

## Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und DI Franz Ziegelwanger als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 5.05.2014 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 [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

A.2. Der Markt umfasst jenes geografische Gebiet innerhalb der Republik Österreich, in dem [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] die Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“ erbringt.

B. Gemäß §§ 36 Abs 1 iVm 37 Abs 1 TKG 2003 wird festgestellt, dass [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] auf dem Markt iSd Spruchpunkte A. über beträchtliche Marktmacht verfügt.

C. Der [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

C.1. [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] 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 [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage und zu den Entgelten iSd Spruchpunktes C.2. zu gewährleisten.

C.2. Für die von [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] erbrachte Leistung „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“ gilt gemäß § 42 TKG 2003 ab dem auf die Zustellung folgenden Monatsersten 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.

## II. Begründung

### A. Gang des Verfahrens

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 9.01.2012 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 10.01.2012 mittels Edikts kundgemacht (M 1/12, ON 1).

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission am 9.12.2013 folgenden Gutachtensauftrag erteilt:

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

*"Vor dem Hintergrund der Verfahrensergebnisse zu M 1.8/12 (Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 30.9.2013) sowie dem Bekanntwerden, dass zwei weitere Festnetzbetreiber die Leistung „Festnetz-Terminierung“ anbieten, erteilt die Telekom-Control-Kommission den nach § 52 AVG nachstehend genannte Amtssachverständige und beauftragt sie mit der Erstellung eines wettbewerbsökonomischen Gutachtens bis längstens März 2014:*

*(1) Prüfung einer möglichen Abgrenzung eines Marktes für Festnetz-Terminierung der 3 U Telecom GmbH sowie der FINAREA SA nach den einschlägigen Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes und Prüfung dieser Märkte, inwieweit die Voraussetzungen für die Feststellung als relevanten Markt iSd § 36 TKG 2003 vorliegen.*

*(2) Prüfung der Voraussetzungen für die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 36 TKG 2003. 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 TKG 2003 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. 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.“*

Am 20.01.2014 hat die Telekom-Control-Kommission einen gleichlautenden Gutachtensauftrag für die (möglichen) Märkte für Festnetzterminierung der Elephant Talk Telekom GmbH, der atms Telefon- und Marketing Services GmbH sowie der Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H erlassen.

Elephant Talk Telekom GmbH teilt mit Schreiben vom 19.02.2014 mit, dass sie die Erbringung ihrer Dienste in Österreich mit Ende März 2014 einstellt (ON 12).

Mit Beschluss vom 24.03.2014 wurde das Verfahren M 1/12 mit dem auf den im Gutachten vom März 2014 identifizierten Märkten „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten der [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“ eingeschränkten Verfahrensgegenstand aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit der Verfahrensführung unter der Geschäftszahl M 1.11/12 getrennt weitergeführt.

Am 22.04.2014 fand im Verfahren M 1.11/12 eine mittels Edikts vom 25.03.2014 anberaumte mündliche Verhandlung statt.

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

atms Telefon- und Marketing Services GmbH („atms“), A1 Telekom Austria AG („A1 TA“), Hutchison Drei Austria GmbH („Hutchison“; vormals Hutchison 3G Austria GmbH und Orange Austria Telecommunication GmbH), FINAREA SA („FINAREA“), Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H. („Schuster“), UPC Business Austria GmbH (vormals UPC Austria GmbH), UPC Austria Service GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC DSL Telekom GmbH, UPC Oberösterreich GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH, UPC-Fernsehtz Region Baden Betriebsgesellschaft m.b.H., UPC Telekabel-Fernsehtz Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft m.b.H. (gemeinsam „UPC“), 3 U Telecom GmbH („3 U Telecom“).

## **B. Festgestellter Sachverhalt**

### **1. Zur Abgrenzung des Marktes „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“**

Terminierung (Anrufzustellung) ist eine Vorleistung jedes einzelnen Teilnehmernetzbetreibers, deren Zweck darin besteht, ankommenden Verkehr von einer zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle/Netzknoten bis zum Netzabschlusspunkt des gerufenen Teilnehmers zu führen. Eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle/Netzknoten ist eine Vermittlungsstelle/Netzknoten, an der mindestens ein Netzbetreiber zusammengeschaltet ist und somit Verkehr übergeben werden kann. Anbieter ist der Terminierungsnetzbetreiber, der für die Terminierungsleistung auf der Vorleistungsebene ein Entgelt erhält.

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

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

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

Seit einigen Jahren bieten Mobilfunkbetreiber ihren Kunden an, geografische Rufnummern für Nebenstellenanlagen zu nutzen, um überwiegend mobile Teilnehmer zu erreichen. An der Nebenstellenanlage ist mindestens ein fester Netzabschlusspunkt vorhanden, der mit der

geografischen Rufnummer adressiert wird und an dem Teilnehmer der Zugang zum öffentlichen Kommunikationsnetz ermöglicht wird. Dieser feste Netzabschlusspunkt kann leitungsgebunden sein oder über die Funkschnittstelle realisiert werden. Die Verkehrsströme zu diesem festen Netzabschlusspunkt sind ebenfalls als Terminierungsverkehr zu einem Teilnehmer in Telefonnetzen an festen Standorten zu betrachten, unabhängig davon ob und wohin sie weitergeleitet werden, weil die Rufumleitung selbst wieder ein neues, vom Festnetz originierendes Gespräch darstellt.

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

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

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

Der Anteil der Terminierungskosten am Endkundenpreis liegt derzeit zwischen 18,6% und 46,1% 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 [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA]“**

### **2.1. Spezifika der Terminierungsmärkte**

Die Festnetzterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses als Calling-Party-Pays-Prinzip (CPP) bezeichnete Tarifsysteem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

### **2.2. Markteintrittsbarrieren**

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

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

### **2.3. Marktanteile und Größenverhältnisse**

Jeder Betreiber hat auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt 100% Marktanteil.

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

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

Da es sich bei den Terminierungsmärkten um 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 gleich verteilt sein, ebenso der Schaden, wenn Verhandlungen scheitern. Darüber hinaus kann es unterschiedliche Präferenzen bezüglich des status quo (*inside option*) geben. Für die Beurteilung kann weiters relevant sein, ob Kunden 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 Networks (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 Mobilendkunderentgelte zu senken. Denn beinahe alle Mobilnetzbetreiber verrechnen Endkunderentgelte 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 Endkunderentgelte 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 Endkunderentgelten 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 Endkunderentgelte keine betreiberspezifischen Entgelte vorsehen, wird sich eine Senkung der Terminierungsentgelte (eventuell mit Ausnahme jener der A1 TA) nur im geringen Maße auswirken, sodass der Anrufer davon nicht profitiert. Somit ist die Gegenmacht auf Endkundenebene auf Senkung der Terminierungsentgelte kein geeignetes Mittel, um niedrigere Endkunderentgelte 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.

Es hat sich gezeigt, dass einige dieser Betreiber nicht oder zumindest nicht gegenüber allen anderen Zusammenschaltungspartnern seit 1.11.2013 höhere als die für die bereits verpflichteten Betreiber angeordneten niedrigeren Terminierungsentgelte verrechnen (vgl Marktanalysebescheide im Verfahren M 1.8/12-148 bis 181).

## **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 Terminierungsentgelten 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 entgegensetzen, 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 TA gegenüber alternativen Festnetzbetreibern (ANB)**

Gegenüber kleineren Betreibern und Markteinsteigern wäre es wahrscheinlich, dass die A1 TA 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 nur 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 ANB 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, dh 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 ANB 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 ANB 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 ANB auf eine solche Monopolpreissetzung wird aber nicht notwendigerweise zu einem Absenken der Mobilterminierungspreise führen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass Fest- und Mobilfunkbetreiber auf unterschiedlichen Endkundenmärkten tätig sind.

Stehen Mobilfunkbetreiber und ANB 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 (vgl. M 1/08, M 1.10/12) – ist ihm jegliche, allenfalls bestehende nachfrageseitige Gegenmacht genommen, da er sich an die Regulierungsvorgaben zu halten hat. Einem solchen Betreiber gegenüber könnte ein ANB ohne Regulierungsverpflichtung seine Marktmacht ausüben.

Mobilfunkbetreiber haben daher keine die ANB 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 anderen Bereichen, in denen die Vertragspartner miteinander in Beziehung stehen, mit Preiserhöhungen, in der Verweigerung von Lieferungen oder dem Kauf anderer Leistungen gedroht wird, falls kein erwartungskonformes Ergebnis bei Terminierungsentgelten erreicht wird. Dies setzt daher voraus, dass auf dem Markt, aus dem die Drohung kommt, der die Terminierung nachfragende Betreiber sich unabhängig von Wettbewerbern verhalten kann. Ansonsten würde eine Androhung der Preiserhöhung oder Verweigerung der Leistung zu einem Wechsel des Anbieters führen und bliebe letztlich für die Forderung nach Senkung der Terminierungsentgelte weitgehend ergebnislos.

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 effektiver 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 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 zu 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. Sihin 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 ANB 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 Neueinsteigern) 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 verweigern (Zugangsverweigerung) und gleichzeitig auf einen (assoziierten) Transitnetzbetreiber verweisen, 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 und 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 verkehrabhängige („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 alloкатive Effizienz erzielt werden, was letztlich auch dem Endkunden zugutekommt.

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

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

Bei den möglichen Auswirkungen auf die Verbraucher ist weiters ein Zusammenhang zwischen Terminierungsentgelten und Endkundertarifen zu berücksichtigen: Eine Absenkung der Terminierungsentgelte kann einen Anstieg bestimmter Endkundenentgelte zur Folge haben („Waterbed-Effekt“). Mit der Umstellung von FL-LRAIC auf Pure LRIC finden die (fixen) gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten keine Berücksichtigung in den Terminierungskosten (sofern sie nicht dem Dienstekrement Terminierung zuzurechnen sind); 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 Absolutbeträgen 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; technische 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 ANB 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.

Weiters besteht das Problem von horizontalem leveraging von Marktmacht in den Transitmarkt grundsätzlich auch für ANB. 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

a. Die Feststellungen zum gegenständlichen betreiberindividuellen Markt betreffend Anrufzustellung in öffentliche Telefonnetze an festen Standorten, 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), 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) sowie dem Gutachten „*Festnetzterminierung – (fünf Betreiber)*“ der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Wilhelm Schramm, Dr. Anton Schwarz und Mag. Stefan Tschapeck vom März 2014 (ON 7).

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.

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.

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.

b. 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.

c. 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.

d. 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, S 51) sowie unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung anfallende Zusatzkosten in der Höhe von Cent 0,0922 pro Minute.

e. 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 angeführte Netzkostenwert.

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.

Gleichzeitig wird aber auch kein höherer (als der festgestellte) Pure LRIC Wert festgelegt. 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.

f. 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-Orignierung, das zum gegenständlichen Akt genommen wurde („*Ergänzungsgutachten Festnetzorignierung*“, ON 6). 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.

g. 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 diese 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.

Dies wird erkennbar, wenn man die Implementierung des Pure LRIC-Ansatzes im wirtschaftlichen Gutachten betrachtet. Dabei werden zwei optimale Netze modelliert: Einmal mit und einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz in den Kosten ergibt sich insbesondere aus den notwendigen Kapazitätserweiterungen, die für den zusätzlichen Terminierungsverkehr (das Inkrement) anfallen. Dies bedeutet, dass auch inkrementelle fixe Kosten – auch wenn sie teilweise versunken sein sollten – und inkrementelle gemeinsame Kosten abgedeckt werden. Durch die Anwendung einer angemessenen Kapitalverzinsung für

das zusätzlich eingesetzte Kapital werden auch die inkrementellen Kapitalkosten berücksichtigt.

h. 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 nämlich 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.

i. Das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell zur Ermittlung der langfristigen zusätzlichen Kosten der gegenständlichen Terminierungsleistung (Pure LRIC) ist komplex. 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.

„Sprünge“ in den Pure LRIC-Werten liegen 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.

Im gegenständliche Bottom-up-Kostenrechnungsmodell wurde das Ziel verfolgt ein hypothetisches, effizientes Netz zu modellieren, 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

Im Rahmen einer Berechnung von Kosten mittels analytischer Bottom-Up Kostenrechnungsmodelle ist es 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.

Die im Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell angesetzten Abschreibungsdauern berücksichtigen die dynamischen Entwicklungen im Mobil- als auch im Festnetzmarkt. Sie stammen aus einer WIK-Datenbank, in der Daten aus zahlreichen Beratungsprojekten von WIK und den veröffentlichten Ergebnissen von Projekten anderer Regulierungsbehörden abgelegt sind.

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

Das Kostenrechnungsmodell baut im Wesentlichen darauf auf, 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.

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.

Etwaige Fehleinschätzung seitens einzelner Betreiber für Investitionen von Netzelementen können unter Zugrundelegung der Datenbank von WIK „abgefangen“ werden. Nach Erfahrung von WIK in anderen Kostenstudien weichen die von Verfahrensparteien angegebenen Werte meist nur geringfügig von den Werten der Datenbank ab.

j. Der Pure LRIC-Ansatz führt nur bei One-Way Access zu ineffizient geringen Investitionsanreizen. Dieser ist jedoch nicht heranzuziehen. 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.

Anrufexternalitäten 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.

k. 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.

In Übereinstimmung mit den "Principles of Implementation and Best Practice for WACC calculation" der Independent Regulators Group (IRG PIBs zum WACC) (vgl. <http://www.irg.eu/template20.jsp?categoryId=260350&contentId=543313>) ist der langfristige, zukünftige Aspekt durch die Wahl der Laufzeit des risikolosen Zinssatzes ausreichend berücksichtigt. Die von den Amtssachverständigen betrachteten 3 Jahre sind 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.

l. Die Euro-Zins-Swap-Rate wird verwendet, 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.

m. Die von den Amtssachverständigen verwendeten Werte zur Fremdfinanzierung basieren auf Angaben der Betreiber. Dabei zeigt sich, dass die Fremdkapitalkosten in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen sind.

n. Für alle Teilnehmernetzbetreiber – unabhängig von ihrer Größe – wurde das mögliche Wettbewerbsdefizit überhöhter Preise erkannt. 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 sich an den bislang noch nicht regulierten Betreibern, welche teilweise höhere als die regulierten Entgelte verrechnet haben. So haben lt. Gans/King kleine Betreiber sogar einen besonders großen Anreiz, hohe Terminierungsentgelte zu setzen, da die Endkundenentgelte für Anrufe in das Festnetz nicht terminierungsnetzspezifisch sind und somit ihre Preiserhöhung kaum einen Effekt auf die Endkundenpreise der anderen Betreiber hat. Die Nachfrage nach ihrer Terminierungsleistung ist daher sehr unelastisch, woraus sich ein entsprechend hoher Monopolpreis ergibt (Gans, J.S./King S.P. (1999) University of Melbourne, Termination Charges for Mobile Phone Networks, S 13 ff).

## **2. Zum weiteren Parteivorbringen**

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 31.01.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.04.1991, 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.

Hutchison begrüßt die Ansätze der Amtssachverständigen, insbesondere spricht sie sich für die Anordnung rückwirkender Entgelte aus, da eine Symmetrie zu den bereits in der Marktanalyse M 1.8/12 verpflichteten Betreibern hergestellt werden solle (Stellungnahme vom 17.04.2014, ON 15).

3 U Telecom führt in ihrer Stellungnahme vom 23.04.2014 (ON 19) aus, dass sie sich einer Anwendung der von den Amtssachverständigen vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente ex nunc nicht verschließen würden.

A1 TA weist im Rahmen der mündlichen Verhandlung daraufhin, dass sie gegen drei der in diesem Verfahren gegenständlichen Betreiber Zusammenschaltungsverfahren beantragen werden, da sie wegen der auseinanderlaufenden M-Bescheide vor der Situation stünden, dass sie keine privatrechtliche Einigung über die Terminierungsentgelte in den Festnetzen dieser drei Betreiber ab 1.11.2013 zustande bringen werden (Niederschrift vom 22.04.2014, ON 18). Daraus kann geschlossen werden, dass diese drei Betreiber höhere als die regulierten Entgelte verrechnen

## **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 Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors in der jeweils geltenden Fassung abweichen, hat sie die in den §§ 128 und 129 vorgesehenen Verfahren anzuwenden.*

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

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

*„(1) Stellt die Regulierungsbehörde im Verfahren gemäß § 36 Abs. 1 fest, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 47a Abs. 1 aufzuerlegen, wobei dem allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten und allfälligen geografischen Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei der Wahl und Ausgestaltung der Verpflichtungen angemessene Rechnung zu tragen ist. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt oder besondere geografische Gebiete betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele aufgehoben, beibehalten, geändert oder neuerlich auferlegt.*

*(2) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens gemäß § 36 Abs. 1 fest, dass ein Markt, der für die sektorspezifische Regulierung definiert wurde, nicht mehr relevant ist, oder auf einem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie – mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 – keine Verpflichtungen gemäß Abs. 1 auferlegen; diesfalls stellt die Regulierungsbehörde durch Bescheid fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb herrscht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen hinsichtlich dieses Marktes bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.“*

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

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

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

§ 40 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 (*Polster in Stratil, TKG 2003<sup>4</sup>, 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 505/2008) 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 2007/344, 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.

## **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“, ABl C 165/6 vom 11.07.2002): 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 28.02.2007 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 das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der im Spruch genannten Partei auf ihrem Festnetz-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 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 28.02.2007, 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 [atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Schuster & Kyba Gesellschaft m.b.H., 3 U Telecom GmbH und FINAREA SA] auf dem Markt für „Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der Verizon Austria GmbH“ 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 Betreibervorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse zu ermöglichen; 2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte; 3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern; 4. Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen; 5. Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind; 6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von zugehörigen Einrichtungen; 7. Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen; 8. Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, 9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie 10. Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst (Abs 2).

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

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw Zusammenschaltungsverhältnisse grundsätzlich auf privatrechtlicher Basis lösen (Art 5 Abs 4, Erwägungsgrund 5 Zugangsrichtlinie; 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 nicht-preisbezogener 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 Verfahren M 1.8/12; ebenso M 5/09 und M 8b-n/06). Dies ist darauf zurückzuführen, dass Zugangsverweigerungen von ANB nicht beobachtet werden konnten und der diesbezügliche Anreiz, wie festgestellt, gering ist. Darüber hinaus besteht eine allgemeine, alle Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes treffende Verpflichtung zur Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003; diese Verpflichtung ist unabhängig von einer festgestellten beträchtlichen Marktmacht iSd §§ 35ff TKG 2003.

In einem Erkenntnis vom 27.02.2013 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 ANB 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 (im Verfahren M 1.8/12) 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 ANB 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 verfahrensgegenständliche 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 verweiger[t]“* (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.

atms bringt in der mündlichen Verhandlung vor, dass keine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung notwendig sei, da es sich um wettbewerbsökonomische Argumente handle. Es sei in keiner Konstellation möglich, dass ein assoziierter Transitbetreiber gemeinsam mit einem Terminierungsbetreiber überhöhte Entgelte für die Terminierung zusammen mit Transitentgelten verlangt, da der Zusammenschaltungsbetreiber gegen den Transitbetreiber ein Verfahren nach § 48 TKG 2003 einleiten könnte und es dann an der TKK läge, angemessene Entgelte festzusetzen. Deshalb sei die Gefahr überhöhter Entgelte schon per Definition ausgeschlossen. Die Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung sei nur unter Prüfung und Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung anzuordnen, welche im gegenständlichen Verfahren in Bezug auf die atms nicht stattgefunden habe. Durch die Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung würden atms signifikante Erhöhungen der Netzkosten sowie Kosten für die Datenbereitstellung und Rechnungslegung und die permanente Betreuung des Netzes entstehen. atms beantragt daher eine sachverständige Überprüfung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Anordnung der direkten Zusammenschaltung. Auch FINAREA spricht sich in ihrer Stellungnahme vom 23.04.2014 (ON 21) gegen eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung aus, da diese unverhältnismäßig wäre und im Sinne der Ökonomie die indirekte Zusammenschaltung als gelindestes Mittel ausreichend wäre.

Dem ist zu entgegnen, dass es sich bei dem Vorbringen, dass keine Konstellation möglich wäre, dass ein assoziierter Transitbetreiber zusammen mit einem Terminierungsbetreiber überhöhte Entgelte für die Terminierung zusammen mit den Transitentgelten verlangt, eine bloße Behauptung ohne nähere Begründung darstellt. Selbst wenn es aus derzeitiger Sicht keine Fälle geben sollte, in welchen überhöhte Entgelte im Sinne obiger Konstellation bekannt sind, bedeutet dies nicht, dass diese nicht in der Zukunft denkbar wären. Da im Rahmen der Marktanalyse Anreize untersucht werden, genügt es, dass das potentielle Wettbewerbsproblem besteht, welchem durch eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung begegnet werden kann. Die Nachfrage nach einer direkten Zusammenschaltung ist ohnehin nur dann zu erwarten, wenn hinreichend viel Verkehr zwischen zwei Betreibern anfällt und ist dann in der Regel im Interesse beider Betreiber.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Tragfähigkeit einer solchen Anordnung ist auszuführen, dass privatrechtlich auch zur grundsätzlichen Kostenaufteilung des § 49 Abs 3 TKG 2003 abweichende Regelungen getroffen werden können. Falls dies nicht möglich sein sollte, ist im Rahmen eines Zusammenschaltungsverfahrens gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 ein fairer Ausgleich berechtigter Interessen herzustellen. Im Zuge dessen werden unter anderem die Verkehrsmenge, das (überwiegende) Interesse an der direkten Zusammenschaltung sowie Verhältnismäßigkeitsüberlegungen zu berücksichtigen sein.

Zum Argument der atms, dass angemessene Preise im Rahmen eines Streitschlichtungsverfahrens festgesetzt werden könnten, wodurch schon überhöhte Preise per Definition ausgeschlossen sind, ist auszuführen, dass eine allgemeine Möglichkeit, ein Zusammenschaltungsverfahren zu führen, nicht ausreicht, um die auf allen betreiberindividuellen Terminierungsmärkten ähnlich bestehenden Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Das Streitschlichtungsverfahren gem §§ 48, 50 TKG 2003 soll primär ein ex post Regulierungsinstrument darstellen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten, wie es in § 50 iVm § 48 TKG 2003 (in Umsetzung von Art 5 Abs 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und Art 20 der Rahmenrichtlinie) vorgesehen ist, nicht dazu dienen, die - aus Sicht eines betroffenen Marktteilnehmers allenfalls unrichtiger Weise - unterbliebene Einbeziehung einer Leistung in einen der Regulierung unterliegenden relevanten Markt und das daran anschließende Marktanalyseverfahren zu substituieren und so gewissermaßen im Umweg über das

Streitbeilegungsverfahren Regelungen für die Erbringung dieser Leistung zu erreichen, die der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen im Sinne des § 37 Abs 2 TKG 2003 gleichkommen würden (VwGH 30.06.2011, 2009/03/0017).

Im Übrigen würde eine ex-post-Regulierung iS einer Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten ausschließlich im Wege von Zusammenschaltungsverfahren gem §§ 48, 50 TKG 2003 zu erheblicher Zeitverzögerung bzw ungerechtfertigten Vorteilen führen.

Ob im konkreten Fall eine direkte Zusammenschaltung sinnvoll erscheint, wird gegebenenfalls (bei Scheitern von privatrechtlichen Verhandlungen) im Wege eines Verfahrens gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 zu entscheiden sein. Dies auch vor dem Hintergrund der konkreten Verkehrsmengen und den durch die direkte Zusammenschaltung entstehenden wirtschaftlichen Aufwendungen sowie unter Zugrundelegung von Verhältnismäßigkeitserwägungen. Vor diesem Hintergrund war dem Antrag der atms nicht zu folgen.

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist grundsätzlich technologieneutral (§ 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 – 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. 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 (dh direkt und der Natur des Problems angemessen) das identifizierte Problem der überhöhten 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 28.02.2007 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 20.06.2012, 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 28.02.2007, 2004/03/0210). Daran ändert auch nichts, dass andere Mitgliedstaaten von der Terminierungsempfehlung abweichen. So ist in diesem Zusammenhang auf die *„Empfehlung der Europäischen Kommission vom 8.08.2013 gemäß Artikel 7a der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmenrichtlinie“) in der Sache DE/2013/1430: Vorleistungsmärkte für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten in Deutschland“* zu verweisen, in der die Europäische Kommission *„empfiehlt“*, dass die Bundesnetzagentur dafür sorgen möge, dass *„die Beurteilung der effizienten Kosten im Hinblick auf die im Festnetz-Zustellungsmarkt angewandten Entgelte auf einer reinen BU-LRIC-Methode beruht, da dies die angemessenste Methode für die Regulierung der Entgelte auf den Festnetz-Zustellungsmärkten ist.“* (vgl. ebenso die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 27.06.2013 betreffend Mobilterminierung in Deutschland, DE/2013/1424).

Neben dem rechtlichen Gebot zur Berücksichtigung der Terminierungsempfehlung bestehen auch, wie festgestellt, ökonomische Gründe, 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 einstellten (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“ höchstens ein Entgelt verrechnet, das sich an den inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv Pure LRIC orientiert. Umfasst von dieser Verpflichtung ist die Monopolleistung der Anrufzustellung in das Festnetz 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 Endkundertarifspreizung (der A1 TA) 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 ab dem auf die Zustellung der gegenständlichen Entscheidung folgenden Monatsersten 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) erhält. Lediglich aus verrechnungstechnischen Gründen – Terminierungsentgelte werden monatsweise abgerechnet – wird das „neue“ Entgelt beginnend mit einem Monatsersten angeordnet.

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.

### 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 werden.

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.

Im Festnetzsektor sind fast sämtliche Endkundenpreise unreguliert. 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.

#### Zu Pure LRIC in rechtlicher Hinsicht

Sämtliche inkrementelle Kosten sowie eine entsprechende Rendite auf das eingesetzte Kapital werden durch die auf Pure LRIC basierenden Entgelte abgegolten. 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.

Es ist Aufgabe der Regulierungsbehörde 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.

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>).

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

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 ist darauf zu verweisen, dass sich aus der Terminierungsempfehlung eine unterschiedliche Vorgangsweise 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.

Der relative Unterschied zwischen Fest- und Mobil-Terminierungskosten ergibt sich aus der Anwendung des Pure LRIC-Ansatzes im Sinne der Terminierungsempfehlung.

Der absolute Unterschied sinkt 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). Damit liegt eine Senkung des absoluten Unterschiedes von fast 50% vor. Damit wird, entgegen den Behauptungen mancher Verfahrensparteien, dem oben genannten Wettbewerbsproblem wirksam entgegen getreten. Die 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 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 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 28.02.2007).

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäischen 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.

### Rückwirkende Entgelte

Hutchison spricht sich in ihrer Stellungnahme für eine rückwirkende Anordnung der Entgelte zum 1.11.2013 (ON 15) aus, um eine Symmetrie zu den bereits verpflichteten Betreibern herzustellen. Diesem Vorbringen schließt sich auch UPC in der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2014 an.

3 U Telecom und FINAREA sprechen sich vehement gegen eine Rückwirkung der Entgelte aus, da ein rückwirkender Eingriff das Prinzip der Rechtssicherheit nicht gewährleisten könne. 3 U Telecom bringt vor, dass sie privatrechtliche Vereinbarungen im Vertrauen auf die Regulierung der Telekom-Control-Kommission geschlossen habe.

Der Forderung, die Entgelte rückwirkend zum 1.11.2013 (Bescheide zu M 1.8/12) festzulegen, kann nicht gefolgt werden. Aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur ZI 2007/03/0211 vom 25.06.2008 ergibt sich, dass eine Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 – durch welche besondere Verhaltenspflichten der betroffenen Unternehmen begründet werden – für in der Vergangenheit liegende Zeiträume nicht in Betracht kommt. Voraussetzung für die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen ist zudem gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 die Feststellung beträchtlicher Marktmacht, weshalb die Geltung der auf Pure LRIC basierenden Entgelte grundsätzlich erst pro futuro (im konkreten Fall ab dem auf die Zustellung folgenden Monatsersten) ex nunc anzuordnen war.

### 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 angeordnete Verpflichtung 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 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).

## **8. 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*“).

Ein Entwurf einer Vollziehungshandlung ist daher den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination iSd §§ 128f 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 5.05.2014

Die Vorsitzende  
Dr. Elfriede Solé