgemeines

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen, den einzelnen Indikatoren für Marktmacht sowie den Ergebnissen von Marktanalysen anderer europäischer Regulierungsbehörden, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Mag. Norbert Kremminger, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak sowie DI Dietmar Zlabinger vom Juli 2007 (*„Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission, Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“*). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und in die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilfunkterminierung gehen die Amtssachverständigen auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 ein (*„single dominance“*, eine Untersuchung der *„joint dominance“*-Kriterien iSd Abs. 4 leg. cit. scheidet auf Grund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf einem Monopolmarkt eine Bedeutung haben können. Daraus ergibt sich, dass die Amtssachverständigen alle Marktmachtindikatoren einer Untersuchung unterzogen haben.

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

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

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens gehen die Amtssachverständigen auf über 30 Seiten auf diesen Indikator ein und untersuchen diesen sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene. Dabei gehen die Amtssachverständigen auf eine Vielzahl von betreiberindividuellen Konstellationen ein und fundieren ihre Untersuchungen und Schlussfolgerungen mit konkreten, betreiberindividuellen Daten.

Dass nicht in jeder Teiluntersuchung auf konkrete Daten, Betreiberkonstellationen und auch nicht namentlich auf die Verfahrenspartei eingegangen wird, ist darauf zurückzuführen, dass – auf Grund der bestehenden Regulierung – eine Untersuchung von Anreizstrukturen geboten ist. Da in einer Reihe von Fällen die Anreize aller Mobilbetreiber (bzw. Gruppen



derselben) dieselben sind, bestand keine Notwendigkeit, in diesen Fällen eine strikte betreiberindividuelle Betrachtung vorzunehmen. Durch die Untersuchung von Anreizen können die Ergebnisse auch nicht immer mit realen Fakten belegt werden, da auf Grund der bestehenden Regulierung auf verschiedenen Märkten regelmäßig kein wettbewerbswidriges Verhalten erkannt werden kann; so werden auch potentielle Wettbewerbsprobleme untersucht, die für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen würden.

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

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

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

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

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

e. Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung im Jahr 2004 ergibt sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten samt Ergänzung vom Juni und Juli 2005 (Verfahren Z 2, 7, 8, 9, 11/05) der Amtssachverständigen Dr. Stefan Felder, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer sowie Mag. Paul Pisjak. Das Gutachten, das zum verfahrensgegenständlichen Akt genommen wurde, worüber die Verfahrenspartei mit Schreiben vom 24.7.2007 unterrichtet wurde, nennt die zu Grunde

gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Soweit Adaptionen von Ausgangswerten vorgenommen wurden, wie zB im Zusammenhang mit dem effektiven Steuersatz oder dem Anteil der Overheadkosten, legen die Amtssachverständigen ihre Gründe dar, warum sie von den Ausgangswerten abgewichen sind. Das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen, das für den Wert 2004 herangezogen wurde, ist somit schlüssig und nachvollziehbar.

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

Hinsichtlich der Kalkulation des Anteils der Overheadkosten an den technischen Netzkosten wurde – als Obergrenzen – ein Mittelwert der Overheadkosten über alle Betreiber herangezogen (15,48%, als „Szenario B“ bezeichnet). Das von den Amtssachverständigen ermittelte „Szenario B“, ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission angemessen, zumal damit ein transparenter und einfacher Ausgleich zwischen sehr unterschiedlichen Anteilen an Overheadkosten gefunden werden konnte. Gerade vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Werte, die durchaus betreiberindividuelle Gründe haben können, haben es die Amtssachverständigen auch als notwendig erachtet, Alternativen („Szenarien A und C“) aufzuzeigen, die eine einfache Annäherung an Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung betreffend Overhead ermöglichen.

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

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

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

Die Telekom-Control-Kommission kann sich diesem „Szenario 3“ und den schlüssigen Ausführungen der Amtssachverständigen anschließen, da sichergestellt werden kann, dass sämtliche für die Erbringung von Sprache relevanten Kosten, unbeschadet davon, ob die Leistung im GSM- oder im UMTS-Netz erbracht wird, in Übereinstimmung mit § 1 Z 15

TKMVO 2003, der (bloß) die Terminierung von Sprach-Anrufen in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze umfasst, berücksichtigt wird. Darüber hinaus wird verhindert, dass die Aufteilung von Sprache und Daten auf der Grundlage einer einzelnen Aufnahme eines Ist-Zustandes (Momentaufnahme) vorgenommen wird. Eine grundsätzliche Gleichbehandlung unterschiedlicher Technologien (GSM, UMTS) entspricht einem technologie-neutralen Ansatz iSd sektorspezifischer 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“).

Ein Szenario, das demgegenüber UMTS-Kosten gänzlich unberücksichtigt lässt („Szenario 5“), auch wenn diese Kosten durch Sprache verursacht werden, steht sowohl einer Kostengerechtigkeit als auch § 1 TKG 2003 (insbesondere der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie dem Gebot der Technologie-neutralität) entgegen. Eine gesonderte Berücksichtigung von getrennten Faktoren für GSM und UMTS („Szenario 4“) scheidet für die Telekom-Control-Kommission ebenso aus, da diese Aufteilung (und damit auch die Kosten) durch den jeweiligen Betreiber frei beeinflussbar ist und wieder die Unzulänglichkeit einer Momentaufnahme auftritt. Einem Szenario, in dessen Rahmen alle Kosten für GSM und UMTS, unabhängig, ob sie für Sprache oder für Daten anfallen, berücksichtigt werden („Szenario 1“), vermag sich die Telekom-Control-Kommission nicht (mehr) anzuschließen, da Datenanteile in nicht unerheblichem Maß ermittelt werden konnte und der rufende Teilnehmer (bzw. der Kommunikationsnetzbetreiber) nur jene Kosten abgelden soll, die für die Terminierung eines Sprachrufes anfallen. Auch wenn der Datenanteil in einem GSM-Netz geringer als in einem UMTS-Netz ist (UMTS bietet insbesondere für den Datentransport weitreichendere Möglichkeiten), ermöglicht ein Szenario, bei dem die gesamten GSM-Kosten (damit für Sprache und Daten) und (nur) der Sprachanteil der UMTS-Kosten eingerechnet werden („Szenario 2“), auch nicht, dass lediglich Kosten berücksichtigt werden, die für Sprache anfallen.

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

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

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

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

Wettbewerbsmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass sich Marktpreise an den langfristigen Durchschnittskosten, welcher der Industrie für die effiziente Produktion – d.h. mit den geringst möglichen Produktionskosten – entstehen, orientieren und Anbieter unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten gezwungen sind, zu diesen Preisen anzubieten. Die LRAIC eines effizienten Betreibers (dh der Mobilkom) stellen eine gute Annäherung an ein Ergebnis dar, das sich auf einem Wettbewerbsmarkt einstellen würde.

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

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

## 2. Zur Stellungnahme der Hutchison zum Marktanalyse-Gutachten

A. Am 25.7.2007 übermittelt Hutchison in den verbundenen Verfahren M 15e/03, M 13e/06 eine Stellungnahme zum Marktanalysegutachten vom Juli 2007. In diesem Rahmen geht Hutchison eingangs auf einen (aus ihrer Sicht) möglichen Ansatz zur Lösung der durch das „*Calling Party Pays-Prinzip*“ („CPP“) verursachten Wettbewerbsprobleme ein. Eine solche Lösung könnte nach Ansicht der Verfahrenspartei in der Einführung eines als „*zero rated termination*“ bezeichneten Systems und damit in der Abkehr vom bisher geübten Abrechnungssystem CPP bestehen. Bei „*zero rated termination*“ werden alle Betreiber zur Gewährung des Zugangs verpflichtet; für die wechselseitigen Anrufzustellungen werden keine Terminierungsentgelte entrichtet. Zur weiteren Evaluierung dieser Überlegungen beantragt Hutchison, die Telekom-Control-Kommission möge Amtssachverständige beauftragen, die Ursachen der potentiellen Wettbewerbsprobleme näher zu untersuchen und sich mit alternativen Szenarien zu CPP, wie eben „*zero rated termination*“, auseinander zu setzen.

Im Rahmen von mündlichen Anhörungen der Hutchison vor der Telekom-Control-Kommission am 20. und 27.8.2007 wird dieser Themenkomplex wieder thematisiert. Am 27.8.2007 langt dazu ein „*Ergänzendes Vorbringen*“ ein, in welchem Hutchison eine „*erste Analyse von Prof. Vogelsang*“ anführt.

Das von Hutchison begehrte Abrechnungssystem ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission vielmehr unter der Bezeichnung „*bill and keep*“ bekannt (eine einfache Recherche im Internet unter [www.google.at](http://www.google.at) führt bei Eingabe von „*zero rated termination*“ zu einem einzigen Ergebnis, während „*bill and keep*“ zu mehr als 100.000 Ergebnissen führt); im Wesentlichen geht es um ein „*Verrechnungsmodell*“, bei dem die eigenen Vorleistungskosten für die Anrufzustellung von jedem Betreiber aus Endkundeneinnahmen gedeckt werden müssen, auf Vorleistungsebene keine Entgelte für die wechselseitigen Leistungen der Anrufzustellung zu entrichten sind und dabei die Betreiber zur Anrufzustellung wechselseitig verpflichtet sind. Im Kern werden also die unter CPP bestehenden externen Effekte in diesem Ansatz internalisiert.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich den Überlegungen der Hutchison und den Anträgen vom 25.7. und 27.8.2007 auf eine fortzusetzende gutachterliche Auseinandersetzung nicht anzuschließen. Für die weitere Diskussion geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass „*bill and keep*“ und „*zero rated termination*“ gleiche bzw. vergleichbare Modelle sind.

Hutchison unternimmt im Rahmen ihres Vorbringens vom 25.7.2007 den Versuch, die Einführung von „zero rated termination“ rechtlich einzuordnen: Die Telekom-Control-Kommission stimmt Hutchison zu, dass § 42 TKG 2003 keine Anhaltspunkt dafür bietet, dass ein Entgelt in der Höhe von Cent 0 angeordnet werden könnte. So geht § 42 TKG 2003 grundsätzlich davon aus, dass den Investitionen Rechnung zu tragen ist und ermöglicht werden muss, dass eine angemessene Rendite erwirtschaftet werden kann. Diese Elemente setzen grundsätzlich voraus, dass ein Entgelt entrichtet wird. § 42 TKG 2003 stellt eine mögliche Verpflichtung dar, die auf preisliche Aspekte des Zugangs und deren konkrete Ausgestaltung eingeht; so ist § 42 leg. cit mit „Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“ betitelt.

Der von Hutchison als mögliche Rechtsgrundlage herangezogene § 41 TKG 2003 stellt demgegenüber eine Verpflichtung dar, die (bloß) normiert, dass Netzzugang (in verschiedenen Formen) zu gewährleisten ist, um – wie im gegenständlichen Verfahren beispielsweise – foreclosure-Strategien zu unterbinden. Aus dem Erfordernis der „*langfristigen Sicherstellung des Wettbewerbs*“ gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission eine gänzliche Abkehr von einem Abrechnungsregime zu einem „*eingriffsintensiveren*“ Modell, dessen „*Gesamtauswirkungen zweifelhaft*“ sind (siehe weiter unten), genauso wenig ableiten wie dass auf der Grundlage des § 41 TKG 2003 ein entgeltfreier Zugang angeordnet werden kann. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine verhältnismäßigere Alternative besteht.

Auch kann die Telekom-Control-Kommission keine „*außergewöhnlichen Umstände*“ iSd § 47 Abs. 1 TKG 2003 erkennen, die eine andere Verpflichtung als jene gemäß §§ 38 bis 42 TKG 2003 in Bezug auf Zugang rechtfertigen.

Wie das Regulierungsinstrumente-Gutachten zu M 13e/06 (September 2006), welches durch eine gutachterliche Stellungnahme vom Juli 2007 bestätigt wurde, zeigt (Seite 33, Fußnote 40), sind die Amtssachverständigen auch auf alternative Regulierungsinstrumente eingegangen und haben unter Anführung von einschlägiger Fachliteratur (Valletti, T., „*Obligations that can be imposed on operators with significant market power under the new regulatory framework for electronic communications - Access services to public mobile networks*“, September 2003) festgehalten, dass eine „*Umstellung des Verrechnungsprinzipes („Calling-Party-Pays-Prinzip“ auf ein „Receiving-Party-Pays-Prinzip“, etwa „Bill and Keep“)*“ „*unpraktikabel*“, „*eingriffsintensiver*“ und die „*Gesamtauswirkungen auf den Sektor sehr zweifelhaft*“ sind. Im Rahmen der mündlichen Anhörungen vom 27.8.2007 wiederholen die Amtssachverständigen, dass dieser Ansatz zwar Probleme lösen, aber neue schaffen würde. Vor diesem Hintergrund schlagen die Amtssachverständigen betreffend des wettbewerblichen Defizits der „*überhöhten Entgelte*“ eine Entgeltkontrolle iSd § 42 TKG 2003 vor, dh eine Reduktion der Entgelte auf ein kostenorientiertes Niveau („*LRAIC eines effizienten Betreibers*“) (vgl. dazu die Feststellungen zu „*Weitergehende Verpflichtungen*“). In diesem Zusammenhang soll auch Erwähnung finden, dass der Verwaltungsgerichtshof, den Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch *Reduktion* (und nicht durch Entfall) dieser Entgelte zu begegnen, für grundsätzlich tauglich angesehen (Punkt 4.2. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Auch im Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007 (Seite 39) gehen die Amtssachverständigen auf das Thema „*bill & keep*“ ein und beleuchten die diesbezügliche Interessenslage.

Nachdem festgestellt werden konnte, dass eine Umstellung des geübten Verrechnungsprinzips (CPP) „*eingriffsintensiver*“ ist als eine herkömmliche Entgeltkontrolle, ist auf das Verhältnismäßigkeitsgebot iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 hinzuweisen, das gebietet, dass bei mehreren zur Auswahl stehenden Verpflichtungen jene vorzuziehen ist, die weniger eingriffsintensiv ist. Gerade dies ist hier der Fall.

Eine Änderung des Verrechnungsprinzips, das sowohl in Österreich langjährig (auch bereits vor der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte am 1.1.1998) als auch in allen anderen europäischen Ländern zur Anwendung gelangt (vgl. die Feststellungen betreffend „*Übersicht der Ergebnisse von Marktanalysen anderer Regulierungsbehörden*“), bringt umfangreiche Konsequenzen für viele Bereiche bzw. Märkte mit sich. Das vorgeschlagene Verrechnungsprinzip erfordert, dass allen anderen Mobilbetreibern eine korrespondierende Verpflichtung auferlegt wird. Dies erleichtert zwar die Position der Hutchison, die von Nettoauszahlungen anderer Mobilnetzbetreiber gekennzeichnet ist, belastet aber andererseits alle anderen Mobilnetzbetreiber. Darüber hinaus eröffnet eine Etablierung von „*bill and keep*“ zwischen Mobilfunkbetreibern (bloß) Arbitrage-Möglichkeiten: Mobilbetreiber könnten ihrerseits die Anrufzustellung zu einem anderen Mobilbetreiber, für die sie kein Entgelt zu entrichten haben, Festnetzbetreibern gegen Entgelt anbieten (dies führte auch in Frankreich 2004 dazu, dass vom System des „*bill and keep*“ zwischen Mobilbetreibern wieder abgegangen wurde).

Würde man die Arbitragemöglichkeiten ausschließen wollen, so müsste „*bill and keep*“ bzw. „*zero rated termination*“ zwischen allen Teilnehmernetzbetreibern (Mobil- und Festnetzbetreiber) etabliert werden. Dies würde aber den aus dem Ausland kommenden Verkehr unberücksichtigt lassen. Neue Tromboning-Möglichkeiten werden dadurch geschaffen. Vor diesem Hintergrund führen die Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 aus, dass eine Umstellung des Verrechnungsprinzips auf einen „*Receiving Party Pays*“-Ansatz (zB in der Form „*zero rated termination*“) „*einer koordinierten europäischen Vorgangsweise bedürfte*“.

Das Verhältnis mit Verbindungsnetzbetreibern, die zwar Rufe in andere Netze terminieren, ihrerseits – als „Gegenleistung“ – mangels Teilnehmernetz keine Rufe in ihrem „Netz“ terminieren, erweist sich überdies als ungeklärt.

Der Hinweis von Hutchison (oder Prof. Vogelsang), dass ein „*Receiving-Party-Pays-Prinzip*“ in etlichen Ländern problemlos funktioniert, vermag für sich nicht erklären zu können, dass deswegen dieser Ansatz auch in Österreich regulatorisch erzwungen werden sollte; zu einem Ländervergleich unterschiedlicher Ansätze ist festzuhalten, dass in keinem Land des EWR ein „*Receiving-Party-Pays-Prinzip*“ geübt wird, sondern, wie sich aus dem Dokument von *Littlechild*, auf das Hutchison (oder Prof. Vogelsang) verweist, ergibt, lediglich in sechs Ländern auf der Welt dieses Abrechnungsprinzip geübt wird; dabei handelt es sich um zwei nordamerikanische und vier asiatische Länder (Punkt 2.2. des Beitrages von *Littlechild*). In Frankreich wurde dieser „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz 2004 abgeschafft, nachdem die Nachteile dieses Ansatzes (Eröffnung von Arbitrage-Möglichkeiten) (offenbar) schwerwiegender als die Vorteile waren. Dieser von Hutchison (oder Prof. Vogelsang) herangezogene Hinweis, dass dieser Ansatz in „*etlichen (sechs) Ländern*“ funktionieren würde, erachtet die Telekom-Control-Kommission als wenig überzeugend.

Darüber hinaus zeigt auch das Beispiel der SMS-Terminierung die Schwierigkeiten eines solchen Konzeptes. Über Jahre hinweg folgte die SMS-Terminierung dem Prinzip des „*bill and keep*“. Obwohl SMS eine klassische Mobilfunkleistung (Mobil-Mobil) ist und man deswegen davon ausgegangen werden kann, dass das Potential für Arbitrage-Möglichkeiten gering ist, wurde von den Betreibern von diesem Verrechnungsprinzip gerade wegen Arbitrage (SMS aus dem Internet und aus dem Ausland) ohne regulatorische Anordnung und damit freiwillig abgegangen.

Dem Umstand, dass ein „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz eine Behinderungsmöglichkeit durch „*Margin Squeeze*“ ausschließen würde und damit gewisse Vorteile mit sich bringt, ist entgegen zu halten, dass dieser Ansatz – wie bereits gezeigt wurde – auch neue Probleme schafft (darauf verweist Hutchison (oder Prof. Vogelsang) selbst im ergänzenden Vorbringen vom 27.8.2007, Seite 4); so zeigt die Literatur auch, dass ein „*Receiving-Party-Pays*“-Ansatz oligopolistischen Wettbewerb dämpfen kann bzw. nicht für alle

Zusammenschaltungsleistungen geeignet sein muss (vgl. Julian Wright, *Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime?*, Review of Network Economics, Vol. 1, Issue 1 – March 2002; Joshua S. Gans, Stephen P. King, *Using „Bill and Keep“ Interconnect Arrangements to Soften Network Competition*, 2000)..

Ein weiteres Problem stellt die Rechts- und Planungssicherheit dar: Teilnehmernetzbetreiber vertrauen auf die bisherige Regulierung, die vorsieht, dass Betreiber für die Leistung der Anrufzustellung vom Quellnetz ein Entgelt erhalten (vgl. dazu die Marktanalyse-Bescheide zu M 8a-m/06 vom 5.2.2007, in dessen Rahmen den Festnetzbetreibern eine Verpflichtung zur Entgeltkontrolle auferlegt und ihnen damit ein Recht auf ein Entgelt für die erbrachten Leistungen der Anrufzustellung zugesprochen wurde; auch Mobilnetzbetreiber erhalten auf Grund der bisherigen Regulierung ein Entgelt für die Anrufzustellung). Auf dieser Grundlage wurden bzw. werden Endkundenprodukte kreiert und (Finanz-, Jahres-)Planungen vorgenommen. Bei Wegfall dieses Entgeltes (freilich auch jenes, dass zu entrichten wäre) müssen bisher bestehende Systeme gänzlich geändert werden („*Wasserbett-Effekt*“). Einen solchen direkten und indirekten Eingriff auf verschiedenen Märkten der Vorleistungs- und Endkundenebene erachtet die Telekom-Control-Kommission als zu weitgehend – dies insbesondere vor dem Hintergrund einer tauglichen Alternative.

Soweit Hutchison in diesem Kontext darlegen will, dass mit einer Umstellung auf „*zero rated termination*“ „*Rechtssicherheit*“ geschaffen werde und die bisherige Regulierung iSd § 42 TKG 2003 rechtsunsicher wäre, ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission nicht davon ausgeht, dass eine regulatorisch angeordnete Cent 0 – Terminierung (freilich bei gleichzeitigem Entfall der eigenen Auszahlungen für Terminierung) zu keinen Beschwerden von Teilnehmernetzbetreibern an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts führen würde. Darüber hinaus kommt das Streben der Hutchison der Anordnung einer „*Branchenlösung*“ gleich, die vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen von Bescheiden mit einem bzw. wenigen Adressaten als rechtswidrig erkannt wurde (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zu 2004/03/0151 vom 31.10.2005; vgl. weiters obige Ausführungen zu §§ 41, 42 TKG 2003).

Weiters erachtet die Telekom-Control-Kommission ein „*bill and keep*“- bzw. „*zero rated termination*“-Modell erst dann als allenfalls denkbare Alternative zu CPP, wenn der Verkehr zwischen den Zusammenschaltungspartnern ausbalanciert ist und auch nicht durch strategisches Verhalten aus dem Gleichgewicht geraten kann (da aber die Endkundenpreisgestaltung weitestgehend unreguliert ist, kann eine solchen Strategie weder ausgeschlossen noch ihr begegnet werden). Nachdem eine Symmetrie zwischen den Teilnehmernetzbetreibern nicht gegeben ist, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.

Bei unbalanciertem Verkehr entspricht die Nutzenverteilung zwischen dem Anrufer und dem Angerufenen exakt der Verteilung der Netzwerkkosten der Originierung und Terminierung. Sind die beiden genannten Bedingungen nicht erfüllt, kann ein System wie „*bill and keep*“ zu Marktverzerrungen und ineffizienten Ergebnissen führen: Denn der Netzbetreiber versucht, seine Netzwerkkosten durch die Entgelte seiner Endkunden abzudecken. Wenn der Nutzen für den Endkunden sich aber nicht mit den Netzwerkkosten deckt, dann wird dies zu Ineffizienzen in der Endkunden-Preisgestaltung führen. Einige Endkunden müssten dann höhere Preise zahlen, da sie einen Teil der externen Kosten tragen müssten, während andere, die Kosten verursachen, diese nicht tragen müssten. Dies führt letztlich zu – aus ökonomischer Sicht – unerwünschten Marktergebnissen.

Den Begehren der Hutchison konnte damit nicht gefolgt werden. Eine weitere gutachterliche Befassung war nicht zu verfügen.

B. In weiterer Folge ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007 nimmt Hutchison Bezug auf einzelne Aspekte des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 und verweist auf ihre Stellungnahme vom 4.10.2006 zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten im M 13e/06. Im Rahmen der mündlichen Anhörungen am 20. und 27.8.2007 werden diese Themen im

Beisein der Amtssachverständigen wieder thematisiert (vgl. dazu das umfangreiche Protokoll samt Fragenbeantwortung der Amtssachverständigen als Beilage).

Soweit sich die Ausführungen in der Stellungnahme vom 4.10.2006 auch auf die Feststellungen im gegenständlichen Bescheid beziehen, geht die Telekom-Control-Kommission auch auf diese Ausführungen ein.

In der Summe vermag das Vorbringen der Hutchison nicht zu überzeugen und die Feststellungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen am Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison nicht zu erschüttern:

a. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007 nimmt Hutchison – wie bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten – Bezug auf den von den Amtssachverständigen vorgenommenen internationalen Vergleich (Punkt 4.3. des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007) und kann die Schlussfolgerungen der Amtssachverständigen nicht nachvollziehen.

Eingangs ist festzuhalten, dass ein internationaler Vergleich kein Marktmachtindikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 ist und auch kein Beleg für die wettbewerblichen Verhältnisse auf einem nationalen Markt darstellen kann. Dennoch erscheint es der Telekom-Control-Kommission – wie auch offenbar den Amtssachverständigen – hilfreich, eigene Erkenntnisse mit jenen von anderen Regulierungsbehörden bzw. Daten anderer Länder zu vergleichen und daraus Schlüsse zu ziehen. Gleichzeitig ist auch evident, dass länderspezifische Unterschiede in einem groben Vergleich unberücksichtigt bleiben und insofern mit Schlussfolgerungen aus einem solchen internationalen Vergleich mit Bedacht umzugehen ist.

Unter Punkt 3.1. wendet sich Hutchison gegen die Aussage, dass der internationale Vergleich „empirische Evidenz für das zentrale Wettbewerbsproblem [ ] überhöhter Entgelte“ liefern würde; es würde offen bleiben, worin diese Überhöhung liegen würde und wie diese empirische Evidenz erzielt wurde.

Diesem Vorbringen ist bereits damit zu begegnen, dass Hutchison die Schlussfolgerungen der Amtssachverständigen offenbar selektiv wahrnimmt und verkürzt darstellt: Die Amtssachverständigen halten in ihrer „Conclusio“ nach dem von Hutchison kritisierten Satz wie folgt fest: *„Konkret zeigen die Daten, dass die unregulierten Entgelte [ ] deutlich über dem langfristigen Niveau gelegen sind“*. Diese Erkenntnis ergibt sich klar aus der Abbildung 4.6. im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007, die im Zeitverlauf Entgelte mit und ohne Regulierung vergleicht bzw. Entgelte nach einem Benchmark Ansatz jenen nach einem kostenorientierten Ansatz gegenüberstellt. Nachdem in den meisten der europäischen Ländern ein Kostenmaßstab vorgesehen ist, der kostenorientierte Entgelte („[forward looking] long run [average] incremental costs“) als Entgeltkontrolle iSd Art. 13 RL 2002/19/EG vorsieht (Tabelle 4.3. im wirtschaftlichen Gutachten), und diese kostenorientiert-regulierten Entgelte unter jenen der Entgelte (ohne Regulierung bzw. einem Benchmark-Ansatz) liegen, kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass die Aussage der Amtssachverständigen nicht nachvollziehbar sein könnte oder unbegründet wäre.

Dass die genauen länderspezifischen kostenorientierten Entgelte nach den Maßstäben FL-LRAIC, FL-LRIC bzw. LRIC nicht angegeben sind – wie von Hutchison unter Punkt 3.2. kritisiert -, vermag an der Nachvollziehbarkeit der Hauptaussage der Amtssachverständigen nichts zu ändern.

Grundsätzlich richtig ist der – formale – Hinweis der Hutchison (Punkt 3.3.), dass aus dem internationalen Vergleich entgegen den Ausführungen der Amtssachverständigen nicht abgeleitet werden kann, dass *„die Terminierungsentgelte, die bei Abwesenheit von Regulierung gesetzt werden, deutlich höher sind als die langfristigen Kosten der effizienten*



*Leistungsbereitstellung (LRAIC)*“. Im Konkreten ist Hutchison jedoch bloß insoweit beizupflichten als der Klammerausdruck „(LRAIC)“ zu kurz greift: Unter Zugrundelegung der Tabelle 4.3 hätten die Amtssachverständigen auch die anderen „verwandten“ Kostenrechnungsmaßstäbe „LRIC, FL-LRAIC und FL-LRIC“ anführen sollen. Aus diesem Versehen kann die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht erkennen, dass das wirtschaftliche Gutachten bzw. die Ausführungen zum internationalen Vergleich nicht nachvollziehbar wären.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 wurden die unterschiedlichen Kostenrechnungsmaßstäbe LRAIC und LRIC thematisiert; dazu führen die Amtssachverständigen nachvollziehbar aus, dass das „A“ in LRAIC für „Average“ steht und bedeutet, dass die gesamte Kostenbasis (inkl. Inkrement) durch alle Minuten (inkl. den inkrementellen) Minuten dividiert wird. Diese beiden Maßstäbe unterscheiden sich im Wesentlichen im konkreten Umgang mit Gemeinkosten.

Dem weiteren Vorbringen der Hutchison zum internationalen Vergleich, insbesondere zur „*Entwicklung seit dem letzten Gutachten*“ (Punkt 3.4), kann die Telekom-Control-Kommission nicht entnehmen, was Hutchison darlegen möchte: Ein internationaler Vergleich stellt im Regelfall eine Momentaufnahme von Ist-Zuständen dar und gibt Umstände wieder, die in einem Land verwirklicht sind. Aus einer Veränderung eines internationalen Vergleiches über einen Zeitraum von etwa einem Jahr (Erst-Gutachten zu Z 13e/06 und dem wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007) werden von den Amtssachverständigen offensichtlich keine Schlüsse gezogen; vielmehr nimmt Hutchison diesen Vergleich selber vor, ohne daraus Aussagen abzuleiten.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen und dem Umstand, dass dieser Vergleich kein in § 35 Abs. 2 TKG 2003 explizit genannter Marktmachtindikator und keine Begründung für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Hutchison ist, war dem Antrag der Hutchison auf Ergänzung und Klarstellung des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 nicht zu folgen.

b. In weiterer Folge geht Hutchison im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007 der Frage nach der „*Wesentlichkeit von Wettbewerbsproblemen*“ nach (Punkt 4.). Dabei nimmt Hutchison Bezug auf die von den Amtssachverständigen identifizierten vier potentiellen Wettbewerbsproblemen und unterstellt dem abschließenden Satz über die Wesentlichkeit des ersten Wettbewerbsproblems („*Allokative Verzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- in das Mobilnetz*“) einen Inhalt, der diesem nicht entnommen werden kann (Punkt 4.1.)

Die Ausführungen können nicht überzeugen: Zum einen nehmen die Amtssachverständigen kein „Ranking“ von Wettbewerbsproblemen vor, sondern weisen darauf hin, dass das erstgenannte Defizit am wesentlichsten ist. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass das wettbewerbliche Defizit überhöhter Terminierungsentgelte bei jedem (Festnetz-)Anruf in das Netz der Hutchison (dh bei jeder einzelnen Terminierungsminute) zum Tragen kommt, während hingegen das potentielle Wettbewerbsproblem beispielsweise der „*Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilbetreibern, insbesondere aber Marktneueinsteigern*“ bei Hutchison nur bei einem Marktneueinsteiger schlagend werden kann. Dass sich ein (potentielles) wettbewerbliches Defizit im Verhältnis zu Marktneueinsteigern (Foreclosure) seltener zeigt als bei jeder einzelnen Terminierungsleistung ist nachvollziehbar und begründet die Aussage der Amtssachverständigen selbst.

Darüber hinaus weisen die Amtssachverständigen in der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 27.8.2007 darauf hin, dass im wirtschaftlichen Gutachten ausgeführt wird, warum das erstgenannte Wettbewerbsproblem das wesentlichste ist. Allokative Verzerrungen (dh die Ausbeutung der Konsumenten) sind bedeutsamer als die Verdrängung anderer Betreiber (Wettbewerbsproblem 3 und 4), da es für Verdrängungsabsicht (völliges foreclosure) nur in bestimmten Konstellationen eine Anreiz

gibt (zB kleine Mobilbetreiber in der Markteintrittsphase). In einem Markt mit etablierten Betreibern ist diese Gefahr eher gering. Für das wettbewerbliche Defizit „*excessive pricing*“ (Wettbewerbsproblem 1 und 2) gibt es in jedem Fall einen sehr starken Anreiz und es ist im Fest-Mobil-Verhältnis (Wettbewerbsproblem 1) bedeutsamer als in der Mobil-Mobil-Konstellation (Wettbewerbsproblem 2), weil überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte in zweitem Fall teilweise wieder an die Mobilfunkkunden zurückgegeben werden, was in Fall Fest-Mobil nicht der Fall ist.

Der „Gleitpfad“ begegnet primär den Wettbewerbsproblemen 1 und 2: Mit jedem Absenkungsschritt reduziert sich der „dead weight loss“ und damit die Wohlfahrtsverluste auf Grund der allokativen Verzerrungen, allerdings kann auch das Wettbewerbsproblem 3 und 4 im Wesentlichen als beseitigt gelten, wenn die Preise die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ erreicht haben. Um zu dieser Erkenntnis zu gelangen, muss man keine Kalkulation von Übergewinnen vornehmen.

Dass seitens der Amtssachverständigen eines der Wettbewerbsprobleme als das wesentlichste bezeichnet wurde, vermag jedoch nicht darzutun, dass die anderen Wettbewerbsprobleme vernachlässigbar wären.

Hutchison vermeint in weiterer Folge (Punkte 4.2, 4.3), dass dem als das wesentlichste Problem identifizierte Thema eine nur untergeordnete Bedeutung zukommen würde und belegt dies im Wesentlichen mit dem (sinkenden) Anteil der Terminierung in das Mobilnetz der Hutchison am Gesamt-Terminierungsvolumen. In diesem Zusammenhang erinnert Hutchison an einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und damit an die Notwendigkeit, betreiberindividuelle Umstände zu berücksichtigen.

Eine betreiberindividuelle Berücksichtigung von Umständen findet in Übereinstimmung mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes statt: Wie dem wirtschaftlichen Gutachten zu entnehmen ist, verfügte Hutchison Ende 2006 über etwa 407.000 Teilnehmer (Kapitel 4.4.3.1.; auf [www.drei.at](http://www.drei.at) führt Hutchison aus, dass sie im März 2007 über 426.000 Teilnehmer verfügt; auf [www.rtr.at](http://www.rtr.at) werden für Hutchison im 1. Quartal 2007 über 460.000 Kunden genannt). Vor dem Hintergrund dieser konkreten Zahlen kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, inwieweit ein überhöhtes Mobil-Terminierungsentgelt, das bei jedem Anruf (aus dem Festnetz) zu den über 400.000 Kunden zum Tragen kommt, eine „geringe Relevanz“ haben soll, wie dies Hutchison darstellen will. Dies wiegt umso schwerer als der rufende Festnetz-Kunde keine Alternative hat, die Mobil-Teilnehmer von Hutchison zu erreichen (Anrufzustellung als Monopoleistung).

Die von der Verfahrenspartei dargelegten (geringen) Anteile ihres Terminierungsverkehrs messen sich an einem Gesamt-Terminierungsmarkt, der der Marktabgrenzung iSd TKMVO 2003 widerspricht und damit als fiktiv zu bezeichnen ist. Die von Hutchison dazu vorgenommenen „Zahlenspiele“ (Seiten 9, 12), die eine geringe Relevanz des „wesentlichsten Wettbewerbsproblems“ darstellen sollen, können nicht überzeugen und schon gar nicht darlegen, dass Hutchison keine spezifische Verpflichtung zur Kostenkontrolle aufzuerlegen wäre. Das Vorbringen kann damit nicht überzeugen. Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 halten die Amtssachverständigen zu dieser Frage fest, dass das Volumen nur sehr bedingt eine Rolle spielt, da die Regulierung wegen der gegebenen Anreizstrukturen der Hutchison notwendig ist. Ein kleiner Betreiber hat sogar den Anreiz, seine Entgelte über den Monopolpreis zu setzen, da diese höheren Entgelte nicht in den Endkundenentgelten abgebildet werden, da das Volumen zu gering ist (free-rider-Problem). Wettbewerbsprobleme werden aber grundsätzlich nicht daran gemessen, welchen Anteil die betroffene Leistung am Geschäftserfolg eines Unternehmens hat.

Außerdem widersprechen die Amtssachverständigen der Aussage, dass die Fest-Mobil-Umsätze verschwindend gegenüber den Umsätzen aus der Mobil-Mobil-Terminierung sein sollen. Die Untersuchungen im wirtschaftlichen Marktanalyse-Gutachten hat nämlich gezeigt,

dass der Fest-Mobil-Anteil der Hutchison zwar nicht so groß ist, wie bei anderen Mobilnetzbetreibern; dennoch stammen ca. 16% der gesamten Terminierungserlöse aus dem Festnetz (und davon wieder der größte Teil von Telekom Austria); der Rest stammt aus anderen Mobilnetzen. Warum mehr als 16% aller Terminierungserlöse als eine verschwindende Größe bezeichnet werden, ist für die Amtssachverständigen nicht erklärlich (vgl. Beilage zum Protokoll der mündlichen Anhörung der Hutchison vom 27.8.2007).

In weiterer Folge (Punkt 4.3) releviert Hutchison eine fehlende Quantifizierung des Marktverzerrungspotentials und wendet sich damit gegen „*theoretisch abstrakte und rein qualitative Überlegungen*“. Sofern Hutchison an dieser Stelle auf das konkrete Ausmaß des wettbewerblichen Defizits überhöhter Entgelte für die Mobil-Terminierungsleistung anspricht, kann im Konkreten auf die Feststellungen verwiesen werden, die zum Einen die Kosten der Hutchison sowie die LRAIC-Kosten eines effizienten Betreibers und zum Anderen die von Hutchison zuletzt zur Verrechnung gebrachten Mobil-Terminierungsentgelte ausweisen.

Darüber hinaus halten die Amtssachverständigen in der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 fest, dass betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativer Verzerrungen sind, die Bekämpfung der Wettbewerbsprobleme kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden, da für die Berechnung der so genannten Übergewinne Preise, insbesondere aber auch Kosten und Mengen ausschlaggebend sind. Kosten und Mengen werden etwa zentral durch die Unternehmenspolitik des Anbieters bestimmt; so zielt etwa der Tarif der Hutchison „Six Back“ darauf ab, zusätzliche Kunden zu akquirieren, damit die Nachteile der Größe auszugleichen und auch zusätzliches Volumen und Kostendegression zu schaffen. Eine Regulierung, die versuchen würde, die so entstehenden Übergewinne der Hutchison zu eliminieren, würde zentral in den Wettbewerb eingreifen, was nicht adäquat wäre.

Weiters ist zum schriftlichen Vorbringen der Hutchison auszuführen, dass die Amtssachverständigen in ihrer Untersuchung aber nicht nur auf die aktuelle Situation eingehen, sondern vorausblickend eine Abschätzung der wettbewerblichen Entwicklung bei Abwesenheit von Regulierung gemäß dem „*modified greenfield*“-Ansatz vornehmen müssen. Bei dieser Untersuchung sind die Amtssachverständigen auf theoretische Überlegungen angewiesen. In diesem Sinn führt auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „*Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [ ] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [ ] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.*“ (Rz. 70, 71). Damit zeigt sich, dass im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung „*Annahmen*“ zu treffen, „*Hypothesen*“ anzustellen sind und die Regulierungsbehörde sich auf „*Prognosen*“ stützen muss.

Unter Punkt 4.4 führt Hutchison im Wesentlichen aus, dass die „*Mobilisierung der Sprachtelefonie auch ohne regulatorische Intervention*“ von statten geht und dass die Mobilkommunikationstechnologie Vorteile gegenüber dem Festnetz hat.

Dabei vermeint Hutchison, dass die Amtssachverständigen davon ausgehen würden, dass die Mobilkommunikation ausschließlich aus überhöhten Terminierungsentgelten finanziert werde. Die Telekom-Control-Kommission vermag sich der zuletzt getätigten Aussage nicht anzuschließen, kann sie doch im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 keinen Hinweis finden, dass die Amtssachverständigen ausführen würden, dass die Mobilkommunikation oder einzelne innovative Mobil-Produkte ausschließlich aus überhöhten Terminierungsentgelten finanziert werden. Die Verfahrenspartei will den Amtssachverständigen Aussagen unterstellen, die keine Deckung im wirtschaftlichen Gutachten finden.

In weiterer Folge meint Hutchison, dass die Amtssachverständigen nicht nachgewiesen hätten, dass „überhöhte Terminierungsentgelte [ ] einen auch nur irgendwie wesentlichen Anteil an den erwirtschafteten Gewinnen eines Mobilfunkbetreibers ausmachen“. Die Telekom-Control-Kommission erachtet es nicht als zielführend, diesen Aspekt einer Untersuchung zu unterziehen, geht es doch um die überhöhten Entgelte, die vom Quellnetzbetreiber (bzw. im weiterer Folge vom rufenden [Festnetz-]Kunden) zu zahlen sind und nicht um den Gewinn eines (marktbeherrschenden) Mobilbetreibers aus überhöhten Entgelten. Diesem Nachteil muss durch Maßnahmen der sektorspezifischen Regulierung entgegengewirkt werden. Darüber hinaus haben die Amtssachverständigen ausgeführt, dass Hutchison bei Abwesenheit von Regulierung den Anreiz hat, Monopolpreise zu setzen.

Weiters ist festzuhalten, dass eine Untersuchung der Gründe für eine „steigende Fest-/Mobil-Substitution“ – wie von Hutchison beantragt (Punkt 4.5.) – nicht vorgenommen wird. Der Frage der Substitution und damit der Marktabgrenzung hat gemäß §§ 36, 115, 117 TKG 2003 die RTR-GmbH nachzugehen. Das Ergebnis – eine Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 (TKMVO 2003) – ist dann wiederum Ausgangspunkt für Marktanalysen der Telekom-Control-Kommission (§§ 37, 117 TKG 2003). Wie bereits festgehalten, ist die Telekom-Control-Kommission an die TKMVO 2003 gebunden.

c. Unter Punkt 5. ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007 widmet sich Hutchison dem Thema „Übergewinne und Wohlfahrtsverluste“ und hält unter Bezugnahme auf das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 (Seite 67) im Wesentlichen fest, dass eine „Priorisierung“ der Wohlfahrtsverluste gegenüber Übergewinnen vorgenommen worden sei; für diese (willkürliche) Wertung gebe es keine Anhaltspunkte (Punkte 5.1 und 5.2) (vgl. dazu auch die Stellungnahme vom 4.10.2006).

Nachdem Hutchison dem Gutachten wieder einen Inhalt unterstellt, der diesem nicht entnommen werden kann, erweist sich das Vorbringen der Verfahrenspartei als verfehlt. Den Amtssachverständigen „Willkür“ vorzuwerfen und dabei deren Ausführungen bloß selektiv, verzerrt bzw. falsch darzustellen, erachtet die Telekom-Control-Kommission als wenig geeignet, die Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 zu erschüttern.

Wie dem bezugnehmenden Absatz auf Seite 67 des wirtschaftlichen Gutachtens zu entnehmen ist, wird keine „Priorisierung“ der Wohlfahrtsverluste gegenüber den Übergewinnen vorgenommen, sondern – als „Fazit“ zusammengefasst – wie folgt festgehalten: „*Ein (profitmaximierender) Mobilbetreiber wird unabhängig von seiner Netzwerkgröße die Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz zumindest auf das Niveau des „Monopolpreises“ für Anrufe in Mobilnetze setzen. Dadurch kommt es zu allokativen Verzerrungen. Durch allokativen Verzerrungen entstehen Wohlfahrtsverluste (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 ggw. (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subventionierung von Endgeräten und Endkundentarifen, etc.) verzehrt. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht die (insgesamt erwirtschafteten) Übergewinne von Mobilbetreibern, sondern die Marktverzerrungen (Wohlfahrtsverluste) im Zusammenhang mit Gesprächen von Fest- in Mobilnetze bzw. die Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzteilnehmer.*“

Die Amtssachverständigen halten damit fest, dass das eigentliche wettbewerbliche Defizit in „Marktverzerrungen bzw. allokativen Verzerrungen“ gelegen ist und dass sich dadurch ein Ergebnis „mit zu hohen Preisen (für Off-Net-Anrufe in Mobilnetze) und zu geringen Mengen“ einstellt. Von einer „Priorisierung“ oder „Wertung“ unterschiedlicher Wettbewerbsprobleme schreiben die Amtssachverständigen – entgegen den Ausführungen der Hutchison (Punkte 5.1 und 5.2) – nicht; es geht diesbezüglich um ein Wettbewerbsproblem mit unterschiedlichen Facetten. Das Vorbringen ist damit verfehlt.

Wie den wirtschaftlichen Gutachten zu entnehmen ist, stellt sich auf einem kompetitiven Markt ein Preis ein, der sich an den langfristigen Grenzkosten der effizienten Leistungserbringung orientiert. Die Kosten der Leistungsbereitstellung werden gedeckt und die Unternehmen sind nicht in der Lage, Gewinne über der marktüblichen Kapitalverzinsung zu verdienen (dh keine Übergewinne). Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht (Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente) ist die Wohlfahrt maximiert. Ein solches Marktergebnis wird als effizient bezeichnet.

Jeder Preis, der von diesem Punkt abweicht, führt demnach zwangsläufig zu einem Wohlfahrtsverlust und zu einem ineffizienten Marktergebnis (dh allokatives Marktversagen oder allokativer Ineffizienzen). Ein wesentlicher (und in diesem Kontext primär relevanter) Grund für allokatives Marktversagen ist Marktmacht; es erlaubt einem Unternehmen nämlich, die Preise über das Niveau der langfristigen Grenzkosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu heben und dadurch Übergewinne zu erwirtschaften. Dies hat zur Folge, dass sich Wohlfahrtsverluste auf Grund allokativer Ineffizienzen (geringere Menge höherer Preis) einstellen.

In weiterer Folge kritisiert Hutchison, dass die Wohlfahrtsverluste unbestimmt wären und eine Untersuchung derselben fehlen würde; demgegenüber können Übergewinne „einfach und exakt“ berechnet werden (Punkt 5.3). Dieser Kritikpunkt gründet weiterhin auf dem (falschen) Verständnis der Verfahrenspartei, dass „Wohlfahrtsverluste“ und „Übergewinne“ voneinander unterschiedliche Wettbewerbsprobleme darstellen würden. Das festgestellte (wesentlichste) Wettbewerbsproblem ist jenes der überhöhten Preise (Monopolpreise) für Rufe aus dem Festnetz in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison. Die Folge zu hoher Preise und zu geringen Mengen sind Marktverzerrungen. Durch Reduktion der überhöhten Entgelte kann dem wettbewerblichen Defizit der Marktverzerrungen begegnet werden. In diesem Sinn hat auch der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, grundsätzlich tauglich ist (Erkenntnis zur Zahl 2004/03/0210).

Zu diesem Themenbereich führen die Amtssachverständigen in der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 aus, dass Wohlfahrtsverluste auf falsch gesetzten Preisen basieren und diese Wohlfahrtsverluste kaum messbar sind. Die Wohlfahrtsverluste, die aus verzerrten Preisstrukturen entstehen, sind am Ende des Gleitpfades beseitigt.

d. Zum Thema „Mobil-Mobil-Zusammenschaltung“ erachtet Hutchison eine Passage im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 (Seite 68) als nicht verständlich und vermeint, dass eine Stellungnahme dazu nicht zumutbar wäre. Insbesondere würde offen bleiben, worin die „Ineffizienz höherer Aktivtarife“ liegen soll.

Der von Hutchison formulierte Vorwurf der Unzumutbarkeit der Stellungnahmemöglichkeit (Punkt 6.1) wird mit Interesse zur Kenntnis genommen, wobei die Telekom-Control-Kommission zum Einen darauf hinweist, dass die Frage der Mobil-Terminierungs-Regulierung nicht trivial ist und weitgehend nur durch ökonomische Überlegungen einer Lösung zugeführt werden kann. Dass diese fachspezifischen Überlegungen teilweise komplex sind, ändert nichts an deren Nachvollziehbarkeit. Zum Anderen erübrigt sich der Vorwurf der Hutchison, dass keine Stellungnahme abgegeben werden könne, bereits dadurch, dass Hutchison in den nachfolgenden Punkten (Punkte 6.2 bis 6.4) auf die Ausführungen der Amtssachverständigen eingeht. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass Hutchison im Rahmen der mündlichen Anhörungen am 20. und 27.8.2007 die Möglichkeit ergreifen hätte können, allfällige diesbezügliche Unklarheiten direkt mit den Amtssachverständigen zu klären.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme zur „Mobil-Mobil-Zusammenschaltung“ gibt Hutchison die Ausführungen der Amtssachverständigen verkürzt wieder: Wie auf Seite 64f des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 ausgeführt, geht es um die relevante Frage, ob

Mobil-Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument für den Endkundenmarkt eingesetzt bzw. missbraucht werden könnten (vgl. Punkt a. auf Seite 67 des wirtschaftlichen Gutachtens). Dabei werden neuere Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften herangezogen (Fußnote 60) und analysiert, unter welchen Bedingungen es diesen Kollusionseffekt überhaupt geben kann. In der Folge wird ausgeführt, dass diese Bedingungen in Österreich eben nicht vorliegen. Dabei wird der Vollständigkeit halber auch darauf hingewiesen, dass eines der kollusions-destabilisierenden Instrumente die „onnet-offnet-Preisdiskriminierung“ zu einem „interessanten“ Effekt (nämlich Mobil-Terminierungsentgelte unter Kosten) führen kann. Dies hat jedoch für die weiteren Ausführungen keine Relevanz. Das Ergebnis der Amtssachverständigen ist, dass eine durch überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte verursachte Kollusion unwahrscheinlich ist. Ansonsten werden in diesem Zusammenhanf keine weiteren Schlussfolgerungen aus dem Gutachten gezogen.

Auf einige in diesem Zusammenhang kommunizierte Vorwürfe soll in diesem Zusammenhang eingegangen werden: Soweit Hutchison auf Seite 16 ihrer Stellungnahme (Punkt 6.2) vermeint, dass in Österreich ein „*nachhaltig verfehltes Regulierungskonzept*“ gegeben sei, darf Hutchison auf die Ausführungen der Europäische Kommission in ihren Stellungnahmen gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2002/21/EG sowie auf den Vergleich der Ergebnisse der Marktanalysen betreffend Mobil-Terminierung in anderen europäischen Ländern verwiesen werden: So vertritt die Europäische Kommission den Standpunkt, dass Mobil-Terminierungsentgelte grundsätzlich symmetrisch sein sollen; auch hat die Europäische Kommission eine schrittweise Heranführung an einen kostenorientierten Zielwert (im Wege eines „Gleitpfades“) akzeptiert (vgl. dazu die Stellungnahme der Europäische Kommission zu den Maßnahmenentwürfen zu M 13/06 und Z 2, 10/05ff). Bereits vor dem Hintergrund, dass sich das Regulierungskonzept in Österreich im europäischen Einklang befindet, ist der Vorwurf eines verfehlten Regulierungskonzeptes zurückzuweisen.

Auch der Vorwurf, dass Hutchison zu Mobil-Terminierungsentgelte „*unter Kosten gezwungen wird*“ entbehrt vor dem Hintergrund der Feststellungen zu den Terminierungskosten der Hutchison im Verhältnis zu den festgelegten Entgelten (jedenfalls ab 2005) jedweder Grundlage; Hutchison muss ihre Mobil-Terminierungsleistung nicht unter Kosten anbieten.

Unter Punkt 6.3 geht Hutchison auf ein von den Amtssachverständigen konstruiertes Rechenbeispiel ein (Wirtschaftliches Gutachten, Seite 69, Fußnote 67): Mit diesem wird gezeigt, dass – bei gleichen Kosten zweier Betreiber – Terminierungsentgelte über Kosten zum Nachteil eines kleinen Betreibers sein können. Hutchison hat das Beispiel dahingehend modifiziert, dass sie unterschiedliche (Ist-)Kosten (Terminierungs- und Originierungskosten) unterstellt, was zu dem erwarteten Ergebnis führt, dass ein Betreiber mit höheren Ist-Kosten höhere durchschnittliche Kosten aufweist und dass sich ihre Kostensituation dadurch verbessert werden könnte, indem sie Leistungen, die sie von anderen Betreibern beziehen (wie eben die Leistung der Mobil-Terminierung in das Netz ihrer Zusammenschaltungspartner), günstiger oder sogar zu Cent 0 beziehen kann.

In weiterer Folge (Punkt 6.4) wendet sich Hutchison gegen die Aussagen, dass Mobil-Terminierungsentgelte unter Kosten zu „*ineffizient hohen Aktivtarifen*“ führen würden. Diese Ausführung erachtet die Verfahrenspartei als unschlüssig.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Vorbringen nicht anzuschließen, ergibt sich doch aus den Ausführungen der Amtssachverständigen, dass sich die „*Ineffizienz*“ darauf bezieht, dass ein Teilnehmer für einen Aktivruf mehr als die zugrundeliegenden Kosten zu bezahlen hat; dies wird von den Amtssachverständigen als „*ineffizient hoch*“ bezeichnet.

Mobil-Terminierungsentgelte unter Kosten müssen über andere Entgelt-Quellen gedeckt werden: Wird dies über zu hohe Aktivnrufe realisiert, kann dies den ungewünschten Effekt haben, dass es zu einer Verringerung des Wettbewerbs am Endkundenmarkt kommt, sohin – wie von den Amtssachverständigen bezeichnet – zu einer „*Dämpfung des Wettbewerbs*“. Dieser Zusammenhang erweist sich nach Meinung der Telekom-Control-Kommission als schlüssig und nachvollziehbar. Die unbegründete Aussage der Verfahrenspartei, dass eine solche Verlagerung der Kostendeckung „*wettbewerbsfördernd*“ sein soll, kann die Telekom-Control-Kommission demgegenüber nicht nachvollziehen. Eine Erhöhung von Entgelten geht im Regelfall nicht mit einer Erhöhung an Wettbewerb einher.

e. Unter Punkt 7 ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007 geht Hutchison auf Kapitel 5.5 „*Preisdiskriminierung On-net-/Off-Net-Anrufe*“ des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 ein.

Auch im Rahmen dieses Vorbringens nimmt Hutchison die Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten bloß selektiv auf: Im Gutachten wurde ausgeführt, warum die Differenzierung „*on-net-/off-net*“ stärker ausfällt, wenn die Mobil-Terminierungsentgelte höher sind: Hohe Mobil-Terminierungsentgelte führen zu hohen Off-net-Tarifen und diese werden im Verhältnis zu On-net-Tarifen teurer. Wie auch Hutchison selber ausführt, ist eine solche Differenzierung immer dann möglich, wenn das Unternehmen Geld zur Verfügung hat; nur dieses Geld wird über überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte verdient. Je mehr Geld mit Mobil-Terminierungsentgelte verdient wird, desto niedriger können die On-net-Tarife gesetzt werden.

Im wirtschaftlichen Gutachten wird auch nicht die Differenzierung „*on-net-/off-net*“ per se als Wettbewerbsproblem gesehen, sondern es besteht im Zusammenhang mit überhöhten Mobil-Terminierungsentgelten. Und dieses Problem wird beseitigt, wenn Mobil-Terminierungsentgelte auf einem kostenorientierten Niveau zu liegen kommen.

Soweit Hutchison vermeint, dass das Problem der Differenzierung „*on-net-/off-net*“ einer Regelung „*im Endkundenmarkt*“ zuzuführen wäre, ist zum Einen darauf zu verweisen, dass dieses Problem wegen überhöhter Mobil-Terminierungsentgelte besteht, und zum Anderen, dass eine Regulierung auf Endkundenebene subsidiär zur Regulierung auf der Vorleistungsebene ist (§ 43 Abs. 1 TKG 2003). Durch Senkung der Mobil-Terminierungsentgelte, dh durch eine Maßnahmen auf Vorleistungsebene, kann dem oben genannten Problem begegnet werden, weswegen eine Regulierung auf Endkundenebene – ungeachtet des Umstandes, dass durch die TKMVO 2003 kein Endkundenmarkt im Mobilfunk definiert ist – nicht in Betracht kommt. Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 bestätigen die Amtssachverständigen diese Ausführungen.

f. In weiterer Folge (Punkt 8 ihrer Stellungnahme vom 25.7.2007) führt Hutchison an, dass einige Annahmen zum Sachverhalt unrichtig seien:

So wendet sich Hutchison unter Punkt 8.1 gegen Tabelle 5.1 und erachtet die Aussage im wirtschaftlichen Gutachten, dass ihr implizites Terminierungsentgelt „0“ sei, als falsch und verweist auf die von Hutchison angebotenen „Paketpreise“ und den Umstand, dass bei Überschreitung der in den Paketen enthaltenen Freiminuten weitere minutenabhängige Entgelte in Rechnung gestellt werden.

Dieser Umstand ist der Telekom-Control-Kommission bewusst, wie auch den Amtssachverständigen: So führen diese auch in der Anmerkung zur Tabelle 5.1 an, dass für Hutchison der Tarif „3Genial“ herangezogen wurde, der sich bekanntlich dadurch auszeichnet, dass Freiminuten im Grundentgelt inkludiert sind.

Nachdem jedoch – wie der anschließende Absatz auf Seite 72 des wirtschaftlichen Gutachtens zeigt – die Amtssachverständigen keine besonderen Hutchison-spezifischen

Schlüsse aus dieser Tabelle gezogen haben und die Telekom-Control-Kommission die Relation „0“ in Kenntnis obiger Ausführungen versteht, ist die Telekom-Control-Kommission nicht der Ansicht, dass eine Gutachtensergänzung notwendig wäre.

Weiters führt die Verfahrenspartei zu Punkt 8.2. aus, dass Telekom Austria AG bislang nicht im Verfahren aufgetreten ist und es offenbar – entgegen den Ausführungen der Amtssachverständigen auf Seite 55 des wirtschaftlichen Gutachtens – keine besondere Interessenslage der Telekom Austria AG geben würde.

Hierzu ist festzuhalten, dass das gegenständliche Marktanalyse-Verfahren gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 ein Einparteien-Verfahren ist, in welchem bloß Hutchison Parteistellung zukommt. Telekom Austria kann in diesem Verfahren (als Partei) nicht „auftreten“. Darüber hinaus liegt es bei Telekom Austria, ihre Standpunkte zur geeigneten Zeit und in der von ihr gewünschten Form darzulegen. Aus dem Umstand heraus, dass Telekom Austria bislang nicht „aufgetreten“ ist, kann nicht abgeleitet werden, dass die von den Amtssachverständigen nachvollziehbar dargelegten Interessen der einzelnen Betreiber(gruppen) (wie diesfalls der Telekom Austria) falsch wären.

Unter Punkt 8.3. geht Hutchison auf das Gutachten ein, insbesondere zu den Ausführungen, dass ein kleiner Betreiber, wie Hutchison, ein Interesse an hohen Mobil-Terminierungsentgelten hätte. Auf diese Ausführungen geht Hutchison sodann nicht ein, sondern fordert, nicht gegenüber den Wettbewerbern benachteiligt zu werden. Diese Benachteiligung würde darin bestehen, dass *„Hutchison auf dem Gleitpfad schneller absinkt als Mobilkom“*.

Der Telekom-Control-Kommission ist nicht erkennbar, dass die Ausführungen der Hutchison das wirtschaftliche Gutachten betreffend Marktanalyse entkräften könnte. Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens werden Anreizstrukturen untersucht, die zeigen, dass ein kleiner Betreiber ein Interesse an hohen Mobil-Terminierungsentgelten hat.

Darüber hinaus bringt Hutchison im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 wieder vor, dass der Gleitpfad der Hutchison eine Benachteiligung darstellen würde; hierzu halten die Amtssachverständigen fest, dass der höhere Ausgangswert der Hutchison größere absolute Schritte erfordert, wenn das Ziel der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ - als einheitlichen Marktpreis - zu einem ähnlichen Zeitpunkt erreicht werden soll; durch diesen höheren Ausgangswert genießt Hutchison auch für eine längere Zeit höhere Entgelte als die anderen Mobilbetreiber, auch wenn diese schrittweise reduziert werden.

Soweit Hutchison abschließend unter Punkt 8.4. darauf verweist, dass die „Teilnehmerzahlen“ in der Tabelle 4.9 auf Seite 40 des wirtschaftlichen Gutachtens falsch sind (jene der Tele2 wurden in die Zellen der Hutchison eingefügt), ist der Verfahrenspartei Recht zu geben. Nachdem jedoch die Aussagekraft dieser Tabelle über den Prozentsatz der Anteile der Nachfrager nach Mobil-Terminierungsentgeltsleistungen an den gesamten Mobil-Terminierungsentgelten gegeben ist, erscheint dieser Irrtum als unbeachtlich. Eine gutachterliche Befassung mit diesem Versehen wird damit nicht als notwendig erachtet.

g. Abschließend begehrt Hutchison die Offenlegung sämtlicher dem wirtschaftlichen Gutachten zugrunde liegender Inputdaten (Punkt 9 der Stellungnahme vom 25.7.2007; vgl. dazu auch Punkt 8 der Stellungnahme vom 14.8.2007 zum technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten).

Diesem Begehren wurde insofern nachgekommen als sämtliche Daten der Hutchison als Verfahrenspartei und die Daten der Mobilkom – als jener Betreiber, der die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ vorgibt – am 22.8.2007 elektronisch übermittelt wurden. Die Daten anderer Betreibern sind nicht Gegenstand des Verfahrens M 15e/03, M 13e/06, weswegen diese Daten nicht übermittelt wurden.



Alle Beweise, auf die sich die Telekom-Control-Kommission stützt, wurden damit offen gelegt und der Verfahrenspartei mit der Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 45 Abs. 3 AVG zur Kenntnis gebracht. Es werden damit keine geheimen Beweismittel iSd Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2002/03/0273 (vom 25.2.2004) verwendet.

h. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 nimmt Hutchison zum wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten im Verfahren M 13e/06 betreffend Marktanalyse Stellung und hält eingangs fest, dass „H3G *unstrittig über beträchtliche Marktmacht verfügt*“ (Seite 2). Damit bestätigt Hutchison die Ausführungen der Amtssachverständigen, die Feststellungen sowie die Schlüsse, die die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren betreffend Marktmacht der Hutchison gezogen hat.

Die von Hutchison vorgebrachten Kritikpunkte gründen regelmäßig auf eine mangelhafte Lektüre des wirtschaftlichen (Erst-)Gutachtens und enthalten eine Reihe von Unterstellungen; dabei untermauert Hutchison ihr verfehltes Vorbringen mit wenig zielführender Kritik. In der Summe vermag auch dieses Vorbringen nicht zu überzeugen und die Feststellungen zu erschüttern, weswegen den Anträgen auf Ergänzung des Gutachtens nicht zu folgen war.

i. Eingangs der Stellungnahme vom 4.10.2006 bezieht sich die Kritik der Hutchison darauf, dass die Marktmacht, die disziplinierenden Faktoren sowie die Wettbewerbsprobleme nicht quantifiziert worden seien. Aus Sicht von Hutchison wäre damit kein Fundament für die Empfehlung geeigneter Regulierungsinstrumente geschaffen worden. Insofern sei der Gutachtensauftrag nicht treffend gewesen.

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

Erst nachdem die Ergebnisse des wirtschaftlichen (Erst-)Gutachtens darauf hingewiesen haben, dass von einer beträchtlichen Marktmacht der Hutchison auszugehen ist, waren in einem zweiten Schritt gutachterlich zu erheben, welche spezifische Verpflichtungen geeignet sind, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. In diesem zweiten Gutachtensauftrag wurde festgehalten, dass eine „qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern“ ist. Im Rahmen der Abwägung geeigneter und verhältnismäßiger Verpflichtungen gehen die Amtssachverständigen auf die „Gewichte“ der einzelnen Wettbewerbsprobleme ein. Der Vorwurf der Hutchison geht damit ins Leere. Darüber hinaus darf auf die weiteren Ausführungen zur „Wesentlichkeit“ und „Priorisierung“ von Wettbewerbsproblemen verwiesen werden.

j. Nicht nur im Rahmen des gegenständlichen Kritikpunktes, sondern über die Stellungnahme vom 4.10.2006 verteilt, äußert Hutchison Kritik daran, dass die Amtssachverständigen keine Evidenz, keine Empirie und keine quantitativen Aussagen treffen würden. Dieser Vorwurf ist verfehlt und diesem soll wie folgt entgegen getreten werden:

Wie bereits ausgeführt wurde, ist im Rahmen einer Marktanalyse iSd § 37 TKG 2003 – im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – eine ex-ante-Betrachtung zu verfolgen. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Green-Field-Ansatz“). In diesem Sinn führt auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen,

sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [ ] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [ ] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71).

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

Es zeigt sich somit zum Einen, dass im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung „Annahmen“ zu treffen, „Hypothesen“ anzustellen sind und die Regulierungsbehörde sich auf „Prognosen“ stützen muss. Zum Anderen ist zu konstatieren, dass die Heranziehung von konkreten Daten und Beobachtungen am verfahrensgegenständlichen Markt auf Grund der bestehenden Regulierung regelmäßig lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht jedoch auf die „wahren“ Marktkräfte zulässt; soweit jedoch Beobachtungen auf den Mobil-Terminierungsmärkten zu machen waren, haben die Amtssachverständigen diese in ihr Gutachten aufgenommen (wie beispielsweise der Umstand, dass in der Vergangenheit kaum Senkungen von Mobil-Terminierungsentgelte auf privatrechlichem Weg zu beobachten waren).

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

k. Hutchison erachtet in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 den von den Gutachtern erstellten internationalen Vergleich im wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten als (an mehreren Stellen) falsch. Nachdem der internationale Vergleich lediglich in einem geringen Ausmaß Eingang in die Feststellungen genommen hat und kein Marktmachtindikator iSd § 35 TKG 2003 ist, kann dieses Vorbringen grundsätzlich außer Acht gelassen werden. Auf eine Reihe von Unzulänglichkeiten im Vorbringen der Hutchison vom 4.10.2006 soll jedoch hingewiesen werden: Zu Kritikpunkt 4.1. soll festgehalten werden, dass die Einberechnung und vor allem die Gewichtung der Kaufkraftparitäten zum Vergleich der Terminierungsentgelte nicht unumstritten ist. Daher ist es sinnvoll, mehrere Facetten aufzuzeigen bzw. zwei unterschiedliche Maßeinheiten anzuwenden. Im wirtschaftlichen Gutachten sind die drei ersten Abbildungen ohne Kaufkraftparitäten (Abb. 4.1-4.3), die übrigen Tabellen und Abbildungen beinhalten diese.

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

Soweit Hutchison auf die gesunkenen Terminierungsentgelte in der EU eingeht bzw. auf die diesbezüglichen Ausführungen im Gutachten kann festgehalten werden, dass die in Abbildung 4-4 dargestellten durchschnittlichen Terminierungsraten in der nachfolgenden Abbildung 4-5 nach der in den Ländern vorhandenen Regulierung aufgeteilt werden. Daraus

wird ersichtlich, dass der Zug zu niedrigeren Terminierungsentgelten eindeutig aus den Ländern mit kostenorientierter Regulierung stammt. Wie in der Stellungnahme richtig festgestellt wird, sind in *allen* europäischen Ländern die Mobilfunkleistungen angestiegen. Es ist ein Effekt, der sich insgesamt über alle Länder auswirkt und sich am stärksten in den Ländern mit kostenorientierter Regulierung in den Preisen wieder findet.

l. In weiterer Folge kritisiert Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 das Potential für Quersubventionierung aus (überhöhten) Terminierungsentgelten und vermeint, dass zumindest ihr – vor dem Hintergrund des Markteintrittes – keine „freien Gewinne“ zur Quersubventionierung verbleiben würden.

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

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

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

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

m. In der Stellungnahme vom 4.10.2006 vermeint Hutchison weiters, dass die Ausführungen der Amtssachverständigen zur „unelastischen Nachfragefunktion“ nicht begründet seien und dass der Nachweis fehle, dass bei Hutchison tatsächliche Übergewinne gegeben sind, die allokativen Ineffizienzen verursachen.

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

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

n. Weiters releviert Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006, dass die nachfrageseitige Gegenmacht, der Hutchison ausgesetzt ist, „unter den Tisch“ gefallen sei. Dieser Vorwurf ist grob unrichtig, haben die Amtssachverständigen doch unterschiedliche Konstellationen der nachfrageseitigen Gegenmacht thematisiert und dabei zwischen verschiedenen Betreibern und Betreibergruppen differenziert; darüber hinaus wurde die Untersuchung gerade dieses Marktmachtindikators im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens vom Juli 2007 vertieft:

Soweit Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 kritisiert, dass die Amtssachverständigen eine unrichtige Beziehung zwischen überhöhten Entgelten und der Endkumentarifestaltung herstellen würden, ist Hutchison entgegen zu treten und zum Einen festzuhalten, dass die Ausführungen der Hutchison den Umstand ausblenden, dass Betreiber auf der Endkundenebene die Vorleistungskosten durch entsprechende kostendeckende Endkumentarife zu tragen haben. Eine Erhöhung der Vorleistungstarife kann daher nicht ohne Auswirkungen auf die Endkumentarife bleiben. Insofern auf der Endkundenebene Durchschnittstarife in Rechnung gestellt werden, wird das Problem allokativer Verzerrungen insbesondere im Falle kleiner Betreiber noch verstärkt („free rider“-Problem).

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

o. Im Zusammenhang mit der Preisdifferenzierung zwischen on-net und off-net-Anrufen hält Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 fest, dass sie den Zweck der diesbezüglichen Ausführungen der Amtssachverständigen nicht erkennen kann. Dennoch tritt die Verfahrenspartei den Ausführungen (mit Unterstellungen) entgegen.

Im wirtschaftlichen Gutachten haben die Amtssachverständigen ausgeführt, dass die Preisdifferenzierung zwischen off-net- und on-net-Anrufen als Wettbewerbsinstrument herangezogen werden kann, im Konkreten auch als ein Instrument für foreclosure (vgl. Wirtschaftliches Erst-Gutachten, Seite 48f, sowie das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007, Kapitel 5.5). „Foreclosure“ wurde in unterschiedlichen Formen als Wettbewerbsproblem festgestellt (vgl. das zweite und vierte Wettbewerbsproblem), wobei sich auch aus dem Gutachten ergibt, dass dieses Wettbewerbsproblem für Hutchison von geringerer Relevanz ist als für einen „großen“ Mobilbetreiber.

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

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

p. Ein weiterer Kritikpunkt in der Stellungnahme vom 4.10.2006 der Hutchison bezieht sich auf eine angeblich weder empirisch noch quantitativ nachgewiesene Marktverzerrung zwischen der Fest-Mobil- und der Mobil-Mobil-Terminierungsleistung.

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

Darüber hinaus halten die Amtssachverständigen in diesem Kontext fest, dass Mobilbetreiber untereinander bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen (symmetrische Verkehrsverhältnisse) sich möglicherweise auf kostenorientierte Entgelte einigen könnten (keine überhöhten Entgelte); da jedoch diese Voraussetzungen derzeit nicht erfüllt sind, gehen die Amtssachverständigen davon aus, dass sowohl die Fest-Mobil- als auch die Mobil-Mobil-Terminierung aus ökonomischer Sicht einer Regulierung unterworfen werden sollte.

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

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

q. Nachdem im Rahmen des gegenständlichen verbundenen Verfahrens M 15e/03, M 13e/06 Hutchison auch zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten im Verfahren M 15e/03 Stellung genommen hat (1.6.2004), sich im Rahmen der Stellungnahme vom 25.7.2007 zur Aktualität jedoch nicht geäußert hat, geht die Telekom-Control-Kommission auf das damalige Vorbringen vom 1.6.2004 ein; dies geschieht vor dem Hintergrund, dass das Erst-Gutachten zu M 15e/03 teilweise mit jenem vom Juli 2007 übereinstimmt:

Die von Hutchison vorgebrachte Argumentation, dass sie auf keine „2G-Kundengruppe“ (wie ein im „2G-Bereich“ etablierter Betreiber) zurückgreifen kann, ist nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission korrekt, hat aber für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen (Erst-)Frage nach dem Vorliegen effektiven Wettbewerbs bzw. einer

beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“ keine Bedeutung, wobei die Telekom-Control-Kommission die besondere Rolle der Hutchison als Neueinsteiger mit einer neuen Technologie grundsätzlich anerkennt. So haben die Amtssachverständigen für Unternehmen wie Hutchison auch den Ausdruck „Maverick“ verwendet, mit dem sich Hutchison offenbar identifizieren kann. Hutchison sieht sich in dieser Rolle aber in einem anderen Markt, nämlich dem Endkundenmarkt, der jedoch für die gegenständliche Frage von untergeordneter Bedeutung ist.

In weiterer Folge (Punkt 3) listet Hutchison eine Reihe von Gründen auf, warum sie über keine beträchtliche Marktmacht verfügen soll. So bringt Hutchison vor, dass sie über keine ausreichende Verhandlungsmacht verfügt und eine solche auch nicht in absehbarer Zeit erlangen wird. Inwieweit aber daraus eine nicht-marktbeherrschende Stellung der Hutchison abgeleitet werden soll, kann die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehen, geht es doch bei der nachfrageseitigen Gegenmacht iSd § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 um einen Indikator, durch den ein (potentiell marktmächtiger) Betreiber gegebenenfalls in seiner Marktmacht diszipliniert werden kann. An dieser Stelle darf auf die umfassende Analyse dieses Indikators im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 verwiesen werden.

Die weiteren von Hutchison – großteils unbegründeten – Argumente, die angeblich gegen eine beträchtliche Marktmacht sprechen, erweisen sich als bloße Aussagen: So könne sich Hutchison nicht unabhängig von den Mitbewerbern, den Konsumenten und „der Regulierungsbehörde“ verhalten. Eine Erhöhung der Zusammenschaltungsentgelte der Hutchison komme nicht in Frage. Wie die Amtssachverständigen in ihren eingehenden Analysen, zuletzt im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007, zeigen, haben (profitmaximierende) Monopolbetreiber klare Anreize, die in ihrem Kern gegen die bloßen Aussagen der Hutchison sprechen. Insofern erachtet es die Telekom-Control-Kommission als ausreichend, auf die fundierten und nachvollziehbaren Ausführungen in diesem Gutachten zu verweisen.

Auch das Vorbringen der Hutchison zum „deutlich höheren wirtschaftlichen Risiko“ sowie zu Kundenakquisitionsmöglichkeiten vermag keine Auskunft über das Bestehen oder Nicht-Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 zu geben.

Auch wenn der Marktanteil der Hutchison auf einem anderen Markt – dem Mobil-Endkundenmarkt, der für eine ex-ante-Regulierung nicht vorab definiert ist – gering ist, hat dies keine direkte Aussagekraft über wettbewerbliche Verhältnisse auf einem anderen Markt – dem Monopolmarkt der Terminierung. Vor dem Hintergrund der TKMVO 2003 sowie der Märkteempfehlung der EK verwundert auch die (unbegründete) Aussage der Hutchison, dass der Endkundenmarkt der „eigentlich regulatorisch relevante“ sei. Vor diesem Hintergrund kann die Telekom-Control-Kommission auch dem von Hutchison vorgelegten Dokument „First Mover Advantages in der Mobilkommunikation – Der Einfluss des Markteintrittszeitpunkts auf die Marktanteilsentwicklung“ nicht näher treten, beinhaltet dieses doch nur Aussagen betreffend den Endkundenmarkt. Es kann festgehalten werden, dass es keine „Marktanteilsentwicklung“ – wie im Dokument untersucht – auf einem resistenten Monopolmarkt geben kann.

Dieselben Argumente sind Hutchison betreffend ihrer Argumentation zur Spürbarkeit entgegen zu halten: Es geht nicht um einem Marktanteil von etwa 1% auf einem Endkundenmarkt, sondern vielmehr um eine Untersuchung der Anreizstrukturen eines (profitmaximierenden) Betreibers (mit 100% Marktanteil auf einem Terminierungsmarkt).

### **3. Zur Stellungnahme der Hutchison zum Regulierungsinstrumente-Gutachten**

Am 14.8.2007 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme zur „Gutachterlichen Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente vom Juli 2007“. Hutchison geht lediglich auf einzelne Fragen des Gutachtens ein; das Vorbringen geht von selbst aufgestellten

Prämissen aus, ist unbegründet und kann damit nicht überzeugen. Das ständige Wiederholen (falscher) Argumente kann die Qualität und Überzeugungskraft des Vorbringens nicht verbessern.

Im Rahmen der mündlichen Anhörungen vom 20. und 27.8.2007 wurden einige dieser Themen von Hutchison wiederholt aufgebracht.

a. Eingangs (Punkt 2 „Zum Gutachtensaufbau“ der Stellungnahme vom 14.8.2007) kritisiert Hutchison, dass die gutachterliche Stellungnahme auf einem Marktanalyse-Gutachten basiert, zu welchen die Verfahrenspartei zwar Stellung genommen hat, aber die Amtssachverständigen und die Behörde diese Einwendungen für das Regulierungsinstrumente-Gutachten nicht berücksichtigt haben bzw. auch nicht konnten. Aus diesem Grund vermeint Hutchison, dass ihre Einwände zum Marktanalyse-Gutachten ignoriert oder verworfen werden müssen, um die gewählte zeitliche Abfolge zu „sanieren“.

Das Vorbringen der Hutchison ist verfehlt und missachtet die einschlägigen Rechtsgrundlagen: Gemäß § 39 Abs. 2 AVG hat die Behörde den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen; dabei hat sich die Behörde von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Zum Einen zeigt sich, dass die Behörde ihre Ermittlungen führt und nicht die Verfahrenspartei. Zum Anderen ist festzuhalten, dass der von der Telekom-Control-Kommission gewählte Weg, nach Vorliegen eines Gutachtens über die wettbewerblichen Verhältnisse auf einem Markt einen weiteren Ermittlungsschritt zu setzen und einen Gutachtensauftrag betreffend möglicher spezifischer Verpflichtungen zu erteilen, bevor die Partei Stellung zum Erst-Gutachten genommen hat, nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission geboten ist, um ein rasches Ermittlungsverfahren iSd leg. cit. durchzuführen.

Dass im Rahmen der weiteren Ermittlungen – auf der Grundlage der Stellungnahme der Verfahrenspartei – möglicherweise eine Adaption eines erteilten Gutachtensauftrages notwendig sein kann oder Amtssachverständige mit einer Ergänzung oder Erweiterung eines bereits vorgelegten Gutachtens beauftragt werden können, wird von der Verfahrenspartei offenbar negiert. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass im Zusammenhang mit der Ermittlung der Kosten der Zusammenschaltungsleistung Amtssachverständige mit der Ergänzung ihres im Februar 2007 vorgelegten Gutachtens beauftragt wurden und damit von dieser Vorgangsweise Gebrauch gemacht wurde. Ein Automatismus, dass Einwände der Verfahrenspartei ignoriert oder verworfen werden (müssen) – wie von Hutchison vorgetragen –, entbehrt den Grundlagen und ist zurückzuweisen.

Wie die obigen Ausführungen zum Vorbringen der Hutchison zum Marktanalyse-Gutachten zeigen, war nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine weitere gutachterliche Stellungnahme einzuholen, da die Ausführungen der Verfahrenspartei das (Erst-)Gutachten nicht zu erschüttern vermochten. Im Besonderen wurde unter 1.A. gezeigt, dass „Zero Rated Termination“ keine Alternative darstellt und sich die Amtssachverständigen mit diesem Modell bereits auseinandergesetzt haben. Zur „Gewichtung von Wettbewerbsproblemen“ ist ebenso auf obige Ausführungen zu verweisen (Punkt 1.B.b) (Punkt 3 „Identifizierte Wettbewerbsprobleme und Regulierungsinstrumente“).

Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 weisen die Amtssachverständigen darauf hin, dass die von Hutchison eingebrachten Argumente in der Diskussion (zur Gutachtenserstellung) berücksichtigt wurden, da in Gesprächen mit Vertretern der Hutchison vorab einzelne Aspekte angesprochen wurden, die Hutchison beabsichtigte, noch bei der Telekom-Control-Kommission einzubringen.

b. In weiterer Folge (Punkt 4) wendet sich die Verfahrenspartei gegen den „*steileren Gleitpfad für H3G*“; die Verfahrenspartei erachtet sich gegenüber den andere Mobilbetreibern samt dem MVNO Tele2 diskriminiert. Zur Begründung geht Hutchison auf die Ausführungen

im Bescheid Z 11/05 (vom 19.12.2005) ein und führt Argumente gegen die Ausführungen im Bescheid Z 11/05 zur „geringeren Versorgungsverpflichtung“ sowie zu „National Roaming“ an. Weiters vergleicht Hutchison „ihren“ Gleitpfad mit jenem des MVNO Tele2.

Mit diesen Ausführungen verkennt Hutchison den Gleitpfad: Die höheren Absenkungsschritte für die Verfahrenspartei ergeben sich aus dem Umstand, dass ihr Mobil-Terminierungsentgelt, das Ausgangspunkt für eine schrittweise Heranführung an einen LRAIC-Wert herangezogen wird, weit über jenen der anderen Mobilbetreiber lag. Wie die Feststellungen zeigen, lag das Mobil-Terminierungsentgelt der Hutchison im Jahr 2005 bei Cent 19,62, während zum gleichen Zeitpunkt die Entgelte von One (und damit der Tele2; vgl. die Bescheide M 15f/03, M 13f/06) bei Cent 13,8 (und ab 1.11.2005 Cent 13,28), von T-Mobile bei Cent 13,18 (und ab 1.11.2005 Cent 12,66) und von Mobilkom bei Cent 10,86 (und ab 1.11.2005 Cent 10,34) lagen.

Die Umstände eines um fast 100% höheren Mobil-Terminierungsentgeltes (als jenes der Mobilkom), die festgestellten wettbewerblichen Defizite „überhöhter Entgelte“ und das Ziel der Telekom-Control-Kommission, diese Entgelte bis Ende 2008 zu reduzieren, bringt mit sich, dass das Mobil-Terminierungsentgelt der Hutchison deutlicher gesenkt werden muss. Insoweit ist der Vorwurf einer Diskriminierung ungerechtfertigt, da eine allfällige Diskriminierung lediglich unter gleichen bzw. vergleichbaren Umständen geschehen kann. Unterschiede, die im Tatsächlichen gelegen sind – wie weitaus höhere Entgelte –, rechtfertigen jedoch eine Andersbehandlung.

Bereits auf Grund der höheren Entgelte, die Hutchison im Vergleich zu den anderen Mobilbetreibern über die gesamte Laufzeit eines Gleitpfades lukriert, (und den gleichzeitig geringer werdenden Terminierungsentgelten, die Hutchison zu bezahlen hat) kann nicht davon ausgegangen werden, dass allfällige „late-comer“-Nachteile (wegen einer späten Lizenzvergabe) unberücksichtigt bleiben. In diesem Zusammenhang darf auch an die Ausführungen der Europäische Kommission erinnert werden, die in einer Stellungnahme vom 26.1.2007 (SG-Greffe (2007) D/200352) ausgeführt hat, dass ein Markteintritt eines Betreibers im September 2005 als temporäre Rechtfertigung für asymmetrische Terminierungsentgelte akzeptiert werden kann, wobei die Europäische Kommission gleichzeitig daran erinnert hat, dass Betreiber effizienter zu werden haben und sich damit symmetrische Entgelte einzustellen haben. Hutchison ist 2003 in den Markt eingetreten und hat damit über 5 Jahre Zeit, bis ihre Entgelte auf ein kostenorientiertes Niveau gesenkt werden.

Darüber hinaus verblasst der Vorwurf einer Schlechterstellung der Verfahrenspartei zu den anderen Mobilbetreibern bereits vor dem Hintergrund der Feststellungen: Ein Vergleich der festgestellten Netzkosten der Hutchison mit den angeordneten Mobil-Terminierungsentgelten für Hutchison zeigt Kostenüberdeckungen, die im Zeitverlauf geschmälert werden (müssen), um dem erstgenannten Wettbewerbsproblem zu begegnen.

Die von Hutchison erwähnten, in einem – behobenen – Bescheid der Telekom-Control-Kommission angeführten Argumente einer „geringeren Versorgungspflicht“ und „National Roaming“ stellen grundsätzlich weitere Hinweise dar, warum für Hutchison ein anderer Gleitpfad gerechtfertigt sein kann. Diese beiden Argumente reihen sich aber nach den obigen Ausführungen ein und werden von der Telekom-Control-Kommission in diesem Kontext nicht mehr herangezogen. Im Rahmen der mündlichen Anhörung der Hutchison vor der Telekom-Control-Kommission am 27.8.2007 erachten die Amtssachverständigen die Argumente der „geringeren Versorgungspflicht“ sowie der „Möglichkeit des National Roamings“ als nicht bedeutsam und verweisen auf den oben bereits dargestellten Umstand, dass das Ausgangsniveau der Hutchison höher ist.

c. Soweit Hutchison in weiterer Folge kritisiert, dass die LRAIC eines effizienten Betreibers nicht einfach durch die Heranziehung des Kostenwertes jenes Betreibers, der die



Leistung der Mobil-Terminierung am kostengünstigsten erbringt (Mobilkom), ermittelt werden kann und Hutchison sich wiederholt gegen die „one price rule“ ausspricht, ist auf die rechtliche Beurteilung sowie auf die Ausführungen im nachfolgenden Kapitel zu verweisen.

Soweit Hutchison auch in diesem Kontext vermeint, dass sie die Leistung der Mobil-Terminierungsentgelte „unter Kosten“ erbringen würde, ist auf die festgestellten Kosten der Hutchison sowie auf die angeordneten Entgelte zu verweisen; aus diesem Vergleich ergibt sich, dass die Kosten der Hutchison für die verfahrensgegenständliche Leistung abgedeckt erhält. Dieses Vorbringen ist damit falsch; die weitere diesbezügliche Kritik, dass „*alle Betreiber außer Mobilkom ... Geld verlieren*“ und es somit zu einer „*Rückführung der Mobilkom auf die mühsam und bislang erst teilweise aufgebrochene Monopolstellung*“ kommt, entbehrt den Grundlagen und ist unbegründet.

d. In weiterer Folge (Punkt 7) übt Hutchison Kritik an den „*Prämissen für die Operationalisierung des Gleitpfades*“ und polemisiert, dass es sich dabei um „*inhaltsleere Floskeln*“ handeln würde, die „*hin- und hergeschoben*“ werden. Dabei übersieht Hutchison die weitergehenden Ausführungen im Regulierungsinstrumente Gutachten vom September 2006 sowie das Konsultationsergebnis vom März 2005.

Die Telekom-Control-Kommission nimmt diese Unsachlichkeiten mit Verwunderung zur Kenntnis und verweist Hutchison damit auf den einschlägige Rechtsrahmen: Die von Hutchison als „Floskeln“ bezeichneten Formulierungen stellen im Wesentlichen Vorgaben des TKG 2003 dar, die die Telekom-Control-Kommission bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen hat. Dabei ist es nicht die alleinige Aufgabe der Amtssachverständigen – wie dies Hutchison suggerieren möchte – die Zielbestimmungen der telekommunikationsrechtlichen Vorgaben abschließend zu bewerten:

Die unter Punkt 7.1 angeführte „Verhältnismäßigkeit“ ergibt sich bereits aus § 34 TKG 2003 und kann damit nicht als „Floskel“ bezeichnet werden. Die Berücksichtigung realer Umstände, wie ein späterer Markteintritt und damit verbunden die Berücksichtigung von „Late-Comer“-Nachteilen (Punkt 7.2.), steht in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003, Märkte zu analysieren und gegebenenfalls geeignete spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen. In diesem Rahmen wird dem konkreten Einzelfall Rechnung getragen; im Fall der Hutchison drückt sich die Berücksichtigung von „Late-comer“-Nachteilen darin aus, dass Hutchison weit höhere Mobil-Terminierungsentgelte bis Ende 2008 lukrieren kann als andere Mobil-Betreiber, Hutchison erreicht als letzter Betreiber den einheitlichen Zielwert, dabei wird ihr eine Kostendeckung zugesprochen.

Die unter Punkt 7.3 vorgebrachte und unbegründete Kritik zur „Fairness“ und „Nichtdiskriminierung“ ist bereits vor dem Hintergrund der Zielbestimmungen des TKG 2003 verfehlt, da gerade § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs fordert.

Soweit Hutchison sich wiederholt gegen reziproke Entgelte wendet (Punkt 7.4) ist auf die diesbezügliche Begründung in der rechtlichen Beurteilung zu verweisen.

Zusammenfassend zeigt sich, dass der Vorwurf der „*Inhaltslosigkeit der von der TKK formulierten Prämissen*“ unbegründet und falsch ist. Dem Antrag auf „*gänzliche Neufassung der gutachterlichen Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente*“ (Punkt 11) war vor dem Hintergrund der vorgetragenen Kritik ohne Substrat nicht zu folgen.

e. Nachdem das Vorbringen der Hutchison zu den von den Amtssachverständigen vorgeschlagenen Anordnung von Entgelten für den Zeitraum 2004 bis 2008 (Punkte 8, 9 der Stellungnahme der Hutchison vom 14.8.207) nicht auf Tatsächliches im Gutachten eingeht,

sondern vielmehr Ausdruck einer anderen (Rechts-)Ansicht ist, begegnet die Telekom-Control-Kommission dem Vorbringen in der rechtlichen Begründung.

f. Nachdem Hutchison im Wesentlichen davon ausgeht, dass im gegenständlichen Verfahren ein konkretes Entgelt angeordnet wird (Punkt 10 der Stellungnahme vom 14.8.2007), stellt Hutchison den Antrag, die Telekom-Control-Kommission „*möge auch hinsichtlich aller Unterlagen, Verfahrensschritte und Eingaben der anderen Betreiber der in den fortgesetzten Verfahren zu den GZ M 15a-f/03 und M 13a-f/06 volles Parteiengehör gewähren und insbesondere die in diesen Verfahren ergangenen und noch ergehenden Bescheide, Gutachten und Stellungnahmen zuzustellen*“. Diesen Antrag wiederholt Hutchison auch im Rahmen der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 20.8.2007. Einen solchen Antrag stellt Hutchison auch im Rahmen der Stellungnahme vom 14.8.2007 zum technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten; im Rahmen der Ausführungen zum letztgenannten Antrag hält die Verfahrenspartei – im Gegensatz zu einem am selben Tag eingelangten Schreiben (siehe die Stellungnahme vom 14.8.2007 mit dem erstgenannten Antrag) – fest, dass „*Hutchison nicht davon ausgeht, dass bereits im (...) Marktanalyseverfahren eine abschließende Festlegung des in diversen bilateralen Zusammenschaltungsverfahren gegenständlichen Terminierungsentgeltes stattfinden soll*“.

Einleitend ist festzuhalten, dass es zu den Geschäftszahl M 15f/03 und M 13f/06 keine fortgesetzten Verfahren gibt, weswegen diesem Begehren nicht zu folgen war.

Darüber hinaus konnte dem Begehren auf Einräumung vollen Parteiengehörs in den Verfahren zu M 15a-d/03, M 13a-d/06 nicht gefolgt werden, da § 37 Abs. 5 TKG 2003 klar regelt, wem in einem Verfahren nach § 37 TKG 2003 die Stellung und damit die Rechte als Partei iSd § 8 AVG zukommt. Nach Abs. 5 leg. cit. hat Parteistellung in diesem Verfahren nur das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden. Hutchison kommt damit nur in den verbundenen Verfahren M 15e/03, M 13e/06 Parteistellung zu, nicht jedoch in den Verfahren betreffend die anderen Mobilfunkbetreiber. Der Antrag war damit zurückzuweisen.

g. Zu den Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente hat Hutchison bereits in den (Erst-)Verfahren zu M 15e/03 und M 13e/06 Stellung genommen:

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

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

Nach Abschluss der Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 zu M 13e/06 übermittelte Hutchison eine „ergänzte“ Fassung der Studie von Leo; diese wird in weiterer Folge um eine „aktualisierte“ Fassung derselben „ausgetauscht“. Die nunmehr unterschriebene und mit Dezember 2006 datierte „Letztfassung“ der Studie (vom 8. bzw. 12.12.2006) nimmt – den Ausführungen der Verfahrenspartei folgend – nunmehr auch Bezug „*auf den Maßnahmenentwurf M 13e/06 und die wirtschaftlichen Gutachten in diesem Verfahren*“. Ein

Vergleich der erst- und letztübermittelten Fassung der Studie von Leo zeigt im Wesentlichen, dass die Verweise auf die Gutachten aus dem Verfahren M 15/03 um Verweise auf die verfahrensgegenständlichen Gutachten ergänzt worden sind (vgl. z.B. auf den Seiten 6, 7). Dabei zeigt sich, dass mit den zusätzlich eingefügten Verweisen auf die verfahrensgegenständlichen Gutachten ungenau umgegangen wird, da trotz Verweise in der Studie sich diese Ausführungen im Gutachten, auf die verwiesen wird, nicht finden (vgl. Seite 12).

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

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

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

Wie bereits festgehalten, geht Hutchison im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Regulierungsinstrumente-Gutachten vom September 2006 davon aus, dass die Amtssachverständigen ein einheitliches Entgelt empfehlen. Richtig ist demgegenüber, dass die Amtssachverständigen eine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierter Mobil-Terminierungsentgelte aus ökonomischer Sicht für sinnvoll erachten, um den preislichen Aspekten der wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Diese Verpflichtung wird näher konkretisiert und ausgeführt, dass der Maßstab der „LRAIC“ die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diese Wert liefert. Wie jedoch der LRAIC Wert im Konkreten ermittelt wird, wird von den Amtssachverständigen in diesem Gutachten nicht empfohlen.

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

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

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

Auch im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 thematisiert Hutchison – wiederum unter Heranziehung ihres Privatgutachters Dr. Leo – den „*einheitlichen Marktpreis*“, insbesondere, dass ein solcher nicht beobachtet werden kann. Die anwesenden Amtssachverständigen haben zu diesem Thema ausführlich Stellung genommen:

Der einheitliche Marktpreis ist im Grundsatz ein Ergebnis eines perfekten Wettbewerbes, der in der Realität freilich nicht durchgängig beobachtet werden kann. In der Praxis gibt es Preisunterschiede, die auf Produktdifferenzierung (zB unterschiedliche Qualität, etc) und Marktimperfectionen (Lock-in-Effekte, Wechselkosten, Informationsprobleme, Transportkosten, etc.) zurückgeführt werden können.

Dr. Leo zeigt in seiner (dogmengeschichtlichen) Betrachtung der Theorieansätze die unterschiedlichen Modellansätze, wobei zusammengefasst gezeigt wird, dass es eine Reihe von Ursachen für Preisdispersionen gibt; so sind auch Kosten eine Ursache, darüber hinaus gibt es aber auch unerklärliche Preisdispersionen, die scheinbar an der zentralen Annahme des „homo-oeconomicus“ zweifeln lassen.

Keiner der von Dr. Leo überblicksartig dargestellten Ansätze geht auf die besondere Konstellation der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz ein. Bei der vorliegenden Frage geht es eben nicht um „Suchprobleme“ oder um „Clearinghouse-Ansätze“ (wie im Privatgutachter dargestellt), sondern um externe Effekte. Es geht nicht um Preisdispersionen auf einem Markt, auf dem der Nachfrager die Kosten trägt, sondern um eine vom Nachfrager völlig unbeeinflussbare Preisdispersion. Der rufende Teilnehmer vermag nichts dazu beizutragen, um den Preis zu senken (weder durch ein „Clearinghouse“ noch durch verbesserte „Suche“). Insofern gehen diese Ansätze am Thema vorbei, weil der „Käufer“ der Mobilterminierung (dh der rufende Teilnehmer) keine Möglichkeit hat, durch intensivere Suche (oä) Vorteile besser zu nutzen.

Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es gerechtfertigt wäre, dass ein rufender Kunde für Leistungen zu zahlen hat, die er nicht in Anspruch nimmt.

Dabei ist festzuhalten, dass die Terminierungsleistung der Hutchison aus Nachfragesicht (zB wegen ihrer besseren Qualität, die freilich nicht gegeben ist) keinen höheren Preis rechtfertigen kann, als die Terminierungsleistung anderer Betreiber.

Die alternative normative Konzeption, die von Dr. Leo empfohlen wird, ist die individuelle Preisregulierung eines Monopolisten. Dies ist jedoch weder der Ansatz, der den rufenden Kunden vor ungerechtfertigten Preisen bewahrt, noch trägt er dazu bei, Effizienz zu stimulieren. Weiters steht dieser Ansatz im Gegensatz zur Ansicht der Europäischen Kommission, die für einen „einheitlichen Marktpreis“ eintritt.

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

Auch in diesem Zusammenhang geht Hutchison nicht mit der gebotenen Sorgfalt auf das wirtschaftliche Gutachten M 13e/06 ein, da eine „Kostenunterdeckung“ seitens der Amtssachverständigen nicht „empfohlen“ wird und eine solche – wie der Vergleich der festgestellten Kosten der Hutchison für die verfahrensgegenständliche Leistung und den festgelegten Entgelten – auch nicht gegeben ist.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 sowie dem Gutachtensauftrag der Telekom-Control-Kommission ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen die einzelnen Verpflichtungen gegeneinander abgewogen haben und im Zusammenhang mit den Wettbewerbsproblemen, die im Kontext „Preis“ stehen, ausführen, dass lediglich eine Verpflichtung zur Kostenorientierung diese Wettbewerbsprobleme beseitigen kann. Vor diesem Hintergrund hat eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit ergeben, dass die vorgeschlagene Verpflichtung dieser Vorgabe entspricht (vgl. Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente, September 2007, Seite 30).

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

j. Am 18.8.2004 übermittelt Hutchison im (Erst-)Verfahren M 15e/03 eine „Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ und kritisiert einleitend die „*Unverhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente*“ insbesondere vor dem Hintergrund von „*potentiellen Wettbewerbsproblemen (die derzeit weder vorliegen noch sich abzeichnen)*“. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf wiederholt Hutchison im Wesentlichen dieses Vorbringen und kritisiert den „rechtlich nicht begründbaren Greenfield-Ansatz“.

Erläuternd sei festgehalten, dass die Wettbewerbsprobleme deswegen potentielle sind, weil auf Grund der derzeitigen Regulierung diese Wettbewerbsprobleme nicht auftreten. Würden alle Regulierungen und Verpflichtungen aufgehoben werden, was im Fall der Feststellung effektiven Wettbewerbs auf einem relevanten Markt eintreten würde, dann ist auf Grund der Anreizstruktur davon auszugehen, dass die identifizierten (Wettbewerbs-)Probleme am Markt zu beobachten sind. Exakt diese „Was-wäre-wenn“-Betrachtung ist auch im Rechtsrahmen vorgesehen (Ex-ante-Betrachtung, „Greenfield“-Ansatz). Andernfalls würde eine Marktanalyse auch nur Aussagen über die Regulierungstätigkeit geben, aber nicht über die „wahren“ wettbewerblichen Verhältnisse.

Verfolgt man den Gedanken weiter, so würde sich die Regulierung perpetuieren und im Kreis drehen: Da keine aktuellen Wettbewerbsprobleme festgestellt werden – es wird nämlich reguliert –, wird der Markt für (wettbewerblich) effektiv erachtet; werden sodann Wettbewerbsprobleme erkannt, wird wiederum reguliert, was zur Folge hat, dass keine (aktuellen) Wettbewerbsprobleme mehr gegeben sind; insofern müsste der Markt wieder frei gegeben werden. Das Ergebnis ist eine Endlosschleife bzw. ein „regulatorischer Yoyo-Effekt“.

So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur Marktanalyse (Rz. 70) 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.*“

Das Vorbringen der Hutchison („*Steinzeit der Rechtskultur*“) im Zusammenhang mit dem rechtlich gebotenen Greenfield-Ansatz und dem Verweis auf die Missbrauchsaufsicht des Kartellgerichts entbehrt jegliche Grundlagen, stellt doch insbesondere das TKG 2003 den Rechtsrahmen für eine sektorspezifische Wettbewerbsaufsicht dar, die neben der Aufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechtes existiert (vgl. § 2 Abs. 4 TKG 2003, § 32 Abs. 2 TKG [1997]). Die Vorgehensweise der Sektorregulierung im Bereich der Wettbewerbsregulierung (Telekommunikation) geht somit von anderen Voraussetzungen aus, um effektiver auf die Notwendigkeiten der infrastrukturegebundenen Bereiche eingehen zu können. So werden im Bereich der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung – unabhängig von möglicherweise gegebenen aktuellen Missbräuchen – Märkte (vorab) definiert, die einer ex-ante-Regulierung grundsätzlich zugänglich sind (§ 36 TKG 2003). In einem weiteren Schritt werden diese auf ihre wettbewerblichen Verhältnisse (effektiver Wettbewerb oder nicht) analysiert, um gegebenenfalls Vorab-Verpflichtungen aufzuerlegen. Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission davon auszugehen, dass die Mechanismen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes nicht ausreichend sind. Würde man den Gedanken der Hutchison konsequent weiter verfolgen (die allgemeine Missbrauchsaufsicht sei ausreichend), wäre eine sektorspezifische Regulierung nicht notwendig.

Auch die Verweise der Hutchison auf die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2003 sowie die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission iSd §§ 48, 50 TKG 2003 vermögen vor dem Hintergrund der Systematik der Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, der asymmetrischen Regulierung, die zwischen Unternehmen mit und ohne beträchtliche Marktmacht differenziert und

grundsätzliche unterschiedliche Verpflichtungen daran knüpft, nicht zu überzeugen. Abschließend soll erwähnt werden, dass das Vorbringen der Hutchison – sollte man diesem folgen – lediglich einen Teil der identifizierten Wettbewerbsprobleme (Wettbewerbsprobleme 1 bis 4) adressieren kann. Darüber darf darauf verwiesen werden, dass im wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007 die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission eingehend analysiert wurde.

k. Den Ausführungen der Hutchison, dass privatrechtliche Einigungen zeigen würden, dass Mobilnetzbetreiber von ihrem Preissetzungsspielraum nicht Gebrauch machen würden, ist entgegenzuhalten, dass der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme war; dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einigungen zuletzt nicht auch vor dem Hintergrund der laufenden Marktanalyse-Verfahren stattgefunden haben und taktisches Kalkül im Vordergrund stand. Darüber hinaus ist die Tatsache alleine, dass es zu einem bilateralen Abschluss kommt, noch kein Beweis dafür, dass die Preise sich am (fiktiven) Wettbewerbsniveau ausrichten (vgl. dazu die Feststellungen zu den weit überhöhten Entgelten der tele.ring, die privatrechtlich vereinbart wurden).

Zur Ausführung der Hutchison, dass die Mobil-Terminierungsentgelte im Fall privatrechtlicher Einigungen im Durchschnitt niedriger seien, kann angemerkt werden, dass Hutchison offenbar davon auszugehen scheint, dass unter solchen Bedingungen die Mobil-Terminierungsentgelte der kleineren Betreiber niedriger wären als im Falle einer regulatorischen Festlegung auf Höhe der betreiberindividuellen Kosten. Diese Hypothese steht im Widerspruch zu den Feststellungen zum Entgelt der tele.ring im Jahr 2004: Wenn nämlich die großen Betreiber nicht reguliert würden (und kurzfristig würden sie die Mobil-Terminierungsentgelte nicht anheben können), würde sie ihre Verhandlungsmacht gegenüber einem Neueinsteiger einsetzen, um – auf Grund der gegebenen Anreizstruktur – reziproke höhere Entgelte zu erwirken. Das würde heißen, dass eine solche Regulierung – basierend auf betreiberindividuellen Kosten – die Konsumenten jedenfalls kurzfristig schlechter stellen würde, als würde nicht reguliert werden. Hier kommt aus Sicht der Telekom-Control-Kommission der Zugang der Hutchison zur Regulierung zum Ausdruck: Es geht offensichtlich nicht darum, die nachteiligen Effekte von Marktmacht für Konsumenten zu beseitigen, sondern Hutchison gegenüber den Mitbewerbern zu schützen.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass vom Verhalten der Endkunden keine hinreichenden Anreize ausgehen, um effiziente Preise zu setzen. Wie im Gutachten ausgeführt wurde, haben insbesondere kleine Betreiber auf Grund der vom Konsumenten wahrgenommenen Durchschnittspreise teilweise sogar einen Anreiz, ihre Terminierungsentgelte über dem Monopolpreis zu setzen („Free-Rider-Problem“). Würden die von Hutchison behaupteten wettbewerblichen Kräfte wirken, müssten sie ähnlich wie am Endkundenmarkt die Preise auf oder sogar unter das Niveau der Mitbewerber setzen. Das sie dem jedoch offenkundig nicht nachkommen, ist wohl als Indiz zu werten, dass die dargestellte disziplinierende Wirkung seitens der Endkunden nicht existiert.

l. Dem Vorbringen der Hutchison, dass „keine Automatik der Ausschöpfung des Maßnahmenkataloges gem. §§ 38 bis 46 TKG“ besteht, ist vollinhaltlich zuzustimmen. Die Schlussfolgerung der Verfahrenspartei jedoch, dass ein analoges Auferlegen von Verpflichtungen allen Mobilfunkbetreibern gegenüber, im „klaren Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers“ stehen würde, kann nicht nachvollzogen werden.

Festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission durch klare gesetzliche Vorgaben dazu gehalten ist, zumindest eine spezifische Vorab-Verpflichtung iSd § 38ff TKG 2003 aufzuerlegen, wenn ein Betreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 festgestellt wurde. Dabei hat die Regulierungsbehörde den leitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) genauso zu beachten wie auch die Regulierungsziele. Eine gänzliche Entlassung aus der sektorspezifischen

Wettbewerbsregulierung kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und folglich – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren war. Bei der Auferlegung der Vorab-Verpflichtung(en) hat die Telekom-Control-Kommission darauf zu achten, dass diese Verpflichtung(en) das Wettbewerbsproblem auch adressiert (adressieren). Stehen mehrere geeignete Regulierungsinstrumente zur Auswahl, hat die Regulierungsbehörde jenes heranzuziehen, das am wenigsten eingriffsintensiv ist. Diesen Vorgaben entsprechend hat die Telekom-Control-Kommission die Festlegung der sektorspezifischen Verpflichtungen vorgenommen. Da auch den selben Wettbewerbsproblemen zu begegnen war, sind die den Mobilfunkbetreibern auferlegten Verpflichtungen ident.

m. In weiterer Folge kritisiert Hutchison das wirtschaftliche Gutachten nunmehr sub titulo „Ökonomische Aspekte“. Soweit Hutchison die drei Relevanzkriterien untersucht (S. 6 ff) sei festgehalten, dass diese – wie auch von Hutchison angeführt – eine Rolle im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung spielen, jedoch nur eingeschränkt (siehe sogleich) beim Verfahren der Marktanalyse gemäß § 37 TKG 2003. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, hat sich die Telekom-Control-Kommission insbesondere in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 an die gemäß § 36 TKG 2003 vordefinierten und als relevant erachteten Märkte zu halten. Die von Hutchison genannten Kriterien sind sohin von der RTR-GmbH allenfalls bei der Erlassung der Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 zu beachten.

Auch wenn Fragen der Marktabgrenzung von der Telekom-Control-Kommission im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens nicht adressiert werden können, so erlaubt sie sich zu den Ausführungen der Hutchison zu den Markteintrittsbarrieren, die auch im Rahmen der Wettbewerbsanalysen eingeflossen sind, folgende Anmerkung: Ausgehend von der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 ist die Behauptung, dass Markteintrittsbarrieren „per Marktdefinition unüberwindbar sind“ eine logische Konsequenz und kein „Dogma“. Markteintrittsbarrieren werden in einer Wettbewerbsanalyse vor folgendem Hintergrund untersucht: Aus ökonomischer Sicht ist die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist außer Kraft gesetzt, wenn potentiellen Einsteigern der Marktzutritt verwehrt ist. Je höher also Marktbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Existenz von langfristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzungen für die Abwesenheit effektiven Wettbewerbs zu interpretieren.

Wenn nun der für die Marktabgrenzung herangezogene „Hypothetische Monopolisten“-Test zeigt, dass die Mobil-Terminierungsleistungen eines Betreibers einen Monopolmarkt konstituieren (und zwar unabhängig von der Zahl an aktiven Mobilfunkbetreibern), dann sind die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar; die Marktmacht des Monopolisten wird in diesem Fall nicht durch einen möglichen Markteintritt bedroht, da es keinen Eintritt in diesen Markt geben kann.

Im Kontext dieser drei Relevanzkriterien thematisiert Hutchison, inwieweit nicht das allgemeine Wettbewerbsrecht – d.h. eine ex-post-Kontrolle – als ausreichend erachtet werden kann.

Hierzu ist festzuhalten, dass durch die Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend Märkte sowie der – materiell gleichlautenden – TKMVO 2003 jene Märkte vorab definiert wurden, die grundsätzlich einer sektorspezifischen ex-ante-Regulierung zugänglich sind (vgl. dazu die zustimmenden Ausführungen in Stratil, TKG 2003, Rz. 1 3. Punkt zu § 37); so verwundert es wenig, dass es sich dabei um jene Märkte bzw. Bereiche handelt, bei denen in den vergangenen Jahren der sektorspezifischen Regulierung immer wieder

wettbewerbliche Defizite identifiziert werden konnten; zu nennen sind in diesem Kontext mitunter die Terminierungsmärkte, der Bereich der Endbündelung sowie der Anschlussbereich. Durch klare gesetzliche Vorgaben ist die Telekom-Control-Kommission dazu gehalten, zumindest eine spezifische Vorab-Verpflichtung iSd § 38ff TKG 2003 aufzuerlegen, wenn ein Betreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf einem der durch die TKMVO 2003 vordefinierten Märkte (§ 36 TKG 2003) festgestellt wurde. Dabei hat die Regulierungsbehörde den leitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) genauso zu beachten wie auch die Regulierungsziele. Eine gänzliche Entlassung aus der Wettbewerbsregulierung kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – somit kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren war. Die Festlegung von Märkten, die grundsätzlich einer ex-ante-Regulierung zugänglich sind, sowie die gesetzlich gebotene Analyse derselben (§ 37 TKG 2003) schließt die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechtes, die einer ex-post-Kontrolle entspricht, zwar nicht aus, ist aber offenbar nicht jenes primäres Instrumentarium, mit dessen Hilfe effektiver Wettbewerb etabliert werden kann.

n. In weiterer Folge nimmt Hutchison allgemein Bezug auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme; die Ausführungen der Verfahrenspartei weisen jedoch auf erhebliche Mängel hin:

Hutchison bezieht sich in ihrer Stellungnahme nicht nur lediglich auf eines der vier identifizierten Wettbewerbsprobleme, sondern fokussiert auf ein Problem, das die Amtssachverständigen selbst nicht als das zentrale Wettbewerbsproblem identifiziert haben. Dementsprechend sind auch die Ausführungen dazu eher von allgemeinen wirtschaftspolitischen Überlegungen hinsichtlich des Verhältnisses von Festnetz und Mobilnetz getragen als von nachvollziehbaren (ökonomischen) Überlegungen.

Das zentrale Wettbewerbsproblem, das auch bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente im Mittelpunkt stand, sind allokativer Verzerrungen für Anrufe von Fest- in Mobilnetze (siehe die beiden wirtschaftlichen Gutachten, insbesondere jenes vom Juli 2007). Diese kommen durch überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte zustande: Ein Festnetzbetreiber muss, um profitabel zu operieren, die Kosten (auch die durch zugekaufte Vorleistungen verursachten Kosten) durch entsprechende Endkundenpreise decken. Diese Terminierungsentgelte haben einen direkten Einfluss auf die kurzfristigen Grenzkosten von Gesprächen aus einem Fest- in ein Mobilnetz; auch Hutchison geht davon aus, dass ein Betreiber diese auf die Endkunden „durchreicht“. Steigen die Mobil-Terminierungsentgelte vom (fiktiven) Wettbewerbsniveau auf den Monopolpreis, steigt demnach auch der Endkundentarif für Gespräche aus einem Fest- in ein Mobilnetz; die Preiserhöhung ist gegebenenfalls im höheren Preis eines Bündels zu finden, muss sich sohin nicht direkt in einem einzigen Tarif widerspiegeln. Andernfalls würde der Festnetzbetreiber ein Defizit erwirtschaften. Wegen dieser Preiserhöhung werden Gespräche aus einem Fest- in ein Mobilnetz für die Endkunden teurer und sie werden eine geringere Menge nachfragen. Die dadurch verursachten Wohlfahrtsverluste im Vergleich zu kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelten (höherer Preis und geringere Menge) werden als allokativer Ineffizienzen bezeichnet. Ungeachtet dessen kann natürlich ein Festnetzbetreiber eine Extra-Marge lukrieren; dieser Umstand wird in anderen Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 untersucht, stellt jedoch keinen Grund dar, Mobil-Terminierungsentgelte nicht zu regulieren, da andernfalls das Problem der „Double-Marginalization“ („doppelte Monopolaufschläge“) auftritt. D.h., auch wenn es stimmen sollte, dass die Retail-Märkte nicht hinreichend kompetitiv sind, ist es für den Konsumenten ein Vorteil, wenn die Mobil-Terminierungsentgelte reguliert werden. Wesentlich dabei ist, dass diese Wohlfahrtsverluste auch auftreten (bzw. noch relevanter sind), wenn es keine Substitution zwischen Fest- und Mobil-Sprachtelefonie gibt. Insofern sind die Ausführungen von Hutchison in Bezug auf das zentrale Wettbewerbsproblem hinfällig.



o. Die Ausführungen der Verfahrenspartei zur „Rolle der H3G in der Gesamtschau“ vermengen eine Reihe von Faktoren:

So muss einem materiellen Vergleich von Feststellungen aus einem Verfahren gemäß § 33 TKG (1997) mit den aktuellen Marktanalysen iSd TKG 2003 genauso widersprochen werden, wie einem Vergleich zwischen der Mobilkom als nach dem TKG (1997) nicht-marktbeherrschenden Unternehmen und Hutchison als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd TKG 2003. Darüber hinaus scheint Hutchison zu übersehen, dass der „alte“ ONP-Rechtsrahmen von einem „Vier-Märkte-Prinzip“ ausging, während hingegen der neue Rechtsrahmen beispielsweise eine Mehrzahl an Märkten vorsieht, die früher dem einheitlichen „Zusammenschaltungsmarkt“ zuzurechnen waren. Einem auf diesen Grundlagen vorgenommenen Vergleich kann nicht gefolgt werden.

Darüber hinaus definieren sich Wettbewerbsprobleme nicht über Marktvolumina. Die identifizierten wettbewerblichen Defizite gründen nicht auf einer bestimmten Unternehmensgröße oder bestimmten Umsätzen.

p. Entgegen der Ansicht der Hutchison haben die Amtssachverständigen die besondere Rolle der Hutchison als Späteinsteiger berücksichtigt; insbesondere weisen die Amtssachverständigen auf „Late-comer“-Nachteile, insbesondere aber höhere Durchschnittskosten („economies of scale“-Nachteile) hin. Nicht nachvollziehbar erscheint das Vorbringen der Hutchison (ON 27), dass die „Sonderstellung von H3G nicht Untersuchungsgegenstand“ gewesen sei. Die Amtssachverständigen haben wirtschaftliche Gutachten erstellt, die sich zweifelsfrei auf den Terminierungsmarkt der Hutchison sowie auf die identifizierten wettbewerblichen Defizite auf demselben beziehen. Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 TKG 2003 sowie die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gründet auf Analysen des Marktes für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison. Sollte Hutchison darauf anspielen, dass die Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie die Auswahl der Verpflichtungen für alle Mobilbetreiber ident ist, so ist dies auf die jeweiligen individuellen Untersuchungen zurückzuführen (vgl. im Detail das wirtschaftliche Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007).

Zum Vorbringen der Hutchison betreffend der mangelnden Verfügbarkeit anderer Einnahmenquellen und der „verspäteten Einführung von MNP“ ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen auf die Identifikation von Wettbewerbsproblemen genauso wenig Einfluss hat wie auf den gesetzlichen Auftrag, den wettbewerblichen Defiziten mittels bestimmter spezifischer Verpflichtungen zu begegnen.

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen war dem Vorbringen bzw. den Anträgen der Hutchison vom 18.8. sowie 13.10.2004 nicht zu folgen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch dieses Vorbringen der Verfahrenspartei nicht geeignet war, die Feststellungen im Kapitel „Festgestellter Sachverhalt“ sowie die Erwägungen, die zu den Festlegungen im Spruch dieses Bescheides geführt haben, zu erschüttern.

#### **4. Zum Vorbringen der Hutchison zum technisch-wirtschaftlichen Gutachten betreffend Kosten der Mobil-Terminierungsleistung**

Am 14.8.2007 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme zum technisch-wirtschaftlichen (Ergänzungs-)Gutachten vom Juli 2007 und verweist eingangs auf die von ihr eingebrachten Stellungnahmen vom 11. und 24.4.2007 zum technisch-wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten vom Februar 2007; das Erst-Gutachten ist dem Ergänzungsgutachten beigelegt.

a. Eingangs nimmt Hutchison auf die von den Amtssachverständigen vorgenommenen Schätzungen von Daten Bezug und kritisiert, dass aus dem Gutachten nicht ersichtlich sei, welche Daten nach welchen Methoden geschätzt wurden. Dabei regt Hutchison (weitere)

Maßnahmen zur Datenbeschaffung an sowie die Heranziehung der für die Jahre 2007 und 2008 ermittelten Daten.

Das Vorbringen ist unberechtigt, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass Mobilkom „mehr oder weniger alle wesentlichen Daten in unzulänglicher Qualität geliefert“ hat; vielmehr wurden lediglich einzelne konkret genannte Daten geschätzt.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 führen die Amtssachverständigen klarstellend aus, dass – entgegen dem Auftrag der Telekom-Control-Kommission zur Schätzung von fehlenden Daten (vgl. Punk 1.2. des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens vom Juli 2007) – nur in einem geringeren Ausmaß Schätzungen vorgenommen wurden, da Mobilkom weitere Daten übermittelt hat. Schätzungen wurden laut Aussagen der Amtssachverständigen lediglich in wenigen Bereichen (wie zB bei Verkehrswerten für 2007/2008) vorgenommen; diese wurden im Gutachten angeführt (wie zB in den Abschnitten 3.4.5 und 4.7 des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens) und auch die Methode dargelegt (im Regelfall eine lineare Regression). Wurde darauf nicht hingewiesen, wurden keine Schätzungen vorgenommen. Nur in einem Fall wurde eine Schätzung vorgenommen, die im Gutachten nicht erwähnt wurde: dabei handelt es sich um den „HSDPA Anteil für 5 Monate“, dies wurde jedoch einem mit Regulierungsfragen betrauten Mitarbeiter der Hutchison mitgeteilt.

Das Vorbringen der Hutchison ist damit nicht zielführend.

b. In weiterer Folge der Stellungnahme vom 14.8.2007 sowie im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 kritisiert Hutchison die Heranziehung von Werten des Jahres 2006 als „Zielwert“.

Die Amtssachverständigen haben in ihren technisch-wirtschaftlichen (Ergänzungs-) Gutachten die Empfehlung abgegeben, als (möglichen) Zielwert einen Kostenwert heranzuziehen, der auf Ist-Daten beruht; dieser Wert spiegelt damit die Kosten des Jahres 2006 wieder. Begründet wurde diese Empfehlung mit Unsicherheiten bei der Erstellung von Prognosen für die Jahre 2007 und 2008; die Unsicherheiten liegen dabei insbesondere in der Entwicklung des Datenverkehrs (im GSM und UMTS-Bereich) und damit in Zusammenhang stehend die Entwicklung des Sprachverkehrs.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 führen die Amtssachverständigen wiederholt aus, dass sie die Werte des Jahres 2006, für die keine Prognosen anzustellen waren, auf Grund der schwierigen Prognosen für besser geeignet erachten, um allfällige fehlerhafte Berechnungen, basierend auf Prognosen, zu vermeiden; damit wird unterbunden, dass eine fehlerbehaftete Entgeltanordnung erfolgt.

Die Telekom-Control-Kommission kann sich den Ausführungen der Amtssachverständigen anschließen und basiert ihre Entgeltfestlegung damit auf Ist-Werten.

c. Dem im Rahmen der mündlichen Anhörung am 27.8.2007 gestellten Antrag der Hutchison auf Berechnung der Kosten der Mobilkom auf der Grundlage der von ihr gelieferten und unveränderten Daten, konnte die Telekom-Control-Kommission nicht folgen, da die Amtssachverständigen zum Ausdruck gebracht haben, dass die von Mobilkom gelieferten Prognosen unplausibel waren, weswegen es die Amtssachverständigen als notwendig erachtet haben, ihrer Kalkulation korrigierte Werte für Mobilkom anzusetzen.

d. Hutchison bringt mit ihren Ausführungen vor, dass sie für einen geringeren Zielwert und damit für geringere Entgelte eintritt; nachdem der Verfahrensgegenstand lediglich der Mobil-Terminierungsmarkt der Hutchison ist, kann sich diese Aussage nur auf den konkreten Gleitpfad der Verfahrenspartei beziehen. Die Telekom-Control-Kommission erachtet die Festlegung der im Spruch genannten konkreten Entgelte für Hutchison als verhältnismäßig

und angemessen, um den wettbewerblichen Defiziten zu begegnen. Eine weitere hoheitliche Senkung wird von der Telekom-Control-Kommission als nicht notwendig erachtet; eine solche wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff (§ 34 Abs. 1 TKG 2003). Wenn jedoch Hutchison ihr Entgelt weiter gesenkt wissen will, dann ist festzuhalten, dass die angeordneten Entgelte „Höchstpreise“ darstellen, die unterschritten werden können. Dabei ist jedoch den weiteren auferlegten spezifischen Verpflichtungen Rechnung zu tragen.

Sollte jedoch das Vorbringen hinsichtlich der Heranziehung eines geringeren Zielwertes auf eine Änderung der Gleitfahde der anderen Mobilfunkbetreiber abzielen (wie sich das aus dem Vorbringen der Mobilkom im Rahmen der mündlichen Anhörung vom 27.8.2007 sowie aus dem Schriftsatz vom 14.8.2007 ergibt), so ist auf § 37 Abs. 5 TKG 2003 zu verweisen, demzufolge Hutchison in den die anderen Mobilbetreiber betreffenden Marktanalyse-Verfahren M 15a-d/03, M 13a-d/06 keine Parteistellung zukommt.

e. Im Rahmen der mündlichen Anhörung vor der Telekom-Control-Kommission am 20.8.2007 begehrt Hutchison, auch die Daten des 2. Quartals 2007 von den Amtssachverständigen erheben zu lassen.

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 (ad infinitum) heranzuziehen wären, was eine endgültige Entscheidung der Sache verhindern würde.

Es kann nämlich damit gerechnet werden, dass eine neue Datenerhebung ungefähr ein 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. Eine weitere Verfahrensverzögerung kann damit nicht gerechtfertigt werden.

Darüber hinaus geht die Telekom-Control-Kommission nicht davon aus, dass mit dem Vorliegen von Daten lediglich aus dem ersten Halbjahr 2007 das Auslangen gefunden werden kann, um als aktuellen Ist-Wert für die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ die Werte des Jahres 2007 heranzuziehen.

Sollte die Verfahrenspartei damit spekulieren, dass der Zielwert sinkt und damit geringere Entgelte festgelegt werden, soll darauf hingewiesen werden, dass sich die angeordneten Entgelte als Obergrenze verstehen, dh Hutchison kann ihren Zusammenschaltungspartnern auch günstigere Entgelte für die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobil-Telefonnetz zur Verrechnung bringen, hat dabei aber die auferlegten spezifischen Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung einzuhalten. Sollte Hutchison mit diesem Vorbringen jedoch die Terminierungsentgelte der anderen Mobilfunkbetreiber auf ein geringeres Niveau senken wollen, so ist Hutchison wiederholt auf § 37 Abs. 5 TKG 2003 zu verweisen.

Weiters soll auch die Frage thematisiert werden, inwieweit Hutchison (auch) diesen Antrag nicht zum Zweck der Verfahrensverzögerung stellt: Hutchison hat sich mit Schreiben vom 13.4.2007 gegen rückwirkende Festlegungen iSd § 37 TKG 2003 ausgesprochen; laut Hutchison ist das Verfahren M 15e/03 einzustellen (Antrag vom 13.4.2007). Eine lange Dauer des gegenständlichen Verfahrens in Verbindung mit einer bloß zukünftigen Festlegung von Bedingungen gemäß § 37 TKG 2003 würde Hutchison zum Vorteil gereichen, da für Hutchison für einen längeren Zeitraum keine spezifischen Verpflichtungen gelten würden. Diesem (möglichen) Ansinnen muss entgegen getreten werden.

f. Soweit Hutchison sich wiederholt gegen die Heranziehung eines Kostenwertes aus einem anderen Markt (Kosten der Mobilkom als „LRAIC eines effizienten Betreibers“) ausspricht, soll Hutchison auf die Ausführungen zum einheitlichen Marktpreis verwiesen und daran erinnert werden, dass die Telekom-Control-Kommission es als notwendig erachtet, wettbewerbliche Verhältnisse auf dem gegenständlichen (Monopol-)Markt zu simulieren, nachdem ein solches Verhältnis definitionsgemäß nicht geschaffen werden kann.

g. Im Rahmen des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens vom Juli 2007 haben sich die Amtssachverständigen auch mit der Stellungnahme der Verfahrenspartei vom 10.4.2007 (und dem Fragenkatalog vom 27.4.2007) zum technisch-wirtschaftlichen (Erst-)Gutachten (vom Februar 2007) auseinandergesetzt. Auf die konkreten Ausführungen der Amtssachverständigen im Ergänzungsgutachten geht die Verfahrenspartei nicht bzw. lediglich in einem geringen Ausmaß ein.

Im Besonderen thematisiert Hutchison, inwieweit Mobilkom „effizient“ ist; dabei legt Hutchison ein „*Gutachten über methodische Aspekte der Messung von Skaleneffizienz*“ von Univ.-Prof. Dr. Stepan und Univ.-Prof. Dr. Sommersguter-Reichmann vor; im Rahmen einer Stellungnahme vom 14.8.2007 übermittelt Hutchison eine Stellungnahmen zu den Ausführungen der Amtssachverständigen im technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten betreffend die Messung von Effizienz vor („Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten zum technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007“ von Univ.-Prof. Dr. Stepan und Univ.-Prof. Dr. Sommersguter-Reichmann).

Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass Mobilkom effizient ihre Leistungen erbringt und die so genannte „minimum efficient scale“ einnimmt, da Mobilkom die gegenständliche (homogene) Leistung der Mobil-Terminierung am kostengünstigsten produzieren kann (vgl. dazu auch die mündliche Anhörung der Hutchison vor der Telekom-Control-Kommission am 27.8.2007). Der Umstand alleine, dass Mobilkom die Mobil-Terminierungsleistung am kostengünstigsten erbringt, führt dazu, dass die Telekom-Control-Kommission diesen Wert als „LRAIC“-Wert heranzieht. Ob dies auf eine produktive oder Skaleneffizienz zurückzuführen ist, ist ohne Belang, da es auf einem Wettbewerbsmarkt unerheblich ist, ob die niedrigen Kosten aus produktiver Effizienz oder aus Skaleneffizienz oder aus niedrigeren Inputpreisen etc. herrühren.

Darüber hinaus wurde im wirtschaftlichen Gutachten ausgeführt, dass davon ausgegangen werden kann, dass auf Grund des Wettbewerbsdrucks alle Mobilfunkbetreiber grundsätzlich (produktiv) effizient sind. Die so genannten Übergewinne werden zumindest teilweise aufgebraucht (vgl. Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007, Abschnitt 5.3; vgl. Beilage zum Protokoll der mündlichen Anhörung der Hutchison am 27.8.2007).

Die Ausführungen der Privatgutachter Dr. Stepan und Dr. Sommersguter-Reichmann beziehen sich auf eine „Data Envelopment Analyse“ (DEA) zur Messung von Skaleneffizienzen und zur Ermittlung der mindestoptimalen Betriebsgröße. Mit dieser Methode haben sich die Amtssachverständigen in ihrem Ergänzungsgutachten (Seiten 10 bis 18) ausführlich auseinandergesetzt und sind dabei im Wesentlichen zur Schlussfolgerung gelangt, dass eine DEA eine gute Technik zur Messung von „*relativer Effizienz*“ zwischen Entscheidungseinheiten (in diesem Fall Mobilnetzbetreibern) darstellt. Weiters kann mit einer DEA auch mindestoptimale Betriebsgröße (MES) bestimmt werden, wenn diese bereits von mindestens einem untersuchten Unternehmen in der Realität erreicht ist.

Im Ergebnis liefert jedoch diese Analyse keinen weiterführenden Beitrag, da lediglich die Mobilbetreiber Mobilkom und Hutchison in den jeweiligen Ausbringungsmengen „ihre *eigenen Vergleichsmaßstäbe*“ sind, was zu wenig brauchbaren Ergebnissen führt (vgl. Seite 13 des Ergänzungsgutachtens). Dieses Ergebnis mag auch die weitere Stellungnahme der Privatgutachter von Hutchison nicht zu erschüttern.

## D. Rechtliche Beurteilung

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

#### 1.1. Zur zeitlichen Geltung des gegenständlichen Bescheides:

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

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

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

Die Aufhebung eines Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof wirkt auf den Zeitpunkt der Erlassung des aufgehobenen Bescheides zurück (ex tunc-Wirkung). Diese ex tunc-Wirkung bedeutet, dass der Rechtszustand zwischen Erlassung des Bescheides und seiner Aufhebung im Nachhinein so zu betrachten ist, als ob der aufgehobene Bescheid von Anfang an nicht erlassen worden wäre (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.1.2000 zur Zahl 99/10/0244). Allen Rechts- und faktischen Vollzugsakten, die während der Geltung des später aufgehobenen Bescheides auf dessen Basis gesetzt wurden, wurde im Nachhinein die Rechtsgrundlage entzogen („rückwirkende Gestaltungswirkung“, vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.3.1986 zur Zahl 93/04/0177).

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

Sowohl die verpflichteten Unternehmen als auch ihre Zusammenschaltungspartner haben Dispositionen auf der Grundlage der auferlegten (und später aufgehobenen) spezifischen Verpflichtungen getroffen. So wurden Zusammenschaltungsverträge bestimmten Inhaltes

abgeschlossen, Standardverträge für die Leistung der Mobil-Terminierung erstellt und veröffentlicht und Endkundenprodukte (wie „Replace“ oder „Mobile Nebenstellenanlage“) konzipiert und angeboten. Weiters wurden bestimmte Terminierungsentgelte zur Verrechnung gebracht, die wiederum für andere Betreiber als Grundlage für die Kalkulation ihrer Endkundenentgelte herangezogen wurden.

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

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

Die Forderungen nach Herstellung eines Rechtszustandes iSd Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, der Rechtssicherheit und nach einer Entscheidung im Einklang mit § 37 TKG 2003 können lediglich mit der Erlassung eines Ersatzbescheides erfüllt werden, der einen Geltungsbereich hat, der jenem der aufgehobenen Bescheide gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 entspricht. Es ist daher eine Ersatzregelung ab „Rechtskraft“ der Bescheide zu M 15/03 (dh ab 29.10.2004) und M 13/06 (dh ab 20.12.2006) bzw. für deren Geltungszeiträume (die Geltung der Bescheide zu M 15/03 war mit der Erlassung der Bescheide zu M 13/06 begrenzt) zu treffen, weswegen zum Einen sich die einzelnen Spruchpunkte („A“ und „B“) auf unterschiedliche Zeiträume beziehen und diese Zeiträume zum Anderen in Übereinstimmung mit der historischen Rechtskraft der gehobenen Bescheide (Zustellung an die Parteien) übereinstimmen. Bei der Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen wird daher nach den genannten Zeiträumen differenziert.

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

Durch eine Entscheidungen für auch in der Vergangenheit liegenden Zeiträume wird der seit 20.8.2003 (Inkrafttreten des TKG 2003) bestehenden Verpflichtung der Telekom-Control-Kommission nachgekommen, die Märkte gemäß § 37 TKG 2003 zu analysieren. Wie bereits ausgeführt, kann das Ergebnis eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 nur die Feststellung effektiven Wettbewerbs oder aber die Identifikation von Unternehmen mit beträchtlicher

Marktmacht samt Auferlegung spezifischer Verpflichtungen sein. Eine Ersatzentscheidung im gegenständlichen Fall, die lediglich ex nunc ab Erlassung des Ersatzbescheides Geltung entfalten würde, würde für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum nicht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung der Telekom-Control-Kommission iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 und den sich aus einer Marktanalyse zwingend ergebenden Optionen iSd Absätze 2 und 3 leg. cit. stehen, da über den vergangenen Zeitraum nicht iSd § 37 TKG 2003 abgesprochen wurde. Da diese Bestimmungen des TKG 2003 europarechtlich determiniert sind (insbesondere Art. 16 RL 2002/21/EG), wäre ein Verstoß gegen diese (nationalen) Bestimmungen auch einer gegen Europarecht.

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

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

Eine Entscheidung iSd § 37 Abs. 2 oder 3 TKG 2003, die lediglich ex nunc wirkt, bedeutet in Anbetracht der bestehenden Rechtsverhältnisse unter den Kommunikationsnetzbetreibern für den vergangenen Zeitraum fehlende Rechtssicherheit über die sektorspezifischen Rahmenbedingungen und würde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes nicht umsetzen. Kommunikationsnetzbetreiber sind auf Grund der für alle (Netz-)Betreiber geltenden Bestimmungen der §§ 22, 48 TKG 2003 zur Interoperabilität bzw. Zusammenschaltung verpflichtet und wechselseitig aufeinander angewiesen. Dem Rechtsunterworfenen ist nach Aufhebung eines Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 Gewissheit über das (Nicht-)Vorliegen spezifischer Verhaltensregeln (iSd Abs. 2, 3 leg. cit.) für einen in der Vergangenheit gelegenen Zeitraum zu geben. Auf der Grundlage dieser Feststellung könnten nachträglich geänderte Terminierungsbedingungen, etwa die Höhe der Terminierungsentgelte, zur Anwendung gebracht werden.

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

Abhilfemaßnahmen zu berücksichtigen ist. Wie festgestellt, bestehen die identifizierten Wettbewerbsprobleme (zumindest) seit dem Jahr 2004.

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

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

### **1.2. Zur Zulässigkeit von Verweisen auf andere Bescheide:**

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

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

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

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

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

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



#### **1.4. Zur Bindung an das aufhebende Erkenntnis:**

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

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

#### **2. Zu den rechtlichen Grundlagen**

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

#### **3. Marktdefinition der RTR-GmbH**

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

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

Diese Verordnung grenzt in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors 17 Telekommunikationsmärkte ab. § 1 Z 15 TKMVO 2003 (sowohl

in der Stammfassung als auch in der Fassung BGBl. II Nr. 117/2005) idgF sieht einen „Vorleistungsmarkt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ vor; das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

#### **4. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission**

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

##### **4.1. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003**

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

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse haben:

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

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

##### **4.2. Relevanter Markt**

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

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

Dieser Markt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des

elektronischen Kommunikationssektors (Abl. L 114 S. 45 vom 8.5.2003); unter Ziffer 16 des Anhangs dieser Empfehlung findet sich die „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ („Voice call termination on individual mobile networks“).

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

## 5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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

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

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

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

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei

weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (*„Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“*, in der Folge *„Leitlinien“*, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Mobilbetreiber auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt: Andere Regulierungsbehörden sehen –

wie festgestellt – ebenfalls alle operativ tätigen Mobilbetreiber auf ihrem jeweils eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an.

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

### **7.1. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“**

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

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

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

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

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

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

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

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

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der oben genannten Schwellen sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin. Eine Gleichsetzung der Monopolstellung mit der Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfolgt damit aber nicht.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Unter „normalen“ Marktbedingungen ist die Elastizität der Nachfrage als Marktmachtindikator in erster Linie dann von Bedeutung, wenn Substitute existieren und damit die individuelle Nachfragefunktion („Residualnachfrage“) derart elastisch wird, dass das Preissetzungsverhalten des Unternehmens (durch die Existenz von Konkurrenzprodukten) eingeschränkt wird. Auf einem Monopolmarkt hingegen wird der Preissetzungsspielraum des Monopolanbieters nur unter sehr spezifischen Umständen durch die Nachfrage eingeschränkt. Die 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.

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

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

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

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



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

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

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass die Verfahrenspartei – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann.

## **7.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“**

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

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

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

mit „entsprechende Kaufkraft“ übersetzt; der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ erscheint aussagekräftiger und somit geeigneter als „Kaufkraft“.

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

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

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

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

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

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

d. Wie die Feststellungen jedoch zeigen, ist die Nicht-Zusammenschaltung und damit das Nichterreichen von Teilnehmern – ungeachtet der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) sowie zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – keine glaubwürdige Alternative. Auch einer Drohung mit einer Senkung der nachgefragten Menge fehlt die Glaubwürdigkeit, da der nachfragende Netzbetreiber nicht direkt auf die Nachfragemenge Einfluss nehmen kann; dies ist darauf zurückzuführen, dass die nachgefragte Menge durch das 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **7.7. Zusammenfassende rechtliche Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse**

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

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

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

Darüber hinaus hat auch die Europäische Kommission in den (Erst-)Verfahren zu M 15/03 und M 13/06 keine Bedenken hinsichtlich der Feststellung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Monopolmarkt im Rahmen ihrer Stellungnahmen vom 7.10.2004 und 8.12.2006 geäußert, weswegen sich die Telekom-Control-Kommission in ihrem Ergebnis

bestätigt sieht (die Europäische Kommission hätte gemäß § 129 Abs. 2 und 3 TKG 2003 die Möglichkeit [gehabt], betreffend die Feststellung beträchtlicher Marktmacht Bedenken zu kommunizieren).

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

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

### **8.1. Allgemeines**

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

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

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

zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

Basierend auf den Zielen der Rahmen-RL (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Zugangs-RL sowie Art. 10 und 11 der Genehmigungs-RL) wurden von der European Regulators Group, einem Beratungsgremium der Europäischen Kommission (eingesetzt durch Beschluss Nr. 2002/627/EG vom 29. Juli 2002, Abl. L 200/38, 30.07.2002, idF des Beschlusses 2002/641/EG, Abl. L 293/30, vom 16.09.2004), in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche bei der Anwendung von Regulierungsinstrumenten beachtet werden sollten (vgl. hierzu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG 06-33, abrufbar unter [http://erg.eu.int/doc/meeting/erg\\_06\\_33\\_remedies\\_common\\_position\\_june\\_06.pdf](http://erg.eu.int/doc/meeting/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf), Seiten 51-67). Danach müssen die ausgewählten Regulierungsinstrumente der Natur des in der Marktanalyse aufgezeigten Wettbewerbsproblems entsprechen und sich als geeignet und notwendig sowie das gelindeste Mittel darstellen. Dort, wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten etwa durch Gewährung von Zugang für alternative Betreiber verhindert werden. Kann angenommen werden, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann, soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden. Schließlich sollten Regulierungsinstrumente so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h., dass der Anreiz zur Einhaltung größer sein soll als der Anreiz zur Umgehung.

## **8.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten**

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

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

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

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

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

### **8.2.1. Transparenz**

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

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

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

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

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

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

### **8.2.2. Getrennte Buchführung**

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

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

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

### **8.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen – Spruchpunkten A.2.5. und B.2.5.**

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



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

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

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

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

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

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

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, also erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustandegekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd Telekommunikationsrechts verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustandegekommene, Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

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

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

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 ist im gegenständlichen Fall lediglich in Form der Zusammenschaltung gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 iVm § 3 Z 25 TKG 2003 von

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 8.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

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

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

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

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

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

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

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält,

keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 und zur Interoperabilität gemäß § 22 TKG 2003 – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 8.2.4.2. Preisdiskriminierung

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

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

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

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

Vor diesem Hintergrund wurden die (gleichlautenden) Verpflichtungen unter Spruchpunkte A.2.2. und B.2.2. auferlegt, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ allen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten hat, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Auch an dieser Stelle ist anzuführen,

dass diese Verpflichtung nur greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs. 2 leg. cit.) vorliegen. Dies ergibt sich aus § 38 TKG 2003.

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

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

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

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

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

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

Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission unter den Spruchpunkten A.2.3. und B.2.3. angeordnet, dass die Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie für ihre eigenen Festnetzleistungen bereitstellt. Diese

Verpflichtungen gelten für jene Leistungen, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im eigenen öffentlichen Kommunikationsnetz erbracht werden. Diese Verpflichtung greift wiederum nur, wenn „gleiche Umstände“ iSd § 38 Abs. 2 TKG 2003 vorliegen.

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

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

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

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

### **8.2.5.1. Allgemeines**

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

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

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



Es zeigt sich, dass § 42 TKG 2003 verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle ermöglicht: so spricht Abs. 1 leg. cit. von der Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“. In weiterer Folge (Abs. 2 leg. cit.) werden „an den Kosten orientierte Entgelte“, „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung“ sowie die Berücksichtigung von „Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“, erwähnt. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission eine „Bandbreite“ an konkreten Möglichkeiten eröffnet; dadurch wird sichergestellt, dass die Telekom-Control-Kommission Regulierungsverpflichtungen auswählen und auferlegen kann, die „geeignet“ iSd § 37 Abs. 2 TKG 2003 (Art. 16 Abs. 4 RL 2002/21/EG) sind, das konkret identifizierte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen. Würde § 42 TKG 2003 lediglich einzelne konkret vorgegebene Methoden zu Kostenkontrolle vorsehen (wie das im „alten“ Rechtsrahmen vorgesehen war; § 41 Abs. 3 TKG (1997) iVm §§ 8, 9 ZVO), was dem Wortlaut jedoch nicht entnommen werden kann, hätte die Regulierungsbehörde nicht die Möglichkeit, durch „geeignete“ Maßnahmen auf die mannigfaltigen Ergebnisse einer Marktanalyse zu reagieren. Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG weist darauf hin, dass Art. 16 der genannten Richtlinie (§ 42 TKG 2003 setzt diesen weitgehend wortident um) „auf die Umstände abgestimmt“ anzuwenden ist und das Erfordernis berücksichtigen soll, „die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein“.

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

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

#### 8.2.5.2. Zum angewandten Maßstab

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle adressiert das identifizierte Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sehr direkt: Aus ökonomischer Sicht ist diese Maßnahme grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210

erkannt, dass der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, nicht als grundsätzlich untauglich angesehen werden kann.

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

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

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

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

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

Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung und einer Mobil-Mobil-Terminierung kann festgehalten werden, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht, so dass es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll erachtet, auch die Mobil-Mobil-Terminierung zu regulieren und keine Differenzierung zur Fest-Mobil-Terminierung

vorzunehmen. Weiters befinden sich die Mobil-Terminierungsentgelte auf keinem reziproken Niveau. Darüber hinaus differenziert auch die Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 nicht zwischen unterschiedlichen Märkten. Wie die Feststellungen zeigen, spricht sich auch die Europäische Kommission in Stellungnahmen gemäß Art. 7 Abs. 3 RL 2002/21/EG gegen eine Differenzierung der Regulierung der Mobil-Terminierung in Abhängigkeit vom originierenden Netz aus (SG-Greffe (2002) D/206038 vom 4.11.2006 sowie SG-Greffe (2003) D/233787 vom 17.12.2003).

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

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

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

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

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission von § 1 TKG 2003 leiten zu lassen, einen „*chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb*“ sicherzustellen (§ 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003), damit

wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und – mittelfristig – einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde. Die beste Annäherung an diesen Wettbewerbspreis sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers.

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

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

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

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

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

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

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

sohin eine Orientierung zu erfolgen. Diese Herangehensweise wird von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen als tauglich angesehen („Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente“ vom Juli 2007, Seite 8).

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

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

#### 8.2.5.3. Zur Frage des „Einheitlichen Marktpreises“

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

Diese Sichtweise wird auch von der Europäischen Kommission vertreten: In Stellungnahmen gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG führt die Europäische Kommission aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Gemäß den Ausführungen der Europäischen Kommission vermögen unter gewissen außergewöhnlichen Umständen lediglich objektive Gründe in der Kostenrechnung, die außerhalb der Kontrolle des Betreibers gelegen sind, eine Asymmetrie der Entgelte zu rechtfertigen. Eine weitere mögliche Rechtfertigung könnte auch in einem wesentlich unterschiedlichen Markteintrittszeitpunkt gelegen sein. Ein kleiner Marktanteil kann jedoch nur für einen begrenzten Zeitraum höhere Entgelte rechtfertigen. Die Beibehaltung höherer Terminierungsentgelte könnte dazu führen, dass kleinere Betreiber nicht ermutigt werden, ihre Marktanteile bzw. Volumina zu erhöhen.

Diesen Stellungnahmen der Europäischen Kommission zu Notifikationen *anderer* europäischer Regulierungsbehörden ist zwar nicht gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 „*weitestgehend Rechnung zu tragen ist*“, da sie keine Stellungnahmen zu einer Notifikation der Telekom-Control-Kommission darstellen, dennoch zeigen sie die Ansichten der Europäischen Kommission. Gemäß § 34 Abs. 3 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission bei der Vollziehung auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch das TKG 2003 umgesetzten Richtlinien – darunter die Richtlinie 2002/21/EG – Bedacht zu nehmen. Auch wenn eine Stellungnahme der Europäische Kommission iSd Art. 7 RL 2002/21/EG keine „*Empfehlung*“ gemäß Art. 249 EGV darstellt, ist doch nach Art. 8 Abs. 3 lit. d. RL 2002/21/EG die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen.*“ Vor diesem Hintergrund erachtet die Telekom-Control-Kommission auch einfache Stellungnahmen der Europäischen Kommission – wie solche

gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG – als für die harmonisierte Vollziehung des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, somit des TKG 2003, als hilfreich, weswegen sie auch auf diese Stellungnahmen Bedacht nimmt.

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

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

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

Vor diesem Hintergrund ist ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt in diesem Zusammenhang folglich in der

„Imitation“ eines Wettbewerbsergebnisses, da Wettbewerb und ein dementsprechendes Ergebnis auf dem gegenständlichen Monopolmarkt nicht hergestellt werden kann. Dies steht in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 1 TKG 2003 („Förderung des Wettbewerbs“).

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

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

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

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist eine rein betreiberspezifische Interpretation der LRAIC abzulehnen; darüber hinaus sprechen noch folgende Erwägungen dagegen: Bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, besteht die Gefahr, dass falsche Anreizstrukturen für die Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg geschützt (bzw. subventioniert) werden. Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen: Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar, der nur in begründeten Ausnahmefällen und nur temporär zulässig ist (vgl. Endbericht zur Konsultation Mobil-Terminierung, Seiten 7ff).

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

Im gegenständlichen Verfahren hat die Telekom-Control-Kommission einen (Ersatz-) Bescheid zu erlassen, der im Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen steht und der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung trägt. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis zu M 15a/06 eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 als grundsätzlich tauglich erkannt, um dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise zu begegnen.

Zur Anordnung der Kostenorientierungsverpflichtung hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auch erkannt, dass die konkret auferlegte Verpflichtung „LRAIC eines effizienten Betreibers“ zu unbestimmt ist. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof eine Rechtswidrigkeit darin

gesehen, dass einer Stellungnahme der Europäischen Kommission entgegen § 129 Abs. 2 TKG 2003 nicht „*weitestgehend Rechnung getragen*“ wurde.

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

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

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

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

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



wäre wiederum nicht als „effektive Herangehensweise“ im Sinne der zu berücksichtigenden Stellungnahme der Europäischen Kommission anzusehen.

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

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

Die unmittelbare Festlegung von Entgelten im Rahmen eines Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 widerspricht nicht den einschlägigen Rechtsgrundlagen und steht darüber hinaus auch in Übereinstimmung mit den Feststellungen: Privatautonome Vereinbarungen über die umstrittene Frage der Mobil-Terminierungsentgelte wurden lediglich in seltenen Fällen erreicht; vielmehr wurde regelmäßig die Regulierungsbehörde zu einer hoheitlichen Entscheidung angerufen. Insofern stellt sich die Frage, in wieweit die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte der Privatautonomie überlassen werden soll, wenn die Privatautonomie keine Vereinbarungen auf regelmäßiger Basis hervorgebracht hat. Wurde eine solche Vereinbarung getroffen, konnte aber auch nicht sichergestellt werden, dass sich das vereinbarte Entgelt an den Kosten orientiert. Wie die Feststellungen zeigen, lagen die vereinbarten Mobil-Terminierungsentgelte zeitweilig bis zu 90% über den eigenen Kosten für die Terminierungsleistung. Auch im Bereich der Leistung der SMS-Terminierung, die auf (weitgehend) reziprokem Niveau vereinbart wurde, ist fraglich, ob diese Entgelte an den Kosten orientiert sind. Die Leistung der SMS-Terminierung wird zumindest derzeit nicht reguliert; sie ist nicht Bestandteil eines Marktes iSd TKMVO 2003.

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

#### 8.2.5.5. Zu den angeordneten Entgelten iSd § 42 TKG 2003

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

neue Entscheidung in einem Verfahren betreffend den gegenständlichen Markt getroffen werden kann.

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

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

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

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

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

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

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass ein linearer Gleitpfad mit absoluten Absenkungen diese Anforderungen am besten erfüllt. Demgegenüber ist ein degressiv

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

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

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

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

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

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

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

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

Eine Anordnung anderer Entgelte würde vor dem Hintergrund dieser Ausführungen bloß Transferzahlungen in Höhe der Differenz zwischen den ursprünglichen und den

gegebenenfalls geänderten angeordneten Entgelten auslösen. Nachdem nicht davon ausgegangen wird, dass Rückstellungen gebildet wurden, ist mit erheblichen wirtschaftlichen Unsicherheiten und Transaktionskosten für die Betreiber zu rechnen.

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

Den gesetzlich determinierten Zielen des TKG 2003 kann durch eine nachträgliche Änderung verrechneter (und nicht explizit als rechtswidrig erkannter) Mobil-Terminierungsentgelte nicht besser entsprochen werden. So wären vielmehr im Gegenteil ein „funktionsfähiger Wettbewerb“, „effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“ (iSd § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003) gefährdet.

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

#### 8.2.5.5.2. Zu den für den Zeitraum ab 2007 festgelegten Entgelten

Im Vergleich zu den Entgelten, die im Zeitraum Oktober 2004 bis Ende 2006 zur Verrechnung kommen, zeichnet sich der zweite Zeitraum, für den eine Regelung zu treffen ist, dadurch aus, dass für diesen Zeitraum bislang keine hoheitlichen Festlegungen getroffen wurden und sich die Anordnungsperiode auch auf einen zukünftigen Zeitraum bezieht. Im Konkreten beginnt diese Anordnungsperiode mit dem Tag, der auf die „historische Rechtskraft“ des behobenen Bescheides vom 19.12.2005 zu M 13/06 folgt, dh mit dem 20.12.2006. Diese Anordnungsperiode endet mit dem Erlass eines neuen Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des gegenständlichen Marktes.

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

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

Aus diesem Grund wird es von der Telekom-Control-Kommission als tauglich angesehen, den bisherigen Operationalisierungsansatz der Periode 2004 bis 2006 weitestgehend auch in der Zukunft fortzusetzen: Dieser Gleitpfad sah grundsätzlich eine lineare Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes jeweils zum 1.1. und 1.7. eines Jahres um einen absoluten Wert in der Höhe von Cent 1,8328 vor. Dieser Gleitpfad sah vor, dass ein Zielwert in der Höhe von Cent 6,79 Ende 2008 erreicht wird (vgl. die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Im Rahmen eines Schreibens der Europäische Kommission vom 23.11.2006 gemäß Art. 5 Abs. 3 RL 2002/21/EG im Verfahren zu M 13a-f/06 wurde die Anfrage an die Telekom-Control-Kommission gerichtet, im Wesentlichen zu bestätigen, dass der Gleitpfad Ende 2008 endet. In Ihrer Stellungnahme vom 8.12.2006 zu M 13a-f/06 erinnert die Europäische

Kommission daran, dass „die festgestellten Wettbewerbsprobleme so schnell und effizient wie möglich behoben werden sollten“.

Wie bereits ausgeführt, ist gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 Stellungnahmen der Europäischen Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen. Aus den obigen Ausführungen ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zu entnehmen, dass die Europäische Kommission für eine Erreichung des Zielniveaus Ende 2008 eintritt. Nachdem die Telekom-Control-Kommission keine stichhaltigen Gründe erkennen kann, die für einen anderen „Zielzeitpunkt“ sprechen und eine Verlängerung des Gleitpfades unter Beibehaltung der früheren Absenkungsschritte lediglich „gleichermaßen angemessen“ ist, wird an der Erreichung der LRAIC eines effizienten Betreibers spätestens am 1.1.2009 festgehalten.

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

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

Die Absenkungsschritte ab 1.1.2007 betragen damit nicht mehr Cent 1,8328, sondern Cent 2,0468. Das jeweilige Entgelt, das somit ab 1.1.2007, 1.7.2007, 1.1.2008, 1.7.2008 sowie ab 1.7.2009 zur Anwendung zu bringen ist, wurde kaufmännisch auf zwei Kommastellen im Cent-Bereich gerundet.

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

Die Heranziehung eines anderen (höheren) Wertes als des für Mobilkom ermittelten LRAIC-Wertes, etwa die Kosten eines hypothetischen Betreibers mit einem bestimmten Marktanteil (wie etwa 25%) oder die Beibehaltung des „alten“ Zielwertes in der Höhe von Cent 6,79, hätte zur Konsequenz, dass jene Betreiber, deren tatsächliche Kosten unter dem derart ermittelten Wert liegen, Entgelte über Kosten lukrieren können, selbst wenn sie bereits – zum Beispiel über einen Gleitpfad – an dieses Niveau herangeführt wurden. Allokative Verzerrungen, hervorgerufen durch die Betreiber mit geringeren Kosten als dem „Zielwert“,

können somit nicht ausgeschlossen werden. Gerade die Heranziehung eines realen Wertes desjenigen Unternehmens, das die Leistung der Mobil-Terminierung am kostengünstigsten anbieten kann, stellt sicher, dass kein Unternehmen längerfristig Entgelte über Kosten verrechnen kann.

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

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

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

Abschließend ist auch darauf hinzuweisen, dass weder eine Gewinnregulierung (rate-of-return regulation) noch eine „Regulierung“ von Zahlungssalden oder Marktanteilen von der

Telekom-Control-Kommission vorgenommen wird, sondern die Preise für Terminierung - zur Vermeidung kurzfristiger Kostenunterdeckung kleiner Betreiber - in nicht-disruptiver Weise auf Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt werden. Damit ist längerfristig (allokative wie auch produktive) Effizienz sichergestellt.

#### 8.2.5.6. Zur Weitergeltungsklausel – die Entgelte ab 1.7.2009

Im Anschluss an die festgelegten Entgelte für den Zeitraum ab 2007 wurde angeordnet, das bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den gegenständlichen Markt für Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz, ab 1.7.2009 vorläufig ein maximales Entgelt in der Höhe von Cent 5,72 weiter gilt.

Die Anordnung der Entgelte bis 30.6.2009 gründet auf § 37 Abs. 1 TKG 2003, wonach die Regulierungsbehörde von Amts wegen „in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren“ eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen hat. Gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 ist auch diese Verordnung regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

§ 37 Abs. 2 und 3 TKG 2003 ist zu entnehmen, dass die Festlegungen betreffend beträchtliche Marktmacht sowie die auferlegten spezifischen Verpflichtungen bis zum Abschluss eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 aufrecht sind. Den Ergebnissen eines solchen (Folge-)Verfahrens soll nicht vorgegriffen werden.

Um allfällige (zeitliche) Regelungslücken zu vermeiden sowie den Betreibern entsprechende Planungssicherheit einzuräumen, wurde eine vorläufige Weiterwirkungsbestimmung für die Zeit bis zum Erlass einer für die Verfahrenspartei erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Leistungen der Mobil-Terminierung festgelegt. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Ergebnisse eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die gegenständlichen Märkte bis Mitte 2009 vorliegen werden.

Wird eine Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 (betreffend Mobil-Terminierung) nicht bis 30.6.2009 getroffen, gilt das für die Zeit bis 30.6.2009 festgelegte Entgelt vorläufig so lange weiter, bis eine neue Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 getroffen wurde.

#### 8.2.5.7. Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

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

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



auf die gegebenenfalls einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen Bedacht zu nehmen.

Wohl vor dem Hintergrund, dass die Zahl der privatautonom umgesetzten Entgeltsenkungen gering ist, hat die Europäische Kommission die Vorgangsweise der österreichischen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte als „nicht effektiv“ bezeichnet. Der Verwaltungsgerichtshof hat erkannt, dass diesen Bedenken entgegen § 129 Abs. 2 TKG 2003 durch die Telekom-Control-Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde; der Verweis der Telekom-Control-Kommission auf den Vorrang der Privatautonomie wurde vom Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend angesehen.

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

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

#### 8.2.5.8. Zu den näheren Regelungen für die anzuwendenden Entgelte – Spruchpunkte A.2.6.1. und B.2.6.1.

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

Diese die Entgeltfestlegung begleitenden Bestimmungen stehen in Übereinstimmung mit der bestehenden Praxis bei Zusammenschaltungsverträgen (amtsbekannt) und wurden in dieser Form auch in (früheren) Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 aufgenommen (vgl. etwa die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff).

#### 8.2.5.9. Zur Nichtberücksichtigung von Aufwendungen für externe Effekte

Bei der Kalkulation der betreiberindividuellen Kosten wurden „externe Effekte“ nicht berücksichtigt. Dies aus folgenden Überlegungen:

In früheren Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG (1997), so beispielsweise in den Bescheiden zu Z 5, 7/01 sowie Z 14, 15/01, wurden für nach dem TKG (1997) nicht marktbeherrschende Betreiber „angemessene“ Mobil-Zusammenschaltungsentgelte festgelegt. Für diese Mobilbetreiber kam der Grundsatz der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte iSv § 41 Abs. 3 TKG (1997) nicht zur Anwendung. Dabei wurde – vor dem Hintergrund der Nicht-Marktbeherrschung – eine Abgeltung für „externe Effekte“ in Form höherer Zusammenschaltungsentgelte angeordnet.

Die gegenständliche konkrete Entgeltfestlegung gründet demgegenüber auf der festgestellten Position als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd §§ 35, 37 TKG 2003 auf einem Monopolmarkt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003.

In Bezug auf die Berücksichtigung von externen Effekten im Rahmen der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für Terminierungsleistungen ist die Telekom-Control-Kommission bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung (vgl. Beilage zum technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2007) davon ausgegangen, dass die durch Berücksichtigung externer Effekte entstehenden höheren Terminierungsentgelte dazu führen könnten, dass es zu einem Rückgang an Nachfrage nach Anrufen in Mobilfunknetze kommt und daher wiederum allokativen Verzerrungen verursacht werden würden.

Ein weiteres Argument gegen einen Aufschlag für Netzwerkeexternalitäten ist die hohe Penetrationsrate von über 100% (dies bereits seit Ende 2004; vgl. wirtschaftliches Marktanalyse-Gutachten vom Juli 2007, Seite 8). Externe Effekte verlieren mit der Annäherung an die Marktsaturierung stark an Bedeutung, der marginale Nutzen (ein zweites Mobilfunkgerät für die Erreichbarkeit) wird vernachlässigbar; bei gegebener Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunk-Endkundenmärkten und dem daraus resultierenden Preisniveau ist nicht davon auszugehen, dass es durch eine Heranführung der Mobilterminierungsentgelte an die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu einer Reduktion der Penetrationsrate kommt. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ist auch zweifelhaft, ob sich auf Grund eines solcherart zuerkannten Aufschlags automatisch effiziente Preisstrukturen einstellen, die diese Externalitäten auch tatsächlich internalisieren. Insgesamt vertritt die Telekom-Control-Kommission weiterhin die Ansicht, dass die Beurteilung der gesamtwohlfahrtsökonomischen Wirkung insbesondere vor dem Hintergrund eines zunehmend saturierten Marktes von externen Effekten nicht (eindeutig) positiv ausfällt, so dass eine Berücksichtigung dieser nicht angemessen ist (vgl. technisch-wirtschaftliches Ergänzungsgutachten vom Juli 2007, Punkt 2.6).

Darüber hinaus erkennt die Telekom-Control-Kommission keine Anzeichen dafür, dass es – durch eine Nichtberücksichtigung von „externen Effekten“ – beim derzeitigen Wettbewerb am Endkundenmarkt zu einem Absinken der Penetrationsrate kommen könnte. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des derzeit sehr niedrigen Preisniveaus am Markt zu sehen, bei dem sich die Preise für netzinterne Gespräche oftmals auf Cent 0 und eine Gesprächsminute in das österreichische Festnetz auf Cent 1 belaufen.

Soweit auf das Modell der britischen Regulierungsbehörde Ofcom hingewiesen wird, ist anzumerken, dass sich die Situation im Vereinigten Königreich nicht auf Österreich umlegen lässt. Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Auffassung, dass der marginale Mobilfunkkunde in Österreich nicht nur durch die Stützung der Endgeräte und Tarife durch erhöhte Terminierungsentgelte im Markt gehalten wird. Vielmehr ist hier auch das in Österreich weitreichend entwickelte System an Grundentgeltbefreiungen für unterschiedliche Anspruchsberechtigte, das auch für einen mobilen Anschluss verwendet werden kann, zu berücksichtigen (vgl. Fernsprechentgeltzuschussverordnung, BGBl. II Nr. 90/2001 idgF sowie Information der Obersten Post- und Fernmeldebehörde betreffend Gewährung eines Zuschuss zu den Fernsprechentgelten, [www.bmvit.gv.at](http://www.bmvit.gv.at))

Die Marktsituation wird von der Telekom-Control-Kommission dahingehend eingeschätzt, dass externen Effekten mit zunehmender Marktsaturierung eine sinkende Bedeutung zukommt.

Eine Berücksichtigung dieser Effekte in Form höherer Mobil-Terminierungsentgelte scheidet damit aus.

#### 8.2.5.10. Zur Nichtberücksichtigung von Aufwendungen wie Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen

Bei der Kalkulation der betreiberindividuellen Kosten wurden Aufwendungen für Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen nicht berücksichtigt; dies gründet auf folgenden Überlegungen:

Neben Kosten für den Netzbetrieb fällt bei den Mobilfunkbetreibern eine Reihe von weiteren Aufwendungen (wie beispielsweise die oben genannten und ähnliche) an.

Frühere Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, in deren Rahmen Aufwendungen wie Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen in einer Kostenbetrachtung berücksichtigt wurden, wurden im Zusammenhang mit Betreibern gefällt, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügten.

Bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung hat die Telekom-Control-Kommission ihre Auffassung dargelegt, dass diese Aufwände bei der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für die Terminierungsleistung nicht zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch Kapitel 2.7. des technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachtens vom Juli 2007).

Eine Reihe von diesen Leistungen bzw. Kosten derselben stehen nur in einem (sehr) weiten Sinn in Verbindung mit der Leistung der Mobilterminierung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich die verfahrensgegenständliche Frage – basierend auf der Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 – auf die Ermittlung der ausschließlich für die Leistung Terminierung notwendigen Kosten im Sinne einer effizienten Leistungsbereitstellung richtet. Ein direkter Zusammenhang der Kosten für Marketing, Endkundenbilling, Customer Care, Handsetsubventionen und ähnlichen mit dem Produkt Mobilterminierung ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission trotz Vorbringen der Parteien nicht gegeben.

Darüber hinaus würde eine Berücksichtigung derselben dem Verursachungsprinzip widersprechen: Diese Kosten werden bereits vom jeweiligen rufenden Endkunden im Rahmen der ihm verrechneten Tarife bei seinem Netzbetreiber abgegolten. Würden diese Kosten über höhere (überhöhte) Terminierungsentgelte dem Kunden ein weiteres Mal verrechnet, würde es unvermeidlich zu wettbewerblichen Verzerrungen kommen, da die Kunden eines anderen Netzes nicht nur die Kosten für diese Leistungen des eigenen Netzbetreibers, sondern auch indirekt (über die Zusammenschaltungsentgelte) die des gerufenen Fremdnetzes bezahlen. Eine solche „Doppelverrechnung“ steht klar im Widerspruch zu den Zielbestimmungen des TKG 2003.

#### 8.2.5.11. Zur Nichtberücksichtigung von Kosten für „working capital“

Bei der Ermittlung der Kosten der Leistung Mobil-Terminierung hat die Telekom-Control-Kommission keine Kosten für „working capital“ angesetzt bzw. akzeptiert, da die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen kann, dass diese Kosten in einem unmittelbaren und notwendigen Zusammenhang mit der in § 1 Z 15 TKMVO 2003 definierten Leistung der Zustellung eines Anrufes in ein öffentliches Mobiltelefonnetz entstehen. Diese „Kosten“ entstehen durch die – aufgrund von vertraglich vereinbarten Zahlungszielen – zeitlich spätere Zahlung der Zusammenschaltungsleistungen zwischen den Betreibern. Der rufende Teilnehmer, dessen Entgelte nicht überhöht sein sollen, hat keinen Einfluss auf die vereinbarten Zahlungsbedingungen. Diese Bedingungen liegen im Regelfall in der Privatautonomie der Betreiber, weswegen der Mobilbetreiber in der Lage ist, diese „Kosten“ frei zu gestalten.

Im Rahmen der Vereinbarungen über „Zahlungsziele“ wird im Regelfall auch nicht singulär die Leistung der Mobil-Terminierung erfasst, sondern auch weitere

Zusammenschaltungsleistungen, wie beispielsweise die (derzeit unregulierte) (Mobil-) Originierung, weswegen die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass diesfalls keine singuläre Betrachtung der Terminierung zu erfolgen hat. Auch in anderen Bereichen werden den Mobilfunkbetreibern Zahlungen im Voraus erstattet (z.B. Grundentgelt) und auch diese Form von zinslosen Krediten an das Unternehmen findet keine Berücksichtigung in der Kalkulation. Nachdem diese Vorteile aus unterschiedlichen Zahlungsbedingungen nicht berücksichtigt werden, erscheint es als gerechtfertigt, auch allfällige „Nachteile“ dieser Bedingungen nicht zu berücksichtigen.

Auch werden – wie die Amtssachverständigen nachvollziehbar ausführen (vgl. technisch-wirtschaftliches Ergänzungsgutachten vom Juli 2007, Punkt 2.9) – die Kosten für „working capital“ im Rahmen der Ermittlung der Höhe des Kapitalkostenzinssatzes bereits berücksichtigt, weswegen es zu einer Doppelverrechnung dieser Kosten kommen würde; dies wird von der Telekom-Control-Kommission nicht unterstützt.

#### 8.2.5.12. Zur Frage einer möglichen besonderen Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes der T-Mobile Austria GmbH

In einer Reihe von Stellungnahmen wurde von Kommunikationsnetzbetreibern thematisiert, dass das Mobil-Terminierungsentgelte der T-Mobile Austria GmbH stärker bzw. schneller gesenkt werden müsse, da durch die Fusion mit tele.ring Telekom Service GmbH T-Mobile Austria GmbH stark gewachsen sei; dies müsse sich auch in ihrem Mobil-Terminierungsentgelt niederschlagen. T-Mobile hat sich gegen eine „Sonderbehandlung“ ausgesprochen.

Auch wenn die Bestimmung des § 37 Abs. 5 TKG 2003 klar festlegt, wem in einem Marktanalyse-Verfahren die Stellung als Partei (iSd § 8 AVG) zukommt, setzt sich die Telekom-Control-Kommission mit dem genannten Begehren auseinander:

Die Telekom-Control-Kommission sieht keine Veranlassung, das Mobil-Terminierungsentgelt der T-Mobile deutlicher als vorgenommen zu senken; damit stimmt die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission mit jener der Amtssachverständigen überein (vgl. „*Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente*“ vom Juli 2007, Seite 11):

Wie festgestellt, liegen die – um Ineffizienzen bereits bereinigten – Kosten der T-Mobile (samt tele.ring) für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung im Jahr 2006 deutlich über jenen der Mobilkom. Auch bestehen in anderen Bereichen erhebliche objektive Unterschiede zwischen T-Mobile und dem größten Mobilfunkbetreiber: So zeigt das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 deutliche Unterschiede zwischen Mobilkom und T-Mobile bei der Anzahl der Gesprächsminuten sowie beim Anteil der jeweiligen Terminierungsminuten am gesamten Mobil-Terminierungsverkehr (Mobilkom hat im Jahr 2006 um etwa 25% mehr Terminierungs-Minuten als T-Mobile; wirtschaftliches Gutachten Seite 21).

Auch wenn sich die Marktanteile der T-Mobile, gemessen an Endkunden, an jene der Mobilkom angenähert haben, ist zu beachten, dass Mobilkom über einen deutlich höheren Anteil an Geschäftskunden verfügt.

Darüber hinaus würde eine „Sonderbehandlung“ der T-Mobile die tragenden Prinzipien, die die Telekom-Control-Kommission dazu geführt haben, einen Gleitpfad anzuordnen, verletzen. Von einem aktuell zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelt wird schrittweise ein einheitlicher Zielwert für alle Mobilbetreiber erreicht. Dabei soll ein disruptiver und unverhältnismäßiger Eingriff vermieden werden und den Betreibern Rechts- und Planungssicherheit gegeben werden. Eine Abkehr vom bisherigen „generischen“ Modell hin zu einer selektiven Berücksichtigung betreiberindividueller Umstände würde einen

willkürähnlichen Eingriff darstellen und wird daher von der Telekom-Control-Kommission abgelehnt.

Eine von Mobilkom Austria AG vorgelegte Studie von A.T. Kearney („Terminierungsentgelte im Mobilfunk im europäischen Vergleich“, 10. August 2007) zeigt, dass Fusionen und Übernahmen in Europa nicht zu einer Anpassung der Mobil-Terminierungsentgelte führen.

Darüber hinaus können die oben dargestellten deutlichen Unterschiede zwischen T-Mobile und Mobilkom auch nicht darlegen, dass eine Durchbrechung des Gleitpfades dringend geboten wäre, zumal gerade der Gleitpfad sicherstellt, dass das Entgelt der T-Mobile reduziert und an jenes der Mobilkom herangeführt wird.

Abschließend ist daran zu erinnern, dass der Fusion insoweit Rechnung getragen wurde, als das ursprünglich höhere Mobil-Terminierungsentgelt (jenes der damaligen tele.ring) mit 1.5.2006 auf das Niveau der (damaligen) T-Mobile abgesenkt wurde (vgl. dazu die festgestellten Mobil-Terminierungsentgelte sowie die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48,50 TKG 2003 vom 19.12.2005).

#### **8.2.6. Weitergehende Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003**

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

Bei den identifizierten Wettbewerbsproblemen handelt es sich der Ursache nach eindeutig um Probleme der Vorleistungsebene. Die Anwendung von Maßnahmen auf der Endkundenebene ist auszuschließen, da sie weder ökonomisch sinnvoll und verhältnismäßig sind, noch kommen sie auf Grund des Grundsatzes der Subsidiarität der Regulierung auf Endkundenebene in Betracht.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stehen keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen zur Verfügung, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

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

#### **9. Zur Aufhebung der mit Bescheid M 6/05 auferlegten Verpflichtung – Zu Spruchpunkt C.**

Mit Bescheid vom 6.2.2006 zu M 6/05-26 wurde Hutchison eine weitere Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 auferlegt. Dieser Bescheid basiert auf dem Bescheid M 15/03 vom 27.10.2004, welcher – wie bereits ausgeführt – vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde.

Die Verfahrenspartei hat sich gegen diese Auferlegung einer weiteren spezifischen Verpflichtung nicht beschwert, weswegen davon auszugehen ist, dass dieser Bescheid vom 6.2.2006 weiterhin dem Rechtsbestand angehört, auch wenn der zugrunde liegende Bescheid M 15/03 vom 27.10.2004 bereits behoben wurde (allenfalls könnte argumentiert

werden, dass auf Grund eines „unlösbarer Zusammenhangs“ zum Bescheid vom 27.10.2004 auch der Bescheid vom 6.2.2007 nicht mehr existent ist).

Demgegenüber wurden die materiell identen Bescheide zu M 3/05 und M 4/05 vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben (Erkenntnisse vom 28.2.2007 zu den Zahlen 2006/03/0055 und 2006/03/0059), da diese in einem „unlösbaren Zusammenhang“ zu den bereits behobenen Bescheiden M 15b/03 und M 15c/03 stehen.

Um Rechtssicherheit und Klarheit über die Geltung dieser mit Bescheid vom 6.2.2006 auferlegten Verpflichtung herzustellen, hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, mit Rechtskraft des gegenständlichen Bescheides die mit Bescheid vom 6.2.2006 auferlegte Verpflichtung gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 aufzuheben. § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 sieht vor, dass bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen, soweit sie den relevanten Markt betreffen, nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt werden.

Da die Feststellungen jedoch zeigen, dass eine solche Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 notwendig ist, um einem identifizierten (potentiellen) wettbewerblichen Defizit zu begegnen, wurde die Verpflichtung wiederholt auferlegt (Spruchpunkte A.2.3. und B.2.3.). Dabei basiert diese Verpflichtung nunmehr auf einer erneuten und vertieften Prüfung der wettbewerblichen Verhältnisse bzw. der Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Verfahrenspartei (Spruchpunkte A.1. und B.1.).

## **10. Zum Vorbringen betreffend die Marktabgrenzung der TKMVO 2003**

Gemäß § 36 TKG 2003 hat die RTR-GmbH durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, mit BGBl. II Nr. 117/2005 geändert und gemäß § 36 TKG 2003 überprüft wurde.

Die Telekom-Control-Kommission ist im Rahmen der gemäß § 37 TKG 2003 durchzuführenden Verfahren zur Marktanalyse an die Marktabgrenzung der RTR-GmbH gebunden (vgl. dazu Punkte 2.1., 2.4. des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

## **11. Zur teilweisen Stattgebung des Antrags der Hutchison auf Fristerstreckung**

Mit Schreiben vom 27.7.2007 übermittelt Hutchison einen Antrag auf Erstreckung der gesetzten Fristen zur Übermittlung von Stellungnahmen zur "Gutachterlichen Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente" sowie zum "Technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten" (jeweils vom Juli 2007) „um mindestens vier Wochen, jedenfalls aber bis am 31.8.2007". Weiters begehrt Hutchison die für 20.8.2007 angesetzte mündliche Anhörung abzubauen und einen späteren Termin anzusetzen. Begründet werden diese Begehren im Wesentlichen mit dem Umfang der Gutachten sowie dem Umstand, dass die Privatgutachter von Hutchison Dr. Stepan, Dr. Leo keine Zeit haben sowie „Mitarbeiter des Kernteams der Regulierungsabteilung der Einschreiterin“ auf Urlaub sind.

Diesem Begehren ist die Telekom-Control-Kommission insofern nachgekommen, als sie die gesetzten Fristen vom 7. bzw. 9.8.2007 auf 14.8.2007 erstreckt hat; dies vor dem Hintergrund folgender Überlegungen:

Das Vorbringen der Hutchison zum Umfang der Gutachten ist verfehlt:

Die „Gutachterliche Stellungnahme betreffend Regulierungsinstrumente“ umfasst – ohne Deckblatt, Unterschriftenseite und Inhaltsverzeichnis – 9 Seiten, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Stellungnahme hierzu binnen einer Frist von drei Wochen nicht möglich ist. Dies bereits vor dem Hintergrund, dass die Diskussion zum „Gleitfad“ seit Jahren geführt wird und der Verfahrenspartei wohlbekannt ist.

Das „Technisch-wirtschaftliche Ergänzungs-Gutachten“ ist umfangreicher, jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Einschreiterin das erste technisch-wirtschaftliche Gutachten (Februar 2007), das in seinem Aufbau, der Erkenntnislogik und wesentlichen Aussagen dem Ergänzungsgutachten gleicht, in den parallel anhängigen Verfahren zu Z 12ff/06 bereits seit März 2007 bekannt ist. Die Amtssachverständigen wurden beauftragt, ihr Erst-Gutachten vom Februar 2007 zu ergänzen; die Amtssachverständigen haben dazu ein überarbeitetes Gutachten in Vollversion („Ergänzungs-Gutachten“) vorgelegt, dabei das Erst-Gutachten sowie zwei Dokumente einer Konsultation aus den Jahren 2004 und 2005 zu Fragen der Mobil-Terminierung angehängt, woraus sich der äußere Anschein eines umfangreichen Gutachtens erklärt. Nachdem jedoch das Erst-Gutachten vom Februar 2007 der Verfahrenspartei seit Monaten bekannt ist und sich Hutchison im Jahr 2005 auch an der Konsultation „Mobil-Terminierung“ beteiligt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Hutchison umfangreiche neue Gutachten mit „*mehreren hundert Seiten*“ zur Stellungnahme binnen einer unangemessen kurzen Frist zugestellt erhalten hat. Darüber hinaus steht es Hutchison auch frei, weitere Stellungnahmen abzugeben.

Dem Hinweis der Hutchison auf eine zeitliche Verhinderung der Privatgutachter sowie einzelner ihrer Mitarbeiter kann nicht gefolgt werden, da es Aufgabe der Einschreiterin ist, für entsprechende Ressourcen zu sorgen, wenn sie sich aktiv im Verfahren einbringen möchte.

Darüber hinaus ist auf einen von Hutchison selbst induzierten Umstand hinzuweisen. Hutchison hat in den anhängigen Zusammenschaltungsverfahren Z 18ff/06 Säumnisbeschwerden eingebracht (Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen 2007/03/0081, 2007/03/0084, 2007/03/0079 und 2007/03/0083), woraufhin die Telekom-Control-Kommission vom Verwaltungsgerichtshof aufgefordert wurde, binnen einer bestimmten Frist die Entscheidungen nachzuholen. Hutchison muss es bewusst sein, dass für die Frage der Zusammenschaltung auch die Kenntnis allfälliger spezifischer Verpflichtungen iSd §§ 37 38ff TKG 2003 iVm § 1 Z 15 TKMVO 2003 notwendig ist; erst nach Abschluss der anhängigen Marktanalyse-Verfahren iSd § 37 TKG 2003 können die Verfahren zu Z 18ff/06 ihren Entscheidungen zugeführt werden. Um die vom Verwaltungsgerichtshof gesetzten Fristen einhalten zu können, ist der zügige Abschluss des gegenständlichen Verfahrens geboten.

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

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

Nachdem die (Erst-)Bescheide zu M 13/06 und M 15/03 vom Verwaltungsgerichtshof behoben worden sind, stellt der gegenständliche Verwaltungsakt einen (Ersatz-)Bescheid dar. Der Umstand, dass mit dem gegenständlichen Bescheid über Aspekte abgesprochen wird, die teilweise in unveränderter Form bereits konsultiert und koordiniert wurden, stellt nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keinen Grund dar, diese Festlegungen nicht ein weiteres Mal zu konsultieren bzw. zu koordinieren. Dabei ist nämlich weiters zu beachten, dass die konkreten Entgelte der Jahre 2007 und 2008 bislang keinen Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 unterworfen waren.



### **III. Hinweis**

Gegenständlicher Bescheidentwurf ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 3.9.2007

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann