

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 28.11.2005 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 6/05 einstimmig folgenden

Bescheidentwurf

beschlossen:

I. Spruch

Hutchison 3G Austria GmbH wird gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 iVm Spruchpunkt 1 des Bescheides der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15e/03-30 folgende zusätzliche spezifische Verpflichtung auferlegt:

Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die Hutchison 3G Austria GmbH ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 24.10.2005 wurde ein Verfahren gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 zu M 6/05 betreffend den Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH („Hutchison“) amtswegig eingeleitet.

Am 25.10.2005 wurde die Verfahrenspartei über die Einleitung dieses Verfahrens in Kenntnis gesetzt und mitgeteilt, dass nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission nicht ausreichend sicher gestellt erscheint, dass mit den im derzeit geltenden Bescheid M 15e/03-30 auferlegten spezifischen Verpflichtungen die Auswirkungen aller auf den Märkten nach § 1 Z 15 der TKMVO 2003 (Terminierungsmärkte in Mobilnetzen) erkannten Wettbewerbsprobleme auch im Fall des Anbietens von Produkten wie „Replace“ und „Mobile Nebenstellenanlage“ verhindert werden.

Hutchison wurde mit selbem Schreiben das „*Wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03 und M 15/03*“ vom Mai 2004, das „*Wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 15/03 betreffend Regulierungsinstrumente*“ vom Juni 2004, der Bescheid M 15e/03-30 vom 27.10.2004, sowie die Leistungsbeschreibungen der Produkte „*Mobile Nebenstellenanlage*“ der One GmbH und „*Replace*“ der T-Mobile Austria GmbH zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass die Telekom-Control-Kommission beabsichtigt, die Gutachten auch der Entscheidung im Verfahren M 6/05 zu Grunde zu legen.

Am 11.11.2005 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme, in der sie sich gegen eine Heranziehung der wirtschaftlichen Gutachten aus den Verfahren zu M 14/03 und M 15/03 ausspricht; begründend führt Hutchison an, dass Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit neuen Endkundenprodukten nicht mitbedacht worden seien, weswegen die Gutachten unzulänglich wären. In weiterer Folge verweist Hutchison auf einzelne Aspekte dieser Gutachten, wie beispielsweise die Gewichtung der identifizierten Wettbewerbsprobleme oder eine „Gesamtkostenkurve“. Da nach Ansicht der Hutchison das erstgenannte wirtschaftliche Gutachten bereits unrichtig sei, könne das zweitgenannte Gutachten, das auf das erste Gutachten „aufbaut“, ebenfalls nicht herangezogen werden.

In weiterer Folge nimmt Hutchison auf die Verfahren zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten Bezug (Verfahren zu Z 2, 7, 8, 9, 10, 11, 13 und 14/05) und vermeint, dass die Lösung der nunmehr erkannten Wettbewerbsprobleme im Rahmen der Entgeltkontrolle erfolgen müsse.

Auf der Grundlage dieser Ausführungen stellt Hutchison einen Antrag auf Einstellung des gegenständlichen Marktanalyseverfahrens; stattdessen sei die Umsetzung der spezifischen Verpflichtung zur Entgeltkontrolle zu forcieren. Eventualiter begehrt Hutchison, die Telekom-Control-Kommission möge von den fehlerhaften Gutachten (aus den Verfahren zu M 14/03 und M 15/03) Abstand nehmen und einen neuen Gutachtensauftrag erteilen, in eventu diese Gutachten „adaptieren“.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Festgestellte beträchtliche Marktmacht und spezifische Verpflichtungen

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15e/03 wurde festgestellt, dass Hutchison über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz verfügt (amtsbekannt).

Im Rahmen dieses Bescheides wurden Hutchison gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

Hutchison hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Gemäß § 38 TKG 2003 hat Hutchison in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Hutchison hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen hat.

Weiters wurde Hutchison gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 verpflichtet, die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

Die Verfahrenspartei hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert. Diese Orientierung wird über einen Gleitpfad operationalisiert.

Es liegen der Regulierungsbehörde aktuell keine Hinweise vor, die zu einer anderen Sichtweise betreffend die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der Hutchison iSd Spruchpunkt 1 des zitierten Bescheides führen.

Hutchison wurde der sie betreffende Bescheid gemäß § 37 TKG 2003 am 29.10.2004 zugestellt; auch im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens wurde dieser Bescheid Hutchison übermittelt.

2. Festgestellte Wettbewerbsprobleme

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei wurden im oben genannten Verfahren (für den Fall der Nicht-Regulierung) identifiziert (Wirtschaftliches Gutachten zu M 14/03, M 15/03; Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2005):

- a. Wettbewerbsproblem 1: Allokative Marktverzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte (d.h. Entgelten über den Kosten) für Anrufe von Festnetzen ins Mobilnetz; die überhöhten Terminierungsentgelte führen – da die Terminierungsentgelte direkten Einfluss auf die variablen Kosten eines Festnetzbetreibers haben – zu aus wohlfahrtsökonomischer Sicht überhöhten (Endkunden-)Preisen (und damit zu geringen Outputmengen) für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze.

Dieses Wettbewerbsproblem ist aus ökonomischer Sicht das Wesentlichste.

- b. Wettbewerbsproblem 2: Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls*.
- c. Wettbewerbsproblem 3: Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern (*Greenfielder*, MVNOs) durch Zusammenschaltungsverweigerung, überhöhte Terminierungsentgelte, Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls* oder andere nichtpreisliche Taktiken (*raise rival's cost*); damit in Zusammenhang steht die Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.
- d. Wettbewerbsproblem 4: Unter Umständen *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von *Virtual Private Networks*) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *on-net calls* und jenen, die für *off-net calls* verrechnet werden, verstärkt. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.

3. Endkundenprodukte betreffend „mobile Nebenstellenanlage“

3.1. „Replace“

Am 5.10.2005 übermittelt T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) eine Beschreibung ihres Endkundenproduktes „Replace“. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Telefondienst, bei dem Geschäftskunden ermöglicht wird, ihre Festnetzrufnummer zu T-Mobile zu portieren. Der Kunde erhält dabei eine fix montierte Übertragungseinrichtung (ein ortsfester Netzabschlusspunkt). Alle Anrufe zur geografischen Rufnummer werden entweder zu einem über die Luftschnittstelle angebotenen Netzabschlusspunkt als Vermittlungsplatz zugestellt oder auf ein mobiles Endgerät weitergeleitet. Für die Rufe zur geografischen Rufnummer wird ein Festnetz-Terminierungsentgelt verrechnet, unabhängig, ob der Ruf zum festen Netzabschlusspunkt oder zu einem mobilen Endgerät zugestellt wird.

Das Endkundenprodukt „Replace“ ist mit einem Mobilfunkvertrag anmeldbar. Für dieses Produkt fallen einmalige Freischaltungskosten in der Höhe von € 50,- (exkl. Ust.) und ein monatliches Entgelt in der Höhe von € 8,- (exkl. Ust.; für ein Festnetz ohne Durchwahl) bzw. € 4,- (exkl. Ust.; für ein Festnetz mit Durchwahl, je Durchwahl).

3.2. „Mobile Nebenstellenanlage“

Am 7.6.2005 übermittelt One GmbH (One) gemäß § 25 TKG 2003 eine Beschreibung ihres Kommunikationsdienstes „Mobile Nebenstellenanlage“. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Telefondienst, der es dem Kunden ermöglicht, Rufe zu einer geografischen Rufnummer an einem über die Luftschnittstelle angebotenen ortsfesten physischen Netzabschlusspunkt, dem diese Rufnummer zugeordnet ist, entgegenzunehmen und in weiterer Folge an weitere Anschlüsse, insbesondere auch an mobile Endgeräte, zu administrieren. Für die Rufe zur geografischen Rufnummer wird ein Festnetz-Terminierungsentgelt verrechnet, unabhängig, ob der Ruf zum festen Netzabschlusspunkt oder zu einem mobilen Endgerät zugestellt wird.

Für dieses Endkundenprodukt fallen einmalige Installationsgebühren in Höhe von € 250,- (exkl. Ust.) sowie eine monatliche Servicegebühr pro Nebenstelle in der Höhe von € 15,- (exkl. Ust.) an.

3.3. „Duo“

Tele2UTA bietet Endkunden ein Produkt an, in dessen Rahmen Endkunden aus dem Kommunikationsnetz der Tele2UTA um Cent 5 in das mobile Kommunikationsnetz („Vertragshandys“) der Tele2UTA telefonieren können („Duo Tarif Vertragshandy“). Im Tarif „Duo“ reduziert sich die (monatliche) Grundgebühr von € 19,80 auf € 9,90 (Angebot unter www.tele2uta.at).

4. Stellungnahme der Europäischen Kommission

In der Rechtssache DE/2005/0249 hat die Europäische Kommission gemäß Art. 7 Abs. 3 RI 2002/21/EG eine Stellungnahme zu einer Notifizierung der deutschen Regulierungsbehörde – Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) – abgegeben (Stellungnahme vom 3.11.2005). Die Notifizierung bezieht sich auf den Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen in Deutschland, im Konkreten auf die Marktdefinition und die Feststellung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

Die Endkundenprodukte „O2 Genion“ und „Vodafone Zuhause“ ermöglichen die Erreichbarkeit von Endkunden sowohl unter einer geografischen als auch einer mobilen Rufnummer. Begrenzt auf ein bestimmtes Gebiet kann der Endkunde über eine geografische Rufnummer auf seinem mobilen Endgerät erreicht werden. Diese Rufe werden von der BNetzA dem Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen zugerechnet.

In ihrer Stellungnahme hält die Europäischen Kommission fest, dass O2 und Vodafone im Rahmen ihrer genannten Endkundenprodukte (Festnetz-)Terminierungsentgelte verrechnen, die deutlich geringer als Mobil-Terminierungsentgelte sind, obwohl diese Rufe in einem mobilen Netz terminieren. Weiters hält die Europäische Kommission fest, dass diese (Preis-) Differenzierung aus der Strategie der Mobilbetreiber herrührt, Endkunden von Festnetz-Anschlüssen zu mobilen Anschlüssen zu führen („Mobilfunk-für-Festnetz Strategie“).

Die Europäische Kommission lädt die BNetzA ein, die Gründe für diese Preisdifferenzierung im Rahmen der Entscheidung der (noch) aufzuerlegenden spezifischen Verpflichtung(en) mit zu bedenken.

C. Beweiswürdigung

Die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ergibt sich aus dem erwähnten Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004; der Telekom-Control-Kommission liegen keine Informationen vor, die an dieser Feststellung zweifeln lassen könnten. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 11.11.2005 bringt Hutchison nichts Konkretes zur Feststellung ihrer beträchtlichen Marktmacht vor.

Die Feststellungen zu den auferlegten spezifischen Verpflichtungen und den vier Wettbewerbsproblemen ergeben sich aus dem, der Verfahrenspartei auch in diesem Verfahren zugestellten Bescheid zu M 15e/03 der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 sowie den diesem Bescheid zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Gutachten.

Soweit Hutchison auf diese Gutachten Bezug nimmt und diese im Wesentlichen pauschal als unrichtig darstellt, soll darauf hingewiesen werden, dass die angesprochenen Gutachten das Wettbewerbsproblem, das nun durch die Endkundenprodukte zu „mobilen Nebenstellenanlage“ besondere Bedeutung erfährt, – entgegen den Ausführungen der Hutchison – sehr wohl identifiziert hat. So nennen beide Gutachten „Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von Virtual Private Networks) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen“ (vgl. hierzu die Feststellungen). Das Vorbringen der Hutchison ist sohin verfehlt.

Darüber hinaus können auch Hinweise auf eine, für gegenständliches Verfahren irrelevante „Gesamtkostenkurve“ keine „Unzulänglichkeit“ der obigen Feststellungen begründen, hat diese „Gesamtkostenkurve“ doch nichts mit dem Gegenstand dieses Verfahrens zu tun. Auch ein Verweis auf die laufenden Streitschlichtungsverfahren zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten vermag die obigen Feststellungen zur beträchtlichen Marktmacht der Hutchison, den auferlegten spezifischen Verpflichtungen, den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Endkundenprodukten „Replace“, „Mobile Nebenstellenanlagen“ und „Duo“ nicht zu erschüttern.

Die Feststellung zu den Endkundenprodukten „Replace“, „Mobile Nebenstellenanlage“ und „Duo“ gründet auf Anzeigen der Betreiber T-Mobile und One bzw. im Fall von „Duo“ auf Auszügen aus der Homepage der Tele2UTA (www.tele2uta.at).

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommen der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeiten zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, sowie zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu.

2. Allgemeines

Im Gegensatz zum bisherigen Regelwerk des TKG 1997 bzw. der ONP-Richtlinien hat der neue Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste – das Telekommunikationsgesetz 2003 – einen differenzierteren Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der neuen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003 idF BGBl. II Nr. 117/2005) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 17 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel vor, festzustellen, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb

gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003).

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

Die gesetzlichen Regelungen gebieten nicht, dass die Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen (lediglich) in einem einzigen Rechtsakt erfolgen müsse.

3. Zu den spezifischen Verpflichtungen

3.1. Allgemeines

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

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

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. In den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die

Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung für den betroffenen Betreiber darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

3.2. Änderung oder neuerliche Auferlegung von bestehenden Verpflichtungen

Gemäß § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003 werden bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt.

Ausgehend von dieser Bestimmung wird mit der spruchgemäßen Auferlegung einer weiteren Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 dem Umstand Rechnung getragen, dass die bereits auferlegten spezifischen Verpflichtungen eine neue Art von Produkten (wie „Mobile Nebenstellenanlage“ und „Replace“) nicht hinreichend berücksichtigen. Dass diese Produkte und die daraus resultierenden potentiellen Wettbewerbsprobleme nicht hinreichend berücksichtigt wurden, ist darauf zurückzuführen, dass diese zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 am 27.10.2004 nicht bekannt waren (die erstmalige Anzeige eines solchen Produktes erfolgt im Juni 2005). Wie bereits ausgeführt, wurde das grundsätzliche Wettbewerbsproblem – entgegen dem Vorbringen der Hutchison – erkannt, wobei lediglich die auferlegten spezifischen Verpflichtungen nicht in einem ausreichenden Maß diese konkrete Ausformung des Wettbewerbsproblems erfasst. Vor diesem Hintergrund war den Anträgen der Verfahrenspartei auf Einholung eines Gutachtens bzw. „Adaption“ der bestehenden, zum Akt genommenen Gutachten nicht zu folgen.

Das von der Telekom-Control-Kommission identifizierte „Wettbewerbsproblem 4“ (*„Unter Umständen Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von Virtual Private Networks) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für on-net calls und jenen, die für off-net calls verrechnet werden, verstärkt“*) erfährt durch diese Endkundenprodukte eine besondere Bedeutung, da diese Produkte als Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern gewertet werden können.

Vor diesem Hintergrund werden die bestehenden Verpflichtungen insofern „geändert“ (iSd § 37 Abs. 2 Satz 2 TKG 2003), als eine weitere Verpflichtung (zusätzlich) auferlegt wird.

Parallel dazu werden die anderen auferlegten spezifischen Verpflichtungen, insbesondere jene zur Entgeltkontrolle, im Rahmen von anderen Verfahren behandelt, weswegen dem Antrag auf Einstellung dieses Verfahrens nicht gefolgt werden konnte.

Um dem Wettbewerbsproblem der Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (*im Rahmen eines Fest-Mobil-Konvergenz-Produktes wie die „Mobile Nebenstellenanlage“*) zu begegnen, ist eine Verpflichtung notwendig und geeignet, die eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung hinsichtlich des Preises der Leistung der Mobil-Terminierung vorsieht, wobei diese im Konkreten vorsieht, dass die selben (preislichen) Bedingungen an Dritte so weiterzugeben sind, wie sie unternehmensintern zwischen dem „Mobilarm“ und dem „Festnetzarm“ (dh jener Unternehmensbereich der Verfahrenspartei, der Endkunden Festnetz-Sprachtelefonie-Produkte anbietet) zur Verrechnung gelangen.

Die bereits mit Bescheid zu M 15e/03 auferlegte Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung hinsichtlich des Preises der Mobil-Terminierungsleistung sieht keine Verpflichtung vor, unternehmensinterne Preise an Dritte weiterzugeben. Nichtdiskriminierend an andere Betreiber weiterzugeben sind lediglich jene preislichen Bedingungen, die „verbundenen oder anderen Unternehmen“ bereitgestellt werden. Da jedoch der Festnetzbereich eines Unternehmens weder als „anderes“ noch als „verbundenes“ Unternehmen zu werten ist, adressiert diese Verpflichtung das unternehmensinterne Verhältnis zwischen dem Festnetz- und dem Mobilnetzbereich nicht.

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, Erläuterung zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (*Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003).

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient primär dem Zweck, die Diskriminierung zwischen verschiedenen Abnehmern einer Leistung zu verhindern, wobei grundsätzlich zwischen einer Preis- und einer Qualitätsdiskriminierung zu unterscheiden ist.

Die nun auferlegte Verpflichtung begegnet dem festgestellten, (für den Fall der Nicht-Regulierung) potentiellen Wettbewerbsproblem der „*Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz)*“. Durch Produkte dieser Art erfahren Festnetzbetreiber deutliche Wettbewerbsnachteile, da sie vergleichbare Produkte (möglicherweise) nicht anbieten können, da sie direkt von der Mobil-Terminierung abhängig sind, und das dafür zu entrichtende Mobilterminierungsentgelt zu entrichten haben.

Die Telekom-Control-Kommission vermag keine andere spezifische Verpflichtung zu erkennen, die geeignet wäre, dem Wettbewerbsproblem 4 vor dem Hintergrund der neuen Endkunden-Produkte zu begegnen, weswegen eine eingehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 TKG 2003 entfallen kann.

Das festgestellte Wettbewerbsproblem ist potentiell, dh das konkrete aktuelle Anbieten eines solchen Endkunden-Produktes ist keine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung einer ergänzenden ex ante-Verpflichtung. Sollte ein solches Endkundenprodukt nicht oder nicht mehr angeboten werden, so entfaltet diese spezifische Verpflichtung faktisch keine Wirkung.

Abschließend wird klarstellend festgehalten, dass vorliegende Anordnung die bereits mit Bescheid vom 27.10.2004 auferlegten spezifischen Verpflichtungen ergänzt, nicht jedoch ersetzt. Insbesondere sind netzinterne Gespräche von einem mobilen Endgerät zu einem anderen mobilen Endgerät des selben Unternehmens („on net-calls“) (weiterhin) von der Verpflichtung nach § 38 TKG 2003 ausgenommen.

4. 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 Zusammenschaltung betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 3 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

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

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 28.11.2005

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann