

M 1/12-86
M 1.10/12-56

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 3.12.2012 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A.1. Gemäß § 36 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass der Markt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

A.2. Der Markt umfasst das gesamte Bundesgebiet.

B. Gemäß § 36 Abs 1 iVm § 37 Abs 1 TKG 2003 wird festgestellt, dass A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] auf dem Markt iSd Spruchpunkte A. über beträchtliche Marktmacht verfügt.

C. A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

C.1. A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

C.2. A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

C.3. A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten.

C.4. A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

C.5. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“ gilt gemäß § 42 TKG 2003 ab Zustellung dieses Bescheides ein maximales Entgelt pro Minute in der Höhe von Cent 0,8049.

Der angeführte Betrag ist in Cent und ohne Umsatzsteuer. Das Entgelt ist tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

D. Die der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 1/08-[284, 285, 286, 287] vom 15.6.2009 bzw M 11/09-56 vom 22.2.2010 auferlegten spezifischen Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 mit Zustellung dieses Bescheids aufgehoben.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 9.1.2012 wurde ein Verfahren gemäß § 36 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 idGF zu M 1/12 amtswegig eingeleitet. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 10.1.2012 mittels Edikts kundgemacht (M 1/12, ON 1).

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission folgenden Gutachtensauftrag erteilt:

„Die Telekom-Control-Kommission bestellt gemäß § 52 AVG [...] Amtssachverständige und beauftragt sie mit der Erstellung von wettbewerbsökonomischen Gutachten zu folgenden Themen:

(1) Abgrenzung von Märkten im Bereich elektronischer Kommunikationsdienste und -netze nach den einschlägigen Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes und Prüfung dieser Märkte, inwieweit die Voraussetzungen für die Feststellung als relevante Märkte iSd § 36 TKG 2003 vorliegen. Dabei sind insbesondere die Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte, 2007/879/EG, die derzeit der Regulierung unterliegenden Märkte gemäß der TKMV 2008 sowie die seit Abschluss der zuletzt durchgeführten Marktanalyseverfahren eingetretenen Entwicklungen zu berücksichtigen.

(2) Prüfung der Voraussetzungen für die Feststellung iSd § 36 TKG 2003, ob auf diesen relevanten Märkten jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber aus wirtschaftlicher Sicht effektiver Wettbewerb gegeben ist. Dabei sind auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die effektivem Wettbewerb gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für die betreffenden Märkte zu berücksichtigen sind.

(3) Sollten die Amtssachverständigen Wettbewerbsprobleme identifizieren, werden sie beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 45, § 47 oder § 47a TKG 2003 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Bei der Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen auf Endkundenmärkten ist die Frage zu behandeln, ob und gegebenenfalls in welcher Weise spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 42, 47 oder 47a TKG 2003 geeignet sind, den identifizierten Wettbewerbsproblemen adäquat zu begegnen. Es ist eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern. Sollte dabei etwa eine spezifische Verpflichtung betreffend Entgelte vorgesehen sein, werden die bestellten Amtssachverständigen beauftragt, diese Verpflichtung zu operationalisieren und gegebenenfalls die zugrunde liegenden Parameter (wie etwa Kosten) zu erheben und detailliert darzustellen.“

Mit Beschluss vom 30.07.2012 wurde das Verfahren M 1/12 mit dem auf den im Gutachten vom Juli 2012 (auch) identifizierten Markt für „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG“ eingeschränkten Verfahrensgegenstand aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit der Verfahrensführung unter der Geschäftszahl M 1.10/12 getrennt weiter geführt.

Am 15.10.2012 fand im Verfahren M 1.10/12 eine mittels Edikts vom 2.8.2012 anberaumte mündliche Verhandlung statt (M 1.10/12, ON 8).

Es wurden Stellungnahmen abgegeben. Nach der mündlichen Verhandlung verfügen folgende Unternehmen über Parteistellung:

A1 Telekom Austria AG („A1 TA“), T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“), Orange Austria Telecommunication GmbH („Orange“), Hutchison 3G Austria GmbH („H3G“), Mundio mobile (Austria) Limited („Mundio“), Tele2 Telecommunication GmbH („Tele2“), atms Telefon- und Marketing Service GmbH („atms“), UPC Telekabel Wien GmbH, UPC Austria Services GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Austria GmbH, UPC Telekabel-Fernsehnnetz Region Baden Betriebsgesellschaft mbH, UPC Telekabel Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft mbH, UPC Oberösterreich GmbH und UPC DSL Telekom GmbH (zusammen „UPC“), Liwest Kabelmedien GmbH („Liwest“) sowie Verizon Austria GmbH („Verizon“).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“

Terminierung (Anrufzustellung) in Mobilfunknetzen ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg. Ruft ein Teilnehmer einen Teilnehmer eines anderen Kommunikationsnetzbetreibers (KNB) an, wird dieser Anruf („off-net call“) entweder direkt (direkte Zusammenschaltung) oder indirekt über einen Transitnetzbetreiber (indirekte Zusammenschaltung) an einem vordefinierten Netzübergabepunkt (NÜP) an das Netz des gerufenen Teilnehmers übergeben und von dort an den gerufenen Teilnehmer zugestellt. Für diese Leistung verrechnet der Mobilfunknetzbetreiber ein Entgelt, das sogenannte Terminierungsentgelt.

Die Terminierungsleistung ist eine Vorleistung, da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird. Nachfrager nach Mobilterminierungsleistungen sind sowohl Festnetz- als auch andere Mobilfunknetzbetreiber bzw. virtuelle Mobilfunknetzbetreiber („Mobile Virtual Network Operator“, MVNO) im In- und Ausland. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf der Endkundenebene abgeleitet: Jeder Teilnehmer eines Netzbetreibers benötigt zur Durchführung eines Anrufes zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob er beim gleichen oder einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – Anrufzustellung als Vorleistung.

Der die Leistung – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt wiederum dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundertarife in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPP) oder *Both-Parties-Pay-Prinzip* (BPP) – grundsätzlich der Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs.

In Österreich (und anderen europäischen Ländern) wird dieses Prinzip von allen Betreibern angewendet. Das CPP-Prinzip ist die Ursache für das Auftreten von externen Effekten: Zum Einen werden externe Effekte dadurch verursacht, dass dem gerufenen Teilnehmer idR ein Nutzen erwächst, ohne dass diesem Nutzen eine (monetäre) Gegenleistung gegenübersteht

(Anrufexternalität). Zum Anderen – und in diesem Zusammenhang wesentlich bedeutsamer – ist derjenige Teilnehmer, der durch seine Subskriptionsentscheidung das (Terminierungs-) Netz auswählt, nicht ident mit dem Teilnehmer, der die Terminierungsleistung in letzter Konsequenz bezahlt.

Im Zusammenhang mit einer Angebotssubstitution ist festzustellen, dass nur der Kommunikationsnetzbetreiber, bei dem der Teilnehmer angeschlossen ist, ein Gespräch an diesen Teilnehmer zustellen kann. Es kann daher keine unmittelbare Angebotssubstitution der Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer durch einen anderen Kommunikationsbetreiber stattfinden (unabhängig davon, wie hoch eine allfällige Preiserhöhung ist).

Daneben werden Terminierungsbetreiber in ihrem Preissetzungsverhalten auch nicht durch (absehbare zukünftige) Entwicklungen und technische Möglichkeiten, wie SIM-Gateways, MVNOs oder Voice over IP (VoIP) restringiert:

MVNOs schaffen lediglich einen eigenen Monopolmarkt (es kommt allenfalls zu einer Verschiebung von Monopolrenten).

Durch SIM-Gateways wird eine Arbitragemöglichkeit genutzt, die durch Preisdiskriminierung von On- und Off-Net-Tarifen entsteht. Da diese Arbitragemöglichkeit auf Grund der derzeit vorherrschenden Tarifmodelle (Pauschaltarife mit inkludierten Minuten bzw keine Differenzierung zwischen On- und Off-Net Tarifen) der Mobilfunkanbieter kaum mehr gegeben ist, ist nicht davon auszugehen, dass diese eine restringierende Wirkung haben. Zudem werden SIM-Gateways kaum genutzt (nur 2% der Geschäftskunden nutzen SIM-Gateways).

Auch VoIP-Anbieter im Mobilfunk haben keinen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten der Anbieter von Mobilterminierungsleistungen; dies insbesondere aus folgenden Gründen: (1) Die Qualität von VoIP liegt hinter jener der Sprachtelefonie; (2) die Entwicklung der entsprechenden Verkehrswerte lässt nicht erkennen, dass sich tatsächlich ein Bypass der klassischen Mobiltelefonie durch VoIP abzeichnet; (3) VoIP hat derzeit den Charakter eines Komplementärdienstes zur konventionellen Sprachtelefonie; (4) ein partieller Bypass (in geringem Umfang) muss nicht notwendigerweise eine preis-restringierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte haben.

Zur Nachfragesubstitution ist zusammenfassend festzustellen, dass weder durch den Anrufer noch durch den Anrufempfänger eine hinreichende Nachfragesubstitution gegeben ist, somit wäre für den Monopolanbieter von Mobilfunkleistungen eine 5-10%ige Preiserhöhung der Terminierungsentgelte vom kompetitiven Niveau profitabel:

Im Konkreten ist hinsichtlich der Nachfragesubstitution durch den Anrufer festzustellen, dass die relevante Elastizität auf der Vorleistungsebene jedenfalls niedriger als auf der Endkundenebene ist. Bei einer für Telekommunikationsleistungen üblichen Elastizität ist daher nicht davon auszugehen, dass auf Grund der Elastizität der Endkundennachfrage (nach Gesprächen in Mobilnetze) eine permanente Preiserhöhung von Terminierungsleistungen – ausgehend vom kompetitiven Niveau – unprofitabel ist.

Bedeutsamer ist aber die Frage nach der Nachfragereaktion durch die Anrufempfänger, im Konkreten, ob der Teilnehmer nach einer Erhöhung des Terminierungsentgeltes – ausgehend vom kompetitiven Niveau – in ihr Netz und den damit verbundenen Preisanstieg für Anrufe in ihr Netz zu einem alternativen Anbieter wechselt.

Dafür müssen eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Die Preiserhöhung des Terminierungsentgeltes auf der Retail-Ebene muss entsprechend strukturell abgebildet werden und die Nutzer müssen sich dieses Preisunterschiedes bewusst sein. (2) Die

Nachfrager nach Mobilfunkanschlüssen müssen dem Tarif für Anrufe in ihr Mobilnetz in Relation zu anderen Tarifen hinreichend Gewicht beimessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die einzelnen Tarife auf Grund des Wettbewerbs am Endkundenmarkt interagieren; dh eine Senkung eines Tarifs in der Regel eine Erhöhung eines anderen Tarifs bzw. eine Reduktion der Endgerätesubventionen zur Folge hat. (3) Schließlich ist die Frage zu stellen, ob sich diese Preissensitivität nur auf einen kleinen Teil der Anrufe – auf geschlossene Nutzergruppen – bezieht und für diese preisgünstige Alternativen bestehen.

Zwar wissen viele Kunden über Preisunterschiede für Anrufe in Mobilnetze und die Kosten des Anrufs je Minute Bescheid, allerdings hat sich der Großteil bei Vertragsabschluss nicht über die Kosten der Erreichbarkeit informiert.

Für einen nicht vernachlässigbaren Teil der Privat- und Geschäftskunden stellen die Kosten der Erreichbarkeit zwar ein Entscheidungskriterium dar, allerdings zeigt sich, dass dieses Kriterium auf dem Mobilfunkmarkt im Vergleich zu anderen Kriterien, insbesondere zu den selbst zu tragenden aktiven Tarifen, eine eher unbedeutende Rolle spielt.

Dazu kommt, dass bei einer Spreizung durch hohe Mobilterminierungsentgelte für geschlossene Nutzergruppen – die letztlich für die Preissensitivität hinsichtlich der Kosten des „Angerufen-werdens“ verantwortlich sind – die Möglichkeit besteht, hohe Entgelte für Off-Net-Anrufe zu vermeiden und durch günstigere On-Net-Anrufe zu ersetzen.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle (GMSC bzw GMSC-Server und MGW) zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon, wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz) inklusive der Zusammenschaltungsleistung, die für Kunden eines Wiederverkäufers erbracht werden (IC-Terminierung) sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (Netzinterne Terminierung). Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet dieses Marktes ist das Bundesgebiet.

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

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

2. Zur Analyse des Marktes „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited]“

2.1. Markteintrittsbarrieren

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

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

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

Unterschiede gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte; diese sind aber nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation.

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

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

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

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

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

2.4. Preissetzung, Bündelung und internationale Preisvergleiche

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

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

b. Die durchschnittlichen österreichischen Terminierungsentgelte liegen in einem europäischen Vergleich (Juli 2011) im unteren Bereich.

2.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

Notwendig für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht – allgemein verstanden als Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes bzw. Dienstes – ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig, wenn es für den Nachfrager rational ist, diese auch umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. Die Drohung ist umso effektiver, je höher die Kosten auf Seiten des Verkäufers (Erlöseinbußen) sind. Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördert daher die Gegenmacht, da Schlüsselkunden (mit einer hohen Nachfragemenge) eher in der Lage sein werden, ihr Drohpotenzial einer Nachfragereduktion (mit potenziell hohen Erlöseinbußen) zu artikulieren und in Preisverhandlungen mit dem Monopolisten durchzusetzen. Ein zentrales Element der

nachfrageseitigen Gegenmacht (da es die Glaubwürdigkeit erheblich unterstreicht) ist die Existenz von Alternativen („*outside options*“): Durch die glaubwürdige Drohung, das Produkt von einem anderen Anbieter zu beziehen, es selbst herzustellen oder auf den Konsum zu verzichten, kann gegebenenfalls erheblicher Druck auf den Anbieter ausgeübt werden. Ein zweites zentrales Element ist der Nutzen bzw Schaden temporärer oder permanenter Nicht-einigung. Die Kosten langer Verhandlungen müssen nicht gleich verteilt sein, ebenso der Schaden, wenn Verhandlungen scheitern. Darüber hinaus kann es unterschiedliche Präferenzen bezüglich des status quo (*inside option*) geben. Für die Beurteilung kann weiters relevant sein, ob Kunden gleich gelagerte, organisierbare Interessen haben und so gegebenenfalls eine Aggregation an ausgleichender Nachfragemacht stattfinden kann. Inwieweit schließlich die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell nicht, dh gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, (über Diskriminierung) eine für Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer Allgemeinen werden zu lassen.

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

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

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

Hinsichtlich der Nachfragemacht von Nachfragern auf der Vorleistungsebene ist festzustellen, dass lediglich große Betreiber mit eigenen Teilnehmern (insbesondere große Mobilfunkbetreiber) gegenüber sehr kleinen Mobilbetreibern bzw Neueinsteigern über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen verfügen, nämlich die Zusammenschaltung zu verweigern, zu verzögern oder prohibitiv hohe Preise zu verrechnen. Allerdings ist vor dem Hintergrund der spezifischen Marktsituation nicht zu

erwarten, dass selbst ein kleinerer Mobilfunkbetreiber durch Verhandlungsmacht in seinem Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird: Erstens haben auch die kleineren aktiven Mobilbetreiber bereits eine kritische Größe überschritten (die Nichtzusammenschaltung mit einem Mobilbetreiber mit 100.000 Teilnehmern oder mehr ist insbesondere für die in der Regel wesentlich kleineren Festnetzbetreiber keine glaubwürdige Drohung, um Nachfragedruck auszuüben), so dass sich Nachfragemacht allenfalls auf zukünftige Neueinsteiger beschränkt. Zweitens abstrahiert diese Analyse von allfälligen regulatorischen Verpflichtungen. Die in Frage kommenden großen Nachfrager (A1 TA und T-Mobile) können allenfalls und nur dann Nachfragemacht ausüben, wenn sie ihrerseits keiner Regulierung unterworfen sind. Sollten die großen Anbieter – die ihrerseits jedenfalls keinem Nachfragedruck ausgesetzt sind – einer Regulierung unterworfen werden, verlieren sie ihre Nachfragemacht gegenüber kleinen Mobilbetreibern. Drittens ist in jener Anbieter-Nachfrager-Konstellation, in welcher der Nachfragedruck potenziell am stärksten wäre, nämlich im Verhältnis eines großen Mobilbetreibers zu einem sehr kleinen Mobilbetreiber insbesondere aber Marktneueinsteiger, auch der Foreclosure-Anreiz maximal, so dass die Gefahr besteht, dass große Mobilbetreiber ihre Nachfragemacht eher dahingehend nutzen werden, den Markt für den Neueinsteiger gänzlich zu verschließen (und nicht kosteneffiziente Entgelte durchzusetzen).

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

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

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

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

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

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

(1) Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.

(2) Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsystern ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten wird ein Anbieter von Mobilterminierungsleistungen weder durch den Anrufer noch durch den Angerufenen in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend restringiert und hat einen (Monopol-) Preisspielraum. Der Anrufer kann das Gespräch (zu einem bestimmten Teilnehmer) nicht durch einen Anruf zu einem anderen Mobilfunkbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten ersetzen. Es kann daher keine Substitution von einem Mobilfunknetz in ein anderes stattfinden. Folglich ist der Anbieter von Terminierungsleistungen mit einer relativ inelastischen (Residual-)Nachfrage konfrontiert. Diese ist jedenfalls nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfrage nach Anrufen in Mobilnetze. Der Angerufene könnte zwar potenziell mehr Preisdruck ausüben, weil er im Rahmen der Subskriptionsentscheidung die Wahl zwischen Betreibern mit unterschiedlich hohen Terminierungsentgelten hätte. Es mag auch einen (möglicherweise sogar nicht vernachlässigbaren) Teil der Mobilfunkteilnehmer

geben, für die die Kosten der Erreichbarkeit ein Entscheidungskriterium für die Netzauswahl darstellt, allerdings spielt das Kriterium der günstigen Erreichbarkeit im Vergleich zu anderen Kriterien, insbesondere aber zu den aktiv zu tragenden Kosten eine untergeordnete Rolle. Damit schlägt sich dieses Entscheidungskriterium nicht in einer hohen firmenspezifischen Elastizität der Nachfrage nach Subskriptionen. Dies vor allem auch deswegen, weil die Kosten angerufen zu werden einer von vielen miteinander interagierenden Wettbewerbsparametern ist und eine Senkung der Terminierungsentgelte zumindest teilweise durch eine Erhöhung von vom Teilnehmer selbst zu tragenden Entgelten kompensiert werden muss.

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

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

2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

Es existieren Substitutionsprozesse zwischen Festnetz- und Mobilnetztelefonie, jedoch gibt es nicht im selben Maß Wettbewerb zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern wie zwischen Mobilbetreibern. Daneben ist festzuhalten, dass auch Festnetzterminierungsleistungen einer Preisregulierung unterliegen.

Der wesentlichste Anreiz für die Preissetzung der Terminierung resultiert aus dem Kalkül, die Margen der Terminierungsleistung zu maximieren. Ein profitmaximierender Mobilnetzbetreiber wird die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises setzen und zwar unabhängig davon, wie kompetitiv der Mobilfunkendkundenmarkt ist. In einem kompetitiven Mobilfunkendkundenmarkt, wie er in Österreich derzeit gegeben ist, werden die durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte erwirtschafteten Margen (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subvention von Endgeräten, ...) verwendet.

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

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

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

Unter bestimmten Voraussetzungen haben – insbesondere kleinere – Netzbetreiber sogar einen Anreiz, Entgelte über dem Monopolpreis zu setzen: Wenn nämlich die Festnetzbetreiber ihrerseits Unterschiede in den Terminierungsentgelten nicht in den Endkundentarifstrukturen abbilden bzw die Endkunden nicht preissensitiv in Bezug auf Anrufe

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

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

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

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

2.6.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung

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

Ad (1): Da die Terminierungsentgelte wechselseitig die (wahrgenommenen durchschnittlichen Grenz-)Kosten erhöhen, könnten sie als Instrument zur Stabilisierung eines kollusiven Marktergebnisses am Endkundenmarkt eingesetzt werden und damit einen zusätzlichen

Grund für eine regulatorische Intervention darstellen. Dies ist nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Für den österreichischen Mobilfunkmarkt ist eine durch überhöhte Terminierungsentgelte verursachte Kollusion sehr unwahrscheinlich. Zum Einen kommen Preismodelle zur Anwendung, die den kollusiven Effekt von Terminierungsentgelten unterlaufen (wie flat rates, Endgerätesubventionen), zum Anderen sprechen die gegenwärtige Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt und die (noch bestehenden) Interessensunterschiede zwischen einzelnen Mobilbetreibern hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte tendenziell dagegen.

Ad (2): Auf einem entwickelten Wettbewerbsmarkt mit etablierten Betreibern, die alle über einen entsprechenden Kundenstamm verfügen, haben im Normalfall beide Zusammenschaltungspartner auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten ein Interesse daran, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu ermöglichen. Es ist also davon auszugehen, dass die Zusammenschaltung auch in Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) gewährleistet ist. Anders zu bewerten ist die Zusammenschaltung von großen etablierten Betreibern mit „kleinen“ Betreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs oder einem erfolgreichen noch nicht am Markt aktiven Bieter in der anstehenden Frequenzauktion). Für große Betreiber überwiegen die Vorteile einer Nichtkooperation (geringerer Wettbewerb auf der Endkundenebene) deren allfällige Nachteile (einige wenige Teilnehmer sind nicht erreichbar). Neben nichtpreislichen Mechanismen (Verweigerungs- bzw. Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen, inferiorer Produktqualität, etc) können – insbesondere wenn es eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung gibt, die Preise allerdings frei gesetzt werden können – dabei (prohibitiv) hohe Zugangspreise bzw. die Praktizierung von *Margin Squeeze* eine zentrale Rolle spielen: Erstens bestimmen Terminierungsentgelte die Kosten für *Off-Net-Calls*, was einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für einen kleinen Betreiber darstellt, der fast 100% der Anrufe als *Off-Net-Calls* abwickeln muss. Dieser *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte führt dazu, dass ein kleiner Betreiber (im Falle überhöhter Terminierungsentgelte) mit wesentlich höheren durchschnittlichen Grenzkosten konfrontiert ist, als große etablierte Betreiber mit einem hohen Anteil an netzinternen Anrufen. Hinzu kommt die (aus überhöhten Terminierungsentgelten subventionierte) Diskriminierung zwischen *On-Net*- und *Off-Net*-Anrufen. Durch günstigere *On-net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, die das Netz eines kleineren Betreibers unattraktiv machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Drittens ist ein Marktneuling in der Eintrittsphase (nicht zuletzt auf Grund der ausgeprägten Größenvorteile im Mobilfunk) gezwungen, attraktivere Tarife anzubieten, um seine Mengen zu erhöhen bzw. Marktanteile auszubauen. Dies induziert (in der Regel) einen (größeren) Netto-*Outflow* an Terminierungsminuten, was wiederum heißt, dass der Betreiber im Fall überhöhter Terminierungsentgelte mit einem Access-Defizit konfrontiert ist. Viertens ist nicht davon auszugehen, dass sich in einem regulierungsfreien Umfeld reziproke Terminierungsentgelte einstellen würden.

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen einen Anreiz, die eigenen Terminierungsentgelte möglichst hoch zu setzen, gleichzeitig aber Terminierung zu möglichst geringen Preisen einzukaufen. In einem unregulierten Umfeld würde ein großer Betreiber gegenüber einem kleinen Betreiber bzw. Neueinsteiger auf Grund seiner Verhandlungsmacht höhere Entgelte durchsetzen können, was zur Folge hätte, dass sich die oben ausgeführten Kosten- und Nachfrage-Nachteile noch verstärken würden. Unregulierte Terminierungsentgelte sind ein perfektes Vehikel, um den Markteintritt von Konkurrenten zu behindern und zu verhindern und somit um Marktmacht auf die Endkundenebene zu übertragen. Bei einer freien Preisgestaltung der Terminierungsentgelte hätte ein M(V)NO kaum erfolgreich in den Markt eintreten können.

Ad (3): Unter bestimmten Umständen sind Mobilfunkbetreiber indifferent in Bezug auf die wechselseitigen (reziproken) Terminierungsentgelte. Dies ist tendenziell dann der Fall, wenn die Unternehmen ziemlich symmetrisch (zB in den Kosten) und ähnlich groß sind (keinen

Foreclosure-Anreiz haben), der Verkehr zwischen ihnen symmetrisch ist und die Kollusions-Anreize gering sind. In solchen Fällen können (müssen aber nicht) Verhandlungen zu effizienten Terminierungsentgelten führen. Allerdings dürften die Betreiber (auf Grund der Profitneutralität) in diesem Fall auch keine Einwände gegen ein gegebenenfalls regulatorisch festgesetztes (reziprokes) Terminierungsentgelt haben. Gleichzeitig würden in einer unregulierten Situation (mögliche) Arbitragegeschäfte jedoch das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten stark einschränken. Im Zweifelsfall würden die Mobilbetreiber zur Sicherung der Margen aus überhöhten Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten die Mobil-zu-Mobil-Terminierungsentgelte an den Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten. Es ist daher insgesamt davon auszugehen, dass die MNOs bei freier Preissetzung keine kostengerechten Terminierungsentgelte vereinbaren würden.

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

Telekommunikationsnetze sind durch ausgeprägte Netzwerkeexternalitäten gekennzeichnet. Je mehr Teilnehmer ein Netzwerk hat, desto interessanter ist es. Durch Zusammenschaltung werden diese Netzwerkeffekte (teils) neutralisiert; unabhängig davon für welchen Betreiber sich ein Nutzer entscheidet, kann er trotzdem jeden Teilnehmer erreichen. Ohne Netzzusammenschaltung würde langfristig vermutlich nur ein Netz bestehen können. In diesem Sinne ist Zusammenschaltung eine notwendige Voraussetzung, um langfristig tragfähigen Wettbewerb zu gewährleisten. Durch Preisdiskriminierung zwischen On- und Off-Net-Anrufen werden Netzwerkeexternalitäten (teilweise) reaktiviert. Durch günstigere On- als Off-Net-Tarife entstehen preisinduzierte Netzwerkeexternalitäten (tariff-mediated network externalities), die das Netzwerk eines kleineren Betreibers (tendenziell) unattraktiver machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Preisdiskriminierung zwischen On- und Off-Net-Anrufen ist primär ein Wettbewerbsinstrument und lässt sich weder durch Kostenunterschiede noch durch Ramsey Pricing erklären. Aus wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten hat die Differenzierung in On- und Off-Net-Anrufen in dem in der Vergangenheit – unter hohen Terminierungsentgelten – beobachteten Ausmaß keinen unmittelbaren Nutzen. Erhebliche Unterschiede zwischen On- und Off-Net-Tarifen können aber – insbesondere bei asymmetrischen Marktanteilen – „Club-Effekte“ (neue Teilnehmer präferieren große Netze) induzieren und negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs haben.

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

konstruierten On-Net-Tarife bewirken, dass Gruppen, die viel Verkehr untereinander abwickeln, geschlossen zu einem Mobilbetreiber wechseln.

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

In früheren Verfahren wurden am österreichischen Markt deutliche Unterschiede zwischen den Terminierungsentgelten, die für Gespräche aus anderen Netzen in Mobilnetze zu zahlen sind, und den impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne Gespräche festgestellt. In den letzten Jahren war allerdings eine Trendwende erkennbar und mittlerweile bieten die Betreiber fast ausschließlich Tarife an, bei denen es keine Unterscheidung zwischen On-Net- und Off-Net-Anrufen mehr gibt. Diese Entwicklung kann auf die Senkung der Terminierungsentgelte und der damit verbundenen Reduktion der Kosten für netzexterne Anrufe sowie der Reduktion des Subventionierungspotenzials für On-Net-Tarife zurückgeführt werden.

2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

Es gibt eine Reihe von überschneidenden Geschäftsfeldern zwischen Mobil- und Festnetzleistungen:

Zum Einen gibt es eine Nachfrage nach komplementären Mobil- und Festnetzleistungen. Ein Betreiber, der beide Leistungen im Bündel anbietet, hat einen Vorteil gegenüber Anbietern, die nur eine der beiden Leistungen anbieten. Zum Anderen gibt es eine zunehmende Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen: starke Rückgänge bei Festnetzgesprächen bei gleichzeitiger Zunahme der Mobilnetzgespräche.

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

- Überhöhte (über den Kosten liegende) Fest-Zu-Mobil-Terminierungsentgelte verstärken/beschleunigen die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte Fest-Mobil-Terminierungsentgelte ändert die Preisrelationen zwischen Festnetz- und Mobilfunkleistungen. Dies hat zur Folge, dass Festnetzleistungen – in einem von der Grenzrate der Substitution abhängigen Ausmaß – durch relativ billiger gewordene Mobilfunkleistungen substituiert werden. Preisinduzierte Netzwerkexternalitäten, die durch ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *On-Net-Gespräche* und jenen für *Off-Net-Gespräche* verursacht werden, verstärken diesen Effekt noch.
- Das Quersubventionierungspotenzial durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte kann und wird von Mobilfunkbetreibern genutzt, um spezifische Produkte zu schnüren, die es ihnen erlauben, in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Mit Produkten, wie „mobile Nebenstellenanlage“, versuchen die Mobilfunkbetreiber für bestimmte Zielgruppen ein dem Festnetz ähnlicheres Produkt anzubieten. Ein wichtiges Element dabei ist, dass die Nutzer (in diesem Fall Mitarbeiter eines Unternehmens) mobil unter einer geografischen Rufnummer erreichbar sind. Dafür verzichten die Mobilfunkbetreiber auf das

höhere Mobilterminierungsentgelt. Es handelt sich um ein Geschäftsmodell, das sich (insbesondere) dann rechnet, wenn die Differenz aus Fest- und Mobilterminierungsentgelten mittels überhöhten Fest-Zu-Mobil-Mobilterminierungsentgelten (dh durch das Festnetz) subventioniert werden kann.

- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie zB bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks, etc*), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreiber erheblich verschlechtert.

Ein Beispiel für einen komplementären Festnetz-Mobilfunkdienst ist die Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummer (ortsfester Netzabschlusspunkt) zu einer Mobilnummer, wie sie zB im Rahmen der Produkte „mobile Nebenstellenanlage“ oder „mobiles Festnetz“ (von Orange Austria Telecommunications GmbH, „Festnetzersatz“, vgl <http://www.orange.at/Content.Node/business/festnetzersatz/>) realisiert ist. Um einen solchen Dienst kostendeckend anzubieten, muss ein Betreiber einen Retail-Preis in Rechnung stellen, der die Lücke zwischen Fest- und Mobilterminierung deckt.

Wenn nun ein Mobilbetreiber diesen Dienst zu einem Preis anbietet, der seine Kosten (annähernd) deckt, ist der Festnetzbetreiber bei überhöhten Mobil-Terminierungsentgelten (und so lange diese Entgelte nicht auf der Höhe der langfristigen Grenzkosten liegen) mit einem Margin Squeeze konfrontiert.

2.7. Schlussfolgerung

Die im Spruch genannte Partei verfügt aus ökonomischer Sicht auf dem gegenständlichen Terminierungsmarkt (wie auch die anderen Terminierungsnetzbetreiber) über beträchtliche Marktmacht. Da der Terminierungsnetzbetreiber der einzigen Anbieter auf „seinem“ Markt ist, ist eine Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, hinfällig.

2.8. Potentielle Wettbewerbsprobleme

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

- (1) Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer.
- (2) Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Anrufen (verzerrte Preisstrukturen).
- (3) Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs). Diese können sowohl durch nichtpreisliche Taktiken, wie Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen oder inferiore Qualität erfolgen wie auch durch preisliche Taktiken, wie überhöhte Terminierungsentgelte, starke Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Gesprächen (Praktizierung von Margin Squeeze). Damit in Zusammenhang stehend die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene.
- (4) Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden (Fest-Mobil-Konvergenz, Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen). Daraus resultiert

die Gefahr der Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte bzw die Gefahr von Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern.

3. Zu den spezifischen Verpflichtungen

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

3.1. Transparenzverpflichtung

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

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

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

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

3.2. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

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

Getrennte Buchführung alleine, wie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung, ist nicht geeignet, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, da diese Verpflichtung keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktmächtigen Unternehmens auf seinem betreiber-individuellen Terminierungsmarkt hat.

3.3. Verpflichtung zu Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

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

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

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

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

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

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

3.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

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

Qualitätsdiskriminierung

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

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

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

Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

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

In den Fällen von a.) und b.) kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem (nachgelagerten) Endkundenmarkt führen. Besonders relevant ist Fall a.), da der Anreiz einer solchen Preisdiskriminierung vor allem im Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen und strategischen Partnerschaften gegeben ist. Da das potenziell marktmächtige Unternehmen in der Lage ist, unter Einhaltung gesetzter Preisobergrenzen (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben, stellt ein „externes Diskriminierungsverbot“ effektiv sicher, dass das potenziell marktmächtige Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern die selben Konditionen mit selbem Wirkungsbeginn einräumt und diese Verpflichtung nicht durch eine geschickte Vertragsgestaltung umgeht.

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

Das externe (Preis-)Diskriminierungsverbot (Fälle a.) bis c.) alleine bzw. in Zusammenspiel mit den Maßnahmen „Zugangsverpflichtung“, „Transparenzverpflichtung“ und „Verpflichtung zur getrennten Buchführung“ ist nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktmächtigen Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Verpflichtung gewährleistet lediglich, dass

alle Abnehmer die Leistung zum selben (uU überhöhten) Preis beziehen und damit ein „*level-playing-field*“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist.

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

Für die Ermittlung des internen Transferpreises gibt es dabei zwei mögliche Ansatzpunkte: (1) Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung, (2) Die Anwendung eines Margin-Squeeze-Tests auf Basis der Endkundenpreise. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch für externe Transaktionen auferlegt werden könnten. Eine solche Vorgangsweise ist allerdings aus mehreren Gründen problematisch: Erstens würde allenfalls das dritte und vierte Wettbewerbsproblem (Diskriminierungsprobleme) angesprochen werden können, auf keinen Fall aber die (bedeutsameren) allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte. Dies deswegen, weil das regulierte Unternehmen einen gewissen Spielraum in Bezug auf die Zuordnung von Kosten und Erlösen zu den relevanten Geschäftsfeldern hat und – da es einen ökonomischen Anreiz gibt – die Gefahr besteht, dass überhöhte Transferpreise ausgewiesen werden. Zweitens ist nicht davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ausreicht, um die für die Festlegung des Preises notwendigen Informationen in dem erforderlichen Detailgrad (auf Produktebene) transparent zu machen. Drittens ist in diesem Zusammenhang die Frage aufzuwerfen, was ein nichtdiskriminierender interner Transferpreis eines vertikal integrierten Unternehmens darstellt. Aus theoretischer Sicht können das nur die kurzfristigen Grenzkosten sein, so dass viertens ein von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenes Schema zur getrennten Buchführung, das in Verbindung mit dem Nichtdiskriminierungsverbot geeignet wäre, alle Wettbewerbsprobleme effektiv zu begegnen überschießend wäre, da dieses Instrument im Ergebnis auf eine Preiskontrolle (im Sinne kostenorientierter Entgelte) gemäß § 42 TKG 2003 hinausläufe und dieser Verpflichtung ihren Sinn nehmen würde.

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

Die Anwendung des (internen/externen) Diskriminierungsverbots als Instrument gegen einen *Margin Squeeze* ist aber ein taugliches Instrument, um die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines *Margin Squeeze* zu unterbinden. Konkreter Anlassfall ist die Anrufweiterleitung von geografischen Rufnummern zu Mobilendgeräten (vgl. Produkte wie „*Mobile Nebenstellenanlage*“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der Festnetzbetreiber einem *Margin Squeeze* ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw. auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen (Wettbewerbsproblem 4). Ein *Margin Squeeze* kann aber nur dann praktiziert werden, wenn der Mobilbetreiber dem Festnetzbetreiber Mobilterminierungsentgelte in Rechnung stellt, die über den langfristigen Grenzkosten liegen.

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

3.5. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In den bisherigen Marktanalysen wurden die Terminierungsentgelte auf Basis der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC) festgesetzt. Zur Ermittlung der LRAIC-Kosten wurde ein Top-Down-Modell (TD-LRAIC Modell) eingesetzt. Da es in der Praxis auf Grund der hohen Informationsanforderungen nicht möglich ist, Ramsey-Preise bei Monopole zu bestimmen, erfolgte die Kostenzurechnung nicht direkt zurechenbarer Kostenblöcke, nämlich der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten auf Basis mengenäquivalenter proportionaler Aufschläge. Im Ergebnis liefert das Modell langfristige Durchschnittskosten mit einer mengenproportionalen Verteilung der Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten (Minuten, Bandbreite). Die so ermittelten Kosten können erheblich vom oben genannten theoretisch „korrekten Preis“ (Ramsey) abweichen. Insbesondere dann, wenn die Dienste hinsichtlich ihrer Produktion (Sprache, Daten) und Nachfrage (unterschiedliche Elastizitäten) sehr heterogen sind.

Im Gegensatz zum Durchschnittskosten-Konzept LRAIC stellt der Kostenrechnungsansatz Pure LRIC (reine Inkrementalkosten eines effizienten Betreibers), der in der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.5.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU vorgesehen ist (ABI L 124/67 vom 20.5.2009; „Terminierungsempfehlung“) eine Annäherung an die langfristigen Grenzkosten dar. Die Empfehlung stellt explizit auf verkehrsabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrsabhängige Kosten entstehen durch Kapazitätserweiterungen, die notwendig sind, um den steigenden Verkehr abzuwickeln. Explizit nicht berücksichtigt werden sollen verkehrsunabhängige („non traffic-related“) und damit langfristig fixe Gemeinkosten und gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem Dienstekrement Terminierung zuzurechnen sind.

Die höchste allokativen Effizienz auf einem Markt wird dann erzielt, wenn sich der Preis an den langfristigen Grenzkosten orientiert; aus allokativen Effizienzgesichtspunkten ist Pure LRIC gegenüber dem bisher zur Anwendung gelangten Kostenstandard LRAIC zu präferieren.

Zudem handelt es sich bei Terminierung um ein Vorleistungsprodukt, das maßgeblichen Einfluss auf die Flexibilität bei der Endkundenpreisgestaltung hat. Je näher die Terminierungsentgelte an den Grenzkosten liegen, desto höher ist der Spielraum für Tarifinnovationen. Mobilfunkbetreiber sind in der Lage, auf dem Endkundenmarkt Preisdiskriminierung zu praktizieren. Es werden zunehmend flat rate Produkte oder Tarife mit Bandbreitendifferenzierung anstelle von linearen und zweistufigen Tarifen angeboten. Diese Tarifsysteme können nicht nur gewinnerhöhend für die Betreiber sein, sondern damit kann auch eine höhere allokativen Effizienz erzielt werden. Durch Vorleistungspreise, die sich an den langfristigen Grenzkosten orientieren, wird insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung eingeräumt. Dies hat wiederum einen direkten Nutzen für Endkunden.

Es zeigt sich für den Mobilfunksektor, dass es in Ländern mit sehr geringen oder keinen Mobilterminierungsentgelten (wie etwa USA, Korea, Kanada, Singapur und Hongkong) eine deutliche höhere Nutzung als in Europäischen Ländern gibt, während die durchschnittlichen Erlöse pro Minute deutlich geringer sind.

Es gibt einen Zusammenhang zwischen Terminierungsentgelten und Endkundentarifen („Waterbed Effekt“). Demnach kann eine Absenkung der Terminierungsentgelte einen (teilweisen) Anstieg der Mobilfunkendkundentarife zur Folge haben. Mit der Umstellung von LRAIC auf Pure LRIC finden (fixe) Gemeinkosten sowie gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem Dienstinkrement Terminierung zuzurechnen sind, keine Berücksichtigung bei den Terminierungskosten; diese müssen Mobilfunkbetreiber unter Umständen durch eine Anhebung der (vornehmlich fixen) Endkundenpreise kompensieren. Dies kann somit indirekt zur Folge haben, dass Teile der Kosten eines Anrufs vom Angerufenen getragen werden müssen.

Mit der Umstellung von LRAIC auf den Pure LRIC-Standard erfolgt somit auch eine Umstellung von einem reinen Calling Party Pays Regime auf ein Both Parties Pay Regime. Damit werden beim Pure LRIC Standard in gewisser Weise im Gegensatz zum LRAIC-Standard auch Anrufexternalitäten berücksichtigt. Diese entstehen dadurch, dass der Angerufene einen Nutzen von einem Anruf hat, aber in einem reinen Calling Party Pays Regime die gesamten Kosten des Anrufs vom Anrufer getragen werden.

Die Umstellung auf den Pure LRIC-Ansatz kann sich auf verschiedene Nutzergruppen unterschiedlich auswirken. Steigen die Aktiventgelte durch den „waterbed Effekt“ könnte dies nachteilige Auswirkungen auf Teilnehmer mit geringer Nutzung, vorwiegend „Pre-Paid-Teilnehmer“, die hauptsächlich Anrufe entgegen nehmen, haben. Der mögliche Effekt auf die Grundentgelte wird jedoch als gering eingeschätzt, da die Absenkung in Absolutbeträgen nicht sehr hoch ist und letztlich für einen bestimmten Betreiber auch nur in dem Maße ertragsmindernd wirkt, in dem ein Net-Inflow an Verkehrsminuten besteht (für Betreiber mit Net-Outflow würde sich die Situation sogar verbessern, „Saldo“).

Bei Pure LRIC gibt es keine Kostentragung von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten, sofern sie nicht dem Inkrement Terminierung zuzurechnen sind. Negative Auswirkungen auf Investitionen sind nicht zu erwarten, da die eindeutig durch die Leistung Terminierung verursachten Kosten abgegolten werden; dabei wird auch eine entsprechende Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigt. Ein Betreiber würde sich nicht besser stellen, wenn er die Leistung Terminierung (fiktiv) nicht mehr anbieten würde. Weiters ist Terminierung ein Kuppelprodukt, das im Verbund mit anderen Leistungen produziert wird. Kein Betreiber trifft isoliert Investitionsentscheidungen auf Grundlage der Rentabilität der Leistung Terminierung.

Bei Anwendung des Pure LRIC Standards in Fest- und Mobilnetzen im Inland und in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sinken nicht nur die Erlöse aus Terminierung sondern auch die Kosten, da auch die Auszahlungen an andere Betreiber sinken. Im Endeffekt ist nur der Net-Inflow Saldo von weiteren Absenkungen betroffen. Die Betreiber werden die fehlenden Deckungsbeiträge zur Abdeckung der Gemeinkosten gegebenenfalls durch Tarifierpassungen ausgleichen. Diese Tarifierpassungen sind grundsätzlich möglich und lassen insgesamt keine negativen Auswirkungen erwarten. Betreiber sind besser in der Lage, Gemeinkosten effizient auf unterschiedliche Dienste zu verteilen als die Regulierungsbehörde (Ramsey Pricing). Aus dieser Sicht ist es effizient, wenn die Gemeinkosten auf Leistungen verteilt werden, die dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

Überhöhte Terminierungsentgelte führen auch zu Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten kleinerer Betreiber insbesondere aber Neueinsteiger, da diese einen hohen Anteil an netzexternen Anrufen abwickeln müssen. Durch die Umstellung von LRAIC auf Pure LRIC wird die Lücke zwischen den Kosten für einen netzexternen und den (internen) Kosten für einen netzinternen Anruf geschlossen. Das räumt insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung ein und führt damit zu einer Stärkung des Wettbewerbs.

Es können technische Netzkosten iSv Pure LRIC eines effizienten Mobilfunkanbieters für die Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,7153 festgestellt werden. Dabei wird ein Marktanteil in der Höhe von 20%, eine Netzabdeckung mit 2G (Sprache über GSM, Datendienste über EDGE) von 100% und mit 3G (Sprache über UMTS, Datendienste über UMTS und HSPA) von 75% angesetzt (LTE wurde außer Betracht gelassen). Das Kernnetz ist als NGN (IP-basiert) modelliert und folgt den 3GPP-Spezifikationen ab Release 4. Es wurde ein Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 11,37% zu Grunde gelegt. Bei der Abschreibung des Anlagevermögens wurde auf ökonomische Abschreibungen zurückgegriffen.

Neben diesen technischen Netzkosten fallen weiter Zusatzkosten für Terminierung an („wholesale commercial costs“), die unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung im Zusammenhang stehen und nicht anfallen würden, wenn die Terminierung nicht angeboten bzw verrechnet werden würde. Diese inkrementellen Kosten betragen pro Terminierungsminute im Mobilnetz Cent 0,0896.

Damit ergeben sich Kosten iSv Pure LRIC (pro Minute; Netzkosten plus Zusatzkosten der Vorleistungsebene) für die Leistung der Anrufzustellung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,8049.

3.6. Differenzierung von Verpflichtungen

Ausgehend von den festgestellten potentiellen Wettbewerbsproblemen ist festzustellen, dass aus ökonomischer Sicht die genannten Verpflichtungen alle Terminierungsleistungen unabhängig vom Quellnetz des Anrufes (Festnetz, Mobilnetz, Inland, Ausland) umfassen sollen.

4. Sonstiges

Knapp 10% der gesamten Mobilfunkumsätze entfallen auf die Mobil-Terminierung. Etwa 85% des Umsatzes wird am Endkundenmarkt erwirtschaftet, die restlichen ca 5% entfallen auf andere Vorleistungen.

5. Entgelt-Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden auf Basis Pure LRIC

In einigen Ländern der Europäischen Union (Belgien, Frankreich, Portugal, Italien, Spanien, Dänemark, Vereinigtes Königreich) wurden bereits Festlegungen von Mobil-Terminierungsentgelten vorgenommen. Dabei zeigt sich, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auf Basis Pure LRIC angeordneten Entgelte zwischen Cent 0,8 und Cent 1,27 (pro Minute) zu liegen kommen.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz“, insbesondere zur Abgrenzung, zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren für Marktmacht ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom Juli 2012 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/12 für die betreiberindividuellen Märkte für Anrufzustellung in Mobilfunknetzen*“, ON 4 samt Beilagen ON 4a-c). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und einer Erklärung der Leistung der Mobilfunkterminierung nehmen die Amtssachverständigen nachvollziehbar eine Marktabgrenzung vor und besprechen dabei insbesondere die

Angebots- als auch die Nachfragesubstitution. In weiterer Folge gehen sie auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 ein („*single dominance*“, eine Untersuchung der „*joint dominance*“-Kriterien iSd Abs 4 leg cit scheidet auf Grund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf einem Monopolmarkt eine Bedeutung haben können.

Dass die Indikatoren Marktanteile und nachfrageseitige Gegenmacht eine besondere Relevanz im Rahmen der Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Monopolmarkt „Mobil-Terminierung“ einnehmen, haben die Amtssachverständigen dargelegt.

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens gehen die Amtssachverständigen aussagekräftig auf über 20 Seiten auf den Indikator der nachfrageseitigen Gegenmacht ein und untersuchen diesen sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene. Dabei gehen die Amtssachverständigen auf eine Vielzahl von betreiberindividuellen Konstellationen ein und fundieren ihre Untersuchungen und Schlussfolgerungen mit konkreten, betreiberindividuellen Daten.

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

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

Im Rahmen der Stellungnahmen zu den wirtschaftlichen Gutachten gehen die Verfahrensparteien entweder nicht auf die Marktabgrenzung und –analyse ein oder bestätigen die Ausführungen in den wirtschaftlichen Gutachten (vgl Stellungnahmen der UPC vom 27.9.2012 und der Verizon vom 5.10.2012).

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

c. Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung iSv Pure LRIC ergibt sich ebenfalls aus diesem Gutachten (ON 4, Punkt 8, samt Beilagen) sowie den zusätzlichen Dokumentationen zu verschiedenen Einsichtnahmen in das Kostenrechnungsmodell und den zusätzlich erstellten Szenario-Rechnungen (insbesondere ON 29). In diesen Dokumenten werden die zu Grunde gelegten Ausgangswerte (Inputparameter) genannt und es werden die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte angeführt, denen die Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die Amtssachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Darüber hinaus wurde auf die Vorgaben der

Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission Bedacht genommen. Das Gutachten kommt dem gestellten Auftrag in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise nach.

Der festgestellte Wert kann auch nicht dadurch erschüttert werden, dass die Amtssachverständigen nach Abgabe ihres Gutachtens eine „Unschärfe“ im Kostenrechnungsmodell entdeckt und im Rahmen einer Stellungnahme aufgeklärt haben (vgl. ON 29 „*Antworten der Gutachter [vom 10.10.2012] zu Fragen der A1TA aus Punkt 3, „Anmerkungen bzw. Fragen zu Protokoll und Beilagen“ vom 18.09.2012*“). Soweit A1 TA in ihrer Stellungnahme vom 30.11.2012 manche dieser Ausführungen zitiert, diese als „teilweise unverständlich“ bezeichnet und nähere Details (Algorithmus) wissen möchte, ist A1 TA darauf zu verweisen, dass sie die von ihr selbst zitierten Ausführungen der Amtssachverständigen offenbar unzureichend studiert hat: In ON 29 führen die Amtssachverständigen unter Anfügung konkreter Daten zum Algorithmus aus (vgl. ON 29 Punkt f, Seiten 2 bis 4) und klären die Unschärfe im Modell auf. Vor diesem Hintergrund war dem Begehren der A1 TA auf Einholung eines Ergänzungsgutachtens nicht zu folgen.

Im Konkreten ergibt sich der festgestellte Wert (pro Minute) für die Kosten für die Mobil-Terminierungsleistung iSv Pure LRIC (Cent 0,8049) aus technischen Netzkosten (iSv Pure LRIC) eines effizienten Mobilfunkanbieters für die Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,7153 (ON 4, 29) sowie unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung anfallende Zusatzkosten in der Höhe von Cent 0,0896.

Die technischen Netzkosten ergeben sich aus einem – gemeinsam mit den Amtssachverständigen erarbeiteten – Bottom-Up-Kostenmodell der renommierten WIK-Consult GmbH. In der – der Terminierungsempfehlung folgenden und dem festgestellten Wert zu Grunde liegenden – Kostenmodellierung wird unter anderem von folgenden Parametern ausgegangen: ein Marktanteil eines hypothetischen Betreibers in der Höhe von 20%, Netzabdeckung mit 2G (Sprache über GSM, Datendienste über EDGE) von 100% und mit 3G (Sprache über UMTS, Datendienste über UMTS und HSPA) von 75%, keine Berücksichtigung von LTE, IP-basiertes NGN-Kernnetz gemäß 3GPP-Spezifikationen ab Release 4, Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 11,37%, ökonomische Abschreibung des Anlagevermögens.

Für diesen hypothetischen Betreiber wurde ein kostenoptimales Netz ermittelt. Auf Grund der Konzeption des Kostenrechnungsmodells zur Bottom-Up-Modellierung iSv Pure LRIC ergeben sich bei unterschiedlichen Nachfragesituationen (Daten und Sprache) verschiedene Mengengerüste für die Dimensionierung des für (genau) diese Nachfrage ausgelegten (und kostenoptimierten) Netzes. Der höchste Wert aus einer Variation der Nachfrage von Sprache und Daten (in 1%-Schritten) zwischen 100 und 120%, dh aus 441 Kombinationen, ist der oben angeführte Kostenwert; auch aus einer (zusätzlich durchgeführten) Variation der Nachfrage von Sprache und Daten zwischen 80 und 140% (in 1%-Schritten) ist der oben festgestellte Wert der höchste (vgl. ON 40 mit 3721 ermittelten Szenarien).

Die Heranziehung des höchsten Wertes aus einer Bandbreite möglicher Ergebnisse gründet auf dem Gedanken, dass durch eine Festlegung von Entgelten iSv Pure LRIC als Abgeltung für die verfahrensgegenständliche Leistung nur mehr das einzelne Inkrement „Terminierung“ bezahlt wird und eine Unterschreitung dieses Wertes jedenfalls dazu führt, dass die (effizient erbrachte) Terminierungsleistung quersubventioniert werden müsste. Auch ist zu berücksichtigen, dass bei dem zu modellierenden hypothetischen Betreiber nicht nur die zu Grunde gelegten Verkehre (Daten, Sprache) mit Unsicherheiten behaftet sind, sondern im Kostenrechnungsmodell das Equipment zur Bewältigung dieses Verkehrs von einem hypothetischen Hersteller stammt; bei diesem Equipment können Sprünge in den Kosten (auf Grund von notwendigen Kapazitätserweiterungen) an anderer Stelle auftreten als bei den zu regulierenden Unternehmen. Die Heranziehung des höchsten Wertes stellt sicher, dass die Inkrementalkosten jedenfalls abgedeckt sind.

Insofern kann dem Vorbringen der Tele2 vom 4.10.2012, dass ein Mittelwert aus den möglichen Ergebnissen herangezogen werden soll, nicht gefolgt werden, da die Chance auf eine Situation, in der nicht einmal die inkrementellen Kosten der Terminierung gedeckt werden (samt den nachteiligen Folgen einer Quersubventionierung), sehr hoch ist. Auch ist der weiteren Stellungnahme vom 3.12.2012 samt „Szenarienanalyse zur Festlegung der Mobilfunkterminierungsentgelte (M 1_12)“ [gemeint wohl: M 1.10/12] von SBR Juconomy Consulting AG („SBR“) sowie dem Antrag auf eine weitere gutachterliche Befassung nicht zu folgen, da es die Telekom-Control-Kommission als notwendig erachtet, dass zumindest die Inkrementalkosten iSd Terminierungsempfehlung gedeckt werden. Jeder Pure LRIC-Wert, der unter dem Festgestellten zu liegen kommt, birgt die Gefahr einer Kostenunterdeckung; Ansätze, die eine Unterschreitung dieser Kosten ermöglichen, werden damit nicht weiter verfolgt.

Gleichzeitig wird aber auch kein höherer (als der festgestellte) Pure LRIC Wert festgelegt. Dem Begehren der A1 TA vom 30.11.2012, die Terminierungsentgelte um einen „Sicherheitsaufschlag idHv 30% auf die von den Amtssachverständigen empfohlenen Maximalwerte“ zu erhöhen, wird nicht gefolgt, da damit jedenfalls eine Überzahlung (der Inkrementalkosten) stattfindet. Den festgestellten Wettbewerbsproblemen kann damit nicht in geeigneter Weise begegnet werden, auch würde ein klarer Widerspruch zur Terminierungsempfehlung bestehen. Die von A1 TA angeführte Begründung für diesen Sicherheitsaufschlag („Fehleranfälligkeit des Kostenrechnungsmodells“, „Volatilität“, „Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu Mobilterminierung“) kann dabei, wie noch gezeigt wird, nicht überzeugen.

Auch ist dem Vorbringen der UPC vom 27.9.2012 nicht zu folgen, dass nicht der höchste Wert aus einer Berechnungsreihe das Ergebnis darstellen soll, sondern der „richtige Wert“ (dh die „richtige“ Kombination von Nachfragewerten für Sprache und Daten) ermittelt, begründet und festgelegt werden möge. Dieses Vorbringen ist nachvollziehbar, jedoch nicht umsetzbar: Alle Ergebnisse in der denkbaren Bandbreite zwischen 100 und 120% erscheinen möglich und können damit ex ante nicht genau festgestellt werden. Dieses Problem verschärft sich gerade dadurch, dass bereits eine 1%ige Abweichung der Sprach- oder Datennachfrage zu einem signifikant anderen Ergebnis führen kann, weshalb die Telekom-Control-Kommission beschlossen hat, aus einer Bandbreite möglicher Ergebnisse den höchsten Wert heranzuziehen. Die von den Amtssachverständigen herangezogene Bandbreite von 100 bis 120% (der Nachfrage) erscheint der Telekom-Control-Kommission nachvollziehbar, zumal sich die letzten Jahre durch wachsende Verkehrsmengen ausgezeichnet haben. Wie sich aus weiteren (zB für T-Mobile) erstellten Szenariorechnungen ergibt (ON 17), lassen sich durch vollkommen andere Nachfrageszenarien auch (leicht) höhere Werte für Pure LRIC ermitteln. Der in ON 17 ausgewiesene „Höchstwert“ gründet dabei auf einer Sprach-Nachfrage von 70%. Gründe für eine Senkung der Sprachnachfrage um 30% können in keiner Weise erkannt werden, weswegen dieses Ergebnis nicht für die gegenständliche Entscheidung herangezogen wird.

Die Nachfrage nach Terminierungsleistung und die Veränderung des Terminierungsvolumens wurden durch umfangreiche Sensitivitätsanalysen ermittelt. Bei diesen Sensitivitätsanalysen wurde die Nachfrage (Daten und Sprache) variiert. Aus diesen berechneten Werten wurde der höchste Wert als Basis für die Festlegung der Terminierungsentgelte vorgeschlagen. Die von A1 TA beschriebene Möglichkeit, dass es bei Abweichungen von der prognostizierten Nachfrage zu anderen Pure LRIC Werten kommen kann, wurde mit der umfangreichen Analyse und der Heranziehung des höchsten Wertes berücksichtigt.

Die Feststellung, dass sämtliche inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung (von extern) abgedeckt sind, wird schlüssig und nachvollziehbar insbesondere im Kostenrechnungsteil des wirtschaftlichen Gutachtens für Festnetzterminierung dargestellt. Um dies ermitteln zu können, wurden zwei optimale Netze modelliert: Einmal ein Netz mit und

einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz aus diesen beiden Rechnungsläufen ergibt in weiterer Folge den Pure LRIC Wert (Netzkosten).

Die „wholesale commercial costs“ ergeben sich ebenfalls aus dem wirtschaftlichen Gutachten (ON 4, Punkt 8.6 „Zusatzkosten der Vorleistungsebene“) sowie aus Punkt 7. „Exkurs“ eines ergänzenden Gutachtens betreffend Festnetz-Originierung, das zum gegenständlichen Akt genommen wurde; dabei wurde auf Kostendaten der A1 TA zurückgegriffen, da nur von ihr entsprechend ausgewiesene Daten übermittelt wurden. Im Zuge einer Überprüfung konnte sichergestellt werden, dass ausschließlich im Zusammenhang mit Wholesale Terminierung im Mobilfunknetz anfallende Kosten erfasst werden. Die Zusammensetzung der Kosten wird im Gutachten nachvollziehbar dargestellt.

d. Die Entgeltfestlegungen auf Basis Pure LRIC anderer Regulierungsbehörden sind amtsbekannt und werden auch von den Privatgutachtern von A1 TA und T-Mobile in ihren Stellungnahmen angeführt.

2. Zum weiteren Parteilvorbringen

In weiterer Folge wird auf Vorbringen der Verfahrensparteien eingegangen, soweit dies nicht in der Begründung stattfindet.

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

Der weitaus größte Teil des Vorbringens der Verfahrensparteien thematisiert Fragen um den Pure LRIC-Ansatz und um das zu Grunde liegende Kostenrechnungsmodell. Einige Verfahrensparteien kritisieren den Ansatz und das Modell, andere wiederum – Orange (vgl Stellungnahme vom 12.10.2012) und H3G (Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012, Stellungnahme vom 7.11.2012) – erachten die Kostenmodellierung explizit als plausibel.

2.1. Parteilvorbringen zum Pure LRIC-Ansatz

Mit dem Pure LRIC-Ansatz hat sich A1 TA umfänglich befasst und hat hierzu zwei Privatgutachten bei Gugler/Briglauer/Schneider/Neumayer eingeholt (datiert vom 21.8.2012 und 25.9.2012). Soweit dies nicht an anderer Stelle geschieht, wird in weiterer Folge auf die Ausführungen der Privatgutachter eingegangen:

a. Das Vorbringen der A1 TA, dass (mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit) nicht einmal die inkrementellen Kosten gedeckt sind und deshalb kein Anreiz zum Markteintritt bestehen würde, weil Investitionen nicht wiederverdient werden könnten, ist nicht richtig: Durch den Pure LRIC Ansatz werden sämtliche inkrementellen Kosten der Terminierung (von extern) abgedeckt. Dies wird erkennbar, wenn man die Implementierung des Pure LRIC Ansatzes im wirtschaftlichen Gutachten betrachtet. Dabei werden zwei optimale Netze modelliert: Einmal mit und einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz in den Kosten ergibt sich insbesondere aus den notwendigen Kapazitätserweiterungen, die für den zusätzlichen Terminierungsverkehr (das Inkrement) anfallen. Dies bedeutet, dass auch inkrementelle fixe Kosten – auch wenn sie teilweise versunken sein sollten – und inkrementelle gemeinsame

Kosten abgedeckt werden. Durch die Anwendung einer angemessenen Kapitalverzinsung für das zusätzlich eingesetzte Kapital werden auch die inkrementellen Kapitalkosten berücksichtigt.

Zum Argument der A1 TA, dass es mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit zu zusätzlichen/anderen Kapazitätserweiterungen kommen kann, die tatsächlich zu höheren Pure LRIC Kosten führen, ist auszuführen, dass im „Basisszenario“ 20% der Gesamtnachfrage (mit und ohne Terminierung) für die Berechnung von Pure LRIC herangezogen wird. Darüber hinaus wurden umfangreiche Sensitivitätsanalysen durchgeführt, bei denen die Nachfrage (Daten und Sprache) variiert wurde. Aus allen berechneten Werten wurde der höchste Wert als Basis für die Festlegung des Terminierungsentgeltes vorgesehen. Somit ist das Risiko der Kapazitätserweiterungen bei der Berechnung des Pure LRIC-Wertes, anders als von A1 TA dargestellt, sehr wohl berücksichtigt.

b. Auch wurden mögliche Auswirkungen des Pure LRIC-Ansatzes auf Investitionsanreize untersucht. Aufgrund der schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung im wirtschaftlichen Gutachten ist davon auszugehen, dass keine negativen Investitionsanreize zu erwarten sind, da die inkrementellen Kosten der Terminierung vollständig abgedeckt werden (ein Betreiber würde sich nicht besser stellen, wenn er die Terminierung – fiktiv – nicht mehr anbieten würde) und Terminierung immer im Verbund mit anderen Leistungen produziert wird. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass keine isolierte Investitionsentscheidung über Terminierung getroffen werden können.

A1 TA bzw ihre Privatgutachter verkennen in ihren Ausführungen den Unterschied zwischen One-Way Access (wie zB bei Entbündelung oder Bitstreaming) und Two-Way Access, wie er bei der Terminierung vorliegt. Der Pure LRIC Ansatz führt nur bei One-Way Access zu ineffizient geringen Investitionsanreizen. Sämtliche diesbezüglich von A1 TA zitierten Aussagen der Regulierungsbehörde oder der Europäischen Kommission wurden im Zusammenhang mit One-Way Access (insbesondere Entbündelung) getätigt, weshalb diese im Zusammenhang mit Two-Way Access nicht herangezogen werden können.

Bei Two-Way Access ist die Situation jedoch grundlegend anders zu beurteilen. Da hier ein wechselseitiger Zugang vorliegt und es zu einer wechselseitigen Verrechnung kommt, sind Änderungen in den Terminierungsentgelten nicht zwingend unmittelbar profitwirksam. Bei symmetrischem Verkehr hätte eine Änderung der Terminierungsentgelte auf die Salden der Zahlungsströme zwischen den Betreibern überhaupt keine unmittelbare Auswirkung. Bei asymmetrischem Verkehr wirkt sich eine Änderung der Terminierungsentgelte nur auf den Netto-Verkehr aus. Dass es durch die Reduktion der Terminierungsentgelte auf ein Pure LRIC Niveau nicht zu Marktaustritten bzw einem Investitionsstopp kommt, zeigen zahlreiche internationale Beispiele, bei welchen es keine („*Bill and Keep*“) oder sehr niedrige Terminierungsentgelte gibt. Niedrige Terminierungsentgelte begünstigen Neueinsteiger, die wenige Teilnehmer und meist einen Verkehrs-Net-Outflow haben, da sie weniger Terminierungsentgelte an etablierte Betreiber entrichten müssen. Daraus folgt, dass der Markteintritt durch eine Absenkung von (reziproken) Terminierungsentgelten gefördert wird und somit auch der Wettbewerb. Vor diesem Hintergrund kann die Behauptung der A1 TA (bzw der Privatgutachter), dass es bei niedrigen Terminierungsentgelten zu keinem Markteintritt oder -austritt und zu einer Vernichtung von Investitionsanreizen kommen könnte, nicht nachvollzogen werden.

Ein weiteres Argument, warum dem diesbezüglichen Vorbringen der A1 TA nicht gefolgt werden kann, sind Anrufexternalitäten. Diese sind ein Spezifikum des Two-Way Access. Da häufig nicht nur der Anrufer, sondern auch der Angerufene von einem Anruf einen Nutzen hat, soll der Angerufene auch einen Teil der Kosten tragen. Dies ist bei Pure LRIC (im Gegensatz zu FL-LRAIC) der Fall, weshalb auch die unterschiedliche Herangehensweise gerechtfertigt ist.

c. Dem Vorbringen, dass Ramsey-Preise im gegebenen Zusammenhang ein effizienter Weg der Fixkostenallokation wäre und die Terminierungsleistungen mit hohen Aufschlägen belastet werden sollte (da die Nachfrage danach relativ inelastisch ist), kann nicht gefolgt werden.

Das Konzept der Ramsey-Preise auf Basis der Elastizität der Residualnachfrage eines Anbieters von Terminierungsleistung ist für die Festlegung der Terminierungsentgelte nicht geeignet. Die Nachfrage nach Terminierungsleistungen ist tatsächlich relativ inelastisch, dies ergibt sich aber aus der Monopoleigenschaft der Terminierungsmärkte (die Terminierungsleistung kann in der Regel nicht substituiert werden; vgl die unwidersprochenen Ausführungen zur Marktdefinition). Die Ramsey-Preis Regel (auf Basis der Elastizität der Residualnachfrage) würde also zu ineffizient hohen Entgelten führen. Auch die Two-Way Access Natur der Terminierungsleistung sowie die Anrufexternalitäten und die negativen wettbewerblichen Auswirkungen höherer Terminierungsentgelte sprechen insgesamt gegen Aufschläge auf die inkrementellen Kosten. Eine Ramsey-Preis Regel müsste allenfalls an die Elastizität der Endkundennachfrage anknüpfen.

d. Auch bei den Ausführungen der Privatgutachter zur Frage „Make or Buy“ wird die Two-Way Access Natur der Terminierungsmärkte ignoriert. Bei der Terminierung gibt es die Wahl zwischen „Make or Buy“ nicht in derselben Form wie bei One-Way Access. Vielmehr „ergibt“ sich „Make or Buy“ bei der Terminierung aus dem Anrufverhalten der eigenen Kunden sowie der Kunden anderer Netze. Eine reine „Make“-Option (das Terminierungsmonopol anderer Betreiber kann nicht durch eigene Investitionen umgangen werden) oder eine reine „Buy“-Option gibt es bei der Terminierung nicht (mit der Ausnahme von CS/CPS im Festnetz). Die im Privatgutachten beschriebenen Anreize zu „Buy“ bei der Implementierung von Pure LRIC existieren damit nicht.

2.2. Parteilichvorbringen zum Kostenrechnungsmodell

a. Verfahrensparteien thematisieren, dass das Kostenrechnungsmodell „intransparent“ (Stellungnahme der T-Mobile und ihrer Berater Frontier Economics vom 27.9.2012), enorm „komplex“ sei sowie „willkürliche“ Ergebnisse liefere (Stellungnahmen der A1 TA, T-Mobile und der UPC jeweils vom 27.9.2012).

Dem Vorbringen kann insofern gefolgt werden, als das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell zur Ermittlung der langfristigen zusätzlichen Kosten der gegenständlichen Terminierungsleistung (Pure LRIC) tatsächlich komplex ist. Die Komplexität ergibt sich jedoch bereits aus der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission, die klare Vorgaben hinsichtlich der Modellierung des Kostenansatzes macht. Z 6 Terminierungsempfehlung folgend werden zwei (kosten-)optimale Kommunikationsnetze modelliert: Einmal mit und einmal ohne der externen Terminierungsleistung. Die Differenz ist die für das Pure LRIC-Modell relevante Zusatzleistung. Ziel der Modellierung ist ein hypothetisches, effizientes Netz und nicht der „Nachbau“ eines der bestehenden Mobilnetze.

Auf Grund dieser Herausforderungen hat die Regulierungsbehörde bereits früh begonnen, ein Kostenmodell (jeweils für das Fest- und Mobilnetz) zu erstellen; dabei wurde, wie sich aus dem Gutachten der Amtssachverständigen (ON 4, Punkte 8.1 und 8.2) sowie den Veröffentlichungen auf der Website der RTR-GmbH (unter <http://www.rtr.at/de/tk/Kostenmodelle> samt umfangreichen Präsentationsunterlagen) ergibt, unter Beiziehung der WIK-Consult GmbH ein Dialog mit den Marktteilnehmern geführt: So wurde ein Referenzdokument sowie ein Fragebogen im Oktober 2010 konsultiert und ein Referenzdokument präsentiert. Entwicklungsergebnisse wurden im April und November 2011 vorgestellt. Im ersten Halbjahr 2012 wurden die größten Betreiber aufgefordert, konkrete Daten zu übermitteln und Fragen zu beantworten.

Dem wirtschaftlichen Gutachten sind umfangreiche Dokumentationen zum Kostenrechnungsmodell (ON 4a: „*Erstellung von Bottom-up Kostenrechnungsmodellen zur Ermittlung der Kosten der Zusammenschaltung in Festnetzen und Mobilnetzen – Mobilfunknetz, Referenzdokument*“, ON 4c: „*Erstellung von Bottom-up Kostenrechnungsmodellen zur Ermittlung der Kosten der Zusammenschaltung in Festnetzen und Mobilfunknetzen – Mobilfunknetz, Bericht*“) sowie die verwendeten Inputparameter (ON 4b: „*Inputparameter des Bottom-up Kostenrechnungsmodells Mobilfunknetz*“) beigegeben.

Nach Vorliegen der wirtschaftlichen Gutachten haben einige Betreiber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, konkret Einsicht in das Kostenrechnungsmodell zu nehmen (A1 TA, T-Mobile, H3G sowie Tele2; vgl die Niederschriften der Einsichtnahmen vom 21.8., 22.8., 11.9. und 19.10.2012). Dabei wurden auf Nachfrage weitere Erläuterungen vorgenommen. Allfälligen Ersuchen auf Durchführung verschiedener Szenario-Rechnungen wurde entweder gleich im Rahmen der Einsichtnahmen nachgekommen oder es wurden im Nachhinein Rechnungen durchgeführt und die Ergebnisse sowie die zu Grunde liegenden Daten übermittelt. Insofern kann die Ausführung der T-Mobile bzw ihrer Gutachter (Stellungnahme ON 21) nicht überzeugen, dass der Termin für eine konkrete Einsichtnahme am 21.8.2012 eine bloße „Informationsveranstaltung“ gewesen sei. Auch kann dem Vorbringen von Frontier Economics nicht gefolgt werden, dass einer Anfrage „nur in Form der Bereitstellung einer einzigen zusätzlichen Szenario-Rechnung nachgekommen“ worden sei. Wie sich aus der Korrespondenz mit T-Mobile ergibt (ON 14 bis 17), wurden die nachgefragten Informationen übermittelt. Auch ergibt sich aus einem übermittelten Dokument mit Szenario-Rechnungen (ON 17), dass nicht bloß eine (einzige) Rechnung vorgenommen wurde, sondern eine Vielzahl von Kalkulationen, nämlich sämtliche Kombinationen von Sprach- und Daten-Nachfrage zwischen 70 und 130% jeweils in 2%-Abständen. Der von T-Mobile am 21.8.2012 noch in Aussicht genommene weitere Termin für eine Einsicht in das Kostenrechnungsmodell (ON 9) wurde von T-Mobile nicht nachgefragt; es wurde offenbar kein zusätzlicher Bedarf gesehen, einen weiteren Zugang zum Kostenrechnungsmodell zu haben. Insofern verwundern die Ausführungen in der Studie von Frontier Economics, dass das „[Kostenrechnungs-]Modell im Rahmen der Konsultation [gemeint wohl Stellungnahmefrist zum Gutachten] nicht zugänglich gemacht“ worden sei. Auch ist nicht ersichtlich, welche Bedeutung die mehrseitigen Ausführungen von Frontier Economics zur Regulierung im Strom- und Gasbereich für das gegenständliche Verfahren haben soll.

Vor diesem Hintergrund kann der Kritik der Intransparenz nicht gefolgt werden.

Auch das Vorbringen, dass das konkret herangezogene Kostenrechnungsmodell „willkürliche“ Ergebnisse liefere, vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr ist die Erklärung von „Sprüngen“ in den Pure LRIC-Werten in der Logik des Pure LRIC-Kostenrechnungsansatzes gelegen. Durch jedes konkrete Nachfrageszenario wird ein kostenoptimiertes Netz zwei Mal ermittelt, einmal mit und einmal ohne Terminierungsleistung. Bereits geringe Verschiebungen der Nachfrage können dazu führen, dass ein „anderes“ (anders modelliertes) Netz (kosten-)optimal ist und solcherart modelliert wird. Sprünge in den Ergebnissen sind auf Kapazitäten zurückzuführen, die entweder zusätzlich oder aber nicht mehr benötigt werden; so kann eine kleine Einheit mehr an Nachfrage dazu führen, dass zusätzliche Netzelemente notwendig sind (sprungfixe Kosten) Die Terminierungsempfehlung stellt explizit auf verkehrsabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrsabhängige Kosten entstehen durch Kapazitätserweiterungen, die notwendig sind, um den steigenden Verkehr abzuwickeln.

Auf Grund dieser Sensitivität des Kostenmodells war auch dem Begehren der Tele2 nicht zu folgen, die Amtssachverständigen „mit einer Prognose der Nachfrageentwicklung von Sprache und Daten für den anordnungsgegenständlichen Zeitraum“ zu betrauen, da eine so zielgenaue Abschätzung sowohl der Daten- als auch der Sprachnachfrage (mit so

weitreichenden Folgen, nämlich die Heranziehung eines Pure LRIC-Wertes für den gesamten Marktanalysezeitraum) nicht möglich ist.

b. Unter Hinweis auf die Ermittlung der Kosten der Festnetzterminierung begehrt Tele2, die Berechnung der Mobilterminierungs-Kosten auf der Grundlage eines hypothetischen Betreibers mit einem Marktanteil von 40,7% (dh des Marktführers) durchzuführen. Diesem Begehren wurde im Rahmen der Einsichtnahme in das Kostenrechnungsmodell am 19.10.2012 Rechnung getragen. Dabei konnte ein Wert in der Höhe von Cent 0,6464 (technische Netzkosten) ermittelt werden (vgl ON 39; mit Schreiben vom 22.11.2012 hat Tele2 ihren Antrag auf Festlegung der Mobilterminierungsentgeltes auf Basis eines 40%-Marktanteil-Betreibers wieder zurückgezogen). Auch A1 TA spricht sich für die Heranziehung eines höheren Marktanteils aus (Stellungnahme vom 27.9.2012).

Die Telekom-Control-Kommission hält daran fest, den Ermittlungen des Pure LRIC-Wertes einen Betreiber mit einem (Endkunden-)Marktanteil von 20% zu Grunde zu legen, da es gerade nicht darum geht, ein bestehendes Netz einer der österreichischen Mobilfunkbetreiber oder des Marktführers abzubilden. Vielmehr soll ein hypothetischer Betreiber mit einer „effizienten geschäftlichen Größenordnung“ abgebildet werden. Diese Größe wird in der Terminierungsempfehlung für den Mobilfunk bei einem Marktanteil von 20% gesehen (vgl Erwägungsgrund 17 und Z 8 iVm dem Anhang der Terminierungsempfehlung). Auch wenn die Terminierungsempfehlung vorsieht, dass ein anderer Marktanteil angesetzt werden kann (letzter Absatz des Anhangs zur Terminierungsempfehlung), ist festzuhalten, dass keine andere effiziente Größe zu erkennen ist, die für die gegenständliche Kostenmodellierung besser geeignet wäre. Die diesbezüglichen Ausführungen der Verfahrensparteien sind weitgehend unbegründet und davon getragen, je nach Standpunkt zu einem besonders hohen oder niedrigen Ergebnis zu gelangen.

c. Da durch eine Bottom-up-Modellierung unter Zugrundelegung der Vorgaben der Terminierungsempfehlung die Kosten der Terminierung eines effizienten hypothetischen Mobilfunknetzes ermittelt werden soll, hat die Telekom-Control-Kommission von der Möglichkeit (iSd Z 4 Terminierungsempfehlung) abgesehen, die Ergebnisse des Bottom-up-Modells mit denen eines Top-down-Modells zu vergleichen. Dabei hat sich die Telekom-Control-Kommission von § 39 Abs 2 letzter Satz AVG und davon leiten lassen, dass keine Zweifel an der Validität der Ergebnisse der Bottom-Up-Modellierung bestehen.

Soweit T-Mobile (bzw Frontier Economics) in diesem Zusammenhang vorträgt, dass für die Terminierungsempfehlung ein Abgleich mit Top-Down-Kostenmodellen „unabdingbar“ sei, ist T-Mobile auf den konkreten Wortlaut dieser Bestimmung zu verweisen, der wie folgt lautet: „Die nationalen Regulierungsbehörden können ... vergleichen ...“.

d. Um die Ergebnisse der vorgenommenen Kostenermittlung zu erschüttern, verweist T-Mobile (bzw Frontier Economics) auf „unrealistisch niedrige Gesamtkosten“; dies ergebe sich aus einem Vergleich mit den in Abbildung 7 der Studie von Frontier Economics angeführten Gesamtkosten der T-Mobile („T-Mobile laufende Kosten“; Punkt 3.4). Zum Einen wird nicht dargelegt, inwieweit die (nicht näher spezifizierten und aufgeschlüsselten) Kosten der T-Mobile tatsächlich als Referenz für die Kosten eines effizienten Betreibers herangezogen und als valides Ergebnis eines Top-Down-Modells angesehen werden können. Zum Anderen übersieht T-Mobile, dass durch die Pure-LRIC-Modellierung kein bestehender Betreiber (mit seinen spezifischen Kosten) abgebildet werden soll, sondern die Terminierungskosten eines effizienten hypothetischen Betreibers zu ermitteln sind. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass T-Mobile die von den Amtssachverständigen für das Kostenrechnungsmodell herangezogenen Parameter (für ein modelliertes optimiertes Netz) als „valide“ erachtet hat (vgl Einsichtnahme vom 21.8.2012, ON 9).

e. Auch möchte Frontier Economics die Validität des Kostenmodells dadurch anzweifeln, dass sie auf Pure LRIC Ergebnisse in anderen Ländern verweist (Studie, Punkt 4). Dieser

Vergleich ist aber bereits deshalb nicht haltbar, weil Frontier Economics die Festlegung von *Entgelten* mit einem einzigen *Kostenwert* (Cent 0,35) aus dem Kostenrechnungsmodell vergleicht. Kosten und Entgelte können aber nicht sinnvoll miteinander verglichen werden. Darüber hinaus ist der von Frontier Economics herangezogene Kostenwert (Cent 0,35) kein Ergebnis, das für gegenständliche Entscheidung von Bedeutung ist. Vielmehr zeigt der von Frontier Economics angestrebte europäische Vergleich, dass die vorgenommene Entgeltfestlegung in Übereinstimmung mit der europäischen Praxis (zu Pure LRIC) steht.

f. Weiters erachtet Frontier Economics die Kostenfunktion des Bottom-up-Kostenmodells als unrealistisch, da eine Zunahme des Verkehrs zu einer Zunahme, zumindest aber zu einem Gleichbleiben der Gesamtkosten führen müsste. Dies wäre aber beim verfahrensgegenständlichen Modell nicht durchgehend sichergestellt (Studie, Punkt 3.2).

Die Amtssachverständigen haben sich dieser Frage nach sinkenden Gesamtkosten bei steigender Nachfrage angenommen (vgl. ON 29, 39) und konnten diesen Effekt auf eine Unschärfe im Modell zurückführen. So müssen bei der Modellierung von zwei effizienten Netzen (mit und ohne Terminierung) in jeden einzelnen Punkt Gesamtkosten minimiert werden; auf Grund der Komplexität der Optimierungen (tausende Netzelemente mit diskreten Kapazitäten) kann nicht immer das absolute Optimum bestimmt werden. Analysen haben jedoch gezeigt, dass der Kostenrückgang im Verhältnis zu den Gesamtkosten im Mobilfunknetz bei maximal 0,5% liegt. Bei der überwiegenden Anzahl der Fälle ist der Rückgang im 5-stelligen Euro-Bereich, verglichen mit Gesamtnetzkosten in der Höhe von über € 300 Mio (vgl. etwa ON 29).

g. Eine weitere Inkonsistenz im Kostenrechnungsmodell möchte Frontier Economics darin erkennen, dass die Gesamtkosten der Terminierung unter den Gesamtkosten der von T-Mobile angestellten „Sensitivitätsanalyse“ (dh derselben Menge an Äquivalenzminuten) liegen (Studie, Punkt 3.3).

Auch mit dieser Frage haben sich die Amtssachverständigen auseinandergesetzt (vgl. ON 29): Die Terminierungsminuten im Kostenrechnungsmodell ergeben sich als Differenz aus den äquivalenten Minuten für die Szenarien mit und ohne Terminierung. Dabei wird sichergestellt, dass die relevanten Terminierungsminuten jenen entsprechen, die von den Betreibern gemeldet worden sind. Äquivalenzminuten setzen sich demgegenüber aus Sprach- und Datenverkehr zusammen und können deswegen nicht mit den Minuten der Terminierung bzw. den dadurch verursachten Kosten verglichen werden, da die Terminierungsminuten (nur absteigender Ast) wesentlich andere Netzelemente beanspruchen als zB im Bereich der Sprachtelefonie on-net-Minuten (auf-/absteigender Ast) oder Transit (eine Vermittlungsstellen-Durchgang) bzw. im Bereich Datendienste, Mietleitungen, End-to-end-Verbindungen durch Österreich.

h. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.9.2012 geht A1 TA auf eine Reihe von Parametern im Kostenmodell ein. So wären andere Parameter, nämlich solche, die A1 TA in ihrem Unternehmen ansetzt, im Modell heranzuziehen (ON 22, Seite 6).

Bevor nachfolgend auf die konkrete Kritik zu einzelnen Parametern eingegangen wird, ist zu dieser allgemeinen Kritik festzuhalten, dass das gegenständliche Bottom-up-Kostenrechnungsmodell nicht das Ziel verfolgt, das Netz der A1 TA abzubilden. Vielmehr soll ein hypothetisches, effizientes Netz modelliert werden, anhand dessen Kosten iSv Pure LRIC für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilterminierung ermittelt werden können. Konkrete einzelne Parameter der A1 TA sind daher nicht entscheidungswesentlich, können aber für einen groben Abgleich herangezogen werden.

Darüber hinaus ist die Kritik der A1 TA offensichtlich davon getragen, jene Parameter zu favorisieren, die zu einer Erhöhung des Pure LRIC-Wertes führen können; so verwundert es

nicht, dass sich A1 TA zB für (deutlich) kürzere Nutzungsdauern oder einen höheren WACC ausspricht.

i. Im Konkreten vermeint A1 TA, dass die kalkulatorische Nutzungsdauer „deutlich zu lang angesetzt“ worden sei. Im Besonderen wären im Bereich zentraler Netzelemente und bei den „Sites“ die Nutzungsdauern zu lang angesetzt. Unter Hinweis auf eine vorgelegte Untersuchung von Ernst & Young aus dem Jahr 2009 („*Staying strong under pressure, Survey into the management of fixed assets by global telecommunications operators*“) unterstreicht A1 TA ihre Position. Darüber hinaus würden Inkonsistenzen zwischen den Kalkulationen im Fest- und im Mobilnetz vorliegen.

Zu dieser Kritik ist vorab festzuhalten, dass A1 TA in der Kostenrechnung Abschreibungsdauern in der gleichen Länge wie in der Finanzbuchhaltung ansetzt. Diese Abschreibungsdauern mögen zwar aus finanztechnischer Sicht optimiert sein, weichen in der Praxis jedoch von den tatsächlichen Nutzungsdauern (teilweise erheblich) ab. Im Rahmen einer Berechnung von Kosten mittels analytischer Bottom-Up Kostenrechnungsmodelle ist es jedoch notwendig, auf tatsächliche ökonomische (und nicht finanztechnische) Nutzungsdauern abzustellen. Diese sind im Rahmen der Berechnungen der Pure LRIC-Kosten auch im Kostenrechnungsmodell zugrunde gelegt worden. A1 TA bezieht sich mit den von ihr erwähnten Nutzungsdauern offenbar auf buchhalterische und nicht auf ökonomische Abschreibungsdauern.

Die im Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell angesetzten Abschreibungsdauern berücksichtigen – entgegen den Ausführungen von A1 TA – durchaus die dynamischen Entwicklungen im Mobil- als auch im Festnetzmarkt. Sie stammen aus einer WIK-Datenbank, in der Daten aus zahlreichen Beratungsprojekten von WIK und den veröffentlichten Ergebnissen von Projekten anderer Regulierungsbehörden abgelegt sind. Die sich daraus ergebenden Abschreibungsdauern erscheinen robust und halten auch einem Vergleich mit der Praxis stand: H3G führt in ihrer Stellungnahme vom 7.11.2012 nämlich aus, dass die im Kostenrechnungsmodell angesetzten Dauern für die Abschreibung des verwendeten Equipments „fast ausnahmslos den von H3G in ihrer Buchhaltung verwendeten Abschreibungsdauern“ entsprechen. Vor diesem Hintergrund sind die von A1 TA genannten kürzeren Abschreibungsdauern weniger tragfähig für die verfahrensgegenständliche Fragestellung.

Eine detaillierte Sichtung der von den Amtssachverständigen bzw. WIK verwendeten Nutzungsdauern sowie der von A1 TA übermittelten internationalen Untersuchung von Ernst & Young zeigt, dass die im wirtschaftlichen Gutachten angesetzten Nutzungsdauern nicht unüblich sind.

Entgegen der Behauptung der A1 TA, dass von einem signifikanten Einfluss der Wahl der Nutzungsdauer auf das Ergebnis auszugehen ist, beeinflussen nur einige Netzelemente und daher mittelbar auch deren Nutzungsdauer das Ergebnis, den Pure LRIC-Wert. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der einzelnen Positionen der Netzkosten mit Terminierung mit den Positionen ohne Terminierung.

Das GSM und 3G „Equipment“, gemeinsam mit den „Sites“, stellen einen wesentlichen Faktor für die Höhe der Pure LRIC dar. Das Equipment wird dabei, wie auch seitens A1 TA, mit 8 Jahren abgeschrieben, während die „Sites“ bei A1 TA mit 8 und im wirtschaftlichen Gutachten mit 18 Jahren Nutzungsdauer abgeschrieben werden.

Die Verteilung der Nutzungsdauern der „Sites“ findet sich in der Untersuchung von Ernst & Young in unterschiedlichen Positionen wieder. Es ist anzunehmen, dass die 3 Positionen „Tower“, „Mast“ und „Pole“ der Untersuchung von Ernst & Young (Seite 28) eine „Site“ ergeben. Mit der von den Amtssachverständigen (bzw von WIK) angesetzten Nutzungsdauer von 18 Jahren für „Sites“ kommt man etwa im statistischen Mittelfeld zu liegen. Bei den

untersuchten Unternehmen haben 46% bei „Tower“, 66% bei „Mast“ und 40% bei „Pole“ die gleiche bzw. eine höhere Nutzungsdauer als die Amtssachverständigen (bzw. WIK) angenommen hat. A1 TA liegt mit 8 Jahren im untersten Bereich. Nur 31% bei „Tower“, 34% bei „Mast“ und nur 10% bei „Pole“ verwenden eine Nutzungsdauer bis 10 Jahre.

Falls die Positionen „Building Network (owned)“ und „Building General purpose (owned)“ (Untersuchung Ernst & Young, Seite 21) die „Sites“ beinhalten, dann ist festzustellen, dass es kein Unternehmen gibt, das eine Nutzungsdauer von unter 16 Jahren ansetzt. Damit nimmt A1 TA mit 8 Jahren eine unübliche kurze Nutzungsdauer an. Mit 18 Jahren liegen die Amtssachverständigen (bzw. WIK) hingegen im untersten Bereich im Vergleich zu den untersuchten Unternehmen.

Einen ebenfalls großen Einfluss auf die Pure LRIC-Kosten hat das „Equipment“ („GSM radio“ und „3G radio“), dessen Nutzungsdauer von den Amtssachverständigen (bzw. WIK) und von A1 TA mit 8 Jahren angesetzt wird. Die Verteilung der untersuchten Unternehmen in der Studie von Ernst & Young bestätigt diese Dauer, da 50 bzw. 60% eine Nutzungsdauer zwischen 8 und 10 Jahren annehmen.

Hinsichtlich „Backbone Router“ ist auszuführen, dass A1 TA eine Nutzungsdauer von 5 Jahren annimmt, während die Amtssachverständigen (bzw. WIK) von einer Nutzungsdauer von 8 Jahren ausgehen. Die von A1 TA beigebrachte Untersuchung von Ernst & Young zeigt auf Seite 22, dass 53% der untersuchten Unternehmen eine längere Nutzungsdauer als A1 TA zugrunde legen. 33% der Unternehmen verwenden Abschreibungsdauern von 8 Jahren oder länger.

Bei „Edge Router“ zeigt sich ein ähnliches Bild: 58% der untersuchten Unternehmen (Seite 22) legen eine längere Nutzungsdauer als A1 TA zugrunde. Aus der statistischen Verteilung ergibt sich, dass die von den Amtssachverständigen (bzw. WIK) mit 8 Jahren angenommene Nutzungsdauer am untersten Ende von 50% der Unternehmen mit einer Nutzungsdauer länger oder gleich 8 Jahren liegt. Der Einfluss der Router (LSR/LER) auf den Pure LRIC Wert ist dabei geringfügig.

Bezüglich „Intelligent-Network-Switching“ ist davon auszugehen, dass dieses Netzelement mit einem „Softswitch“ verglichen werden kann. Der Softswitch ist ein Netzelement, das ausschließlich für Sprachdienste in Anspruch genommen wird. Die Nutzungsdauer dieses Elements wirkt sich daher auch mittelbar auf den Pure LRIC Wert aus. Dieses Netzelement hat im Mobilfunknetz nur sehr wenig Einfluss auf die Pure LRIC Kosten, weswegen die unterschiedliche Nutzungsdauer zwischen A1 TA (5 Jahre) und den Amtssachverständigen (bzw. WIK) (6 Jahre) jedenfalls vertretbar erscheint. Die „Intelligent Network Switching“ Elemente und die „Aggregation Systems“ (zB Switch) haben ebenfalls bloß einen sehr geringen Einfluss auf die Höhe der Pure LRIC.

Die Netzelemente HLR, AUC, SMSC, SGSN, GGSN werden bei A1 TA mit 5 und von den Amtssachverständigen (bzw. WIK) mit 8 Jahren abgeschrieben. Diese Netzelemente tragen jedoch ebenfalls kaum zum Ergebnis bei und sind auch für die Gesamtkosten von untergeordneter Bedeutung.

Ungeachtet dessen, dass – wie oben ausgeführt – die von A1 TA angesetzten Nutzungsdauern keinen unmittelbaren Einfluss auf das generische Bottom-up-Modell haben, ist festzuhalten, dass die (für das Ergebnis) wesentlichen Nutzungsdauern auch einem internationalen Vergleich standhalten. Auch führt H3G aus, dass die angesetzten Nutzungsdauern weitgehend den Ansätzen von H3G entsprechen (vgl. Niederschrift zur mündlichen Verhandlung). Damit liegt kein Grund vor, von den im Gutachten angesetzten Nutzungsdauern abzuweichen.

Die von A1 TA thematisierte Inkonsistenz zwischen den Bottom-up-Kostenrechnungsmodellen im Fest- und Mobilnetz betreffend „Land and Building“ sind für die verfahrensgegenständliche Kalkulation ohne Bedeutung, da diese Kosten bei der Ermittlung der Pure LRIC durch die zweifache Modellierung eines Netzes (mit und ohne Terminierung) und die Differenz-Bildung „herausfallen“.

j. In weiterer Folge geht A1 TA auf die Ermittlung der Kapitalkosten (WACC) ein und erachtet diese (11,37%) als zu niedrig angesetzt. Im Konkreten wendet sich A1 TA gegen die von den Amtssachverständigen vorgenommene Mittelwertbildung und führt begründet aus, dass aus der Vielzahl an ermittelten Pure LRIC Werten der höchste Wert als Ergebnis vorgeschlagen wurde. In gleicher Weise solle mit dem WACC verfahren werden.

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden, da im Rahmen einer Bottom-up-Modellierung nicht immer der jeweils höchste (bzw im Fall der Nutzungsdauern der niedrigste) sondern der korrekte Wert herangezogen werden sollte. Kann ein „richtiger“ Wert nicht festgestellt werden, ist es angebracht, alternative Möglichkeiten zur Ermittlung heranzuziehen.

Da kein eindeutiger Wert für die Marktrisikoprämie abgeleitet werden konnte, wurde ein Mittelwert gebildet. Die Mittelwertbildung stellt aus statistischer Sicht eine klare Methode dar und begegnet damit keinen Bedenken. Dem Begehren der A1 TA auf Heranziehung des oberen Schwellwerts war damit nicht zu folgen.

k. Auch Verizon behauptet in ihrer Stellungnahme vom 5.10.2012 eine un schlüssige Ermittlung des WACC. Im Konkreten wendet sich Verizon gegen die Bandbreite der Marktrisikoprämie (5,5% bis 12%) und in weiterer Folge gegen die arithmetische Mittelung, um zum WACC in der Höhe von 11,37% zu gelangen. Verizon hält diese Vorgangsweise für nicht begründet.

Der Vorwurf, dass die Bandbreite der Marktrisikoprämie unbegründet sei, ist bereits deshalb verfehlt, weil die Amtssachverständigen in ihrem wirtschaftlichen Gutachten (ON 4, Punkt 8.3.4.1) ausgeführt haben, dass die angeführten Werte in früheren Verfahren zur Anwendung kamen und sie deshalb von diesen ausgehen.

Wenn eine Bandbreite möglicher Werte in Frage kommt, kann es auch nicht als unplausibel erkannt werden, wenn eine arithmetische Mittelung durchgeführt wird. Aus rechnerischer Sicht scheint es gleichgültig, ob die Mittelwertbildung bei den Eingangsparametern (dh bei der Marktrisikoprämie) oder beim Ergebnis (dh bei den Kapitalkostenzinssätzen) erfolgt.

l. Weiters erachtet A1 TA den Betrachtungshorizont für den risikolosen Zinssatz als zu kurz. A1 TA spricht sich für eine 12-jährige Betrachtungsperiode aus, während sich die Amtssachverständigen auf eine drei Jahre zurückliegende Periode stützen.

In Übereinstimmung mit den „Principles of Implementation and Best Practice for WACC calculation“ der Independent Regulators Group (IRG PIBs zum WACC) (vgl <http://www.irc.eu/template20.jsp?categoryId=260350&contentId=543313>) ist der langfristige, zukünftige Aspekt durch die Wahl der Laufzeit des risikolosen Zinssatzes ausreichend berücksichtigt. Die von den Amtssachverständigen betrachteten 3 Jahre sind ein durchaus angemessener Zeitraum zur Durchschnittsbildung, insbesondere da die Jahre 2009 und 2010 von einer deutlichen Erholung von der Wirtschaftskrise gekennzeichnet waren. Darüber hinaus geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass zu weit in der Vergangenheit liegende Daten weniger relevant für die zukünftige Entwicklung des risikolosen Zinssatzes sind als solche der jüngeren Vergangenheit.

m. Im Kontext der Kalkulation des WACC kritisiert A1 TA die Marktrisikoprämie; der untere Schwellwert in der Höhe von 5,5% sei zu niedrig angesetzt; A1 TA begehrt als unteren

Schwellwert für die WACC-Berechnung eine Marktrisikoprämie von 9% anzusetzen. Begründend führt A1 TA im Wesentlichen die Wirtschaftskrise an.

Entgegen der von A1 TA angeführten „Ausblendung“ der Wirtschaftskrise durch die Amtssachverständigen wird diese durchaus berücksichtigt, indem die Obergrenze für die Marktrisikoprämie mit 12% angenommen wird. Würde die Wirtschaftskrise gänzlich ignoriert, wie von A1 TA vermutet, hätte der bis zum Verfahren M 1/08 verwendeten Wert in Höhe von 5% herangezogen werden müssen. Wie sich in den Jahren 2009 und 2010 nach der Krise des Jahres 2008 zeigte, pendelte sich die Marktrisikoprämie relativ rasch wieder auf den Wert von vor der Krise ein (vgl etwa Bertl et al, Bewertung in volatilen Zeiten, 2010, Unternehmenswerte im Jahresabschluss, S 104). Es zeigte sich, dass Krisen wie im Jahr 2008 kaum Auswirkungen auf die langfristig betrachtete Marktrisikoprämie haben (vgl Schneller et al, Risiken von Aktienanlagen – Bestimmung der Marktrisikoprämie, 7.10.2010, Der Schweizer Treuhänder, ebenso Schneller/Schwendner, Fundamentale Gesetze der Kapitalmarkttheorie wanken, 28.4.2010, Finanz und Wirtschaft). Aus diesem Grund kann die Bandbreite zwischen 5,5% und 12% als geeignet angesehen werden, der derzeitigen wirtschaftlichen Situation Rechnung zu tragen. Dem Begehren von A1 TA, die untere Schwelle mit 9% anzusetzen, war damit nicht zu folgen, zumal auch keine Begründung für diesen konkreten Wert angeführt wird.

n. Weiters wendet sich A1 TA der Kredit-Risikoprämie zu und vermeint, dass der im Gutachten angesetzte Wert in der Höhe von 4% inkonsistent und unschlüssig sei; begründend führt A1 TA den von ihr angesetzten (leicht höheren) Kreditrisikoaufschlag an.

An dieser Stelle ist wieder in Erinnerung zu rufen, dass die Kosten eines hypothetischen Betreibers mit einem Marktanteil von 20% auf der Grundlage eines Bottom-up-Modells ermittelt werden und nicht A1 TA abgebildet werden soll, weswegen die A1 TA-intern angesetzten Parameter keine verbindlichen Referenzwerte darstellen. Gerade der gegenständliche Parameter hängt konkret vom jeweiligen Unternehmen ab, weswegen diesem nicht näher getreten wird.

Die Festlegung der Kreditrisikoprämie für den hypothetischen Betreiber im Mobilfunk erfolgte auf der Grundlage einer Schätzung der Amtssachverständigen, basierend auf ihren Erfahrungen und den Werten der in Österreich tatsächlich vertretenen Mobilfunkunternehmen. Dabei wurden von einzelnen Unternehmen durchaus unterschiedliche, zum Teil erheblich geringere Finanzierungskosten angegeben (vgl M 1/08), als von den Amtssachverständigen für den hypothetischen (und deutlich kleineren) Betreiber (als A1 TA) angesetzt wurden. Daher scheint der im Gutachten herangezogene Wert vertretbar, zumal der Unterschied zu dem von A1 TA angeführten Wert bei lediglich 0,42 Prozentpunkten liegt.

o. Während – wie gezeigt wurde – A1 TA vorträgt, dass der Kapitalkostenzinssatz höher liegen sollte, vermeint Tele2 (bzw ihre beigezogenen Gutachter von SBR Juconomy Consulting AG), dass der WACC geringer sein müsste. Die Privatgutachter gelangen zu einem WACC zwischen 5,52% und 6,07%.

Der von der Telekom-Control-Kommission herangezogene Wert liegt zwischen den Begehren der Verfahrensparteien A1 TA und Tele2 und scheint auch vor diesem Hintergrund angemessen.

Ungeachtet dessen kann der allgemeinen und unbegründete Vorwurf, dass die „Streuung bzw Spanne der Ergebnisse der Verfahrensgutachter“ [gemeint Amtssachverständige] problematisch sei, nicht gefolgt werden, da die Amtssachverständigen aus einer Bandbreite möglicher Ergebnisse einen Mittelwert herangezogen haben.

Weiters kritisieren die Privatgutachter die verwendeten Zinssätze; bei dieser Kritik übersehen die Privatgutachter, dass die Euro-Zins-Swap-Rate verwendet wird, um Konsistenz mit vorangegangenen Verfahren zu gewährleisten (diese Rate findet regelmäßig seit dem Jahr 2002 für die Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes Anwendung). Dieser Zinssatz wird verwendet, da Österreich nicht als unabhängiger Finanzplatz gesehen wird und Unternehmen ihre Finanzierung zumindest auf europäischer Ebene aufstellen. Da es keine „europäischen Staatsanleihen“ als Referenzwert gibt, scheint die Euro-Zins-Swap-Rate am geeignetsten. Ein permanenter Wechsel zwischen Zinssätzen von Verfahren zu Verfahren wäre inkonsistent und würde keine Kontinuität bieten.

Auch wenn ein Umstieg auf einen anderen Zinssatz in Erwägung gezogen würde, würde man keinen Einzelwert verwenden, sondern einen Mittelwert über mehrere Jahre bilden (im Gutachten wurde für die Durchschnittsbildung bei der Euro-Swap-Rate ein Zeitraum von 3 Jahren zugrunde gelegt), welcher deutlich über den von SBR Juconomy angeführten 1,45% zu liegen käme.

In diesem Zusammenhang ist auch auf den Konsultationsentwurf der (deutschen) Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen betreffend Mobil-Terminierung (BK 3a-12/087) Entscheidung einen risikolosen Zinssatz von 3,43% (10-Jahres-Durchschnitt deutsche Bundesanleihe) zugrunde legt. Dieser Wert unterstützt klar den Ansatz der Telekom-Control-Kommission.

Eine weitere Kritik bezieht sich auf die Marktrisikoprämie, die zu hoch sein soll. Auch diese Kritik vermag bereits vor dem Hintergrund nicht zu überzeugen, als in der von den Privatgutachtern selbst angeführten Umfrage zu Marktrisikoprämien von Fernandez et al für Österreich als Maximalwert 14,3% Marktrisikoprämie angeführt wird. Der Einwand, die von den Amtssachverständigen verwendete Obergrenze von 12% sei zu hoch, da sogar Länder wie Ägypten oder Pakistan nur bei rund 9% liegen, ist zurückzuweisen, da die Privatgutachter die Durchschnittswerte für die Vergleichsländer heranziehen und mit der Obergrenze für Österreich vergleichen. Ein seriöser und aussagekräftiger Vergleich sollte aber gleichartige Werte in Relation setzen. Zur weiteren Kritik zur Marktrisikoprämie ist auf obige Ausführungen (Punkt m.) zu verweisen.

Die weitere Ausführung, dass die Annahmen zur Fremdkapitalrendite „ebenso erheblich überhöht“ seien, vermag ebensowenig zu überzeugen, als die von den Amtssachverständigen verwendeten Werte zur Fremdfinanzierung auf Angaben der Betreiber basieren. Dabei zeigt sich, dass die Fremdkapitalkosten in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen sind.

p. Unter dem Titel „Kritik an diversen technischen Parametern“ kritisiert A1 TA eingangs, dass die Netzkostenermittlung über Bewertung von Einzelpreisen „höchst fragwürdig“ sei.

Es ist A1 TA zuzustimmen, dass das Kostenrechnungsmodell im Wesentlichen darauf aufbaut, dass in einem ersten Schritt ein hypothetisches Netz geplant und modelliert wird und dann die sohin ermittelten Einzelkomponenten mit Preisen (Beschaffungskosten) bewertet werden. Jedes Element wird somit mit einem Einzelpreis hinterlegt und die Anzahl je Netzelement über alle Netzelemente hinweg ergibt sodann die fiktiven Gesamtinvestitionskosten eines effizienten Netzes.

Jedoch ist dem Vorwurf, dass in der Praxis Beschaffungsvorgänge im Rahmen von Ausschreibungen stattfinden, bei denen es nicht zur individuellen Anschaffung von einzelnen Anlagenteilen, sondern zum Erwerb einer Gesamtlösung käme, welche die in der Ausschreibung spezifizierten Anforderungen abdeckt und es gänzlich dem Lieferanten überlassen sei, wie einzelne Elemente des Gesamtpaketes „bepreist“ sind, Folgendes zu entgegen:

Bottom-up Modelle arbeiten nach dem Prinzip inkrementeller Mengenerfordernisse und damit verbundener inkrementeller Kosten. Somit sollen auch nicht die von Betreibern (möglicherweise) praktizierten Einkäufe von Gesamtlösungen abgebildet werden.

Auch wenn aus Sicht von A1 TA der Preis für das Gesamtpaket bzw die Gesamtleistung entscheidungsrelevant ist und nicht jener von einzelnen Elementen bzw Baugruppen und A1 TA anführt, dass bei einem Vergleich der Angebote unterschiedlicher Lieferanten Elementpreise durchaus signifikant unterschiedlich sein können, ist festzuhalten, dass eine etwaige Fehleinschätzung seitens einzelner Betreiber für Investitionen von Netzelementen unter Zugrundelegung der Datenbank von WIK „abgefangen“ werden kann. Nach Erfahrung von WIK in anderen Kostenstudien weichen die von Verfahrensparteien angegebenen Werte meist nur geringfügig von den Werten der Datenbank ab. Damit ist das von A1 TA beschriebene Phänomen wenig relevant.

Darüber hinaus kann mit einer Heranziehung von Einzelpreisen dem von A1 TA geschilderten Problem entgegen gewirkt werden, dass bei Gesamtlösung es gänzlich dem Lieferanten überlassen ist, wie einzelne Elemente des Gesamtpaketes „bepreist“ sind.

q. Nach dem Vorbringen der A1 TA würde der gewählte „Re-use-Faktor“ unter jenem liegen, der bei A1 TA zu Anwendung gelangt.

Der „Re-use-Faktor“, wie er im Kostenmodell Eingang gefunden hat, beschreibt die Anzahl der Basisstationen in einem Cluster (Gruppe von benachbarten Basisstationen), in dem jede verfügbare Trägerfrequenz nur einmal benutzt werden kann. Die Frage des richtigen Re-use-Faktors wurde bereits im Rahmen der Einsicht in das Kostenrechnungssystem thematisiert (vgl ON 13 samt Beilage „ReuseFactor“).

Wenn im Modell ein „Re-use-Faktor“ von 4 eingesetzt wird, bedeutet dies, dass das Spektrum auf 4 Standorte verteilt wird. Hat jeder Standort 3 Sektoren/Zellen, dann ergeben sich 12 Zellen, auf die das Spektrum zu verteilen ist. Eine ingenieurmäßig sachgerechte Zuordnung der verschiedenen Abschnitte des Spektrums zu den einzelnen Zellen gewährleistet dann, dass zwei Zellen, denen beide ein bestimmter einzelner Abschnitt zugeordnet ist, durch 5 dazwischenliegende Zellen, die andere Abschnitte des Spektrums nutzen, getrennt sind, sodass eine Interferenz ausgeschlossen ist.

In dem oben beschriebenen Fall würden sich $12 * 0.2 \text{ MHz} = 2.4 \text{ MHz}$ als Mindestbedarf an Spektrum ergeben, wobei dann pro Sektor 1 TRX eingesetzt werden könnte. Bei maximal möglichen 3 TRX wäre der Bedarf 7.2 MHz.

Der modellierte hypothetische Betreiber verfügt gemäß den Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten (ON 4, Kapitel 8.4.1) über 7 MHz an Spektrum in 900-MHz-Band. Zum Vergleich verfügt A1 TA in demselben Band über 17 MHz an Spektrum. Würde der hypothetische Betreiber einen „Re-use-Faktor“ von 11 BTS-Standorten benutzen müssen, könnte er im Durchschnitt nicht mehr als 1 TRX pro Sektor einer Basisstation einsetzen.

Vergleicht man dies mit dem im Modell möglichen und in der Praxis auch üblichen 3 TRX pro Sektor scheint dies wirtschaftlich und technisch nicht effizient zu sein.

r. Unter dem Titel „BTS-Transmission Power“ bringt A1 TA vor, dass in der Praxis mit geringeren Sendeleistungen operiert werde als von den Amtssachverständigen angenommen.

Das Modell berechnet für jede Zelle zwei Radien, einen für den Downlink und einen für den Uplink. Die Radien für Downlink und Uplink ergeben sich aus der Leistung von Basisstation bzw Smartphones. Der kürzere von beiden beschreibt im Modell den Radius der Zelle, denn er beschreibt die maximale Zellreichweite, die Downlink und Uplink ermöglicht.

Die Werte der BTS-Sendeleistungen wurden unter Berücksichtigung der Betreiberdaten und Erfahrungswerte von WIK festgelegt. Daher wurden auch die Angaben der A1 TA (20 W bei Makro-Zellen, 4 W bei Micro- und Pico-Zellen) schon bei der Wertbildung der BTS-Sendeleistungen berücksichtigt. Zudem hat die von A1 TA vorgeschlagene Senkung der BTS-Sendeleistung keine Auswirkungen auf die Netzdimensionierung, da nach wie vor der beschränkende Radius derjenige ist, der vom Uplink (von einem Endgerät - zB Smartphone - hin zu einer Basisstation) bestimmend ist.

s. Auch das weitere kritische Vorbringen der A1 TA vermag nicht zu überzeugen: Die von den Amtssachverständigen vorgenommenen gleichmäßigen linearen Kürzungen des Dienstportfolios auf 20% ist ein nachvollziehbarer und pragmatischer Weg, um einen Marktanteil von 20% über alle Dienstesegmente hinweg darzustellen. Es mag zwar sein, dass Betreiber unterschiedliche Strategien hinsichtlich ihrer Dienste verfolgen, dies lässt sich jedoch seriös in einer Bottom-up-Modellierung nicht abbilden.

Auch die Kritik der A1 TA, dass eine „höhere Sicherheit zu Lasten der Terminierungsentgelte“ gehen würde, vermag nicht zu überzeugen. A1 TA übersieht, dass ein optimales hypothetisches Netz modelliert wird, das mit weniger an Sicherheit auskommt.

t. Zu den von A1 TA behaupteten Inkonsistenzen im Kostenrechnungsmodell ist auf obige Ausführungen zu verweisen. Die Phänomene, dass mit steigendem Volumen die Gesamtnetzkosten sinken, in einer speziellen Konstellation ein negatives Terminierungsentgelt ausgewiesen wurde und dass höhere Kosten ohne Terminierung im Vergleich zum Fall mit Terminierung ausgewiesen werden, waren auf eine Unschärfe im Kostenrechnungsmodell zurückzuführen. Diese wurde jedoch behoben (vgl ON 29).

u. Soweit Tele2 in ihrer Stellungnahme vom 3.12.2012 bzw ihr beigezogener Gutachter SBR meint, dass die Amtssachverständigen keine Abschätzung der zukünftigen Verkehrsmengen vorgenommen hätten, ist Tele2 bzw SBR auf das wirtschaftliche Gutachten, insbesondere auf die Seiten 149ff (insbesondere Abbildungen 8-9, 8-10, Tabelle 8-18), zu verweisen.

v. Auch die weitere Kritik der Tele2 bzw SBR, dass das Kostenrechnungsmodell inkonsistent sei, da „*bei der gleichen Wertekonstellation ceteris paribus unterschiedliche Werte herauskommen*“ und dies in einer Abbildung skizzieren, ist verfehlt. SBR vergleicht Werte zum Kostenrechnungsmodell aus dem wirtschaftlichen Gutachten vom Juli 2012 mit Werten, die sich nach der Eliminierung einer Unschärfe im Modell ergeben haben (vgl ON 29). Die „Ceteris paribus“-Annahme ist damit gerade nicht erfüllt.

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 der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie zur Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und zur Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen zu.

2. Gesetzliche Regelungen

§ 36 TKG 2003 idgF („Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse“) lautet auszugsweise:

„(1) Dieses Verfahren dient der Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie der Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und gegebenenfalls der Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat im Verfahren gemäß Abs 1 von Amts wegen mit Bescheid die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung allfälliger geografischer Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation sowie der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festzustellen.

(3) Die Feststellung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union zu erfolgen. Dabei kommen nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

(4) Beabsichtigt die Regulierungsbehörde, sachliche oder räumliche Märkte festzustellen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors in der jeweils geltenden Fassung abweichen, hat sie die in den §§ 128 und 129 vorgesehenen Verfahren anzuwenden.

(5) Die Regulierungsbehörde führt im Verfahren gemäß Abs 1 unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Union weiters eine Analyse der Märkte nach Abs 2 durch.“

§ 37 TKG 2003 idgF („Auferlegung spezifischer Verpflichtungen“) lautet auszugsweise:

„(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 36 Abs. 1 fest, 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 47a Abs. 1 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten und allfälligen geografischen Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessene Rechnung zu tragen ist. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt oder besondere geografische Gebiete betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele aufgehoben, beibehalten, geändert oder neuerlich auferlegt.

(2) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens gemäß § 36 Abs. 1 fest, dass ein Markt, der für die sektorspezifische Regulierung definiert wurde, nicht mehr relevant ist, oder auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie – mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 – keine Verpflichtungen gemäß Abs. 1 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen hinsichtlich dieses Marktes 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.“

§ 37a TKG 2003 idgF („Verfahrensgrundsätze“) lautet auszugsweise:

„(2) Partei in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 ist jedenfalls das Unternehmen, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen beibehalten, auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden.

(3) Parteien in Verfahren gemäß §§ 36 und 37 sind ferner jene, die gemäß § 40 Abs. 2 KOG ihre Betroffenheit glaubhaft gemacht haben.“

§ 40 KommAustria-Gesetz (BGBl I 2003/70 idgF, KOG) lautet auszugsweise:

„(1) Sind an einem Verfahren vor einer der in § 39 Abs. 1 genannten Regulierungsbehörden voraussichtlich mehr als 100 Personen beteiligt, so kann die Behörde die Einleitung des Verfahrens durch Edikt kundmachen.

(2) Wurde die Einleitung eines Verfahrens mit Edikt kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass jemand seine Stellung als Partei verliert, wenn er nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung des Edikts seine Betroffenheit schriftlich glaubhaft macht. § 42 Abs. 3 AVG ist sinngemäß anzuwenden.

(4) Die Regulierungsbehörde kann eine mündliche Verhandlung durch Edikt anberaumen, wenn die Einleitung des Verfahrens mit Edikt kundgemacht worden ist oder gleichzeitig kundgemacht wird. Es gelten die Rechtsfolgen des § 42 Abs. 1 AVG. § 44e Abs. 1 und 2 AVG sind anzuwenden.“

3. Allgemeines

Bei der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 und 2a TKG 2003 zu verwirklichen.

Die Regulierungsbehörde hat dabei auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen. Weicht die Regulierungsbehörde von einer dieser Empfehlungen ab, hat sie dies der Europäischen Kommission mitzuteilen und zu begründen.

Weiters hat die Regulierungsbehörde den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren (§ 34 Abs 1 TKG 2003). Auch im europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste wird auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art 8 Abs 1 Rahmenrichtlinie, Art 8 Abs 4 der Zugangsrichtlinie und in Art 17 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie). 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 handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

4. Zur Abgrenzung des Marktes

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2000) als einer von mehreren nationalen Märkte definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003 idF vor BGBl I Nr 102/2011; §

133 Abs 11 TKG 2003). Bereits die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003), die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, hat einen (gleich definierten) nationalen Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen vorgesehen.

Diese bisherige (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2007/879/EG, ABI L 2007/314, 65; „Märkteempfehlung“). Die Märkteempfehlung, auf die gemäß §§ 34 Abs 4 und 36 Abs 3 TKG 2003 Bedacht zu nehmen ist, sieht in ihrem Anhang einen Vorleistungsmarkt für Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen vor. Da die drei Relevanzkriterien iSd Punktes 2 der Märkteempfehlung, die kumulativ vorliegen müssen, damit ein Markt für die Vorabregulierung in Betracht kommt, (erst) dann zu prüfen sind, wenn ein Markt festgelegt werden soll, der nicht im Anhang der Märkteempfehlung angeführt ist, kann eine solche Prüfung entfallen.

Ungeachtet dessen und im Hinblick auf § 36 Abs 3 TKG 2003 ist festzuhalten, dass das erste der drei Relevanzkriterien – Bestehen beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse, keine Tendenz zu einem wirksamen Wettbewerb, Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus – bereits auf Grund des Umstandes, dass ein Markteintritt in einen Monopolmarkt nicht möglich ist, jedenfalls vorliegt.

Weiters ist, wie sich aus dem nachfolgenden Kapitel („Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse“) ergibt, eine Tendenz in Richtung effektiven Wettbewerbs nicht gegeben.

Schließlich erfordert eine effektive Regulierung der Terminierungsleistung, insbesondere der Entgelte, vor dem Hintergrund der Notwendigkeit von kostenorientierten Entgelten eine detaillierte Bewertung der Kosten sowie eine laufende Kontrolle der Einhaltung. Um anderen Betreibern Rechts- und Planungssicherheit zu geben, sind Terminierungsentgelte im Vorhinein festzulegen, weswegen das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt wirkungsvoll zu bekämpfen. Darüber hinaus gründen spezifische Verpflichtungen, wie die Zugangsgewährung, auf dem Gedanken, dass sie ex ante vorliegen müssen. Mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes, das (weitgehend) einen ex post-Zugang hat, können wettbewerbskonforme Bedingungen (vgl die festgestellten vier Wettbewerbsprobleme) nicht effizient und schnell durchgesetzt werden (vgl Erwägungsgrund 13 der Märkteempfehlung).

Vor diesem Hintergrund und den Feststellungen zur Marktabgrenzung, insbesondere zur Substitution, war gemäß § 36 Abs 2 TKG 2003 festzustellen, dass der Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der A1 Telekom Austria AG“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

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

5. Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

§ 35 TKG 2003 idgF („Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“) lautet auszugsweise:

„(1) Ein Unternehmen gilt 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.

(2) Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, sind von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende 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."

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

5.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen 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.

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

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

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

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

5.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 35 Abs 2 Z 13 TKG 2003 nennt als einen Marktmachtindikator „Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder 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. In der Vergangenheit wurden Entgeltsenkungen im Regelfall hoheitlich vorgenommen.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich, lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1999 beginnend – von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen.

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

5.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen auf, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw auch nicht bestehen kann; als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt die nachfrageseitige Verhandlungsmacht.

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

Wie die Feststellungen zeigen, ist weder auf Endkunden- noch auf Vorleistungsebene eine (ausreichende) nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden, die eine hinreichende disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

5.7. Zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht und den potentiellen Wettbewerbsproblemen

Wie festgestellt, ist der gegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz per Marktdefinition ein Monopolmarkt, der Marktanteil der im Spruch genannten Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann. Dass die Marktmachtindikatoren der Marktanteile und der nachfrageseitigen Gegenmacht eine entscheidende Rolle spielen, wurde auch vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

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

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

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht (oder lediglich selten) vorgenommen wurde, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab.

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

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Mobilbetreiber auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt: Andere Regulierungsbehörden sehen ebenfalls alle operativ tätigen Mobilbetreiber – ungeachtet der tatsächlichen Größe und des Umfelds – auf ihrem jeweils eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an. Damit wird dem Ziel gemäß Art 8 Abs 3 lit d RL 2002/21/EG, nämlich die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis*“, Rechnung getragen wird.

Somit war unter Spruchpunkt B. gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 festzustellen, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei auf dem gegenständlichen betreiberindividuellen über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen folgende Wettbewerbsprobleme:

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

6. Zu den spezifischen Verpflichtungen

Das TKG 2003 nennt folgende spezifische Verpflichtungen:

Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003), Transparenzverpflichtung (§ 39 TKG 2003), Getrennte Buchführung (§ 40 TKG 2003), Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003), Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003), Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (§ 43 TKG 2003), Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten (§ 45 TKG 2003) sowie eine Verpflichtung zur funktionellen Trennung (§ 47a TKG 2003).

§ 47 Abs 1 TKG 2003 ermöglicht die Auferlegung „weitergehender Verpflichtungen“.

6.1. Zur Verpflichtung zu Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen nach § 41 TKG 2003 (Spruchpunkt C.4.)

6.1.1. Allgemeines

Gemäß § 41 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.

Diese Verpflichtung kann insbesondere folgende Verpflichtungen umfassen: 1. Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen, einschließlich des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten, und des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, um unter anderem die Betreiberauswahl, die Betreiber vorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse zu ermöglichen; 2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte; 3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu

verweigern; 4. Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen; 5. Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind; 6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von zugehörigen Einrichtungen; 7. Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen; 8. Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, 9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie 10. Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst (Abs 2).

6.1.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung zur Zusammenschaltung

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

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

Nachdem – wie festgestellt – eine Zugangsverpflichtung (in der Form der Zusammenschaltung) ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern, stellt eine Zugangsverpflichtung eine spezifische Verpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

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

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

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

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

Gemäß § 48 Abs 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

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

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere Norm stellt § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung auf § 41 TKG 2003 zu gründen war.

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

Die konkret auferlegte spezifische Verpflichtung umfasst grundsätzlich sowohl die direkte als auch die indirekte Zusammenschaltung. Die konkrete Form (direkt oder indirekt bzw. gegebenenfalls direkt und indirekt) richtet sich nach der Nachfrage des Zusammenschaltungspartners. Hinsichtlich der Frage der Kostentragung ist auf § 49 Abs 3 TKG 2003 zu verweisen. Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist grundsätzlich technologieneutral (§ 1 Abs 3 TKG 2003).

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

6.1.3. Zur Verhältnismäßigkeit der Verpflichtungen nach § 41 TKG 2003

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

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

6.2. Zur Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach § 38 TKG 2003 (Spruchpunkte C.1., C.2. und C.3.)

6.2.1. Allgemeines

Gemäß § 38 Abs 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste, Dienste verbundener oder dritter Unternehmen, wobei der Abschluss von Risikobeteiligungsverträgen ebenso wie Kooperationsvereinbarungen zur Teilung des Investitionsrisikos für neue und verbesserte Infrastruktur dadurch unberührt bleibt, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird (Abs 2).

Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben (Abs 3). Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (Abs 4).

6.2.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung zur Gleichbehandlung

6.2.2.1. Qualitätsdiskriminierung

6.2.2.1.1. Spruchpunkt C.1.

Im Kontext der Qualitätsdiskriminierung wurde festgestellt, dass ein marktmächtiges Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven

(Diskriminierungs-)Praktiken hat, die mittels einer Zugangsverpflichtung (alleine) nicht beseitigt werden können.

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

Vor diesem Hintergrund war unter Spruchpunkt C.1. eine Verpflichtung aufzuerlegen, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Dass diese Verpflichtung greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs 2 leg cit) vorliegen, ergibt sich aus § 38 TKG 2003 und wurde zur Klarstellung aufgenommen.

6.2.2.1.2. Spruchpunkt C.3.

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

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) und zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

Weiters war die im Spruch genannte Verfahrenspartei bereits verpflichtet, ein SZA zu führen (vgl die Entscheidungen zu M 1/08), weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der konkret vorgenommene Eingriff unverhältnismäßig wäre.

Im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung dieses Angebotes ist festzuhalten, dass das SZA hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten hat, wobei die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln sind. Das SZA ist unter Bedachtnahme auf die nachgefragten Leistungen derart ungebündelt zu gestalten, als

ein Nachfrager keine Dienste beziehen muss, die er für seine Leistungserstellung nicht als notwendig erachtet. Unberührt von etwaigen Verhandlungen zwischen den Betreibern um besondere Regelungen außerhalb des SZA sind die Angebote im SZA hinreichend zu spezifizieren, sodass die wichtigsten Parameter und Informationen enthalten sind, um die Terminierung im Wege der direkten und bzw. oder indirekten Zusammenschaltung zu realisieren. Dazu zählen insbesondere die Entgelte und Bedingungen für die Erbringung der Terminierungsleistungen.

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

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

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

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

6.2.2.2. Preisdiskriminierung

6.2.2.2.1. Spruchpunkt C.2.

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

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

Vor diesem Hintergrund wurde die Verpflichtung unter Spruchpunkt C.2. auferlegt, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ allen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten hat, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Auch an dieser Stelle ist anzuführen, dass diese Verpflichtung nur greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs 2 leg cit) vorliegen. Dies ergibt sich aus § 38 TKG 2003.

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

6.2.3. Zur Verhältnismäßigkeit

Wie in den obigen Kapiteln ausgeführt, sind die konkret angeordneten Verpflichtungen als verhältnismäßig anzusehen, da keine weniger eingriffsintensiven Abhilfemaßnahmen festgestellt werden konnten.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass diese Verpflichtungen bereits mit Bescheid M 1/08 auferlegt wurden; ein zusätzlicher oder neuer Eingriff liegt damit nicht vor.

6.3. Zur Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang nach § 42 TKG 2003 (Spruchpunkt C.5.)

6.3.1. Allgemeines

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, kann ihm die Telekom-Control-Kommission hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Hierbei hat die Telekom-Control-Kommission 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 und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften sowie Risikobeteiligungsverträge ebenso wie Kooperationsvereinbarungen abzuschließen. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue und verbesserte Infrastrukturen besonders zu berücksichtigen und es 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 die Kosten und Risiken für Investitionen in Kommunikationsnetze und den allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten berücksichtigt. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs 2).

Neben der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass „*ein Unternehmen 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, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnissen am Mobilfunkkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider. Da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-) bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Mobilnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

6.3.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung

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

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

Vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist der Auferlegung kostenorientierter Entgelte der Vorzug gegenüber „*Efficient Component Pricing*“ („ECPR“) und „*Benchmarking*“ (Vergleichspreise) zu geben (vgl. in diesem Kontext die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes gegen die Geeignetheit von Benchmarking im Zusammenhang mit Mobil-Terminierung, VwGH 20.6.2012, ZI 2009/03/0059).

Bezugnehmend auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist festzuhalten, dass die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente gezeigt hat, dass allenfalls ein Instrument – nämlich die „interne“ Nichtdiskriminierungsverpflichtung – als Alternative in Frage kommen könnte. Dieses Instrument ist aber aus einer Reihe von Gründen abzulehnen; auch ist dies bei der Vielzahl an Bündelprodukten und flat-rates kaum operationalisierbar. Für die Beseitigung preislicher Wettbewerbsprobleme stellt die Bestimmung des § 42 TKG 2003 die speziellere Norm dar, der der Vorzug zu geben ist. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt diese Verpflichtung dem Grunde nach das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Pure LRIC

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Dabei stellt sich nun die Frage nach dem Maßstab für die Kostenorientierung.

Gemäß der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission sollen die Regulierungsbehörden symmetrische Mobilterminierungsentgelte auf Basis der reinen Inkrementalkosten („Pure LRIC“) eines effizienten Betreibers festsetzen. Die Terminierungsempfehlung lautet auszugsweise:

„1. Nationale Regulierungsbehörden, [...], sollten Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen. Damit müssen diese auch symmetrisch sein. Hierbei sollten die nationalen Regulierungsbehörden wie folgt verfahren.

2. Es wird empfohlen bei der Bewertung der effizienten Kosten die laufenden Kosten zugrunde zu legen und nach einem Bottom-up-Modell zu verfahren, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC) stützt.

3. Die nationalen Regulierungsbehörden können die Ergebnisse des Bottom-up-Modells mit denen eines Top-down-Modells, das auf geprüfte Rechnungsdaten zurückgreift, vergleichen, um die Belastbarkeit der Ergebnisse zu überprüfen und zu verbessern, und entsprechende Anpassungen vornehmen.

4. Das Kostenrechnungsmodell sollte sich auf effiziente Technologien stützen, die im betrachteten Zeitraum zur Verfügung stehen. Für den Kernteil sowohl der Festnetze als auch der Mobilfunknetze könnte deshalb von einem Netz der nächsten Generation (NGN) ausgegangen werden. Auch der Zugangsteil der Mobilfunknetze sollte sich auf 2G- und 3G-Telefontechnik stützen. [...]

6. Im Rahmen des „LRIC“-Modells gilt als relevante Zusatzleistung die auf der Vorleistungsebene für Dritte erbrachte Anrufzustellung. Dies setzt voraus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der zusätzlichen Kosten feststellen, wie hoch die Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet, und den langfristigen Gesamtkosten dieses Betreibers ohne Anrufzustellung für Dritte auf der Vorleistungsebene ist. Zwischen verkehrsabhängigen Kosten und verkehrsunabhängigen Kosten ist zu unterscheiden, wobei letztere bei der Berechnung der Vorleistungs-Zustellungsentgelte nicht berücksichtigt werden. Um die relevanten Zusatzkosten zu ermitteln, wird empfohlen, die verkehrsbedingten Zusatzkosten zunächst anderen Diensten als der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zuzuordnen, wobei nur die restlichen verkehrsbedingten Kosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zugewiesen werden. Dies bedeutet, dass nur solche Kosten, die vermieden werden, wenn ein Anrufzustellungsdienst auf der Vorleistungsebene nicht länger für Dritte erbracht wird, den regulierten Anrufzustellungsdiensten zugewiesen werden sollten. Die Grundsätze, nach denen die Zusatzkosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in Fest- bzw. Mobilfunknetzen berechnet werden, sind im Anhang dargelegt.

7. Empfohlen wird, zur Abschreibung des Anlagevermögens soweit wie möglich auf die wirtschaftliche Abschreibung zurückzugreifen.

8. Bei der Entscheidung über die geeignete effiziente geschäftliche Größenordnung des im Modell angenommenen Betreibers sollten die nationalen Regulierungsbehörden die Grundsätze für die Festlegung der geeigneten Größenordnung in Fest- und Mobilfunknetzen berücksichtigen, wie sie im Anhang dargelegt sind. [...]

11. Diese Empfehlung ergeht unbeschadet der bisherigen Regulierungsentscheidungen, die die nationalen Regulierungsbehörden auf den hier genannten Gebieten erlassen haben. Dessen ungeachtet sollten die nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen, dass die Zustellungsentgelte bis zum 31.12.2012 kosteneffizient und symmetrisch umgesetzt werden, [...].“

Der Anhang der Terminierungsempfehlung lautet auszugsweise:

„Unter Berücksichtigung der Entwicklungen der Marktanteile in einigen EU-Mitgliedstaaten wird für die Zwecke des Kostenrechnungsmodells empfohlen, die effiziente geschäftliche Größenordnung bei einem Marktanteil von 20 % festzulegen. Es ist davon auszugehen, dass Mobilfunkbetreiber, die neu auf dem Markt sind, danach streben, die Effizienz und die Einnahmen zu erhöhen, um so einen Mindestmarktanteil von 20 % zu erlangen.“

Auch wenn Empfehlungen rechtlich nicht verbindlich sind (Art 288 AEUV), sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl. das Urteil vom 13. Dezember 1989, Rs C-322/88, Grimaldi, Slg 1989, 4407) Empfehlungen bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes zu berücksichtigen.

Darüber hinaus ist für den Telekommunikationsbereich darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung des TKG 2003 auf Empfehlungen gemäß § 34 Abs 3 TKG 2003 „Bedacht zu nehmen“ hat. Nach Art 19 Abs 2 Rahmenrichtlinie hat die Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Empfehlungen der Europäischen Kommission iSd Art 19 Abs 1 Rahmenrichtlinie „weitestgehend Rechnung [zu] tragen“. Die Terminierungsempfehlung ist auf Art 19 Abs 1 Rahmenrichtlinie gestützt.

Der Terminierungsempfehlung kommt daher auf Grund dieses ausdrücklichen Berücksichtigungsgebotes eine höhere Bedeutung als sonstigen Instrumenten des „softlaws“ zu (vgl. dazu VwGH 28.2.2007, 2004/03/0210).

Daneben bestehen auch, wie festgestellt, Gründe aus ökonomischer Sicht, die Verpflichtung zur Kostenorientierung dahingehend zu interpretieren, dass die verfahrensgegenständlichen Entgelte in der Höhe der „Pure LRIC“ – in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Terminierungsempfehlung – festgelegt werden.

Wie festgestellt, wird nämlich die höchste allokativen Effizienz auf einem Markt dann erzielt, wenn sich der Preis an den langfristigen Grenzkosten orientiert; aus allokativen Effizienzgesichtspunkten ist Pure LRIC gegenüber dem bisher (vgl. die Bescheide gemäß M 1/08) zur Anwendung gelangten Kostenstandard LRAIC zu präferieren.

Durch den Pure LRIC Ansatz erhöht sich darüber hinaus der Spielraum für Tariffinnovation. Durch Vorleistungspreise, die sich an den langfristigen Grenzkosten orientieren, wird insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung eingeräumt.

Darüber hinaus werden beim Pure LRIC Standard – im Gegensatz zum LRAIC-Standard – (in gewisser Weise) auch Anrufexternalitäten berücksichtigt. Es erfolgt somit eine Umstellung von einem reinen Calling Party Pays- auf ein Both Parties Pay-Regime (vgl. Erwägungsgrund 15 der Terminierungsempfehlung).

Bei Pure LRIC gibt es keine Kostentragung von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten, sofern sie nicht dem Inkrement Terminierung zuzurechnen sind. Sämtliche inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung (von extern) werden jedoch abgedeckt: Dies ergibt sich aus der Modellierung: Wie aus dem Gutachten ersichtlich, werden zwei optimale Netze modelliert: Einmal mit und einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz in den Kosten ergibt sich insbesondere aus den notwendigen Kapazitätserweiterungen, die für den

zusätzlichen Terminierungsverkehr anfallen. Dies bedeutet, dass auch inkrementelle fixe Kosten – auch wenn sie teilweise versunken sein sollten – und inkrementelle gemeinsame Kosten abgedeckt werden. Durch die Anwendung einer angemessenen Kapitalverzinsung für das zusätzlich eingesetzte Kapital werden auch die inkrementellen Kapitalkosten berücksichtigt.

Negative Auswirkungen auf Investitionen sind damit nicht zu erwarten, da die eindeutig durch die Leistung Terminierung verursachten Kosten abgegolten werden.

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission von § 1 TKG 2003 leiten zu lassen, einen „*chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb*“ sicherzustellen (§ 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003), damit wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde.

Ziel der Regulierung ist es, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen (vgl Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG; § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003; vgl auch Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung).

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

Um dem wesentlichsten der festgestellten Wettbewerbsprobleme Rechnung zu tragen, war somit eine Verpflichtung vorzusehen, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt verrechnet, das sich an den inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv Pure LRIC orientiert. Umfasst von dieser Verpflichtung ist die Monopolleistung der Anruferzustellung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der im Spruch genannten Partei, wobei gleichgültig ist, wo das Gespräch (Fest- oder Mobilnetz, In- oder Ausland) originiert.

Die festgestellten Kosten der Terminierung iSv Pure LRIC – unter Zugrundelegung der oben genannten Grundsätze der Terminierungsempfehlung – für die Terminierung in ein Mobilnetz eines effizienten Betreibers betragen Cent 0,8049 pro Minute. Damit war spruchgemäß festzulegen, dass die im Spruch genannte Partei für die Terminierungsleistung in ihr Mobiltelefonnetz ab Zustellung der gegenständlichen Entscheidung ein maximales Entgelt (pro Minute) in der Höhe von Cent 0,8049 erhält.

Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003). Die Senkung der Terminierungsentgelte begegnet dem von der Telekom-Control-Kommission festgestellten Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen und bringt den Konsumenten damit Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003).

Das Vorbringen der T-Mobile (Stellungnahme vom 27.9.2012), dass die „*kundenfreundliche Marktsituation in Österreich*“ gegen eine weitere Absenkung der Mobilterminierungsentgelte sprechen würden, vermag nicht zu überzeugen, da T-Mobile mit ihren Ausführungen nicht den verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt der Terminierung anspricht, sondern von einem (nach § 36 TKG 2003 nicht relevanten) Endkundenmarkt. Im Konkreten führt T-Mobile eine hohe „Mobilfunkpenetrationsrate“, einen „Mobilfunkanteil am Gesamtsprachverkehrsvolumen“, einen „jährlichen Umsatz pro Kunde“ sowie den „mobilen Breitbandmarkt“ ins Treffen, ohne die Verbindung zum gegenständlichen Markt darzulegen

oder die festgestellten Wettbewerbsdefizite zu entkräften. Den Feststellungen folgend (Punkt 2.6.1.) treten allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte auch dann auf, wenn der Wettbewerb am Mobilfunkendkundenmarkt intensiv ist.

Kein Gleitpfad

Von einigen Verfahrensparteien wurde vorgebracht, dass eine (allfällige) Senkung des Mobilterminierungsentgelts schrittweise und langsam erfolgen solle („Gleitpfad“, vgl etwa Vorbringen der A1 TA und T-Mobile), da die Entgeltsenkung vom derzeitigen Niveau in der Höhe von Cent 2,01 signifikant sei; andere Verfahrensparteien, wie H3G und Orange, sprechen sich gegen einen Gleitpfad aus.

Hinsichtlich der Mobilterminierungsentgelte ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen in ihrem Gutachten einen möglichen Gleitpfad nicht thematisieren. Die Telekom-Control-Kommission hat erwogen, von der Anordnung einer schrittweisen Senkung des (derzeitigen) Mobilterminierungsentgelts auf das effiziente Niveau iSv Pure LRIC abzusehen. Dabei hat sich die Telekom-Control-Kommission davon leiten lassen, das festgestellte wettbewerbliche Defizit effizient zu beseitigen, wozu auch eine rasche und vollständige Umsetzung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 zählt.

Die zu berücksichtigende Terminierungsempfehlung sieht vor, dass bis 31.12.2012 sicherzustellen ist, dass die (Fest- und) Mobilterminierungsentgelte kosteneffizient und symmetrisch umgesetzt werden (Erwägungsgrund 21, Z 11). Angesichts des Zeitablaufs war auch dieser Vorgabe rasch Rechnung zu tragen. Aus Entscheidungen der Europäischen Kommission nach Art 7 Rahmenrichtlinie (vgl ES/2012/1314 vom 30.4.2012; IT/2011/1219 vom 23.6.2011), kann abgeleitet werden, dass bloß eine geringe Verlängerung dieser Frist möglich ist; so führt die Europäische Kommission im erwähnten spanischen Fall wie folgt aus: *„However, the Commission notes that the proposed glide-path for the introduction of fully cost-oriented MTRs in Spain will result in reaching the LRIC target level only by 1 July 2013, which is not fully in line with the Commission’s Termination Rates Recommendation, according to which NRAs should ensure that termination rates are implemented at a cost-efficient (LRIC) level by the end of 2012. [] Commission reminds CMT that the timeframe for implementing the Recommendation aims to ensure not only the sustainability of the sector but also maximum benefits to consumers as soon as possible. [] the Commission acknowledges that NRAs have a certain margin of discretion, which could allow them to delay to a degree the introduction of fully cost-oriented rates. [] a delay – if very limited - in the implementation of the cost-oriented rates is acceptable.”* In den genannten Fällen (ES/2012/1314, IT/2011/1219) wird das Pure LRIC Niveau (spätestens) am 1.7.2013 erreicht.

Darüber hinaus ist auch auf höchstgerichtliche Judikatur zu verweisen, aus der abgeleitet werden kann, dass kein Raum für eine bloß langsame und schrittweise Senkung des Terminierungsentgeltes besteht, wenn das Terminierungsentgelt deutlich über den festgestellten Kosten der Leistungserbringung (hier auf der Grundlage von Pure LRIC) liegt (vgl VwGH 20.6.2012, ZI 2009/03/0059).

Der Abstand des derzeit verrechneten Mobilterminierungsentgelts zu den festgestellten Kosten iSv Pure LRIC ist so groß, dass im Sinne dieser Judikatur kein Raum mehr bleibt, das effiziente Zielniveau zeitverzögert zu erreichen. Gleichzeitig ist der Abstand aber nicht so groß, dass eine einmalige Senkung unverhältnismäßig wäre (vgl dazu den Hinweis der H3G in der mündlichen Verhandlung auf eine deutlich größere einmalige Senkung des Mobilterminierungsentgelts der H3G im Jahr 2008, im Konkreten von Cent 9,81 auf Cent 5,72; vgl den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20.4.2009 zu Z 21/06, Z 8/06, Z 9/05).

Darüber hinaus kann die gegenständliche Senkung auch nicht als überraschend angesehen werden, zumal die Terminierungsempfehlung bereits am 20.5.2009 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde.

Um jedoch für den gegenständlichen Marktanalysezyklus (§ 36 Abs 6 TKG 2003) den Betreibern Planungssicherheit zu gewähren, wurde dem von Tele2 geäußerten Begehren auf eine bloß „vorläufige Anordnung“ (samt Möglichkeit zur Rückverrechnung) nicht näher getreten.

Zum Wasserbett-Effekt

Im Zusammenhang mit dem Wasserbett-Effekt (dh, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte einen Anstieg bestimmter Endkundenentgelte zur Folge haben kann) ist auszuführen, dass der Pure LRIC-Ansatz nachteilige Auswirkungen auf Teilnehmer mit geringer Nutzung haben kann, wobei der mögliche Effekt auf die Grundentgelte als gering eingeschätzt werden kann, weil die Absenkung in Absolutbeträgen nicht sehr hoch ist und letztlich für einen bestimmten Betreiber auch nur in dem Maße erlösmindernd wirkt, in dem ein Net-Inflow an Verkehrsminuten besteht. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass in einem dynamischen Umfeld mit hoher Innovation, hohem Wachstum und zahlreichen Änderungen, wie im Bereich der Telekommunikation, ein solcher Effekt nur schwer messbar ist. So wird auch nicht konkret dargelegt, warum und gegebenenfalls inwieweit dieser Effekt bei der Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung zu berücksichtigen wäre bzw um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das Mobil-Terminierungsentgelt regulatorisch zu erhöhen (bzw geringer abzusenken) wäre.

Es kann nicht erkannt werden, dass ein möglicher Wasserbett-Effekt bei der Regulierung einer einzelnen Leistung (und nicht eines Sektors mit zahlreichen Produkten) zu berücksichtigen ist. Es geht um die Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass andere (Mobilfunk-)Leistungen erhöht werden müssen, sondern darum, dass Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt festgestellt wurden und es gilt, diese zu reduzieren. Allokative Verzerrungen bleiben bestehen, solange die Preise der verfahrensgegenständlichen Leistung über den Grenzkosten liegen.

Mit dem Argument eines „Wasserbett-Effekts“ lässt sich nämlich jeder regulatorische Eingriff zum Schutz vor Monopolpreisen eines Mehrproduktunternehmens hinterfragen, wenn nicht sogar wegargumentieren. Wenn Gemeinkostenaufschläge von den (nach unten) regulierten Terminierungsentgelten auf andere, vielleicht preiselastischere Leistungen aufgeschlagen würden, so würde das auch im Sinn der Verteilungswirkungen bedeuten, dass die Gemeinkosten des Mobilfunkbetriebes dann verstärkt von Mobilkunden getragen würden.

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

Soweit A1 TA bzw ihre Privatgutachter ausführen, dass keine Möglichkeit der Deckung von Gemeinkosten durch Preiserhöhungen auf anderen Märkten bestehen würde, da entweder der Wettbewerb oder die Regulierung Preiserhöhungen verhindern würde, ist festzuhalten, dass im Mobilfunksektor sämtliche Endkunden- und auch alle anderen Vorleistungspreise unreguliert sind. Alle Mobilfunkbetreiber sind von der Absenkung der Terminierungsentgelte in gleicher Weise betroffen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Absenkung der

Terminierungsentgelte nicht bei anderen Endkundenpreisen (Grundentgelt, Handset-Subsidies, etc.) ausgeglichen werden könnte, soweit dies überhaupt erforderlich ist.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass etwa durch die Einführung einer „Internet Service Pauschale“ im Jahr 2011 sehr wohl Preiserhöhungen vorgenommen und durchgesetzt worden sind.

Zur „rechtlichen Kritik“ der A1 TA an Pure LRIC

A1 TA geht auch unter dem Titel „rechtliche Kritik“ auf Pure LRIC ein (Stellungnahme vom 27.9.2012, Punkt 2.5, Privatgutachten von Gugler/Briglauer/Schneider/Neumayr vom 21.8.2012, Punkt 4, und von Gugler/Briglauer vom 25.9.2012, Punkt 4); auf diese Argumente wird in Folge eingegangen, soweit dies nicht an anderer Stelle erfolgt.

a. Nach Ansicht der A1 TA (bzw ihrer Privatgutachter) würde ein Verstoß gegen unions- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Preisregulierung vorliegen, da die Anwendung des Pure LRIC Ansatzes im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH und zu verfassungsrechtlichen Vorgaben (im Sinne eines Verstoßes gegen das unionsrechtliche Eigentumsrecht bzw Eingriff in die Eigentumsgarantie iSd Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPMRK sowie die Erwerbsfreiheit iSd Art 5 StGG) stehe.

Dem ist eingangs zu entgegnen, dass Eigentumsbeschränkungen nach der ständigen Rechtsprechung zulässig sind, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismäßig sind (zB VfSlg 13.659/1993).

A1 TA geht – insgesamt in ihrer rechtlichen Kritik – von einer falschen Ausgangssituation aus, nämlich dass nicht einmal die Kosten durch die auf Pure LRIC basierenden Terminierungsentgelte gedeckt werden. Dies ist aber nicht der Fall, da, wie bereits ausgeführt, sämtliche inkrementellen Kosten sowie eine entsprechende Rendite auf das eingesetzte Kapital, abgegolten werden. Zwar stellt der Eingriff in die Preisgestaltungsmöglichkeit von Unternehmen einen Eingriff in die Eigentumsgarantie iSd Art 5 StGG bzw in das unionsrechtliche Eigentumsrecht sowie die Erwerbsfreiheit dar, jedoch ist dieser gerechtfertigt, weil der Eingriff verhältnismäßig und im öffentlichen Interesse liegt, da den festgestellten Wettbewerbsproblemen nicht anders wirksam begegnet werden kann. Im Besonderen ist die Festsetzung eines Terminierungsentgeltes iSv Pure LRIC das geeignetste Mittel, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

b. A1 TA bringt außerdem vor, dass die Festsetzung von Terminierungsentgelten nahe Null gegen die Regulierungsziele gemäß § 1 TKG 2003 bzw Art 8 Rahmenrichtlinie sowie gegen die Vorgaben des § 42 Abs 1 TKG 2003 bzw Art 13 Abs 1 Zugangsrichtlinie verstoßen würde.

Da sämtliche inkrementellen Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung sowie eine entsprechende Rendite auf das eingesetzte Kapital durch die auf Pure LRIC basierenden Terminierungsentgelte abgegolten werden, liegt ein Verstoß gegen die genannten Bestimmungen gerade nicht vor: Durch Terminierungsentgelte iSv Pure LRIC werden sowohl die inkrementellen Kosten abgedeckt als auch eine angemessene Rendite ermöglicht. Damit erfüllt dieser Ansatz die Voraussetzungen „Kostendeckung“ sowie „Ermöglichung einer angemessenen Rendite“ iSd § 42 Abs 1 TKG und Art 13 Abs 1 Zugangs RL.

Bei der Aufzählung der Regulierungsziele, gegen die der Pure LRIC-Ansatz verstoßen würde, handelt es sich darüber hinaus bloß um nicht substantiierte Behauptungen der A1 TA (bzw ihrer Privatgutachter).

c. Soweit A1 TA (bzw ihre Privatgutachter) ausführt, dass in der Wettbewerbsregulierung ausschließlich eine „marktbezogene Betrachtung“ geboten sei, weswegen keine Aufrechnung von (allfälligen) Verlusten bei der Terminierung (diese liegen, wie ausgeführt, nicht vor) mit Gewinnen aus anderen Bereichen bzw Märkten erfolgen dürfe, ist grundsätzlich festzuhalten, dass Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 einen umfassenden Blick auf relevante Märkte und über einzelne Märkte hinaus einnimmt. Dies zeigt sich bereits daran, dass das TKG 2003 an verschiedenen Stellen auf Interdependenzen zwischen Märkten Bezug nimmt: Im Besonderen ist auf die § 35 Abs 2 Z 9 und Abs 4 Z 14 TKG 2003 (vertikale Integration), § 35 Abs 5 TKG 2003 (Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte), § 37 Abs 3 TKG 2003 (länderübergreifende Märkte), § 43 Abs 1 TKG 2003, der einen Vorrang von spezifischen Verpflichtungen der Vorleistungsebene postuliert, und § 47a TKG 2003 („Marktversagen auf diesen Märkten“) zu verweisen. Ungeachtet dessen ist wiederholt daran zu erinnern, dass mit Pure LRIC keine Kostenunterdeckung angeordnet wird. Darüber hinaus ist auf Erwägungsgrund 15 der Terminierungsempfehlung zu verweisen.

d. A1 TA bringt vor, dass die Festsetzung von Terminierungsentgelten auf der Basis von Pure LRIC an der Stelle von FL-LRAIC gegen das „Gebot der Vorhersehbarkeit der Regulierung“ und der „Investitionssicherheit“ verstoßen würde.

Diesem Vorbringen ist bereits damit zu begegnen, dass es Aufgabe der Regulierungsbehörde ist, in regelmäßigen Abständen eine Marktanalyse nach den einschlägigen Bestimmungen des TKG 2003 durchzuführen. Entsprechend den Ergebnissen, den konkreten Umständen und der im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechtslage hat die Telekom-Control-Kommission gegebenenfalls Maßnahmen zu setzen, um wettbewerblichen Defiziten entgegenzuwirken.

Aus dem Umstand einer früheren Regulierung kann ein „Recht“ auf eine „gleichbleibende“ Regulierung nicht abgeleitet werden. Regulatorische Vorentscheidungen haben damit grundsätzliche keine Bindungswirkung.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich bereits seit der letzten Marktanalyse ein „Wechsel“ zu Pure LRIC abgezeichnet hat. So stammt die Terminierungsempfehlung aus dem Jahr 2009, Vorarbeiten zu den Pure LRIC-Kostenmodellen mit Marktteilnehmern haben bereits im Oktober 2010 begonnen (vgl <http://www.rtr.at/de/tk/Kostenmodelle>). Von einem „abrupten“ Wechsel bzw einer Nichtvorhersehbarkeit der Regulierung kann damit keine Rede sein.

e. A1 TA führt weiters aus, dass die Anwendung des Pure LRIC-Ansatzes inkonsistent mit dem allgemeinen Kartellrecht sei, da die Festsetzung von Terminierungsentgelten nach Pure LRIC einem regulatorischem Zwang, „Kampfpreise“ zu setzen, gleichkomme.

Diese Ansicht ist verfehlt: Durch den Pure LRIC Ansatz werden durchschnittlichen (langfristigen) Zusatzkosten und somit jedenfalls auch die durchschnittlichen (langfristigen) variablen Kosten vollständig abgedeckt. Mit Pure LRIC wird also der Maßstab der „Kampfpreise“ aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht unterschritten.

Nach Auffassung des EuGH (vgl EuGH 14.11.1996 C-333/94 – Tetra Pak, Rz 42) müsse „Predatory Pricing“ geahndet werden können, sobald die Gefahr einer Ausschaltung des Konkurrenten bestehe. Die Möglichkeit der Setzung von „Kampfpreisen“ nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht besteht jedoch für einen Monopolisten schon deshalb nicht, weil er keinen Mitbewerber durch die Setzung von niedrigen Preisen (iSv Kampfpreisen) auf seinem betreiberindividuellen Markt verdrängen kann. Da schon aufgrund der Stellung als Monopolist eine Verdrängung eines Mitbewerbers ausscheidet, kann nicht von einem regulatorischen Zwang zur Setzung von Kampfpreisen gesprochen werden. Die Marktdefinition wurde von A1 TA auch nicht bestritten.

f. Außerdem seien auf Pure LRIC basierende Terminierungsentgelte inkonsistent mit dem EU-Beihilfenrecht.

Da sämtliche Kosten der Terminierung am jeweiligen Terminierungsmarkt gedeckt sind, kann nicht von einer Quersubventionierung ausgegangen werden, wodurch auch auf dieses Argument aufgrund einer unrichtigen Ausgangslage nicht weiter einzugehen ist.

g. Soweit A1 TA bzw ihre Privatgutachter ausführen, dass nicht vorhersehbar sei, wie sich der Terminierungsverkehr bei einem Preis nach Null entwickelt und „SPAM/SPIT“-Probleme nicht auszuschließen sind, ist festzuhalten, dass dieses Problem als gering eingeschätzt wird, da nach wie vor positive Entgelte für die Leistung der Terminierung festgelegt werden. Selbst aus Ländern, in denen „Bill and Keep“ gilt, sind keine signifikanten Probleme mit SPAM/SPIT bekannt. Solche werden von A1 TA auch nicht konkret vorgebracht.

Keine Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern (mehr) in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden

Als viertes Wettbewerbsproblem wurden – für den Fall der Nichtregulierung – Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden, festgestellt. Um diesem Wettbewerbsproblem zu begegnen und um ein wirksames Instrument gegen einen „Margin Squeeze“ („Preis-Kosten-Schere“) zu schaffen, kann die Anwendung eines (internen/externen) Diskriminierungsverbots betreffend den Preis eine geeignete spezifische Verpflichtung sein. Eine solche wurde auch in früheren Marktanalyseentscheidungen zu M 1/08 vorgesehen. Ein Margin Squeeze kann jedoch nur dann praktiziert werden, wenn der Mobilbetreiber dem Festnetzbetreiber Mobilterminierungsentgelte in Rechnung stellt, die über den langfristigen Grenzkosten liegen.

Da mit gegenständlicher Anordnung das Entgelt für die Mobil-Terminierungsleistung auf die Inkrementalkosten eines effizienten Betreibers (als gute Annäherung an die langfristigen Grenzkosten) gesenkt und von einer schrittweisen Absenkung abgesehen wird, ist eine wiederholte Auferlegung eines internen/externen Diskriminierungsverbots für die Fälle von sich überschneidender Geschäftsfälle nicht mehr notwendig.

Zur (Un-)Gleichbehandlung zwischen Fest- und Mobilnetzen

a. Von Verfahrensparteien (Stellungnahme der UPC vom 27.9.2012 und der Tele2 vom 4.10.2012) wird kritisiert, dass eine Ungleichbehandlung in der Kostenermittlung betreffend Terminierung im Fest- und im Mobilnetz vorliegen würde: Im Festnetz würden für die Festnetzterminierung ausschließlich die Kosten des Kernnetzes herangezogen, während im Mobilfunk zusätzlich das Zugangnetz Eingang in die Ermittlung der Kosten der Mobilterminierung findet.

Die Verfahrensparteien sind hierbei auf die Terminierungsempfehlung zu verweisen: In Erwägungsgrund 12 wird ausdrücklich festgehalten, dass für Festnetze prinzipiell von einem Kernnetz der nächsten Generation (NGN) auszugehen ist. Für Mobilfunknetze sollte das Bottom-Up-Modell so konzipiert sein, dass das sich der Netzzugang sowohl an 2G- und auch 3G-Technik orientiert, während für das Kernnetz von einem Netz der nächsten Generation ausgegangen werden soll. Z 4 der Terminierungsempfehlung fasst dies klar zusammen: „Für den Kernteil sowohl der Festnetze als auch der Mobilfunknetze könnte deshalb von einem Netz der nächsten Generation (NGN) ausgegangen werden. Auch der Zugangsteil der Mobilfunknetze sollte sich auf 2G- und 3G-Telefontechnik stützen.“ Damit ist die Vorgangsweise der Telekom-Control-Kommission geboten.

Daneben ist zu berücksichtigen, dass es nur im Festnetz ein dem Teilnehmer allein und ausschließlich zuordenbarer Zugang (Teilnehmeranschlussleitung) gibt, für den der Teilnehmer eine Grundgebühr entrichtet. Die Kosten des festen Zugangsnetzes sind (im Vergleich zum Funknetz) verkehrsunabhängig und müssen somit entsprechend der Terminierungsempfehlung unberücksichtigt bleiben. Im Mobilfunk gibt es keinen Teil des Funknetzes, der einem Teilnehmer direkt und individuell zuordenbar bzw für diesen reserviert ist.

Auch findet im Mobilfunk nicht das gesamte Zugangsnetz Eingang in die Kostenrechnung, sondern bloß die diesbezüglichen Inkrementalkosten der „Terminierung“.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich – zwingend – unterschiedliche Pure LRIC Ergebnisse für Fest- und Mobilterminierung. Dem Antrag der Tele2 auf Kalkulation der Mobil-Terminierungsentgelte unter ausschließlicher Heranziehung des mobilen Kernnetzes und Festlegung dieses Ergebnisses war damit nicht zu folgen.

b. Soweit Verfahrensparteien vorbringen, dass die Ergebnisse der Kostenrechnungen für Terminierung in Fest- und in Mobilnetze differieren, der relative Unterschied erhöht werde und das festgestellte Problem der Wettbewerbsverzerrungen zwischen Fest- und Mobilbetreiber nicht beseitigt werde (UPC, Tele2, Lwest, atms), ist festzuhalten, dass ein relativer Unterschied zwischen Fest- und Mobil-Terminierungskosten tatsächlich (weiterhin) gegeben ist. Dabei wird jedoch übersehen, dass der absolute Unterschied im Vergleich zu den bislang festgelegten Entgelten (vgl die Entscheidungen zu M 1/08, die Cent 2,01 für Mobil-Terminierung vorsehen und die Entscheidung zu M 5/09-149, die Cent 0,82 für die lokale Terminierung in das Netz der A1 TA zur „Peak“-Zeit festsetzt) von Cent 1,19 (Cent 2,01 – Cent 0,82) auf Cent 0,6829 (Cent 0,8049 gemäß der gegenständlichen Anordnung abzüglich Cent 0,122 im Mittel gemäß M 1.8/12) sinkt. Damit liegt eine Senkung des absoluten Unterschiedes von fast 50% vor. Damit wird, entgegen den Behauptungen mancher Verfahrensparteien, dem oben genannten Wettbewerbsproblem wirksam entgegen getreten.

Die von UPC und anderen Verfahrensparteien (wie Lwest, Tele2) angesprochene und von der Terminierungsempfehlung in ihrer Z 1 vorgesehene Symmetrie der Terminierungsentgelte kann vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen nur so verstanden werden, dass Symmetrie der Terminierungsentgelte jeweils nur zwischen Festnetz- und zwischen Mobilnetzbetreibern herzustellen ist, nicht aber zwischen Fest- und Mobilbetreibern. Deswegen differenziert die Terminierungsempfehlung auch an anderen Stellen zwischen Fest- und Mobilbetreibern (vgl neben der erwähnten Z 4 auch Z 9 und Z 10 sowie den Anhang).

Zur Asymmetrie zwischen nationalen und internationalen Terminierungsentgelten und zur wirtschaftlichen Situation

a. Der festgelegte Pure LRIC Wert liegt im europäischen Vergleich im unteren Bereich. Aus diesem Umstand kann jedoch eine Rechtfertigung eines höheren Wertes nicht abgeleitet werden, da verfahrensgegenständlich lediglich die Analysen der bundesweit abgegrenzten Märkte sind und die durchgeführten Ermittlungen der Inkrementalkosten der verfahrensgegenständlichen Leistung zeigen, dass ein effizienter Betreiber in Österreich die verfahrensgegenständliche Leistung (im europäischen Vergleich) günstig(er) erbringen kann. Die festgestellten allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann nicht als geeignet iSd § 37 TKG 2003 angesehen werden.

Die vorgenommene Abgrenzung des gegenständlichen Marktes umfasst die Leistung der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle

zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz), weswegen dem Begehren der Orange nicht gefolgt werden kann, die Verpflichtung nach § 42 TKG 2003 lediglich für in Österreich originierende Gespräche aufzuerlegen.

Auch die Asymmetrie in den Zahlungsflüssen für Terminierungsleistungen im Auslandsverkehr wegen eines unterschiedlichen Niveaus der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa (vgl. Stellungnahmen der A1 TA, T-Mobile und der Orange) bedeutet nicht, dass ein höheres Terminierungsentgelt festgelegt wird. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopolleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission nach §§ 36ff TKG 2003 bezieht sich primär (vgl. § 37 Abs 3 TKG 2003) auf nationale Kommunikationsleistungen, weswegen im Rahmen einer Marktanalyse kein Einfluss auf Terminierungsentgelte ausländischer Betreiber genommen werden kann.

Darüber hinaus wurden (und werden) auch von anderen Regulierungsbehörden Terminierungsentgelte entsprechend der Terminierungsempfehlung festgelegt, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass das von einigen Verfahrensparteien aufgezeigte Problem der Asymmetrie geringer wird.

Soweit A1 TA in ihrer Stellungnahme bzw. im Privatgutachten Kalkulationen vornimmt, um den Erlösrückgang bzw. den Geldabfluss darzustellen, ist festzuhalten, dass dabei von einer Beibehaltung der geltenden Terminierungsentgelte im Ausland ausgegangen wurde; dies ist aber bereits angesichts der Feststellungen zu den Entgeltfestlegungen anderer Regulierungsbehörden auf der Basis von Pure LRIC verfehlt.

Abschließend ist auf einschlägige Judikatur zu verweisen, aus der sich ergibt, dass höhere Kosten für Auslandsterminierung keinen Bezug zu den von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigenden Regulierungszielen haben (VwGH vom 20.6.2012, ZI 2009/03/0058: *„Der Hinweis auf höhere Kosten, die der beschwerdeführenden Partei bei Terminierungen im Ausland entstehen und den damit nach den Ausführungen der beschwerdeführenden Partei verbundenen ‚weiteren Vermögensabfluss‘ stellt – wie auch der Wunsch nach einem Schutz der ‚Interessen der Branche im Verhältnis zu ausländischen Volkswirtschaften‘ – keinen Bezug zu den von der belangten Behörde zu berücksichtigenden Regulierungszielen gemäß § 1 Abs 2 und § 34 TKG 2003 bzw. Art 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG her.“*

b. Zum Vorbringen der A1 TA, dass die Festsetzung von (niedrigen) Terminierungsentgelten (auf der Basis von Pure LRIC) zu erheblichen Zahlungsabflüssen und Erlöseinbußen führen (vgl. dazu auch die Stellungnahme der Tele2 vom 22.11.2012 zu einem „negativen Nettoeffekt“) und keine Rücksicht auf die Wirtschaftskrise genommen werden würde ist auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20.06.2012 (betreffend Mobil-Terminierung, ZI 2009/03/0059) ausgeführt hat, dass der Schutz der Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste gegen Umsatzeinbußen ebensowenig zu den Regulierungszielen des TKG 2003 zählt wie die Berücksichtigung der „allgemeinen wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen“. Der Behörde ist eine Bedachtnahme auf „allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen“ verwehrt, soweit sich diese nicht in den gesetzlich festgelegten Regulierungszielen widerspiegeln.

Auch kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, inwieweit ein „Verlust des Carrier-Umsatzes“, wie von Tele2 in ihrer Stellungnahme vom 22.11.2012 vorgetragen, zu berücksichtigen wäre.

Zu den Ausführungen der Privatgutachter der A1 TA zum Erlösrückgang ist – ungeachtet dieser einschlägigen Judikatur – festzuhalten, dass es durch die Senkungen der Terminierungsentgelte entweder zu einer Verringerung des Net-Outflows vom Festnetz zum

Mobilnetz oder um eine Verringerung des Net-Outflows von kleineren Betreibern zu A1 TA kommt. Beide Effekte sind regulatorisch erwünscht: Im ersten Fall wird die „Subventionierung“ des (wachsenden) Mobilfunksektors durch den (schrumpfenden) Festnetzsektor reduziert, im zweiten Fall werden die Netto-Auszahlungen von kleineren Wettbewerbern an A1 TA (sowohl im Mobilfunk als auch im Festnetz) reduziert, was einen wettbewerbsintensivierenden Effekt hat (§ 1 Abs 1 TKG 2003).

Darüber hinaus ist auf die Feststellungen zu verweisen, aus denen sich ergibt, dass lediglich 10% des Gesamtumsatzes im Mobilfunk auf die Leistung der Terminierung entfällt. Die von Verfahrensparteien dargestellten „hohen“ Umsatzrückgänge beziehen sich damit auf einen bloß geringen Teil der gesamten Mobilfunkumsätze. Von einem unverhältnismäßigen Eingriff kann damit nicht die Rede sein.

c. Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung und einer Mobil-Mobil-Terminierung ist zum Einen festzuhalten, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede und unausgeglichenen Salden zwischen Mobilfunkbetreibern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht. Zum Anderen ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, der zu Folge eine Differenzierung (Fest-zu-Mobil- und Mobil-zu-Mobil-Zusammenschaltung) innerhalb eines einheitlichen Marktes der gebotenen einheitlichen Beurteilung widersprechen könnte (vgl Erkenntnis vom 25.6.2008, 2007/03/0211). So war auch im Rahmen der Definition des gegenständlichen Marktes nicht zwischen den unterschiedlichen Leistungen „Fest-zu-Mobil“- und „Mobil-zu-Mobil-Terminierung“ zu unterscheiden.

Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 stellt sicher, dass das angeordnete Entgelt in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt wird. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das marktmächtige Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung und foreclosure zu betreiben.

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

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

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäische Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung zu

tragen, war die Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 konkret zu fassen, sodass sichergestellt ist, dass die gemäß § 42 TKG 2003 auferlegten Entgelte zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden.

Die konkrete Form der Umsetzung dieser Verpflichtung wird der im Spruch genannten Verfahrenspartei überlassen.

Zu den näheren Regelungen für das anzuwendende Entgelt

Zum konkret festgelegten Entgelt wurde festgehalten, dass der Betrag in Cent und ohne Umsatzsteuer angeführt ist und weiters, dass das Entgelt tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig ist. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

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

6.3.3. Zur Verhältnismäßigkeit

Wie bereits ausgeführt, ist die konkret angeordneten Verpflichtungen iSv § 42 TKG 2003 iVm der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission als verhältnismäßig anzusehen, da keine weniger eingriffsintensiven Abhilfemaßnahmen festgestellt werden konnten, die den festgestellten Wettbewerbsproblemen ebenso wirksam begegnen.

7. Zur Aufhebung früherer Verpflichtungen

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.6.2009, M 1/08-[284-287] bzw. vom 22.2.2010, M 11/09-56, wurden der A1 TA [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] spezifische Verpflichtungen auferlegt, die auch nunmehr verfahrensgegenständliche Produkte bzw Leistungen betreffen. Mit Spruchpunkt C. des vorliegenden Bescheids werden der A1 TA [T-Mobile Austria GmbH, Orange Austria Telecommunication GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, Mundio mobile (Austria) Limited] erneut derartige spezifische Verpflichtungen auferlegt. § 37 Abs 1 TKG 2003 sieht vor, dass bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele aufgehoben, beibehalten, geändert oder neuerlich auferlegt werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit werden die bisher geltenden Verpflichtungen mit Zustellung des verfahrensgegenständlichen Bescheids aufgehoben.

III. Hinweis

Der gegenständliche Akt ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 3.12.2012

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé