

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 „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

A.2. Der Markt umfasst jenes geografische Gebiet innerhalb der Republik Österreich, in dem A1 Telekom Austria AG die Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ erbringt.

B. Gemäß §§ 36 Abs 1 iVm 37 Abs 1 TKG 2003 wird festgestellt, dass A1 Telekom Austria AG auf dem Markt iSd Spruchpunkte A. über beträchtliche Marktmacht verfügt.

C. Der A1 Telekom Austria AG werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

C.1. A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 38 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw Diensteanbietern erbringen, die Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. A1 Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die Terminierungsleistungen als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten.

C.2. A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten.

C.3. A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten betreffend die Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

Bis längstens 31.12.2013 ist die Zusammenschaltung sowohl auf der Ebene der 44 bestehenden Vermittlungsstellen der (bisherigen) niederen Netzebene der A1 Telekom Austria AG als auch auf der Ebene der 7 Hauptvermittlungsstellen zu ermöglichen. Sobald ein konkreter Netzübergangspunkt eines Zusammenschaltungspartners der A1 Telekom Austria AG auf der niederen Netzebene vollständig migriert ist, entfällt die Verpflichtung, diesem Zusammenschaltungspartner die Zusammenschaltung an diesem NÜP der niederen Netzebene zu ermöglichen.

Spätestens ab 1.1.2014 hat die Zusammenschaltung nur mehr an den Standorten der 7 Hauptvermittlungsstellen der A1 Telekom Austria AG zu erfolgen. Spätestens ab 1.1.2014 ist eine Zusammenschaltung an zumindest einem Standort der sieben Hauptvermittlungsstellen ausreichend, um den Sprachverkehr zu allen Zielen (Rufnummernbereichen) im österreichischen Festnetz der A1 Telekom Austria AG abzuführen.

C.4. Für die von A1 Telekom Austria AG erbrachte Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“ gelten gemäß § 42 TKG 2003 ab Zustellung des Bescheides ein maximales Entgelt pro Minute in der Höhe von Cent 0,137 in der Peak-Zeit und Cent 0,085 in der Off-Peak-Zeit.

Als „Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.

Als „Off-Peak-Zeiten“ gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr; Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr; Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

Die vorstehenden Entgelte sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeitabhängig (Peak, Off-Peak) und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

C.5. A1 Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 gegliedert in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln („getrennte Buchführung“). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- Erträge,
- Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),

- detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere die Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

D. Die der A1 Telekom Austria AG mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 5/09-149 vom 26.7.2010 auferlegten Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 mit Zustellung dieses Bescheids aufgehoben.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

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 30.7.2012 wurde das Verfahren M 1/12 mit dem auf den im Gutachten vom Juli 2012 identifizierten Märkten „Anrufzustellung in einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten“ eingeschränkten Verfahrensgegenstand aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit der Verfahrensführung unter der Geschäftszahl M 1.8/12 getrennt weitergeführt.

Am 15.10.2012 fand im Verfahren M 1.8/12 eine mittels Edikts vom 1.8.2012 anberaumte mündliche Verhandlung statt.

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

aicall telekommunikations-Dienstleistungs GmbH, Aplus Informationstechnologie G.m.b.H, atms Telefon- und Marketing Services GmbH („atms“), A1 Telekom Austria AG („A1 TA“), Brennercom Tirol GmbH, Cable & Wireless Austria GmbH, Cable & Wireless Austria GmbH, Colt Technology Services GmbH, Coolwave Communications B.V., Four Telecom Services GmbH & Co KG, Hutchison 3G Austria GmbH („H3G“), ikotec HandelsgmbH, Innosoft Theresia Hirschbichler KG, "IT-Technology" Gesellschaft für industrielle Elektronik und Informationstechnologie mbH, LIWEST Kabelmedien GmbH („Liwest“), mediainvent Service GmbH („mediainvent“), MASS Response Service GmbH, MITACS Telekomservice GmbH, Multikom Austria Telekom GmbH, NeoTel Telefonservice GmbH & Co KG, Orange Austria Telecommunication GmbH („Orange“), Orange Business Austria GmbH, Russmedia IT GmbH (vormals Teleport Consulting- und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H.), SCHREGO Communications Ltd, scom GmbH, SIPit Kommunikationsmanagement GmbH, Telekomservice GmbH, Telecom5 Business Systems GmbH, Telekom u. Sicherheitstechnik - Gerhard Valentek, Tele2 Telecommunication GmbH („Tele2“), T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“), UniCredit Business Integrated Solutions Austria GmbH (vormals Bank Austria Global Information Service GmbH), UPC Austria GmbH, UPC Austria Service GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC DSL Telekom GmbH, UPC Oberösterreich GmbH, UPC Telekabel-Wien GmbH, UPC-Fernsehtz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel-Fernsehtz Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft m.b.H. (gemeinsam „UPC“), Verizon Austria GmbH („Verizon“), Voxbone SA, Werner Berghammer RSD - Rapid Solution Development, WNT Telecommunication GmbH, xpirio Telekommunikation & Service GmbH und 1012-Festnetz-Service GmbH („1012“).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“

Terminierung (Anrufzustellung) ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr für im eigenen Netz liegende Netzabschlusspunkte von der letzten vor dem Netzabschlusspunkt liegenden und mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt des gerufenen Teilnehmers zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ist eine Vermittlungsstelle, an der mindestens ein Netzbetreiber zusammengeschaltet ist und somit Verkehr übergeben werden kann. Anbieter ist der Terminierungsnetzbetreiber, der für die Terminierungsleistung auf der Vorleistungsebene ein Entgelt erhält.

Es ist unerheblich, ob die Terminierung über POTS oder „Voice over Broadband“ (VoB) erfolgt bzw welche feste Infrastruktur (Kupferdoppelader, Koaxialkabel, Glasfaser o.a.) zugrunde liegt. Für „Voice over Internet“ (VoI) gibt es keine Terminierungsleistung.

Nachfrager der extern erbrachten Terminierungsleistung sind Verbindungsnetz- und Teilnehmernetzbetreiber, die Verbindungen realisieren sowie Dienstenetzbetreiber, die Anrufe zu zielnetztarifierten Diensten, die in ihrem Netz eingerichtet sind, im eigenen oder in fremden Netzen terminieren.

Neben der auf der Vorleistungsebene erbrachten „externen“ Terminierungsleistung wird die Terminierungsleistung netzinterner Gespräche als Eigenleistung erbracht.

Seit einigen Jahren bieten Mobilfunkbetreiber ihren Kunden an, geografische Rufnummern für Nebenstellenanlagen zu nutzen, um überwiegend mobile Teilnehmer zu erreichen. An der Nebenstellenanlage ist mindestens ein fester Netzabschlusspunkt vorhanden, der mit der geografischen Rufnummer adressiert wird und an dem Teilnehmer der Zugang zum öffentlichen Kommunikationsnetz ermöglicht wird. Dieser feste Netzabschlusspunkt kann leitungsgebunden sein oder über die Funkschnittstelle realisiert werden. Die Verkehrsströme zu diesem festen Netzabschlusspunkt sind ebenfalls als Terminierungsverkehr zu einem Teilnehmer in Telefonnetzen an festen Standorten zu betrachten, unabhängig davon, ob und wohin sie weitergeleitet werden, weil die Rufumleitung selbst wieder ein neues, vom Festnetz originierendes Gespräch darstellt.

Terminierung zu einem bestimmten Teilnehmer kann nur jener Betreiber anbieten, bei dem der Teilnehmer angeschlossen ist. Insofern kann die Terminierungsleistung eines bestimmten Betreibers nicht ersetzt werden. Dies gilt jedenfalls auf Vorleistungsebene, da Betreiber A eine Terminierungsleistung von B nachfragen muss, wenn ein Teilnehmer im Netz von A einen Teilnehmer in Netz von B anruft. Ein hypothetischer Monopolist könnte also seine Preise (um 5-10%) anheben, ohne einen entsprechenden Nachfragerückgang befürchten zu müssen.

Die Nachfrage nach Terminierung stellt eine abgeleitete Nachfrage dar und ergibt sich aus der Nachfrage der Teilnehmer anderer Netze nach einem Anruf zu einem Teilnehmer in ein anderes Netz. Insofern ist auch zu beurteilen, ob Teilnehmer anderer Netze im Falle einer 5-10%igen Preiserhöhung der Terminierungsleistung, die an eben diese Teilnehmer weitergegeben wird, Anrufe in Netz B in hinreichendem Ausmaß ersetzen würden.

Die Preiselastizität der Nachfrage nach Anrufen in ein bestimmtes Netz auf Endkundenebene ist nicht feststellbar.

Der Anteil der Terminierungskosten am Endkundenpreis liegt derzeit zwischen 18,6% und 46,1% (für die größten Festnetzbetreiber A1 TA, Tele2 sowie UPC) und ist somit nicht unwesentlich. Eine 10%ige Preiserhöhung der Terminierungsentgelte würde sich (bei vollständiger Weitergabe) in einer 1,86% bis 4,61%igen Endkundenpreiserhöhung niederschlagen. Aufgrund der relativ geringen Preiserhöhung und der großen Preisdifferenz zwischen fest-fest und fest-mobil Anrufen ist nicht davon auszugehen, dass genügend Substitution zu Anrufen in mobile Netze stattfinden würde, um einen (hypothetischen) Monopolisten für Festnetzterminierung in ein bestimmtes Netz hinreichend zu disziplinieren.

Insgesamt ist nicht davon auszugehen, dass ein (aktiver) Anruf fest zu fest oder mobil zu fest nach einer 5-10%igen Preiserhöhung der Terminierungsentgelte zu einer hinreichend großen Substitution zu fest-mobil oder mobil-mobil Anrufen führen kann.

Ebenso wird der angerufene Teilnehmer durch die Höhe der Terminierungsentgelte in seiner Entscheidung über die Wahl seines Netzes kaum beeinflusst werden, da er die Kosten des passiven Anrufs nach dem Calling Party Pays Prinzip nicht trägt. Daher wird eine Erhöhung des Terminierungsentgelts um 5-10% den angerufenen Teilnehmer in aller Regel nicht dazu bewegen, seinen Betreiber zu wechseln.

Terminierung lässt sich somit nicht durch andere Leistungen ersetzen, weshalb Terminierung in jedes Kommunikationsnetz, in dem Teilnehmer angeschaltet sind, einen eigenen Markt bildet. Dies gilt unabhängig von der zu Grunde liegenden festen Infrastruktur und der eingesetzten Technologie.

Terminierung zu zielnetztarifierten Diensterufnummern gibt es in dieser Form nicht, da die Diensterufnummer in aller Regel in eine geografische oder mobile Rufnummer

„umgerechnet“ wird und dort terminiert, wobei gegebenenfalls entsprechend Terminierungsentgelte anfallen.

Es besteht kein gemeinsamer Markt für Sprach- und Datenverkehr. Aufgrund der höheren Wettbewerbsintensität der Leistungserstellung kann die Terminierung von schmalbandigem Datenverkehr im Rahmen des Terminierungsmarktes außer Betracht bleiben.

Das räumliche Ausdehnungsgebiet des gegenständlichen Marktes ist das Bundesgebiet; geographische Unterschiede in den Wettbewerbsverhältnissen können nicht festgestellt werden.

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei A1 TA betreibt ein öffentliches Telefonnetz, in welches terminiert wird und sie Umsätze aus Terminierungsleistungen erzielt. Der Markt für Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der A1 TA an festen Standorten bildet somit den relevanten, hier gegenständlichen Markt.

Die Vorleistung der Terminierung kann durch keinen anderen Anbieter erbracht werden als den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet ist. Sohin handelt es sich um einen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt.

2. Zur Wettbewerbsanalyse des gegenständlichen Marktes „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der A1 Telekom Austria AG“

2.1. Spezifika der Terminierungsmärkte

Die Festnetzterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses als Calling-Party-Pays-Prinzip (CPP) bezeichnete Tarifsysteem 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.

2.2. Markteintrittsbarrieren

Die Markteintrittsbarrieren sind unendlich hoch, die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen auf die Struktur der bestehenden betreiberindividuellen Terminierungsmärkte und konstituiert einen eigenen Markt.

Die Kontrolle über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur obliegt gänzlich dem Teilnehmernetzbetreiber.

2.3. Marktanteile und Größenverhältnisse

Jeder Betreiber hat auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt 100 % Marktanteil.

Die Größe des Unternehmens ist generell in der Beurteilung des Wettbewerbs auf seinem Terminierungsmarkt zu vernachlässigen, da ein größeres Unternehmen auf seinem Markt genauso über Marktmacht verfügt wie ein kleines Unternehmen. Die Größe kann insbesondere bei der Beurteilung nachfrageseitiger Gegenmacht einerseits und der Beurteilung potenzieller Wettbewerbsprobleme andererseits von Bedeutung sein, als die

(potentiell) auftretenden Wettbewerbsprobleme bei großen Unternehmen anders sein können als bei kleinen.

Da es sich bei den Terminierungsmärkten um resistente Monopolmärkte handelt, bleibt letztlich die Nachfrageseite die einzige Kraft, die die bisher indizierte Marktmacht der A1 TA disziplinieren könnte.

2.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, so dass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten.

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

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

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

2.4.1. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene

2.4.1.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch rufende Teilnehmer aus anderen Netzen

In diesem Fall steht der rufende Kunde (der entweder Kunde eines anderen Festnetzanbieters oder aber eines Mobilfunkbetreibers sein kann) in der Regel weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten. Der Anrufer wird also de facto kaum eine Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Festnetzbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln kann und wird – es bedarf immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters (der die Endkundenentgelte festlegt). Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Festnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber ausgeübt werden. Dieser hat bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse, zugunsten seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene, auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistischen Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann.

2.4.1.2. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Kunden des eigenen (Teilnehmer-) Netzbetreibers

Ein Kunde eines Netzbetreibers könnte dann Interesse an niedrigeren Terminierungsentgelten seines Netzbetreibers haben, wenn ihm die Ausgaben des Anrufers hinreichend wichtig sind, sodass er bei der Wahl des Terminierungsbetreibers die Kosten des anderen berücksichtigt (Internalisierung externer Effekte).

Dies erfolgt in der Regel im privaten Bereich durch Familienverbände oder Gruppierungen, die gemeinsam die Kosten aller Mitglieder tragen. Da private Personen aufgrund ihrer geringen Nachfragemengen keinen hinreichenden Druck auf Terminierungsnetzbetreiber ausüben können, werden sie nicht weiter berücksichtigt. Allgemein gilt, dass die Kosten der Erreichbarkeit bei der Netzauswahl kaum eine Rolle spielen. Bei einzelnen privaten Personen ist schließlich schon aufgrund ihrer geringen Nachfragemengen das Vorliegen ausreichender nachfrageseitiger Gegenmacht auszuschließen.

Die Kosten der Erreichbarkeit bei der Netzauswahl spielen auch bei Unternehmen nur eine untergeordnete Rolle. Dennoch haben Unternehmen Interesse daran, unternehmensintern günstig telefonieren zu können bzw haben manche Unternehmen Interesse daran, günstig von anderen Teilnehmern (zB Kunden oder potentiellen Kunden) erreicht zu werden.

Ein Unternehmen hat Interesse daran, dass Mitarbeiter an verschiedenen festen Standorten günstig untereinander kommunizieren oder dass Mitarbeiter mobil andere Mitarbeiter an festen Standorten günstig anrufen können. Dafür eignen sich Virtual Private Network (VPN) Lösungen aus der Hand eines Anbieters, die zumeist einen monatlichen Pauschalbetrag vorsehen und in denen Gespräche innerhalb des Unternehmens zu festen oder mobilen Anschlüssen gegebenenfalls im vereinbarten Rahmen ohne weitere Kosten getätigt werden können. Damit wird die nachfrageseitige Gegenmacht auf Terminierungsentgelte grundsätzlich unterhöhlt, denn diese Anrufe werden der externen Terminierung entzogen. Gleichzeitig entsteht der Anreiz, die Anschlüsse bei einem einzigen Betreiber zu beziehen. Selbst wenn keine VPN Lösung aus einer Hand gewählt wird (dh etwa Mitarbeiter über mobile Anschlüsse eines Betreibers will Kollegen an Festnetzanschlüssen eines anderen Betreibers erreichen), wird das Unternehmen wenig Anreize haben, nachfrageseitige Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte des Festnetzbetreibers auszuüben, um die Mobilendkundenentgelte zu senken. Denn beinahe alle Mobilnetzbetreiber verrechnen Endkundentarife zu Festnetzen, die in der Höhe der oder sogar unter den Terminierungsentgelten im Festnetz liegen oder in denen die Gespräche zu Festnetzen in den Grund- bzw Pauschalentgelten bereits enthalten sind („flat-rates“). Bei größerem Verkehrsaufkommen ins Festnetz sind auch Mobilnetzbetreiber bereit, spezielle Tarife für Anrufe ins Festnetz (wie zum Beispiel Paketlösungen oder im Grundentgelt inkludierte Gesprächsminuten zu Festnetzen) anzubieten, ist es doch ihr Interesse, das Unternehmen als Kunden zu halten. Aufgrund der niedrigen Endkundentarife im Mobilfunkbereich besteht im Allgemeinen kein Grund für den Kunden, eine nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen.

Wenn ein Unternehmen günstig von seinen Kunden (unternehmensexterne Gespräche) erreicht werden will, bietet der Markt geeignete Produkte/Leistungen, um dem Interesse des Unternehmens Rechnung zu tragen. Mit entgeltfreien Rufnummern oder Rufnummern mit geregelten Tarifobergrenzen könnten rufende Kunden das Unternehmen kostenlos bzw zu günstigen Tarifen erreichen.

Selbst wenn solche Produkte/Leistungen für ein Unternehmen nicht geeignet wären (da es zum Beispiel günstig über eine geografische Rufnummer erreicht werden will), ist es praktisch ausgeschlossen, dass es gegenüber dem Terminierungsnetzbetreiber eine Senkung der Terminierungsentgelte durchsetzen kann, da eine solche Reduktion die Terminierungsleistung per se und damit sämtlichen Terminierungsverkehr des Netzbetreibers betrifft. Daher würde der Netzbetreiber dem nur zustimmen, wenn der Entgang dieser Einnahmen aus der Terminierungsleistung niedriger als der Profitentgang durch den Verlust des Unternehmens als Kunden ist. Dies wird aber in aller Regel nicht der Fall sein. Selbst wenn der Terminierungsnetzbetreiber die Absenkung die aus anderen Netzen rufenden Teilnehmer erreicht, dh sich in deren Endkundentarifen widerspiegelt, also von deren Netzbetreiber tatsächlich weitergegeben wird. In welchem Ausmaß dies passiert, hängt nicht zuletzt von der Größe des anrufenden Netzes bzw der Wettbewerbsintensität auf den Endkundenmärkten ab. Insbesondere wenn die Endkundentarife keine betreiberspezifischen Entgelte vorsehen, wird sich eine Senkung der Terminierungsentgelte (eventuell mit Ausnahme jener der A1 TA) nur im geringen Maße auswirken, sodass der Anrufer davon nicht profitiert. Somit ist die Gegenmacht auf Endkundenebene auf Senkung der Terminierungsentgelte kein geeignetes Mittel, um niedrigere Endkundenentgelte und damit die günstige Erreichbarkeit sicherzustellen.

2.4.1.3. Schlussfolgerung

Insgesamt ist festzustellen, dass weder Privatkunden noch Unternehmen ausreichend Anreiz oder Möglichkeit dazu haben, nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben, um eine Senkung der Terminierungsentgelte beim eigenen oder beim gerufenen Netz durchzusetzen.

2.4.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene

Potenziell mehr Verhandlungsmacht als Endkunden haben die Nachfrager auf der Vorleistungsebene, da sie die Nachfrage (der Endkunden) nach Terminierungsleistungen bündeln (Aggregation der aus der Endkundennachfrage abgeleiteten Nachfrage) und zumindest große Nachfrager mit den Anbietern über Konditionen der Zusammenschaltung verhandeln. Auch hier gilt, dass Verhandlungsmacht eher dann gegeben sein wird, wenn ein großer Teil der Nachfragemenge auf wenige Kunden konzentriert ist. In diesem Fall verfügen nachfragestarke Kunden über ein effektives Drohpotenzial, mit dem sie eher imstande sein könnten, ihre Preisvorstellungen gegenüber dem Monopolisten durchzusetzen.

Aufgrund gesetzlicher Bestimmungen zur Sicherung der Erreichbarkeit sind die Betreiber verpflichtet, über Zusammenschaltung zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung entscheidet die Regulierungsbehörde, deren Anordnung eine vertragsersetzende Wirkung zukommt. Diese Rückfallposition führte in der Vergangenheit dazu, dass der Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde in den Verhandlungen zentrale Bedeutung zukam und die Verhandlungsmacht bzw der Wille zur Einigung dadurch stark eingeschränkt wurden. Öffnungsklauseln in den Verträgen, welche eine Anpassung an aktuelle Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsahen, unterstrichen die Rolle der Behörde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zustande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden. Bei den folgenden Feststellungen ist eine (hypothetische) Verhandlungssituation ohne jegliche Regulierung auf den Märkten für Terminierung bzw mit einseitiger Regulierung (dh, dass der Betreiber, dessen Marktmacht untersucht wird, auf seinem Terminierungsmarkt nicht reguliert ist, die anderen Betreiber hingegen schon („modifizierter Greenfield approach“) der Ausgangspunkt.

Grundsätzlich gibt es folgende Möglichkeiten in Verhandlungen entsprechenden Druck auszuüben, um die Terminierungsentgelte der Gegenseite zu senken:

- a) Verweigerung der Zusammenschaltung oder eine empfindliche Senkung der nachgefragten Menge (und damit im Zusammenhang stehende Verhaltensweisen, wie prohibitiv hohe Preise verlangen, Verzögerung der Zusammenschaltung uä),
- b) Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde zur Streitschlichtung,
- c) Im Gegenzug hohe Terminierungsentgelte verlangen,
- d) Im Falle von Drittmarktkontakten: Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten.

Da alternative Netzbetreiber unterschiedliche Positionen in den Verhandlungen gegenüber A1 TA haben, wird unterschieden, ob sie als Verbindungsnetzbetreiber (VNB) tätig sind und selbst keine Terminierungsentgelte setzen, da sie keine Teilnehmer angeschlossen haben (one-way access), als Festnetzterminierungsnetzbetreiber tätig sind und damit auf denselben Endkundenmärkten konkurrieren (two-way access) oder als Mobilfunknetzbetreiber tätig sind und damit auf verschiedenen Endkundenmärkten tätig sind (two-way access).

2.4.3. Verweigerung der Zusammenschaltung und Mengenrücknahme

In Ermangelung der Möglichkeit zu einem alternativen Anbieter zu wechseln, verbleibt dem Nachfrager im Fall einer Erhöhung der Terminierungsentgelte durch das terminierende Netz die Verweigerung der Zusammenschaltung als eines der wenigen Instrumente zur Durchsetzung seiner Interessen. Eine Verweigerung der Zusammenschaltung ist jedoch praktisch aus mehreren Gründen nicht zu erwarten bzw nicht möglich: Zunächst würde das

Angebot eines Betreibers Attraktivität für Endkunden verlieren, wenn bestimmte Teilnehmer (anderer Netze) aus seinem Netz nicht erreichbar sind, aus anderen Netzen hingegen schon. Allenfalls gegenüber sehr kleinen Netzen bzw neu in den Markt eintretenden Betreibern wäre eine Verweigerung ohne großen wirtschaftlichen Schaden denkbar. Selbst in diesen Fällen würde jedoch eine Verweigerung der Zusammenschaltung (ohne zu verhandeln) gegen die Bestimmungen des TKG 2003 (§§ 48, 49 TKG 2003) verstoßen. In einem solchen Fall würde der andere Betreiber voraussichtlich ein Streitschlichtungsverfahren bei der Regulierungsbehörde einleiten. Die Verweigerung der Zusammenschaltung kann dann nicht dauerhaft aufrechterhalten werden.

Anstatt die Zusammenschaltung überhaupt zu verweigern, könnte der nachfragende Netzbetreiber auch drohen, die nachgefragte Menge stark zu reduzieren. Der nachfragende Netzbetreiber kann jedoch nicht direkt auf die Nachfragemenge Einfluss nehmen, wird doch die nachgefragte Menge durch das Telefonieverhalten der angeschlossenen Kunden bestimmt (und ist daher abgeleitet). Die einzige Möglichkeit, die dem Netzbetreiber bleibt, die Nachfragemenge zu senken (und somit Druck auszuüben) ist, entsprechend hohe Endkundenentgelte für Gespräche in das jeweilige Zielnetz zu verlangen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Endkunde das jeweilige Zielnetz identifizieren kann. Dies ist bei Mobilnetzbetreibern in der Regel der Fall, nicht aber bei unterschiedlichen Festnetzbetreibern. Eine solche Maßnahme ist daher schon deswegen sehr unwahrscheinlich. Darüber hinaus schmälert eine solche Tarifierhöhung auch die Attraktivität der Tarifangebote auf dem Endkundenmarkt, sodass der Telekomanbieter sich letztlich gegebenenfalls selbst in seiner Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten einen größeren Schaden zufügt als dem Terminierungsnetzbetreiber.

Es ist als nicht davon auszugehen, dass über die Androhung der Verweigerung der Zusammenschaltung bzw über die Androhung der Rücknahme der nachgefragten Menge hinreichend große nachfrageseitige Gegenmacht ausgeübt werden kann, sodass ein Terminierungsnetzbetreiber keine überhöhten Entgelte verlangen kann.

2.4.4. Drohung der Anrufung der Regulierungsbehörde (Streitschlichtungsverfahren)

Prinzipiell besteht die Möglichkeit bei Verhandlungen der Terminierungsentgelte zu drohen, ein Streitschlichtungsverfahren bei der Regulierungsbehörde einzuleiten, um eine Senkung der Entgelte zu erwirken. Das kann eine wirksame Drohung sein, wenn der Terminierungsanbieter als Folge des Streitschlichtungsverfahrens eine deutliche Absenkung seiner Terminierungsentgelte erwartet. Diesfalls könnte er geneigt sein, durch eine Absenkung, die geringer wäre als das erwartete Ergebnis des Streitschlichtungsverfahrens, ein solches abzuwenden, andernfalls würde es der Anbieter auf das Verfahren ankommen lassen.

Der Ausgang des Streitschlichtungsverfahrens ist zwar ungewiss, die Erwartungshaltung beider Parteien (und damit ihre Bereitschaft zur Einigung über die Höhe der Terminierungsentgelte) dürfte aber wesentlich durch bisherige Erfahrungen mit Streitschlichtungen bzw Praxis der Regulierungsbehörde in der Vergangenheit beeinflusst werden. Die Zusammenschaltungsverpflichtung wird zwar durchgesetzt, aber der Maßstab bei der Berechnung der Entgelte nicht kostenorientierte Entgelte ist die Angemessenheit, wenn zuvor nicht die Marktmacht der betreffenden Unternehmen auf ihrem jeweiligen Terminierungsmarkt festgestellt wurde. Das Argument, dass gegenwärtig in einem Streitschlichtungsverfahren für Terminierung wohl kostenorientierte Entgelte festgelegt würden und daher nachfrageseitige Gegenmacht besteht, ist zirkulär, da dies von der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht in der Vergangenheit abhängig ist. In einem unregulierten Umfeld kann also nicht davon ausgegangen werden, dass über die Androhung eines Streitschlichtungsverfahrens nachfrageseitige Gegenmacht in hinreichendem Ausmaß ausgeübt werden kann, um effiziente kostenorientierte Entgelte durchzusetzen.

2.4.5. Vergeltung – Verlangen hoher Terminierungsentgelte

Die nachfrageseitige Gegenmacht durch Verlangen hoher Terminierungsentgelte im Gegenzug wird separat für drei verschiedene Gruppen von Betreibern untersucht: Verbindungsnetznetzbetreiber im Festnetz, Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz und Mobilnetzbetreiber. Reine Verbindungsnetzbetreiber haben selbst keine Teilnehmer angeschlossen und können daher keine Terminierungsentgelte setzen (one-way access). Dadurch ist die nachfrageseitige Gegenmacht bei der Verhandlung von Terminierungsentgelte a priori stark eingeschränkt. Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz sowie Mobilnetzbetreiber können selbst Terminierungsentgelte setzen (two-way access), wodurch potentiell die Ausübung nachfrageseitiger Gegenmacht möglich ist.

2.4.6. Nachfragemacht der (reinen) Verbindungsnetzbetreiber (VNB) gegenüber A1 TA

Der nachfragende VNB hat – wie bereits oben ausgeführt – nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann daher auf überhöhte Forderungen von A1 TA nicht mit einer ähnlichen Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich Vorleistungskosten für den VNB dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen und damit einen Wettbewerbsnachteil für den VNB darstellen. Da VNB direkt die Endkunden der A1 TA bedienen und damit an den nachgelagerten Märkten mit ihr unmittelbar im Wettbewerb stehen, besteht für A1 TA ein Anreiz, entweder auf Vorleistungsebene durch überhöhte Preise die gesamte Monopolrente abzuschöpfen oder aber durch unangemessene Entgelte die Kosten der VNBs zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung die VNB von Endkundenmärkten abzuhalten.

Der VNB kann einem solchen Verhalten nichts entgegen setzen, da er im Gegenzug keine höheren Terminierungsentgelte verlangen oder sonst irgendwelche Parameter setzen kann, das die A1 TA in ihrem Verhalten disziplinieren könnten. Selbst wenn der VNB große Mengen an Terminierungsleistung von A1 TA bezieht, kann er keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben, da diese Menge an Terminierungsminuten bei Wegfall des VNB zunächst A1 TA wieder als Eigenleistung zufallen würde. VNB konnten alleine aufgrund einer entsprechenden Regulierung von der A1 TA in den Markt einsteigen und es ist daher nicht davon auszugehen, dass VNB ohne diese Regulierung überhaupt existieren würden, genausowenig wie nachfrageseitige Gegenmacht ausüben zu können.

Einige VNBs – insbesondere der größte VNB Tele2 – sind jedoch auch Teilnehmernetzbetreiber und können als solche eigene Terminierungsentgelte setzen.

2.4.7. Nachfragemacht der Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz gegenüber A1 TA

In diesem Fall bietet A1 TA Terminierungsleistungen in ihr Netz an und fragt beim anderen alternativen Netzbetreiber Terminierungsleistung nach (two-way-access), zugleich steht sie auf einem oder mehreren Endkundenmärkten mit diesem Zusammenschaltungspartner im Wettbewerb. Grundsätzlich hat A1 TA einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Monopolhöhe zu setzen, um den Profit zu maximieren bzw ein hohes Entgelt zu setzen, um Foreclosure zu betreiben.

Einem solchen Missbrauch der Marktmacht können die alternativen Netzbetreiber wenig entgegensetzen. Zwar könnten sie – in einem Umfeld ohne Regulierung – im Gegensatz zu den VNB ebenfalls mit höheren Terminierungsentgelten drohen, doch ob diese Drohung einen hinreichenden Druck auf A1 TA ausübt, ihre Terminierungsentgelte zu senken, darf bezweifelt werden, weil Terminierung bei A1 TA für alternative Festnetzbetreiber aufgrund der (relativen) Größe von A1 TA wesentlich wichtiger ist als es die Terminierung beim

alternativen Betreiber für A1 TA ist. So würde sich ein hohes Terminierungsentgelt bei A1 TA sehr stark in den Endkundenpreisen der alternativen Betreiber niederschlagen, weil in der Regel ein relativ hoher Anteil von Anrufen in das Netz der A1 TA geht. Gleichzeitig würden sich hohe Terminierungsentgelte kleiner Netze kaum in den Endkundenpreisen der A1 TA niederschlagen, da nur ein relativ geringer Anteil an Anrufen in diese Netze geht.

Nur eine bestimmte Größe und ein bedeutendes Volumen an Terminierungsminuten eines alternativen Netzbetreibers können unter bestimmten Umständen zu einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis führen. Die beiden größten Terminierungsmärkte alternativer Netzbetreiber, Tele2 und UPC, weisen ein im Vergleich zur A1 TA kleines Netz auf, sodass auch sie kaum als gleichwertige Verhandlungspartner nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können. Tele2 und UPC haben zwar wahrscheinlich eine Größe erreicht, bei der A1 TA nicht vollkommen auf die gegenseitige Terminierungsleistung verzichten kann und daher die Terminierungsleistung nicht von vornherein verweigern würde. Dennoch kann sie statt der Verweigerung des Zugangs ihre Terminierungspreise auf Monopolhöhe setzen. Der andere Netzbetreiber könnte wiederum mit dem Missbrauch seiner eigenen Marktposition durch Setzen exzessiver Preise reagieren, ohne dass dadurch A1 TA vom Monopolpreis abrücken würde, weil sie aufgrund der Größenverhältnisse dadurch weitaus geringer betroffen ist als im umgekehrten Fall.

Ein anderes Ergebnis wäre allenfalls dann denkbar, wenn der Verkehr zwischen den Betreibern symmetrisch ist und die Kostenstruktur ähnlich ist. Ist dies der Fall, so ist nicht auszuschließen, dass Verhandlungen zu kostenorientierten, reziproken Terminierungsentgelten zwischen den „großen“ Betreibern führen, sie könnten aber auch überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte zur Folge haben. Eine solche Lösung ist aber nicht auf nachfrageseitige Verhandlungsmacht zurückzuführen, sondern auf die spezifische Situation bei der Verhandlung über wechselseitig zu verrechnende Entgelte zwischen Betreibern mit gleichen Kosten und symmetrischen Verkehr. Bei symmetrischem Verkehr sind die Profite in der Zweibetreiberbetrachtung von der Höhe der Terminierungsentgelte unabhängig (Profitneutralität). Die Verrechnung von wechselseitig kostenorientierten Preisen wäre daher allenfalls vorstellbar, wenn die Terminierungsentgelte, die anderen Betreibern verrechnet werden, davon nicht tangiert wären. In dem Maße, in dem die Gefahr besteht, dass dieser bilateral verhandelte Preis (zB auf Grund von Arbitragegeschäften) zu einem sektorweiten Preis werden könnte, schwindet das Interesse an wechselseitig kostenorientierten Entgelten.

Betrachtet man die In-Out Ratios zwischen A1 TA und UPC bzw A1 TA und Tele2, zeigt sich jedoch, dass der Verkehr nicht symmetrisch ist. Bei (deutlich) asymmetrischem Verkehr ist die Profitneutralität jedenfalls verletzt. In diesem Fall hat der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (Net-Inflow) einen Anreiz, die Terminierungsentgelte über Kosten zu setzen, da ihm dies einen Überschuss aus Terminierung beschert – rationalerweise den Überschuss maximierende Monopolpreise. Dies ermöglicht es ihm nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern eine solche Preispolitik stärkt auch seine Wettbewerbsposition gegenüber dem Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt: Erstens hat der Konkurrent mit dem Net-Outflow – bei Preisen über Kosten – ein Defizit (Preise auf Höhe der Kosten würden das Defizit neutralisieren). Zweitens fällt der Raise-each-others-cost-Effekt beim Konkurrenten mit einem Net-Outflow deutlich höher aus als bei symmetrischem Verkehr. Drittens verfügt der Betreiber auf Grund der höheren Gesamtmenge aus Terminierungsleistungen über ein höheres „Budget“ für den Wettbewerb um Teilnehmer am Endkundenmarkt. Betreiber mit einem positiven Saldo haben wenig Interesse, vom Monopolpreis abzuweichen. Damit ist eine Verhandlungslösung mit reziproken kostenorientierten Entgelten auszuschließen. Auch wenn der Betreiber mit dem negativen Verkehrssaldo – nicht zuletzt auf Grund des Net-Outflows – ein gesteigertes Interesse an (reziproken) kostenorientierten Entgelten haben sollte, hat er keine Möglichkeit, dies

durchzusetzen. Vielmehr wird er sein eigenes Terminierungsentgelt erhöhen, um die Auszahlungen möglichst gering zu halten.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass alternative Terminierungsnetzbetreiber keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben können, die A1 TA in der Ausübung ihrer Marktmacht einschränkt.

2.4.8. Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber A1 TA

Grundsätzlich hat A1 TA einen Anreiz, Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Die Höhe des Monopolpreises hängt - wie bereits dargelegt - von der Elastizität der Nachfrage ab. Da die A1 TA der bedeutendste Festnetzbetreiber ist und die meisten Minuten terminiert, ist davon auszugehen, dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte sich in den Endkundertarifen der Mobilbetreiber zumindest teilweise wieder findet, da ihre Kosten steigen. Eine Anhebung des Terminierungsentgelts über den Monopolpreis wäre daher aufgrund des Nachfragerückgangs unattraktiv, sodass der Monopolpreis den Profit der A1 TA maximiert.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum Terminierungsentgelte für die Mobilterminierung festsetzt, kann einem solchen Monopolpreis der A1 TA dadurch entgegenwirken, dass er gegebenenfalls selbst für die Mobilterminierung einen Monopolpreis verlangt. Die Reaktion der A1 TA auf eine solche Monopolpreissetzung wird nicht eine Reduktion ihrer eigenen Terminierungsentgelte sein, da sie keine Anreize hat, ihren Profit zu schmälern und eine Reduktion ihrer Terminierungsentgelte nicht notwendigerweise zu einem Absenken der Mobilterminierungspreise führen muss.

Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein, ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorhaben zu halten hat. Einem solchen Betreiber gegenüber kann eine A1 TA ohne Regulierungsverpflichtung ihre volle Marktmacht ausüben.

Somit lässt sich feststellen, dass (auch) Mobilnetzbetreiber keine die A1 TA auf deren Terminierungsmarkt hinreichende disziplinierende nachfrageseitige Gegenmacht haben.

2.4.9. Multimarktkontakte

Bei der Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht über Multimarktkontakte wird von der Hypothese ausgegangen, dass Druck auf die Terminierungsentgelte auch dadurch ausgeübt werden könnte, indem in anderen Bereichen, in denen die Vertragspartner miteinander in Beziehung stehen, mit Preiserhöhungen, in der Verweigerung von Lieferungen oder dem Kauf anderer Leistungen gedroht wird, falls kein erwartungskonformes Ergebnis bei Terminierungsentgelten erreicht wird. Dies setzt daher voraus, dass auf dem Markt, aus dem die Drohung kommt, der die Terminierung nachfragende Betreiber sich unabhängig von Wettbewerbern verhalten kann. Ansonsten würde eine Androhung der Preiserhöhung oder Verweigerung der Leistung zu einem Wechsel des Anbieters führen und bliebe letztlich für die Forderung nach Senkung der Terminierungsentgelte weitgehend ergebnislos.

Bisher wurde noch nie beträchtliche Marktmacht eines alternativen Festnetzbetreibers auf einem Markt für elektronische Kommunikationsdienste festgestellt – mit Ausnahme des Terminierungsmarktes, auf dem das Regulierungsinstrument der Preiskontrolle auferlegt wurde. Im Verhältnis zu A1 TA ist darüber hinaus festzustellen, dass alternative Festnetzbetreiber in der Regel wesentlich mehr Auszahlungen an A1 TA haben als umgekehrt. Eine nachfrageseitige Gegenmacht der alternativen Festnetzbetreiber gegenüber A1 TA und untereinander basierend auf Multimarktkontakten kann ebenfalls ausgeschlossen werden.

2.5. Weitere Indikatoren

- a. Die Kontrolle über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur obliegt gänzlich dem Teilnehmernetzbetreiber.
- b. Da keine anderen Mitbewerber auf dem Markt agieren, sind die Indikatoren wie der „technologische Vorsprung“, „Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation“, „Ausmaß von Produktdifferenzierung“ und „Zugang zu Finanzmitteln“ oder die „Marktphase“ nur von untergeordneter Bedeutung. Das Unternehmen braucht sich auf dem Markt keine Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen verschaffen.
- c. Ein marktgesteuertes Verhalten bei der Preissetzung konnte bislang aufgrund der Regulierung der Terminierungsleistungen aller Betreiber nicht beobachtet werden.
- d. Die Indikatoren „Skalenerträge und „Verbundvorteile“ bzw „vertikale Integration“ können ebenfalls keinen Beitrag zur Beurteilung der Wettbewerbssituation auf den Monopolmärkten leisten. Die Möglichkeit zur Marktmachtübertragung wird aber wesentlich durch den Grad der vertikalen Integration bestimmt.

2.6. Schlussfolgerung

A1 TA verfügt aus ökonomischer Sicht auf ihrem individuellen Terminierungsmarkt (wie auch die anderen Terminierungsnetzbetreiber) über beträchtliche Marktmacht. Da der Terminierungsnetzbetreiber der einzige Anbieter auf „seinem“ Markt ist, ist eine Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, hinfällig.

2.7. Potentielle Wettbewerbsprobleme

Eine mögliche Ausübung der festgestellten Marktmacht wurde seit Beginn der Liberalisierung der Festnetzmärkte im Jahre 1998 weitestgehend unterbunden, da die Terminierungsleistung der A1 TA reguliert wurde. Sogar können die beschriebenen Wettbewerbsprobleme nicht konkret am Markt beobachtet werden, sondern werden aus der Anreizstruktur der marktmächtigen Unternehmen abgeleitet.

Die potentiellen Wettbewerbsprobleme dieses Marktes lassen sich in zwei Kategorien unterscheiden:

- Marktmachtmissbrauch auf dem Terminierungsmarkt: Die Wettbewerbsprobleme bestehen auf den Terminierungsmärkten; das Unternehmen versucht überhöhte Preise zu setzen.
- Marktmachtübertragung auf andere Märkte: Das marktmächtige Unternehmen ist auf mehreren Märkten aktiv und versucht, die Marktmacht auf seinem Terminierungsmarkt auf andere Märkte zu übertragen, um einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen oder seine Marktmacht auf anderen Märkten zu stärken.

2.7.1. Marktmachtmissbrauch auf dem Markt

2.7.1.1. Überhöhte Terminierungsentgelte

Das marktmächtige Unternehmen kann überhöhte Terminierungsentgelte setzen, ohne einer nachfrageseitigen Gegenmacht ausgesetzt zu sein. Die Hauptquelle des Wettbewerbsproblems liegt im Calling Party Pays Prinzip: Nur der Anrufer zahlt, der Angerufene trägt die Kosten des Anrufenden in aller Regel nicht. Dadurch hat der

Terminierungsnetzbetreiber, der gleichzeitig die Terminierungsentgelte setzt und als Kunden den Angerufenen aber nicht den Anrufer hat, einen Anreiz überhöhte Preise zu verlangen, ohne dass sein eigener Kunde betroffen ist. Das führt zu allokativer Ineffizienz und einer verzerrten Preisstruktur.

Diesen Anreiz, überhöhte Entgelte zu verlangen, hat jeder Terminierungsnetzbetreiber unabhängig von der Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer und seiner Marktgröße, da jeder Betreiber mit dem Monopolpreis seinen Profit maximieren kann. Das Wettbewerbsproblem „überhöhte Preise“ trifft somit gleichermaßen auf alle Festnetzterminierungsnetzbetreiber zu.

2.7.2. Marktmachtübertragung auf andere Märkte

2.7.2.1. Zugangsverweigerung

A1 TA kann aufgrund ihrer Marktmacht am Terminierungsmarkt bei fehlender Regulierung diese auf andere Märkte übertragen, indem sie alternativen Betreibern den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Dies umfasst auch Situationen, wo sie die Leistung zu unangemessenen Konditionen bereitstellt. Da A1 TA der mit Abstand größte Festnetzbetreiber ist, kann sie durch eine Zugangsverweigerung bzw unangemessene Konditionen andere Betreiber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen oder ihre Kosten erhöhen und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Da sie in Folge einem geringeren Wettbewerbsdruck ausgesetzt wäre und höhere Gewinne erwirtschaften könnte, besteht auch ein Anreiz zu einem solchen Verhalten.

2.7.2.2. Nicht preisbezogene Aspekte

Nicht preisbezogene Aspekte betreffen Verzögerungen, ungerechtfertigte Konditionen bzw Qualität und Bündelung von Produkten.

Durch Verzögerungen bei der Zusammenschaltung oder der Leistungsbereitstellung kann A1 TA ebenfalls die Konkurrenten auf den nachgelagerten Märkten benachteiligen und so Markteintrittsbarrieren für diese Märkte errichten bzw den Markteintritt verzögern. Weiters könnte A1 TA Mitbewerber durch ungerechtfertigte Änderungen von Zusammenschaltungspunkten und Erhöhungen der Anzahl an lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen benachteiligen.

Horizontale Marktmachtübertragung zwischen Märkten, deren Produkte komplementär sind, ist dann möglich, wenn das Unternehmen, das auf einem Markt über Marktmacht verfügt, ein Bündel zwischen den Produkten anbietet, das von anderen Unternehmen nicht repliziert werden kann. Mit Bündelprodukten von Terminierungsleistung und anderen Leistungen kann A1 TA die Marktmacht auf andere Märkte übertragen und dadurch den Konkurrenten auf anderen Märkten schaden. Dies gilt insbesondere für die Bündelung der Terminierungs- mit der Transitleistung. Das Wettbewerbsproblem besteht darin, dass die gegebenenfalls überhöhten Preise nun nicht für die Terminierungsleistung, sondern für die im Bündel enthaltene Transitleistung verlangt werden und daher eine allfällige Regulierung der Terminierungspreise ins Leere geht. Der Terminierungsnetzbetreiber überträgt seine Marktmacht auf den Transitmarkt.

2.7.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

Überhöhte Terminierungsentgelte von A1 TA können auch zu einem Margin Squeeze führen, wenn sich A1 TA die Terminierung gleichzeitig unternehmensintern billiger anbietet (dh der interne Verrechnungspreis liegt unter dem Preis für andere Unternehmen). Dadurch könnte A1 TA am Endkundenmarkt bessere Konditionen als die Mitbewerber anbieten. Dass ein

Anreiz zu einem solchen Verhalten im Fall fehlender Regulierung gegeben ist, begründet sich durch den Wettbewerbsvorteil, den A1 TA dadurch auf nachgelagerten Märkten erlangt.

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 dem individuellen Terminierungsmarkt selbst, sondern die Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb.

3.1 Zugangsverpflichtung

A1 TA hat, wie festgestellt, bei fehlender Regulierung einen Anreiz, ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen, indem sie den Zugang zur Terminierungsleistung verweigert. Das Regulierungsinstrument Zugangsverpflichtung ist geeignet, um einem solchen Missbrauch zu begegnen.

Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Zugang zu ihrem Netz und zu den dazugehörigen Einrichtungen des Unternehmens gewährt und deren Nutzung sicherstellt. Die Verpflichtung stellt sicher, dass die Erreichbarkeit der Teilnehmer des größten Festnetzes Österreichs gegeben ist und der Zugang nicht verweigert werden darf.

Auf Basis der Zugangsverpflichtung werden darüber hinaus den Wettbewerbsproblemen Verzögerung und wettbewerbshindernde Bündelung von Produkten – also nicht zwingend preisbezogene Probleme – begegnet. So stellt die Zugangsverpflichtung in Verbindung mit der Gleichbehandlungsverpflichtung sicher, dass sich die A1 TA nicht durch das Verzögern des Zugangs für alternative Netzbetreiber einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (zB flat rate Angebote), sollte sie solche alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anbieten.

Weiters wird durch die Zugangsverpflichtung sichergestellt, dass A1 TA allen berechtigten Anträgen auf Zugangsprodukten nachkommt und die Terminierungsleistung auch ohne Bündelung mit Produkten anderer Märkte bezogen werden kann, wodurch dem potentiellen Problem mit antikompetitiver Wirkung begegnet wird.

Die A1 TA sollte bei Nachfrage nach Zusammenschaltung alle dafür notwendigen Maßnahmen ergreifen und die entsprechenden Leistungen und Informationen bereitstellen (Duldung des Anschlusses durch Joining Link, etc.). Für jede begründete und zumutbare Nachfrage nach Zugang ist innerhalb eines angemessenen Zeitraums ein entsprechendes Vorleistungsangebot zu legen, wobei die anderen Verpflichtungen wie Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung zu berücksichtigen sind. Über ein solches Angebot sind Verhandlungen nach Treu und Glauben zu führen.

3.1.1. Direkte und indirekte Zusammenschaltung

Es ist notwendig, dass die A1 TA zur Operationalisierung der Zugangsverpflichtung den Zugang zu ihrem Netz betreffend der Terminierungsleistung durch direkte und indirekte Zusammenschaltung gewährt.

Eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung begegnet der Gefahr, dass A1 TA den Verkehr für alternative Netzbetreiber über ein (mit ihr verbundenes/kooperierendes) Drittnetz, dessen Betreiber gegebenenfalls ein überhöhtes Transitentgelt verlangt, übergibt.

Darüber hinaus ist eine Verpflichtung zur indirekten Zusammenschaltung notwendig. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, dass Betreiber, die – derzeit – nicht an den betreffenden Übergabepunkten mit A1 TA zusammengeschaltet sind, den bei der A1 TA terminierenden Verkehr an einen anderen Betreiber, der über entsprechende Zusammenschaltung mit der A1 TA verfügt, zum Weitertransport übergeben können. Die Verrechnung zwischen den Betreibern und allfällige Haftungsfragen sollen primär im Verhandlungswege geklärt werden. Analog zur oben vorgesehenen Verpflichtung der direkten Zusammenschaltung soll damit sichergestellt werden, dass eine Übertragung von Marktmacht aus der Terminierung auf den Transitmarkt durch Bündelung der Dienste hintangehalten wird und den Wettbewerbern alternative Angebote zur Verfügung stehen.

3.1.2. Anzahl und Örtlichkeit der lokalen zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstellen

Gegenwärtig ist die A1 TA zur lokalen Zusammenschaltung an 44 Punkten verpflichtet. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Verkehrsübergabe an einer von 7 Hauptvermittlungsstellen (HVSt). Wird der Verkehr über eine HVSt geführt, so spricht man von single tandem Terminierung, wird er über zwei HVSt geführt von double tandem Terminierung. Beide Leistungen sind gegenwärtig nicht reguliert.

Auf Grund der Umstellung des Kommunikationsnetzes auf ein modernes „Next Generation Network“ (NGN) durch A1 TA soll die bisherige niedere (lokale) Netzebene bis Ende 2013 aufgelassen werden. Geplant ist eine Migration auf die Ebene der 7 Hauptvermittlungsstellen.

Vor diesem Hintergrund sind zukünftig die Zugangsverpflichtung sowie die Entgelte für die Anrufzustellung (Terminierung) nur mehr für die (aktuell noch) obere Netzebene der Hauptvermittlungsstellen notwendig. Die Zugangsverpflichtung soll daher eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung an den 7 Netzübergabepunkten der HVSt-Ebene enthalten.

Dies trägt der bestehenden Netzstruktur bzw dem gegenwärtig angewandten Migrationskonzept von A1 TA (weitgehend) Rechnung (vgl Spruchpunkt B.3. zu M 5/09-149 vom 26.7.2010 sowie Anhang 13a „*Regelungen betreffend Migrationskonzept*“). Auch wird dadurch die bestehende Betreiberstruktur mit vielen regionalen (oft auf ein Bundesland oder Teilgebiete eines solchen beschränkten) Anbietern berücksichtigt.

Bis Ende 2013 soll die Übergabe des Verkehrs an den bestehenden 44 lokalen Zusammenschaltungspunkten weiterhin möglich sein. Dabei soll dasselbe Entgelt wie an den 7 Hauptvermittlungsstellen zur Anwendung kommen. Bei bereits migrierten lokalen Zusammenschaltungspunkten soll A1 TA allerdings keine neuen Joining Links mehr bereitstellen müssen, da diese nur mehr für einen kurzen Zeitraum genutzt würden und die Bereitstellung mit einem entsprechenden Aufwand verbunden ist.

A1 TA soll es auch in Zukunft möglich sein, die Netzstruktur zu verändern, um beispielsweise das Netz an geänderte Verkehrsmengen oder neue, effizientere Technologien anzupassen. Solche Änderungen hat A1 TA alternativen Anbietern jedenfalls so zeitgerecht bekannt zu geben, dass diese ihre eigene Netzstruktur entsprechend anpassen können und der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird.

3.1.3. Zeitliche Aspekte

Die Zusammenschaltung darf nicht dadurch verzögert oder behindert werden, dass unangemessene Voraussetzungen verlangt werden, die die Kosten des Zusammenschaltungspartners erhöhen oder die Zusammenschaltung hinauszögern. Daher

ist der offene Zugang zu technischen Schnittstellen, gebräuchlichen Protokollen oder Schlüsseltechnologien zu gewährleisten. Außerdem sind Vorkehrungen zur Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen vorzusehen.

Auch ist eine Verpflichtung der A1 TA, bei Einführung neuer Endkundenprodukte, die andere Arten von Terminierungsleistung als Vorleistungen erfordern (zB flat-rate Angebote), entsprechende Vorleistungsprodukte alternativen Anbietern spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten, notwendig. Zeitgleich ist dahin gehend zu verstehen, dass erst dann neue Produkte durch A1 TA auf der Endkundenseite angeboten werden können, wenn ein entsprechend adäquates Vorleistungsprodukt auch Dritten angeboten wird, wodurch letztlich das Entstehen von First-Mover Vorteilen verhindert wird.

3.2. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenorientierung

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Betreiber seine beträchtliche Marktmacht auf seinem Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um überhöhte Preise zu setzen. Andernfalls könnte der Betreiber Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder (wie im Falle von A1 TA) seine Marktmacht auf andere Unternehmen übertragen.

Bei A1 TA wurde unter anderem das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise und der Marktmachtübertragung mittels Preisdiskriminierung/Margin Squeeze festgestellt. Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, diese Wettbewerbsprobleme unmittelbar und effektiv zu beseitigen. Durch die Entgeltkontrolle kann verhindert werden, dass überhöhte Preise festgesetzt werden, um die Zusammenschaltungskosten der Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten – bis hin zu einer Verdrängung (foreclosure) – zu verschlechtern.

Es bestehen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Preiskontrolle auf Vorleistungsmärkten: Kostenorientierung, Efficient component pricing rule (ECPR) bzw. „Retail-Minus“ und Benchmarking (Vergleichspreise).

Kostenorientierte Preise sind angemessen in Situationen, in denen das marktmächtigste Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

ECPR-Preise werden durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten ermittelt, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet, also entgangene Gewinne abzüglich der vermeidbaren (Retail-)Kosten. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf Retail-Minus (Endkundenpreis minus Retail-Kosten eines effizienten Betreibers). Dieser Ansatz ist nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher für Märkte relevant, auf denen (auch langfristig) keine hohen Wohlfahrtsverluste durch das Setzen überhöhter Preise erwartet werden.

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem Benchmarking, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Für einen solchen Vergleich können die Preise von nationalen und internationalen Märkten mit vergleichbaren Leistungen herangezogen werden. Der größte Nachteil dieser Methode liegt darin, dass die Ungenauigkeit (zB Abweichung von den tatsächlichen Kosten oder von einem Margin Squeeze freien Preis) relativ hoch sein kann, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden (Unterschiede in den Kosten, in der Technologie, im länderspezifischen Preisniveau, etc.), existieren. Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem dann einsetzen, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die

Regulierungsbehörde und die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt bzw. eine entsprechend gute Vergleichsbasis existiert.

Da es sich bei dem vorliegenden Markt um einen resistenten Monopolmarkt handelt, ist die Festlegung kostenorientierter Entgelte erforderlich.

In früheren (Marktanalyse-)Verfahren wurden Festnetz-Terminierungsentgelte auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (Forward Looking Long Run Average Incremental Costs, FL-LRAIC) festgesetzt. Bei diesem Ansatz sind in der Praxis aufgrund der hohen Informationsanforderungen Abweichungen vom theoretisch „korrekten“ Preis zu erwarten, etwa durch nicht direkt zurechenbare aber quantitative wesentliche Kostenblöcke wie der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten.

Darüber hinaus sind in den letzten Jahren Probleme mit diesem Kosten-Maßstab vor dem Hintergrund der Entwicklung der Kommunikationsmärkte (insbesondere die fest-mobil-Substitution) aufgetreten (vgl. dazu im Besonderen das Verfahren M 5/09): Das Problem bestand darin, dass es beim FL-LRAIC-Ansatz, welcher ein Durchschnittskostenansatz ist, bei sinkenden Mengen zu höheren Kosten kommt. Höhere Vorleistungskosten würden sich aber in höheren Endkundenentgelten niederschlagen. Bei höheren Entgelten ist aber eine noch stärkere fest-mobil Substitution und damit ein noch stärkerer Minutenrückgang im Festnetz zu erwarten („Teufelskreis-Problem“).

Im Gegensatz zum Durchschnittskosten-Konzept FL-LRAIC stellt der Kostenrechnungsansatz „Pure LRIC“ (Pure Long Run Incremental Costs, 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 (ABl L 124/67 vom 20.5.2009; „Terminierungsempfehlung“) eine Annäherung an die langfristigen Grenzkosten dar. Die Empfehlung stellt explizit auf verkehrabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrabhängige 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 Dienstinkrement Terminierung zuzurechnen sind.

Beim Inkrementalkostenansatz Pure LRIC tritt das „Teufelskreis-Problem“ von FL-LRAIC nicht in dieser Form auf. Darüber hinaus sind die basierend auf Pure LRIC ermittelten Entgelte im Vergleich zu den Endkundenentgelten so gering, dass ein Margin Squeeze für Verbindungsnetzbetreiber aufgrund ihrer Höhe praktisch ausgeschlossen werden kann. Die Margin Squeeze Problematik ist aber bei der Originierungsleistung der A1 TA zu prüfen.

Auf Pure LRIC basierende Terminierungsentgelte sind niedriger als solche, die auf FL-LRAIC beruhen, weil einerseits ein kleineres Inkrement berücksichtigt wird und andererseits wegen der Nicht-Einbeziehung von Gemeinkosten. Zusammenschaltungsentgelte auf Basis Pure LRIC stellen jedoch die absolute Preisuntergrenze dar. Werden Preise unter diesem Niveau angesetzt, muss der Betreiber sogar die variablen Kosten jeder Terminierungsminute aus anderen Diensten quersubventionieren.

Neben diesen Vorgaben der Empfehlung gibt es auch regulierungsökonomische Gründe, einen Pure LRIC-Ansatz anzuwenden.

Die durch die Verwendung von Pure LRIC erwirkte Absenkung der Terminierungsentgelte hat verschiedene Auswirkungen auf den Wettbewerb. Zunächst ist eine deutliche Reduktion der Unterschiede zwischen den Kosten von On-Net- und Off-Net-Rufen zu erwarten. Eine direkte Folge von niedrigeren Terminierungsentgelten ist eine größere Flexibilität in der

Preisgestaltung der Betreiber, insbesondere hinsichtlich Bündelung oder All-In-Paketen und zwar sowohl für Festnetz- als auch Mobilfunkbetreiber. Dies führt zu einem höheren Spielraum bei der Tarifgestaltung. Unterschiedliche Tarifsysteme können nicht nur gewinnbringend für die Betreiber sein, sondern dadurch kann auch insgesamt eine höhere allokativen Effizienz erzielt werden, was letztlich auch dem Endkunden zugutekommt.

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

Weiters führen niedrigere Terminierungsentgelte zu einer Stärkung des Wettbewerbs, da insbesondere kleine Wettbewerber einen Großteil ihrer Anrufe Off-Net verbinden müssen und so stärker von hohen Terminierungsentgelten betroffen sind als große Anbieter, die wiederum höhere Umsätze aus Terminierungsentgelten erzielen können und so einen Wettbewerbsvorteil gegenüber kleinen Mitbewerbern haben, sollten die Terminierungsentgelte zu hoch (höher als die tatsächlich zu berücksichtigenden Kosten) angesetzt werden.

Bei den möglichen Auswirkungen auf die Verbraucher ist weiters ein Zusammenhang zwischen Terminierungsentgelten und Endkundertarifen zu berücksichtigen: Eine Absenkung der Terminierungsentgelte kann einen Anstieg bestimmter Endkundenentgelte zur Folge haben („Waterbed-Effekt“). Mit der Umstellung von FL-LRAIC auf Pure LRIC finden die (fixen) gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten keine Berücksichtigung in den Terminierungskosten; diese Kostensituation muss seitens der Betreiber unter Umständen durch eine Anhebung der (vornehmlich fixen) Endkundenpreise kompensiert werden. Dies kann zur Folge haben, dass Teile der Kosten eines Anrufs vom Angerufenen getragen werden müssen.

Mit der Umstellung von FL-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 zu FL-LRAIC) 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 Einführung von Pure LRIC kann sich also auf verschiedene Nutzergruppen unterschiedlich auswirken. Kunden mit hohem Nutzungsverhalten würden wohl von niedrigeren Terminierungsentgelten profitieren (etwa durch neu angebotene Bündelprodukte), während Nutzer mit geringem Nutzungsverhalten möglicherweise schlechter gestellt werden oder sogar aus dem Markt ausscheiden (aufgrund steigender fixer Entgelte durch den Waterbed-Effekt). Ein möglicher Effekt auf die Grundentgelte wird jedoch als eher gering eingeschätzt, da die Absenkung in absoluten Beträgen nicht sehr hoch ist (weniger als Cent 1 pro Minute) und letztlich für einen bestimmten Betreiber auch nur in dem Ausmaß ertragsmindernd wirkt, in dem ein Net-Inflow an Verkehrsminuten besteht (für Betreiber mit einem Net-Outflow würde sich die Situation sogar verbessern; „Saldo“).

Negative Auswirkungen auf Investitionen sind nicht zu erwarten, insbesondere weil die eindeutig und ausschließlich durch Terminierung verursachten Kosten inklusive einer entsprechenden Rendite auf das eingesetzte Kapital abgegolten werden. Ein Betreiber würde sich demnach nicht besser stellen, wenn er die Leistung Terminierung (fiktiv) nicht mehr anbieten würde. Zudem ist Terminierung ein Kuppelprodukt, das im Verbund mit anderen Leistungen produziert wird. Kein Betreiber trifft isoliert Investitionsentscheidungen auf Grundlage der Rentabilität der Leistung Terminierung.

Insgesamt ist durch die Verwendung von Pure LRIC von deutlichen ökonomischen Effizienzgewinnen und Vorteilen für die Endnutzer durch größere Preissetzungsflexibilität seitens der Betreiber und einer Senkung der Preise vor allem der minutenbezogenen Entgelte auszugehen, die allfällige Nachteile, wie etwa regulatorische Kosten, (vor allem langfristig) mehr als ausgleichen. Zudem ist zu erwarten, dass mit der Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission in ganz Europa eine Harmonisierung der Terminierungsregulierung und -entgelte einhergeht. Dies betrifft sowohl den Festnetz- als auch den Mobilfunkbereich.

Eine Anordnung von kostenorientierten Entgelten im Sinne von Pure LRIC ist insgesamt vor dem Hintergrund der oben näher dargestellten Argumente der Vorzug vor FL-LRAIC zu geben.

Es können technische Netzkosten iSv Pure LRIC eines effizienten Festnetzanbieters für die Leistung der Terminierung in ein Telefonnetz an festen Standorten in der Höhe von Cent 0,0297 festgestellt werden. Dabei wird von einem flächendeckenden Netz (mit der Nachfrage des größten Betreibers A1 TA) ausgegangen. Das Kernnetz ist als NGN (IP-basiert) modelliert. Es wurde ein Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 10,53% zu Grunde gelegt. Bei der Abschreibung des Anlagevermögens wurde auf die ökonomische Abschreibung zurückgegriffen.

Neben diesen technischen Netzkosten fallen Zusatzkosten der Vorleistungsebene (für Terminierung) an („wholesale commercial costs“), die unmittelbar mit der Abrechnung der (Festnetz-)Terminierung im Zusammenhang stehen und nicht anfallen würden, wenn die Terminierung nicht angeboten bzw verrechnet werden würde. Diese Kosten betragen pro Terminierungsminute im Festnetz Cent 0,0922.

Damit ergeben sich Kosten iSv Pure LRIC (pro Minute; Netzkosten plus Zusatzkosten der Vorleistungsebene) für die Leistung der Anrufzustellung in ein öffentliches Telefonnetz an festen Standorten in der Höhe von Cent 0,122. Unter Berücksichtigung der Endkundentarifspreizung (der A1 TA) ergeben sich Terminierungsentgelte für die Peak-Zeit in der Höhe von Cent 0,137 pro Minute und in der Off-Peak-Zeit in der Höhe von Cent 0,085 pro Minute.

3.3. Gleichbehandlungsverpflichtung

Wie bereits im Zusammenhang mit der Zugangsverpflichtung festgestellt, bestehen für A1 TA Anreize, alternative Betreiber beim Zugang zur Terminierungsleistung zu benachteiligen. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf notwendige, mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Da es sich bei der Terminierungsleistung um ein komplexes Produkt handelt und die Gleichbehandlung der verschiedenen Nachfrager sichergestellt werden muss, ist zur Konkretisierung bzw Operationalisierung sowohl der Gleichbehandlungs- als auch der Zugangsverpflichtung aus ökonomischer Sicht erforderlich, A1 TA zu verpflichten, ein Standardangebot (Standardzusammenschaltungsangebot bzw SZA) zu veröffentlichen. Durch ein Standardangebot werden sowohl Transaktionskosten erheblich gesenkt als auch die Transparenz erhöht und so eine Ungleichbehandlung wesentlich erschwert.

Das Standardangebot hat jedenfalls die Regelfälle der Nachfrage nach Zusammenschaltung abzudecken. Weitergehende Leistungen sind im Einzelfall auf Basis einer Beurteilung über die Zumutbarkeit der Nachfrage zu beantworten.

Das Standardangebot sollte sich am gegenwärtig veröffentlichten SZA orientieren und folgende Mindestinhalte enthalten: Detaillierte (technische) Beschreibung des Angebotsgegenstandes samt Nebenleistungen, Entgelte und Bestimmungen zur Verrechnung, Bestimmungen über Angebotsannahme, Vertragsdauer, Kündigung und Vertragsanpassung inklusiv Änderung des Angebotsgegenstandes, Bestimmungen zur Bestellung, Bereitstellung und Stornierung bzw Kündigung von Zusammenschaltung bzw Joining Links samt Fristen, Bestimmungen über Beginn und Ende der Leistungsbereitstellung inklusiv Fristen, Bestimmungen über Qualität für Herstellung und Entstörung und Bestimmungen zu Migrations- und Wechselprozessen (insbesondere Bestimmungen zur Migration von der „lokalen“ Netzebene auf die Ebene der HVSt).

Das Standardangebot ist auf der Unternehmenswebseite der A1 TA in einer passenden Kategorie zu veröffentlichen, sodass ein leichter Zugang für (potenzielle) Nachfrager gewährleistet ist.

3.4. Getrennte Buchführung

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

Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene ist erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden können. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig.

Bei Unternehmen mit einer großen Anzahl an Produkten ist die Feststellung von Kostenorientierung im Rahmen von (kurzen) Verfahren nur möglich, wenn regelmäßig überprüfte "separated accounts" im Rahmen der getrennten Buchführung vorliegen. Nur damit ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden.

A1 TA sollte ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und zumindest in der bisherigen Gliederung (nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005) bereitstellen. Zumindest folgende Informationen sind bereitzustellen: Erträge, Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten) sowie ein detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der A1 TA“, insbesondere zur Abgrenzung, zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren für Marktmacht ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung im Gutachten „Festnetzterminierung“ der

Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Wilhelm Schramm, Dr. Anton Schwarz und Mag. Stefan Tschapeck vom Juli 2012 (ON 4 samt Beilagen ON 4a-d) sowie dem Gutachten „*Grundlagen und Ausgangspunkt der Marktabgrenzung*“ der Amtssachverständigen Dr. Denise Diwisch, Mag. Elisabeth Dornetshumer, Dr. Stefan Felder, Mag. Paul Pisjak, Mag. Philipp Sander und Dr. Anton Schwarz vom März 2012 (ON 3).

Nach einer Erklärung der Leistung der Festnetzterminierung nehmen die Amtssachverständigen nachvollziehbar eine Marktabgrenzung vor und besprechen dabei insbesondere die Substituierbarkeit. 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 aufgrund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem 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 „Festnetzterminierung“ einnehmen, haben die Amtssachverständigen dargelegt.

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens der Amtssachverständigen wird ausführlich und aussagekräftig der Indikator der nachfrageseitigen Gegenmacht sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenebene untersucht.

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 Festnetzbetreiber (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 Festnetzterminierungsmarktes 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.

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.

Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Festnetzterminierung iSv Pure LRIC ergibt sich ebenfalls aus diesem Gutachten (Punkt 5) sowie dem „*Gutachtensteil Ermittlung der Festnetzterminierungskosten*“. Das Gutachten nennt die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und

Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Das Gutachten kommt dem gestellten Auftrag in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise nach.

Der festgestellte Wert pro Minute für die Kosten der Terminierungsleistung iSv Pure LRIC (Cent 0,122) ergibt sich aus den technischen Netzkosten (iSv Pure LRIC) eines effizienten Festnetzanbieters für die Leistung der Terminierung in ein öffentliches Telefonnetz an festen Standorten in der Höhe von Cent 0,0297 (ON 4, Gutachtensteil Kostenrechnung, S 51), sowie unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung anfallende Zusatzkosten in der Höhe von Cent 0,0922 pro Minute.

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 (Netzkosten) zu Grunde liegenden – Kostenmodellierung wird unter anderem von folgenden Parametern ausgegangen: ein effizientes hypothetisches Netz mit österreichweiter Abdeckung basierend auf der Nachfrage der A1 TA, IP-basiertes NGN-Kernnetz, 3-Ebenen Konzentrationsnetz, Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 10,53%, ökonomische Abschreibung des Anlagevermögens. In einem iterativen Prozess wurde eine Reihe von Parameter variiert und das effiziente Netz als das Netz mit den minimalen Gesamtnetzkosten ermittelt. Parameter betreffend die Redundanz bzw Absicherung können allerdings nicht durch eine solche Optimierung festgelegt werden. Die Werte dieser Parameter basieren auf Daten von österreichischen Betreibern bzw auf Erfahrungswerten.

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 90 und 110%, ist der oben angeführten Netzkostenwert; auch aus einer Variation der Nachfrage von Sprache und Daten zwischen 80 und 120% (in 1%-Schritten), dh aus 1681 Kombinationen ist der oben festgestellte Wert der höchste (vgl ON 37a, 47).

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. Damit war dem Begehren der Tele2 auf Festlegung eines Mittelwertes nicht zu folgen.

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.

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. Dieser ergibt sich bei 102 % Sprach- und 105% Datenverkehr. Die im von der A1 TA eingebrachten Privatgutachten von August 2012 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, Gutachtensteil „Ermittlung der Festnetzterminierungskosten“, Punkt 4 „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 Festnetz anfallende Kosten erfasst werden. Die Zusammensetzung der Kosten wird im Gutachten nachvollziehbar dargestellt.

Die Entgeltfestlegungen auf Basis Pure LRIC anderer Regulierungsbehörden sind amtsbekannt und werden von den Privatgutachtern von A1 TA ihrer Stellungnahme angeführt.

2. Zum weiteren Parteilvorbringen

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

Einleitend ist darauf zu verweisen, 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 zugrundeliegende Kostenrechnungsmodell. Einige Verfahrensparteien kritisieren den Ansatz und das Modell, andere wiederum – Orange und H3G (vgl etwa Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012) – erachten die Kostenmodellierung explizit als plausibel.

2.1. Parteevorbringen 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 besteht, 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-Ansatz 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“ die Nachfrage der A1 TA (mit und ohne Terminierung) für die Berechnung von Pure LRIC herangezogen wird. Darüber hinaus wurden umfangreiche Sensitivitätsanalysen durchgeführt, bei denen die Nachfrage nach Daten und Sprache variiert wurde. Aus allen berechneten Werten wurde der höchste Wert als Basis für die Festlegung der Terminierungsentgelte von den Amtssachverständigen vorgeschlagen. Somit ist das Risiko der Kapazitätserweiterungen bei der Berechnung des Pure LRIC-Wertes, anders als von A1 TA dargestellt, sehr wohl berücksichtigt worden.

b. Auch wurden mögliche Auswirkungen des Pure LRIC Ansatzes auf Investitionsanreize untersucht. Aufgrund der schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung im wirtschaftlichen Gutachten zur Festnetzterminierung (Gutachtensteil: Kostenrechnung) sind keine negativen Investitionsanreize zu erwarten, 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. Daraus ist zu schließen, dass keine isolierte Investitionsentscheidung über Terminierung getroffen werden kann.

A1 TA bzw ihre Privatgutachter verkennen 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 zitierte Aussagen der RTR GmbH 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.

Beim 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 erlöswirksam. Bei symmetrischem Verkehr hätte eine Änderung der Terminierungsentgelte auf die Zahlungsströme zwischen den Bertreibern 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 Marktaustritt bzw einem Investitionsstopp kommt, zeigen 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 wird, 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 Terminierungsleistung 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 der Betreiber(vor)auswahl). Die im Privatgutachten beschriebenen Anreize zu „Buy“ bei der Implementierung von Pure LRIC existieren damit nicht.

2.2. Parteivorbringen zum Kostenrechnungsmodell

a. Die Verfahrensparteien thematisieren, dass das Kostenrechnungsmodell nicht nachvollziehbar, enorm „komplex“ sei sowie „willkürliche“ Ergebnisse liefere (Stellungnahmen der A1 TA 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 kein „Nachbau“ eines der bestehenden Netze.

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 Gutachtenteil „Ermittlung der Festnetzterminierungskosten“ der Amtssachverständigen (ON 4, Punkte 3.1 und 3.2) sowie den Veröffentlichungen auf der Website der RTR-GmbH (unter <http://www.rtr.at/de/tk/Kostenmodelle> samt umfangreichen Präsentationsunterlagen) ergibt, ein Dialog mit den Marktteilnehmern geführt: So wurde ein Referenzdokument sowie ein Fragebogen im Oktober 2010 konsultiert und ein Referenzdokument präsentiert. Entwicklungsergebnisse wurden im Juni 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 4b: „*Erstellung von Bottom-up Kostenrechnungsmodellen zur Ermittlung der Kosten der Zusammenschaltung im Festnetz, Modellbeschreibung*“, ON 4c: „*Erstellung von Bottom-up Kostenrechnungsmodellen zur Ermittlung der Kosten der Zusammenschaltung im Festnetz, Zusammenfassung Modellbeschreibung*“, ON 4 d: „*WACC-Kalkulation der A1 TA*“) sowie die verwendeten Inputparameter (ON 4a: „*Inputparameter des Bottom-up Kostenrechnungsmodells Festnetz*“) beigeschlossen.

Nach Vorliegen der wirtschaftlichen Gutachten haben einige Betreiber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, konkret Einsicht in das Kostenrechnungsmodell zu nehmen (T-Mobile, A1 TA, H3G sowie Tele2; vgl die Niederschriften der Einsichtnahmen vom 6.9, 13.9., 26.9. 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. 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. 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 im Detail abzubilden. Vielmehr soll ein hypothetisches, effizientes Netz modelliert werden, anhand dessen Kosten iSv Pure LRIC für die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung ermittelt werden können. Dass dabei auf einzelne Parameter der A1 TA als „Incumbent“ abgestellt wurde (etwa hinsichtlich der Nachfrage), ändert an der Modellierung eines hypothetischen Netzes nichts.

Konkrete andere Parameter der A1 TA sind daher grundsätzlich 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.

c. Im Konkreten vermeint A1 TA, dass die kalkulatorischen Nutzungsdauern „deutlich zu lang angesetzt“ worden seien. Im Besonderen wären im Bereich Gebäude/Grundstücke und Kabelkanäle (Ducts) bzw Glasfaserkabel inklusive aktivierter Grabungskosten 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.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass A1 TA in der Kostenrechnung die gleichen Nutzungsdauern, 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, weswegen die von A1 TA genannten kürzeren Abschreibungsdauern weniger tragfähig für die verfahrensgegenständliche Fragestellung sind.

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 (vgl ON 37a).

Die von A1 TA vor allem hervorgehobenen hohen Nutzungsdauern für Gebäude/Grundstücke und Kabelkanäle (Ducts) bzw Glasfaserkabel inklusive aktivierter Grabungskosten beeinflussen die Höhe des Pure LRIC-Wertes überhaupt nicht. Da der Pure LRIC-Ansatz auf die inkrementellen Kosten der Terminierung abzielt und sich somit aus der Differenz der Gesamtkosten der Terminierung und ohne Terminierung dividiert durch die Terminierungsminuten errechnet, sind die annualisierten Kosten für die oben angeführten Netzelemente jedoch in beiden Rechnungsläufen (mit und ohne Terminierung) gleich hoch (die Wege der Kanäle und die Standorte der Gebäude bleiben nämlich in ihrer Anzahl und ihrer örtlichen Lage in beiden Rechnungsläufen gleich). Somit gehen die Kosten für derartige Netzelemente nicht in den Wert für Pure LRIC ein und daher sind auch die entsprechenden Abschreibungsdauern irrelevant.

Hinsichtlich „Backbone Router (LSR)“ ergibt sich aufgrund der von A1 vorgelegten Studie von Ernst & Young, dass 53% der befragten Unternehmen eine längere Abschreibungsdauer als A1 TA angesetzt haben, weshalb auch die im Kostenrechnungsmodell festgelegte Nutzungsdauer von 8 Jahren nicht zu lang erscheint.

Bei „Edge Routern“ (LER) zeigt sich ein ähnliches Bild: 58% der befragten Unternehmen legen längere Nutzungsdauern als die der A1 TA zugrunde (Seite 22). Der pauschalen Behauptung von A1 TA, dass 8 Jahre Nutzungsdauer im Telekommunikationsbereich zu lang sind, ist schon deshalb nicht zu folgen, da A1 TA selbst bei ihrem Equipment teilweise achtjährige Nutzungsdauern zugrunde legt (wie zB bei SDH oder DWDM). Damit sind achtjährige Nutzungsdauern weder unüblich noch unangemessen, da von der tatsächlichen Nutzungsdauer und nicht von der finanzbuchhalterischen auszugehen ist.

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. Entgegen den Angaben der A1 TA in ihrer Stellungnahme haben die Amtssachverständigen (bzw WIK) nicht 8 Jahre, sondern 5 Jahre für die Nutzungsdauer angenommen, was genau der Nutzungsdauer der A1 TA für diese Position entspricht.

Bei „Edge Router“ (LER) bzw „Label-Switch-Router“ (LSR), bei denen A1 TA eine Nutzungsdauer von 8 Jahren (bei Units) und von 5 Jahren (bei Ports) ansetzt, zeigt sich, dass die von den Amtssachverständigen zugrunde gelegten Abschreibungsdauern entsprechend der Studie von 50 % bzw 33 % der Unternehmen mit gleicher oder längerer Dauer angesetzt werden und somit durchaus üblich sind. Diese Positionen wirken sich insgesamt zu 22% auf den Pure LRIC-Wert aus.

Hinsichtlich der Abschreibungsdauern der Netzelemente „MGW/MGWC“ und „DNS“ trifft die Studie keine Aussagen. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass eine Abschreibungsdauer, die den Kategorien „LER/LSR“ bzw „Intelligent Network Switch“ entspricht, angesetzt werden kann und somit eine 8 jährige Abschreibungsdauer angemessen ist.

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“.

d. In weiterer Folge geht A1 TA auf die Ermittlung der Kapitalkosten (WACC) ein. Dieser Wert liegt nur 0,05%-Punkte über dem von der A1 TA in ihrem Kostenrechnungsmodell verwendeten Zinssatz von 10,48% (ON 4d).

Im Konkreten wendet sich A1 TA gegen die von den Amtssachverständigen vorgenommene Mittelwertbildung und führt begründend 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.

e. Auch Verizon behauptet in ihrer Stellungnahme vom 5.10.2012 eine unschlüssige Ermittlung des WACC. Im Konkreten wendet sich Verizon gegen die Bandbreite der Marktrisikoprämie (5 % bis 12%) und in weiterer Folge gegen die arithmetische Mittelung, um zum WACC in der Höhe von 10,53% 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 3.6.5) 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.

f. Weiters erachtet A1 TA den Betrachtungshorizont für den risikolosen Zinssatz als zu kurz. A1 TA spricht sich für eine 10-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.irg.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.

g. 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 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 in früheren Verfahren verwendete Wert in Höhe von 5,5% 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.

h. 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 g.) 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.

i. 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 entgegnen:

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.

j. A1 TA führt in ihrer Stellungnahme zudem an, dass die von den Amtssachverständigen angesetzte Verkehrsbelastung je Anschlusstyp im Festnetz teilweise signifikant von den Planungsgrundlagen bei A1 TA abweicht. Dies ist nicht der Fall, da die Berechnungen auf Grundlage der von der A1 TA bekannt gegebenen Daten (Übermittlung des Fragebogens zur Datenabfrage am 6.3.2012) durchgeführt wurde. Für das Verhältnis der Busy Hour Erlangwerte zwischen ISDN-Basisanschluss zu POTS-Anschluss wurde, wie in der Stellungnahme der A1 TA angegeben, der Wert 5 verwendet und für das Verhältnis der Busy Hour Erlangwerte zwischen ISDN-Multianschluss zu POTS-Anschluss der Wert 750. Das Verhältnis der Busy Hour Erlangwerte zwischen ISDN-Basisanschluss zu POTS-Anschluss (in ON 4, 62, mit „k“ bezeichnet), sowie das Verhältnis der Busy Hour Erlangwerte zwischen ISDN-Multianschluss zu POTS-Anschluss (in ON 4, mit „l“ bezeichnet) wird bei der Berechnung der BH-Erlangwerte auf Basis der von A1 TA bereitgestellten Gesprächsminuten für das Jahr 2011 verwendet.

k. Auch die Kritik der A1 TA, dass eine „höhere Sicherheit zu Lasten der Terminierungsentgelte“ gehen würde, vermag nicht zu überzeugen. A1 TA übersieht, dass die Pure LRIC, wie im wirtschaftlichen Gutachten (ON 4, Gutachtensteil „*Ermittlung der Festnetzterminierungskosten*“, Punkt 3.8, S. 46) ausgeführt, primär vom Unterschied benötigte Kapazität und Kapazität des Equipments abhängt. Pure LRIC korreliert somit nicht unmittelbar damit, ob weniger oder mehr Sicherheit vorgesehen wird.

l. Zu den von A1 TA behaupteten Inkonsistenzen im Kostenrechnungsmodell ist auf obige Ausführungen zu verweisen. Das Phänomen, dass mit steigendem Volumen die Gesamtnetzkosten (geringfügig) sinken, liegt vor, ist aber auf Grund der Dimension (maximaler Rückgang von 0,006% der Gesamtnetzkosten) unbeachtlich (vgl ON 47). Weiters ist zu bedenken, dass es durch den Modellansatz Pure LRIC möglich ist, dass bei einem größeren Verkehrsvolumen ein anderes kostenoptimierte Netz modelliert wird, das auf ein – für genau dieses Volumen - günstigeres Equipment zurückgreifen kann; zudem findet bei jedem Berechnungsschritt eine Optimierung statt, bei der jedoch auf Grund der Komplexität nicht immer das absolute Optimum gefunden werden kann, sondern bloß ein Wert nahe dem Optimum. Deswegen kann es zu dem beschriebenen Effekt kommen.

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 Marktzutrittsschranken 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 Dienstleistungsmärkte 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 KOG idgF 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 Rahmen-RL, Art 8 Abs 4 der Zugangs-RL und in Art 17 Abs 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rz 3 zu § 34 TKG 2003).

4. Zur Abgrenzung des Marktes

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Anrufzustellung in ein einzelnes öffentliches Telefonnetz an festen Standorten (Vorleistungsmarkt) ist in § 1 Z 5 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 Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt) 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 2007314, 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 öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten 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 den nachfolgenden Punkten 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 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 „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der A1 TA an festen Standorten“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet des Marktes ist das Gebiet, in dem A1 TA tätig ist bzw die Terminierungsleistung erbringt.

Zum in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012 (ON 51, Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012) vorgebrachten Antrag der mediainvent, dass ein Entgelt für die Terminierung zu Diensterufnummern angeordnet werden solle, ist auszuführen, dass die Terminierung zu Diensterufnummern nicht vom gegenständlichen Festnetzterminierungsmarkt umfasst ist, weswegen dem Begehren nicht zu folgen war. Auch wurde von mediainvent dazu kein weiteres konkretisierendes Vorbringen erstattet.

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 [...] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz 70, 71).

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 Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten ein Monopolmarkt. Das bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw geben kann. Ein Monopol kann grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende Stellung der im Spruch genannten Verfahrenspartei auf ihrem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt deutet im Licht der Schwellen der Europäischen Kommission sowie des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (40 bis 50 % Marktanteil) sohin klar auf eine 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 Terminierungsmarktes ansieht, wurde vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210, Seite 72; auch wenn sich dieses Erkenntnis auf Märkte für Mobil-Terminierung bezieht, kann diese Schlussfolgerung auch auf Festnetz-Terminierungsmärkte übertragen werden).

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht für beträchtliche Marktmacht der A 1TA 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 der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze (2002/C 165/03, ABI C 2002/165, 6) 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 Festnetzbetreiber 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 A1 TA 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. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw auch nicht bestehen kann, als einziger Faktor, der diese Monopolmacht 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 Festnetzterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

5.6. Zum Indikator „Ausmaß vertikaler und horizontaler Integration“

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, ist nach § 35 Abs 2 Z 9 TKG 2003 auch das Ausmaß vertikaler Integration zu berücksichtigen.

Die A1 TA ist ein vertikal integriertes Unternehmen und hat Anreize, alternative Betreiber gegenüber dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung von Terminierungsleistungen zu benachteiligen, indem sie einen überhöhten Preis für das Vorleistungsprodukt verlangt oder aber Konkurrenten vom nachgelagerten Markt verdrängt.

5.7. 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.

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

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

5.8. Zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht und den potentiellen Wettbewerbsproblemen

Wie festgestellt, ist der gegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Telefonnetz an festen Standorten ein Monopolmarkt, der Marktanteil von A1 TA 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. 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.

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 Festnetzterminierungsmonopol hat.

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz 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 Festnetzbetreiber – ungeachtet der tatsächlichen Größe und des Umfelds – auf ihrem jeweils eigenen Terminierungsmarkt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht an. Damit wird dem Ziel gemäß Art 8 Abs 3 lit d RL 2002/21/EG, nämlich die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis*“, Rechnung getragen.

Somit war unter Spruchpunkt B. gemäß §§ 36 Abs 1 iVm § 37 Abs 1 TKG 2003 festzustellen, dass A1 TA auf dem Markt für „Anrufzustellung in das einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten der A1 TA“ über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen folgende Wettbewerbsprobleme:

1. Überhöhte Preise,
2. Zugangsverweigerung,
3. Diskriminierung bei nicht-preislichen Parametern,
4. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

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 (Spruchpunkte C.3.)

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 Betreibervorauswahl 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

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, Rn 1 zu § 41; vgl jedoch die Möglichkeiten gemäß §§ 50 Abs 2, 91 TKG 2003 sowie die zwingende Beachtung regulatorischer Verpflichtungen, die die Privatautonomie einschränken können).

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.

Wie festgestellt, besteht im Falle einer Nichtregulierung für A1 TA der Anreiz überhöhte Preise zu setzen und den Zugang zu ihrem Netz zu verweigern; hinsichtlich nichtpreisbezogener Aspekte bestehen Anreize zur Verzögerung bei der Bereitstellung, zur Bündelung von Produkten, zu ungerechtfertigten Konditionen oder zur Bereitstellung einer schlechteren Qualität. Da eine Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs im Sinne einer Zusammenschaltung (jedenfalls teilweise) geeignet ist, um diesen Wettbewerbsproblemen zu begegnen, war eine spezifische Verpflichtung iSd § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 in Form der direkten und indirekten Zusammenschaltung aufzuerlegen.

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hat einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangspflicht 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 Zugangs-RL stammenden – Möglichkeit, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Zugangsverpflichtung in Form der

Zusammenschaltung aufzuerlegen (§ 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003). Weiters ist der Frage nachzugehen, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu mildern.

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

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

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. 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 verfahrensgegenständlichen Leistung der Terminierung eine Zusammenschaltungsleistung darstellt. 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 die aufgezeigten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission auch davon ausgeht, dass A1 TA „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).

Hinsichtlich der Frage der Möglichkeiten der Verkehrsübergabe ist zu berücksichtigen, dass A1 TA die Zusammenschaltung derzeit an 44 (sogenannten) zusammenschaltungsfähigen lokalen Vermittlungsstellen sowie an den 7 Hauptvermittlungsstellen ermöglicht. Im Zuge des Umbaus des Kommunikationsnetzes auf ein „Next Generation Network“ (NGN) soll mit Ende des Jahres 2013 die niedere Netzebene aufgelassen und der Verkehr nur mehr an den 7 NÜP-Standorten der oberen Netzebene übergeben werden.

Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, war zum Einen festzulegen, dass bis Ende 2013 die Verkehrsübergabe sowohl auf Ebene der (noch) bestehenden niederen Netzebene als auch auf der Ebene der Hauptvermittlungsstellen (bisherige Bezeichnung „regional“, „single tandem“) möglich sein muss. Sobald jedoch ein konkreter Netzübergangspunkt eines

Zusammenschaltungspartners der A1 TA auf der niederen Netzebene bereits (vollständig) migriert ist, gibt es keine Verpflichtung mehr, diesem Zusammenschaltungspartner die Zusammenschaltung an diesem NÜP der niederen Netzebene zu ermöglichen. Nach dem „Abbau“ des konkreten NÜPs der niederen Netzebene (bis spätestens 31.12.2013) kann der Zusammenschaltungspartner den diesbezüglichen Sprachverkehr an jedem Standort der HVSt-Ebene übergeben, dies auch vor dem 1.1.2014.

Zum Anderen ist klarzustellen, dass das Terminierungsentgelt jeweils in derselben (angeordneten maximalen) Höhe zur Anwendung gelangt. Die Gleichsetzung dieser Entgelte gründet darauf, dass der Zusammenschaltungspartner keinen Einfluss auf den Umbau in Richtung NGN hat.

Spätestens ab 1.1.2014 (bzw. betreiberindividuell auch zuvor, nachdem ein NÜP der niederen Netzebene „abgebaut“ wurde) ist der Verkehr nur mehr an den Standorten der 7 Hauptvermittlungsstellen entsprechend Anhang 4 des SZA der A1 TA (http://cdn2.a1.net/final/de/media/pdf/Zusammenschaltungsvertrag_zw_A1TA_u_ANB.pdf), vgl. auch bereits den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.3.2002 zu Z 20/01) zu übergeben. Die Höhe des Entgelts verändert sich dadurch nicht.

Da ein modernes Next Generation Network angestrebt ist, erscheint es der Telekom-Control-Kommission spätestens für den Zeitraum ab 1.1.2014 (bzw. nach Migration eines einzelnen NÜPs eines Zusammenschaltungspartners) nicht mehr notwendig, dass der zu übergebende Sprachverkehr abhängig vom gerufenen Vorwahlbereich an einem bestimmten regionalen NÜP (der HVSt-Ebene) übergeben wird. Eine Definition von „Einzugsbereich-Trichter“, wie von A1 TA in ihrem Migrationskonzept (SZA, Anhang 13a, „Phase 2“) vorgesehen, ist damit nicht (mehr) notwendig. Der Sprachverkehr kann damit an jedem beliebigen NÜP an den 7 HVSt-Standorten übergeben werden. Eine Zusammenschaltung an einem einzigen NÜP ist grundsätzlich ausreichend, aus Gründen der Redundanz erscheint eine Zusammenschaltung an einem zweiten Standort jedoch sinnvoll.

Angesichts des technologischen Fortschritts (All-IP-Netz, NGN, NGA) und des Umstandes sinkender (Sprach-)Verkehrsmengen im Festnetz, ist eine zielnahe Übergabe des Verkehrs im Festnetz nicht mehr von besonderer Bedeutung. Darüber hinaus ist nicht bekannt, dass im Mobilfunk eine quellnetznahe Übergabe des Sprach-Verkehrs zu besonderen Problemen führen würde (ungeachtet dessen, dass eine zielnahe Verkehrs-Übergabe im Mobilfunk auf Grund des Umstandes nicht geschieht, dass das Quellnetz nicht beurteilen kann, wo sich das „Ziel“, dh. der gerufene Mobilfunkkunde, befindet). Festzuhalten ist, dass auch der Verkehr zu privaten Netzen (Rufnummernbereich 05) mangels geografischer Zuordnung nicht zielnahe übergeben werden kann.

Darüber hinaus wurde mit dem Kostenrechnungsmodell ein effizientes Netz bestehend aus einem flachen bzw. 1-Ebenen IP-Kernnetz mit 2 IP-Kernnetzstandorten (Wien, Salzburg) sowie einem 3-Ebenen Konzentrationsnetz mit Doppelanbindung von mittlerer Konzentrationsnetzebene (Level 1) an die obere Konzentrationsnetzebene (Level 2) ermittelt (s. ON 4, Pkt. 3.7.5, S. 37ff). Bei diesem Netz wird der an einem IP-Kernnetzstandort übernommene (externe) Terminierungsverkehr direkt über das Konzentrationsnetz in ganz Österreich terminiert ohne Weiterleitung an den anderen IP-Kernnetzstandort und kommen keine regionalen Einzugsbereiche („Trichter“) zur Anwendung.

Damit sind im Modell bereits sämtliche Kosten, die der A1 TA im Sinn von Pure LRIC entstehen, insbesondere für den Fall der Übergabe an nur einem Standort (bzw. der Übergabe an mehreren vom Zusammenschaltungspartner der A1 TA ausgewählten Hauptvermittlungsstandorten der A1 TA auf Basis der Lastteilung (ohne Trichter)) bereits berücksichtigt.

Das Kostenrechnungsmodell sieht für ein effizientes Netz zwei Standorte auf höchster Netzebene vor; demgegenüber konzentriert A1 TA ihr Netz (ausgehend von ihrer bisherigen Netzstruktur) auf 7 Standorte. Daher hat A1 TA auch an diesen Standorten Zusammenschaltung anzubieten. Regionale Betreiber haben damit einen Vorteil, da sie sich den Standort ihrer Zusammenschaltung mit A1 TA aus dem Angebot der 7 Standorte aussuchen können.

Eine Differenzierung von Kosten in Abhängigkeit des konkreten (regionalen) Übergabepunktes erfolgt somit nicht, weswegen auch keine unterschiedlichen Entgelte mehr seitens A1 TA vorgesehen werden können.

Mit dieser Anordnung wird sichergestellt, dass Zusammenschaltungspartner der A1 TA keine zusätzlichen Aufwendungen (in Form von Transit oder Leitungen) tätigen müssen, um den Sprachverkehr zum „richtigen“ NÜP zu transportieren (vgl. hierzu das Vorbringen der H3G in ihrer Stellungnahme vom 8.11.2012 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012). A1 TA hat sich hierzu bloß in der Weise geäußert, dass sie den (von H3G behaupteten) „ineffizienten Ansatz von sieben Trichtern“ nicht nachvollziehen könne (vgl. Niederschrift der mündlichen Verhandlung).

In der „Migrationsphase“ bis Ende 2013 muss A1 TA bei bereits migrierten lokalen Zusammenschaltungspunkten keine neuen Joining Links auf „niederer Netzebene“ mehr bereitstellen, da diese nur mehr für einen kurzen Zeitraum genutzt würden und die Bereitstellung mit einem entsprechenden Aufwand verbunden wäre.

A1 TA soll auch in Zukunft grundsätzlich die Netzstruktur verändern können, um beispielsweise das Netz an geänderte Verkehrsmengen oder neue, effizientere Technologien anzupassen. Solche Änderungen müssen jedoch alternativen Anbietern jedenfalls so zeitgerecht bekannt gegeben werden, dass diese ihre eigene Netzstruktur entsprechend anpassen können und der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird.

Alternativen Betreibern dürfen durch die Migration der A1 TA zu NGN keine zusätzlichen Kosten für die Systemherstellung bzw. einen Systemabbau entstehen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die alternativen Betreiber aufgrund der Migration von A1 TA ihr Systeme teilweise neu herstellen bzw. umbauen müssen, um den Verkehr an A1 TA auch nach der Migration übergeben zu können. Dies wurde bisher auch im Standardangebot der A1 TA, Anhang 13a Punkt 3.2. grundsätzlich vorgesehen.

Dabei soll ein angemessener Zeitraum für die Abschaltung der alten Zusammenschaltungslinien ab Fertigstellung der neuen Zusammenschaltungslinien vorgesehen werden. Dieser angemessene Zeitraum soll allfällige Dienstunterbrechungen vermeiden.

Laufende monatliche Entgelte sollen für die Dauer des Parallelbetriebs nur einmalig in Rechnung gestellt werden. Weiters haben alternative Betreiber für die kapazitätsäquivalente Herstellung auf HVSt-Ebene sowie für den Abbau auf NVSt-Ebene während dieses Zeitraums keine einmaligen Entgelte zu bezahlen. Dies gründet auf dem Umstand, dass der Umbau zu NGN von A1 TA ausgeht und alternative Betreiber nicht unzumutbar belastet werden sollen.

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

Bereits 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.

Weiters sind, wie festgestellt, für die Sicherstellung des Zugangs zur Terminierungsleistung der A1 TA andere Regulierungsinstrumente, insbesondere die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003, nicht ausreichend, um das festgestellte Wettbewerbsproblem wirksam zu bekämpfen. Die auferlegte Verpflichtung nach § 41 TKG 2003 ist also geeignet, notwendig und das gelindeste wirksame Mittel, um den Zugang zur Terminierungsleistung sicherzustellen.

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

6.2.1. Allgemeines

Gemäß § 38 Abs 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission kann 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 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (Abs 4).

6.2.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung zur Gleichbehandlung

6.2.2.1. Spruchpunkt C.1.

Es 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 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 hinsichtlich der Leistung „Terminierung in ihr Festnetz“ 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.

Wie festgestellt, bestehen für die A1 TA Anreize, alternative Betreiber beim Zugang zu Terminierungsleistung zu benachteiligen. Um die Effektivität der Regulierung sicherzustellen, war die Gleichbehandlungsverpflichtung aufzulegen, um den festgestellten Wettbewerbsdefiziten entgegenzuwirken.

Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung stellt ein geeignetes Mittel dar, um den Wettbewerbsproblemen zu begegnen, da sichergestellt wird, dass iSd § 38 Abs 2 TKG 2003 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. Dies stellt einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten sicher (vgl § 1 Abs 2 TKG 2003, Art 8 Rahmen-RL).

Diese Verpflichtung bringt auch mit, dass A1 TA insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die Terminierungsleistungen als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten. Damit wird sichergestellt, dass das vertikal integrierte Unternehmen A1 TA ihre Marktmacht nicht ausüben kann.

Die Gleichbehandlungsverpflichtung ist daher als unterstützendes Regulierungsinstrument zur Zugangsverpflichtung anzusehen. In diesem Sinne ist sie im komplementären Zusammenspiel mit den anderen in diesem Bescheid angeordneten Regulierungsinstrumenten als angemessen anzusehen.

6.2.2.2. Spruchpunkt C.2.

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 Zusammenschungsverhandlungen 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 Zusammenschungsverhandlungen 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 Zusammenschungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

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 Zusammenschungsverträgen und -anordnungen entsprechend hat das SZA neben einem Teil, der allgemeine Vertragsbestimmungen enthält, zumindest folgende Komponenten zu beinhalten: Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschungsverbindungen, 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.

Darüber hinaus sind Regelungen nötig, die unter Berücksichtigung der Anordnungen in diesem Bescheid (vgl. Spruchpunkt C.3.) eine reibungslose Migration der Zusammenschaltungen auf niederer Netzebene auf die Ebene der Hauptvermittlungsstellen ermöglichen. Dabei sind Dienstunterbrechungen zu vermeiden.

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes für die gegenständlichen Leistungen 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.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass A1 TA bereits verpflichtet ist (bzw war, vgl den letzten Spruchpunkt), ein SZA betreffend Terminierung zu führen (vgl Spruchpunkt B.3. des Bescheides M 5/09, vgl <http://www.a1.net/hilfe-support/agb>), weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der konkret vorgenommene Eingriff unverhältnismäßig wäre.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung – 4 Wochen ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides – ist angemessen, da ein veröffentlichtes SZA bereits besteht und der diesbezügliche Prozess bekannt ist; die vorgesehene Frist erscheint auch ausreichend, um eine allfällige Aktualisierung desselben vorzunehmen.

6.2.3. Zur Verhältnismäßigkeit

Nichtpreislichen anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken kann bloß mit einer Gleichbehandlungsverpflichtung begegnet werden. Diese ist mit Hilfe einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines SZA zu unterstützen.

Nach den Feststellungen sind gelindere Instrumente nicht geeignet, die bei vergleichbarem Aufwand gleich effektive Wirkungen hinsichtlich der Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt entfalten könnten. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen sind daher als verhältnismäßig zu betrachten.

6.3. Zur Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang nach § 42 TKG 2003 (Spruchpunkt C.4.)

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 Teilnehmernetzbetreiber grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Terminierungsentgelte 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 Festnetzbetreiber 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

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

Entgeltkontrolle ist verglichen mit anderen Regulierungsinstrumenten eingriffsintensiv, weil die Preissetzungsverhalten des Unternehmens stark beeinflusst wird. Nach den Feststellungen sind jedoch gelindere Instrumente nicht ausreichend.

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 Terminierungsentgelte 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.“

Der Anhang der Terminierungsempfehlung lautet auszugsweise:

„Um die effiziente Größenordnung eines Betreibers für die Zwecke des Kostenrechnungsmodells festzulegen, sollten die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen, dass Festnetzbetreiber die Möglichkeit haben, ihre Netze in bestimmten geografischen Gebieten aufzubauen und sich auf Verbindungen mit hoher Verkehrsdichte zu konzentrieren und/oder entsprechende Netzkapazitäten von den bereits dort tätigen Betreibern zu mieten. Bei der Festlegung eines einheitlichen effizienten Mindestumfangs für den Musterbetreiber sollten die nationalen Regulierungsbehörden daher darauf achten einen effizienten Marktzugang zu fördern, aber auch anerkennen, dass unter bestimmten Bedingungen kleinere Betreiber in kleineren geografischen Gebieten geringere Stückkosten haben.“ [...]

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 zu berücksichtigen, 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 2004/03/0210).

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

Wie festgestellt, wird nämlich eine höhere allokativen Effizienz dann erzielt, wenn niedrigere Terminierungsentgelte gesetzt werden, da dadurch eine größere Flexibilität in der Preisgestaltung der Betreiber erzielt wird, was zu einem höherer Spielraum bei der Tarifgestaltung führt, insbesondere bei der Bündelung oder All-In-Paketen. Auch wird der Wettbewerb gestärkt, da insbesondere kleine Wettbewerber einen Großteil ihrer Anrufe Off-Net verbinden müssen. Dadurch sind diese stärker von hohen Terminierungsentgelten betroffen als große Anbieter.

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 effizienten Preis festzulegen, 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 A1 TA gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten“ ein Entgelt verrechnet, das sich an den inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv Pure LRIC orientiert. Umfasst von dieser Verpflichtung ist die Monopolleistung der Anrufzustellung in das gegenständliche Festnetz der A1 TA 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 Telefonnetz eines effizienten Betreibers an festen Standorten betragen Cent 0,122 pro Minute, unter Zugrundelegung der Endkundentarifspreizung Cent 0,137 (in der Peak-Zeit) und Cent 0,085 (in der Off-Peak-Zeit). Damit war spruchgemäß festzulegen, dass A1 TA für die Terminierungsleistung in ihr Telefonnetz an festen Standorten ein maximales Entgelt in der Höhe von Cent 0,137 (in der Peak-Zeit) und Cent 0,085 (in der Off-Peak-Zeit) 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 überhöhten Entgelte und den damit einhergehenden allokativen Verzerrungen und bringt den Konsumenten damit Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003).

Durch den Pure LRIC Ansatz wird darüber hinaus das (festgestellte) Problem des FL-LRAIC Ansatzes, nämlich, dass bei sinkenden Mengen höhere Kosten entstehen, „gelöst“. Dies

hätte zur Folge, dass höhere Vorleistungskosten sich in höheren Endkundenentgelten niederschlagen würden. Bei höheren Entgelten ist aber eine noch stärkere Fest-netz-Substitution und ein Minutenrückgang im Festnetz zu erwarten („Teufelskreis-Problem“). Diesem Problem wird mit Pure LRIC entgegengewirkt, da es sich um einen reinen Inkrementalkostenansatz handelt und die Entgelte im Vergleich zu den Endkundenentgelten so gering sind, dass ein Margin Squeeze für Verbindungsnetzbetreiber aufgrund ihrer Höhe unwahrscheinlich ist.

Kein Gleitpfad

Von einigen Verfahrensparteien wurde vorgebracht, dass eine (allfällige) Senkung des gegenständlichen Terminierungsentgeltes schrittweise und langsam erfolgen solle („Gleitpfad“, vgl etwa Vorbringen der A1 TA oder Tele2 in ihrer Stellungnahme vom 22.11.2012), da die Entgeltsenkung signifikant sei; andere Verfahrensparteien, wie H3G und Orange, sprechen sich gegen einen Gleitpfad aus.

Die Telekom-Control-Kommission hat erwogen, von der Anordnung einer schrittweisen Senkung des (derzeitigen) Festnetzterminierungsentgelts 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 (Mobil)terminierungsentgelte 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 beiden genannten Fällen 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 Festnetzterminierungsentgelts 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.

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 Terminierungsleistung zu berücksichtigen wäre bzw um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das 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 gegenständlichen Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass andere 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 Festnetzbetreibers dann verstärkt von Kunden 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 Terminierungsentgelte akzeptieren, würden Kunden weiterhin überhöhte Entgelte entrichten.

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 Festnetzsektor fast sämtliche Endkundenpreise unreguliert sind. Alle Festnetzbetreiber sind von der Absenkung der Terminierungsentgelte in gleicher Weise betroffen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Absenkung der Terminierungsentgelte nicht bei anderen Endkundenpreisen (zB Grundentgelt) 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 anders nicht 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 grundsätzlich keine Bindungswirkung (vgl dazu auch die Entscheidung zu M 1.9/12, die eine gewisse „Lockerung“ der Regulierung der A1 TA bringt).

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.

h. Zum Argument der A1 TA, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte zu einer ungerechtfertigten Verbesserung des CS/CPS Businesscase führen würde, ist auf die Ausführungen im Gutachten zur Originierung zu verweisen; dort werden explizit die Auswirkungen der Änderungen der Festnetz-Vorleistungsentgelte auf die Attraktivität des CS/CPS-Businesscases (im Besonderen im Vergleich zu Voice over Broadband) berücksichtigt. Insgesamt wird CS/CPS im Vergleich zur Vergangenheit unattraktiver.

Zur (Un-)Gleichbehandlung zwischen Fest- und Mobilnetzen

a. Von Verfahrensparteien (vgl etwa Stellungnahme der mediainvent in der mündlichen Verhandlung am 15.10.2012, T-Mobile bei der Einsichtnahme in das Kostenrechnungsmodell vom 6.9.2012) 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 Zugangsnetz 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 demgegenüber 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.

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, 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 Anordnung M 1.10/12 abzüglich Cent 0,122 im Mittel gemäß der gegenständlichen Anordnung) 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 Verfahrensparteien 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 für die Festnetzterminierung 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 Probleme 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.

Auch die Asymmetrie in den Zahlungsflüssen für Terminierungsleistungen im Auslandsverkehr wegen eines unterschiedlichen Niveaus der Festnetzterminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa (vgl Stellungnahmen der A1 TA) bedeutet nicht, dass ein höheres Terminierungsentgelt festgelegt wird. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopolleistung der Anrufzustellung in einzelne öffentliche Telefonnetzen an festen Standorten. 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“ oder der „Wegfall von Synergieeffekten“, 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; dies hat einen wettbewerbsintensivierenden Effekt (§ 1 Abs 1 TKG 2003).

Zu „Make or Buy“

Auch die Ansicht der A1 TA, dass Pure LRIC im Zusammenhang mit einer „Make or Buy“-Entscheidung dazu führen würde, dass Betreiber Infrastruktur zukaufen würden, anstelle selbst zu investieren, ist vor dem Hintergrund des Two-Way-Access nicht nachvollziehbar. Bei der Terminierung besteht nämlich gar keine Wahl zwischen „Make or Buy“ in derselben Form wie beim One-Way Access. Vielmehr lässt sich die Frage „Make or Buy“ nur aus den Anrufverhalten der eigenen Kunden sowie den Kunden anderer Netze erschließen, dh eine reine „Make-Option“ oder eine reine „Buy-Option“ gibt es bei der Terminierung (mit Ausnahme des CP/CPS im Festnetz) nicht.

Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 stellt sicher, dass die angeordneten Entgelte in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das potenziell

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 A1 TA überlassen.

Zu den näheren Regelungen für die anzuwendenden Entgelte

Zu den konkret festgelegten Entgelten wurde festgehalten, dass die Beträge in Cent und ohne Umsatzsteuer angeführt sind und weiters, dass die Entgelte tageszeitabhängig (Peak, Off-Peak) und verkehrsvolumensunabhängig sind. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

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

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.

6.4. Zur Verpflichtung zur getrennten Buchführung nach § 40 TKG 2003 (Spruchpunkt C.5.)

Gemäß § 40 Abs 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern.

Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Die Regulierungsbehörde kann das zu verwendende Format und die zu verwendende Kostenrechnungsmethode festlegen. Dies beinhaltet auch den Detailgrad und die Form, in der die Informationen zur Verfügung zu stellen sind (Abs 2).

Hat die Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 39 oder 40 Abs 1 und 2 angeordnet, kann sie unbeschadet der Bestimmungen des § 90 verlangen, dass die Kostenrechnungs- und Buchhaltungsunterlagen einschließlich sämtlicher damit zusammenhängender Informationen und Dokumente auf Anforderung in vorgeschriebener Form und vorgeschriebenem Format vorgelegt werden. Die Regulierungsbehörde kann diese Informationen veröffentlichen, soweit dies zur Förderung des Wettbewerbs erforderlich ist (Abs 3).

Gemäß den Feststellungen ist eine getrennte Buchführung zur Unterstützung der Entgeltkontrolle erforderlich, weil für ein marktmächtiges Unternehmen Anreize bestehen, die Kosten von unregulierten zu regulierten Geschäftsfeldern zu verschieben und somit unerlaubte Quersubventionierung verhindert werden kann. Diese ist als Gesamtansicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich.

Da die A1 TA ein Unternehmen mit einer großen Anzahl von verschiedenen Produkten ist und die Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 nur einen kleinen Ausschnitt darstellt, ist es notwendig, die Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt von den übrigen angebotenen Produkten zumindest in der bisherigen Gliederung (nach den Märkten der TKMVO 2003 idF BGBl II Nr 117/2005) getrennt bereitzustellen.

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ist ein verhältnismäßiges Regulierungsinstrument, da die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering sind und erhebliche Synergien bestehen.

7. Zur Aufhebung früherer Verpflichtungen

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 26.7.2010, M 5/09 - 149 wurden der A1 TA spezifische Verpflichtungen auferlegt, die auch nunmehr verfahrensgegenständliche Produkte bzw Leistungen betreffen. Mit Spruchpunkt C. des vorliegenden Bescheids werden der A1 TA erneut derartige spezifische Verpflichtungen auf dem (nunmehr) relevanten Markt 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