

## 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 29.4.2013 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

### I. Spruch

A.1. Gemäß § 36 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass der Markt für „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [aicall telekommunikations-Dienstleistungs GmbH, Aplus Informationstechnologie G.m.b.H, Brennercom Tirol GmbH, Cable & Wireless Austria GmbH, Colt Technology Services GmbH, Coolwave Communications B.V., Four Telecom Services GmbH & Co KG, Hutchison 3G Austria GmbH, ikotec Beteiligungsgmbh, Innosoft Theresia Hirschbichler KG, "IT-Technology" Gesellschaft für industrielle Elektronik und Informationstechnologie mbH, LIWEST Kabelmedien GmbH, MASS Response Service GmbH, mediainvent Service GmbH, MITACS Telekomservice GmbH, MultiKom Austria Telekom GmbH, NeoTel Telefonservice GmbH & Co KG, Orange Austria Telecommunication GmbH, Orange Business Austria GmbH, Russmedia IT GmbH (vormals Teleport Consulting- und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H.), SCHREGO Communications Ltd, scom GmbH, SIPit Kommunikationsmanagement GmbH, Telecom5 Business Systems GmbH, Telekom u. Sicherheitstechnik - Gerhard Valentek, Tele2 Telecommunication GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UniCredit Business Integrated Solutions Austria GmbH (vormals Bank Austria Global Information Service GmbH), UPC Telekabel Wien GmbH, Verizon Austria GmbH, Voxbone SA, Werner Berghammer RSD - Rapid Solution Development, WNT Telecommunication GmbH, 1012-Festnetz-Service GmbH]“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

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

B. Gemäß §§ 36 Abs 1 iVm 37 Abs 1 TKG 2003 wird festgestellt, dass [##] auf dem Markt iSd Spruchpunkte A. über beträchtliche Marktmacht verfügt.

C. Der [##] wird gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtung auferlegt:

C.1. [##] 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 [##]“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage und zu den Entgelten iSd Spruchpunktes C.2. zu gewährleisten.

C.2. Für die von [##] erbrachte Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [##]“ gilt 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 zustande gekommenen Verbindung.

D. Die der [Aplus Informationstechnologie G.m.b.H., Colt Technology Services GmbH, LIWEST Kabelmedien GmbH, MultiKom Austria Telekom GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH, T-Mobile Austria GmbH, UniCredit Business Integrated Solutions Austria GmbH (vormals Informations-Technologie Austria GmbH), UPC Telekabel Wien GmbH, Verizon Austria GmbH] mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 8x/06-[##] vom 5.2.2007 [bei Hutchison 3G Austria GmbH M 5/09-153 vom 26.7.2010] auferlegten Verpflichtungen werden gemäß § 37 Abs 2 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 einzelnen öffentlichen Telefonnetzen 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, Telecomservice 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-Fernsehzug Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel-Fernsehzug 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“).

Am 3.12.2012 wurde ein Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen. Im Zeitraum 4.12.2012 bis 25.1.2013 wurde dazu eine Konsultation iSd § 128 TKG 2003 durchgeführt.

Zum Entwurf einer Vollziehungshandlung wurden 8 Stellungnahmen abgegeben.

Mit 19.3.2013 wurde eine unionsweite Koordination mit der Europäische Kommission, dem GEREK sowie den Regulierungsbehörden anderer Länder der EU iSd § 129 TKG 2003 eingeleitet. Am 18.4.2013 wurde der gegenständliche Entwurf einer Vollziehungshandlung aufgrund der kommunizierten Bedenken der Europäischen Kommission zurückgezogen.

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zur Abgrenzung des Marktes „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [##]“**

Terminierung (Anrufzustellung) ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr von einer zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle/Netzknospe bis zum Netzabschlusspunkt des gerufenen Teilnehmers zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle/Netzknospe ist eine Vermittlungsstelle/Netzknospe, an der mindestens ein Netzbetreiber zusammenschaltet 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..) zugrunde liegt. Für „Voice over Internet“ (Vol) 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 in obigen Sinne.

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% 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 jenes geografische Gebiet innerhalb des Bundesgebietes, in dem die im Spruch genannte Verfahrenspartei die Terminierungsleistung erbringt; geographische Unterschiede in den Wettbewerbsverhältnissen können nicht festgestellt werden.

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches Telefonnetz, in welches terminiert wird und sie Umsätze aus Terminierungsleistungen erzielt. Der Markt für Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz der im Spruch genannten Verfahrenspartei 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 [##]“**

### **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 Tarifsystem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

### **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 (potenziell) auftretenden Wettbewerbsprobleme bei großen Unternehmen anders sein können als bei kleinen.

Da es sich bei den Terminierungsmärkten um residente Monopolmärkte handelt, bleibt letztlich die Nachfrageseite als einzige Kraft, die die bisher indizierte Marktmacht der im Spruch genannten Partei 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 gleichverteilt 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 gleichgelagerte, 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 ausgehöhlt, 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 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 Mobilendkumentarife zu senken. Denn beinahe alle Mobilnetzbetreiber verrechnen Endkumentarife 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 Endkumentarife 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 Endkumentarifen 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 Endkumentarife keine betreiberspezifischen Entgelte vorsehen, wird sich eine Senkung der Terminierungsentgelte (ev. 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 Zusammenschaltungsentgelte 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. Die 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 („modified 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 um Streitschlichtung
- c) Im Gegenzug hohe Terminierungsentgelte verlangen
- d) Im Falle von Drittmarktkontakten: Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit auf anderen Märkten

#### 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 seiner 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 gegeben falls 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 wären nicht kostenorientierte Entgelte iSv FLRAIC oder gar „Pure LRIC“, 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 festgestellt würden und daher nachfrageseitige Gegenmacht besteht ist zirkulär, da dies von der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht in der Vergangenheit abhängig war. 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 (nach dem Maßstab Pure LRIC) 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 VNB gegenüber einem alternativen Festnetzbetreiber**

Teilnehmernetzbetreiber haben grundsätzlich Anreiz dazu, von VNBs überhöhte Entgelte für die Terminierungsleistung zu verlangen, da sie so ihre Gewinne erhöhen und ihre Konkurrenten auf den nachgelagerten Gesprächsmärkten schwächen können. Der VNB hat solchen überhöhten Preisen nichts entgegen zu setzen, da er selbst keine Terminierungsleistung erbringt und auch keine nachfrageseitige Gegenmacht, selbst wenn sie große Mengen an Terminierungsleistung beziehen.

#### **2.4.7. Nachfragemacht der A1 Telekom Austria gegenüber alternativen Festnetzbetreibern**

Gegenüber kleineren Betreibern und Markteinsteigern wäre es wahrscheinlich, dass die A1 Telekom Austria bei Nichtregulierung der Terminierungsleistung überhaupt die Zusammenschaltung verweigert um andere Betreiber zu verdrängen bzw vom Markteintritt abzuhalten und so den Wettbewerb auf den nachgelagerten Gesprächs- und Anschlussmärkten zu verringern (ohne Zusammenschaltung mit A1 TA ist ein erfolgreicher Markteintritt praktisch ausgeschlossen). A1 TA ist jedoch – sowie alle Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes und unabhängig von einer Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – zur Zusammenschaltung verpflichtet (§ 48 TKG 2003). Dennoch kann eine Verweigerung der Zusammenschaltung de facto über das Verlangen stark überhöhter Entgelte erreicht werden. Selbst wenn der alternative Betreiber nun seinerseits überhöhte Entgelte setzt, wird er in der Regel aufgrund der stark asymmetrischen Verkehrsrelation einen Kostennachteil gegenüber der A1 TA haben.

Bei der Zusammenschaltung zwischen (einer unregulierten) A1 TA und größeren Teilnehmernetzbetreibern, wie Tele2 oder UPC ist der Anreiz zur Verweigerung der Zusammenschaltung geringer. Betrachtet man die In-Out Ratios zwischen A1 TA und UPC bzw A1 TA und Tele2, so zeigt sich, dass der Verkehr asymmetrisch ist. Bei (deutlich) asymmetrischen 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 – rationaler Weise den Überschuss maximierende Monopolpreise. Dies ermöglicht es ihm nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, 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“, was zu einem Wettbewerbsvorteil am Endkundenmarkt führt. Betreiber mit einem positiven Saldo haben also wenig Interesse, vom Monopolpreis abzuweichen. Damit ist eine Verhandlungslösung mit reziproken kostenorientierten Entgelten auszuschließen. Auch wenn der Betreiber mit dem negativen Verkehrssaldo – nicht zuletzt auf Grund des net-outflows – ein gesteigertes Interesse an (reziproken) kostenorientierten Entgelten haben sollte, hat er keine Möglichkeit dies durchzusetzen. Vielmehr wird er sein eigenes Terminierungsentgelt erhöhen um die Auszahlungen möglichst gering zu halten. Auch in diesem Fall ist es sehr unwahrscheinlich, dass durch die Interessenlage der Betreiber effiziente Zusammenschaltungsentgelte festgelegt werden. A1 TA könnte zwar wahrscheinlich aufgrund ihrer Größe in Verhandlungen Druck auf die Terminierungsentgelte ihres Verhandlungspartners ausüben, diesem bliebe aber nur als „Ausweg“ die Regulierungsbehörde anzurufen.

Diese Analyse lässt jedoch darauf schließen, dass A1 TA auch in Zukunft einer Regulierung auf ihrem Terminierungsmarkt unterworfen sein wird. Steht einem ANB eine A1 TA mit Regulierungsaufgaben auf ihrem Terminierungsmarkt gegenüber, so verändert sich die Verhandlungssituation vollkommen. Durch die einschränkende Wirkung der Regulierungsaufgaben, wie der Entgeltkontrolle, kann A1 TA ihre Entgelte nicht mehr autonom setzen und verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner – unabhängig von seiner Größe – jegliche preisliche Verhandlungsmacht. Damit entsteht eine Verhandlungssituation, in der A1 TA an die Auflagen der Regulierungsbehörde gebunden ist, während der Verhandlungspartner seine Entgelte ohne Gegenmacht setzen kann. Das regulierte Unternehmen kann – bei hinreichend genauer Überwachung und schneller Reaktion der Regulierungsbehörde – auch nicht auf nicht-preisliche Taktiken zurückgreifen, um den Zusammenschaltungspartner unter Druck zu setzen, da die Regulierungsaufgaben solche Taktiken untersagen. Der ANB könnte daher seine Marktmacht ausüben, ohne von einer nachfrageseitigen Gegenmacht eingeschränkt zu werden.

Zusammenfassend kann A1 TA nachfrageseitige Gegenmacht durch ihre Marktstellung nun im Falle eines unregulierten Umfeldes ausüben. Im Ergebnis würden voraussichtlich beide Terminierungsanbieter exzessive (Monopol-)Entgelte für Terminierungsleistung verlangen bzw. die Regulierungsbehörde anrufen. Ist A1 TA aber der Regulierung unterworfen, verliert sie die Gegenmacht und kann die Marktmacht der ANB in keiner Weise einschränken.

#### **2.4.8. Nachfragemacht alternativer Festnetzbetreiber gegenüber anderen alternativen Festnetzbetreibern**

Da zwischen alternativen Festnetzbetreibern in der Regel beiderseitiges Interesse an einer Zusammenschaltung besteht, wird es im Normalfall auch ohne Regulierung zu einer Verhandlungslösung kommen. Grundsätzlich haben alle Betreiber einen Anreiz, Druck auf die Terminierungsentgelte ihrer jeweiligen Mitbewerber auszuüben, da dies einerseits die eigenen Kosten senkt, (attraktivere Endkundenangebote ermöglicht, d.h. das Unternehmen im Wettbewerb stärkt) und gleichzeitig den Umsatz des Konkurrenten reduziert (wodurch dessen Position im Wettbewerb geschwächt wird). Dennoch gilt, dass der Anreiz, Druck auf den Zusammenschaltungspartner auszuüben sinkt, wenn im Gegenzug die eigenen Terminierungsentgelte gesenkt werden müssen.

Grundsätzlich gilt für Verhandlungen zwischen Betreiber dasselbe wie zwischen A1 TA und größeren Teilnehmernetzbetreibern. Unter sehr spezifischen Umständen (gleiche Kosten, symmetrischer Verkehr) können hier (zumindest theoretisch) effiziente Verhandlungsergebnisse erzielt werden. Dies ist in der Praxis aber sehr unwahrscheinlich. Selbst wenn sich zwei Betreiber auf solche Entgelte einigen, ist nicht anzunehmen, dass diese auch gegenüber anderen Betreibern zur Anwendung kommen, wo diese Bedingungen nicht erfüllt sind.

#### **2.4.9. Nachfragemacht der Mobilfunkbetreiber gegenüber alternativen Festnetzbetreibern**

Grundsätzlich haben alternative Festnetzbetreiber einen Anreiz, in ihrem Monopolmarkt Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen und damit ihren Profit zu maximieren. Die Höhe des Monopolpreises hängt von der Elastizität der (abgeleiteten) Nachfrage ab.

Der Mobilbetreiber, der selbst wiederum Terminierungsentgelte für die Mobilterminierung festsetzt, könnte versuchen, einem solchen Monopolpreis dadurch entgegenwirken, dass er gegebenenfalls selbst für die Mobilterminierung einen Monopolpreis verlangt. Die Reaktion des alternativen Festnetzbetreibers auf eine solche Monopolpreissetzung wird aber kaum eine Reduktion seiner Terminierungsentgelte nicht notwendigerweise zu einem Absenken der Mobilterminierungspreise führen muss. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass Fest- und Mobilfunkbetreiber auf unterschiedlichen Endkundenmärkten tätig sind.

Stehen Mobilfunkbetreiber und alternative Festnetzbetreiber miteinander am Endkundenmarkt im Wettbewerb, so wäre bei symmetrischem Verkehr und gleicher Kostenstruktur auch eine Einigung auf kostenorientierte, reziproke Terminierungsentgelte nicht auszuschließen, wenn auch in der Praxis sehr unwahrscheinlich. Der Verkehr ist jedoch in aller Regel asymmetrisch und auch von einer ähnlichen Kostenstruktur ist derzeit nicht auszugehen.

Sollte der Mobilbetreiber in seinen Terminierungsentgelten reguliert sein – wovon gegenwärtig jedenfalls auszugehen ist – ist ihm jegliche allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorhaben zu halten hat. Einem solchen Betreiber gegenüber könnte ein alternativer Festnetzbetreiber ohne Regulierungsverpflichtung seine Marktmacht ausüben.

Mobilfunkbetreiber haben daher keine die alternativen Festnetzbetreiber hinreichend disziplinierende nachfrageseitige Gegenmacht.

#### **2.4.10. 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 andern 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.

Die Vermutung der größten nachfrageseitigen Gegenmacht besteht bei der A1 TA, da sie der größte Anbieter auf einer Reihe von Vorleistungsmärkten ist, insbesondere auch auf solchen, die für die Ausübung von nachfrageseitiger Gegenmacht gegenüber anderen Festnetzbetreibern von besonderem Interesse sind (zB Mietleitungen, Entbündelung, Originierung). Die Umsätze der A1 TA setzen sich einerseits aus Positionen auf regulierten Märkten (etwa Terminierung, terminierende Segmente von Mietleitungen oder Originierung) und andererseits aus Umsätzen auf nicht regulierten Märkten zusammen. Auf all jenen Märkten, auf denen im Zuge einer Marktanalyse festgestellt wurde, dass A1 TA über Marktmacht verfügt, wurde entsprechende Regulierung auferlegt, sodass der Handlungsspielraum der A1 TA auf diesen Märkten in den für eine Verhandlungssituation

wesentlichen Punkten, wie der Zugangsverweigerung oder der Preisgestaltung eingeschränkt ist. Auch andere Drohungen, wie Qualitätsverschlechterungen, Lieferverweigerungen etc sind durch die Regulierung (im Regelfall durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots) „eingefangen“. Nach dem „modified greenfield approach“, der der Beurteilung nachfrageseitiger Gegenmacht zu Grunde zu legen ist, sind diese Regulierungen in der konkreten Verhandlungssituation über Terminierungsentgelte zu berücksichtigen, sodass davon auszugehen ist, dass A1 TA auf diesen Märkten keine nachfrageseitige Gegenmacht ausüben kann. Auf andern Märkten, auf denen A1 TA über keine beträchtliche Marktmacht verfügt, ist effektive Wettbewerb gegeben, was auch heißt, dass es Alternativen zu ihrem Angebot gibt und Androhungen über Preiserhöhungen, Verschlechterungen in der Qualität etc keine entscheidende Quelle nachfrageseitiger Gegenmacht sein können. A1 TA kann also gegenüber ANB keine nachfrageseitige Gegenmacht aufgrund von Multimarktkontakten ausüben.

## **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**

Die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 Terminierungsleistungen reguliert wurden. 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 grundsätzlich 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 in 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: 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**

ANB haben in der Regel keine Möglichkeit bzw keinen Anreiz ihre Marktmacht durch Zugangsverweigerung bzw unangemessene Konditionen zu missbrauchen, da sie wesentlich kleiner sind und mit einer Verweigerung des Zugangs nur ihr eigenes Geschäftsmodell gefährden würden (da ihre eigenen Endkunden nicht alle Teilnehmer erreichen könnten) und ihre Marktmacht auf anderen Märkten nicht erhöhen könnten (da eine Zugangsverweigerung keinen Verdrängungseffekt hätte). Unter bestimmten Umständen ist ein Anreiz zur Zugangsverweigerung jedoch nicht auszuschließen (vgl die im Schreiben vom 14.8.2009 dokumentierte Sichtweise der Europäischen Kommission, SG-Greffe (2009) D/4957; vgl ON 110).

#### **2.7.2.2. Nicht preisbezogene Aspekte**

Ähnlich wie bei der Verweigerung der Zusammenschaltung haben alternative Festnetzterminierungsbetreiber in der Regel keinen Anreiz, ihre Marktmacht auf die Weise zu missbrauchen, weil sie damit kaum nennenswerte Barrieren auf anderen Märkten errichten können. Unter bestimmten Umständen (etwa gegenüber Neueinsteiger) ist jedoch ein Anreiz zu Zugangsverweigerung nicht auszuschließen.

Die Möglichkeit von horizontalem leveraging von Marktmacht in den Transitmarkt besteht grundsätzlich (auch) für alternative Betreiber, wenn sie ihre Terminierungsleistung nur im Bündel mit eigener Transitleistung oder mit der Transitleistung eines anderen bestimmten Betreibers anbieten. Gegebenenfalls könnten 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. Im zweiten Fall könnte der Terminierungsnetzbetreiber die direkte Zusammenschaltung (Zugangsverweigerung) verweigern und verweist gleichzeitig auf einen (assoziierten) Transitnetzbetreiber, über den seine Terminierungsleistung im Bündel zu beziehen ist. Dadurch kann nun der Transitnetzbetreiber unregulierte Preise für seine Transitleistung



verlangen und den Profit mit dem Terminierungsnetzbetreiber teilen. In beiden Fällen überträgt der Terminierungsnetzbetreiber seine Marktmacht auf den Transitmarkt.

### 2.7.2.3. Preisdiskriminierung/Margin Squeeze

Die Gefahr von Preisdiskriminierung ist bei ANB nicht gegeben, weil netzinterne Gespräche, für die bessere Konditionen eingeräumt werden können, nur gering (im Vergleich zu A1 TA) und daher vernachlässigbar in ihrer Wirkung sind.

## 3. Zu den spezifischen Verpflichtungen

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

### 3.1. 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 seine Marktmacht auf andere Unternehmen übertragen.

Es wurde das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise festgestellt. Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, dieses Wettbewerbsproblem 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 marktmächtige 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, ungeachtet der weitgehenden Aufhebung dieser Entscheidungen): 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 verkehrsabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrsabhängige Kosten entstehen durch Kapazitätserweiterungen, die notwendig sind um den steigenden Verkehr abzuwickeln. Explizit nicht berücksichtigt werden sollen verkehrsunabhängige („non traffic-related“) und damit langfristig fixe Gemeinkosten und gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem 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 (vgl. M 1.9/12).

Mittels Pure LRIC berechnete Kosten und damit Terminierungsentgelte sind niedriger als solche, die auf FL-LRAIC basieren, 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-Gesprächen 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 Endkundentarifen 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 vom FL-LRAIC-Standard auf den Pure LRIC-Standard erfolgt somit auch eine Umstellung von einem reinen Calling Party Pays Regime auf ein Both Parties Pay Regime. Damit werden beim Pure LRIC Standard in gewisser Weise im Gegensatz zum LRAIC-Standard auch Anrufexternalitäten berücksichtigt. Diese entstehen dadurch, dass der Angerufene einen Nutzen von einem Anruf hat, aber in einem reinen Calling Party Pays Regime die gesamten Kosten des Anrufs vom Anrufer getragen werden.

Die Einführung von Pure LRIC kann sich also auf verschiedene Nutzergruppen unterschiedlich auswirken. Kunden mit hohem Nutzungsverhalten würden 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 verbessert sich die Situation sogar; „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 Produkt, 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 von 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 damit insgesamt der Vorzug 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 ökonomische Abschreibungen 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.

### **3.2. Zugangsverpflichtung**

Grundsätzlicher Zweck der Zugangsverpflichtung ist es, Betreibern Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen und deren Nutzung sicherzustellen. Dieses Regulierungsinstrument zielt darauf ab, zu verhindern, dass vertikal integrierte Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt verfügen, den Zugang zu ihren Vorleistungsprodukten verweigern und damit ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen. Die Zugangsverpflichtung soll insbesondere sicherstellen, dass die Terminierungsleistung ungebündelt angeboten wird.

Es ist notwendig, dass Zugang zum Netz durch direkte und indirekte Zusammenschaltung betreffend Terminierung gewährt wird. Das (potentielle) Problem der Zugangsverweigerung besteht bei alternativen Betreibern lediglich in abgeschwächter Form, dennoch ist eine Zugangsverpflichtung notwendig, um den Wettbewerbsproblemen betreffend Verzögerung

und wettbewerbshindernde Bündelung von Produkten zu ungerechtfertigten Konditionen oder Bereitstellung einer schlechteren Qualität – also nicht zwingend preisbezogene Probleme – entgegenzuwirken. In der Regel haben alternative Netzbetreiber keinen Anreiz, ihre Marktmacht auf diese Weise zu missbrauchen, weil sie damit kaum nennenswerte Barrieren auf anderen Märkten errichten können. Unter bestimmten Umständen (etwa gegenüber Neueinsteigern) ist jedoch ein Anreiz zur Zugangsverweigerung nicht auszuschließen.

Weiter besteht das Problem von horizontalem leveraging von Marktmacht in den Transitmarkt grundsätzlich auch für alternative Betreiber. Das Wettbewerbsproblem besteht im ersten Fall darin, dass die gegebenenfalls überhöhten Preise nun nicht für die Terminierungsleistung, sondern für die im Bündel enthaltene Transitleistung verlangt werden und eine Entgeltverpflichtung nicht wirksam wäre. Im zweiten Fall verweigert der Terminierungsnetzbetreiber die direkte Zusammenschaltung und verweist gleichzeitig auf einen (assoziierten) Transitnetzbetreiber, über den die Terminierungsleistung im Bündel zu beziehen ist. Dadurch kann nun der Transitnetzbetreiber unregulierte Preise für seine Transitleistung verlangen und den Profit mit dem Terminierungsnetzbetreiber teilen.

## C. Beweiswürdigung

### 1. Allgemeines

Die Feststellungen zum gegenständlichen betreiberindividuellen Markt betreffend Anrufzustellung, 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. Die Feststellungen zur Abgrenzung des gegenständlichen Marktes gründen dabei auf diesem Gutachten (ON 4, Punkt 2), wobei sich unter Berücksichtigung des *Gutachtensteils Ermittlung der Festnetzterminierungskosten* ergibt, dass ein effizientes Netz nur mehr zwei Kernnetzstandorte benötigt, wobei an jedem der beiden (Kernnetz-)Standorte die Übergabe von in ganz Österreich terminierenden (Festnetz-)Verkehr möglich ist. Insofern war die in ON 4, Punkt 2 vorgenommene Definitionen der Terminierungs- (und – vice versa – auch der Originierungs-)leistung dahingehend zu adaptieren, als nicht die *erste* bzw *letzte* zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle ein „*Ende*“ der verfahrensgegenständlichen Leistung markiert.

Dass ein effizientes Netz mit zwei Kernnetzstandorten das Auslangen findet, ergibt sich nicht nur aus dem Kostenrechnungsmodell ON 4, sondern findet sich in der Realität etwa bei H3G: H3G betreibt – auch nach der Integration der Orange – bloß zwei Kernnetzstandorte (vgl Stellungnahme der H3G/Orange vom 25.1.2013).

In weiterer Folge gehen die Amtssachverständigen auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 ein („single dominance“, eine Untersuchung der „joint dominance“-Kriterien iSd Abs 4 leg cit scheidet 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.

Soweit Tele2 in ihrer Stellungnahme vom 24.1.2013 ausführt, dass das Wettbewerbsproblem überhöhter Preise bei alternativen Betreibern nur potentiell ist und deswegen die „Wahrscheinlichkeit“ und die „Relevanz“ des Eintritts dieses Wettbewerbsproblems untersucht werden soll, ist Tele2 auf das wirtschaftliche Gutachten zu verweisen, in dessen Rahmen für alle Teilnehmernetzbetreiber – unabhängig von ihrer Größe – das mögliche Wettbewerbsdefizit überhöhter Preise erkannt wurde. Dies ist darauf zurückzuführen, dass alle Teilnehmernetzbetreiber hinsichtlich der (Monopol-)Leistung „Terminierung in ihr Netz“ keiner nachfrageseitigen Gegenmacht ausgesetzt sind; wesentlicher Grund ist das Calling Party Pays Prinzip. Daraus ergibt sich, dass ein profitmaximierendes Unternehmen Anreize hat, die Terminierungsentgelte zu erhöhen. Dass dies in der Praxis auch beobachtet werden kann, zeigt scdm: In ihrer Stellungnahme vom 24.1.2013 führt scdm selber aus, dass sie als Teilnehmernetzbetreiber mit nur wenigen Kunden ihr Terminierungsentgelt von Cent 1,28 auf Cent 1,58 (in der Peak-Zeit) und von Cent 0,71 auf Cent 0,73 (in der Off Peak-Zeit) erhöht hat.

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 ON 4 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 für die (Festnetz-)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, 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 zu Grunde liegenden – Kostenmodellierung wird unter anderem von folgenden Parametern ausgegangen: ein effizientes hypothetisches Netz mit österreichweiter Abdeckung basierend auf der Nachfrage des größten Betreibers A1 TA, IP-basiertes NGN-Kernnetz, 3-Ebenen Konzentrationsnetz, Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 10,53%, ökonomische Abschreibung des Anlagevermögens. In einem iterativen Prozess wurden 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 der zu Grunde gelegte Verkehr (Daten, Sprache) mit Unsicherheiten behaftet ist, 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. Auch das Vorbringen der Tele2 vom 24.1.2013, dass die Unsicherheiten bezüglich des Equipments die Heranziehung des höchsten Wertes nicht rechtfertigen könne, da dies genauso für den niedrigsten Wert gelte, vermag vor dem Hintergrund der dargelegten Erwägungen nicht überzeugen. 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. und 20.12.2012, 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 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.

A1 TA weist in ihrer Stellungnahme im Konsultationsverfahren vom 20.12.2012 auch auf die jüngsten Entscheidungen der deutschen Bundesnetzagentur zur Festnetz- und Mobilterminierung hin und beruft sich auf deren Relevanz für die Regulierung in Österreich, insbesondere darauf, dass von der Bundesnetzagentur der Quellcode zur Verfügung gestellt wurde. Für A1 TA sei nicht nachvollziehbar, warum bei sehr ähnlicher Ausgangslage (beide verwenden ein Bottom-up-Kostenrechnungsmodell der WIK-Consult GmbH) so unterschiedliche Ergebnisse entstehen können. Dem ist zu entgegen, dass die Verwendung eines Bottom-up Modells vom selben Hersteller keineswegs zum selben oder einem ähnlichen Ergebnis führen muss, da der ermittelte Pure LRIC-Wert von verschiedenen Inputparametern abhängt. Schon die Verwendung einzelner von den österreichspezifischen Inputparametern abweichende (für das Ergebnis aber maßgebliche) Inputparameter kann zu einem anderen Ergebnis führen (Sensitivität der Parameter). Dies macht deutlich, dass nicht allein die Verwendung desselben Modells ein ähnliches Ergebnis rechtfertigen kann; vielmehr sind die verwendeten Inputparameter ausschlaggebend. Zur Erstellung des Kostenrechnungsmodells und den Inputparametern ist auf die nachfolgenden Ausführungen unter Pkt. 2.2 zu verweisen.

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 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.

## **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 der konkreten spezifischen Verpflichtung 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 (Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2012) – erachten die Kostenmodellierung explizit als plausibel.

## **2.1. Parteivorbringen zum Pure LRIC-Ansatz**

Mit dem Pure LRIC-Ansatz hat sich A1 TA umfänglich befasst und hat hierzu zwei Privatgutachten bei Gugler/Briglauser/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 wie 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 Betreibern überhaupt keine unmittelbare Auswirkung. Bei asymmetrischem Verkehr wirkt sich eine Änderung der Terminierungsentgelte nur auf den Netto-Verkehr aus. Dass es durch die Reduktion der Terminierungsentgelte auf ein Pure LRIC Niveau nicht zu 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

von CS/CPS im Festnetz). 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 (vgl etwa Stellungnahmen der A1 TA und der UPC jeweils vom 27.9.2012). Weiters bringt A1 TA vor, dass das Modell fehleranfällig sei und nicht den „Best Practises“ entsprechen würde (Stellungnahme der A1 TA vom 25.1.2013).

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. Abs 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 2011 und im 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 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 und damit fehleranfällig sei, 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 Ressourcen 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. Zudem werde bei der Verwendung der Parameter in keinster Weise der Realität entsprochen (Stellungnahme der A1 TA vom 25.1.2013). Weiters geht A1 TA im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.9.2012 auf eine Reihe von Parameter 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 Festnetz-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.

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.

Dem Vorwurf, dass in keinster Weise der Realität entsprochen werde, ist die Stellungnahme der Hutchison und Orange entgegen zu halten, derzufolge das Kostenrechnungsmodell aus Sicht von zwei großen Kommunikationsnetzbetreibern „eine überraschend präzise Annäherung an reale Netzverhältnisse“ darstellt (Stellungnahme der Hutchison vom 25.1.2013).

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 inklusiv 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 ihrer 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 Regierungsbehörden 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 herausgehobenen hohen Nutzungsdauern für Gebäude/Grundstücke und Kabelkanäle (Ducts) bzw. Glasfaserkabel inklusiv 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 und 25.1.2013 eine unschlüssige Ermittlung des WACC. Im Konkreten wendet sich Verizon gegen die Bandbreite der Marktrisikoprämie (5,5 % bis 12%) und in weiterer Folge gegen die arithmetische Mittelung, um zum WACC in der Höhe von 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.irc.eu/template20.jsp?categoryId=260350&contentId=543313>) ist der langfristige, zukünftige Aspekt durch die Wahl der Laufzeit des risikolosen Zinssatzes ausreichend berücksichtigt. Die von den Amtssachverständigen betrachteten 3 Jahre sind ein durchaus angemessener Zeitraum zur Durchschnittsbildung, insbesondere da die Jahre 2009 und 2010 von einer deutlichen Erholung von der Wirtschaftskrise gekennzeichnet waren. Darüber hinaus geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass zu weit in der Vergangenheit liegende Daten weniger relevant für die zukünftige Entwicklung des risikolosen Zinssatzes sind als solche der jüngeren Vergangenheit.

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 allgemeine 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) zu verweisen, in dem ein risikoloser Zinssatz von 3,43% (10-Jahres-Durchschnitt deutsche Bundesanleihe) zugrunde gelegt wird. 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 Vorwurfs, 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, S 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 primär vom Unterschied „benötigte Kapazität“ und „Kapazität des Equipments abhängt“ (ON 4, Gutachtensteil „Ermittlung der Festnetzterminierungskosten“, 3.8, S 46). 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 Marktmarkt 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 und 2a 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 Märkten definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sein können (§ 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 gegenständliche Markt ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

Dieser umfasst sämtlichen externen Terminierungsverkehr mit der Ausnahme von Datenverkehr zu zielnetztarifierten Diensterufnummern. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet des Marktes ist das Gebiet in dem die im Spruch genannte Partei 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 dieselbe Schlussfolgerung auch auf Festnetz-Terminierungsmärkte übertragen werden).

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht für beträchtliche Marktmacht der [##] 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 im Spruch genannten Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

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

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

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

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

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

### **5.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“**

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

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

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ist wesentlich, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht („*single dominance*“) iSd § 35 Abs



2 TKG 2003 zu prüfen ist. 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 [##] auf dem Markt für „Anrufzustellung in das einzelne öffentliche Telefonnetze an festen Standorten der [##]“ über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Für den Fall der Nicht-Regulierung besteht das Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise. Unter bestimmten Umständen ist ein Anreiz zur Zugangsverweigerung nicht auszuschließen.

## **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 Netzeinrichtung und Netzfunktionen nach § 41 TKG 2003 (Spruchpunkte C.1.)**

#### **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 Einzelheiten umfassen: 1. Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen, einschließlich des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten, und des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, um unter anderem die Betreiberauswahl, die Betreiber vorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse zu ermöglichen; 2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte; 3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern; 4. Führung von

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

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

Wie festgestellt, besteht im Falle einer Nichtregulierung für alternative Betreiber 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 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.

Die Telekom-Control-Kommission ist bislang davon ausgegangen, dass eine Zugangsverpflichtung (in Form der Zusammenschaltung) für alternative Festnetzbetreiber nicht notwendig ist (vgl dazu den Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 3.12.2013 im gegenständlichen Verfahren; ebenso M 5/09 und M 8b-b/06). Dies ist darauf zurückzuführen, dass Zugangsverweigerungen alternativer Festnetzbetreiber nicht beobachtet werden konnten und der diesbezügliche Anreiz, wie festgestellt, gering ist. Darüber hinaus besteht eine allgemeine, alle Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes betreffende Verpflichtung zur Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003; diese Verpflichtung ist unabhängig von einer festgestellten beträchtlichen Marktmacht iSd §§ 35ff TKG 2003.

In einem Erkenntnis vom 27.2.2013 zur ZI 2010/03/0136 hat der Verwaltungsgerichtshof – anknüpfend an eine im Verfahren M 5/09 ergangene Stellungnahme der Europäischen Kommission nach § 129 TKG 2003, der weitestgehend Rechnung zu tragen ist –

ausgesprochen, dass die Verpflichtung nach § 48 TKG 2003 auch für alternative Betreiber keine wirksame Zugangsverpflichtung darstellt, da geschäftliche Vereinbarungen nicht immer gewährleisten, dass die Kunden jederzeit mit allen Netzen verbunden sind. Die im TKG 2003 vorgesehene Streitbeilegung erscheint im Hinblick auf den damit verbundenen Zeitaufwand nicht geeignet, die durchgehende Aufrechterhaltung des Zugangs zu gewährleisten. Darüber hinaus vermag „die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2003 die Notwendigkeit der Auferlegung von auf § 41 TKG 2003 beruhenden spezifischen Verpflichtungen nicht zu ersetzen“.

Im Rahmen des Verfahrens gemäß § 129 TKG 2003 haben Vertreter der Europäischen Kommission ernsthafte Bedenken an der ursprünglich in Aussicht genommenen Nichtauferlegung einer Zugangsverpflichtung mitgeteilt und eine „Phase 2“ iSd § 129 Abs 3 TKG 2003 in Aussicht gestellt (vgl. ON 110). Aus Sicht der Europäischen Kommission ist eine Zusammenschaltungsverpflichtung (auch) für alternative Festnetzbetreiber unerlässlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten (potenziellen) nicht-preisbezogenen wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere und vor dem Hintergrund der Ausführungen der Europäischen Kommission und des Verwaltungsgerichtshofes geeignete Norm stellt § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen eine Zusammenschaltungsverpflichtung basierend auf § 41 TKG 2003 vorzusehen 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 ein „bereits gewährter Zugang [in Form der Zusammenschaltung] nicht nachträglich verweigert“ (lit 3 leg cit) sowie gegebenenfalls die „Kollokation (zB für den Fall der direkten Zusammenschaltung) ermöglicht“ 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 technologie-neutral (§ 1 Abs 3 TKG 2003) und umfasst damit sowohl IP- als auch TDM-basierte Zusammenschaltung. Kommt eine Vereinbarung über die Bedingungen der Zusammenschaltung (auch der IP-basierten) nicht zu Stande, kann die Regulierungsbehörde nach §§ 48, 50 TKG 2003 (bei Vorliegen der Antragsvoraussetzungen) zur Streitschlichtung angerufen werden.

## **6.2. Zur Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang nach § 42 TKG 2003 (Spruchpunkt C.2.).**

### **6.2.1. 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.

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.

### **6.2.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung**

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv (d.h. direkt und der Natur des Problems angemessen) das identifizierte Problem der exzessiven Preise zu 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).

### 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 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 beachten, 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). Daran ändert auch nichts, dass - nach dem Vorbringen der A1 TA vom 25.1.2013 - andere Mitgliedstaaten von der Terminierungsempfehlung abweichen bzw. dies zumindest in Konsultationsentwürfen nach Art 6 RahmenRL in Aussicht nehmen.

Soweit sich A1 TA gegen Pure LRIC wendet, ist sie auf die öffentlichen Äußerungen ihrer Muttergesellschaft – Telekom Austria Group – zu verweisen: Im Rahmen des „Capital Market Day 2013“ am 15.1.2013 wird unter dem Titel „Regulation and Upcoming Spectrum Auctions“ ausgeführt, dass ein Pure LRIC seit 31.12.2012 verpflichtend („mandatory“) sei und erwartet wird, dass Regulierungsbehörden in der EU der Terminierungsempfehlung folgen werden.

Neben dem rechtlichen Gebot zur Berücksichtigung der Terminierungsempfehlung 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 höheren 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 die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 Monopoleistung 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 die im Spruch genannte Verfahrenspartei 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 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-mobil 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 Terminierungsentgeltes schrittweise und langsam erfolgen solle („Gleitpfad“, vgl etwa Vorbringen der A1 TA oder Tele2 in ihren Stellungnahmen vom 22.11.2012, 25.1.2013 und 24.1.2013), da die Entgeltsenkung signifikant sei; andere Verfahrensparteien, wie H3G und Orange, sprechen sich gegen einen Gleitpfad aus. Verizon spricht sich für eine Vorlaufzeit von mindestens 3 Monaten ab Bescheiderlass für alternative Betreiber aus. Tele2 ergänzt ihr Vorbringen damit, dass eine Absenkung der Entgelte vor 1.7.2013 rechtlich und wirtschaftlich nicht gefordert sei.

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, mit einer geeigneten Verpflichtung 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). Daran ändert nichts, dass – wie Tele2 in ihrer Stellungnahme vom 24.1.2013 ausführt - der diesem Erkenntnis zu Grunde liegende Sachverhalt anders gelagert sei. In beiden Fällen ist mit den der Regulierungsbehörde zur Verfügung stehenden Mitteln den festgestellten wettbewerblichen Defiziten zu begegnen.

Der Abstand des derzeit verrechneten Festnetzterminierungsentgelts zu den festgestellten Kosten iSv Pure LRIC ist so groß, dass 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 und ein deutlich geringeres Niveau der gegenständlichen Terminierungsentgelte jedenfalls seit Vorliegen des wirtschaftlichen Gutachtens im Juli 2012 vorhersehbar war.

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 dem festgestellten Wettbewerbsproblem überhöhter Preise 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 (Grundentgelt etc.) ausgeglichen werden könnte, soweit dies überhaupt erforderlich ist.

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

#### Zur „rechtlichen Kritik“ der A1 TA an Pure LRIC

A1 TA geht auch unter dem Titel „rechtliche Kritik“ auf Pure LRIC ein (Stellungnahme vom 27.9.2012, Punkt 2.5, und Beilage 1 zur Stellungnahme vom 25.1.2013, Punkt 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. Einleitend ist darauf zu verweisen, dass Telekom Austria Group selber davon ausgeht, dass eine Pure LRIC Kostenmodellierung verpflichtend ist.

a. Nach Ansicht der A1 TA (bzw ihrer Privatgutachter) und scdm 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 entgegen, dass Eigentumsbeschränkungen nach der ständigen Rechtsprechung zulässig sind, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismäßig sind (zB VfSlg 13.659/1993).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

der Änderungen der Festnetz-Vorleistungsentgelte auf die Attraktivität des CS/CPS-Businesscases (v.a. im Vergleich zu VoB) berücksichtigt wurden. Insgesamt wird das CS/CPS im Vergleich zur Vergangenheit unattraktiver.

#### Zur (Un-)Gleichbehandlung zwischen Fest- und Mobilnetzen

a. Von Verfahrensparteien (Stellungnahme der mediainvent in der mündlichen Verhandlung am 15.10.2012, T-Mobile bei der Einsichtnahme in das Kostenrechnungsmodell vom 6.9.2012 oder Tele2) 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.

Nur im Festnetz gibt es einen dem Teilnehmer allein und ausschließlich zuordenbaren Zugang (Teilnehmeranschlussleitung), 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“.

Weiters sind die Verfahrensparteien auf die Terminierungsempfehlung zu verweisen, aus der sich eine unterschiedliche Zugangsweise betreffend Fest- und Mobilterminierung ergibt: 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.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich – zwingend – unterschiedliche Pure LRIC Ergebnisse für Fest- und Mobilterminierung. Würden zwischen Fest- und Mobilnetzen symmetrische Entgelte festgelegt werden, wären entweder die Festnetzterminierungsentgelte überhöht, da Entgelte über den Kosten iSv Pure LRIC liegen, oder die Entgelte für die Mobilterminierung würden nicht einmal die Kosten iSv Pure LRIC decken.

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; dieser Unterschied ergibt sich aus der Anwendung des Pure LRIC-Ansatzes im Sinne der Terminierungsempfehlung.

Die Verfahrensparteien übersehen dabei, dass der absolute Unterschied im Vergleich zu den vormals festgelegten Entgelten (vgl die Entscheidungen zu M 1/08, die Cent 2,01 für Mobil-Terminierung vorsehen und die – vom Verwaltungsgerichtshof weitgehend aufgehobenen – 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. Soweit von Verfahrensparteien angeführt wird, dass höhere Entgelte für Mobilterminierung als für Festnetzterminierung Grund für die anhaltende fest-mobil-Substitution sein soll, ist festzuhalten, dass dabei die Präferenzen der Endkunden und deren Entscheidungen ausgeblendet werden. Die Mobilfunk-Leistung (Sprache) wird von Endkunden offenkundig (auf Grund der Mobilität) mehr angenommen als Festnetzleistungen, weswegen etwa 85% des gesamten Sprachverkehrs im Mobilfunk abgeführt wird. Die absolute oder relative Differenz der Entgelte für Festnetz- und Mobilterminierung können diesen deutlichen Trend zum Mobilfunk nicht erklären.

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) zu den festgestellten Kosten erbringen kann. Die festgestellten allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann damit 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. Verfahrensggegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopoleistung 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. Deshalb geht das Argument der A1 TA (Stellungnahme vom 25.1.2013), dass österreichischen Betreibern im Binnenmarkt wichtige Finanzmittel entzogen werden, ins Leere.

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 der im Spruch genannten Verfahrenspartei 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 Zusammenschlungsverträgen (amtsbekannt) und wurden in dieser Form auch in (früheren) Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 aufgenommen.

#### **6.2.3. Zur Verhältnismäßigkeit**

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



## **7. Zur Aufhebung früherer Verpflichtungen**

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 5.2.2007 zu M 8x/06 - ## [bei Hutchison 3G Austria GmbH M 5/09-153 vom 26.7.2010] wurden der [##] spezifische Verpflichtungen auferlegt, die auch nunmehr verfahrensgegenständliche Produkte bzw Leistungen betreffen. Mit Spruchpunkt C. des vorliegenden Bescheids werden 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.

## **8. Zur TKMV 2008**

Gemäß § 133 Abs 11 TKG 2003 ersetzt die in Spruchpunkt A getroffene Marktabgrenzung jene der Märkte des § 1 Z 5 TKMV 2008 (BGBl II Nr 505/2008 idF BGBl II Nr 468/2009).

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

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

Der vorliegende Entwurf einer Vollziehungshandlung ist daher den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination iSd §§ 128 f TKG 2003 zu unterwerfen.

### **III. Hinweis**

Der gegenständliche Akt ist ein Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 29.4.2013

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé