Einschreiben
vorab per e-mail bzw. Fax

An die
Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77 – 79
1060 Wien

Mobilkom Austria AG & Co KG
Obere Donaustraße 29
A-1020 Wien

Telefon:
Nat. (01) 33161-2020
Int. +43 1 33161-2020
A1 (GSM) +43 664 3312020
Telefax: +43 1 33161-2069

Ihr Zeichen	Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen	Datum
M15a/03			04.10.2004

Stellungnahme der mobilkom austria AG & Co KG zu dem im Verfahren M 15a/03 übermittelten Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

sowie

Stellungnahme zu den in den Verfahren M 15b-e/03 veröffentlichten Entwürfen von Vollziehungshandlungen

Mit e-mail vom 7.9.2004 übermittelte die RTR-GmbH im Auftrag der Telekom-Control-Kommission („TKK") der mobilkom austria AG & Co KG („mobilkom") im Verfahren M15a/03 den Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Mobilkom möchte mit diesem Schriftsatz von der Gelegenheit Gebrauch machen, zu diesen Entwurf einer Vollziehungshandlung („Bescheidentwurf") Stellung zu nehmen.

Ein Teil der Ausführungen der mobilkom bezieht sich (auch) auf die entsprechenden Maßnahmenentwürfe für die individuellen Terminierungsmärkte der T-Mobile, One, tele.ring und Hutchison 3G (H3G) in den Verfahren M15 b-e/03. Dies gilt für die Abschnitte 3 und 4 dieser Stellungnahme, die sich im Wesentlichen mit der Frage der Konkretisierung des gegenständlichen Bescheidentwurfs sowie mit vergleichbaren Maßnahmeentwürfen in anderen EU-Mitgliedstaaten auseinander setzen. Die gegenständliche Stellungnahme gilt daher insoweit auch als Stellungnahme zu den Verfahren M 15b-e/03.

Die Stellungnahme ist folgendermaßen gegliedert:

- Auseinandersetzung mit der Argumentation der TKK im Rahmen der Beweiswürdigung (zur Marktanalyse sowie zum Remedies-Gutachten);
- Feststellung in Bezug auf unberücksichtigtes Vorbringen der mobilkom;
- Forderung nach einem höheren Konkretisierungsgrad des Bescheidentwurfs (insb. in Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Entgeltkontrolle);
- vertiefende Auseinandersetzung mit Entscheidungen anderer europäischer Regulierungsbehörden in Bezug auf Fragen der Reziprozität sowie allfälliger Sonderbehandlung von reinen UMTS-Betreibern;
- Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung des Bescheidentwurfs.

1 Zur Beweiswürdigung

Im folgenden setzt sich mobilkom mit der Beweiswürdigung durch die TKK auseinander, wobei mobilkom sich an der Gliederung des Bescheidentwurfs orientiert.

1.1 Zur Beweiswürdigung des mobilkom-Vorbringens zum Marktanalysegutachten

1.1.1 Zum Vorwurf der mangelnden Auseinandersetzung mit den „wesentlichsten" Kriterien (Marktanteil und Markteintrittsbarrieren)

Einführend verweist die TKK darauf, dass es mobilkom unterlassen hätte, auf die „für die Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht im gegenständlichen Zusammenhang *wesentlichsten* (*Hervorhebung mobilkom*) Kriterien, wie Marktanteil, Monopolstellung, Markteintrittsbarrieren, ..., einzugehen bzw. diesbezüglich entkräftendes Vorbringen zu erstatten"[1].

Zwar ist mobilkom in ihrer Stellungnahme zum Marktanalysegutachten tatsächlich nicht explizit auf die von der TKK aufgezählten Marktmachtkriterien eingegangen, allerdings wäre es aus Sicht von mobilkom auch kaum zielführend bzw. in keiner Weise möglich, Argumente zu entwickeln, die dem Ergebnis der Analyse der Amtssachverständigen bezüglich Marktanteil (per Definitionem 100%), Monopolstellung (auf einem Markt, der per Verordnung so abgegrenzt wird, dass es nur einen Anbieter geben kann, ist es selbstverständlich, dass dieser Anbieter eine Monopolstellung inne hat) und Markteintrittsbarrieren (per Marktdefinition unendlich hoch) widersprechen (können), ohne die Marktabgrenzung an sich in Zweifel zu ziehen. Es sei jedoch auch an dieser Stelle ausdrücklich darauf verwiesen, dass mobilkom die Marktabgrenzung, wie sie in der TKMVO 2003 vorgenommen wurde, nach wie vor als verfehlt (weil zu eng) betrachtet[2].

1.1.2 Ad a) – Weshalb Mobilterminierungsentgelte nicht Ramsey-Preisen entsprechen

Im Zusammenhang mit den Ausführungen von *Kruse/Haucap* zu Ramsey-Preisen argumentiert die TKK, dass ein Zitat von *Laffont/Tirole* von den Privatgutachtern aus dem Zusammenhang gerissen wurde und nicht auf die Mobilterminierungsentgelte umgelegt werden könne und versucht diese Argumentation anhand einer sehr einfachen Plausibilitätsüberprüfung („die TKK geht nicht davon aus, dass die Nachfrageelastizität für on-net- und off-net Mobilfunkgespräche unterschiedlich ist; daher müssten auch on-net und off-net Endkundentarife gleich hoch sein, was sie aber nicht sind") zu bestätigen. Dazu sei wie folgt festgehalten:

Es ist völlig unklar, was das angeführte Plausibilitätsbeispiel beweisen soll:

---

[1] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 36.

[2] Siehe Stellungnahme von mobilkom zur TKMVO 2003, amtsbekannt; siehe dazu auch unten Pkt. 5.

- Schon grundsätzlich ist die Annahme der TKK, dass „die Nachfrageelastizität für on-net nicht wesentlich anders sein wird, als jene für off-net Mobilfunkgespräche" nur eine Vermutung der TKK, die sich in der Realität sehr wohl als fehlgeleitet erweisen könnte (zB durch nichtpreisliche Differenzierungsmerkmale wie Kurzrufnummernfunktionalitäten, durch unterschiedlich „wichtige" Rufadressaten, die unterschiedliche E-lastizitäten erzeugen, etc, etc).

- Zum zweiten setzt die TKK in ihrer Plausibilitätserwägung implizit voraus, dass Mobil*terminierungs*tarife in on-net wie off-net *Endkunden*gesprächstarifen in einheitlicher Weise abgebildet sind (bzw. sein müssten). Da dies jedoch in der Realität nicht der Fall ist (und im übrigen – wie die TKK an anderer Stelle zur Endkundenpreisbildung für Rufe aus Festnetzen in Mobilnetze festhält auch regulatorisch nicht gefordert ist[3]), stellt sich die Frage, welche Schlussfolgerungen für die Frage, ob die heutigen Mobilterminierungsentgelte (der mobilkom) Ramsey-Preisen entsprechen, aus diesen Plausibilitätserwägungen gezogen werden können.

Letztendlich ist unklar, weshalb die TKK auf ein theoretisches Modell abstellt, in dem Fixkosten unberücksichtigt bleiben. Schließlich ist die Kostenstruktur im Mobilfunksektor gerade durch einen hohen Anteil an Fix- und Gemeinkosten gekennzeichnet. Daher ist die Schlussfolgerung, über den Grenzkosten liegende Preise nicht als Indiz für Ramsey-Preise zu werten, nicht zwingend. Vielmehr müssen im Falle der Existenz von Fix- und Gemeinkosten die Preise einen Mark-up auf die Grenzkosten beinhalten[4], so dass von den Grenzkosten abweichende Mobilterminierungsentgelte sehr wohl als Indiz für die Setzung von wohlfahrtseffizienten Ramsey-Preisen gelten können.

1.1.3 Ad e) – Zur Relevanz überhöhter Festnetzmargen für das behauptete Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrung für Rufe vom Festnetz in Mobilnetze

In Bezug auf die Ausführungen der TKK zu allokativen Verzerrungen aufgrund zu hoher Entgelte für Gespräche aus dem Festnetz in ein Mobilnetz stimmt mobilkom der Aussage zu, dass Mobilterminierungsentgelte die Grenzkosten eines Festnetzbetreibers beeinflussen.

Allerdings muss in der Analyse differenziert werden: Es ist davon auszugehen, dass auf Seiten der Festnetze ein Anreiz besteht, eine Erhöhung des Mobilterminierungsentgelts in entsprechendem Ausmaß in den relevanten Endkundentarifen abzubilden. Allerdings kann daraus nicht der Rückschluss gezogen werden, dass eine Preissenkung der Mobilterminierungsentgelte in entsprechendem Ausmaß in den Festnetztarifen abgebildet würde. Vielmehr be-

[3] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 41 f.

[4] *Laffont, J-J., Tirole, J.* (2000) : Competition in Telecommunications, S. 196.

steht für Festnetzbetreiber ein Anreiz, soweit (und so lange als möglich) höhere Margen (infolge reduzierter Mobilterminierungsentgelte) zu akquirieren.

Auch wenn nach Ansicht der TKK (siehe dazu noch unten) unter der Bedingung funktionsfähigen Wettbewerbs am Festnetz-Endkundenmarkt, solche Margen langfristig eliminiert werden sollten, dürfen die negativen Auswirkungen, die sich im Falle effizienter Mobilterminierungsentgelte bis zu diesem Zeitpunkt für Endkunden bzw. für Mobilfunkbetreiber ergeben, nicht unberücksichtigt bleiben: So kommt es auf Endkundenseite bei überhöhten Gewinnmargen der Festnetzbetreiber zu einem Verlust der Konsumentenrente, während gleichzeitig die Mobilfunkbetreiber nur eine zu geringe Produzentenrente erwirtschaften können. In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen der TKK zur Double-Marginalization irreführend, da dieses Phänomen nur im Fall *ineffizienter* Mobilterminierungsentgelte auftreten kann und mobilkom nicht behauptet hat, dass überhöhte Festnetzmargen ein Grund für die regulatorische Anordnung überhöhter Mobilterminierungsentgelte darstellen.

Faktum ist jedoch – und dies wird auch im Bescheidentwurf nicht geleugnet, dass die Regulierung von Mobilterminierungsentgelten allein – nicht geeignet ist, allokative Verzerrungen für Rufe von Festnetzen in Mobilnetze zu verhindern

Als unhaltbar (und in diesem Zusammenhang auch unnötig) weist mobilkom die Feststellung zurück, man könne „aus wohlfahrtsökonomischer Sicht sogar die Ansicht vertreten, dass allfällige Wettbewerbsdefizite auf Endkundenmärkten durch Kosten der Mobil-Terminierung ausgeglichen werden sollten“[5]. Dieser Aussage zufolge müssten nämlich die Terminierungsentgelte jedenfalls unter den Kosten der Mobilfunkbetreiber festgelegt werden. Überhöhte Margen der Festnetzbetreiber müssten zu einer (immer weitergehenden) Senkung der Mobilterminierungsentgelte unter das tatsächlich effiziente Niveau führen und dadurch eine Kostenunterdeckung bei den Mobilfunkbetreibern verursachen, wodurch es in jedem Fall zu Marktaustritten kommen müsste. Die Folgen einer derartigen Interpretation von Wohlfahrtsökonomie können wohl kaum als wohlfahrtsmaximierend bezeichnet werden.

1.1.4 Ad g) – Zur mangelnden Berücksichtigung der Nachfrageelastizitäten

Im Zusammenhang mit dem Argument von mobilkom, dass die Nachfrageelastizität von der Marktanalyse ungerechtfertigter Weise ausgeschlossen wurde, referenziert die TKK eingangs auf die Ausführungen der Amtssachverständigen, die in ihrem Gutachten „*nachvollziehbar* [Anm: Hervorhebung mobilkom] darlegen, warum in der gegenständlichen Konstellation von Monopolmärkten nicht allen Kriterien dieselbe bzw. eine tragende Rolle zukommt“[6].

[5] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 38.
[6] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 39.

Dies mag zwar für manche Marktmachtkriterien zutreffen (z.B. die Performancemaße), muss aber für die Bedeutung der Nachfrageelastizität verneint werden: So führen die Amtssachverständigen in dem Marktanalysegutachten zur Nachfrageelastizität lediglich – in einem einzigen Satz (!) - aus, „solange es keine hinreichende Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gibt, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizität [...] nicht relevant"[7].

Dies ist jedoch kaum als *nachvollziehbar* zu bezeichnen, insbesondere wenn die ökonomische Theorie sehr wohl von einem Einfluss der Nachfrageelastizität auf den Preissetzungsspielraum eines Monopolisten ausgeht[8]. Die Aussage der Amtssachverständigen suggeriert, dass die Nachfrageelastizität ausschließlich durch die Existenz von Substituten bestimmt wird. Dies tritt jedoch nicht zu, da die Endkunden ihr Konsumverhalten nicht nur durch den Erwerb von Substituten geänderten Preisen anpassen können, sondern bei einem Preisanstieg auch die Möglichkeit haben, weniger oder gar nichts von dem betreffenden Produkt zu konsumieren.

Der kategorische Ausschluss der Überprüfung von Nachfrageelastizitäten unter repetitivem Hinweis auf das marktdefinitionsgemäße Fehlen von Substituten (siehe dazu auch S 7 bzw. S 56 des Bescheidentwurfs) ist aber nicht nur ökonomisch-theoretisch falsch, sondern auch rechtlich unzulässig: Denn sowohl die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse („Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht"; siehe Rz 78) als auch § 35 TKG („nachfrageseitige Gegenmacht"; „Ausmaß an Nachfrageelastizität") gehen davon aus, dass im Rahmen der Marktanalyse individueller Marktmacht die umfassende Analyse potenzieller *Nachfragemacht*, zB in Form elastischer Endkundenreaktion, und nicht bloß die Analyse von nachfragerseitiger *Verhandlungsmacht,* maßgebliches Kriterium für die Prüfung individueller Marktmacht ist. Weshalb die Regulierungsbehörde (sei es als Amtssachverständige, sei es als entscheidungsbefugte Behörde) beharrlich, trotz wiederholter Hinweise seitens mobilkom im Rahmen der Stellungnahmen im Verfahren M 15a/03 die Prüfung der Nachfragemacht alleine und ausschließlich auf die Prüfung der Verhandlungsmacht reduziert, bleibt unnachvollziehbar.

Darüber hinaus ist auch der Verweis auf die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 nicht sachgemäß; siehe diesbezüglich ausführlich unten (Abschnitt 5).

1.1.5 Ad h) – Zum Marktsimulationsmodell von EE&MC

Zum Marktsimulationsmodell von EE&MC führt die TKK zunächst aus, dass die Untersuchung von EE&MC im Wesentlichen der Fragestellung eines hypothetischen Monopolistentests ent-

[7] Marktanalysegutachten, S. 81.

[8] vgl. z.B. *Frank, R. H.* (1997): Microeconomics and Behaviour, S. 123, oder auch *Varian, H.* (1991): Grundzüge der Mikroökonomie, S. 382.

spricht und das Ergebnis im Widerspruch zur TKMVO 2003 steht, an die die TKK jedoch gebunden sei.

- Hierzu sei unter ökonomischen Gesichtspunkten angemerkt (zu den rechtlichen Implikationen später unter Abschnitt 5), dass insbesondere die Fragestellung bezüglich des „indirekten Effekts" der eines HM-Tests entspricht und von mobilkom auch bereits im Zuge ihrer Stellungnahme zur Marktabgrenzung der RTR zur Kenntnis gebracht wurde. Im gegenständlichen Verfahren wurde die Fragestellung für den „indirekten Effekt" lediglich der Vollständigkeit halber weiterhin berücksichtigt.

- Aber auch wenn die die gesamte Fragestellung des Gutachtens von EE&MC der eines hypothetischen Monopolistentests entsprechen sollte, würde auch die Reduktion der Zahl bzw. der Dauer von Gesprächen in ein teurer gewordenes Mobilfunknetz eine disziplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte haben, obwohl diese Reaktion kein Substitut für ein Gespräch in ein Mobilnetz darstellt. Die Fragestellung zum „direkten Effekt 1" stellt insbesondere auf den Rückgang der Nachfrage von Festnetzendkunden infolge einer Preiserhöhung der Mobilterminierungsentgelte ab. Das heißt, es wird untersucht, inwieweit sich die Anzahl der von Festnetzanschlüssen in das Netz von mobilkom telefonierten Minuten aufgrund einer Preiserhöhung verändert. Eine derartige Ausgestaltung der Fragestellung ermöglicht – da ja nicht überprüft wird, ob und in welchem Ausmaß Endkunden die Gespräche vom Festnetz in ein Mobilnetz substituieren, auch unabhängig von der Marktabgrenzung – die Berechnung der Nachfrage nach Gesprächen in ein Mobilnetz, wie sie auf dem relevanten Markt herrscht, und infolge auch die Berechnung der Preiselastizität dieser Nachfrage.

- Entscheidend für die Schlussfolgerungen, die aus der Untersuchung von EE&MC zu ziehen sind, ist, dass die Nachfrageelastizität für Rufe aus dem Festnetz ausreichend hoch ist, um eine Erhöhung der Mobilterminierungsentgelte von mobilkom (auch unter Berücksichtigung des „direkten Effektes 2") unprofitabel erscheinen zu lassen[9], und es nicht (!) notwendig ist, die Auswirkungen des „indirekten Effekts" zu berücksichtigen, die die Marktabgrenzung in Zweifel ziehen.

- Dementsprechend ist der Verweis darauf, dass die Analyse von EE&MC (auch) die Marktabgrenzung in Zweifel zieht, zwar nicht gänzlich falsch, geht jedoch am entscheidenden Punkt vorbei: Die Ergebnisse der Untersuchung des „direkten Effekts 1 und 2" beweisen das Bestehen signifikanter Nachfragemacht und verneinen damit ein mögliches Marktversagen im mobilkom-Terminierungsmarkt.

[9] EE&MC (2004): Marktsimulationsmodell Anstieg der Mobilkom Terminierungsentgelte. Gutachten im Auftrag von mobilkom, S. 66. Amtsbekannt.

Dementsprechend ist auch die Kritik der TKK (S 40) an der Ausgestaltung der empirischen Analyse in Hinblick auf die Überhöhung der Bedeutung der Terminierungsentgelte, die sich nicht mit der realen Kaufentscheidung deckt (sowie der Vorwurf der Außerachtlassung von Wechselbarrieren), fehlgeleitet, da sie sich lediglich auf den „indirekten Effekt" bezieht.

Gleiches gilt auch für die Überlegungen der TKK, wonach die aktuelle Höhe der Terminierungsentgelte von tele.ring und H3G gegen das tatsächliche Bestehen der in der Studie von EE&MC behaupteten preisdisziplinierenden Wirkung spreche, denn: Wenn die Endkundenreaktion tatsächlich so elastisch wie behauptet wäre, könnten die beiden Unternehmen keine derart hohen Terminierungsentgelte praktizieren. Dieses Argument überrascht, da es kein Geheimnis ist, dass die Mehrzahl der Festnetzanbieter in ihren Endkundentarifen *nicht* zwischen verschiedenen Mobilnetzen – und daher nicht zwischen unterschiedlich hohen Mobilterminierungstarifen – differenzieren, sondern einen Durchschnittsendkundentarif anbieten (so auch die TKK selbst, ebenfalls S 40 unten; siehe dazu schon ausführlich die Stellungnahmen der mobilkom zum Remediesgutachten).

- In diesem Zusammenhang erscheint es der TKK verwunderlich, dass mobilkom die eigenen Terminierungsentgelte nicht von sich aus senkt, sondern beinahe sämtliche Reduktionen der Terminierungsentgelte hoheitlich von der TKK vorgenommen werden mussten, müsste es doch im Hinblick auf die Ergebnisse von EE&MC für mobilkom profitabel sein, die eigenen Terminierungsentgelte zu senken. Wie die TKK selbst festhält (S 40 unten; und von mobilkom im Rahmen der mündlichen Anhörung vor der TKK auch festgehalten wurde) liegt die Ursache hierfür aber nicht in einem Fehler der Analyse von EE&MC. Vielmehr liegt der Grund hierfür in dem gerade (zum wiederholten Mal) dargestellten Problem der Nichtweitergabe der Senkungen der Terminierungsentgelte von mobilkom durch (alternative) Festnetzbetreiber.

Ungerechtfertigt erscheint mobilkom der Vorwurf der TKK, dass in der Umfrage „insbesondere die für mobile Sprachtelefonie spezifischen Produktcharakteristika (wie mobile Verfügbarkeit) [...] nur unzureichend berücksichtigt [wird]"[10]. Schließlich ist davon auszugehen, dass jeder Konsument sich darüber im Klaren ist, dass er ein Telefonat von seinem Handy aus von beinahe Überall führen kann und nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist und diese Eigenschaft des Mobiltelefons in seiner Entscheidung durchaus berücksichtigt. Eine explizite Hervorhebung dieses Produktcharakteristikums scheint aus Sicht von mobilkom überflüssig.

Weiters kritisiert die TKK die getroffenen Modellannahmen, wobei insbesondere die Profitneutralität der M2M-Zusammenschaltung und die Annahme, dass sich eine Erhöhung des Mobilterminierungsentgelts in dem selben Verhältnis im Festnetzendkundenentgelt auswirkt, als unplausibel erachtet werden:

[10] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 40.

- In Bezug auf die Profitneutralität sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass die wechselseitigen Verkehrsverhältnisse bei einer Erhöhung der gegenseitigen Mobilterminierungsentgelte aus theoretischer Sicht keine Rolle spielen, da die Asymmetrie in Form entsprechend asymmetrisch gestalteter Terminierungsentgelterhöhungen (und nicht um eine Erhöhung um genau den selben Betrag) jederzeit nivelliert werden kann. Aus praktischen Gesichtspunkten ist im übrigen (wiederholtermaßen) festzuhalten, dass die festgestellten Verkehrsasymmetrien (wenn von einem relativen Newcomer wie H3G abgesehen wird) zu vernachlässigen sind (-/+1%). Dementsprechend stellt die Annahme von Profitneutralität keine unzulässige Vereinfachung dar, sondern bildet eine realistische Handlungsoption ab.

- Hinsichtlich der Plausibilität der Annahme einer Weitergabe der Mobilterminierungsentgelterhöhung durch die Festnetzbetreiber sei angemerkt, dass mobilkom selbst im Verfahren M 15a/03 entsprechende Anträge gestellt hat, die sicherstellen sollten, dass die Festnetzbetreiber Änderungen (i.e. *Senkungen*) der Mobilterminierungsentgelte in den Endkundentarifen entsprechend abbilden müssen. Es ist die TKK selbst, die diese Anträge (im vorliegenden Bescheidentwurf) zurückweist, weil sie davon ausgeht, dass „überhöhte Margen der Festnetzbetreiber längerfristig [unter Wettbewerbsbedingungen] eliminiert werden"[11]. Weshalb unter Bedingungen funktionierenden Endkundenwettbewerbs im Festnetzbereich jedoch umgekehrt einseitig vorgenommene Mobilterminierungs*erhöhungen* nicht in den Endkundentarifen abgebildet werden sollen (und daher Kritik am Simulationsmodell geübt werden könnte) ist unerklärlich. Die Kritik der TKK ist insoweit in sich selbst inkonsistent.

Zu den Zweifel der TKK an den Ergebnissen der Untersuchung von EE&MC, die sich aufgrund der Marktstruktur (Monopol) ergeben, sei angemerkt, dass – wie bereits weiter oben ausgeführt – auch die ökonomische Theorie von einer restringierenden Wirkung der Preiselastizität auf das Preissetzungsverhalten eines Monopolisten ausgeht. Dementsprechend ist auch der Verweis auf die Prüfung und Negierung der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht durch die Amtssachverständigen nicht ausreichend, um die Berechtigung bzw. die Plausibilität der Beschränkung des Preissetzungsspielraums durch die Nachfrageelastizität grundsätzlich in Zweifel zu ziehen[12].

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass die Bedenken bezüglich der Ausgestaltung der Befragung sich ausschließlich auf den „indirekten Effekt" beziehen und die Kritik der Modell-

[11] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 43.

[12] Das Bemühen der TKK, den Konsumenten jegliche Preissensibilität abzusprechen, erscheint verwunderlich. Konsequenterweise würde bei einer vollkommen unelastischen Nachfrage auch keine allokative Verzerrung und damit nicht das von den Amtssachverständigen identifizierte Wettbewerbsproblem auftreten können, da ja in einem solchen Fall die Menge der Rufe in ein Mobilnetz vom Preis unabhängig wäre und somit auch nicht „zuwenig" Anrufe vom Festnetz in Mobilnetze getätigt werden könnten.

annahmen nicht gerechtfertigt ist (da sie faktische Handlungsmöglichkeiten der Mobilfunkbetreiber unbegründet negiert bzw. eigenen Annahmen der TKK widerspricht). Folgerichtig ist die Verwerfung der Untersuchung von EE&MC sachlich unbegründet und nicht gerechtfertigt.

1.1.6 Ad i) – Zu den positiven Effekten einer Subventionierung von Mobilfunkkunden

Es ist zwar richtig, dass die Ausführungen von mobilkom bezüglich des Umfangs der in dem Marktanalysegutachten unterstellten Marktverzerrungen nicht direkt die Frage einer marktbeherrschenden Stellung thematisiert. Allerdings muss sich auch die TKK die Frage stellen, welches Ausmaß ein Wettbewerbsproblem hat, das sie regulatorisch beseitigen will, da ein Eingriff in den Marktmechanismus zu einer Vielzahl an nichtintendierten Nebenwirkungen führen kann, die sich negativ auf die Gesamtwohlfahrt auswirken können.

Um dies zu vermeiden, sollten richtigerweise in einer Kosten-Nutzen-Analyse die Vorteile des Regulierungseingriffes den potenziellen Nachteilen gegenüber gestellt werden. Dazu ist die quantitative Kenntnis des Wettbewerbsproblems jedoch unabdingbare Voraussetzung. Für den Fall, dass das Ausmaß des behaupteten Wettbewerbsproblems gegen Null geht, bzw. der Regulierungseingriff mit hohen Kosten einhergeht, denen keine relevanten Wohlfahrtsgewinne gegenüberstehen, bestünde nämlich keinerlei Rechtfertigung für einen Eingriff in das Marktgeschehen. Dementsprechend bestätigt mobilkom das Bestehen des Wettbewerbsproblems allokativer Verzerrungen auch nicht, sondern weist lediglich darauf hin, dass der geplante Regulierungseingriff überschießend ist.

Bezüglich der von der TKK dargestellten Größenordnung (2,1 Mrd. Minuten) sei an dieser Stelle – wie in der Stellungnahme von mobilkom zum Marktanalysegutachten – darauf hingewiesen, dass eben nicht sämtliche Endkundenminuten bei freier Preisbildung betroffen wären, sondern lediglich der Anteil dieser Minuten, die von Festnetzendkunden, die über keinen Mobilfunkanschluss verfügen, originiert werden. Nach den Schätzungen von mobilkom wären dies nicht ein Viertel aller Endkundenminuten, sondern lediglich 0,47% (2% der 2,1 Mrd. Minuten in Relation zu den 9 Mrd. Terminierungsminuten insgesamt).

1.1.7 Ad j) – Zum Bestehen von nachfrageseitiger Verhandlungsmacht

In Zusammenhang mit den Erörterungen zur Verhandlungsmacht auf Endkundenebene stellt die TKK fest, dass es aus Sicht der TKK „nicht notwendig ist, dass jedes einzelne Endkundenentgelt in einer bestimmten Relation zum Vorleistungspreis – dem Terminierungsentgelt – steht; *die Summe aller Tarife* muss jedenfalls die Vorleistungskosten decken“[13]. Mobilkom

[13] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 42.

sieht diese Ausführungen in Zusammenhang mit der Regulierung von Terminierungsentgelten individueller Netzbetreiber als äußerst problematisch an – denn letztlich ist vor diesem Hintergrund die Regulierung der Terminierungsentgelte individueller Mobilnetzbetreiber absurd:

- Wird die Absenkung der Terminierungsentgelte nicht durch eine Zunahme der Gespräche in das einzelne regulierte Mobilnetz (teilweise) kompensiert, kommt es auf Seite des einzelnen Mobilfunkbetreibers zu einem aus wohlfahrtsökonomischer Sicht negativen Rückgang an Produzentenrente; im Verhältnis zu den übrigen Mobilnetzbetreibern hingegen zu (Endkunden-)Wettbewerbsverzerrungen.

- Gleichzeitig wird durch die Nichtabbildung der Mobilterminierungsentgelte die Lösung des aus Sicht der TKK bzw. der Amtssachverständigen vordringlichsten Wettbewerbsproblems – aufgrund zu hoher Preise zu wenig Anrufe vom Festnetz in das betreffende Mobilnetz – verhindert. Denn es ist kaum zu erwarten, dass sich die Zahl bzw. die Dauer der Rufe vom Festnetz in das Mobilnetz erhöht, wenn die Kosten für Rufe in das Mobilnetz nicht sinken.

Die Ausführungen der TKK zur Überprüfung nachfrageseitiger Verhandlungsmacht auf Vorleistungsebene erwecken den Eindruck, als würde die TKK nicht auf die Stellungnahme der mobilkom Bezug nehmen, sondern auf ein mobilkom unbekanntes Papier eines dritten Unternehmens – so sehr widerspricht die „Interpretation" der Ausführungen von mobilkom deren tatsächlichem Gehalt:

- Entgegen den Ausführungen der TKK kommt mobilkom bei der Analyse der Konstellation „Two-way-access und verschiedene Endkundenmärkte" *nicht* zu dem Schluss, das sich die Nachfragemacht der beiden Monopolisten stark *verringert*. Vielmehr zeigt mobilkom auf, wie aufgrund der Möglichkeit zur *beidseitigen* Erhöhung der Terminierungsentgelte der individuelle Anreiz des einzelnen Unternehmens zur Erhöhung seiner Terminierungsentgelte eliminiert wird.

- Gleiches gilt aus Sicht von mobilkom auch für die Konstellation, dass sich zwei Mobilfunkbetreiber gegenüberstehen.

- Dementsprechend beruht der Vorwurf der TKK, mobilkom gehe nicht auf die Verhältnisse zwischen größeren und kleineren (Mobilfunk-)Betreibern ein und bezweifle nicht, „dass nur große Mobilfunkbetreiber gegenüber sehr kleinen, neu in den Markt eintretenden Mobilfunkbetreibern über ein ausreichendes Drohpotential verfügen, um Nachfragemacht auch glaubwürdig zu kommunizieren"[14] auf einem vollständigen Missverständnis der TKK gegenüber den Ausführungen von mobilkom. Schließlich

[14] Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 42.

zeigt mobilkom ja detailliert auf, dass auch (!) zwei große Mobilfunkbetreiber bei Verhandlungen über die Höhe der gegenseitigen Terminierungsentgelte über eine wechselseitige, den Preissetzungsspielraum des jeweils anderen Betreibers ausreichend disziplinierende Nachfragemacht verfügen, um eine einseitige Erhöhung der Terminierungsentgelte des jeweils anderen Betreibers zu verhindern.

- Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht nachvollziehbar, warum die TKK – ebenso wie die Amtssachverständigen – so vehement zu bestreiten versucht, dass ein Mobilfunkbetreiber auch bei Vorliegen asymmetrischer Verkehrsverhältnisse über Verhandlungsmacht verfügt. Schließlich lassen sich Asymmetrien der wechselseitigen Verkehrsmengen sehr leicht durch asymmetrische Erhöhungen der Terminierungsentgelte ausgleichen.

- Schließlich sei auch darauf hingewiesen, dass – anders als im Bescheidentwurf behauptet (S 43) - die Privatgutachter von mobilkom den Schlussfolgerungen der Amtssachverständigen in Hinblick auf die nachfrageseitige Verhandlungsmacht nicht zustimmen. In ihrem Gutachten schreiben *Kruse/Haucap*, dass „ der RTR [...] in ihrer Analyse zuzustimmen [ist], dass die Verhandlungsmacht von Originierungsnetzen bei einzelnen Terminierungsentgelten in den meisten Fällen vermutlich keine besonders disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der terminierenden Netze ausüben wird. Diese Beurteilung ändert sich jedoch, wenn wir alle Terminierungsentgelte in einem Wirkungszusammenhang betrachten, da zwischen den verschiedenen Netzen grundsätzlich eine Reziprozität besteht. Das heißt, jedes Netz ist für die anderen einmal Originierungs- und ein anderes Mal Terminierungsnetz. Jede Erhöhung der Terminierungsentgelte anderer Netzbetreiber kann durch eigene Terminierungsentgelterhöhung finanziell kompensiert werden und vice versa, sodass keine Anreize für überhöhte Terminierungsgebühren bestehen[15].

- Abschließend erlaubt sich mobilkom ganz allgemein darauf hinzuweisen, dass die im Rahmen der Beweiswürdigung erfolgten vereinzelten Anmerkungen/Kritikpunkte zu den Annahmen der mobilkom in keiner Weise geeignet erscheinen, das umfangreiche reaktionstheoretische Modell von mobilkom in Zusammenhang mit der Überprüfung von Verhandlungsmacht auf Vorleistungsebene zu erschüttern (siehe dazu die Ausführungen der mobilkom im Rahmen der mündlichen Anhörung, einschl. der dort vorgelegten Unterlagen; siehe auch die schriftliche Stellungnahme zum Marktanalyse-Gutachten sowie zum Remedies-Gutachten).

[15] *Kruse, J., Haucap, J.* (2004): Ökonomische Aspekte der Terminierung im Mobilfunk. Ökonomisches Gutachten im Auftrag der mobilkom austria, S. 5; amtsbekannt.

1.2 Zur Beweiswürdigung des Mobilkom-Vorbringens zum Remediesgutachten

1.2.1 Ad a.: Klarstellung zum Verständnis des Begriffs „greenfield-Situation"

Die Kritik von mobilkom an der der Marktanalyse der Amtssachverständigen zugrundegelegten Ausgangssituation bezieht sich nicht, wie offenbar fälschlicherweise vermutet, auf die Tatsache, dass die Amtssachverständigen in der Marktanalyse bzw. dem Remediesgutachten vonr ex-ante-Betrachtung ausgegangen sind.

Die Kritik von mobilkom war (und ist) darauf gerichtet, dass die Amtssachverständigen zwar eine prognostische Abwägung für die Zukunft unternehmen, jedoch nicht (!) von den heute tatsächlich am Markt existierenden Wettbewerbsbedingungen ausgehen. Richtigerweise sollte aus Sicht der Mobilkom als Ausgangspunkt der Überlegungen sehr wohl die heutige Markt/Wettbewerbssituation stehen und *darauf aufbauend* analysiert werden, welche Handlungsanreize und –möglichkeiten sich für die Unternehmen in Zukunft und unter der Annahme der Aufhebung der bisherigen regulatorischen Verpflichtungen ergeben.

Konkret richtete sich der Vorwurf der mobilkom u.a. darauf, dass die Amtssachverständigen etwa ein foreclosure-Risiko gegenüber anderen Mobilfunkbetreibern durch (zu) niedrige on-net-Tarife im Verhältnis zum Mobilterminierungstarif annehmen. Aus Sicht der mobilkom ist dies eine rein theoretische, von den tatsächlichen Marktbedingungen abgehobene Annahme. Denn diese Annahme blendet die tatsächlichen Marktfakten (on-net-Tarife sind schon so niedrig, dass es keine zusätzlichen Risiken durch weitere Senkungen gibt; on-net-Tarife sind von Marktneueinsteigern gesenkt worden und nicht von Unternehmen, die schon länger auf dem Markt tätig sind; die Senkung von on-net-Tarifen schädigt Unternehmen mit hohem on-net-Verkehrsvolumensanteil stärker als kleinere Unternehmen mit geringerem on-net-Verkehrsanteil; etc) aus; es handelt sich um eine rein theoretisch-wissenschaftliche Marktbetrachtung (so gesehen, in den Worten der mobilkom: eine „greenfield"-Marktanalyse).

Ad b.: Mangelnde Eignung der gewählten Remedies zur Sicherstellung der Senkung von Endkundentarifen für Gespräche aus Fest- in Mobilnetze

Wie bereits weiter oben ausgeführt, geht es mobilkom im Zusammenhang mit der Identifizierung überhöhter Margen der Festnetzbetreiber nicht darum, die Anordnung überhöhter Terminierungsentgelte zu begründen, sondern darum, aufzuzeigen, dass die regulatorische Absenkung der Terminierungsentgelte wenig bzw. überhaupt nichts zur Beseitigung des von den Amtssachverständigen identifizierten Problems allokativer Verzerrungen beitragen kann. Voraussetzung für einen tatsächlichen Wirkungszusammenhang zwischen dem identifizierten Problem und der Senkung von Terminierungsentgelten wäre die Sicherstellung der Herstellung einer Relation zwischen Endkundenentgelten und Terminierungsentgelten.

An der mangelnden Geeignetheit der gewählten Remedies zur Beseitigung des Risikos überhöhter Endkundentarife für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze ändert auch die Tatsache/der Hinweis der TKK nichts, dass Festnetzbetreiber ihre Gemeinkosten aus unterschiedlichen Erlösströmen decken. Denn, wenn ein Festnetzbetreiber z.B. seine Endkundentarife für Auslandsgespräche oder seine Grundentgelte durch überhöhte Margen für Gespräche in Mobilfunknetze quersubventioniert, führt eine Reduktion der Mobilterminierungsentgelte lediglich zu einer steigenden Nachfrage nach Auslandsgesprächen bzw. zu einer Zunahme an Festnetzanschlüssen, während gleichzeitig die Nachfrage nach Rufen in Mobilnetze (und damit das allokative Problem) unverändert bleibt.

Und auch der Hinweis der TKK darauf, dass allfällige Wettbewerbsprobleme auf dem Festnetzmarkt im Rahmen der Marktanalyse der relevanten Festnetzendkundenmärkte adressiert würden, geht letztlich ins Leere. Denn: Auch wenn auf dem Festnetzendkundenmärkten effektiver Wettbewerb besteht, bedeutet dies noch lange nicht, dass Festnetzbetreiber deshalb ihre Endkundentarife für Rufe in jedes einzelne Mobilnetz unterschiedlich (je nach Höhe des Mobilterminierungsentgelts) gestalten müssen; im Gegenteil: Wie man am Mobilfunkendkundenmarkt sehen kann, besteht ein (Marketing-)Anreiz, Tarife für Endkunden möglichst transparent zu gestalten; dh. z.B. einen *einheitlichen* Tarif für Gespräche in (*sämtliche*) Mobilnetze anzubieten. Richtige Anreize für die Preisbildung von Mobilterminierungsentgelten können insoweit daher nur dann bestehen, wenn entweder alle nationalen Mobilfunknetze ein einheitliches Mobilterminierungsentgelt anbieten müssen (denn dann gibt es eine die gesamte Mobilfunkbranche treffende Festnetznachfrageelastizität) oder wenn – unabhängig von der Effektivität des Wettbewerbs auf den Festnetzsprachmärkten – Festnetzbetreiber generell verpflichtet sind, Mobilterminierungsentgelt(unterschiede) in ihren Endkundentarifen abzubilden. (Letzteres hat mobilkom in ihrer Stellungnahme zum Remediesgutachten beantragt; auf diesen Antrag sei in diesem Zusammenhang hingewiesen.)

1.2.2 Ad c.: Zum Primat von Verhandlungslösungen

Auch in diesem Punkt scheint es, als wäre das Vorbringen von mobilkom missverstanden worden: mobilkom ging es *nicht* um eine Verlängerung der gesetzlich mit 6 Wochen definierten allgemeinen „Verhandlungspflicht" für Zusammenschaltung, sondern um die Auferlegung einer besonderen ex-ante-Verpflichtung, und zwar der Verpflichtung zur Herbeiführung einer *branchenweiten* Einigung in Bezug auf wechselseitige Terminierungsentgelte (und Einschluss der wichtigsten Festnetzbetreiber) binnen einer (gegebenenfalls) 3 oder 4 Monate dauernden Frist. Der Hintergrund dieses Vorschlags: Da die Herbeiführung einer branchenweiten Lösung komplexer und aufwändiger ist, als die Herbeiführung einer Verhandlungslösungen nur zwischen zwei Parteien, sollte die Frist sinnvollerweise länger als 6 Wochen sein.

1.2.3 Ad e.: Zur Geeignetheit von Diskriminierungsverboten

Generell sei festgehalten, dass der Umstand, dass den Amtssachverständigen keine Publikation bekannt ist, in der ein Retail-Minus-Ansatz für die Festlegung von Mobilterminierungsentgelten vorgeschlagen wird, nicht bedeuten muss, dass dieser Ansatz deshalb ungeeignet sei, das Niveau der Terminierungsentgelte auf ein effizientes Niveau zu bringen.

Hierzu sei angemerkt, dass etwa die *Australian Competition and Consumer Comission* dem Retail-Minus-Ansatz durchaus aufgeschlossen gegenübersteht und gerade die geringere Eingriffsintensität dieses Ansatzes anerkennt[16]. Darüber hinaus sei auch darauf hingewiesen, dass auch die ERG ausführt, dass dieser Ansatz nur im Falle überhöhter Preise auf dem Endkundenmarkt ungeeignet ist, Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen („might be applied, however, in cases where excessive prices are not a major concern of the regulator[17]"). Da dies – auch nach Aussagen der Amtssachverständigen[18] – nicht der Fall ist, ist die grundsätzliche Ablehnung des Retail-Minus-Ansatzes durch die TKK nicht nachvollziehbar.

1.2.4 Ad f.: Zur Geeignetheit eines benchmarking-Ansatzes

mobilkom möchte nochmals auf ihre Stellungnahme zum Remediesgutachten hinweisen, wo ausdrücklich attestiert wurde, dass simplifiziertes benchmarking potenzielle Fehlerquellen beinhält, dass jedoch bei Berücksichtigung der relevanten Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern und etwa einer daraus folgenden Einteilung in peer groups diese Fehlerquellen weitestgehend beseitigt werden könnten.

Es ist vollständig klar, dass, etwa gemessen an der Anzahl der national ausgebauten Mobilnetzinfrastrukturen, Österreich einen Spitzenplatz einnimmt, der umgekehrt in Bezug auf die (durchschnittlichen) Kosten der Erbringung der Terminierungsleistung dazu führen müsste, dass die Durchschnittskosten in Österreich (aufgrund der Mehrzahl der Infrastukturen) höher sein müssten als in der Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten. Dass die durchschnittlichen Terminierungsentgelte in Österreich tatsächlich jedoch nicht zu den höchsten sondern zu den niedrigsten in Europa zählen, beweist nur, dass – zumindest im Moment – ein europäisches benchmarking zu faireren EU-Wettbewerbsbedingungen für österreichische Betreiber führen würde, als die zuletzt praktizierte Regulierung.

So ist auch der Hinweis der TKK auf das Problem zirkulären benchmarkings inhaltlich richtig; unabhängig davon jedoch, das eine Vergleichmethode implizit immer auch die Schwächen

[16] ACCC(2001): Pricing Methodology for the GSM Termination Service - Final Report, S. 57 f.

[17] ERG (2003): ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework, S. 84.

[18] Marktanalysegutachten, S. 85.

der zugrundegelegten Vergleichswerte abbildet (und sei es, dass die Schwäche darin besteht, dass Vergleichswerte sich an Vergleichswerten messen), vermeidet eine benchmarking-Preisbildung jedenfalls konsequent ein wesentlich gewichtigeres Problem: Das Problem, gegenüber den Vergleichssubjekten (Ländern, Unternehmen) *ungleich* behandelt zu werden.

1.2.5 Ad g.: Zum LRAIC-Kostenmaßstab

Zum Widerspruch der TKK gegenüber der Kritik von mobilkom bezüglich der Imitation eines *perfekten* Wettbewerbs bzw. der Anwendung einer LRAIC-Kalkulation in Reinformat sei festgehalten:

Es war (und ist) keineswegs klar, wie der von den Amtsgutachtern vorgeschlagene LRAIC-Ansatz tatsächlich „zum Leben erweckt" wird/werden soll, oder, anders formuliert: wie mit den aus Sicht der mobilkom wesentlichsten Fragen umgegangen wird:

[Anmerkung: Es sei auch an dieser Stelle festgehalten, dass bezügl. wesentlicher Fragen das Remediesgutachten aber noch immer wesentlich spezifischer ist, als der nun vorliegende Bescheidentwurf.]:

- Gleich-/Ungleichbehandlung der Mobilfunkbetreiber in Bezug auf den Zeitpunkt zum Angebot eines LRAIC-Entgelts (und der zugrunde zu legenden Verkehrsmengen);
- Umfang der Gemeinkosten (Customer Care, Marketing, Handsetstützungen);
- Bemessung der Gemeinkostenaufschläge (ramsey-Princing);
- Gleich-/Ungleichbehandlung von Betreibern mit unterschiedlicher Technologie (GSM only; GSM/UMTS; UMTS only) und/oder unterschiedlichem Netzausbaugrad je Technologie.
- Umfang der Verpflichtung für sog. MVNO's.

Den Bedenken der mobilkom in Bezug auf die Implementierung eines realitätsfernen LRAIC-Ansatzes können auch nicht mit dem Hinweis auf die bisherige Terminierungsentgeltbemessungspraxis der TKK aus dem Weg geräumt werden, da diese (mit einer Ausnahme – Z 8/99) auf dem Konzept des „angemessenen" Entgelts aufgesetzt hat.

Zum anderen hat nach Ansicht der Mobilkom das Konzept des angemessenen Entgelts viele Probleme erst geschaffen (insb. hohe Nettostützungszahlungen an bestimmte Mobilfunkbetreiber mit nachgelagerten Verzerrungseffekten sowohl im Verhältnis zwischen Fest- und Mobil- als auch im Verhältnis zwischen Mobilnetzbetreibern untereinander).

Vor diesem Hintergrund sei es mobilkom verziehen, wenn mobilkom vielleicht bereits Themen angesprochen hat, die in dieser Tiefe noch nicht behandelt werden sollten. Wie in weiterer Folge jedoch noch ausgeführt wird, ist es aus Sicht der mobilkom unbedingt erforderlich, bereits im Rahmen dieses Bescheids bestimmte Klarstellungen vorzunehmen, da andernfalls die Erfolgswahrscheinlichkeit betreiberindividueller Verhandlungen gegen Null sinkt.

2 Unberücksichtigtes Vorbringen der mobilkom

Der vorliegende Bescheidentwurf setzt sich nur zum Teil mit dem Vorbringen der mobilkom auseinander:

- Die Sachverhaltsfeststellung (II.B des Bescheidentwurfs) gibt (in verkürzter Form) ausschließlich die beiden Gutachten der Amtssachverständigen sowie den Stand der Mobilfunkregulierung in einigen ausgewählten EU-Mitgliedstaaten wieder; eine Bezugnahme auf das umfangreiche Vorbringen der mobilkom findet nicht statt.

- In der Beweiswürdigung (II.C) fokussiert der Bescheidentwurf ausschließlich auf die Argumente der mobilkom in Bezug auf das behauptete Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrung – und auch dies nur in einer sehr verkürzten Form, die eine Vielzahl von Vorbringen, Argumenten und von mobilkom vorgebrachten Beweismittel unberücksichtigt bzw. unwidersprochen lässt. Vollkommen unberücksichtigt bleibt in der Beweiswürdigung der Marktanalysevorbringen darüber hinaus das gesamte Vorbringen der mobilkom zu den sonstigen, von den Amtssachverständigen indentifizierten Wettbewerbsproblemen in Zusammenhang mit Mobilterminierungsleistungen (Foreclosure-Gefahren, insb. durch ein gesteuertes Missverhältnis zwischen on-net- und off-net Tarifen[19]; etc).

- In ähnlich verkürzter und unvollständiger Weise wird auch das Vorbringen (einschl. des von mobilkom vorgelegten Gutachtens) in Bezug auf das Remediesgutachten im Rahmen der Beweiswürdigung abgearbeitet.

- Die rechtliche Begründung (II.D) des Bescheids ist schließlich noch extremer; sie lässt gänzlich jegliche spezifische Auseinandersetzung mit Vorbringen der mobilkom vermissen.

[19] Siehe z.B. Marktanalysegutachten, S. 86; siehe dazu beispielhaft auch die Vorbringen der mobilkom: Historisch betrachtet erfolgte die Einführung und Weiterentwicklung der Preisdiskriminierung zwischen on-net und off-net Tarifen durch Marktneueinsteiger und nicht durch die etablierten Betreiber. Dies ist auch betriebswirtschaftlich rational, da sich der kleinere Betreiber dadurch gegenüber dem größeren einen Wettbewerbsvorteil schaffen kann, während dieser im Falle einer Senkung seiner on-net Tarife überproportional hohe Einkommenseinbußen hinnehmen muss. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie sich dieses Problem angesichts des bereits erreichten Tarifniveaus von 1 bzw. 0 €c/min „im unregulierten Fall noch erheblich verschärfen" sollte.

mobilkom sieht die Aufgabe dieser Stellungnahme nun nicht darin, sämtliche in diesem Sinn unbehandelte (oder nur am Rande gestreifte) Beweismittel, Argumente und Anträge zu wiederholen. mobilkom erlaubt sich daher an dieser Stelle den nur sehr allgemeinen Verweis auf die Unvollständigkeit des vorliegenden Bescheidentwurfs in Bezug auf das bisherige Vorbringen der mobilkom, verbunden mit dem Ersuchen, nicht nur in Hinblick auf die rechtliche Vollständigkeit sondern auch in Hinblick auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Regulierungsentscheidung das gesamte Vorbringen der mobilkom zu würdigen und auf diese Weise einer bescheidmäßigen Erledigung zuzuführen.

3 Höherer Grad der Spezifität des Bescheidentwurfs, insb. der Entgeltgestaltungsverpflichtung

3.1 Zum Bedarf an einem höheren Konkretisierungsgrad der LRAIC-Verpflichtung

Durch den vorliegenden Bescheidentwurf wird mobilkom (genauso wie alle übrigen Mobilfunknetzbetreiber) ganz allgemein u.a. dazu verpflichtet, gem. § 42 TKG für die eigene Mobilterminierungsleistung ein Entgelt, dass sich an den LRAIC eines effizienten Betreibers orientiert, zu verrechnen (Spruchpunkt 2.5.).

Die TKK unterlässt es im Rahmen des Bescheidspruchs bzw. der Bescheidbegründung (vgl. z.B. S 81 des Bescheidentwurfs), die LRAIC-Verpflichtung konkreter zu umschreiben. Zahlreiche, bereits im Rahmen vorangegangener Gutachten (siehe zB das Remediesgutachten der Amtssachverständigen) bzw. Stellungnahmen der mobilkom aufgeworfene Fragestellungen in Bezug auf die Konkretisierung/Operationalisierung einer allfällige LRAIC-Verpflichtung bleiben daher unbeantwortet. Zu diesen Fragestellungen gehören insb. die folgenden:

- konkrete Ausgestaltung des LRAIC-Entgelts:
    - Kostenallokation/Umfang der Gemeinkosten (Customer Care, Marketing, Handsetstützungen);
    - Bemessung der Gemeinkostenaufschläge (ramsey-Princing);
    - zugrunde zu legende Verkehrsmengen;
- Gleich-/Ungleichbehandlung der Mobilfunkbetreiber:
    - Betreiber mit unterschiedlichen Markteinstiegszeitpunkten (unterschiedlicher Zeitpunkt des Wirksamwerdens der LRAIC-Verpflichtung? Gleitpfad?)
    - Betreiber mit unterschiedlicher Technologie (GSM/UMTS; UMTS only) und/oder unterschiedlichem Netzausbaugrad je Technologie.

- o Umfang der Verpflichtung für sog. MVNO's; Berücksichtigung allfälliger technologischer Besonderheiten (GSM only);

Nach Rechtskraft des vorliegenden Bescheids sind sämtliche Mobilfunkbetreiber verpflichtet, binnen bestimmter Frist Standardangebote zu erstellen. Gleichzeitig werden die Mobilfunkbetreiber beginnen, Mobilterminierungsentgelte (untereinander und mit Festnetzbetreibern) neu zu verhandeln.

Fraglich ist, wie es den Mobilfunkbetreibern gelingen soll, erfolgreich (untereinander und mit Festnetzbetreibern) verhandeln (bzw. „richtige" Standardentgeltangebote zu gestalten), wenn nicht zumindest die wesentlichen Eckpunkte des LRAIC-Verständnisses der TKK für sämtliche Marktteilnehmer transparent sind. Sollte der Bescheid daher im Endeffekt nicht (zumindest in der Bescheidbegründung) für entsprechende Klarheit sorgen, scheint es höchst unwahrscheinlich, wenn nicht gar ausgeschlossen, dass die zu führenden Verhandlungen erfolgreich zu einem Abschluss gebracht werden – zu weit scheinen die Positionen der einzelnen Mobil- (aber auch Fest-) Netzbetreiber von einander entfernt.

3.2 Zur Position der mobilkom in Bezug auf die Operationalisierung der LRAIC-Verpflichtung

Im Bescheidentwurf (S 81) geht die TKK grundsätzlich von der Geltung der sog. „one price rule" (bei funktionierendem Wettbewerb gilt die Regel: gleiche Leistung = gleiches Entgelt) aus. Faktoren, wie unterschiedliche Kosten oder unterschiedliche Technologien spielen in diesem Zusammenhang keine (bzw. eine untergeordnete) Rolle, da bei funktionierendem Wettbewerb alle Mobilfunkbetreiber Preisnehmer (in Bezug auf die Terminierungsleistung) wären.

Jedoch lässt die TKK unter Hinweis auf das Remediesgutachten der Amtssachverständigen durchblicken, dass zur konkreten Umsetzung der „one price rule" ein längerfristiger Gleitpfad sinnvoll sein kann. Der Vorschlag der Amtsgutachter im Remediesgutachten, die Terminierungsentgelte bis spätestens 2008 mittels eines Gleitpfades den LRAIC-Kosten eines hypothetischen, effizienten Betreibers mit einem Marktanteil von 20% anzupassen, wird jedoch nicht explizit angesprochen.

Im Hinblick auf die Forderung nach einer Konkretisierung der LRAIC-Verpflichtung möchte mobilkom auf folgende Umstände hinweisen:

- Sofern unter den gegebenen Umständen überhaupt eine LRAIC-Verpflichtung sachgerecht und verhältnismäßig ist (woran, siehe die zahlreichen Kritikpunkte der mobilkom zum Ergebnis der Marktanalyse und dem Remediesgutachten, aus Sicht der mobilkom

erhebliche Zweifel bestehen), erscheint das von den Amtssachverständigen vorgeschlagene Modell („LRAIC-Kosten eines hypothetischen, effizienten Betreibers mit einem Marktanteil von 20%") im Hinblick auf die Erreichung eines hypothetischen Wettbewerbsergebnisses auf dem Terminierungsmarkt zielgerichtet und zielgerecht.

- Für eine Ungleichbehandlung zwischen den einzelnen Mobilfunkbetreibern („Gleitpfad") in Bezug auf deren Markteintrittszeitpunkt besteht hingegen kein Raum:

  - In Bezug auf jeden einzelnen Mobilfunknetzbetreiber sind seit dem Markteintrittszeitpunkt (Lizenzerwerb) deutlich mehr als die ursprünglich als „Schutzfrist" anerkannten 3 Jahre vergangen; in Bezug auf H3G ist insb. die Tatsache unterschiedlicher Ausgangstechnologie (UMTS only) und geringerer Coverageverpflichtungen bedeutsam (siehe dazu noch unten). Die Eintrittszeitpunkte stellen sich im Vergleich folgendermaßen dar:

    - T-Mobile: mehr als 8 1/2 Jahre (Lizenz: Jänner 1996)
    - One: mehr als 7 Jahre (Lizenz 1997)
    - tele.ring: mehr als 5 ½ Jahre (Lizenz: Mai 1999)
    - H3G: ca 4 Jahre (Lizenz: November 2000).

    Vergleicht man die Dauer der Marktpräsenz der einzelnen Unternehmen mit etwa mit der prognostizierten Dauer des Lebenszyklus einer Mobilfunktechnologie (ca. 10 Jahre: Einführung D-Netz; GSM; UMTS) erscheint das im Amtsgutachten angesprochene mögliche Ende des Gleitpfads (2008) als völlig unangemessen.

  - Geringere Anreize zur Produktionseffizienz: Ein weiteres Hinauszögern der Angleichung der Mobilterminierungsentgeltpflichten unter den Mobilfunkbetreibern bewirkt auch weiterhin ein Hinauszögern der Anreize zu effizientem Verhalten. Weniger effizienten Unternehmen wird der Grund zu mehr Effizienz genommen; für effizientere Unternehmen entfallen die Anreize zu Innovation und Effizienzsteigerung. Da Endkundenpreise langfristig die Kosten des Sektors reflektieren, tragen letztendlich die Endkunden die Folgen der Verzögerung[20].

  - Wettbewerbsverzerrung zwischen Mobilfunkbetreibern: Jede Verzögerung des Wirksamwerdens vereinheitlichter Mobilterminierungsentgelte bewirkt einer

[20] Littlechild, S. C. (2004): Price controls on mobile termination charges, S. 28. In: Regulating mobile call termination. Moving the debate forward. The Vodafone Policy Paper, Number 1.

Verlängerung der Wettbewerbsverzerrung auf dem mobilen Endkundenmarkt zugunsten der „kleineren" Betreiber. Regulierungseingriffe sollen Wettbewerb fördern (und unter bestimmten Umständen (fkitive) Wettbewerbsergebnisse herstellen); keinefalls soll Regulierung jedoch zu Wettbewerbsverzerrungen beitragen.

- o Verzögerung der Beseitigung der behaupteten Wettbewerbsprobleme: Jede Verzögerung der Angleichung der Mobilterminierungsentgeltpflichten verzögert gleichzeitig die Beseitigung des von den Amtssachverständigen identifizierten Wettbewerbsproblems allokativer Verzerrungen (sowie aller übrigen Wettbewerbsprobleme, wie z.B. foreclosure-Risiken). Denn solange einzelne Mobilfunkbetreiber aufgrund regulatorischer Entscheidung Terminierungsentgelte verrechnen dürfen, die *über* den effizienten Preisen (im Sinne der Amtsgutachter: LRAIC) liegen, kann sich kein wohlfahrtmaximierendes Gesamtmarktergebnis einstellen.

- Für eine Ungleichbehandlung zwischen den einzelnen Mobilfunkbetreibern in Bezug auf deren Technologie bzw. Netzabdeckungsgrad könnte u.U. eine Differenzierung stattfinden. Wie aus dem oben angeführten Vergleich ersichtlich, liegt der Markteintritt von H3G am kürzesten zurück; die Diskussion über einen Gleitpfad (bzw. dessen Dauer) stellt sich daher gerade in Zusammenhang mit dem Mobilterminierungsentgelt von H3G. In diesem Zusammenhang sind jedoch weitere Faktoren maßgeblich (deren Bedeutung – ebenso wie die individuelle Kostensituation – grundsätzlich von der TKK verneint werden; vgl S 81): (Netz-)Technologie und Versorgungsgrad (bzw. Versorgungsauflagen).

  - o Aus Sicht der mobilkom wäre es vor dem Hintergrund dieser beiden Faktoren vollkommen unangemessen, H3G eine ähnlich lange Schutzfrist zuzuerkennen, wie es faktisch in Bezug auf tele.ring geschehen ist.

  - o Denn: H3G verwendet ausschließlich eine – noch dazu bei gleicher Verkehrsbelastung wesentlich effizientere – Technologie: UMTS. UMTS ist nicht nur in Bezug auf die Übertragungskapazität GSM überlegen. Ein wesentlicher zusätzlicher Faktor liegt darin, dass H3G in der Netzplanung wesentlich effizienter agieren kann: Während „Multitechnologienetze" (zB GSM900/1800/UMTS) aufgrund der unterschiedlichen Ausbreitungsbedingungen jeder einzelnen Technologie eine Vielzahl von Standorten nicht gleichzeitig für alle Technologien nutzen können (und natürlich die Equipmentkosten jeder einzelnen Technologie tragen müssen), kann sich ein Betreiber wie H3G auf eine Technologie mit einer Netzplanung konzentrieren.

- Nicht zu übersehen ist im weiteren die Tatsache, dass H3G vergleichsweise wesentlich (!) geringeren Coverageverpflichtungen als alle übrigen Netzbetreiber unterliegt: Während alle anderen Betreiber aufgrund entsprechender Lizenzverpflichtungen zumindest ihre GSM-Netze praktisch flächendeckend ausbauen mussten (98% population coverage), trifft H3G nur die vergleichsweise geringere UMTS-Ausbauverpflichtung (dzt. 25%; bis Ende 2005 50%). Netzleistungen in den nicht versorgten Gebieten kauft H3G über sog. national roaming dzt. bei mobilkom ein.

- Allein vor dem Hintergrund der geringeren Coverageverpflichtung (und der tatsächlich geringeren Coverage) müsste daher – sollte H3G ein „Gleitpfad" zuerkannt werden – dieser Gleitpfad coverageneutral ausgestaltet werden. Dies könnte etwa in der Form erfolgen, wonach H3G nur in Bezug auf den selbst ausgebauten Netzversorgungsgrad in den Genuss der „Schutzfrist" gelangt. Die zugrundegelegte Formel könnte wie folgt aussehen:

$$MT(H3G)= [(UMTS\text{-}Coverage*MT(max))+(1-UMTS\text{-}Coverage*MT(Host)] / 2$$

MT(H3G)=Mobilterminierungsentgelt H3G
MT(max)= maximales, von der TKK anerkanntes Mobilterminierungsentgelt am österr. Mobilfunkmarkt
MT(Host)= von der TKK für das Hostnetz der H3G anerkanntes Mobilterminierungsentgelt

- Sollte die TKK entgegen den hier dargestellten Positionen einen Gleitpfad (in Bezug auf einzelne oder in Bezug auf alle Mobilfunkbetreiber) anerkennen, so sollte dieser zumindest soweit konkretisiert sein, als dass auch angegeben ist, in welcher Form sich die LRAIC-Entgelte dem Endpunkt des Gleitpfads nähern (linear, degressiv, andere Varianten). Aus Sicht der mobilkom soll festgehalten werden, dass, entsprechend dem tatsächlichen Kostenverlauf eines Mobilfunkbetreibers (und daher auch eines effizienten Betreibers) das während der Übergangsphase jeweils geltende Terminierungsentgelt einer degressiven Tarifentwicklung folgen muss.

- In Bezug auf die Position der mobilkom zur konkreten Ausgestaltung des LRAIC-Entgelts (Kostenallokation, ramsey-pricing, Einbeziehung der UMTS-Kosten) erlaubt sich mobilkom ganz allgemein auf ihre letzte Stellungnahme innerhalb dieses Verfah-

rens (zum Remediesgutachten) sowie auf die im Rahmen der mündlichen Anhörung vor der TKK vertretenen Positionen hinzuweisen bzw. diese in Erinnerung zu rufen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die konkretere Definition der Entgeltgestaltungspflichten von Mobilfunkbetreibern in Bezug auf ihr Terminierungsentgelt durchaus in Übereinstimmung mit der (bisherigen) Praxis der Europäischen Regulierungsbehörden stünde (siehe dazu sogleich ausführlich).

4 Zur bisherigen Praxis anderer Europäischer Regulierungsbehörden in Bezug auf Mobilterminierungsleistungen

Im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung (Pkt II B 5) stellt die TKK die bisherigen Entscheidungen anderer europäischer Regulierungsbehörden und allfällige Kommentare der Europäischen Kommission in Bezug auf den Markt für „Anrufzustellung in einzelne Mobiltelefonnetze" dar[21].

Aus Sicht von mobilkom erfolgt diese Darstellung jedoch nicht in einem erschöpfendem Maße. Vielmehr werden lediglich die von den anderen Regulierungsbehörden erlassenen Instrumente aufgezählt, ohne auf die Details (insbesondere auch den Umgang mit UMTS-Investitionen und -Betreibern) einzugehen.

Da sich die Entscheidungen vor allem in Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten unterscheiden, wird im Folgenden von mobilkom insbesondere auf die Unterschiede in der Operationalisierung dieses Regulierungsinstruments in den verschiedenen Ländern eingegangen[22].

4.1 Großbritannien

4.1.1 GSM

In ihrer endgültigen Entscheidung bezüglich der einzusetzenden Regulierungsinstrumente beschließt die britische Regulierungsbehörde den vier GSM-Betreibern Vodafone, O2, T-Mobile und Orange eine Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten aufzuerlegen, die zumindest bis 2006 gelten soll, wobei die Berechnung der kostenorientierten Entgelten anhand der langfristigen Inkrementalkosten der Terminierung eines effizienten Betreibers durchgeführt wird (LRIC)[23]:

---

[21] Vgl. Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003, S. 32.

[22] Neben den von der TKK untersuchten Ländern ist auch das von der französischen Regulierungsbehörde ART beschlossene Vorgehen bereits bekannt, auch wenn diese Entscheidung nicht in Brüssel im Rahmen von Art. 7 Rahmenrichtlinie notifiziert wurde.

[23] Statement on Wholesale Mobile Voice Call Termination, Juni 2004.

- Im Detail wird festgelegt, dass die Terminierungsentgelte der GSM-Betreiber (wobei in der Höhe zwischen 1800-MHz-Betreibern und gemischten 900/1800-Betreibern differenziert wird) bereits ab September 2004 auf das LRAIC-Niveau (6,31 Pence/MoU bzw. 5,65 Pence/MoU) zu senken sind. Diese Entgelte gelten bis 31. März 2006.

- Werden die Terminierungsentgelte auf Basis der langfristigen Inkrementalkosten festgelegt, ist ein Unternehmen nicht in der Lage seine gemeinsamen und Gemeinkosten zu decken (bzw. muss es diese vollständig über ein anderes Produkt decken, z.B. über Zugangsgebühren). Daher müssen Aufschläge auf die Inkrementalkosten berücksichtigt werden: ein mark-up für gemeinsame und Gemeinkosten; und im Fall der Existenz von Netzwerkexternalitäten ein mark-up für externe Effekte.

- Bei der Berechnung des mark-up für Gemeinkosten berücksichtigt Ofcom lediglich nicht netzwerkrelevante Administrationskosten (Kapitalkosten die in Verbindung mit dem Netzwerk anfallen). Diese Gemeinkosten werden mittels des EPMU-Ansatzes in Form eines Mark-ups den Netzkosten zugerechnet.

- Neben diesem Mark-up wird von Ofcom – trotz einer Penetrationsrate von rund 90% – auch noch ein Zuschlag auf die Netzkosten für externe Effekte berücksichtigt. Dieser Aufschlag dient zur Abgeltung des Nutzens, der Teilnehmern anderer Netze (Fest- und Mobilfunknetze) entsteht, wenn sie neue und bestehende Endkunden eines Mobilfunkanbieters anrufen, internalisiert wird.

4.1.2 UMTS

Die Frage, ob die Kosten für den Auf- und Ausbau der UMTS-Netze bei der Berechnung der Höhe der Terminierungsentgelte berücksichtigt werden müssen, beantwortet Ofcom mit: Nein. Ofcom argumentiert, dass die Kosten für die 3G-Netze von den Mobilfunkbetreibern über die *unregulierten* UMTS-Terminierungsentgelte verdient werden können:

- Dieser Logik folgend wird auch der reine UMTS-Betreiber H3G nicht zu kostenorientierten Entgelten verpflichtet, sondern lediglich zur Übermittlung von Angaben zum Verkehrsvolumen (2G und 3G) an die Regulierungsbehörde.

- Allerdings zeigt sich in diesem Punkt die Nichtkonsequenz der Entscheidung der Ofcom: Zwar wird im Zuge der Marktanalyse festgestellt, dass H3G genauso wie die übrigen Mobilfunkbetreiber über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (und daher den Anreiz zur Setzung von Monopolpreisen hat, die zu den entsprechenden Wettbewerbsverzerrungen führen, die durch die Regulierungsbehörde gerade verhindert werden sollen). Allerdings wird darauf verzichtet, dasjenige Regulierungsinstrument einzusetzen, dass nach Ansicht von Ofcom als einziges in der Lage ist, die daraus re-

sultierende Wettbewerbsprobleme zu verhindern (Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten).

4.2 Schweden

4.2.1 GSM

Genau wie Ofcom stellt die schwedische Regulierungsbehörde fest, dass sämtliche Mobilfunkbetreiber auf dem betreiberindividuellen Markt für Terminierung über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Als Regulierungsinstrument werden gleichfalls kostenorientierte Entgelte auf Basis der langfristigen Inkrementalkosten angeordnet[24]:

- Im Gegensatz zu England soll die Absenkung der Terminierungsentgelte nicht sofort, sondern in vier Schritten erfolgen, bis sie im Jahre 2007 das Niveau eines effizienten Betreibers erreichen.

- Ein weiterer Unterschied besteht in der Höhe der Terminierungsentgelte der einzelnen Betreiber zueinander: während in Großbritannien zwischen reinen 1800 MHz- und kombinierten 900/1800 MHz-Betreibern unterschieden wird, legt die schwedische Regulierungsbehörde für alle drei GSM-Betreiber reziproke Terminierungsentgelte fest, wobei die Reziprozität bereits im Zuge der ersten Preisabsenkung 2004 erreicht werden soll.

4.2.2 UMTS

Auch die schwedische Regulierungsbehörde berücksichtigt in ihrem Kostenrechnungsmodell zur Berechnung der Terminierungsentgelte die Kosten für den Aufbau der UMTS-Netze nicht:

- Sie verpflichtet den UMTS-Betreiber Hi3G lediglich zu getrennter Buchführung sowie fairen und angemessenen Preisen. Dabei soll die Höhe der fairen und angemessenen Preise dem Niveau der kostenorientierten Terminierungsentgelten der anderen Betreiber (TeliaSonera, Tele2, Vodafone) angepasst werden.

- Allerdings soll Hi3G eine Schonfrist von vier Jahren (bis 2008) eingeräumt werden, bis die Terminierungsentgelte ein faires und angemessenes Niveau erreicht haben.

[24] Leider liegen mobilkom keine Informationen darüber vor, ob, bzw. inwieweit bei der Berechnung Aufschläge für Gemeinkosten und/oder externe Effekte berücksichtigt werden.

- Gegenüber der Entscheidung von Ofcom, dem reinen UMTS-Betreiber keinerlei Verpflichtung bezüglich der Höhe der Terminierungsentgelte aufzuerlegen, weist der Entschluss der schwedischen Regulierungsbehörde mehr Kongruenz mit dem Ergebnis der Marktanalyse auf: zwar wird in die Höhe der Terminierungsentgelte von Hi3G nicht direkt regulatorisch eingegriffen, allerdings wird klar gemacht, dass bis höchstens 2008 eine Art Schonfrist besteht, so dass spätestens dann für alle Mobilfunkbetreiber die gleichen Bedingungen herrschen werden.

4.3 Irland

4.3.1 GSM

In der Entscheidung bezüglich des Einsatzes von Regulierungsinstrumenten kommt ComReg ebenfalls zu dem Schluss, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme mit Hilfe von kostenorientierten Terminierungsentgelten zu beseitigen sind:

- Daher schlägt ComReg vor, die Terminierungsentgelte auf ein effizientes Niveau zu setzen. Zur Berechnung des effizienten Niveaus soll ein top-down Kostenrechnungsmodell auf Basis der langfristigen Inkrementalkosten herangezogen werden.

- Die Terminierungsentgelte sollen ab September 2005 das effiziente Niveau erreicht haben.

- Diese Kostenorientierung gilt in Reinform allerdings nur für die Terminierungsentgelte von Vodafone und O2, die demnach ein gleich hohes Niveau aufweisen werden.

- Die Terminierungsentgelte des kleinsten GSM-Betreibers Meteor sollen dagegen – ähnlich wie in Schweden die Terminierungsentgelte des UMTS-Betreibers Hi3G – mittels Benchmark den effizienten Preisen der beiden Wettbewerber angepasst werden.

4.3.2 UMTS

In Bezug auf die Einbeziehung der Kosten für den UMTS-Netzaufbau bei der Berechnung der Terminierungsentgelte liegen mobilkom keine näheren Angaben vor, sodass derzeit kein Vergleich mit anderen Ländern gezogen werden kann.

Allerdings verfolgt ComReg auch gegenüber dem UMTS-Betreiber H3G einen konsequenten Einsatz von Regulierungsinstrumenten zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme. Da aus Sicht von ComReg auch H3G im eigenen Netz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (und daher einen Anreiz zur Monopolpreissetzung hat), ist es aus Sicht der irischen Regulierungsbehörde unumgänglich, die freie Setzung der Terminierungsentgelte durch H3G zu verhindern. Dementsprechend empfiehlt ComReg die Anpassung der Terminie-

rungsentgelte von H3G an die ab September 2005 geltenden effizienten Preise der GSM-Betreiber Vodafone und O2 mittels Benchmark.

4.4 Griechenland

4.4.1 GSM

Zur Beseitigung der von ihr in Zusammenhang mit Terminierungsentgelten identifizierten Wettbewerbsprobleme schlägt die griechische Regulierungsbehörde eine Verpflichtung zu kostenorientierten Terminierungsentgelten vor:

- Dabei sollen die Terminierungsentgelte mittels einer Senkung in drei Schritten (3-Phasen-Gleitpfad) ein kostenorientiertes Niveau erreichen. Allerdings gilt die Kostenorientierung der Terminierungsentgelte nur für die drei großen GSM-Betreiber Cosmote, Telestet sowie Vodafone und nicht für den Marktneuling Q-Telecom.

- Die Terminierungsentgelte der O-Telecom sollen zwar auch mittel eines 3-Phasen-Gleitpfades reduziert werden, allerdings nur auf ein angemessenes Niveau.

- Bislang wurde (nach dem Kenntnisstand der mobilkom) jedoch weder festgelegt, welche Höhe kostenorientierte Terminierungsentgelte tatsächlich haben sollen, noch welchem Niveau angemessene Entgelte (der O-Telecom) entsprechen sollen.

4.4.2 UMTS

Es liegen mobilkom keine Informationen darüber vor, ob/in welcher Form die griechische Regulierungsbehörde bei der Berechnung der Terminierungsentgelte die Kosten für den Aufbau der UMTS-Netze berücksichtigen wird.

4.5 Frankreich

4.5.1 GSM

In ihrem im April 2004 zur Konsultierung veröffentlichten Dokument zu Marktanalyse des Vorleistungsmarkts für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobilfunknetzen und den anzuwendenden Regulierungsinstrumenten, empfiehlt die französische Regulierungsbehörde eine weitere Reduktion der Terminierungsentgelte der drei Mobilfunkbetreiber Orange, SFR und Bouygues, bis diese den Kosten eines effizienten Betreibers entsprechen (reziproke Entgelte):

- Die Terminierungsentgelte sollen nach Vorstellung von ART innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren bis 2007 ein effizientes Niveau erreicht haben.

- Bis zu diesem Zeitpunkt empfiehlt ART die Setzung eines price-cap (allerdings liegen mobilkom hierzu keine genaueren Informationen über den Maximalbetrag vor).

4.5.2 UMTS

In Bezug auf die Einbeziehung der Kosten für den UMTS-Netzaufbau bei der Berechnung der Terminierungsentgelte liegen mobilkom keine näheren Angaben vor, sodass derzeit kein Vergleich mit anderen Ländern gezogen werden kann.

4.6 Ableitbare Konsequenzen für die Regulierung in Österreich

4.6.1 GSM

Sämtliche europäischen Regulierungsbehörden, die bis dato das Ergebnis der Marktanalyse bei der Europäischen Kommission notifiziert haben, kommen (auf Basis einer Marktabgrenzung iSd Märkteempfehlung der Kommission) zu dem Schluss, dass zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme den GSM-Mobilfunkbetreibern auf jeden Fall auch die regulatorische Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten auf Basis der langfristigen Inkrementalkosten auferlegt werden muss. Sämtliche Regulierungsbehörden verfolgen in diesem Zusammenhang das Ziel reziproker Terminierungsentgelte zwischen den Mobilfunkbetreibern, wobei lediglich Irland und Griechenland davon indirekt etwas abweichen, indem die Terminierungsentgelte der kleinsten Betreiber (Meteor bzw. Q-Telecom) entweder mittels Benchmark (Irland) oder durch eine Verpflichtung zum Angebot angemessener Terminierungsentgelte (Griechenland) an die der Wettbewerber angepasst werden sollen.

Trotz der Gemeinsamkeiten der Regulierungsbehörden hinsichtlich des Ziels kostenorientierter und reziproker Terminierungsentgelte, bestehen insbesondere hinsichtlich des Zeitpunktes, ab wann die Mobilterminierungsentgelte reziprok sein müssen, zwischen den einzelnen Ländern Unterschiede. Vor dem Hintergrund der in Österreich geführten Diskussion um einen möglichen Gleitpfad bis zur vollen Wirksamkeit der LRAIC-Verpflichtung scheint ein Vergleich der Marktanteil der einzelnen Vergleichsländer von Relevanz:

Tabelle 1: Marktanteile der Mobilfunkbetreiber in ausgewählten europäischen Ländern

Land	Betreiber	Marktanteil
Großbritannien	Vodafone, Orange, O2, T-Mobile, H3G, Inquam	23,8% 25,6% 24,5% 25,6% n/v n/v
Schweden	TeliaSonera, Tele2,	45,7% 38,5%

	Vodafone, Hi3G, Telenor (MVNO)	15,6% n/v n/v
Griechenland	Cosmote, Telestet, Vodafone, Q-Telecom	40,9% 23,1% 32,1% 3,8%
Irland	Vodafone, O2, Meteor, H3G	54,4% 40,3% 5,3% n/v
Frankreich	Orange, SFR, Bouygues	48,4% 35,6% 16,0%
Österreich	Mobilkom, T-Mobile, ONE, tele.ring, H3G	41,9% 26,6% 20,3% 10,4% < 1%

Quelle: mobilkom.

Aus diesem Vergleich lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

- In keinem Vergleichsland steht die Reziprozität der Entgelte/Verpflichtung zwischen den drei größten Betreibern in Zweifel; die Zuerkennung einer Übergangsfrist an T-Mobile oder One wäre daher einzigartig.

- Auch für jene beiden Betreiber, die aufgrund ihrer Marktanteile am ehesten mit tele.ring vergleichbar sind (Vodafone in Schweden; Bouygues in Frankreich) steht die Gleichartigkeit und die Gleichzeitigkeit der Mobilterminierungsentgeltverpflichtung in Vergleich mit den größeren Marktteilnehmern außer Streit.

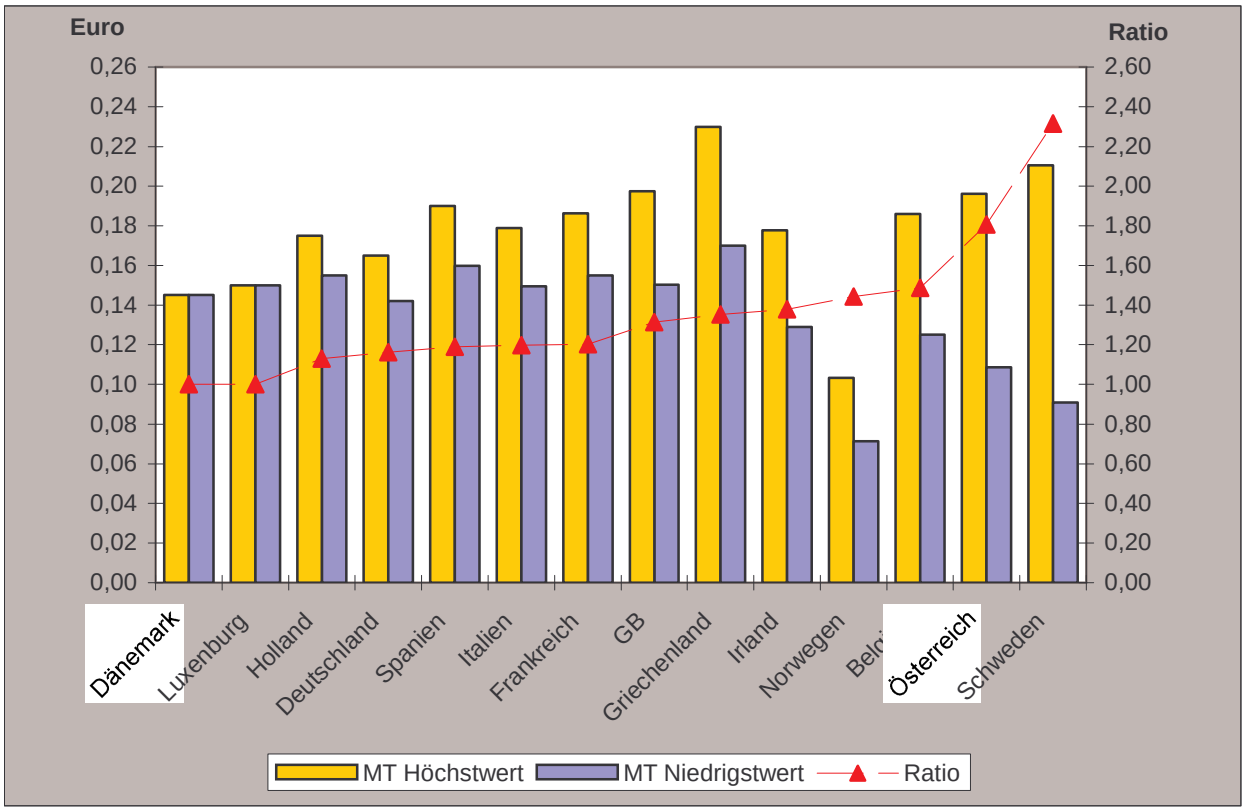
- Sonderlösungen gelten im Europavergleich für (jene) zwei Betreiber mit deutlich geringeren Marktanteilen als tele.ring (Meteor in Irland, O-Telecom in Griechenland), die in beiden Fällen jedoch letztlich auf eine Angleichung mit den übrigen im Markt verrechneten Terminierungsentgelten hinauslaufen.

- Nur in einem einzigen Land gibt es eine Übergangsfrist, die bis in das Jahr 2008 reicht – und auch diese wirkt ausschließlich zugunsten eines UMTS-Betreibers (Hi3G in Schweden).

- Fazit: Der in Österreich (im Rahmen des Amtssachverständigengutachtens) angedachte Gleitpfad bis zum Jahr 2008 wäre in vielerlei Hinsicht in Bezug auf den Schutz von Betreibern mit gering(er)em Marktanteil einzigartig.

Wird berücksichtigt, dass in Österreich neben Schweden im europäischen Vergleich nach wie vor die größten Diskrepanzen zwischen dem Terminierungsentgelt des größten und dem kleinsten GSM-Betreiber bestehen (vgl. Abbildung 1), wird die Forderung nach einer rascheren Anpassung der Terminierungsentgelte – nicht nur vor dem Hintergrund einer Harmonisierung des Vorgehens der europäischen Regulierungsbehörden, sondern auch aufgrund der dadurch aufrechterhaltenen Wettbewerbsprobleme – umso dringlicher. Daher erscheint auch die Entscheidung der schwedischen Regulierungsbehörde, bereits 2004 reziproke Entgelte anzuordnen, wesentlich konsequenter als die von den Amtssachverständigen angedachte Verzögerung der Reziprozität.

Abbildung 1: Terminierungsentgelte des größten und kleinsten Mobilfunkbetreibers



(peak-time)

Quelle: mobilkom.

4.6.2 UMTS

In Hinblick auf die Regulierung von reinen UMTS-Betreibern bestehen zwischen den Entscheidungen der hier betrachteten Regulierungsbehörden erhebliche Unterschiede:

- Während Ofcom einen Eingriff in die Terminierungsentgelte ablehnt (und damit die Erkenntnisse der Marktanalyse nicht umsetzt),

- werden die Terminierungsentgelte in Schweden und Irland mittels Benchmark den 2G-Terminierungsentgelten angepasst;

- in Griechenland ist zwar kein reiner UMTS-Betreiber tätig, allerdings schlägt die dortige Regulierungsbehörde eine Reduktion der 3G-Terminierungserntgelte in Einklang mit den 2G-Terminierungsentgelten vor.

Auch wenn Schweden und Irland eine Senkung der Terminierungsentgelte des reinen 3G-Betreibers vorsehen, weichen die dortigen Regulierungsbehörden in der Art, wie sie diese Reduktion durchsetzen wollen, von den Erkenntnissen ihrer Markanalyse ab. Das einen Regulierungseingriff begründende Wettbewerbsproblem besteht nach Ansicht der Regulierungsbehörden in dem Anreiz eines Mobilfunkbetreibers, in einem regulierungsfreien Raum seine Terminierungsentgelte auf ein ineffizient hohes Niveau zu setzen. Dabei ist es jedoch egal, ob die Terminierung in einem 2G- oder 3G-Mobilfunknetz erfolgt. Dementsprechend muss auch das Regulierungsinstrument, das zur Beseitigung des Wettbewerbsproblems bei der Terminierung in GSM-Netzen als einzig wirksames identifiziert wird, konsequenter Weise auch für UMTS-Betreiber gelten.

Dies entspricht offenbar auch der Ansicht der TKK[25]. Allerdings hat es die TKK versäumt – wie von den Amtssachverständigen in dem Remediesgutachten vorgeschlagen – festzulegen, ob für H3G derzeit noch eine Schutzfrist besteht oder bestehen sollte. Wie mobilkom schon in Zusammenhang mit den Technologie- sowie den Netzabdeckungsvorteilen eines reinen UMTS-Betreibers dargestellt hat (siehe dazu oben), sieht mobilkom grundsätzlich keine Rechtfertigung für eine Besserstellung eines UMTS-only-Betreibers. Sollte eine solche dennoch von der TKK als gerechtfertigt erachtet werden, so sollte sich das Mobilterminierungsentgelt nach der oben dargestellten Formel (unter Berücksichtigung der tatsächlichen Netzabdeckung) berechnen.

5 Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung (II D)

5.1 Zusammenfassung

Zur besseren Übersicht möchte mobilkom kurz die wichtigsten Aussagen der Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung des Bescheidentwurfs (Abschnitt II D) zusammenfassen:

- Eine, die Prüfungsverpflichtung im Rahmen des § 35 Abs. 2 TKG 2003 einschränkende Interpretation widerspricht klar den europäischen Vorgaben (insbesondere den Leitlinien.) Eine Prüfung *aller* Marktmachtindikatoren ist – entgegen der Ansicht der TKK - auch im Falle des Vorliegens eines hohen Marktanteils, wie im gegenständli-

[25] Siehe Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 im Verfahren M 15e/03-10, S. 2.

chen Fall, unerlässlich. Gleiches gilt für eine gesamtheitliche Bewertung aller Marktmachtindikatoren.

- Auf die Prüfung von alternativen Handlungsvarianten bei der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht wird ausschließlich im Rahmen der Beweiswürdigung sowie im Zuge Sachverhaltsdarstellung eingegangen; eine entsprechende rechtliche Würdigung fehlt hingegen. Einzig die gänzliche Zusammenschaltungsverweigerung, als ohnehin unrealistische Handlungsvariante, wird aus rechtlicher Sicht behandelt - jedoch mit dem Verweis auf die generelle Zusammenschaltungspflicht des § 48 TKG 2003 „formell" verworfen.

- Die TKK lehnt die Relevanz des Marktmachtkriteriums der „Angebots- und Nachfrageelastizität" kategorisch ab. Hinsichtlich der Nachfrageelastizität kann mobilkom diese Ansicht nicht teilen, da eine vom Endkundenmarkt abgeleitete Nachfrage sehr wohl existiert und sehr wohl in der Lage ist, die Marktmacht des (behaupteten) Monopolisten zu beschränken. Mobilkom vermisst eine entsprechende rechtliche Beurteilung durch die TKK.

- Die generelle Zusammenschaltungspflicht gem. § 48 TKG 2003 widerspricht aus Sicht der mobilkom den einschlägigen Richtlinien.

- Mangels Verpflichtung zur Abbildung von Mobilterminierungsentgeltsenkungen in Festnetzendkundentarifen ist das Regulierungsinstrument „LRAIC-Entgeltgestaltungsverpflichtung" nicht in Lage, die allokative Verzerrung (Wettbewerbsproblem 1) zu beseitigen. Dementsprechend ist dieses Regulierungsinstrument nicht verhältnismäßig („nicht geeignet") iSd einschlägigen Richtlinienbestimmungen bzw. des TKG 2003.

5.2 Umfang der Prüfungspflicht der Marktmachtkriterien

§ 35 Abs. 2 TKG 2003 statuiert Kriterien zur Beurteilung individueller Marktmacht (*single dominance*) des betroffenen Unternehmens. Aus Sicht der TKK ist es „nicht geboten, sämtliche Kriterien zu prüfen, falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht[26]"; diesbezüglich wird ergänzend auf die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 verwiesen.

Aus Sicht der mobilkom ist es, sowohl rechtlich wie auch ökonomisch, verfehlt, das Ergebnis der Marktanalyse auf (im wesentlichen) die Prüfung eines einzigen Marktmachtkriteriums zu stützen. In rechtlicher Hinsicht wiederspricht dies eindeutig den europarechtlichen Vorgaben:

[26] Siehe Entwurf einer Vollzughandlung gem. § 128 Abs 1 TKG 2003, S. 51

Die TKK hat bei der Durchführung des Marktanalyseverfahrens die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht[27] (in der Folge die „Leitlinien") zu berücksichtigen. In den Leitlinien werden die Kriterien zur Ermittlung der Marktmacht erörtert, wobei mobilkom insb. folgende Punkte hervorheben möchte:

(1) „Es ist wichtig, hervorzuheben, dass eine beherrschende Stellung nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden kann. Wie bereits oben ausgeführt, bedeutet ein großer Marktanteil lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Aus diesem Grunde sollten die NRB die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts eingehend und umfassend untersuchen, bevor sie Schlussfolgerungen hinsichtlich des Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht ziehen.„ (Rz 78 der Leitlinien):

(2) „Eine beherrschende Stellung kann aus einer Kombination der oben genannten Kriterien [Anm: ähnlich jenen in § 35 TKG 2003] abgeleitet werden, die für sich alleine genommen nicht notwendigerweise entscheidend sind." (Rz 79).

Unter der zwingenden Berücksichtigung der Rz 78f der Leitlinien ist eine marktbeherrschende Stellung weder durch das Kriterium des Marktanteils, noch durch andere einzelne Marktmachkriterien begründbar. Selbst ein (monopolbedingter) Marktanteil von 100 % begründet für sich alleine noch keine marktbeherrschende Stellung.

Vielmehr ist es geboten, alle zusätzlichen Marktmachtkriterien eingehend und umfassend zu prüfen, bevor man Schlussfolgerungen hinsichtlich des Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht zieht. In dieser Hinsicht gibt es keinen Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber bzw. keinen Interpretationsspielraum für die zuständige Behörde, da die europarechtlichen Vorgaben kein anderes Verständnis zulassen.

Demgegenüber interpretiert die TKK die Tatsache, dass die Aufzählung der Marktmachtkriterien in § 35 Abs. 2 TKG eine bloß demonstrative ist, dahingehend, dass einzelne Kriterien – insbesondere der Marktanteil – für die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung ausreichend sind. Als Stützung dieser Vorgehensweise werden wiederholt die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 35 Abs 2 und 4 TKG 2003 herangezogen. Darin heißt es:

> „Die Anführung der verschienenen Kriterien erfolgt nicht in der Reihenfolge ihrer Bedeutsamkeit sondern kann den einzelnen Parametern je nach Konstellation des konkreten Falles unterschiedliche Wertigkeit zukommen. Insbesondere besteht keine Notwendigkeit, sämtliche Parameter zu prüfen, falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzige Parameters besteht."

[27] Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002

Besonders der letzte Satz der ErlRV steht in krassem Widerspruch zu den oben angeführten europarechtlichen Vorgaben. Kein einziges Marktmachtkriterium, auch nicht das Kriterium des Marktanteils, lässt, für sich alleine, einen eindeutigen Rückschluss auf eine marktmächtige Position zu. Vielmehr obliegt es der TKK, alle zusätzlichen Kriterien eingehend und umfassend zu prüfen. Demzufolge kann erst nach Abschluss einer Untersuchung aller Parameter eine Aussage darüber getroffen werden, ob SMP vorliegt oder nicht.

Fazit: Eine, die Prüfungsverpflichtung im Rahmen des § 35 Abs. 2 TKG 2003 auf – im Extremfall ein einziges Kriterium - einschränkende Interpretation (unter Hinweis auf die ErlRV) widerspricht klar den europäischen Vorgaben, insbesondere den Leitlinien. Eine eingehende Prüfung aller Marktmachtindikatoren und eine das Ergebnis der Prüfung der einzelnen Faktoren zueinander in Gewicht setzende Gesamtbewertung ist – entgegen der Ansicht der TKK - auch im Falle des Vorliegens eines hohen Marktanteils, unerlässlich. Das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung ist daher zurückzuweisen.

5.3 Zur Prüfung der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht

5.3.1 Allgemeines

Wie die TKK unter Punkt 6 ausführt, ist „der einzige Indikator, der die Mobilkom auf „ihrem" Terminierungsmarkt restringieren könnte, die nachfrageseitige Gegenmacht". Dies Aussage erscheint mobilkom zu kurz gegriffen: einerseits ist sicherlich die nachfrageseitige Gegenmacht (in alle denkmöglichen Handlungsvarianten) ein wichtiges und jedenfalls zu prüfendes Marktmachtkriterium, andererseits ist auch die „Elastizität der Nachfrage"[28] von entscheidender Bedeutung und somit im gegenständlichen Verfahren relevant. Eine elastische Nachfrage entfaltet – entgegen der Sichtweise der TKK – durchaus eine restringierende Wirkung gegenüber einem Monopolisten.

5.3.2 Handlungsalternativen des Nachfragenden

Im Entwurf der Vollzugshandlung[29] wird dargestellt, dass der „Nachfrager zunächst über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotential verfügen" und zusätzlich ein erhebliches Nachfragevolumen auf sich konzentrieren muss. Nur in diesem Fall – so die TKK – ist eine disziplinierende Nachfragemacht denkbar.

Auf Basis des rechtlichen Arguments, dass § 48 TKG eine generelle Zusammenschaltungspflicht statuiert[30], lehnt die TKK jedoch eine nachfrageseitige Gegenmacht ab, da angesichts

[28] § 35 Abs 2 Z 4 TKG 2003

[29] Siehe Entwurf einer Vollzughandlung gem. § 128 Abs 1 TKG 2003, S. 59

[30] aA mobilkom, Punkt 5.5

dieser Verpflichtung die „Drohung der Nichtzusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden kann". Wie mobilkom bereits bei mehreren Gelegenheit dargelegt hat, ist § 48 TKG – in diesem Sinne interpretiert - jedenfalls überschießend und demnach richtlinienwidrig (siehe dazu noch unten).

Aus Sicht der mobilkom ist die Möglichkeit der Leistungsverweigerung bzw. Leistungseinschränkung aber nur eine von mehreren Handlungsvarianten, welche dem nachfragenden Betreiber offen stehen, um eine Gegenmacht zu demonstrieren; weitere Möglichkeiten sind insb.:

(1) Erhöhung des Endkundenpreises für Rufe zum verfahrensgegenständlichen (Terminierungs-) Markt und/oder

(2) Erhöhung des Preises für Terminierungsleistung in das eigene Netz.

Diese Formen der Verhandlungsmacht wurden von mobilkom in ihrer Stellungnahme zum Marktanalysegutachten durchargumentiert – mit dem Ergebnis ausreichender Verhandlungsmacht zwischen Teilnehmernetzen (unabhängig ob Fest- oder Mobilnetze; siehe diesbezügl. auch das Vorbringen der mobilkom im Rahmen dermündlichen Anhörung vor der TKK).

Der vorliegende Bescheidentwurf nimmt unter den Gliederungspunkten "Beweiswürdigung" und „Sachverhaltsdarstellung" zwar zT auch auf diese Formen der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht Bezug, eine rechtliche Beurteilung der Ausführungen der mobilkom fehlen jedoch gänzlich. Das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung – die Anerkennung der unwirksamen Handlungsoption der „Zusammenschaltungsverweigerung" als einzige Form der Wahrnehmung von Verhandlungsmacht – ist jedenfalls unzureichend.

5.3.3 Zur Eigentumsverschränkung zwischen Telekom Austria und mobilkom

In Bezug auf die Schlussfolgerung der TKK, wonach Telekom Austria aufgrund der Konzernverbundenheit mit mobilkom keinen Nachfragedruck auf mobilkom ausüben könne/würde, da dies das Geschäftsergebnis des Gesamtkonzerns negativ beeinträchtigen würde, sei wie folgt - wie bereits in der Stellungnahme von mobilkom zum Marktanalysegutachten – ausgeführt. Angenommen, mobilkom würde gegenüber der TA den Preis für Terminierung erhöhen:

- Nimmt TA die Preiserhöhung ohne Reaktion hin, könnte zwar mobilkom höhere Erlöse aus Terminierungsleistungen erzielen, allerdings wäre dies für das Konzernergebnis neutral, da umgekehrt TA entsprechend höhere Terminierungskosten hätte („Linke-Tasche-Rechte-Tasche-Szenario").

- Macht TA jedoch von ihrer Verhandlungsmacht Gebrauch und erhöht die Endkundentarife für Rufe von TA zu mobilkom, wäre die Konsequenz auf Konzernebene negativ, da das Gesprächsvolumen von TA zu mobilkom zurückgehen würde, und mobilkom

aufgrund der höheren Endkundentarife für Rufe in das mobilkom-Netz für Endkunden weniger attraktiv erschiene (siehe dazu im Detail das Simulationsmodell von EE&MC). Darüber hinaus würde dadurch die Tendenz zur Festnetz- Mobilfunk-Substitution erhöht, allerdings mit dem entscheidenden Nachteil, dass sich nicht alle vom Festnetz in Mobilfunknetze wechselnde Kunden für mobilkom entscheiden würden. Die Festnetz- Mobilfunk-Substitution würde daher für den Gesamtkonzern negative Folgen zeitigen.

- Eine weitere Möglichkeit auf eine Erhöhung der Terminierungspreise von mobilkom zu reagieren besteht für TA darin, ihre Terminierungsentgelte ebenfalls zu erhöhen. Dadurch erhöhen sich jedoch lediglich die wechselseitigen Auszahlungsbeträge zwischen TA und mobilkom, ohne dass ein Unternehmen oder der Gesamtkonzern einen finanziellen und/oder kompetitiven Vorteil daraus ziehen könnte.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die rechtlichen Schlussfolgerungen im Bescheidentwurf haltlos sind. Die Konzernverbundenheit zwischen TA und mobilkom beeinflusst die Nachfragemacht der TA nicht negativ. Aufgrund der (auch ohne Preiserhöhungen von Rufen aus Fest- in Mobilnetze) bestehenden Tendenz der Festnetz- Mobilfunk-Substitution, muss im Gegenteil der Schluss gezogen werden, dass TA – unter der Annahme eines vollständig regulierungsfreien Raums („greenfield-Situation") - Druck auf die Terminierungsentgelte *sämtlicher* Mobilfunkunternehmen ausüben würde, da nur dadurch die Festnetzsubstitution (bedingt durch günstige on-net-Mobilfunktarife) beseitigt werden könnte.

5.4 Zur Prüfung der Nachfrageelastizität

Gem. § 35 Abs 2 Z 4 TKG 2003 ist das „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität" als Marktmachtindikator relevant. Die TKK hat unter Punkt 6.3 des Maßnahmenentwurfs die Angebots- und die Nachfrageelastizität generell mit dem Argument verneint, dass „diese keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf einem Monopolmarkt zulassen" kann.

Hinsichtlich der *Angebotselastizität* mag diese stimmen, da es mangels direkter Konkurrenz auf dem relevanten Markt, auch keine direkten Substitute zur Terminierungsleistung der mobilkom geben kann, insgesamt der Monopolanbieter folglich nicht durch Wettbewerber in seinem Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird.

Anderes verhält es sich – entgegen der Meinung der TKK – mit der Nachfrageelastizität: Basis der Marktanalyse der TKK ist der Umstand, dass die Nachfrage auf Großhandelsebene von der Nachfrage auf Endkundenebene abgeleitet ist (z.B. Wettbewerbsproblem allokativer Verzerrung). Endkunden können ihr Konsumverhalten nun aber nicht nur durch den Erwerb von Substituten geänderten Preisen anpassen, sondern haben bei einem Preisanstieg auch die Möglichkeit, weniger oder gar nichts von dem betreffenden Produkt nachzufragen.

Folgerichtig ändert sich auch die Nachfrage*menge* auf Vorleistungsebene und zwar in dem gleichen Ausmaß wie der Endkundenkonsum.

Dieser Zusammenhang zwischen der Änderung der nachgefragten Menge eines Gutes und der Änderung seines Preises wird durch die Preiselastizität der Nachfrage beschrieben. Führt eine Erhöhung der Terminierungsentgelte zu einem Nachfragerückgang auf Endkundenebene (und damit auch auf Vorleistungsebene), der nicht durch die Mehreinnahmen pro verkaufter Einheit kompensiert werden kann, ist eine Preiserhöhung nicht rentabel und wird folglich unterbleiben. Demzufolge hat die Preiselastizität der Nachfrage sehr wohl einen entscheidenden Einfluss auf das Preissetzungsverhalten eines Unternehmens und zwar auch dann, wenn es als einziger Anbieter auf dem betreffenden Markt eine Monopolstellung innehat. Daher stellt die Nachfrageelastizität ein wichtiges Kriterium zur Feststellung von Marktmacht auf einem Monopolmarkt dar.

Die rechtliche Begründung des Bescheidentwurfs ist vor diesem Hintergrund daher ökonomisch falsch und – in Konsequenz daraus – grob rechtswidrig.

5.5 Zusammenschaltungsverpflichtung gem. § 48 TKG

mobilkom hat schon mehrfach (zuletzt etwa im Konsultationsverfahren zur Frage der Zusammenschaltung des „MVNO-Netzes" der Tele2 mit dem Netz der Telekom Austria) ausgeführt, dass der neue EU-Rechtsrahmen (insb. Art 5 und 8 Zugangs-RL) einen sehr engen Rahmen für die Regulierung von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen zieht.

- Eine Regulierung der *Zusammenschaltungsbedingungen* ist demzufolge generell nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen zulässig; im Einzelfall kann – gegenüber nicht marktbeherrschenden Unternehmen – gem. Art 5 der Zugangs-RL auf Basis einer behördliche Anordnung der end-to-end-Verbund zwischen zwei Netzbetreibern sichergestellt werden.

- In diesem Zusammenhang hat mobilkom auch schon ausgeführt, dass die einschlägigen Bestimmungen des TKG (§ 41 Abs. 2 Z 9; §§ 48 und 50) die europarechtlichen Vorgaben leider nicht zweifelsfrei umgesetzt haben. Jedoch besteht vor dem Hintergrund der unzweifelhaften Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörde zur richtlinienkonformen Interpretation kein Zweifel daran, dass insb. § 50 TKG so auszulegen ist, dass nur in den in Art. 5 bzw. 8 Zugangs-RL genannten Ausnahmefällen eine behördliche Entscheidungskompetenz zu Lasten nicht-marktbeherrschender Unternehmen besteht.

- In diesem Zusammenhang sei insb. darauf hingewiesen, dass (auch) die Zugangsrichtlinie der Vollharmonisierung dient und keinesfalls nur einen bloßen Mindeststandard innerhalb der EU setzen soll. Als Konsequenz daraus ist es dem zur Umsetzung

verpflichteten Staat untersagt, die Regelungen der Richtlinie überschießend ins nationale Recht umzusetzen. Dies hätte zur Folge, dass die gewollte Harmonisierung - ex-ante-Verpflichtungen nur(!) für SMP-Unternehmen - erfolglos bliebe und die überschießende Umsetzung negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt hätte.

Im vorliegenden Maßnahmenentwurf wird von der TKK argumentiert, dass § 41 Abs. 2 Z 9 TKG als *lex specialis* gegenüber § 48 TKG gesehen werden muss; anderenfalls wäre „die Bestimmung des § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 sinnentleert". Dies ist jedoch nicht der Fall: Geht man richtigerweise von einer überschießenden (oder zumindest missverständlichen) Umsetzung aus, so ist § 41 TKG keinesfalls sinnentleert. Vielmehr wäre die Zusammenschaltungsverpflichtung ein Regulierungswerkzeug gegenüber marktmächtigen Unternehmen, wie dies im EU-Rechtsrahmen vorgesehen ist.

Richtigerweise müsste daher der Anwendungsbereich der §§ 48 und § 50 TKG 2003 durch richtlinienkonforme Interpretation soweit eingeschränkt werden, dass diese Regelung ausschließlich als Zugangsverpflichtung von marktbeherrschenden Unternehmen bzw. als Verpflichtung zur Herstellung des restriktiven „End-zu-End-Verbunds" (reine Erreichbarkeitsverpflichtung – ohne Kompetenz zur Festlegung detaillierter Vertragsbedingungen) zu verstehen ist und somit mit dem neuen Rechtsrahmen im Einklang steht.

5.6 Entgeltkontrolle im Licht der Verhältnismäßigkeit

Im Kontext des erstgenannten Wettbewerbsproblems[31] – allokative Verzerrungen – unterstellt Mobilkom, dass eine Senkung der Mobil-Terminierungsentgelte nicht zwangsläufig zu einer Senkung der Tarife für Gespräche aus einem Fest- in ein Mobilnetz führen würde bzw. führen wird (siehe dazu insb. die dargestellte Entwicklung der „mobile rentention" in Abhängigkeit der Terminierungsentgeltentwicklung von mobilkom und tele.ring; Stellungnahmen der mobilkom zum Remedies-Gutachten).

Bestehen, wie im Bescheidentwurf (bzw. den Gutachten) behauptet, tatsächlich allokative Verzerrzungen bzw. die Gefahr derartiger Verzerrungen, so ließen sich diese durch den beabsichtigten Regulierungseingriff (d.h. unabhängig davon, ob Mobil-Terminierungsentgelte kostenorientiert festgelegt sind oder nicht) nicht beseitigen.

Wie die TKK selbst ausführt (siehe auch § 34 TKG 2003), müssen die zum Einsatz gebrachte Regulierungsmaßnahme zum festgestellten Wettbewerbsproblem *verhältnismäßig* sein. Dazu müssen folgenden Voraussetzungen vorliegen (vgl. S 61 des Bescheidentwurfs):

- „die Maßnahme muss ein berechtigtes Ziel verfolgen,

[31] Siehe Entwurf einer Vollzughandlung gem. § 128 Abs 1 TKG 2003, S. 22

- zur Zielerreichung notwendig sein und
- darf keinen unzumutbare Belastung darstellen."
- [Anm: Und naturgemäß, auch wenn nicht explizit angeführt, muss die Maßnahme *geeignet* sein, das berechtigte Ziel zu erreichen.]

Richtigerweise ist somit die von der TKK ins Auge gefasste Regulierungsmaßnahme (LRAIC-Verpflichtung) nicht geeignet, das regulatorische Ziel – die Verhinderung von allokativen Verzerrungen für Rufe von festen Netzen in das Netz der mobilkom – zu verhindern. Folgerichtig ist die Regulierungsmaßnahme unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

5.7 Rechtliche Bindung der TKK an die von der RTR vorgenommene Marktabgrenzung?

Auf S 82f des Bescheidentwurfs setzt sich die TKK mit der Frage der *Marktdefinition* auseinander. Die TKK hält fest, dass sie an die Marktabgrenzung der RTR-GmbH – der TKMVO – gebunden ist, und vor diesem Hintergrund Parteivorbringen in Bezug auf die Marktdefinition in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden konnten.

mobilkom teilt diese Auffassung nicht. Aus Sicht der mobilkom darf die Tatsache, dass in Österreich die Schritte der Marktdefintion (RTR-GmbH) und Marktanalyse (TKK) kompetenzrechtlich zwei unterschiedlichen Behörden zugewiesen sind, nicht dazu führen, dass Unternehmen ex-ante-Regulierungsmaßnahmen unterworfen werden, obwohl die für die Maßnahmen verantwortliche Behörde substanzielle Zweifel an der Richtigkeit der Marktdefintion hat.

Richtigerweise müsste sich die TKK daher im Rahmen der Bescheidbegründung auch inhaltlich mit der Marktdefinition auseinander setzen. Sollte die TKK im Zuge dessen tatsächlich Zweifel an der Richtigkeit der vorgenommenen Marktdefinition haben, so wäre sie wohl verpflichtet, auf Basis der *konkreten* Marktdefinition *keine* ex-ante-Verpflichtungen auszusprechen - und gleichzeitig die RTR-GmbH aufzufordern, die TKMVO zu überarbeiten.

Die Mängel einer fundierten, quantitativen Auseinandersetzung mit der in der TKMVO vorgenommenen Marktdefinition werden augenscheinlich, wenn die einzelnen, zur Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen durchgeführten Verfahrensschritte im Gesamtkontext zusammengefasst werden. Denn, retrospektiv betrachtet erscheint der Weg seit dem Inkrafttreten des TKG 2003 bis hin zur (vorläufigen) Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen für den Terminierungsmarkt der Mobilfunkbetreiber in erster Linie ein auf formalen Kriterien aufgebauter zu sein:

- Die Empfehlung der EU-Kommission hinsichtlich der relevanten Produkt- und Dienstmärkte definiert ein betreiberindividuellen Mobilterminierungsmarkt.

- Die RTR-GmbH erlässt eine nationale Verordnung (TKMVO), mit der die relevanten Märkte in Österreich abgegrenzt werden. Dies allerdings, ohne selbst quantitative Marktabgrenzungen (insb. einen HM-Test) durchzuführen. In der TKMVO wird der betreiberindividuelle Mobilterminierungsmarkt als regulierungsrelevant angesehen.

- In der nachgelagerten Marktanalyse der TKK

  - wird festgestellt, dass mobilkom auf „ihrem" individuellen Terminierungsmarkt konstant über 100% Marktanteil verfügt,

  - dass die TKK von der hierdurch indizierten Marktmachtvermutung nur dann abweicht, wenn „zweifelsfrei bedeutsame Marktmachtindikatoren für effektiven Wettbewerb am Terminierungsmarkt sprechen" (S 55 des Bescheidentwurfs),

  - dass „Nachfrageelastizität" in Zusammenhang mit Monopolmärkten („kein Substitut") kein relevantes Marktanalysekriterium ist (S 56),

  - und dass Nachfrage-(Verhandlungs-)Macht nicht besteht.

In Summe scheinen die nunmehr in Aussicht genommenen Regulierungsmaßnahmen von Anfang an unausweichlich gewesen zu sein; dies insb. weil Mobilfunkterminierungsleistungen marktdefinitionsgemäß auf betreiberindividuellen Märkten erbracht werden.

Nicht nur in Hinblick auf die rechtliche Vollständigkeit sondern auch in Hinblick auf die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Regulierungsentscheidung ist insoweit eine vertiefte Auseinandersetzung mit der vorgenommenen Marktdefinition zu fordern.

Wien, am 04.10.2004

Dr. Alexander Zuser

Handlungsbevollmächtigter