

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

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 26.06.2006 nach Durchführung des amtswegig eingeleiteten Verfahrens M 8/05 einstimmig folgenden Bescheidentwurf beschlossen:

### **I. Spruch**

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass T-Mobile Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der T-Mobile Austria GmbH“ iSd § 1 Z 8 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idgF über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. T-Mobile Austria GmbH wird gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 die spezifische Verpflichtung gemäß § 42 Abs. 1 TKG 2003 auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) ein Entgelt zu verrechnen, das sich als Ausgangswert am aktuellen Entgelt der Telekom Austria AG für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

## II. Begründung

### A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 24.10.2005 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 8/05 amtswegig eingeleitet. Hintergrund des Verfahrens war das von T-Mobile Austria GmbH angebotene Produkt „Replace“. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Telefondienst, bei dem es Geschäftskunden ermöglicht wird, ihre Festnetzrufnummer zu T-Mobile Austria GmbH zu portieren. Der Kunde erhält dabei eine fix montierte Übertragungseinrichtung (ein ortsfester Netzabschlusspunkt). Alle Anrufe zur geografischen Rufnummer werden entweder zu einem über die Luftschnittstelle angebotenen Netzabschlusspunkt als Vermittlungsplatz zugestellt oder auf ein mobiles Endgerät weitergeleitet. Für die Rufe zur geografischen Rufnummer wird ein Festnetz-Terminierungsentgelt verrechnet, unabhängig, ob der Ruf zum festen Netzabschlusspunkt oder zu einem mobilen Endgerät zugestellt wird. Das Endkundenprodukt „Replace“ ist mit einem Mobilfunkvertrag anmeldbar.

Die Telekom-Control-Kommission erteilte weiters folgenden Gutachtensauftrag: „Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Paul Pisjak, Dr. Po-Wen Liu und Mag. Martin Pahs werden zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens über die Frage, ob T-Mobile Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt für Terminierung in ihr festes öffentliches Telefonnetz iSd § 1 Z 8 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 aus ökonomischer Sicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dabei sind jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die effektiven Wettbewerb auf dem Markt gegebenenfalls entgegenstehen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen sind.“

Im Februar 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (ON 7). Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission am 20.02.2006 den Beschluss gefasst, dass T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden auch „TMA“ bzw. „Verfahrenspartei“) auf dem Vorleistungsmarkt Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der T-Mobile Austria GmbH an festen Standorten (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, TMA gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf das Verfahren für den gegenständlichen Markt einzuräumen. Es wurde der Verfahrenspartei daher das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren vom Februar 2006 übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, dazu Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme der TMA zum Marktanalysegutachten wurde am 14.03.2006 übermittelt.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission in der Sitzung vom 20.02.2006 folgenden Gutachtensauftrag beschlossen: „Die Telekom-Control-Kommission bestellt Dr. Po-Wen Liu, Mag. Martin Pahs, Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen und beauftragt sie mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 42 bzw. 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen T-Mobile Austria GmbH aus ökonomischer Sicht geeignet wären, dem im Erstgutachten vom Februar 2006 aufgezeigten Wettbewerbsproblem auf dem Festnetz-Terminierungsmarkt der T-Mobile Austria GmbH zu

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

Im März 2006 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt. Dieses wurde TMA zur Kenntnis- und Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahme der Verfahrenspartei langte am 12.04.2006 ein.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zur Abgrenzung des Marktes „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)“**

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene und per 06.02.2006 einer Überprüfung unterzogene Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) definiert die in ihrem § 1 Z 8 vorgesehenen individuellen Terminierungsmärkte wie folgt:

*„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 9 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.*

*Terminierung ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten vor dem Netzabschlusspunkt liegenden und mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ist eine Vermittlungsstelle, an der ein solcher Verkehr zumindest von einem anderen Netzbetreiber übergeben wird.*

*Nachfrager der Terminierungsleistung sind Verbindungsnetz- und Teilnehmernetzbetreiber, die Verbindungen realisieren.*

*Teilnehmernetzbetreiber, die über Zugänge zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten verfügen, erbringen innerhalb jeder netzinternen Verbindung eine Terminierungsleistung an sich selbst, auch dann, wenn der terminierende Verkehr nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt geführt wird.*

*Dies ist jeweils unabhängig davon, ob die Terminierung als Vorleistungsbestandteil eines Endkundenprodukts dem eigenen Kommunikationsdienstbetreiber oder einem Dritten angeboten wird.*

*Dieser Markt inkludiert Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet. Terminierungsleistungen mittels Voice over Broadband (VoB) sind Bestandteil des gegenständlichen Marktes, Terminierungsleistungen mittels Voice over Internet (VoI) hingegen nicht.*

*Die Vorleistung der Terminierung kann durch keinen anderen Anbieter erbracht werden als den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet ist. Sohin handelt es sich um netzbetreiberindividuelle Terminierungsmärkte.“*

Die Marktdefinition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors („Märkteempfehlung“; vgl. Ziffer 9 des Anhangs).

## **2. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“**

### **2.1. Allgemeines:**

Seit dem 3. Quartal 2005 bietet TMA ihren Endkunden an, geografische Rufnummern für implementierte Nebenstellenanlagen zu nutzen, um überwiegend mobile Teilnehmer zu erreichen. An der Nebenstellenanlage ist (mindestens) ein fester Netzabschlusspunkt vorhanden, der mit der geografischen Rufnummer adressiert wird und über den dem Teilnehmer der Zugang zum öffentlichen Kommunikationsnetz ermöglicht wird. Dieser feste Netzabschlusspunkt kann leitungsgebunden oder über die Funkschnittstelle realisiert sein. Zusätzlich sind an dieser Anlage Nebenstellen eingerichtet, die über Anrufumleitung dauerhaft mobile Rufnummern erreichen. Eine solche Nebenstellenanlage kann centrexbasiert d.h. netzseitig erfolgen, oder direkt beim Endkunden implementiert sein. Die Verkehrsströme zum festen Netzabschlusspunkt, d.h. zur Nebenstellenanlage, sind Terminierungsverkehr zu einem Teilnehmer in Telefonnetzen an festen Standorten, unabhängig davon, ob und wohin sie weitergeleitet werden, weil eine allfällige Rufumleitung selbst wieder ein neues, vom Festnetz originierendes Gespräch darstellt. Daher ist der Verkehr, der die Nebenstellenanlage erreicht, als Terminierungsverkehr in öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten zu charakterisieren. Dieser konstituiert einen individuellen Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei. Die Verfahrenspartei betreibt daher über ihr Produkt „Replace“ ein öffentliches festes Telefonnetz, in welches terminiert wird.

Im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Produkt ist darauf hinzuweisen, dass der TMA mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 06.02.2006, M 3/05-28, zur Verhinderung von möglichen Foreclosure-Strategien gegenüber anderen Festnetzbetreibern eine zusätzliche spezifische Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 auferlegt wurde, wonach TMA (auch) in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die TMA ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der TMA, die mit Hilfe eines über die Luftschnittstelle angebotenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der TMA erbracht werden.

### **2.2. Marktdefinition:**

Entsprechend der TKMVO 2003 idgF handelt es sich bei dem durch das Produkt Replace begründeten Festnetzmarkt um einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung, der die Terminierung von Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen (mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet) in das Netz des jeweiligen – den Markt konstituierenden – Betreibers, im konkreten Fall der Verfahrenspartei, umfasst.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt, sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (netzinterne Terminierung). Zum Terminierungsmarkt zählen ausschließlich Gespräche, aber nicht terminierende Einwahlminuten ins Internet. Terminierungsleistungen mittels Voice over Broadband (VoB) sind Bestandteil des gegenständlichen Marktes, Terminierungsleistungen mittels Voice over Internet (VoI) hingegen nicht. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

Terminierung, sohin die Weiterleitung zu einem Teilnehmernetz bzw. die Zustellung von Anrufen, ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg.

Die Terminierungsleistung ist – da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird – eine Vorleistung, für die der nachfragende Netzbetreiber ein Entgelt (Terminierungsentgelt) an den Anbieter entrichtet. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf Endkundenebene abgeleitet: Für jede Durchführung eines Anrufes eines Teilnehmer eines Netzbetreibers zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob dieser beim selben oder bei einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – wird Anrufzustellung als Vorleistung benötigt.

Hinsichtlich der Verrechnung wird Terminierung mit weiteren Vorleistungsumsätzen und Terminierung ohne weitere Vorleistungsumsätze unterschieden. Letztere umfasst insbesondere die Zustellung von Verkehr zu zielnetztarifierten Diensten im jeweiligen Netz. Der die Terminierungsleistung (mit Vorleistungsumsatz) – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundertarife in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPPP) – 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 angewendet. Da der Angerufene zwar einen Nutzen hat, die Kosten dafür aber nicht trägt, verursacht das CPPP auf der Endkundenebene Externalitäten, die gegebenenfalls zu einer verzerrten Anreizfunktion auf dem Vorleistungsmarkt führen könnten. Denn auf Vorleistungsebene erhält sein Netzbetreiber, der den Anruf zustellt, für jede Minute des Gesprächs ein Entgelt, das er im unregulierten Fall autonom festsetzt. Die Anreize, diese Entgelte zum Nutzen der Endkunden niedrig zu setzen, sind dadurch verzerrt, dass sein eigener Kunde augenscheinlich von Erhöhungen des Terminierungsentgelts nicht betroffen ist, weil er dieses nicht trägt und der Anrufer, der indirekt durch höhere Endkundenentgelte die Mehrkosten zu tragen hat, mit dem Terminierungsnetzbetreiber in keinem Vertragsverhältnis steht und für den Anruf das Terminierungsnetz nicht wählen kann. Er kann bei Erhöhungen der Terminierungsentgelte auch nicht auf andere Terminierungsnetze ausweichen.

Die Marktanalyse beschäftigt sich daher mit der Frage, ob entweder der eigene Kunde einen Anreiz hat, Druck auf die Terminierungsentgelte auszuüben und/oder ob die nachfragenden Netzbetreiber eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Entgelte des Terminierungsnetzbetreibers ausüben können. Der Wettbewerb oder die Marktmacht auf den einzelnen Terminierungsmärkten ist daher losgelöst vom Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zu betrachten.

### **2.3. Größe der Terminierungsmärkte im Vergleich:**

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte unterscheiden sich im Wesentlichen in der Menge der abgewickelten Minuten und den erzielten Umsätzen. Die gegenständliche Analyse stellt auf Gesprächsminuten ab. Da die Terminierungsleistung zu einem Teilnehmer nur vom Terminierungsnetzbetreiber erbracht werden kann und auf kein anderes Terminierungsnetz ausgewichen werden kann, ist die Größe kein relevanter Indikator für die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers. Sie könnte aber dennoch eine Rolle in den Verhandlungssituationen spielen, wenn ein Betreiber eines großen Netzes allenfalls aufgrund seines Terminierungsvolumens eine bessere Verhandlungsposition gegenüber einem kleinen Netzbetreiber einnehmen könnte.

TMA bietet Terminierung zu eigenen Kunden an festen Standorten erst seit kurzem an. Der Marktanteil an einem fiktiven Gesamtterminierungsmarkt ist sehr klein (<0,01%), d.h. es handelt sich im Vergleich zu den anderen Anschlussnetzbetreibern derzeit um einen sehr kleinen Markt. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei einer Analyse der Terminierungsumsätze von TMA an festen Standorten.



### **3. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der TMA an festen Standorten“**

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind Monopolmärkte (§ 1 Z 8 TKMVO 2003 sowie Ziffer 9 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors).

Daraus folgt, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Da jeder neu in den Festnetzsektor einsteigende Netzbetreiber, der Anrufzustellung zu an sein Netz angeschlossenen Teilnehmern anbietet, einen neuen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert, ist das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Terminierungsmarkt nicht möglich.

#### **3.1. Markteintrittsbarrieren**

Im Falle der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren (auf Grund der gegebenen Marktabgrenzung) unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht vorhanden. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden (Monopol-)Terminierungsmärkte und konstituiert wiederum einen eigenen Markt. Aus diesem Grund erübrigt sich für die Terminierungsmärkte eine weiterführende Analyse der Markteintrittsbarrieren.

#### **3.2. Marktanteile und Größenverhältnis**

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind auf Grund der Marktdefinition Monopolmärkte, die Marktanteile liegen daher konstant bei 100%. Ein – von der Verfahrenspartei in die Argumentation eingebrachter - „betreiberübergreifender“ Terminierungsmarkt (TMA spricht in der Stellungnahme vom 14.03.2006 vom „Gesamtmarkt-konzept“) existiert daher nach der Märkteempfehlung der EK und der TKMVO 2003 nicht.

Unterschiede – wenn auch nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation – gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte. Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich. Hinsichtlich der Beurteilung, ob SMP-Stellung gegeben ist, kann wegen des Marktanteils aber keine Differenzierung zwischen Telekom Austria und anderen Betreibern stattfinden, da die Größenunterschiede bei der SMP-Feststellung letztlich bedeutungslos sind (siehe unten). Sofern relevant werden Größenverhältnisse im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Nicht relevant (und daher einer eingehenden Analyse entzogen) sind die weiteren SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell marktmächtigen 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.

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

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

### 3.4. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Der gegenständlich zu untersuchende Terminierungsmarkt der TMA existiert erst seit dem 3. Quartal 2005. Für einen Betreiber, der einen neuen Terminierungsmarkt konstituiert und erst wenige Monate in diesem Markt tätig ist, kann das bisherige Agieren auf dem Markt kaum Aufschluss über den Wettbewerbsparameter „Marktverhalten“ liefern.

Die Terminierungsleistung alternativer Festnetzbetreiber wurde über die Reziprozität der Entgelte seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG [1997], erstmals im März 1998 im Verfahren Z 1/97, reguliert. Damit sind diesen Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung entzogen, sodass deren Untersuchung auf Basis einer Ex-post-Betrachtung (wie haben sich die Unternehmen in der Vergangenheit verhalten) allenfalls Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen liefern würde.

Aus diesem Grund ist eine *Ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Verfahrenspartei die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter „*Green-Field-Ansatz*“; vgl. Punkt II.D.5). 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.

### 3.5. Marktergebnis

Ähnliches gilt für die im Kontext „Marktergebnis“ zu analysierenden Kriterien, wie Performancemaße (Rentabilitätsmaße) oder internationale Preisvergleiche. Auch auf Basis internationaler Preisvergleiche lassen sich – da die betroffenen Entgelte angeordnet sind – keine Schlussfolgerungen in Richtung Marktmacht ziehen. Ein weiteres grundsätzliches Problem internationaler Vergleiche ist die Heterogenität insbesondere von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, weshalb man die ausgewiesenen Kennzahlen immer auch mit entsprechender Vorsicht interpretieren muss und wiederum anders gegenüber reinen Verbindungsnetzbetreibern, die auf der Vorleistungsebene nur Leistungen beziehen, nicht aber anbieten.

### 3.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Terminierungsleistung im Festnetz ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem der Teilnehmer subskribiert ist, erbracht werden. Dies ergibt sich bereits aus der Marktdefinition gemäß TKMVO 2003.
- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPPP) 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 beiden Besonderheiten ist der Betreiber nicht Preisnehmer, sondern hat einen (Monopol-)Preissetzungsspielraum in Bezug auf die Zustellung von Gesprächen an seine Teilnehmer. Inwieweit er diesen Preissetzungsspielraum tatsächlich nutzen kann,

hängt nicht zuletzt auch von der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht ab. Wie er ihn nutzen wird, hängt von der Anreizstruktur ab.

Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung wie auch für die gegebenenfalls aufzuerlegenden Regulierungsmaßnahmen ist es daher von Bedeutung, welche konkreten Marktfehler in Zusammenhang mit einer unregulierten Terminierungsleistung vor dem Hintergrund der Anreizstruktur der Unternehmen und der Wechselwirkung der Terminierungsmärkte mit anderen Märkten (insbesondere den Endkundenmärkten) aus ökonomischer Sicht – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung – zu erwarten sein würden.

### **3.7. Nachfrageseitige Gegenmacht**

#### **3.7.1. Nachfrageseitige Gegenmacht und Wettbewerbsbeurteilung**

Auf resistenten Monopolmärkten wie den Terminierungsmärkten ist die Marktgegenseite (die Nachfrager) letztlich die einzig verbleibende Kraft, die die mit Monopolmärkten normalerweise einhergehende Marktmacht potenziell disziplinieren könnte. Die Beurteilung der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht – die letztlich das Schlüsselkriterium für die Beurteilung von Marktmacht auf den betreiberindividuellen Terminierungsmärkten ist – wird im Folgenden dargestellt.

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. EuGH, Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207).

Die Frage der Existenz und des Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht ist vor allem in hoch konzentrierten Märkten zu stellen und besonders relevant auf Märkten, in denen der Anbieter über ein Monopol verfügt. Der Grund dafür liegt darin, dass bei sehr niedriger Marktkonzentration, d. h. vielen kleinen Anbietern mit unbedeutenden Anteilen, eher davon auszugehen ist, dass der einzelne Anbieter Preisnehmer ist, d.h. über keinen oder nur einen geringen Preissetzungsspielraum verfügt. Nach den Ausführungen der Amtssachverständigen bestehen für einen rational handelnden Monopolisten Anreize seine Profite zu maximieren, d.h. die Entgelte auf das Niveau des Monopolpreises zu setzen. Die statische Konsequenz eines solchen Verhaltens sind zu geringe Outputmengen, überhöhte Preise und damit einhergehend ein Verlust an Wohlfahrt („dead-weight loss“) und allokativen Verzerrungen.

Im gegebenen Zusammenhang wird ausgehend vom Monopol der Terminierung dargestellt, ob auf den jeweiligen Terminierungsnetzbetreiber nachfrageseitig eine disziplinierende Wirkung in einem Umfang ausgeübt wird bzw. werden kann, dass es diesem unmöglich ist, seinen Monopol-Preissetzungsspielraum zu nutzen und sich daher unabhängig von seinen Kunden zu verhalten. Im Extremfall kann sich der Preissetzungsspielraum des Monopolisten aufgrund nachfrageseitiger Gegenmacht derart reduzieren, dass er seinen Preis nicht über das (fiktiv) wettbewerbliche Niveau heben kann. Damit wird die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zu einer Schlüsselfrage für die Beurteilung der Marktmacht des Monopolisten insgesamt. Grundsätzlich können Monopolisten auch durch niedrige Marktzutrittsbarrieren (Bestreitbarkeit des Marktes) zu einem wettbewerbskonformen Preissetzungsverhalten veranlasst werden. Für die Beurteilung der Terminierung ist dies freilich – mangels Bestreitbarkeit auf Grund der Marktstruktur – nicht relevant.

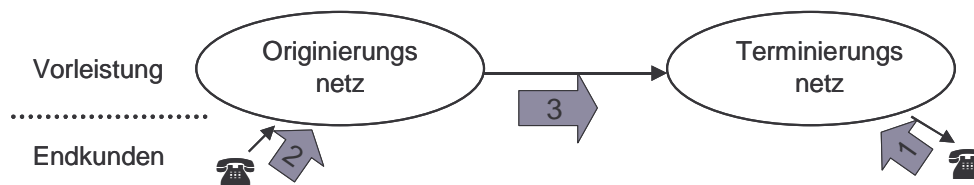
Zunächst ist der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion allgemein darzustellen:



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. Hier wird von den Besonderheiten einer völlig inelastischen, einer völlig elastischen und einer positiv geneigten Nachfragefunktion wie sie bei Giffengütern gegeben sein kann, abgesehen, da diese im gegebenen Kontext keine Relevanz haben. Die Nachfragefunktion nach externen Terminierungsleistungen dürfte insgesamt relativ unelastisch sein. Die Elastizität der Nachfrage (diese gibt die Mengenreaktion der Nachfrage bezogen auf eine Preisveränderung an) kann unterschiedlich sein, wobei grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeuten. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) restringierende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Dieser allgemein gültige Zusammenhang zwischen Nachfrage und Angebot ist für die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht im Fall von Monopolen nur in der Frage der Preissetzung relevant, in der Gegenmacht der Endkunden geht es vielmehr um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten davon abzuhalten, den Preis auf das für ihn profitmaximierende Niveau des Monopolpreises zu heben und ihn dazu zu zwingen, den Preis den langfristigen Grenzkosten der Produktion anzunähern.

Inwieweit die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell d.h. gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, über Preisdiskriminierung eine für Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Preisdiskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein direkter Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopolmacht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Zur Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf Festnetzterminierungsmärkten wurden die in der folgenden Abbildung dargestellten und im Anschluss daran ausführlich behandelten Fragestellungen untersucht und beurteilt:



RELEVANTE KONSTELLATIONEN NACHFRAGESEITIGER VERHANDLUNGSMACHT

### Auf der Endkundenebene:

1. Können Kunden des Festnetzbetreibers, der die Terminierungsleistung erbringt, gegebenenfalls Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausüben? (vgl. Abbildung Pfeil 1)
2. Können rufende Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben? (vgl. Abbildung, Pfeil 2)

## **Auf der Vorleistungsebene:**

Inwieweit können andere Betreiber, die die Festnetzterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben?

Hierbei ist zu unterscheiden, ob der nachfragende Festnetzbetreiber

- ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber auftritt (One-way Access) oder
- ob er selbst über ein eigenes Teilnehmernetz verfügt und daher dem terminierenden Netzbetreiber eigene Terminierungsleistungen anbietet (Two-way Access; vgl. Abbildung, Pfeil 3). Im Two-way Access Fall ist des weiteren zu unterscheiden, ob der die Terminierung nachfragende Betreiber
  - auf gleichen Endkundenmärkten tätig ist (also Festnetzbetreiber ist und damit zum terminierenden Betreiber in direkter Konkurrenz steht) oder
  - ein Mobilbetreiber ist.

In all diesen Fällen ist nicht nur die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben zu diskutieren, sondern auch zu erörtern, in wie weit Anreize bestehen, diese Verhandlungsmacht auszuüben bzw. wie diese Anreize gegebenenfalls kanalisiert werden.

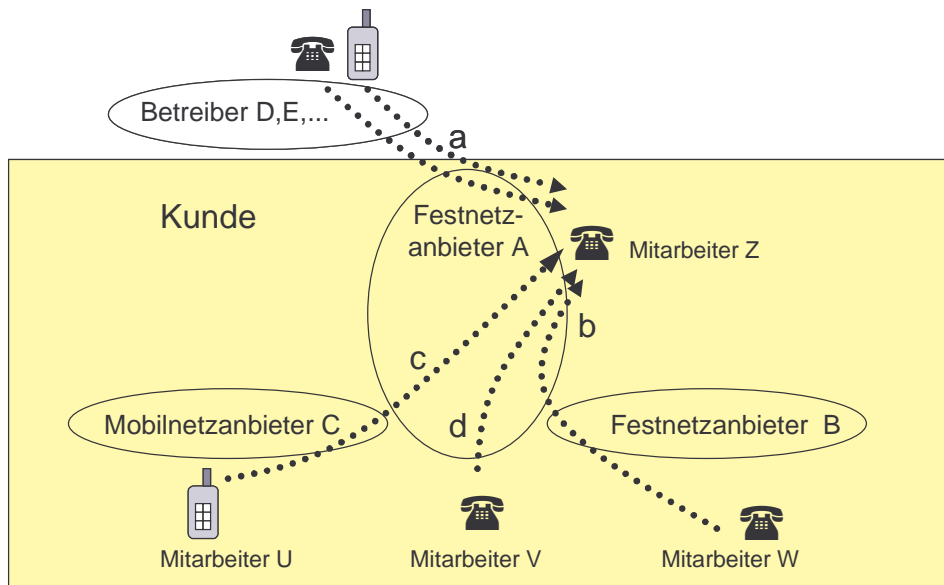
Die weitere Diskussion folgt dieser Unterteilung. Den Ausgangspunkt bildet die Endkundenebene, da die Nachfrage nach Terminierungsleistungen von der Endkundennachfrage abgeleitet ist.

### **3.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene**

#### **3.7.2.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers**

Damit der Kunde einen Anreiz hat, seine Gegenmacht auszuüben, muss er mittelbar oder unmittelbar von einer Senkung der Terminierungsentgelte profitieren. Der erzielbare Vorteil muss für ihn signifikant sein und muss auf jeden Fall die anfallenden Transaktionskosten übersteigen.

Die folgende Abbildung zeigt die für die Beurteilung einer möglichen nachfrageseitigen Gegenmacht auf Endkundenebene zu untersuchenden Fälle im Überblick:



#### FÄLLE NACHFRAGESEITIGER GEGENMACHT DURCH ENDKUNDEN DES TERMINIERUNGSNETZBETREIBERS

Ausgangspunkt der folgenden Darstellung ist die Annahme, der Endkunde sei ein Unternehmen mit nachfrageseitiger Verhandlungsmacht, das über eine größere Anzahl an Mitarbeitern verfügt, die über das Festnetz angeschlossen sind. Ein Teil dieser Mitarbeiter wird von Festnetzanbieter A versorgt, im vorliegenden Beispiel Mitarbeiter Z in der obigen Abbildung). Es wird zunächst die Terminierung in dieses Festnetz A und die mögliche nachfrageseitige Gegenmacht durch das Unternehmen auf Betreiber A analysiert, wobei zwischen folgenden Konstellationen unterschieden wird:

- Mitarbeiter Z wird von extern (Kunden anderer Betreiber) angerufen (Fall a),
- Mitarbeiter W des Unternehmens ist Kunde des Festnetzbetreibers B und ruft Mitarbeiter Z des Unternehmens, der Kunde des Festnetzbetreibers A ist (Fall b),
- Mitarbeiter U des Unternehmens ruft vom Mobilnetzanschluss des Anbieters C Mitarbeiter Z des Unternehmens, der an Festnetzbetreiber A angeschlossen ist (Fall c)
- Mitarbeiter V des Unternehmens ruft Mitarbeiter Z des Unternehmens, die beide Kunden des Festnetzbetreibers A sind (Fall d).

#### Fall a) Das Unternehmen wird von Teilnehmern anderer Netze gerufen:

In bestimmten Fällen, wie etwa zur Anbahnung von Geschäften oder im Fall von Serviceleistungen etc. kann ein Unternehmen ein Interesse daran haben, dass dem rufenden Teilnehmer möglichst geringe Terminierungskosten (die wiederum Eingang in dessen Endkundentarif nehmen) in Rechnung gestellt werden. Dieses Interesse könnte seitens des Unternehmens gegenüber seinem Netzbetreiber A artikuliert und gegebenenfalls auch durchgesetzt 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 wieder spiegelt also von dessen Netzbetreiber auch tatsächlich weitergegeben wird. Nachdem weder das Unternehmen noch der eigene Festnetzbetreiber A einen Einfluss auf die Endkundenpreisgestaltung des Netzbetreibers des rufenden Teilnehmers haben, wird sowohl das Interesse des Unternehmens wie auch das des Betreibers A an einer solchen Lösung gering sein. Insbesondere, wenn es sich bei A um einen kleinen Netzbetreiber handelt, werden Betreiber

anderer Netze ihre Endkundenentgelte kaum an die veränderten Terminierungsentgelte anpassen, da dies gemessen am zu erwartenden Verkehr einen zu hohen Aufwand für die erforderlichen Adaptierungen bedeuten würde.

Betrachtet man die Interessen des Festnetzbetreibers A, so hat dieser seinerseits abzuwägen, ob eine generelle Absenkung der Terminierungsentgelte für alle Betreiber gegebenenfalls günstiger wäre, als im Fall maximaler Androhung, das Unternehmen als Kunden für alle Sprachtelefonieleistungen zu verlieren. Selbst im Fall sehr großer Kunden ist diese Frage rein hypothetisch, da die generellen Erlösrückgänge aus Terminierung die mit dem Unternehmen verbundenen aktiv- und passivseitigen Erträge immer um ein Vielfaches übersteigen werden.

Abgesehen von diesen Überlegungen ist festzuhalten, dass es am Markt viel geeignetere Produkte/Leistungen gibt, um dem Interesse des Unternehmens Rechnung zu tragen. Mit tariffreien Nummern und Nummern mit Tarifobergrenze könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos oder zu einem niedrigen Tarif erreichen. Dem Unternehmen allenfalls entstehende Zusatzkosten können (bei hinreichender Verhandlungsmacht) auch durch niedrigere Entgelte für (andere) bezogene Leistungen abgegolten werden.

Etwas differenzierter ist hingegen das Produkt Replace der TMA zu beurteilen, mit dem insbesondere für Unternehmen eine „Nebenstellenanlage mit überwiegend mobilen Teilnehmern“ angeboten wird. Dadurch können die Mitarbeiter eines Unternehmens mobil unter einer geografischen Rufnummer erreicht werden. Der Anrufer zahlt für einen solchen Anruf lediglich das in der Regel deutlich geringere Entgelt für Anrufe zu einer geografischen Rufnummer. TMA erhält vom Netzbetreiber des Anrufers das weitaus niedrigere Entgelt für eine Terminierung ins Festnetz statt des höheren Entgelts für die Terminierungsleistung ins Mobilnetz. Freilich erschließt sich TMA dadurch neue Geschäftsfelder, indem sie ein integriertes Fest- und Mobilnetzpaket anbietet und damit in den traditionellen Endkundenmärkten der Festnetzbetreiber tätig wird. Durch die geografische Rufnummer für ihre Endkunden tritt TMA als Festnetzbetreiber auf und kann damit das Produktportfolio eines Festnetzbetreibers anbieten. Auch der gerufene Teilnehmer profitiert im Allgemeinen durch das Produkt, indem die geografische Rufnummer eine gewisse Seriosität d.h. einen festen Standort und günstigere Erreichbarkeit indiziert. In seiner wettbewerblichen Wirkung könnte dieses Produkt aber zu einem Foreclosure auf den Endkundenmärkten des Festnetzes führen, wenn nicht sichergestellt wird, dass die Leistung der Mobilterminierung nichtdiskriminierend allen Anbietern zu denselben Konditionen angeboten wird. Zwar verlangt TMA derzeit zugunsten der Erschließung neuer Geschäftsfelder (des Festnetzes) nur Festnetz-Terminierungsentgelte, doch bedeutet dies keinesfalls, dass TMA bei der Terminierung ins Festnetz keinen Anreiz hat, ihre Marktmacht auszuüben. In den folgenden Untersuchungen der nachfrageseitigen Gegenmacht auf der Vorleistungsebene wird dargestellt, dass ein Anreiz besteht, die Entgelte für Terminierung ins Festnetz auf Monopolhöhe bzw. sogar darüber zu setzen.

### **Fall b) Das Unternehmen ist Kunde zweier Festnetzbetreiber**

Die (unterstellte) nachfrageseitige Gegenmacht setzt das Unternehmen in diesem Falle mit dem Ziel ein, dass jene Mitarbeiter des Unternehmens, die Teilnehmer des Festnetzbetreibers A sind, von anderen Mitarbeitern des Unternehmens bei Festnetzbetreiber B günstiger erreicht werden können. Wie im Fall a) stellt sich auch hier zunächst die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass Betreiber B eine Absenkung der Vorleistungskosten für Terminierung an seinen Endkunden – das Unternehmen – weitergibt. Könnte Festnetzbetreiber A sicherstellen, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte nur Mitarbeitern des Unternehmens zugute kommt, so wäre er gegebenenfalls bereit, den Entgang an Terminierungseinnahmen in Kauf zu nehmen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission besteht diese Möglichkeit (abgesehen von den daraus entstehenden Unwägbarkeiten für die Wholesale Verhandlungsposition) aber nicht und bei

funktionierendem Wettbewerb am Endkundenmarkt wird Festnetzbetreiber B auch nicht zu einer entsprechenden Tarifgestaltung für das Unternehmen bereit sein. Vielmehr werden beide Betreiber versuchen, das Unternehmen ausschließlich an sich zu binden (Wechsel von Fall b) zu d)) und entsprechend günstige Endkundertarife anbieten. Die ursprünglich externe Terminierung würde damit zur Eigenleistung (netzinterne Terminierung) werden und damit der Preissetzung am Vorleistungsmarkt entzogen. Da auch das Unternehmen ein Interesse an der Minimierung seiner Kommunikationskosten hat und Betreiber spezielle Tarife für Unternehmen (in Form von VPNs) anbieten, wird der Druck des Unternehmens auf Absenkung der Terminierungsentgelte gegebenenfalls anders bedient.

Deshalb lässt sich auch aus dieser Konstellation keine nachfrageseitige Gegenmacht für die Terminierung von Gesprächen aus anderen Netzen ableiten.

### **Fall c) Das Unternehmen ist Festnetz- und Mobilkunde**

Auch wenn das Unternehmen über Mobilnetzanschlüsse verfügt und über diese seine Mitarbeiter, die bei Festnetzbetreiber A angeschaltet sind, erreichen will, kann keine entsprechende Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausgeübt werden. Einige Mobilbetreiber setzen Endkundertarife zu Festnetzen, die in der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten liegen (vgl. dazu den 1-Cent Tarif der tele.ring oder Mobilkom oder 0 Cent bei TMA) und bei größerem Verkehrsaufkommen ins Festnetz sind auch Mobilnetzbetreiber bereit, spezielle Tarife für Anrufe ins Festnetz anzubieten, ist es doch ihr Interesse, das Unternehmen als Kunden zu halten. Aufgrund der niedrigen Tarife im Mobilfunkbereich besteht kein Grund für den Kunden, eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

### **Fall d) Unternehmensinterne Gespräche**

Die Gespräche innerhalb eines Unternehmens können bei einem Festnetzbetreiber über Virtual Private Network (VPN) Lösungen realisiert werden. Diese Lösungen sehen zumeist einen monatlichen Pauschalbetrag vor, wobei Gespräche innerhalb des Unternehmens (nahezu) ohne weitere Kosten getätigt werden können. Damit wird die Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlt, denn diese Anrufe werden der externen Terminierung entzogen. Gleichzeitig entsteht der Anreiz, die Anschlüsse bei einem einzigen Festnetzbetreiber zu beziehen.

Bei den Nebenstellenanlagen mit überwiegend mobilen Teilnehmern werden die Gespräche innerhalb des VPN-Netzes insofern einer Regulierung unterzogen, als die Mobilterminierungsleistung nicht-diskriminierend in den VPN-Preisen abgebildet werden müssen. Dies geschieht im Allgemeinen durch die Verrechnung eines Pauschalentgeltes, das die Verbindungsminuten innerhalb des VPN-Netzes bis zu einem bestimmten Volumen abdeckt. TMA bestätigt dies in ihrer Stellungnahme vom 14.03.2006, ON 9, auf den Seiten 2f. Dieses Volumen wird durch die Vorleistungskosten, die dritten Unternehmen für die Erbringung gleicher Leistungen nicht-diskriminierend entstehen, determiniert. Da die Gespräche innerhalb des VPNs (zwischen den Festnetz- und mobilen Teilnehmern sowie zwischen den Festnetzteilnehmern bzw. zwischen den mobilen Teilnehmern) als Eigenleistung geführt werden, sind sie keiner externen Verhandlungsmacht ausgesetzt.

#### **3.7.2.2. Schlussfolgerung**

Es ist davon auszugehen, dass nachfrageseitige Gegenmacht seitens eines Endkunden voraussetzt, dass

- dieser eine signifikante Größe im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen seines Betreibers erreichen muss, sodass der Verlust der mit dem Kunden verbundenen aktiv- wie passivseitigen Einnahmen für den Betreiber höher ist als der mit einer



Absenkung der Terminierungsentgelte verbundene Einnahmenentgang. Dabei muss nicht zwingend von nur einem Kunden ausgegangen werden, sofern es gelingt, Nachfrage gleichen Interesses zu aggregieren und in eine gemeinsame Verhandlungsposition einzubringen;

- die Drohung, den Anbieter gegebenenfalls zu wechseln, glaubhaft sein muss;
- sofern die Gespräche in anderen Netzen originieren, die Absenkung auch in den Endkundenentgelten dieser Anbieter abgebildet werden muss und
- die resultierenden Einsparungen über den mit dem Ausüben der Gegenmacht verbundenen Transaktionskosten liegen.

Wie in Fall a) beschrieben wurde, wird es selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen nicht möglich sein, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Festnetzbetreiber 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. Im Fall b) (Unternehmen ist Kunde zweier Festnetze) wird sich der Kunde eher für einen Anbieter mit entsprechend günstigen Tarifen für Gespräche im Unternehmen entscheiden, d.h. es besteht ein hoher Anreiz, zu Fall d) (unternehmensinterne Gespräche) zu wechseln. In Fall c) hingegen bieten die Mobilbetreiber bereits Produkte zu günstigen Entgelten ins Festnetz an, die auf der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten liegen. Die Untersuchung des Falls d) kommt schließlich zum Ergebnis, dass Gespräche innerhalb eines VPN oder einer Nebenstellenanlage die Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlen, da diese Anrufe der externen Terminierung entzogen werden.

Es zeigt sich also, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens, gegebenenfalls den Betreiber zu wechseln, glaubhaft gemacht werden kann (was angesichts eines Gesamtportfolios an Leistungen und der damit verbundenen Transaktions- bzw. Wechselkosten durchaus angezweifelt werden kann), keine nachfrageseitige Gegenmacht durch eigene Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte besteht. In jedem Fall ist es für das Unternehmen wie auch für den betreffenden Festnetzbetreiber günstiger, rationaler und effektiver andere Lösungen anzubieten, die im Ergebnis die (unterstellte) nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden unterhöhlen. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Festnetzbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden.

### 3.7.2.3. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter

In diesem Fall steht der rufende Kunde weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer (wie im obigen Beispiel Fall a) ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten. Gleichlaufende Interessen wie sie im Fall der Nebenstellenanlagen mit überwiegend mobilen Teilnehmern gegeben sein werden, könnten hier demnach nicht in der Intensität vorhanden sein. Der rufende Teilnehmer kann entweder Kunde eines Festnetzanbieters oder aber eines anderen Mobilbetreibers sein. Der Einfachheit halber wird unterstellt, es handelt sich i) um einen Schlüsselkunden für den originierenden Anbieter, der gleichzeitig ii) ein besonders hohes Gesprächsaufkommen in das Festnetz der TMA aufweist.

De facto wird ein Endkunde (unabhängig von seinem Gesprächsvolumen) wohl kaum eine Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Festnetzbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln kann und wird, und es immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters (der die Endkundenentgelte festlegt) bedarf. Jeglicher Druck auf eine

Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Festnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber – der bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse hat, zugunsten seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene (dazu sogleich), auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistischen Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann.

Eine Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter zur Verringerung der Terminierungsentgelte, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Festnetzbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ebenfalls ausgeschlossen werden.

### **3.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene**

#### **Allgemeines**

Nach § 22 iVm §§ 48f TKG 2003 sind Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze – wie auch nach der Rechtslage nach dem TKG (1997) – zur Sicherung der Interoperabilität verpflichtet, (auch) über Zusammenschaltungsentgelte zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung entscheidet die Regulierungsbehörde, deren Anordnung, wie nach dem TKG (1997) auch nach dem TKG 2003, eine vertragsersetzende Wirkung zukommt. Diese Rückfallposition führte dazu, dass die Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde und die Öffnungsklauseln in den Verträgen, die eine Anpassung an aktuelle Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsahen, in den Verhandlungen eine zentrale Position einnahm und die Verhandlungsmacht bzw. die Willensbildung dadurch beeinflusst wurde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zustande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden. Dem Rechnung tragend und um eine allfällige Gegenmacht beurteilen zu können, fokussieren die weiteren Darstellungen auf eine (hypothetische) Verhandlungssituation ohne Regulierung („Green-Field-Ansatz“).

#### **Kategorien der Netzbetreiber**

Ein Anbieter von Festnetzterminierungsleistung hat gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten gegebenenfalls eine andere verhaltensrelevante Anreizstruktur als gegenüber einem Betreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb steht. Aus diesem Grund wird im Folgenden zunächst unterschieden, ob ein Mobilfunkbetreiber oder ein Festnetzbetreiber die Terminierungsleistung nachfragt, wobei auf die Besonderheiten, die sich im Fall von Nebenstellenanlagen mit überwiegend mobilen Teilnehmern ergeben, berücksichtigt werden. Der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 entsprechend wird davon ausgegangen, dass sich die Terminierungsleistungen im Festnetz nicht durch Terminierungsleistungen im Mobilnetz substituieren lassen, sondern dass diese in verschiedene Märkte fallen.

In der Beurteilung der Gegenmacht soll weiters unterschieden werden, ob der Nachfrager ein Teilnehmernetzbetreiber ist und daher ebenfalls Terminierungsleistung anbietet (Two-way Access) oder ob es sich um einen Verbindungsnetzbetreiber (VNB) handelt, der selbst keine Terminierungsentgelte setzen kann, weil er keine Teilnehmer angeschlossen hat (One-way Access). Diese Unterscheidung ist auch durch die anders gelagerte Anreizstruktur motiviert.

##### **3.7.3.1. One-way und gleicher Endkundenmarkt (z.B. TMA und VNB)**

Im One-way access Fall hat der nachfragende Zusammenschaltungspartner nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann damit auf überhöhte Forderungen des Terminierungsnetzbetreibers nicht mit einer gleichartigen

Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich Vorleistungskosten für ihn dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen. In der Regel werden VNB sich in einer solchen Situation befinden. Da VNB und terminierende Netzbetreiber am nachgelagerten Markt Konkurrenten sind, besteht ein Anreiz für Terminierungsanbieter, durch unangemessene Entgelte die Kosten der Konkurrenten zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung den Nachfrager vom Endkundenmarkt abzuhalten. Insbesondere jene Terminierungsnetzbetreiber, die auf den Endkundenmärkten durch die Aktivitäten der VNB Verbindungsminuten verlieren könnten, werden einen Anreiz haben, diese Maßnahmen verstärkt einzusetzen.

Selbst wenn das Ziel nicht die Schwächung der VNB auf den Endkundenmärkten ist, wird der Monopolist seine gesamte Rente ausschöpfen und den Monopolpreis setzen. Wenn der VNB diesen Preis nicht akzeptiert, könnte er seinen Kunden Gespräche in das betroffene Netz gegebenenfalls nicht mehr anbieten. Abgesehen davon, dass ein solcher Ausschluss (insbesondere von großen Netzen) ihm selbst schaden würde, würden Kunden des VNBs schlichtweg auf andere VNB oder auf ihren Anschlussnetzbetreiber zurückgreifen.

Der VNB hat daher aufgrund fehlender Gegenmacht gar keine andere Wahl als den Monopolpreis zu akzeptieren, umso mehr als dieser für ihn lediglich einen Durchlaufposten zu Endkunden darstellt und seine wettbewerbliche Position nur dann wesentlich geschmälert würde, wenn der terminierende Netzbetreiber mit seinen Entgelten zwischen den Netzbetreibern – oder der eigenen Retailabteilung – diskriminieren würde.

### 3.7.3.2. Two Way Access und Anreizstrukturen in der Preissetzung

Beim Two-way Access setzen beide Betreiber jeweils Entgelte für Terminierung in ihrem Netz und können dadurch auf unangemessene Preise der Zusammenschaltungspartner anders als der reine VNB reagieren. Die nachfolgende Systematik orientiert sich an der Unterscheidung, ob die Zusammenschaltungspartner auf gleichen Endkundenmärkten tätig sind oder nicht.

#### 3.7.3.2.1. Festnetz - Mobilnetz (verschiedene Endkundenmärkte)

Im Falle von Nebenstellenanlagen mit überwiegend mobilen Teilnehmern bedient der Netzbetreiber die Endkundenmärkte des Mobilfunks und des Festnetzes. Da das Produkt sowohl die mobilen als auch gegebenenfalls feste Teilnehmer in einem VPN zusammenfasst und die Anrufe zuerst über den festen Netzabschlusspunkt terminieren und danach den Teilnehmern zugestellt werden, können die Teilnehmer günstig erreicht werden. Wie bereits dargestellt wurde, verlangt TMA derzeit statt der höheren Terminierungsentgelte ins Mobilnetz die deutlich geringeren Terminierungsentgelte ins Festnetz. Es stellt sich aber die Frage, ob TMA (bei fehlender Regulierung) dennoch Anreize hat, für die Festnetzterminierung einen Monopolpreis zu setzen. Eingangs wurde festgestellt, dass grundsätzlich ein Anreiz für den Betreiber besteht, Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen. Als kleiner Festnetzbetreiber müsste TMA davon ausgehen, dass eine Senkung der Terminierungsentgelte in ihr Festnetz keine Reduktion der Endkundenentgelte beim Zusammenschaltungspartner nach sich zieht. Denn die Endkundenentgelte werden in der Regel auf Basis der gewichteten Durchschnitte der Terminierungsentgelte aller Zusammenschaltungspartner kalkuliert und nicht nach Zielnetzen gestaffelt. Selbst bei einer signifikanten Reduktion der Terminierungsentgelte wird kein eigener Tarif für Anrufe ins Festnetz der TMA geschaffen, d.h. eine etwaige Reduktion der Terminierungsentgelte schlägt sich nicht in den Endkundentarifen des Anrufers nieder. TMA hat daher kaum einen Anreiz, die Terminierungsentgelte zu reduzieren und wird bestrebt sein, profitmaximierend den Monopolpreis für das Terminierungsentgelt ins Festnetz zu setzen. Als (sehr) kleiner Festnetzbetreiber hat TMA sogar einen Anreiz, ihren Terminierungspreis gegebenenfalls über dem Monopolpreis festzulegen (sog. Free-Rider-Problematik). Für größere Netzbetreiber ist dieser Anreiz auf Grund des

überdurchschnittlichen Einflusses der eigenen Terminierungsentgelte auf den Durchschnittspreis geringer.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass es für kleinere Festnetzbetreiber zusätzliche Anreize gibt, die Preise auf bzw. über Monopolniveau anzuheben, weil Terminierungsentgelterhöhungen kleiner Betreiber sich häufig nicht auf die Endkundenpreise niederschlagen bzw. eine Erhöhung nicht wahrgenommen wird und die Mengen nicht zurückgehen.

### 3.7.3.2.2. Festnetz-Festnetz (gleiche Endkundenmärkte)

In diesem Fall bieten Festnetzbetreiber Terminierungsleistung an und fragen sie jeweils beim anderen nach, zugleich stehen sie sich auf einem oder mehreren Endkundenmärkten als Konkurrenten gegenüber. Für Nebenstellenanlagen mit überwiegend mobilen Teilnehmern stehen die Mobilbetreiber direkt mit Festnetzbetreibern in Konkurrenz. Wie bereits dargestellt wurde, können erstere durch das Produkt am Endkundenmarkt neue Geschäftsfelder erschließen und bei Anwendung von On-net Preisen für VPN-interne Gespräche gleichzeitig eine Marktabschottungsstrategie (Foreclosure) einsetzen. Die Festnetzbetreiber können die Mobilität nicht zu denselben Bedingungen in ihre Produkte integrieren und erleiden dadurch einen Wettbewerbsnachteil. Gegenüber den Festnetzbetreibern wird TMA ihre Terminierungsentgelte aus den gleichen Überlegungen wie in der Konstellation Festnetz-Mobilnetz auf bzw. über Monopolpreishöhe setzen. Auch in diesem Fall berücksichtigen die Endkundentarife der Anrufer die überhöhten Terminierungsentgelte eines kleinen Netzbetreibers nur unzureichend.

Um die Frage zu klären, ob sich die Netzgröße auf die Verhandlungsposition und die Interessen der Betreiber auswirkt, wird in der weiteren Analyse zwischen der Verhandlungssituation kleiner Betreiber mit kleinen Betreibern bzw. großer Betreiber und kleiner Betreiber unterschieden.

#### 1. Kleiner Festnetzbetreiber – Kleiner Festnetzbetreiber

Aufgrund positiver Netzwerkexternalitäten (und höherer Einnahmen) haben grundsätzlich alle Betreiber Interesse, ihren Kunden Zugang zum anderen Netz zu gewähren und Netzübergänge zwischen den Netzen zu schaffen, um die Größe des Gesamtnetzes ausnutzen zu können, die Erreichbarkeit sicherzustellen und in den Genuss von Kostenvorteilen zu kommen. Obwohl kleine Betreiber auf gleichen Endkundenmärkten in Wettbewerb stehen, würde eine Verweigerung der Zusammenschaltung und damit die gegenseitige Nichterreichbarkeit beiden schaden, weil damit beide Netzbetreiber einen Nachteil auf den Endkundenmärkten erleiden, ohne dass es zu einem Ausscheiden des Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt führt. Solche Foreclosure Praktiken werden daher zwischen kleinen Betreibern nicht zu erwarten sein.

Es wird daher auch ohne Regulierung eine Verhandlungslösung angestrebt werden, weil beiderseitiges Interesse an einer Zusammenschaltung gegeben ist. Die Diskussion von Anreizstrukturen vermag diesfalls Aufschlüsse darüber zu geben, in welche Richtung das Ergebnis von Verhandlungen gehen könnte.

Da beide Betreiber auf Monopolmärkten tätig sind, liegt es nahe, davon auszugehen, dass beide sich gegenseitig Monopolpreise anbieten. Die Höhe dieser Monopolpreise bestimmt sich im Wesentlichen aus den Kosten des Betreibers und aus der Preiselastizität der rufenden Kunden. Der Monopolpreis ist jener Preis, zu dem der Profit des Betreibers an den Terminierungsleistungen maximiert wäre. Solche Elastizitäten (als Ausdruck einer Mengenreduktion auf eine Preiserhöhung) können nur dann zum Tragen kommen, wenn sich die Veränderungen von Terminierungsentgelten auch in den Endkundenentgelten niederschlagen. Konkret bedeutet das, dass der Betreiber, der das Terminierungsentgelt zahlt, dieses dem Kunden über das Endkundenentgelt weiterverrechnet. Ist eine solche

Beziehung gegeben, werden die Betreiber ihre Terminierungsentgelte auf Monopolpreishöhe setzen. Ein Betreiber kann daher in Verhandlungen auf Terminierungsentgeltforderungen über dem Monopolpreis damit reagieren, dass er diese in den Endkundenpreisen betreiberindividuell berücksichtigt. Dies würde nicht nur zu komplexen Endkundenentgeltstrukturen führen, sondern die Endkunden müssten auch wissen, in welches Netz sie anrufen. Aus der Festnetzrufnummer ist allerdings das gerufene Netz derzeit nicht ersichtlich.

Eine Weitergabe von Terminierungsentgelten an Endkunden ist eher bei asymmetrischem Verkehr wahrscheinlich, da jener Betreiber, der viel Verkehr in ein anderes Netz terminiert, von diesem aber wenig Verkehr zur Terminierung übergeben erhält, den resultierenden negativen Mengensaldo entweder durch höhere Terminierungsentgelte zu kompensieren versuchen wird, oder die Kosten an seine Endkunden weitergibt, sofern der Wettbewerb am Endkundenmarkt dies zulässt. Daraus wird deutlich, dass bei asymmetrischem Verkehr kein Anreiz vorhanden ist, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen.

Bei symmetrischem Verkehr saldieren sich die terminierenden Mengen zu Null und bei gleichen Entgelten heben sich die Einnahmen beider Betreiber auf. In einer solchen Situation spielt die Höhe des Entgelts eine geringe Rolle, da der resultierende Saldo aus Terminierungsumsätzen gleich Null ist. Im Verhandlungsfall ohne Regulierung ist eine Einigung auf Entgelte unterschiedlicher Höhe bei symmetrischem Verkehr wenig wahrscheinlich. Dennoch könnte die Höhe der Terminierungsentgelte selbst bei symmetrischem Verkehr insofern auch für Dritte gelten, als sie bei Verhandlungen eine Leitfunktion haben könnte.

## 2. Großer Festnetzbetreiber – kleiner Festnetzbetreiber

Diese Verhandlungssituation unterscheidet sich von ersterer dadurch, dass der große Betreiber durch die Verweigerung der Zusammenschaltung den kleinen Betreiber, der auf die Terminierungsleistung in das große Netz angewiesen ist, als Konkurrent aus dem Endkundenmarkt drängen und gleichzeitig erwarten kann, dass die Kunden des Konkurrenten zu ihm wechseln (Foreclosure). Damit überträgt der große Betreiber die Marktmacht des Terminierungsmarktes auf die Endkundenmärkte.

Da die Interoperabilitätsverpflichtung eine solche endgültige Verweigerung der Zusammenschaltung nicht zulässt, bleibt den Betreibern als Aktionsparameter das Setzen der Terminierungsentgelte. Da Monopolmärkte betrachtet werden, wird wieder von Monopolpreisen ausgegangen.

Wie ausgeführt, wird der große Betreiber den Monopolpreis setzen, wenn sich die Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten des kleinen Betreibers wieder finden und er mit der Preiselastizität der Kunden des kleinen Netzbetreibers konfrontiert ist. Terminierungsentgelte über dem Monopolpreis würden gegebenenfalls seine kurzfristigen Profite schmälern und erscheinen auf den ersten Blick daher nicht rational. Dennoch könnte der große Betreiber dies tun, wenn er damit die Endkundenpreise seines Konkurrenten erhöhen und ihn aus dem Endkundenmarkt drängen könnte, um langfristig seine Profite zu maximieren.

Der kleine Betreiber könnte andererseits aufgrund der fehlenden Abbildung seiner Terminierungsentgelte auf betreiberindividuelle Endkundenentgelte seine Terminierungsentgelte sehr hoch setzen, ohne einen entsprechenden Mengenrückgang befürchten zu müssen. Eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte des kleinen Betreibers kann der große Betreiber ausüben, indem er so hohe Entgelte zu setzen droht, dass der kleine Betreiber auf Endkundenmärkten seine Dienste nicht mehr kompetitiv anbieten kann. Freilich wäre als Gegenreaktion auf den Druck des großen Betreibers zu erwarten, dass der kleine Betreiber wiederum seine Terminierungsentgelte erhöht, um den



Terminierungsumsatzsaldo auszugleichen. Solange er keine Mengenrückgänge befürchten muss, sind dem Preissetzungsspielraum keine Grenzen nach oben gesetzt. Solche Reaktionen werden insbesondere von asymmetrischen Verkehrsflüssen begünstigt, weil die Betreiber durch hohe Entgelte den Umsatzsaldo zu verringern versuchen.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass es unabhängig von der Größe der Betreiber grundsätzlich keine Anreize gibt, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen.

### **Verhandlungsasymmetrie durch Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte eines Zusammenschaltungspartners**

Die bisherige Betrachtung ließ eine mögliche Regulierung außer Betracht. Wenn nun die Terminierungsentgelte eines der Verhandlungspartner reguliert werden, kann er seine Entgelte nicht mehr autonom setzen und er verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner – unabhängig von seiner Größe – jegliche preisliche Verhandlungsmacht. Damit entsteht eine Verhandlungssituation, in dem eine Partei an die Auflagen der Regulierungsbehörde gebunden ist, während die andere Partei ihre Entgelte ohne Gegenmacht setzen kann. An Stelle der preislichen Verhandlungsmacht kann das regulierte Unternehmen freilich auf nicht-preisliche Taktiken zurückgreifen, um den Zusammenschaltungspartner unter Druck zu setzen. Zu solchen Instrumenten gehören Verzögerungen (z.B. der Teststellungen), mindere Qualität oder schlechtere Serviceleistungen. Inwieweit dadurch ein preisdisciplinierender Druck ausgeübt werden kann, hängt letztlich von den Parametern ab, die das regulierte Unternehmen setzen kann. Diese Taktiken sind nur kurzfristig einsetzbar und verlieren mit wachsender Größe des Partnernetzes an Bedeutung, da der Zusammenschaltungspartner für das regulierte Unternehmen wichtiger wird.

Die beschriebene Situation ist jener des One-way access sehr ähnlich. Der unregulierte Betreiber könnte hohe Terminierungsentgelte setzen, während er niedrigere regulierte Terminierungsentgelte an das regulierte Unternehmen leistet. Diese Differenz kann nicht nur die Profitabilität des regulierten Unternehmens gefährden, sie würde auch Ineffizienzen durch Übergewinne und in weiterer Folge eine (den Wettbewerb verzerrende) Subvention der Endkundenmärkte mit sich bringen.

#### **3.7.3.3. Schlussfolgerung**

Zusammenfassend verfügt – unabhängig von seiner Größe – in keinem Fall ein Netzbetreiber (Festnetz, Mobilnetz, VNB) über Gegenmacht gegenüber der Verfahrenspartei. Vielmehr können die Terminierungsentgelte erhöht werden, ohne dass einer der Verhandlungspartner eine preisdisciplinierende Wirkung entfalten kann.

## **3.8. Vertikale Integration und Marktmachtübertragung**

### **3.8.1. Vertikale Integration und Wettbewerbsbeurteilung**

Ein vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf der Vorleistungs- als auch auf der Endkundenebene tätig ist, kann seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen (potentiell kompetitiven) Markt übertragen. Der Anreiz einer solchen Marktmachtübertragung liegt für ein gewinnmaximierendes Unternehmen darin, dass es auf einem weiteren Markt keiner Einschränkung bei der Preissetzung durch andere Anbieter unterliegt, und in der Folge auch auf diesem Markt überhöhte Preise verlangen und hohe Profite lukrieren kann. Um das zu erreichen, wird das Unternehmen Konkurrenten vom potentiellen Wettbewerbsmarkt verdrängen oder potentielle Markteinsteiger abschrecken. Dieser Anreiz wird noch zusätzlich erhöht, wenn das Unternehmen bereits einige Investitionen getätigt hat und sich darunter auch versunkene Kosten befinden, da die Option eines Marktaustrittes

dadurch sehr unwahrscheinlich wird. Damit schafft es Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten, wo ohne Übertragung von Marktmacht der Wettbewerb gegebenenfalls funktionieren würde.

Es lassen sich drei Typen von Strategien der Marktmachtübertragung unterscheiden:

1. **Verweigerung des Zugangs:** Das Unternehmen verweigert Produkte oder Dienste des Vorleistungsmarktes, auf dem es Marktmacht besitzt, mit der Absicht, dass die Konkurrenten ihre Dienste am nachgelagerten Markt nicht erbringen können und daher aus dem Markt ausscheiden. Damit schwächt oder verhindert es den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.
2. **Übertragung von Marktmacht mittels Preissetzung:** Ein Unternehmen überträgt seine Marktmacht durch Preise, indem es durch Diskriminierung bei Preisen auf Vorleistungsmärkten die Kosten der auf nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen erhöht und sich selbst damit einen Wettbewerbsvorteil am nachgelagerten Markt verschafft.
3. **Übertragung von Marktmacht mittels qualitativer Variablen:** Ein Unternehmen verweigert nicht unmittelbar den Zugang, sondern versucht durch nicht preisliche Maßnahmen den Zugang zu erschweren und die (Transaktions)kosten der Konkurrenten zu erhöhen. Solche Maßnahmen können das Ausnutzen von Informationsvorsprüngen, um die eigene Wettbewerbsposition zu verbessern oder den Konkurrenten Informationen vorzuenthalten, die für das erfolgreiche Agieren am Markt notwendig wäre, Diskriminierung in der Qualität gegenüber Dritten, Verzögerungen bei Tests und andere sein.

Wenn das Unternehmen auf mehreren Vorleistungsmärkten tätig ist, kann es seine Marktmacht von einem Markt auf den anderen Vorleistungsmarkt übertragen (horizontale Marktmachtübertragung). Im folgenden Kapitel wird untersucht, zu welchem Verhalten ein marktmächtiges Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung (Green-Field-Ansatz) einen Anreiz hätte.

### 3.8.2. Untersuchung der vertikalen Integration

#### 3.8.2.1. Verweigerung des Zugangs

Wie oben dargestellt, ist die Verweigerung der Zusammenschaltung nur im Falle eines Netzbetreibers mit vielen Terminierungsminuten („großer Betreiber“) sinnvoll. Daher bestehen für die Verfahrenspartei keine Anreize diese Art der Marktmachtübertragung auszuüben.

#### 3.8.2.2. Marktmachtübertragung mittels Preis

Diese Maßnahme steht allen Terminierungsnetzbetreibern offen und wurde ausführlich dargestellt. Wenn ein Betreiber für die Terminierung Entgelte verlangt, die über seinem eigenen internen Verrechnungspreis liegen oder deren Differenz zum Endkundenpreis andere Betreiber de-facto vom Endkundenmarkt ausschließt, dann verursacht er einen „Margin Squeeze“ und überträgt seine Marktmacht auf die relevanten Endkundenmärkte. Damit könnte er in potentiell kompetitiven Endkundenmärkten niedrigere Preise als sein von der Vorleistung abhängiger Mitbewerber anbieten. Überdies führt dies zu allokativen Wohlfahrtsverlusten.

#### 3.8.2.3. Marktmachtübertragung mittels nicht preislicher Variablen

Diese Maßnahmen (z. B. Verzögerungen, das unangemessene Bedingungen für Sicherheitsleistungen, Bankgarantien, proprietäre Standards etc.) steht zwar theoretisch allen Betreibern offen, doch am effektivsten kann ein großer Betreiber durch nicht preisliche Maßnahmen Wettbewerbsvorteile ziehen, weil derartige Maßnahmen dem kleinen Betreiber eher nachteilig sind. Von der Verfahrenspartei sind derartige Marktmachtübertragungen daher nicht zu erwarten.

#### 3.8.2.4. Horizontale Marktmachtübertragung

Ein Unternehmen kann – wenn es in zwei horizontal komplementären Märkten agiert, in einem über Marktmacht verfügt und im anderen dem Wettbewerb ausgesetzt ist – seine Marktmacht vom ersten Markt auf den anderen übertragen. Diese Art der Marktmachtübertragung wird umso wichtiger sein, je bedeutender die Terminierungsleistung ist. Ist das betreffende Unternehmen zu den kleinen Festnetzbetreibern zu zählen und die Terminierungsleistung weniger bedeutend, wird eine solche Marktmachtübertragung etwa auf Transit nicht erwartet.

### 3.9. Bisherige Regulierung und Reziprozität

Die Regulierungsbehörde hat seit der Entscheidung Z 1/97 vom März 1998 (bzw. mit Ersatzbescheid vom Februar 2004) über die Zusammenschaltungsentgelte der Telekom Austria indirekt auch die Entgelte der Festnetz-Zusammenschaltungspartner festgelegt. Zuletzt wurden reziproke Entgelte in der Entscheidung Z 10/03 angeordnet. Reziprozität bedeutet dabei, dass für gleichwertige Leistungen die gleichen Entgelte angemessen sind.

Die regionalen Terminierungsentgelte der Telekom Austria und damit über die Reziprozität auch die Terminierungsentgelte der ANBs gegenüber der Telekom Austria sind ab 01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 1,82 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,53 (peak) und Cent 0,73 (off-peak) gesunken, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 33% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 9% auf Cent 1,39, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,47% auf Cent 1,30 (peak) und um 1,37% auf Cent 0,72 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 1,77% auf Cent 1,28 (peak) bzw. auf Cent 0,71 (off-peak).

Der Umstand, dass die Terminierungsentgelte auf unterschiedlichen Niveaus festgelegt wurden, spiegelt die unterschiedlichen Netzarchitekturen der Telekom Austria und der alternativen Betreiber wieder. Netze alternativer Betreiber haben im Gegensatz zum Netz der Telekom Austria nur eine Ebene von Vermittlungsstellen. Daraus folgt, dass die Netzstruktur eines alternativen Betreibers keine unterschiedlichen Verkehrsarten wie im Telekom Austria Netz zulässt und für Terminierungsleistungen jeweils das regionale Entgelt zur Verrechnung gelangt (V39=V3). Dieses Entgelt hängt weder von der tatsächlichen Ausgestaltung des Netzes, noch von der Verkehrsführung im Netz noch von der Anzahl der Vermittlungsstellen oder der überwundenen Distanz ab. Die Reziprozität wird nicht streng in dem Sinne ausgelegt, dass die Entgelte der Telekom Austria identisch auf die Topologie des alternativen Netzbetreibers angewendet werden. Die wenigen VSten in den Netzen der ANB weisen darauf hin, dass weniger Vermittlungsleistungen in Anspruch genommen und größere Distanzen zurückgelegt werden, sodass die erfolgte regionale Festlegung eine gute Annäherung der durchschnittlichen Terminierungsleistung alternativer Anbieter ist.

Nach den Feststellungen, beruhend auf dem Gutachten der Amtssachverständigen vom Februar 2006, sind die Durchschnittsentgelte der alternativen Netzbetreiber in der Regel höher, als jene der Telekom Austria. Sie bewegen sich im Großen und Ganzen innerhalb der angeordneten Entgeltbreiten zwischen den peak und off-peak Werten für das regionale Entgelt der Telekom Austria. Im Netz der Telekom Austria – und nur in diesem – wird zwischen Zusammenschaltungsleistungen auf lokaler, regionaler, nationaler Ebene unterschieden. Für diese Ebenen legte die Regulierungsbehörde lokale, regionale (single tandem) und nationale (double tandem) Entgelte fest.

Die jüngste Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zur Festsetzung von Festnetz-Terminierungsentgelten datiert vom 20.09.2004. Nach dieser Entscheidung im Verfahren Z 10/03 wurden keine neuerlichen Anträge auf Neufestsetzung von Terminierungsentgelten mehr an die Telekom-Control-Kommission gerichtet. Telekom Austria bietet im aktuellen Standardzusammenschaltungsangebot (RIO 2005) (<http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/rio-2005.pdf>; ON 13) in Anhang 7 aktuell dasselbe Entgelt für die Verkehrsart der

regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) an, wie im Bescheid Z 10/03 angeordnet wurde (amtsbekannt).

### **3.10. Zusammenfassung betreffend das identifizierte Wettbewerbsproblem aus ökonomischer Sicht**

Für den gegenständlichen Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei besteht nach den getroffenen Feststellungen im Fall der Nicht-Regulierung das potentielle Wettbewerbsproblem, dass die Verfahrenspartei als Festnetz-Terminierungsnetzbetreiber einen Anreiz hat, exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren. Die auf Grund der Marktstruktur gegebene Marktmacht der Verfahrenspartei kann insbesondere nicht durch nachfrageseitige Gegenmacht beschränkt werden.

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

### **4.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten**

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) folgende vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten. Es wird darüber hinaus eine Verbindung zu den in den §§ 38 bis 46 oder 47 Abs. 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsinstrumenten hergestellt („Gemeinsamer Standpunkt der ERG in Hinblick auf die im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen geeigneten Regulierungsinstrumente“; ON 15).

#### **4.1.1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen**

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde soll transparent und ausreichend begründet sein. Durch Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission soll eine konsistente Regulierungspraxis innerhalb der EU sichergestellt werden.

Die ausgewählten Regulierungsinstrumente müssen der Natur des Wettbewerbsproblems entsprechen. Das Aufzeigen von Wettbewerbsproblemen und den ihnen zugrunde liegenden Ursachen erfolgt in der Marktanalyse.

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das geringste Mittel darstellen. Wird auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt eine SMP-Stellung festgestellt, gilt die Vermutung, dass die Anwendung von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. Es ist also nicht erforderlich, die Wohlfahrtseffekte tatsächlich nachzuweisen. Dennoch muss, falls mehrere Regulierungsinstrumente (bzw. Kombinationen von Regulierungsinstrumenten) geeignet sind, jenes gewählt werden, welches – eine gleichwertige Zielerreichung vorausgesetzt – die geringste Belastung für das/die betroffene/n Unternehmen darstellt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wird üblicherweise auf einer qualitativen Analyse beruhen, unterstützend können gegebenenfalls auch quantitative Analysen verwendet werden.

Da bestimmte Regulierungsinstrumente erst im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit entfalten, kann es erforderlich sein, in der Zwischenzeit andere/zusätzliche Regulierungsinstrumente anzuwenden, um langfristig die Zielerreichung sicherzustellen.

Werden mehrere Regulierungsinstrumente gleichzeitig auferlegt, so ist gegebenenfalls auch die Interaktion zwischen ihnen zu betrachten. Weiters sind auch die Rückwirkungen auf andere Märkte und dort vorliegende Regulierungsmaßnahmen zu beachten.

Bei der konkreten Gestaltung der Regulierungsinstrumente ist schließlich auf Ausgewogenheit zwischen Generalität und Spezifität zu achten. Während detaillierte Verpflichtungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, sind sie gleichzeitig unflexibel und laufen Gefahr, häufig überarbeitet bzw. angepasst werden zu müssen. Allgemeine Verpflichtungen sind zwar flexibler, schaffen jedoch Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung und müssen oft im Nachhinein konkretisiert werden.

#### **4.1.2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden**

Während in Prinzip 1 allgemeine Grundlagen für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten dargelegt sind, beschäftigt sich Prinzip 2 mit einer Situation, in der das SMP-Unternehmen über für die Erbringung bestimmter Leistungen notwendige Infrastruktur verfügt, von der nicht angenommen werden kann, dass sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums von anderen Unternehmen repliziert werden kann<sup>1</sup>. In solchen Fällen müssen nationale Regulierungsbehörden die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindern.

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

Ist Zugang zu den betreffenden Vorleistungsprodukten sichergestellt, muss weiters darauf geachtet werden, dass das SMP-Unternehmen nicht den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verzerrt oder verhindert. Dies könnte z.B. durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene (welche zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken geschehen, was jeweils durch die Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente zu verhindern ist.

Der Zugang zu Vorleistungsprodukten kann mittels § 41 TKG 2003 sichergestellt werden. Wird eine Zugangsverpflichtung auferlegt, wird es im Gefolge meist auch notwendig sein, einen adäquaten Preis für das Zugangsprodukt basierend auf § 42 TKG 2003 festzulegen. Insbesondere um die Aktivitäten der Vorleistungsebene von jenen der Endkundenebene trennen zu können, kann unterstützend die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zur Anwendung kommen. Um verschiedene Arten der Diskriminierung zwischen dem eigenen Unternehmen und den anderen Unternehmen, die am Endkundenmarkt mit dem SMP-Unternehmen in Wettbewerb stehen, zu verhindern, kann § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) angewandt werden, der auch die Veröffentlichung eines Standardangebots beinhaltet. Falls – z.B. aufgrund von Wechselkosten – erwartet werden kann, dass sich Wettbewerber auf der Endkundenebene nur langsam etablieren können, können in der Übergangsperiode Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 (Regulierungsmaß-

---

<sup>1</sup> Infrastruktur wird dann als replizierbar bezeichnet, wenn die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) technisch möglich und ökonomisch sinnvoll ist sowie innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgen kann.



nahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer) erforderlich sein, um eine Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten zu verhindern.

#### **4.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden**

Prinzip 3 beschäftigt sich mit Situationen, in denen das SMP-Unternehmen zwar (weitgehend) alleine über für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendige Infrastruktur verfügt, jedoch angenommen werden kann, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann. In solchen Fällen soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden.

Die Investitionsanreize der alternativen Betreiber können vor allem durch die Gestaltung der Zugangsprodukte (§ 41 TKG 2003) und der Zugangspreise (§ 42 TKG 2003) beeinflusst werden.

Da sich neue Unternehmen üblicherweise erst allmählich am Markt etablieren können und sich zu Beginn höheren Kapitalkosten gegenübersehen, kann es angebracht sein, Zugang auf verschiedenen Ebenen der Netzwerkhierarchie zu ermöglichen, um neu in den Markt eintretenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Investitionen stufenweise vorzunehmen. Hat ein alternativer Betreiber einmal eine kritische Masse erreicht und ist es ihm möglich, die Vorleistung effizienter als das SMP-Unternehmen herzustellen, so kann angenommen werden, dass er weitere Netzwerkinvestitionen tätigen wird.

Zusätzliche regulatorische Investitionsanreize für alternative Betreiber könnten z.B. durch dynamische (zu Beginn niedrige und im Zeitverlauf steigende) Zugangspreise und/oder durch zeitlich limitierte Verfügbarkeit bestimmter Zugangsprodukte geschaffen werden. Allerdings besteht hier das Risiko, dass entweder ineffiziente Investitionen getätigt werden oder aber alternative Betreiber aus dem Markt ausscheiden, falls die entsprechende Infrastruktur des SMP-Unternehmens nicht wirtschaftlich replizierbar ist. Diese Möglichkeit ist gegen das Risiko abzuwägen, dass die Replizierung der Infrastruktur unterbleibt, obwohl sie gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

Besteht große Unsicherheit über das Ausmaß der Replizierbarkeit, ist ein „neutraler“ Ansatz zu bevorzugen, bei dem zwei oder mehrere Zugangsprodukte zu kostenorientierten Preisen verfügbar sind.

Sind mehrere Zugangsprodukte gleichzeitig verfügbar, so ist insbesondere auf die Konsistenz der Zugangspreise zu achten. Weiters muss sichergestellt sein, dass der Wechsel von einem Zugangsprodukt zum nächsten reibungslos (v.a. auch was die Wahrnehmung des Endkunden betrifft) möglich ist.

#### **4.1.4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung**

Stehen mehrere effektive Regulierungsoptionen zur Auswahl, so ist darauf zu achten, dass jene zur Anwendung kommt, die am ehesten anreizkompatibel ist. Sind Regulierungsinstrumente nicht anreizkompatibel, so kann dies in weiterer Folge den Bedarf an wiederholter Intervention oder zusätzlicher Regulierung induzieren. Regulierungsinstrumente sind daher so zu gestalten, dass der Nachteil bei Umgehung so groß ist, dass es optimal ist, die Regulierung einzuhalten.

Basierend auf diesen Prinzipien soll nun im weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

#### **4.2. Regulierungsinstrumente für den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Telefonnetzen der TMA an festen Standorten**

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden*) und nicht Prinzip 3 (*Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden*) anzuwenden. Die zugrunde liegende Infrastruktur zum Teilnehmer ist kaum replizierbar, die Sinnhaftigkeit einer Duplizierung ist überdies volkswirtschaftlich fraglich, sodass der Einsatz der Regulierungsinstrumente vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen fokussiert.

Aufgrund der resistenten Monopolstruktur des gegenständlichen Terminierungsmarktes kann das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht in der Förderung von Wettbewerb auf diesem Terminierungsmarkt selbst bestehen, sondern vielmehr in der Verhinderung adverser Effekte (für den Wettbewerb auf nachgelagerten oder in horizontaler Beziehung stehenden Märkten bzw. für Endnutzer). Würde man das Ziel verfolgen, Wettbewerb in den Terminierungsmärkten zu fördern, müsste man zu viel eingriffsintensiveren Mitteln greifen, die weit reichende Auswirkungen auf die Konsumenten und den Markt hätten. Eine solche Maßnahme wäre z. B. der Übergang vom Calling-Party-Pays Prinzip (Anrufer zahlt für den Anruf) zu einem Receiver-Party-Pays Regime (Angerufene zahlt für den Anruf). Dies erscheint jedoch unverhältnismäßig, insbesondere, da mit gelinderen Mitteln das Auslangen gefunden werden kann (siehe sogleich).

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen des identifizierten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

##### **4.2.1. Zugangsverpflichtung - § 41 TKG 2003**

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Darunter ist hinsichtlich der Terminierung insbesondere das Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen, die Führung von Verhandlungen, die Ermöglichung von Kollokation, die Zusammenschaltung von Netzen und das Verbot der nachträglichen Verweigerung bereits gewährter Zugänge zu verstehen. Das TKG 2003 schließt weitere Zugangsverpflichtungen nicht aus. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Dieses Regulierungsinstrument adressiert Wettbewerbsprobleme wie die Verweigerung des Zugangs. Derartige Wettbewerbsprobleme wurden jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert.

##### **4.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003**

###### **4.2.2.1. Zweck**

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht am Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um exzessive Preise zu setzen. Andernfalls könnte es Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder Mitbewerber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen (Margin Squeeze). Die Auferlegung dieser Verpflichtung hat unter Berücksichtigung der Investitionen des Betreibers und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erfolgen.

Die Entgeltkontrolle adressiert, im Gegensatz zur Zugangsverpflichtung Foreclosure-Strategien über das Setzen exzessiver Zugangspreise. Darüber hinaus führen überhöhte Preise zu einer geringeren Menge an Terminierungsleistungen als jener, die sich bei effektivem Wettbewerb einstellen würde, sofern die Nachfrage nicht vollkommen preisunelastisch ist, wovon nicht auszugehen ist. Dadurch entstehen allokativen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste.

#### 4.2.2.2. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv (d.h. direkt und der Natur des Problems angemessen) das identifizierte Problem der exzessiven Preise zu adressieren. Im Falle persistenter Monopole (Prinzip 2) ist der Maßstab der Kostenorientierung anzuwenden, da damit allokativen und produktiven Ineffizienzen hintangehalten werden können. Dieses Regulierungsinstrument vermag somit auch zu verhindern, dass ein Betreiber überhöhte Preise festsetzt, um die Zusammenschaltungskosten seiner Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten – bis hin zu einer Verdrängung (foreclosure) – zu verschlechtern. Gleichzeitig unterbindet das Instrument etwaige Quersubventionen auf andere Märkte.

Im Fall der Verfahrenspartei ist aus ökonomischer Sicht Benchmarking als Preisermittlungsmethode zweckmäßig, weil der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen möglichen Preissetzungsverfahren (insbesondere Kostenorientierung nach dem Standard der FL-LRAIC) ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß für die Implementierung eines neuen Kostenmodells (bzw. die Adaptierung des für die Ermittlung der Kosten der Mobilterminierungsleistungen vorhandenen Kostenrechnungssystems) und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung, übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Weist TMA (freiwillig) höhere Kosten nach, können diese im Rahmen eines Verfahrens nach § 50 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission in Betracht gezogen werden und so allenfalls zu höheren Entgelten führen.

Verglichen zu anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird oder sogar abhanden kommt. Daher ist im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob andere, gelindere Instrumente bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen entfalten können.

#### 4.2.2.3. Beziehung zu anderen Regulierungsinstrumenten

Als Alternative zur Entgeltkontrolle ist zu erwägen, ob allenfalls eine Kombination der Gleichbehandlungsverpflichtung auf Vorleistungsebene mit der getrennten Buchführung die Entgeltkontrolle ersetzen kann. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch zur Basis für externe Transaktionen werden könnten. Zwar wäre es denkbar, getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Produktebene anzuordnen, doch wäre diese Maßnahme wie dargestellt unverhältnismäßig, da die Last für das marktmächtige Unternehmen im Allgemeinen weitaus größer ist, wenn ein getrennte Buchführung einzuführen ist, als wenn Entgelte auf der Basis von Benchmarks ermittelt werden.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung ist also im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht das geeignetere Mittel, um das Problem exzessiver Preise adäquat zu adressieren.

#### **4.2.2.4. Fazit**

Die Entgeltkontrolle unter Berücksichtigung von Benchmarks stellt trotz ihres eingriffsintensiven Charakters das einzig effektive und verhältnismäßige Regulierungsinstrument dar, mit dem dem Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise am Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei begegnet werden kann.

### **4.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung - § 38 TKG 2003**

Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Weiters kann die Gleichbehandlungsverpflichtung verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen Marktmacht auf andere Märkte überträgt. Da derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 aufzuerlegen.

### **4.2.4. Getrennte Buchführung - § 40**

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung soll mittels einer getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen mögliche Quersubventionen aufzeigen. Sie ist als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiert und erlaubt eine zeitnahe Überprüfung derselben.

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die Feststellungen zur Entgeltkontrolle (Punkt 4.2.2) verwiesen.

### **4.2.5. Transparenzverpflichtung**

Dieses Regulierungsinstrument verpflichtet das marktmächtige Unternehmen, zusätzliche Informationen zu liefern und zu veröffentlichen. Eine weiterführende Transparenzverpflichtung ist daher nicht vorzusehen, wenn durch die Bestimmungen des TKG 2003 (insbesondere § 90) und durch die anderen auferlegten Instrumente die Markttransparenz in dem für die Hintanhaltung der identifizierten Wettbewerbsprobleme erforderlichen Umfang hinreichend gesichert ist.

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist, ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

## **4.3. Andere 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. An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass es aus theoretischer Sicht Maßnahmen gibt, 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). Diese Verpflichtungen erscheinen jedoch unpraktikabel und darüber hinaus wesentlich eingriffsintensiver, als jene, die mit dem gegenständlichen Bescheid vorgeschrieben werden. Im Übrigen wären deren Gesamtauswirkungen auf den gesamten Sektor nicht abschätzbar.

## **C. Beweiswürdigung**

### **1. Allgemeines**

Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der TMA Austria GmbH an festen Standorten“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Martin Pahs sowie Mag. Paul Pisjak vom Februar 2006. Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem ebenfalls überzeugenden Gutachten derselben Amtssachverständigen vom März 2006. Die Telekom-Control-Kommission übersieht dabei nicht, dass teilweise Daten betreffend andere Betreiber als TMA insoweit herangezogen wurden, als ein Vergleich zwischen dem verfahrensgegenständlichen Markt und anderen Terminierungsmärkten erforderlich war, und dass diese Daten bereits aus der Datenabfrage stammten, die im Zuge der Marktanalyseverfahren der Jahre 2003/04 durchgeführt wurden. Die Daten können allerdings trotz ihres Alters herangezogen werden, weil sie lediglich die relative Größe des Festnetzterminierungsmarktes der TMA zu den übrigen Terminierungsmärkten, insbesondere dem der Telekom Austria, betreffen und sich diesbezüglich nichts Wesentliches an den die anderen Betreiber betreffenden Daten geändert hat. So haben nach wie vor alle Betreiber 100% Marktanteil auf ihren Märkten und ist insbesondere Telekom Austria im Vergleich zur Verfahrenspartei jedenfalls ein sehr großer Terminierungsnetzbetreiber. Die den gegenständlichen Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei direkt betreffenden Daten wurden demgegenüber im Verfahren aktuell erhoben.

Die sonstigen Feststellungen gründen auf den jeweils in Klammern angegebenen Quellen. Diese den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens übermittelt.

### **2. Zum Vorbringen der Verfahrenspartei zum Marktanalyse-Gutachten und zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:**

Mit Schreiben vom 14.03.2006, ON 9, nimmt TMA zum Marktanalysegutachten (ON 7) Stellung. Dabei vertritt TMA – auch unter Hinweis auf ihre Stellungnahme im Verfahren RVON 2/05 zur Überprüfung der TKMVO 2003, ON 14 – die Meinung, dass Terminierungsmärkte nicht betreiberindividuell abzugrenzen seien, sondern einem „Gesamtmarktkonzept“ der Vorzug zu geben sei. Diesen Argumenten kann jedoch zusammenfassend aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Die für die Analyseverfahren nach §§ 35ff TKG 2003 verbindlich anzuwendende TKMVO 2003 der RTR-GmbH definiert den verfahrensgegenständlichen Markt als betreiberindividuell, weil die Terminierungsleistung nur vom jeweiligen Betreiber alleine erbracht werden kann und nicht substituierbar ist. Insbesondere stellen die von TMA möglichen angeführten Maßnahmen (Seite 5 ihres Schriftsatzes) keine Nachfragesubstitute dar, sondern sind im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht zu behandeln, was im Gutachten auch ausführlich erfolgt ist. Auch die angeführten (Punkt B.3.3.) negativen Auswirkungen auf die Betreiber können an der Definition der Märkte als betreiberindividuell nichts ändern, weil es eben keine Substitute für die fragliche Leistung gibt. Das von TMA – auch in ihrer Stellungnahme im Verfahren RVON 2/05 – geforderte Gesamtmarktkonzept widerspricht daher den europäischen (durch die Märkteempfehlung) und den innerstaatlich



(durch die TKMVO 2003) vorgegebenen Grundlagen der Marktabgrenzung und ist daher zu verwerfen. Zu der von TMA ins Treffen geführten (Punkt B.2, Seite 5) „Marktbelebung“ ist darauf hinzuweisen, dass dieses Argument allenfalls die Festnetzendkundenmärkte, nicht aber den untersuchten Vorleistungsmarkt betrifft. Auf die Besonderheiten des Produktes Replace als Verbindung eines Festnetz- und eines Mobilfunkdienstes wurde, entgegen den Ausführungen der TMA, im Gutachten sehr wohl im Detail eingegangen. Auf die ausführliche Würdigung dieser Ausführungen der Amtssachverständigen im Rahmen der Beweiswürdigung wird daher zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Auf der Basis dieser (unrichtigen) Annahme eines relevanten Gesamtterminierungsmarktes argumentiert TMA weiter, dass das Marktanalysegutachten die Kriterien des § 35 Abs. 2 TKG 2003 nicht ausreichend berücksichtigt hätte. Die laut TMA zu berücksichtigenden Kriterien des § 35 TKG 2003 setzen allerdings entweder einen – nicht für ex-ante Regulierung relevanten – Gesamtterminierungsmarkt voraus. Dies gilt für die Indikatoren Unternehmensgröße, Markteintrittsschranken, Marktphase, technologiebedingter Vorsprung, Skalenvorteile, oder wurden, wie die nachfrageseitige Gegenmacht und das Ausmaß der vertikalen Integration, im Gutachten ohnedies ausführlich behandelt. Auf die ausführliche Würdigung dieser Ausführungen der Amtssachverständigen im Rahmen der Beweiswürdigung wird daher zur Vermeidung von Wiederholungen auch in diesem Zusammenhang verwiesen. Soweit TMA zum Thema „Nachfrageseitige Gegenmacht“ darauf hinweist (Punkt B.4.3), dass das Produkt Replace im Gutachten unrichtig dargestellt worden sei, weil sich TMA seit dem Bescheid M 3/05 intern dieselben Entgelte für Terminierungsleistungen zu verrechnen hat wie externen Nachfragern und sie daher auf die Differenz nicht „verzichtet“, ist auszuführen, dass diese Darstellung ausdrücklich die Situation ohne Regulierung (des Mobilterminierungsmarktes) beschreibt. So führen die Amtssachverständigen aus: *„In seiner wettbewerblichen Wirkung könnte dieses Produkt aber zu einem Foreclosure auf den Endkundenmärkten des Festnetzes führen, wenn nicht sichergestellt wird, dass die Leistung der Mobilterminierung nicht-diskriminierend allen Anbietern zu denselben Konditionen angeboten wird. Zwar verzichtet T-Mobile Austria GmbH zugunsten der Erschließung neuer Geschäftsfelder (des Festnetzes) auf die Mobilterminierungseinnahmen, doch dieser Verzicht bedeutet keineswegs, dass T-Mobile Austria GmbH bei den Terminierungsentgelten ins Festnetz keinen Anreiz hat, ihre Marktmacht auszuüben. In den Ausführungen in den Abschnitten 4.2.6.3.2.1 und 4.2.6.3.2.2 wird gezeigt, dass ein Anreiz besteht, die Entgelte für Terminierung ins Festnetz auf Monopolhöhe bzw. sogar darüber zu setzen.“* (Punkt 4.2.6.2.1, Fall a) - Seite 17 des Gutachtens). Die Möglichkeit von Foreclosure-Strategien auf den Festnetz-Endkundenmärkten wurde durch die mit dem Bescheid M 3/05 auferlegten Verpflichtungen verhindert, auf den im gegenständlichen Verfahren analysierten Festnetz-Terminierungsmarkt hat diese neue Verpflichtung aber keinen Einfluss, wie die Amtssachverständigen im obigen Zitat ausdrücklich ausführen.

Mit Schriftsatz vom 12.04.2006 nimmt TMA auch zum Gutachten der Amtssachverständigen über die aus ökonomischer Sicht anzuwendenden Regulierungsinstrumente Stellung. TMA ist zusammengefasst der Meinung, die vorgeschlagene Verpflichtung der Entgeltkontrolle sei nicht auf Verhältnismäßigkeit geprüft worden, die Annahme der Amtssachverständigen, diese Verpflichtung sei zur Verhinderung adverser Effekte geeignet, sei nicht nachvollziehbar und die Amtssachverständigen hätten sich nicht ausreichend mit der Besonderheit des Produktes Replace auseinandergesetzt. Diese Annahmen der TMA sind jedoch nicht zutreffend, wie im Folgenden dargestellt wird.

Einleitend nimmt TMA in Punkt B. ihrer Stellungnahme erneut zum Gutachten der Amtssachverständigen betreffend die Analyse des gegenständlichen Marktes (als „Erstgutachten“ bezeichnet) Stellung. Zu Punkt B.1 dieser Stellungnahme der TMA ist auszuführen, dass diese die zitierten Aussagen der EK in der Märkteempfehlung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission unrichtig interpretiert. Die Einschränkung in der Empfehlung (bzw. im Explanatory Memorandum dazu), dass die Marktstruktur der

Terminierungsmärkte nicht automatisch bedeuten, dass jeder Betreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt, weist lediglich darauf hin, dass auch andere Faktoren, insbesondere das allfällige Vorliegen von nachfrageseitiger Gegenmacht (Countervailing Buyer Power, CBP) zu prüfen sind. Dies ist im Gutachten ausführlich begründet und mit negativem Ergebnis erfolgt. Aus der Aussage der EK kann jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass kleine Betreiber automatisch nicht über SMP verfügen, wie TMA nahe legt.

Auch die von TMA geforderte Berücksichtigung anderer in § 35 TKG 2003 genannter Kriterien ist im Gutachten erfolgt, wobei die meisten davon (mit ausführlicher Begründung) als nicht aussagekräftig für einen Monopolmarkt beurteilt wurden. Insbesondere wurde im Gutachten (Punkt 4.2.3) auch die Verflechtung des Wettbewerbs auf den Anschlussmärkten mit den Terminierungsmärkten untersucht. Die Amtssachverständigen kommen zu dem Schluss, dass zunehmender Wettbewerb auf diesen Anschlussmärkten zu einer Verschiebung der Terminierungsminuten der Betreiber führt und leiten daraus ab, dass kein entscheidender Impuls hinsichtlich neuer Betreiber auf den Anschlussmärkten zu erwarten ist, sodass die Anzahl der Terminierungsmärkte nicht drastisch steigen wird. Die vom TMA geforderte Berücksichtigung der Wechselbeziehung zwischen Vorleistungsmärkten und Endkundenmärkten ist daher im Gutachten vorgenommen worden.

Zu den Ausführungen der TMA in Punkt B.1 letzter Absatz ist darauf hinzuweisen, dass diese Argumentation (wiederum) die in der TKMVO 2003 definierten betreiberindividuellen Terminierungsmärkte negiert und daher nicht stichhaltig ist.

In Punkt B.2 führt TMA aus, die Überlegungen der Amtssachverständigen betreffend das Nicht-Vorliegen nachfrageseitiger Gegenmacht seien „zum Großteil unschlüssig.“ In der Folge führt TMA sowohl zur Frage der nachfrageseitigen Gegenmacht auf der Retail-Ebene als auch auf der Wholesale-Ebene aus. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich grundsätzlich auf die Ausführungen in Punkt II.D.6.5 dieses Bescheides verwiesen.

Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass das wiederholte Vorbringen der TMA, die Amtssachverständigen hätten keine ausreichende Evidenz zur Untermauerung ihrer Aussagen geliefert, insofern ins Leere geht, als die Analyse des Marktes wesentlich auf der Berücksichtigung der auf Grund der Marktstruktur bestehenden Anreizstrukturen beruht, wie die Amtssachverständigen in Punkt 4.2.6.1. ausführen („In all diesen Fällen ist nicht nur die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit nachfrageseitiger Gegenmacht zu diskutieren, sondern auch zu erörtern, in wie weit Anreize bestehen diese Verhandlungsmacht auszuüben bzw. wie diese Anreize gegebenenfalls kanalisiert werden. Die weitere Diskussion folgt dieser Unterteilung“). Auf die Ausführungen in Punkt D.6.4 dieses Bescheides zur Anwendbarkeit der Marktverhaltens-Indikatoren wird hingewiesen.

Im Übrigen zeigen die im Gutachten untersuchten Fallkonstellationen (vgl. Abbildung 3 in Punkt 4.2.6.2.1) deutlich, dass der Terminierungsnetzbetreiber andere Möglichkeiten als eine Senkung der Terminierungsentgelte zur Verfügung hat, um eine kostengünstige Erreichbarkeit seiner eigenen Kunden zu garantieren und diese Möglichkeiten von den Unternehmen auch genutzt werden (wie die Vergabe der tariffreien Nummern und der Nummern mit Tarifobergrenze zeigt). So werden beispielsweise die als Rufnummern für Dienste mit geregelter Entgeltobergrenze vorgesehenen 0800-Nummern gerade für den Zweck eingesetzt, dass der Anrufer kein Entgelt zu entrichten hat.

Auch soweit TMA darauf hinweist, die Annahme, (auch kleine) Festnetzbetreiber würden auf Druck großer Kunden nicht mit einer Senkung der Terminierungsentgelte reagieren, weil der Erlösrückgang aus Terminierung fast immer größer sei, als die mit dem Unternehmen verbundenen aktiv- und passivseitigen Erträge, sei nicht belegt, wird darauf verwiesen, dass die Amtssachverständigen die Anreizstrukturen auf dem Markt untersucht haben. Das Gutachten führt dementsprechend auch aus, dass selbst, wenn einige wenige Großkunden

auf die günstigere Erreichbarkeit drängen, TMA als Gegenreaktion wohl trotzdem geringere Anreize hat, mit der Senkung der Festnetzterminierungsentgelte zu reagieren – der Niederschlag in den Entgelten der anrufenden Endkunden ist eben ungewiss, weshalb die günstigere Erreichbarkeit nicht sichergestellt werden kann – sondern weit eher andere Alternativen, wie die dargestellten 0800-Nummern, wählen wird. Auch die Erfahrung der Regulierung hat gezeigt, dass die Netzbetreiber ihre Terminierungsentgelte nicht unter der regulierten Obergrenze setzen.

Das Gutachten führt auch aus, dass ein Netzbetreiber unabhängig von der (relativen) Größe gegenüber den Endkunden kaum Anreize hat, seine Terminierungsentgelte zu senken und einem solchen Druck auch nicht ausgesetzt ist. Auch das zeigen die Erfahrungen der regulierten Terminierungsentgelte als Obergrenze. Soweit erforderlich, wird übrigens im Gutachten sehr wohl auf die Besonderheiten der kleinen Netzbetreiber bzw. konkret auf die spezielle Situation der TMA als Anbieter des Produktes „Replace“ eingegangen.

Betreffend die nachfrageseitige Gegenmacht auf der Vorleistungsebene übersieht TMA, dass sich die Amtssachverständigen ausführlich mit den von TMA thematisierten Fragen auseinandergesetzt haben. So wurde im Gutachten berücksichtigt, dass große Netzbetreiber die Zusammenschaltung nur verweigern könnten, wenn sie ihrerseits nicht der Regulierung unterlägen, was nicht der Fall ist. Wegen dieser regulatorischen Verpflichtung zur Zusammenschaltung könnte der kleine Betreiber dem großen gegenüber hohe Terminierungsentgelte setzen, ohne Vergeltungsmaßnahmen befürchten zu müssen, weshalb ein regulierter großer Netzbetreiber über kein ausreichendes Drohpotential und entsprechende Nachfragemacht verfügt. Umgekehrt verfügen (relativ) kleine Netzbetreiber gegenüber anderen regulierten Netzbetreibern sehr wohl über Verhandlungsmacht, weil der Zusammenschaltungspartner der Regulierung unterworfen ist und somit seine eigene Verhandlungsmacht nicht ausüben kann. Dies gilt, da sowohl Telekom Austria als auch Mobilkom hinsichtlich der Terminierungsentgelte reguliert sind, auch trotz deren konzernmäßiger Verbindung für beide Unternehmen. Die von TMA geforderte gemeinsame Betrachtung dieser Unternehmen könnte daher nichts an der grundsätzlichen Überlegung ändern.

Die von TMA geforderte empirische Untersuchung, ob betreiberindividuelle Terminierungsentgelte sich in den Endkundenentgelten wieder finden würden, wäre nicht durchführbar gewesen, weil einerseits auch die Entgelte alternativer Betreiber (zur Telekom Austria) bisher reguliert wurden, und weil andererseits aus den Rufnummern nicht erkennbar ist, zu welchem Netz angerufen wird. Dies wurde im Erstgutachten auch ausführlich begründet (S. 23).

Soweit TMA ausführt, ihr Terminierungsverkehrssaldo sei negativ, ist darauf hinzuweisen, dass in dieser Darstellung offenbar der vom TMA-Mobilnetz abgehende Verkehr zu Festnetzen dem von Festnetzen zum TMA-Festnetz („Replace“) zugehenden Verkehr gegenübergestellt wird, die Terminierung in TMA-Mobilnetzen jedoch außer Acht gelassen wird. Nach den den Amtssachverständigen zur Verfügung stehenden Daten ist jedoch der Terminierungsverkehrssaldo im Produkt „Replace“ sogar positiv, wenn man den aus dem TMA-Festnetz abgehenden Verkehr dem zum TMA-Festnetz zugehenden Verkehr gegenüberstellt. Im Übrigen ist unabhängig davon, ob der Verkehrssaldo positiv oder negativ ist, die Verhandlungsposition trotzdem dieselbe, weil der Terminierungsnetzbetreiber unabhängig vom Saldo seine Verhandlungsmacht ausüben kann.

Zusammengefasst ist daher auszuführen, dass das Vorbringen der Verfahrenspartei zum Marktanalysegutachten nicht geeignet ist, dieses in Zweifel zu ziehen.

In Punkt C. ihres Schriftsatzes vom 12.04.2006 führt TMA zu den „Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten“ aus.

Eingangs bezeichnet TMA den „Ansatz, die der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Regulierungsinstrumentes auf Vorleistungsebene vor allem dessen Auswirkungen auf die nachgelagerten Endkundenmärkte zu prüfen“, als nachvollziehbar. Das im Gutachten zitierte Positionspapier der ERG sowie die Ausführungen der Amtssachverständigen selbst betonen jedoch, dass zwar bei der Analyse eines Vorleistungsmarktes die Rückwirkungen auf die relevanten Endkundenmärkte zu prüfen sind, primär aber die Wettbewerbsverhältnisse auf dem überprüften Vorleistungsmarkt selbst für dessen Analyse maßgeblich sind. Demgegenüber dreht TMA diese Argumentation insofern um, als argumentiert wird, dass die Wettbewerbsverhältnisse auf den Endkundenmärkten der wesentliche Maßstab für die Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente auf dem Terminierungsmarkt sind. Diese Argumentation findet allerdings nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission keine Deckung in den anzuwendenden Rechtsgrundlagen.

Zu dem von TMA in der Folge in Abrede gestellten Foreclosureproblem ist auszuführen, dass dieses nicht auf dem verfahrensgegenständlichen Terminierungsmarkt, sondern auf dem Endkundenmarkt auftritt. Das (einzige) identifizierte Wettbewerbsproblem auf dem Terminierungsmarkt besteht wie dargestellt im Anreiz, überhöhte Preise für die Terminierungsleistung zu setzen, so dass auf die Foreclosure Problematik im gegenständlichen Zusammenhang grundsätzlich nicht einzugehen ist. Im Übrigen kann die Argumentation der TMA aber auch inhaltlich nicht überzeugen, wie ausführlich im Gutachten der Amtssachverständigen über die Regulierungsinstrumente beschrieben wird. Das Wettbewerbsproblem (Foreclosureproblem) entsteht durch die Bündelung eines Mobil- und Festnetzprodukts. Die Übertragung von Marktmacht der TMA vom Festnetzterminierungsmarkt auf die Endkundenmärkte hängt nicht von der Marktstellung der TMA an den Endkundenmärkten ab, sondern die Marktmacht auf einem Markt kann völlig unabhängig von der Marktposition in anderen Märkten auf diesen übertragen werden und die Marktposition auf diesen Märkten kann somit verbessert werden. Durch die Bündelung eines Mobil- mit einem Festnetzprodukt kann es – wie im Zweitgutachten beschrieben – letztlich zu einem Foreclosure kommen.

Auch die Argumentation der TMA, dass nach allgemeinem Kartellrecht kein Marktmachtmissbrauch nahe liegt, geht insofern ins Leere, als einerseits die kartellrechtliche Judikatur eine ex-post-Betrachtung beinhaltet, während – was auch im gegebenen Zusammenhang zu betonen ist – das Gutachten der Amtssachverständigen ex-ante die Anreizstrukturen behandelt und andererseits, wie soeben dargestellt wurde, die Wettbewerbssituation auf den Endkundenmärkten zwar mit zu berücksichtigen, aber nicht alleine ausschlaggebend ist. Der untersuchte Festnetzterminierungsmarkt ist ein Monopolmarkt und nach den detaillierten Analysen der Amtssachverständigen bestehen Anreize dazu, überhöhte Preise zu verlangen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der von TMA zitierte § 35 Abs. 5 TKG 2003 nicht vorsieht, dass der Betreiber auf dem „benachbarten“ Markt ebenfalls über beträchtliche Marktmacht verfügen muss. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die „gesamte Marktmacht des Unternehmens“ verstärkt werden würde. Der von TMA als „Zwischenergebnis“ gezogene Schluss, dass sie wegen ihrer „verschwindend kleinen Marktstellung“ auf den Festnetzendkundenmärkten nicht über beträchtliche Marktmacht auf dem Terminierungsmarkt verfügen könne, ist daher unrichtig.

Auch soweit TMA (Punkt C.1.b ihrer Stellungnahme) einen zu frühen regulatorischen Eingriff annimmt, und eine empirische Untersuchung der Auswirkungen auf die betroffenen Märkte fordert, ist ihr entgegen zu halten, dass für die Analyse des Marktes die (ex-ante zu beurteilenden) Anreizstrukturen entscheidend sind. Diese wurden im Gutachten ausführlich untersucht. Die geforderten empirischen Untersuchungen sind daher nicht erforderlich und – wie bereits oben dargestellt – wegen der bestehenden Regulierung auch nicht möglich. Die Monopolstellung auf dem untersuchten Terminierungsmarkt und die Anreize zur Setzung überhöhter Preise bestehen aber unmittelbar, weshalb unmittelbar mit der vorgesehenen regulatorischen Verpflichtung vorzugehen ist. Betreffend die auch in diesem Zusammenhang



wiederholte (unrichtige) Argumentation über die „*völlig unbedeutenden Marktanteile*“ der TMA (dieser beträgt tatsächlich 100%) wird auf die bisherigen Ausführungen verwiesen.

Die aufzuerlegende Verpflichtung dient der Verhinderung von Marktmachtmissbrauch auf dem Festnetz-Terminierungsmarkt der TMA. Selbst wenn damit allenfalls auch die Position des marktmächtigen Unternehmens auf anderen Märkten erschwert werden sollte, kann nicht argumentiert werden, dass die Verhinderung von Marktmachtmissbrauch gegen die Ziele des TKG 2003 verstieße, wie TMA in Punkt C.2 ihrer Stellungnahme vorbringt. Die ergibt sich alleine schon daraus, dass die Regelungen des 5. Abschnitts über die Wettbewerbsregulierung die spezielleren Regelungen gegenüber der programmatischen Bestimmung des § 1 darstellen. Im Übrigen würde damit jede Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen ad absurdum geführt, da mit der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen regelmäßig Nachteile für das regulierte Unternehmen entstehen. Um derartige Einflüsse auch auf anderen Märkten möglichst gering zu halten, wurden die Auswirkungen insbesondere auf die Festnetzendkundenmärkte bei der Analyse des Gutachtens mit berücksichtigt.

In Punkt D. ihres Schriftsatzes nimmt TMA zur Auswahl des Regulierungsinstruments Stellung. Dabei meint TMA, dass weniger eingriffsintensive Maßnahmen ausreichend wären und die von den Amtssachverständigen vorgeschlagene Verpflichtung zur Entgeltkontrolle daher unverhältnismäßig sei. Diese Argumentation geht allerdings (wiederum) von Anteilen der TMA am „Gesamtterminierungsvolumen“ und damit nicht von der in der TKMVO 2003 vorgenommenen Marktdefinition sowie von Anteilen „am Festnetzendkundenmarkt“ aus. Die Auswahl eines geeigneten Regulierungsinstruments für den Terminierungsmarkt orientiert sich aber weder am Gesamtterminierungsvolumen noch an den Festnetzendkundenmärkten, sondern am auf dem Terminierungsmarkt der TMA identifizierten Wettbewerbsproblem. Dieses Wettbewerbsproblem besteht im Anreiz zum „Setzen überhöhter Preise“ und ist kurzfristig ein praktisches Problem, nämlich dann, wenn mit anderen Netzen über die Terminierungsentgelte ins TMA-Festnetz verhandelt wird. Das Regulierungsinstrumente-Gutachten der Amtssachverständigen beschäftigt sich sehr ausführlich mit der Frage, ob Nichtdiskriminierung allein oder sogar in Verbindung mit anderen Regulierungsinstrumenten für das identifizierte Wettbewerbsproblem ausgereicht hätte (siehe S. 16 letzter Absatz sowie S.17). Auch die anderen Regulierungsinstrumente wurden in dem Gutachten diskutiert und es wurde abgewogen, ob nicht gelindere Verpflichtungen ausreichend wären. Letztlich kamen die Gutachter jedoch zum Schluss, dass nur die Entgeltkontrolle überhaupt ein geeignetes Regulierungsinstrument für das identifizierte Wettbewerbsproblem darstellt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Amtssachverständigen auftragsgemäß den betreiberindividuellen Terminierungsmarkt der TMA analysiert haben. Welche positiven Effekte durch einen Einstieg der TMA in die Festnetzendkundenmärkte entstehen könnten, ist zwar bei der Analyse dieser Endkundenmärkte zu berücksichtigen, aber weder bei der Feststellung der Marktbeherrschung am Terminierungsmarkt noch bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente relevant. Das diesbezügliche Argument der TMA geht daher ins Leere.

Soweit TMA in Punkt C.b ihrer Stellungnahme argumentiert, dass die Voraussetzungen nach § 42 TKG 2003 für eine Entgeltkontrolle nicht vorliegen, ist auszuführen, dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Mobilkunden hat (wie die Amtssachverständigen in Punkt 4.2.6.3.2.1. des Erstgutachtens ausführen), dass dennoch aber „höhere Terminierungsentgelte lediglich Vorleistungskosten für ihn [den VNB] darstellen, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen“ (Punkt 4.2.6.3.1. über die Auswirkungen für VNB). Damit wird deutlich, dass für VNB die Terminierungsentgelte einen Durchlaufposten zu den Endkunden darstellen und überhöhte Terminierungsentgelte daher sehr wohl über das Endkundenpreisniveau zum Nachteil der Endkunden gereichen können, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 42 TKG 2003 erfüllt sind.



Auch das Argument der TMA, dass eine weniger einschneidende Entgeltkontrolle ausreichend gewesen wäre, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht stichhaltig. Im Gutachten wurden verschiedene Ansätze der Entgeltkontrolle unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit geprüft und die Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking als geeignetste Methode erkannt. So haben die Gutachter ECPR, Benchmarking und Kostenorientierung als mögliche Ansätze untersucht (S. 12-15). ECPR wurde verworfen, weil in absehbarer Zeit nicht mit selbsttragendem Wettbewerb auf dem Terminierungsmarkt zu rechnen ist (S.12). Der Ansatz Kostenorientierung wurde nicht ausgeschlossen, aber nicht als primäres Instrument gewählt, weil der Aufwand unverhältnismäßig wäre (S.16).

Zusammengefasst ist daher auszuführen, dass das Vorbringen der Verfahrenspartei zu den beiden Gutachten nicht geeignet ist, diese in Zweifel zu ziehen. Die Gutachten der Amtssachverständigen können daher der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

## **D. Rechtliche Beurteilung**

### **1. 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.

### **2. Allgemeines**

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 – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen. Die Systematik sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinition – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung.

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

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

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

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. 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 – die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (TKMVO 2003) – durch.

Primäres Ziel dieses Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen.

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. 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 der 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.

### **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.).

Grundsätzlich regelt das TKG 2003 auch die Analyse des möglichen Vorliegens einer gemeinsamen Marktbeherrschung, bei der zwei oder mehreren Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (Abs. 3 leg. cit.). Da der gegenständliche Markt jedoch definitionsgemäß ein (resistenter) Monopolmarkt ist, kann es nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung kommen. Diese ist daher nicht weiter zu prüfen.

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

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

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. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „*wirksamer Wettbewerb*“ 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. ebenso 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 („Green-Field-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.“*

Bereits mit den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission M 8b/03 bis M 8k/03 vom 20.12.2004 wurde festgestellt, dass verschiedene alternative Festnetzbetreiber über beträchtliche Marktmacht auf ihrem jeweiligen Terminierungsmarkt verfügen und es wurde ihnen eine Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 in Form von Benchmarking - Vergleichsmaßstab war das Entgelt für die Verkehrsart V3 (= regionale Terminierung der Telekom Austria) - auferlegt. Der Verwaltungsgerichtshof wies mit Erkenntnis vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088, die gegen einen dieser Bescheide erhobene Beschwerde einer Verfahrenspartei als unbegründet ab. Inhaltlich führt der Verwaltungsgerichtshof dabei aus, dass entgegen dem Beschwerdevorbringen kein (relevanter) gesamtösterreichischer Markt für Terminierung sondern vielmehr betreiberindividuelle Märkte existieren. Auf dem jeweiligen betreiberindividuellen Markt hat der Betreiber 100% Marktanteil. Die genannten Bescheide sind auf der Homepage der RTR-GmbH ([www.rtr.at](http://www.rtr.at)) abrufbar.

## **6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten:**

Wie festgestellt sind die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, und damit der gegenständliche Markt, per Marktdefinition Monopolmärkte, der Marktanteil der Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100% auf ihrem Markt. 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).

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

Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Andererseits spielen eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle.

Eine Untersuchung von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass die Verfahrenspartei klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Der einzige Indikator, der die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch – wie umfassend festgestellt – tatsächlich keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Terminierungsmonopol hat.

Der Grund für die Monopolstellung und die Ursache für die identifizierten potenziellen Marktfehler sind insbesondere zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet ist, erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Teilnehmer (Originierung, Transit und auch Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an (*Calling-Party-Pays-Prinzip*; CPPP).

Diese zwei strukturellen Besonderheiten sind der Grund für das festgestellte (Punkt B.3.10) potentielle Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Terminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei, nämlich dem Anreiz zur Setzung exzessiver Preise, um ihren Profit zu maximieren.

#### **6.1. 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 Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten, diesfalls der Verfahrenspartei, per Definition ein Monopolmarkt. Das



bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw. geben kann. Ein Monopol kann aber grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

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

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

Einen Schritt weiter geht *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer* im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003); dieser hält fest (S. 856), dass „*die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [ ] sich nur zugunsten [ ] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.*“ Weiters wird festgehalten, dass „*Unternehmen in Monopolstellung [ ] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist*“ (vgl. auch *Groeben/Thiesing/Ehlermann* in *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, S. 2/788, *Langen/Bunte* in *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, S. 2145 sowie von der *Groeben/Schwarze*, *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl. [2003], 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]*“.

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht daher nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht deutlich für einen marktbeherrschende Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt.

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

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

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

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

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

### **6.3. Zu den Indikatoren „technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur 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).

Wie festgestellt (Punkte B.3.2 und B.3.3) lassen auch die SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potenziell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen „Mitkonkurrenten“ auf dem betroffenen Markt wie auch jene, die auf (potenzielle) Substitute von (potenziellen) Konkurrenten wie Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung abstellen, keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf einem Monopolmarkt zu.

### **6.4. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren (Preispolitik, Preisentwicklung)**

§ 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.

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.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik oder Preisentwicklung lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Verfahrenspartei erst sein wenigen Monaten mit dem Produkt „Replace“ auf dem Markt ist und sich nach den Ausführungen der Amtssachverständigen daher keine validen Schlüsse aus dem bisherigen Marktverhalten der Verfahrenspartei ziehen lassen (Punkt 4.2.5. des Gutachtens vom Februar 2006). 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. 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 daher 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. Der gegenständlich betrachtete Indikator untermauert daher das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht der Verfahrenspartei.

#### **6.5. 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:

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, S. 20) wie folgt fest: *„Eine solche Marktdefinition – Anrufzustellung über Einzelnetze – bedeutet nicht automatisch, dass jeder Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt; sie richtet sich weitgehend nach der entsprechenden Kaufkraft und anderen Faktoren, die diese Marktmacht einschränken können.“* In der englischsprachigen Fassung der Begründung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte wird „entsprechende Kaufkraft“ mit „countervailing buyer power“ übersetzt; nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission – und der Amtssachverständigen – ist der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ aussagekräftiger und folglich geeigneter als „entsprechende Kaufkraft“.

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird auch 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.

Die festgestellte Analyse der Gegenmacht zeigt nun, dass die Verfahrenspartei in allen untersuchten Fällen (Punkt B.3.7) Monopolpreise setzen kann, ohne durch nachfrageseitige Gegenmacht eingeschränkt werden zu können. Für die Wettbewerbsbeurteilung lässt sich daher zusammengefasst festhalten, dass die anderen Betreiber in einem unregulierten Umfeld auf die Verfahrenspartei keine substantiell preisdisciplinierende nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die Monopolpreise oder exzessive Preise verhindert.

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 sohin das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht zu erschüttern, da keine nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

Aufgrund dieser Überlegungen gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass die Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1

TKG 2003 einzustufen ist und auf dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei kein effektiver Wettbewerb besteht.

## **7. Zu den spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumenten“) nach dem TKG 2003**

### **7.1. Allgemeines**

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

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung
- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: 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. In den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung 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 Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group (ERG), die als beratendes Gremium der Europäischen Kommission eingerichtet wurde, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen sind. Dieses Dokument trägt den Titel “Gemeinsamer Standpunkt der ERG in Hinblick auf die im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen geeigneten Regulierungsinstrumente“ (ON 15, im Weiteren „ERG“) und wurde der Verfahrenspartei übermittelt.

Bezüglich dieser Prinzipien wird im Detail auf die Feststellungen in Punkt B.4.1 verwiesen. Zusammengefasst wurden folgende Prinzipien identifiziert:

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen
2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden
3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden
4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

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

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) und nicht Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden, da die Infrastruktur zum Teilnehmer nicht sinnvoll replizierbar ist. Der Einsatz der Regulierungsinstrumente ist daher vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen auszurichten.

Grundsätzlich sollen bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben zunächst die Instrumente identifiziert werden, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen. Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann allenfalls entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.



In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen des identifizierten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Feststellungen zufolge lediglich ein potenzielles Wettbewerbsproblem – exzessive Preise – auf dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei identifiziert wurde. Die für die Lösung anderer Wettbewerbsprobleme vom TKG 2003 vorgesehenen Regulierungsinstrumente werden daher mangels Relevanz im gegenständlichen Verfahren nicht im Detail behandelt.

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

§ 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. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (ERG Prinzip 2). Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Nach den Feststellungen hat die Verfahrenspartei jedoch, wenn sie keiner Zugangspreisregulierung unterliegt, keinen ökonomischen Anreiz zu den „nichtpreislichen“ antikompetitiven Praktiken, die die Zugangsverpflichtung beseitigen soll. Eine Zugangsverpflichtung nach § 41 TKG 2003 war daher nicht aufzuerlegen.

In diesem Kontext stellt sich allerdings die allgemeine – auch die Verfahrenspartei betreffende 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 die Frage zu adressieren, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw. diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu adressieren.

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, sohin erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 bzw. über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 33 TKG (1997) verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustande gekommene, 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 sinnlos.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sohin davon ausgeht, dass zwar wegen der festgestellten Situation am gegenständlichen Markt keine Verpflichtung zur Zusammenschaltung nach § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 aufzuerlegen ist. Ungeachtet dessen gilt jedoch die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 ex lege auch für die Verfahrenspartei.

## **7.2.2. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung**

### **7.2.2.1. Allgemeines zu § 42 Abs. 1 TKG 2003:**

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

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

Bei der Anwendung des Regulierungsinstruments der Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking übersieht die Telekom-Control-Kommission nicht, dass es sich bei dem als Benchmark herangezogenen Entgelt für regionale Terminierung der Telekom Austria nicht unmittelbar um ein Entgelt handelt, das auch einem „*dem Wettbewerb geöffneten*“ Markt verrechnet wird, da der Terminierungsmarkt der Telekom Austria seinerseits ein Monopolmarkt ist, auf dem die Telekom Austria über beträchtliche Marktmacht verfügt. Das Entgelt für die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria wurde allerdings auf Basis des FL-LRAIC-Ansatzes durch die Telekom-Control-Kommission ermittelt und simuliert damit einen Preis, der der effizienten Erstellung dieser Leistung, und damit einem Wettbewerbspreis, entspricht. Bei weiterer Berücksichtigung der aus den Verfahren M 8a/03 bis M 8k/03 amtsbekannten Tatsache, dass keine (vergleichbaren) Terminierungsmärkte existieren, die dem Wettbewerb geöffnet sind, ist daher die Heranziehung des dem FL-LRAIC-Ansatz entsprechenden aktuellen V3-Entgelts der Telekom Austria nach § 42 TKG 2003 jedenfalls zulässig.

Neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters 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 Konditionals 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 – praktizieren werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung.

Wie festgestellt (Punkt B.4.2.2), hat ein Terminierungsnetzbetreiber grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Terminierungsentgelte als Vorleistungskosten einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider. Da weiters die Terminierungskosten als Vorleistungskosten den Endkundentarif (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Terminierungsnetzbetreiber 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.

#### 7.2.2.2. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Wie festgestellt (Punkt B.4.2.2) ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig, die Terminierungsentgelte der Verfahrenspartei auf Basis des Vergleichsmarktkonzepts („Benchmarking“) zu regulieren, da dies den – unter Berücksichtigung der grundsätzlich für eine Entgeltkontrolle möglichen Preisermittlungsmethoden – geeigneten Ansatz darstellt:

Folgende Preisermittlungsmethoden sind für eine Entgeltkontrolle möglich:

##### 1. ECPR (Efficient Component Pricing)

ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf *Retail minus* (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). ECPR-Preise wären vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs auf Terminierungsmärkten zu rechnen wäre. Da davon insbesondere auf Grund der Marktstruktur nicht auszugehen ist, eignet sich dieser Ansatz für die Ermittlung der Terminierungskosten nicht.

##### 2. Kostenorientierung nach FL-LRAIC:

Für die Berechnung der Terminierungskosten der Telekom Austria wurde in den (meisten der) bisher vor der Regulierungsbehörde geführten Verfahren sowohl ein Top-Down als auch ein Bottom-Up Ansatz herangezogen. Bei ersterem geht man von der Netztopologie des marktbeherrschenden Unternehmens aus (wobei es sich diesfalls nur um eine Annäherung an die vom FL-LRAIC konzeptionell geforderten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handeln kann). Bei letzterem modelliert man ein effizientes Netz entweder ohne (Scorched Earth bzw. Greenfield Ansatz) oder unter teilweiser („Scorched Node Konzept“) Berücksichtigung der grundsätzlichen Netztopologie des tatsächlichen Netzes. Mischformen aus Bottom-up und Top-down Modellen sind denkbar und wurden in der Vergangenheit auch angewendet („Hybridmodell“).

Freilich kann die Regulierungsbehörde solche Kosten nur dann ermitteln, wenn die notwendigen Daten in dem geforderten Detailgrad und in der erforderlichen Form übermittelt

werden. Die Ermittlung von FL-LRAIC-Entgelten erfordert daher einen hohen Aufwand für die Implementierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung. Eine Verpflichtung, die einen derartigen hohen Aufwand erfordert, erscheint im Fall der Verfahrenspartei jedoch nicht verhältnismäßig.

### 3. Benchmarking

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man daher vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Der Einsatz von Benchmarking als Preisermittlungsmethode ist daher insbesondere für kleinere Betreiber, für die die Implementierung bzw. Adaptierung eines Kostenmodells und die zur Unterstützung notwendige getrennte Buchführung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten könnte, und/oder wenn die Behörde über eine langjährige Regulierungspraxis hinsichtlich der Entgelte für Terminierung verfügt, relevant und angemessen. In der bisherigen Regulierungspraxis wurde den alternativen Netzbetreibern im Sinne der Reziprozität ein Entgelt in der Höhe des Entgelts für die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria zugestanden, das über dem des lokalen Terminierungsentgeltes liegt (zur Zeit um etwa 50%). Diese Differenz berücksichtigt zum Einen die unterschiedliche Netzarchitektur, den Investitionsbedarf und den Erhaltungsaufwand und die Unterschiede in der Ausnutzung von Skalenvorteilen. Zum Anderen werden mit einem solchen Wert auch angemessene Investitionsanreize für neu in den Markt eintretende Betreiber gesetzt, die Anfangsinvestitionen tätigen müssen, aber (noch) wenige Teilnehmer angeschlossen haben. Gleichzeitig wird verhindert, dass Betreiber mit anfänglich höheren Durchschnittskosten exzessive Terminierungsentgelte setzen und diese auf andere Betreiber abwälzen. Daher ist ein solcher Vergleichswert angemessen und verhältnismäßig.

Schließlich sprechen noch weitere ökonomische Überlegungen für diesen Ansatz: So ist davon auszugehen, dass sich auch in einem Wettbewerbsmarkt langfristig ein einheitlicher Preis in Höhe der minimalen Produktionskosten etablieren würde, und es daher keinem Anbieter langfristig möglich ist, einen höheren Preis zu verlangen. Ein einheitliches Terminierungsentgelt in der Höhe der Kosten der effizienten Leistungserstellung setzt weiters sowohl für Terminierungsnetzbetreiber als auch für potenziell in den Markt eintretende Unternehmen die richtigen Anreize. Diese bestehen für Terminierungsnetzbetreiber darin, effizient zu produzieren, wohingegen sich Unternehmen, die neue Teilnehmer anschließen und so Terminierungsleistungen anbieten, den richtigen Investitionsanreizen gegenüber sehen. Schließlich kann auch verhindert werden, dass Kosten der ineffizienten Leistungsbereitstellung von den die Terminierungsleistung in Anspruch nehmenden Betreibern (bzw. letztlich deren Kunden) getragen werden, ohne dass diese Einfluss auf die Auswahl des Netzes haben (Externalität der Terminierung / Calling Party Pays Konvention).

Damit schafft der Ansatz entsprechende Anreize, in den Markt einzusteigen, Teilnehmer anzuschließen und im Laufe der Zeit aufgrund steigender Terminierungsminuten höhere Terminierungsskalenerträge zu erzielen. Ein solcher Kostenvergleichswert hilft, Unsicherheiten und damit verbundene erhöhte Transaktionskosten sowie eine Vielzahl von einzelnen Streitschlichtungen mit entsprechenden Belastungen für die Unternehmen und die Regulierungsbehörde zu vermeiden und ist somit im Sinne der Verhältnismäßigkeit und der Wirtschaftlichkeit angemessen.

Bisher war der Benchmark die single tandem Terminierungsleistung der Telekom Austria und damit ein auf Basis von FL-LRAIC durch die Behörde festgelegter Preis, der der effizienten Erstellung dieser Leistung entspricht. Über die Reziprozität im festgestellten Sinn (Punkt B.3.9) galt diese Entgelthöhe auch für die alternativen Netzbetreiber (ANBs). Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann dieses nach wie vor aktuelle (vgl. Punkt II.B.3.9),



gegenwärtig verrechnete Entgelt für die regionale Terminierung, wie auch schon in gegenüber den anderen alternativen Festnetzbetreibern (Bescheide M 8b/03 bis M 8k/03, insbesondere die vom VwGH bestätigten Bescheide M 8g/03 und M 8k/03) weiterhin als Ausgangsbasis dienen, von der Preisveränderungen basierend auf den Veränderungen der auf Basis von FL-LRAIC künftig berechneten lokalen Terminierung der Telekom Austria zur Anwendung gebracht werden.

Da der Wert für V3 spruchgemäß lediglich eine „Ausgangsbasis“ darstellt an dem sich das Terminierungsentgelt zu „orientieren“ hat, kann in jenen Fällen, in denen die Verfahrenspartei höhere Kosten als die auf Basis obiger Überlegungen zur Anwendung vorgeschlagenen Entgelte geltend machen möchte, von ihr auch der Nachweis dieser höheren Kosten nach einer von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Kostenrechnungsmethode erfolgen. Diese ist in der Struktur analog zu der für Telekom Austria vorgesehenen (und dem zu Grunde liegenden Wettbewerbsproblem grundsätzlich entsprechenden) Kostenrechnungsmethode auf Basis von FL-LRAIC, unterstützt durch eine zumindest nach den Märkten der TKMVO 2003 getrennte Buchführung, bereitzustellen. Derart nachgewiesene höhere Kosten können dann in einem Streitschlichtungsverfahren unter Berücksichtigung der konkreten Umstände allenfalls als Basis der Entgelte herangezogen werden. Durch die Anwendung des für Telekom Austria vorgesehenen Kostenrechnungsmodells wird für die Regulierungsbehörde auch eine Vergleichbarkeit der Kosten sichergestellt.

Es ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zweckmäßig und verhältnismäßig, im Fall der Verfahrenspartei Benchmarking als Preisermittlungsmethode anzuordnen, weil der Implementierungs- bzw. Adaptierungsaufwand im Zusammenhang mit den anderen möglichen Preissetzungsverfahren ein in Relation zum Wettbewerbsproblem vertretbares Ausmaß übersteigt, zumal eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert. Der VwGH hat diesbezüglich mit Erkenntnis vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089, erkannt, dass diese – auf einem analogen Festnetzterminierungsmarkt – angeordnete Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking nicht rechtswidrig ist, insbesondere da die Verfahrenspartei durch die Anordnung, wonach der Kostennachweis nicht jedenfalls zu führen ist, sondern nur dann, wenn höhere Kosten als das Benchmark geltend gemacht werden, nicht beschwert sein kann.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die „Marktkräfte“ dafür sorgen werden, dass das Unternehmen die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Terminierungsentgeltes einhält bzw. korrekt umsetzt, da jedem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit offen steht, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Terminierungsentgeltes dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen. Alternativ kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 50 TKG 2003 einleiten. Dies allerdings nur in begründeten Fällen. Sollte seitens der Telekom-Control-Kommission der begründete Verdacht entstehen, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, so ist die Einleitung eines solchen Verfahrens denkbar.

Verglichen mit anderen Instrumenten ist eine solche Verpflichtung zur Entgeltkontrolle – auch in der Form von Benchmarking – zwar eingriffsintensiv, weil der Preissetzungsspielraum – ein wesentlicher Faktor des wirtschaftlichen Agierens in einem Markt – eingeschränkt wird. Nach den Feststellungen (Punkt B.4.2.2.3) sind jedoch gelindere Instrumente nicht identifizierbar, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich des Wettbewerbsproblems auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Entgeltkontrolle in der angeordneten Form ist daher als verhältnismäßig zu betrachten.

Auf das Erkenntnis des VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089, mit dem die auf einem analogen Festnetzterminierungsmarkt angeordnete Entgeltkontrolle in Form von Benchmarking als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wird im gegebenen Zusammenhang hingewiesen.



### **7.2.3. Gleichbehandlungsverpflichtung**

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtung stellt sicher, dass das marktmächtige Unternehmen anderen Unternehmen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet sowie Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für sich selbst bzw. verbundene Unternehmen. Weiters kann die Gleichbehandlungsverpflichtung verhindern, dass ein in seinen Entgelten am Vorleistungsmarkt reguliertes Unternehmen mittels nicht-preislicher Variablen Marktmacht auf andere Märkte überträgt.

Da derartige Wettbewerbsprobleme jedoch im Hinblick auf den gegenständlichen Markt der Verfahrenspartei nicht identifiziert wurden, ist keine Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 aufzuerlegen.

### **7.2.4. 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 spezifische Verpflichtung 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 (vgl. Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL).

Betreffend die Nichtanordnung der Regulierungsverpflichtung der getrennten Buchführung wird auf die rechtliche Beurteilung zur Entgeltkontrolle (Punkt 7.2.2.2) verwiesen.

### **7.2.5. 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).

Da zur Behebung des identifizierten Wettbewerbsproblems die Anordnung der Entgeltkontrolle ausreichend ist und die Transparenzverpflichtung dem identifizierten Wettbewerbsproblem nicht begegnen kann, ist das Regulierungsinstrument der Transparenz nicht aufzuerlegen.

## **7.2.6. Weitere Verpflichtungen**

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.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission sind jedoch keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen aufzuerlegen, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

## **8. Zusammenfassende Beurteilung der spezifischen Verpflichtung**

Im Rahmen der Analyse des gegenständlichen betreiberindividuellen Terminierungsmarktes wurden als potentiell Wettbewerbsproblem in Zusammenhang mit dem Terminierungsmarkt der Verfahrenspartei das Setzen exzessiver Preise identifiziert, um ihren Profit zu maximieren.

Die festgelegte Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle mittels Benchmarking ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission geeignet, dem identifizierten potentiellen Wettbewerbsproblem (im Fall der Nicht-Regulierung) zu begegnen. Das durchgeführte Verfahren hat ergeben, dass die Verpflichtung auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der Verfahrenspartei schafft. Wie aufgezeigt, steht die Anwendung dieser Verpflichtungen auch in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen. Weitere Regulierungsverpflichtungen sind nicht erforderlich.

Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist eine weitergehende Minderung des Regulierungseingriffes nicht angebracht, da man Gefahr laufen würde, dass ein „milderes“ Instrumentarium nicht bzw. nicht mehr geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Ohne entsprechende geeignete Regulierungsinstrumente zur Hand zu haben – wie z.B. lediglich eine Verpflichtung zur Transparenz – könnte die Regulierungsbehörde auch keine effektive Regulierungsandrohung aufbauen bzw. könnte nur mit unzumutbaren Zeitverzögerungen – nach Einleitung und Durchführung eines neuen Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 TKG 2003 – intervenieren.

## **9. Zur Marktabgrenzung der TKMVO 2003**

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 – auch hinsichtlich des gegenständlichen Marktes – mit Beschluss vom 06.02.2006 einer Überprüfung unterzogen wurde. Diese Verordnung grenzt in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors 16 Telekommunikationsmärkte ab.

§ 1 Z 8 TKMVO 2003 idgF sieht einen Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ vor. Das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

In einem weiteren Schritt hat sodann die Telekom-Control-Kommission diese – von der RTR-GmbH – vordefinierten Märkte, Analysen gemäß § 37 TKG 2003 zu unterziehen. Die Telekom-Control-Kommission ist dabei an die Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteivorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden können.

Im Übrigen soll festgehalten werden, dass die TKMVO 2003 in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission steht und auch andere Regulierungsbehörden – wie festgestellt – von der selben Marktabgrenzung ausgehen, nach der alle Terminierungsleistungen in ein öffentliches Telefonnetz an festen Standorten einen eigenen Markt iSd § 1 Z 8 TKMVO 2003 konstituieren.

Auf die Erkenntnisse des VwGH vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0088, bzw. vom 06.09.2005, Zl. 2005/03/0089 mit denen die Marktabgrenzung für analogen Festnetzterminierungsmärkte als nicht rechtswidrig erkannt wurde, wurde bereits im gegebenen Zusammenhang hingewiesen.

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

### **10.1. Allgemeines:**

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

### **III. Hinweis**

Gegenständlicher Bescheidentwurf ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 26.06.2006

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann