

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und DI Franz Ziegelwanger als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 14.7.2014 nach Durchführung eines Konsultations- sowie eines Koordinationsverfahrens iSd §§ 128f TKG 2003 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A.1. Gemäß § 36 Abs 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass der Markt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

A.2. Der Markt umfasst das gesamte Bundesgebiet.

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

C. Lycamobile Austria Limited werden gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

C.1. Lycamobile Austria Limited hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

C.2. Lycamobile Austria Limited hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

C.3. Lycamobile Austria Limited hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 binnen 4 Wochen ab Zustellung dieses Bescheides ein Standardangebot betreffend „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ auf ihrer Unternehmenswebseite zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Lycamobile Austria Limited hat sämtliche Zusammenschaltungspartner sowie die Telekom-Control-Kommission (rtr@rtr.at) per E-Mail über die wesentlichen Inhalte von Änderungen dieses Standardangebotes spätestens zeitgleich mit der Veröffentlichung zu verständigen.

C.4. Lycamobile Austria Limited hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

C.5. Für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ gilt gemäß § 42 TKG 2003 ein maximales Entgelt pro Minute in der Höhe von Cent 0,8049.

Die angeführten Beträge sind in Cent und ohne Umsatzsteuer. Die Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 9.1.2012 wurde ein Verfahren gemäß § 36 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 idGF zu M 1/12 amtswegig eingeleitet. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 10.1.2012 mittels Edikts kundgemacht (M 1/12, ON 1).

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

„Vor dem Hintergrund der Verfahrensergebnisse zu M 1.10/12 (Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 30.9.2013) sowie dem Markteintritt der Lycamobile Austria Limited als neuer Mobil-Betreiber erteilt die Telekom-Control-Kommission den nach § 52 AVG nachstehend genannte Amtssachverständige und beauftragt sie mit der Erstellung eines wettbewerbsökonomischen Gutachtens bis längstens März 2014:

(1) Prüfung einer möglichen Abgrenzung eines Marktes für Mobil-Terminierung der Lycamobile Austria Limited nach den einschlägigen Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechtes und Prüfung dieses Marktes, inwieweit die Voraussetzungen für die Feststellung als relevanten Markt iSd § 36 TKG 2003 vorliegen.

(2) Prüfung der Voraussetzungen für die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 36 TKG 2003. Dabei sind auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die effektivem Wettbewerb gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs 2 TKG 2003 zu berücksichtigen sind.

(3) Sollten die Amtssachverständigen Wettbewerbsprobleme identifizieren, werden sie beauftragt, darzulegen, welche konkreten spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 45, § 47 oder § 47a TKG 2003 aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Es ist eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern. Sollte dabei etwa eine spezifische Verpflichtung betreffend Entgelte vorgesehen sein, werden die bestellten Amtssachverständigen beauftragt, diese Verpflichtung zu operationalisieren und gegebenenfalls die zugrunde liegenden Parameter (wie etwa Kosten) zu erheben und detailliert darzustellen.“

Zu Amtssachverständigen gemäß § 52 AVG werden bestellt: Mag. Paul Pisjak, Dr. Martin Lukanowicz, Dr. Stefan Felder, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Elisabeth Dornetshumer und DI Dubravko Jagar.“

Im März 2014 wurde auftragsgemäß ein Gutachten vorgelegt (ON 6). Mit Beschluss vom 24.03.2014 wurde das Verfahren M 1/12 mit dem auf dem im genannten Gutachten identifizierten Markt für „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ eingeschränkten Verfahrensgegenstand aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit der Verfahrensführung unter der Geschäftszahl M 1.12/12 getrennt weiter geführt.

Am 22.4.2014 fand im Verfahren M 1.12/12 eine mittels Edikts vom 25.3.2014 anberaumte mündliche Verhandlung statt.

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

Lycamobile Austria Limited („Lycamobile“), Hutchison Drei Austria GmbH („Hutchison“), UPC Telekabel Wien GmbH, UPC Austria Services GmbH, UPC Broadband GmbH, UPC Business Austria GmbH (vormals UPC Austria GmbH), UPC Telekabel-Fernsehtz Region Baden Betriebsgesellschaft mbH, UPC Telekabel Wiener Neustadt/Neunkirchen Betriebsgesellschaft mbH, UPC Oberösterreich GmbH und UPC DSL Telekom GmbH (zusammen „UPC“).

Am 5.05.2014 wurde ein Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen. Im Zeitraum 6.05. bis 20.05.2014 wurde dazu eine Konsultation iSd § 128 TKG 2003 durchgeführt.

Zum Entwurf einer Vollziehungshandlung wurde eine Stellungnahme von Tele2 Telecommunication GmbH abgegeben.

Am 2.6.2014 wurde ein (weiterer) Entwurf einer Vollziehungshandlung nach Durchführung der nationalen Konsultation beschlossen und iSd § 129 TKG 2003 koordiniert. Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 2.7.2014 ihren Beschluss mitgeteilt, keine Bemerkungen hierzu zu haben.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“

Terminierung (Anrufzustellung) in Mobilfunknetzen ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg. Ruft ein Teilnehmer einen Teilnehmer eines anderen Kommunikationsnetzbetreibers (KNB) an, wird dieser Anruf („*off-net call*“) entweder direkt (direkte Zusammenschaltung) oder indirekt über einen Transitnetzbetreiber (indirekte Zusammenschaltung) an einem vordefinierten Netzübergabepunkt (NÜP) an das Netz des gerufenen Teilnehmers übergeben und von dort an den gerufenen Teilnehmer zugestellt. Für diese Leistung verrechnet der Mobilfunknetzbetreiber ein Entgelt, das sogenannte Terminierungsentgelt.

Die Terminierungsleistung ist eine Vorleistung, da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird. Nachfrager nach Mobilterminierungsleistungen sind sowohl Festnetz- als auch andere Mobilfunknetzbetreiber bzw virtuelle Mobilfunknetzbetreiber („*Mobile Virtual Network Operator*“, MVNO) im In- und Ausland. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf der Endkundenebene abgeleitet: Jeder Teilnehmer eines Netzbetreibers benötigt zur Durchführung eines Anrufes zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob er beim gleichen oder einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – Anrufzustellung als Vorleistung.

Der die Leistung – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt wiederum dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundertarife in Rechnung. Bei diesem als „*Calling-Party-Pays-Prinzip*“ (CPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum „*Receiving-Party-Pays-Prinzip*“ (RPP) oder „*Both-Parties-Pay-Prinzip*“ (BPP) – grundsätzlich der Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs.

In Österreich (und anderen europäischen Ländern) wird dieses Prinzip von allen Betreibern angewendet. Das CPP-Prinzip ist die Ursache für das Auftreten von externen Effekten: Zum einen werden externe Effekte dadurch verursacht, dass dem gerufenen Teilnehmer idR ein Nutzen erwächst, ohne dass diesem Nutzen eine (monetäre) Gegenleistung gegenübersteht (Anrufexternalität). Zum anderen – und in diesem Zusammenhang wesentlich bedeutsamer – ist derjenige Teilnehmer, der durch seine Subskriptionsentscheidung das (Terminierungs-) Netz auswählt, nicht ident mit dem Teilnehmer, der die Terminierungsleistung in letzter Konsequenz bezahlt.

Im Zusammenhang mit einer Angebotssubstitution ist festzustellen, dass nur der Kommunikationsnetzbetreiber, bei dem der Teilnehmer angeschlossen ist, ein Gespräch an diesen Teilnehmer zustellen kann. Es kann daher keine unmittelbare Angebotssubstitution der Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer durch einen anderen Kommunikationsbetreiber stattfinden (unabhängig davon, wie hoch eine allfällige Preiserhöhung ist).

Daneben werden Terminierungsbetreiber in ihrem Preissetzungsverhalten auch nicht durch (absehbare zukünftige) Entwicklungen und technische Möglichkeiten, wie SIM-Gateways, MVNOs oder Voice over IP (VoIP) restringiert:

- MVNOs schaffen lediglich einen eigenen Monopolmarkt (es kommt allenfalls zu einer Verschiebung von Monopolrenten).
- Durch SIM-Gateways wird eine Arbitragemöglichkeit genutzt, die durch Preisdiskriminierung von On- und Off-Net-Tarifen entsteht. Da diese Arbitragemöglichkeit auf Grund der derzeit vorherrschenden Tarifmodelle (Pauschaltarife mit inkludierten Minuten bzw keine Differenzierung zwischen On- und Off-Net Tarifen) der Mobilfunkanbieter kaum mehr gegeben ist, ist nicht davon auszugehen, dass diese eine restringierende Wirkung haben. Zudem werden SIM-Gateways kaum genutzt (nur 2% der Geschäftskunden nutzen SIM-Gateways).
- Auch VoIP-Anbieter im Mobilfunk haben keinen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten der Anbieter von Mobilterminierungsleistungen; dies insbesondere aus folgenden Gründen: (1) Die Qualität von VoIP liegt hinter jener der Sprachtelefonie; (2) die Entwicklung der entsprechenden Verkehrswerte lässt nicht erkennen, dass sich tatsächlich ein Bypass der klassischen Mobiltelefonie durch VoIP abzeichnet; (3) VoIP hat derzeit den Charakter eines Komplementärdienstes zur konventionellen Sprachtelefonie; (4) ein partieller Bypass (in geringem Umfang) muss nicht notwendigerweise eine preis-restringierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte haben.

Zur Nachfragesubstitution ist zusammenfassend festzustellen, dass weder durch den Anrufer noch durch den Anrufempfänger eine hinreichende Nachfragesubstitution gegeben ist, somit wäre für den Monopolanbieter von Mobilfunkleistungen eine 5-10%ige Preiserhöhung der Terminierungsentgelte vom kompetitiven Niveau profitabel:

Im Konkreten ist hinsichtlich der Nachfragesubstitution durch den Anrufer festzustellen, dass die relevante Elastizität auf der Vorleistungsebene jedenfalls niedriger als auf der Endkundenebene ist. Bei einer für Telekommunikationsleistungen üblichen Elastizität ist daher nicht davon auszugehen, dass auf Grund der Elastizität der Endkundennachfrage (nach Gesprächen in Mobilnetze) eine permanente Preiserhöhung von Terminierungsleistungen – ausgehend vom kompetitiven Niveau – unprofitabel ist.

Bedeutsamer ist aber die Frage nach der Nachfragereaktion durch die Anrufempfänger, im Konkreten, ob die Teilnehmer nach einer Erhöhung des Terminierungsentgeltes – ausgehend vom kompetitiven Niveau – in ihr Netz und den damit verbundenen Preisanstieg für Anrufe in ihr Netz zu einem alternativen Anbieter wechseln.

Dafür müssen eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Die Preiserhöhung des Terminierungsentgeltes auf der Retail-Ebene muss entsprechend strukturell abgebildet werden und die Nutzer müssen sich dieses Preisunterschiedes bewusst sein. (2) Die Nachfrager nach Mobilfunkanschlüssen müssen dem Tarif für Anrufe in ihr Mobilnetz in Relation zu anderen Tarifen hinreichend Gewicht beimessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die einzelnen Tarife auf Grund des Wettbewerbs am Endkundenmarkt interagieren; dh eine Senkung eines Tarifs hat in der Regel eine Erhöhung eines anderen Tarifs bzw eine Reduktion der Endgerätesubventionen zur Folge. (3) Schließlich ist die Frage zu stellen, ob sich diese Preissensitivität nur auf einen kleinen Teil der Anrufe – auf geschlossene Nutzergruppen – bezieht und ob für diese preisgünstige Alternativen bestehen.

Zwar wissen viele Kunden über Preisunterschiede für Anrufe in Mobilnetze und die Kosten des Anrufs je Minute Bescheid, allerdings hat sich der Großteil bei Vertragsabschluss nicht über die Kosten der Erreichbarkeit informiert.

Für einen nicht vernachlässigbaren Teil der Privat- und Geschäftskunden stellen die Kosten der Erreichbarkeit zwar ein Entscheidungskriterium dar, allerdings zeigt sich, dass dieses Kriterium auf dem Mobilfunkmarkt im Vergleich zu anderen Kriterien, insbesondere zu den selbst zu tragenden aktiven Tarifen, eine eher unbedeutende Rolle spielt.

Dazu kommt, dass bei einer Spreizung durch hohe Mobilterminierungsentgelte für geschlossene Nutzergruppen – die letztlich für die Preissensitivität hinsichtlich der Kosten des Angerufenwerdens verantwortlich sind – die Möglichkeit besteht, hohe Entgelte für Off-Net-Anrufe zu vermeiden und durch günstigere On-Net-Anrufe zu ersetzen.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle (GMSC bzw GMSC-Server und MGW) zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon, wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz) inklusive der Zusammenschaltungsleistung, die für Kunden eines Wiederverkäufers erbracht werden (IC-Terminierung) sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (Netzinterne Terminierung). Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet dieses Marktes ist das Bundesgebiet.

Die Leistung der Terminierung ist eine Zusammenschaltungsleistung und bildet einen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt (Monopolmarkt).

Lycamobile betreibt ein öffentliches Mobiltelefonnetz, in welches terminiert wird.

Lycamobile erbringt ihre Mobildienste als MVNO und betreibt sohin selbst kein vollständiges Mobilfunknetz, sondern substituiert einen Teil desselben, nämlich das Funknetz, durch eine von einem MNO zugekaufte Vorleistung. Dies hat jedoch keine Auswirkung auf den Umstand, dass (auch) Lycamobile die Leistung der Terminierung von Sprachrufen in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz erbringt.

Lycamobile verfügt über eine Allgemeingenehmigung (vgl. „Liste der gemäß § 15 TKG 2003 angezeigten Dienste“ unter www.rtr.at) und ist seit November 2013 aktiv, hatte mit Jahresende 2013 ca 5000 Kunden und verkaufte in den Monaten November und Dezember 2013 ca 116.000 Terminierungsminuten.

2. Zur Analyse des Marktes „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“

2.1. Markteintrittsbarrieren

Im Fall der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht vorhanden. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden individuellen (Monopol-) Terminierungsmärkte, sondern konstituiert wiederum einen eigenen (Monopol-)Markt.

2.2. Marktanteile und Größenverhältnis

a. Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen sind jeweils Monopolmärkte, die Marktanteile liegen daher konstant bei 100%.

Unterschiede gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte; diese sind aber nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation.

Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte entsprechen im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt.

b. Wenig relevant sind die weiteren Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende Marktmachtindikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteile, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

2.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

Solange es keine hinreichenden Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gibt, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung nicht relevant.

Bei der Nachfrage nach Mobilterminierung auf der Vorleistungsebene handelt es sich um eine direkt von der Endkundennachfrage nach Gesprächen in Mobilnetze abgeleitete Nachfrage und die Elastizität auf der Vorleistungsebene ist geringer, jedenfalls aber nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfrage nach Anrufen in Mobilnetze. Bei einer für Telekommunikationsmärkte üblichen Elastizität der Endkundennachfrage kann ausgeschlossen werden, dass die Nachfrage nach Mobilterminierung hinreichend elastisch ist, um einen Monopolanbieter von Terminierungsleistungen in seinem Preissetzungsverhalten zu restringieren.

2.4. Preissetzung, Bündelung und internationale Preisvergleiche

a. Die Mobilfunkterminierungsleistung wird in Österreich mit 1999 beginnend reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „*Marktverhalten*“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter, wie Preissetzung oder Bündelung, weitgehend entzogen, sodass deren Analyse auf Basis einer *ex-post-Betrachtung* lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen zu Tag fördern würde.

Senkungen der Mobilterminierungsentgelte wurden in der Regel regulatorisch angeordnet, lediglich in wenigen Fällen wurde eine Senkung freiwillig vorgenommen.

b. Die durchschnittlichen österreichischen Terminierungsentgelte liegen in einem europäischen Vergleich im unteren Bereich.

c. Lycamobile verrechnet derzeit für ihre Terminierungsleistungen das mit Bescheiden vom 30.9.2013 (M 1.10/12) für andere Mobilbetreiber festgelegte (maximale) Entgelt in der Höhe von Cent 0,8049 pro Minute. Dies kann auf eine Vorwegnahme einer erwarteten Regulierungsaufgabe oder auf eine spezifische Ausgestaltung des Vorleistungsvertrags für den MVNO-Zugang zurückgeführt werden, bedeutet jedoch aus ökonomischer Sicht nicht, dass Lycamobile keine Marktmacht hat und diese auch in Zukunft – vor allem gegenüber anderen Unternehmen als ihrem Gastnetz-Betreiber – nicht ausüben könnte.

2.5. Nachfrageseitige Gegenmacht

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

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

Die nachfrageseitige Gegenmacht auf Mobilterminierungsmärkten kann sowohl auf Endkunden- (eigene Kunden, Fremdkunden) als auch auf Vorleistungsebene untersucht

werden: Die Anreize, Verhandlungsmacht auszuüben, hängen davon ab, wie sehr Betreiber durch Zahlung niedrigerer Terminierungsentgelte ihre Gewinne erhöhen können. So wird der Anreiz grundsätzlich sehr hoch sein, wenn es möglich ist, eine unilaterale Senkung der Terminierungsentgelte durchzusetzen, da dies die eigenen Kosten senkt und gleichzeitig der Umsatz der Mitbewerber reduziert wird. Löst eine Absenkung des Terminierungsentgelts eines anderen Betreibers demgegenüber auch Druck auf die eigenen Terminierungsentgelte aus, wird der Anreiz entsprechend geringer sein, da durch den Druck auf Absenkung der Terminierungsentgelte des Mitbewerbers auch die Gefahr besteht, eine Abwärtsspirale bei den eigenen Terminierungsentgelten einzuleiten.

Der „*Modified Greenfield Approach*“, in dessen Rahmen existierende Regulierungen auf anderen Märkten berücksichtigt werden, ist bei der Bewertung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf der Vorleistungsebene zu berücksichtigen, um die Marktsituation im tatsächlich relevanten wirtschaftlichen Kontext zu analysieren. Folglich sind auch die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden zur Streitschlichtungen sowie die Regulierung auf anderen Märkten (insbesondere hinsichtlich der Festnetz-Terminierung) zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Nachfragemacht von Nachfragern auf der Vorleistungsebene ist festzustellen, dass lediglich große Betreiber mit eigenen Teilnehmern (insbesondere große Mobilfunkbetreiber) gegenüber sehr kleinen Mobilbetreibern bzw Neueinsteigern über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen verfügen, nämlich die Zusammenschaltung zu verweigern, zu verzögern oder prohibitiv hohe Preise zu verrechnen. Allerdings ist vor dem Hintergrund der spezifischen Marktsituation nicht zu erwarten, dass selbst ein kleinerer Mobilfunkbetreiber durch Verhandlungsmacht in seinem Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird: Erstens haben auch die kleineren aktiven Mobilbetreiber bereits eine bestimmte Größe überschritten, sodass sich Nachfragemacht allenfalls auf zukünftige Neueinsteiger beschränkt. Zweitens abstrahiert diese Analyse von allfälligen regulatorischen Verpflichtungen. Die in Frage kommenden großen Nachfrager (A1 Telekom und T-Mobile) können allenfalls und nur dann Nachfragemacht ausüben, wenn sie ihrerseits keiner Regulierung unterworfen sind. Sollten die großen Anbieter – die ihrerseits jedenfalls keinem Nachfragedruck ausgesetzt sind – einer Regulierung unterworfen werden, verlieren sie ihre Nachfragemacht gegenüber kleinen Mobilbetreibern. Drittens ist in jener Anbieter-Nachfrager-Konstellation, in welcher der Nachfragedruck potenziell am stärksten wäre, nämlich im Verhältnis eines großen Mobilbetreibers zu einem sehr kleinen Mobilbetreiber, insbesondere aber Marktneueinsteiger, auch der Foreclosure-Anreiz maximal, sodass die Gefahr besteht, dass große Mobilbetreiber ihre Nachfragemacht eher dahingehend nutzen werden, den Markt für den Neueinsteiger gänzlich zu verschließen (und nicht kosteneffiziente Entgelte durchzusetzen).

Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten bzw der Verbundenheit von Unternehmen ändert an diesem Bild nichts. Bezüglich Multimarketkontakte besteht schon deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen (im Sinn von „*outside options*“) gibt. Überdies ist nicht plausibel, warum die Marktmacht auf anderen Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte. Für verbundene Unternehmen und ihre Möglichkeit, den Druck in der Verhandlungssituation zu verstärken, gilt Analoges, wobei hinzukommt, dass der Anreiz, Druck auszuüben insbesondere dann gering sein wird, wenn damit die Gefahr einhergeht, dass in Folge auch der verbundene Mobilnetzbetreiber seine Terminierungsentgelte absenken müsste. Selbst wenn man unterstellt, dass ein Mobilnetzbetreiber auf Druck seines Verhandlungspartners ggf bereit wäre, seine Terminierungsentgelte abzusenken, müsste er dabei auch hinnehmen, dass dieses Ergebnis ggf auch anderen (allen) Unternehmen zugute kommen könnte (Arbitragegeschäfte), wodurch sich der Anreiz bei Terminierungsentgelten nachzugeben deutlich reduziert.

Schließlich bestätigen auch die Terminierungsbilanzen (Verkehrssalden zwischen Mobilnetzen) das gewonnene Bild: Ein Betreiber mit einem Verkehrsüberschuss (net-inflow) hat keinen Anreiz, Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis anzubieten, da damit ein (Access) Überschuss erzielt und die Kosten des Mitbewerbers erhöht (und so seine wettbewerbliche Position geschwächt) werden können.

Umgekehrt hat aber auch ein Betreiber mit einem Terminierungsbilanzdefizit keinen Anreiz, seine Terminierungsentgelte (einseitig) zu senken, da dies seine eigene Position schwächt und die des Wettbewerbers stärkt (geringere Vorleistungskosten). Nur im Fall ausgeglichener Terminierungsbilanzen besteht unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit, dass eine Verhandlungslösung zu einem an den Kosten orientierten reziproken Preis für die jeweilige Terminierungsleistung führt. Wäre eine solche Situation gegeben, so wäre sie freilich nicht als Ergebnis nachfrageseitiger Gegenmacht anzusehen, sondern lediglich auf einen Gleichklang der Interessen zurückzuführen. Die dafür notwendigen Voraussetzungen sind schwer zu erzielen (Gefahr von Arbitrage, wenn ggf Dritten höhere Preise verrechnet werden) bzw können diese ggf auch negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt haben (Einschränkung in der Tarifflexibilität). Jedenfalls aber beeinflusst der Verkehrssaldo aus Terminierungsleistungen Strategie und Interesse in den Entgeltverhandlungen.

Endkundenmarktanteile sind für die Analyse von Marktmacht auf der Vorleistungsebene insofern relevant, als ein Neueinsteiger der Gefahr der Marktabschottung ausgesetzt sein kann und so eine gewisse nachfrageseitige Gegenmacht besteht. Dies gilt allerdings nur für den sehr engen Zeitraum des Markteintritts und wird vor allem für Unternehmen mit geringeren „*sunk costs*“ (etwa MVNOs) relevant sein. Weiterreichende Auswirkungen für die Beurteilung der Marktmacht auf dem Mobilterminierungsmarkt ergeben sich aus den Endkundenmarktanteilen nur insofern, als ein späterer Markteintrittszeitpunkt auch Auswirkungen auf die Kundenstruktur und damit die Verkehrsmuster haben wird (und so letztlich die Terminierungsbilanz beeinflusst).

Hinsichtlich der Nachfragemacht auf der Endkundenebene ist festzustellen, dass der Angerufene die – im Zusammenhang mit Nachfragemacht – wohl wesentlichste Option zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen zur Hand hätte, nämlich zu einem anderen Netzbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten zu wechseln. Selbst sehr großen Unternehmen bzw Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) ist es aber nicht möglich, niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen, da für den Mobilbetreiber die Nettobilanz einer solchen Absenkung jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch die Originierungsbetreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und es für den Nachfrager wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver ist, alternative Lösungen zur Umgehung zu finden (On-Net-Tarife bei Spreizung der Entgelte, tariffreie Rufnummer, mobile Nebenstellenanlage, ...). Der Anrufer auf der Endkundenebene wiederum hat weder Alternativen (er kann das Gespräch zu einem bestimmten Teilnehmer nicht durch einen anderen Anruf in ein anderes Netz substituieren) noch kann und wird der Terminierungsnetzbetreiber mit ihm über Terminierungsentgelte verhandeln. Im Ergebnis heißt das, dass auch die Endkunden über keine Nachfragemacht verfügen.

2.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

(1) Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.

(2) Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* bezeichnete Tarifsystem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet), trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten wird ein Anbieter von Mobilterminierungsleistungen weder durch den Anrufer noch durch den Angerufenen in seinem Preissetzungsverhalten hinreichend restringiert und hat einen (Monopol-) Preisspielraum. Der Anrufer kann das Gespräch (zu einem bestimmten Teilnehmer) nicht durch einen Anruf zu einem anderen Mobilfunkbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten ersetzen. Es kann daher keine Substitution von einem Mobilfunknetz in ein anderes stattfinden. Folglich ist der Anbieter von Terminierungsleistungen mit einer relativ inelastischen (Residual-)Nachfrage konfrontiert. Diese ist jedenfalls nicht höher als die Elastizität der Endkundennachfrage nach Anrufen in Mobilnetze. Der Angerufene könnte zwar potenziell mehr Preisdruck ausüben, weil er im Rahmen der Subskriptionsentscheidung die Wahl zwischen Betreibern mit unterschiedlich hohen Terminierungsentgelten hätte. Es mag auch einen (möglicherweise sogar nicht vernachlässigbaren) Teil der Mobilfunkteilnehmer geben, für die die Kosten der Erreichbarkeit ein Entscheidungskriterium für die Netzauswahl darstellt, allerdings spielt das Kriterium der günstigen Erreichbarkeit im Vergleich zu anderen Kriterien, insbesondere aber zu den aktiv zu tragenden Kosten eine untergeordnete Rolle. Damit schlägt sich dieses Entscheidungskriterium nicht in einer hohen firmenspezifischen Elastizität der Nachfrage nach Subskriptionen. Dies vor allem auch deswegen, weil die Kosten angerufen zu werden, einer von vielen miteinander interagierenden Wettbewerbsparametern ist und eine Senkung der Terminierungsentgelte zumindest teilweise durch eine Erhöhung von – vom Teilnehmer selbst zu tragenden – Entgelten kompensiert werden muss.

Es ist eine *ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden („*Greenfield-Ansatz*“): Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, dh es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde.

Die Anreizstrukturen sind bei der Zusammenschaltung von Mobilbetreibern (Mobil-Mobil-Zusammenschaltung) andere als zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern (Fest-Mobil-Zusammenschaltung):

2.6.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

Es existieren Substitutionsprozesse zwischen Festnetz- und Mobilnetztelefonie, jedoch gibt es nicht im selben Maß Wettbewerb zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern wie zwischen Mobilbetreibern. Daneben ist festzuhalten, dass auch Festnetzterminierungsleistungen einer Preisregulierung unterliegen (vgl Bescheide zu M 1.8/12).

Der wesentlichste Anreiz für die Preissetzung der Terminierung resultiert aus dem Kalkül, die Margen der Terminierungsleistung zu maximieren. Ein profitmaximierender Mobilnetzbetreiber wird die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises setzen und zwar unabhängig davon, wie kompetitiv der Mobilfunkendkundenmarkt ist. In einem kompetitiven Mobilfunkendkundenmarkt, wie er in Österreich derzeit gegeben ist, werden die durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte erwirtschafteten Margen (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subvention von Endgeräten, ...) verwendet.

Ein Mobilfunkbetreiber, der die Terminierungsentgelte über die Kosten der Terminierung anhebt, erhöht die Profitabilität pro Teilnehmer, ohne aber (wegen des Calling-Party-Pays-Prinzips) Gefahr zu laufen, Teilnehmer an den Mitbewerber zu verlieren.

Mit steigendem Deckungsbeitrag je Teilnehmer steigt – falls der Endkundenmarkt kompetitiv ist – aber auch der Wettbewerb um die Teilnehmer (der *trade-off* einer Preisänderung zwischen Deckungsbeitrag je Teilnehmer und Absatzmenge verschiebt sich). Dies hat wiederum zur Folge, dass die für den Angerufenen relevanten Entgelte (Grundentgelte, Kosten des Endgeräts) gesenkt (oder die Marketingausgaben ausgedehnt) werden.

Das zwingt die Mitbewerber in ähnlicher Weise zu reagieren. Der Prozess endet dort, wo der Deckungsbeitrag aus den Terminierungsentgelten maximal ist, nämlich beim Monopolpreis der Residualnachfrage (dh der betreiberindividuellen Marktnachfrage auf der Vorleistungsebene).

Unter bestimmten Voraussetzungen haben – insbesondere kleinere – Netzbetreiber sogar einen Anreiz, Entgelte über dem Monopolpreis zu setzen: Wenn nämlich die Festnetzbetreiber ihrerseits Unterschiede in den Terminierungsentgelten nicht in den Endkundertarifstrukturen abbilden bzw die Endkunden nicht preissensitiv in Bezug auf Anrufe in unterschiedlich „teure“ Mobilfunknetze reagieren (können). In diesen Fällen treffen die Konsumenten (Festnetzteilnehmer) ihre Mengenentscheidung auf Basis eines (wahrgenommenen) „Durchschnittspreises für Anrufe in Mobilnetze“. Damit ist aber die Verbindung zwischen Terminierungsentgelt und nachgefragter Menge gebrochen und insbesondere kleinere Betreiber haben den zusätzlichen Anreiz, hohe – sogar über den Monopolpreis hinausgehende – Entgelte zu setzen („*Free-rider-Problem*“). Würde ein Mobilbetreiber unter solchen Voraussetzungen sein Terminierungsentgelt senken, hätte dies zur Folge, dass die Mitbewerber von der Preissenkung profitieren, ohne selbst ihre Preise zu verändern. Dies deswegen weil die Gesamtnachfrage nach Anrufen in Mobilnetze auf Grund der Senkung des („wahrgenommenen“) Durchschnittstarifs leicht steigt und die Mitbewerber von dieser Mengenausweitung profitieren, ohne selbst aber ihre Tarife verändert zu haben. Diese „negative Externalität“ schafft einen Anreiz, Preise zu setzen, die sogar über dem (fiktiven) „Monopolpreis“ liegen.

Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur eines Festnetzbetreibers haben, führen überhöhte Terminierungsentgelte zu überhöhten Preisen für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze. Wesentlich dabei ist, dass die damit verbundenen allokativen Verzerrungen (Wohlfahrtsverluste) auch auftreten, wenn der Wettbewerb am Mobilfunkendkundenmarkt intensiv ist und die Margen im Wettbewerb um Endkunden verzehrt werden. Auch wenn die Mobilfunkteilnehmer von diesen Subventionen (von Festnetzteilnehmern) profitieren, ist der damit verbundene positive Effekt geringer als die negativen Wohlfahrtseffekte bedingt durch die allokativen Verzerrungen von Anrufen aus dem Festnetz ins Mobilnetz.

Es ist also aus ökonomischer Sicht zu erwarten, dass der unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten optimale (Benchmark-)Preis für Mobilterminierung (auch bei Berücksichtigung von Netzwerkexternalitäten und Ramsey-Pricing) niedriger ist, als das Terminierungsentgelt, das ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber setzen würde.

Aus ökonomischer Sicht wird sohin ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber unabhängig von seiner Netzwerkgröße die Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz zumindest auf das Niveau des Monopolpreises setzen. Dadurch kommt es zu allokativen Verzerrungen, durch die Wohlfahrtsverluste entstehen (primär für Konsumenten), da sich ein Marktergebnis mit zu hohen Preisen (für *Off-Net*-Anrufe in Mobilnetze) und zu geringen Mengen einstellt. Die Margen (aus der Terminierung) werden gegenwärtig (zumindest teilweise) im Wettbewerb um Endkunden (Subventionierung von Endgeräten und Endkundertarifen, etc) verzehrt. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht die

(insgesamt erwirtschafteten) „Übergewinne“ (Preise über Kosten) von Mobilbetreibern, sondern die Marktverzerrungen (Wohlfahrtsverluste) im Zusammenhang mit Gesprächen von Fest- in Mobilnetze bzw die Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzteilnehmer.

2.6.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung

Im Gegensatz zur Fest-Mobil-Zusammenschaltung sind die Zusammenschaltungspartner der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung unmittelbare Konkurrenten am (Mobilfunk-) Endkundenmarkt. Das verändert die Anreizstruktur der Unternehmen insofern, als (1) Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument für den Endkundenmarkt eingesetzt werden könnten, (2) Terminierungsentgelte als Instrument für *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleineren (neu in den Markt eingetretenen) Betreibern eingesetzt werden könnten, (3) unter bestimmten Voraussetzungen effiziente Terminierungsentgelte zwischen Betreibern verhandelt werden könnten.

Ad (1): Da die Terminierungsentgelte wechselseitig die (wahrgenommenen durchschnittlichen Grenz-)Kosten erhöhen, könnten sie als Instrument zur Stabilisierung eines kollusiven Marktergebnisses am Endkundenmarkt eingesetzt werden und damit einen zusätzlichen Grund für eine regulatorische Intervention darstellen. Dies ist nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich. Für den österreichischen Mobilfunkmarkt ist eine durch überhöhte Terminierungsentgelte verursachte Kollusion sehr unwahrscheinlich. Zum einen kommen Preismodelle zur Anwendung, die den kollusiven Effekt von Terminierungsentgelten unterlaufen (wie Flat Rates, Endgerätesubventionen), zum anderen sprechen die gegenwärtige Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt und die (noch bestehenden) Interessensunterschiede zwischen einzelnen Mobilbetreibern hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte tendenziell dagegen.

Ad (2): Auf einem entwickelten Wettbewerbsmarkt mit etablierten Betreibern, die alle über einen entsprechenden Kundenstamm verfügen, haben im Normalfall beide Zusammenschaltungspartner auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten ein Interesse daran, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu ermöglichen. Es ist also davon auszugehen, dass die Zusammenschaltung auch in Abwesenheit von Regulierung (bzw Regulierungsandrohung) gewährleistet ist. Anders zu bewerten ist die Zusammenschaltung von großen etablierten Betreibern mit „kleinen“ Betreibern, insbesondere aber Marktneueinsteigern. Für große Betreiber überwiegen die Vorteile einer Nichtkooperation (geringerer Wettbewerb auf der Endkundenebene) deren allfällige Nachteile (einige wenige Teilnehmer sind nicht erreichbar). Neben nichtpreislichen Mechanismen (Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen, inferiorer Produktqualität, etc) können – insbesondere wenn es eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung gibt, die Preise allerdings frei gesetzt werden können – dabei (prohibitiv) hohe Zugangspreise bzw die Praktizierung von *Margin Squeeze* eine zentrale Rolle spielen: Erstens bestimmen Terminierungsentgelte die Kosten für *Off-Net-Calls*, was einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für einen kleinen Betreiber darstellt, der fast 100% der Anrufe als *Off-Net-Calls* abwickeln muss. Dieser *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte führt dazu, dass ein kleiner Betreiber (im Falle überhöhter Terminierungsentgelte) mit wesentlich höheren durchschnittlichen Grenzkosten konfrontiert ist, als große etablierte Betreiber mit einem hohen Anteil an netzinternen Anrufen. Hinzu kommt die (aus überhöhten Terminierungsentgelten subventionierte) Diskriminierung zwischen *On-Net-* und *Off-Net-Anrufen*. Durch günstigere *On-net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, die das Netz eines kleineren Betreibers unattraktiv machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Drittens ist ein Marktneuling in der Eintrittsphase (nicht zuletzt auf Grund der ausgeprägten Größenvorteile im Mobilfunk) gezwungen, attraktivere Tarife anzubieten, um seine Mengen zu erhöhen bzw Marktanteile auszubauen. Dies induziert (in der Regel) einen (größeren) Netto-*Outflow* an Terminierungsminuten, was

wiederum heißt, dass der Betreiber im Fall überhöhter Terminierungsentgelte mit einem Access-Defizit konfrontiert ist. Viertens ist nicht davon auszugehen, dass sich in einem regulierungsfreien Umfeld reziproke Terminierungsentgelte einstellen würden.

Grundsätzlich hat jedes Unternehmen einen Anreiz, die eigenen Terminierungsentgelte möglichst hoch zu setzen, gleichzeitig aber Terminierung zu möglichst geringen Preisen einzukaufen. In einem unregulierten Umfeld würde ein großer Betreiber gegenüber einem kleinen Betreiber bzw. Neueinsteiger auf Grund seiner Verhandlungsmacht höhere Entgelte durchsetzen können, was zur Folge hätte, dass sich die oben ausgeführten Kosten- und Nachfrage-Nachteile noch verstärken würden. Unregulierte Terminierungsentgelte sind ein perfektes Vehikel, um den Markteintritt von Konkurrenten zu behindern bzw. zu verhindern und somit Marktmacht auf die Endkundenebene zu übertragen. Bei einer freien Preisgestaltung der Terminierungsentgelte hätte ein M(V)NO kaum erfolgreich in den Markt eintreten können.

Ad (3): Unter bestimmten Umständen sind Mobilfunkbetreiber indifferent in Bezug auf die wechselseitigen (reziproken) Terminierungsentgelte. Dies ist tendenziell dann der Fall, wenn die Unternehmen ziemlich symmetrisch (zB in den Kosten) und ähnlich groß sind (keinen *Foreclosure-Anreiz* haben), der Verkehr zwischen ihnen symmetrisch ist und die Kollusions-Anreize gering sind. In solchen Fällen können (müssen aber nicht) Verhandlungen zu effizienten Terminierungsentgelten führen. Allerdings dürften die Betreiber (auf Grund der Profitneutralität) in diesem Fall auch keine Einwände gegen ein gegebenenfalls regulatorisch festgesetztes (reziprokes) Terminierungsentgelt haben. Gleichzeitig würden in einer unregulierten Situation (mögliche) Arbitragegeschäfte jedoch das Potenzial für Preisdifferenzen zwischen Mobil-Mobil- und Fest-Mobil-Terminierungsentgelten stark einschränken. Im Zweifelsfall würden die Mobilbetreiber zur Sicherung der Margen aus überhöhten Fest-Mobil-Terminierungsentgelten die Mobil-Mobil-Terminierungsentgelte an den Fest-Mobil-Terminierungsentgelten ausrichten. Es ist daher insgesamt davon auszugehen, dass die Mobilbetreiber bei freier Preissetzung keine kostengerechten Terminierungsentgelte vereinbaren würden.

2.6.3. Preisdiskriminierung *On-Net-/Off-Net-Anrufe*

Telekommunikationsnetze sind durch ausgeprägte Netzwerkexternalitäten gekennzeichnet. Je mehr Teilnehmer ein Netzwerk hat, desto interessanter ist es. Durch Zusammenschaltung werden diese Netzwerkeffekte (teils) neutralisiert; unabhängig davon für welchen Betreiber sich ein Nutzer entscheidet, kann er trotzdem jeden Teilnehmer erreichen. Ohne Netzzusammenschaltung würde langfristig vermutlich nur ein Netz bestehen können. In diesem Sinne ist Zusammenschaltung eine notwendige Voraussetzung, um langfristig tragfähigen Wettbewerb zu gewährleisten. Durch Preisdiskriminierung zwischen On- und Off-Net-Anrufen werden Netzwerkexternalitäten (teilweise) reaktiviert. Durch günstigere On- als Off-Net-Tarife entstehen preisinduzierte Netzwerkexternalitäten („tariffmediated network externalities“), die das Netzwerk eines kleineren Betreibers (tendenziell) unattraktiver machen, weil es für Konsumenten preislich attraktiver ist, Teilnehmer eines großen Netzes zu sein. Preisdiskriminierung zwischen On- und Off-Net-Anrufen ist primär ein Wettbewerbsinstrument und lässt sich weder durch Kostenunterschiede noch durch Ramsey Pricing erklären. Aus wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten hat die Differenzierung in On- und Off-Net-Anrufen in dem in der Vergangenheit – unter hohen Terminierungsentgelten – beobachteten Ausmaß keinen unmittelbaren Nutzen. Erhebliche Unterschiede zwischen On- und Off-Net-Tarifen können aber – insbesondere bei asymmetrischen Marktanteilen – „Club-Effekte“ (neue Teilnehmer präferieren große Netze) induzieren und negative Auswirkungen auf die Entwicklung des Wettbewerbs haben.

Um Nachfragenachteile durch preisinduzierte Netzwerkexternalitäten zu kompensieren, muss ein kleiner Betreiber entsprechende Tarifpakete schnüren. Dies ist aber umso

schwerer möglich, je höher die Kosten für netzexterne Anrufe – dh die Terminierungsentgelte – sind. Gerade kleine Betreiber sind auf Grund eines hohen Anteils netzexterner Anrufe vom *Raise-each-others-cost*-Effekt überhöhter Terminierungsentgelte betroffen. Damit laufen kleine Betreiber Gefahr, einem Margin Squeeze ausgesetzt zu sein. Überhöhte Terminierungsentgelte in Verbindung mit On-Net-/Off-Net-Preisdiskriminierung sind ein Instrument, um Marktmacht von der Vorleistungsebene auf den Mobilfunkendkundenmarkt zu übertragen. Augenscheinlich wird der Margin Squeeze, wenn die Terminierungsentgelte, die sich ein Mobilbetreiber für netzinterne Anrufe selbst verrechnet (=implizite Terminierungsentgelte) in Relation zu Terminierungsentgelten, die andere Betreiber zu zahlen haben, gesetzt werden. Je deutlicher das Gefälle zwischen den impliziten Terminierungsentgelten von netzinternen Tarifen und den externen Terminierungsentgelten ausfällt, desto größer ist das Leveraging-Potenzial. Die Übertragung von Marktmacht beschränkt sich dabei nicht nur auf den Mobilfunkendkundenmarkt. Insofern es Überschneidungen in den Geschäftsbereichen zwischen Festnetz- und Mobilnetzbetreibern gibt, kann es dadurch auch zur Übertragung von Marktmacht in die Festnetzmärkte (bzw konvergente Märkte) kommen, indem Gespräche zu Festnetzen durch netzinterne Gespräche (zB SIM-Gateways, VPNs) substituiert werden und indem die speziell konstruierten On-Net-Tarife bewirken, dass Gruppen, die viel Verkehr untereinander abwickeln, geschlossen zu einem Mobilbetreiber wechseln.

Zwischen den Terminierungsentgelten und der On-Net-/Off-Net-Preisdiskriminierung besteht ein direkter Zusammenhang: Je höher die Terminierungsentgelte sind, die anderen Betreibern verrechnet werden, desto stärker ist das Gefälle zwischen netzinternen und netzexternen Anrufen (bzw zwischen impliziten und externen Terminierungsentgelten). Umgekehrt, je näher die Terminierungsentgelte an den Kosten sind, desto geringer ist das Potenzial für On-Net-/Off-Net-Diskriminierung und desto näher sind die impliziten Terminierungsentgelte an den extern verrechneten Terminierungsentgelten. Nicht nur, dass mit den Terminierungsentgelten die Tarife für Off-Net-Anrufe sinken und sich diese an die On-Net-Tarife annähern, es wird auch das Quersubventionierungspotenzial für On-Net-Tarife reduziert.

In früheren Verfahren wurden am österreichischen Markt deutliche Unterschiede zwischen den Terminierungsentgelten, die für Gespräche aus anderen Netzen in Mobilnetze zu zahlen sind, und den impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne Gespräche festgestellt. In den letzten Jahren war allerdings eine Trendwende erkennbar und mittlerweile bieten die Betreiber fast ausschließlich Tarife an, bei denen es keine Unterscheidung zwischen On-Net- und Off-Net-Anrufen mehr gibt. Diese Entwicklung kann auf die Senkung der Terminierungsentgelte und der damit verbundenen Reduktion der Kosten für netzexterne Anrufe sowie der Reduktion des Subventionierungspotenzials für On-Net-Tarife zurückgeführt werden.

2.6.4. Mobil-Festnetz-Konvergenz

Es gibt eine Reihe von überschneidenden Geschäftsfeldern zwischen Mobil- und Festnetzleistungen:

Zum einen gibt es eine Nachfrage nach komplementären Mobil- und Festnetzleistungen. Ein Betreiber, der beide Leistungen im Bündel anbietet, hat einen Vorteil gegenüber Anbietern, die nur eine der beiden Leistungen anbieten. Zum anderen gibt es eine zunehmende Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen: starke Rückgänge bei Festnetzgesprächen bei gleichzeitiger Zunahme der Mobilnetzgespräche.

Vor diesem Hintergrund haben überhöhte Fest-Mobil-Terminierungsentgelte neben den oben beschriebenen allokativen Verzerrungen eine Reihe weiterer negativer Effekte:

- Überhöhte (über den Kosten liegende) Fest-Mobil-Terminierungsentgelte verstärken/beschleunigen die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte Fest-Mobil-Terminierungsentgelte ändert die Preisrelationen zwischen Festnetz- und Mobilfunkleistungen. Dies hat zur Folge, dass Festnetzleistungen – in einem von der Grenzrate der Substitution abhängigen Ausmaß – durch relativ billiger gewordene Mobilfunkleistungen substituiert werden. Preisinduzierte Netzwerkexternalitäten, die durch ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *On-Net-Gespräche* und jenen für *Off-Net-Gespräche* verursacht werden, verstärken diesen Effekt noch.
- Das Quersubventionierungspotenzial durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte kann und wird von Mobilfunkbetreibern genutzt, um spezifische Produkte zu schnüren, die es ihnen erlauben, in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Mit Produkten, wie „mobile Nebenstellenanlage“, versuchen die Mobilfunkbetreiber für bestimmte Zielgruppen ein dem Festnetz ähnliches Produkt anzubieten. Ein wichtiges Element dabei ist, dass die Nutzer (in diesem Fall Mitarbeiter eines Unternehmens) mobil unter einer geografischen Rufnummer erreichbar sind. Dafür verzichten die Mobilfunkbetreiber auf das höhere Mobilterminierungsentgelt. Es handelt sich um ein Geschäftsmodell, das sich (insbesondere) dann rechnet, wenn die Differenz aus Fest- und Mobilterminierungsentgelten mittels überhöhten Fest-Mobil-Mobilterminierungsentgelten (dh durch das Festnetz) subventioniert werden kann.
- In Bereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im direkten Wettbewerb zueinander stehen, wie zB bei komplementären Festnetz- und Mobilfunkdiensten (*Virtual-Private-Networks, etc*), werden durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte die Wettbewerbschancen (*level playing field*) von Festnetzbetreibern gegenüber Mobilfunkbetreiber erheblich verschlechtert.

Ein Beispiel für einen komplementären Festnetz-Mobilfunkdienst ist die Anrufweiterleitung von einer geografischen Rufnummer (ortsfester Netzabschlusspunkt) zu einer Mobilnummer. Um einen solchen Dienst kostendeckend anzubieten, muss ein Betreiber einen Retail-Preis in Rechnung stellen, der die Lücke zwischen Fest- und Mobilterminierung deckt. Wenn nun ein Mobilbetreiber diesen Dienst zu einem Preis anbietet, der seine Kosten (annähernd) deckt, ist der Festnetzbetreiber bei überhöhten Mobil-Terminierungsentgelten (und so lange diese Entgelte nicht auf der Höhe der langfristigen Grenzkosten liegen) mit einem Margin Squeeze konfrontiert.

2.7. Schlussfolgerung

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

2.8. Potentielle Wettbewerbsprobleme

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Lycamobile werden für den Fall der Nicht-Regulierung identifiziert:

- (1) Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer.

(2) Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Anrufen (verzerrte Preisstrukturen).

(3) Derzeit von geringerer Relevanz auf Grund der momentanen Marktposition der Lycamobile: Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs). Diese können sowohl durch nichtpreisliche Taktiken, wie Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen oder inferiore Qualität erfolgen, wie auch durch preisliche Taktiken, wie überhöhte Terminierungsentgelte sowie starke Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Gesprächen (Praktizierung von Margin Squeeze). Damit in Zusammenhang stehend ist die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene.

(4) Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden (Fest-Mobil-Konvergenz, Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen). Daraus resultiert die Gefahr der Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte bzw die Gefahr von Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern.

3. Zu den spezifischen Verpflichtungen

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

3.1. Transparenzverpflichtung

Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, die vertikale Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) zu verbessern und damit Transaktionskosten (zB Suchkosten) zu senken bzw den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren. Nur wenn die Nachfrager der (Vor-) Leistung hinreichend über alternative Angebote (Preise) informiert sind, können Wettbewerbskräfte wirksam werden.

Die wettbewerbsfördernde Wirkung einer Stärkung der Markttransparenz lässt sich aber nicht nur auf den Parameter Preis reduzieren. Insbesondere dann, wenn eine Zugangspreisregulierung existiert und Unternehmen einen Anreiz haben, auf „nichtpreisliche“ Aktionsparameter auszuweichen, kann die Transparenzverpflichtung in Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen, wie zB der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebot), ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren.

Hinsichtlich der Effektivität ist festzustellen, dass eine Transparenzverpflichtung (alleine) keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktmächtigen Unternehmens – insbesondere auf den Preis – hat. Eine Transparenzverpflichtung (auf der Vorleistungsebene) alleine ist daher nicht geeignet, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen (insbesondere dem Problem überhöhter Preise) zu begegnen.

Vor diesem Hintergrund ist die Transparenzverpflichtung primär als Hilfsmittel für andere Verpflichtungen zu sehen. Für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist dabei vor allem die Unterstützung der Gleichbehandlungsverpflichtung. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichende Informationen auf einfachem Weg (wie etwa über eine Webseite) über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.

3.2. Verpflichtung zur getrennten Buchführung

Das Instrument der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen.

Getrennte Buchführung alleine, wie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung, ist nicht geeignet, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, da diese Verpflichtung keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktmächtigen Unternehmens auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt hat.

3.3. Verpflichtung zu Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

Mit einer Zugangsverpflichtung kann die Verweigerung des Zugangs/der Zusammenschaltung („*denial of access*“) verhindert werden; weiters können Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung (das Vorleistungsprodukt) spezifiziert werden, wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert.

Die Zugangsverpflichtung ist ein wirksames Instrument, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern.

Eine solche Verpflichtung ist wegen der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung – die Sicherstellung der „Any-to-any-Erreichbarkeit“ – als verhältnismäßig zu betrachten. Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen – nicht zuletzt auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten (positive Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen für den einzelnen Konsumenten mit der Größe des Netzwerks steigt) – klar die Effizienzgewinne durch Interoperabilität. Zu den Effizienzgewinnen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen (Netzwerkexternalitäten) die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (zB Endgeräteproduktion), Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

Bei Vorliegen hoher Netzwerkeffekte, wie das im Bereich der Telekommunikation der Fall ist, ist in der Regel davon auszugehen, dass alle Betreiber ein Interesse daran haben, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen, allerdings kann Nichtkompatibilität (dh die Verweigerung der Zusammenschaltung) auch als strategisches Instrument zur Beschränkung von Wettbewerb gegenüber kleineren, neu in den Markt eintretenden Betreibern (zB MVNOs) eingesetzt werden (Gefahr von *Foreclosure*-Strategien). Solche *Foreclosure*-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc erfolgen.

Wie bereits festgestellt, hat das marktmächtige Unternehmen einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangsverpflichtung und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktmächtige Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („*raise rival's cost*“).

Eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung beschränkt sich allerdings auf „nichtpreisliche“ Aspekte. Damit aber ist diese Verpflichtung alleine – analog zur Transparenzverpflichtung –

bzw im Zusammenspiel mit den genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung) nicht geeignet, alle identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

3.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient dazu, die Diskriminierung zwischen unterschiedlichen Abnehmern einer Leistung zu verhindern. Zu unterscheiden ist zwischen einer Diskriminierung in Bezug auf den Parameter Preis (Preisdiskriminierung) und Diskriminierung in Bezug auf andere Parameter als den Preis (Qualitätsdiskriminierung):

Qualitätsdiskriminierung

Das marktmächtige Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“, anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken (Wettbewerbsprobleme 3 und 4). Eine Verpflichtung, die geeignet ist, einer Reihe solcher „nichtpreislichen“ Wettbewerbsprobleme – insbesondere aber unterschiedlichen Formen der Qualitätsdiskriminierung – zu begegnen, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung. Mit dieser Verpflichtung kann sichergestellt werden, dass das marktmächtige Unternehmen das Vorleistungsprodukt allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet wie sich selbst.

Die (Web-)Veröffentlichung eines Standardangebotes dient der Konkretisierung bzw Operationalisierung der Zugangsverpflichtung und ist insbesondere bei komplexen Produkten sinnvoll, da ohne ein solches Standardangebot – insbesondere für kleinere Nachfrager – signifikante Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen anfallen können.

Damit gewährleistet ist, dass im Anwendungsfall (zB Streitschlichtung) dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefolgt wird, ist es zweckmäßig, die Verpflichtung insofern einzuschränken, als das marktmächtige Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen oder eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- a.) Der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Festnetzbetreibern,
- b.) der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Mobilfunkbetreibern,
- c.) der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen Festnetzbetreibern und Mobilfunkbetreibern,
- d.) der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich und anderen Abnehmern der Leistung (Festnetzbetreiber und Mobilfunkbetreiber).

In den Fällen von a.) und b.) kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem (nachgelagerten) Endkundenmarkt führen. Besonders relevant ist Fall a.), da der Anreiz einer solchen Preisdiskriminierung vor allem im Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen und strategischen Partnerschaften gegeben ist. Da das potenziell marktmächtige Unternehmen in der Lage ist, unter Einhaltung gesetzter Preisobergrenzen (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben, stellt ein „externes Diskriminierungsverbot“ effektiv sicher, dass das potenziell marktmächtige Unternehmen seinen Zusammenschaltungspartnern dieselben Konditionen mit demselben Wirkungsbereich einräumt und diese Verpflichtung nicht durch eine geschickte Vertragsgestaltung umgeht.

Analog zur Qualitätsdiskriminierung ist es auch bei der Preisdiskriminierung zweckmäßig, den Diskriminierungstatbestand insofern einzuschränken, als das marktmächtige Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen oder eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Das externe (Preis-)Diskriminierungsverbot (Fälle a.) bis c.) alleine bzw. in Zusammenspiel mit den Maßnahmen „Zugangspflicht“, „Transparenzpflicht“ und „Verpflichtung zur getrennten Buchführung“ ist nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktmächtigen Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Verpflichtung gewährleistet lediglich, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben (uU überhöhten) Preis beziehen und damit ein „*level-playing-field*“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung hat ein „internes/externes Diskriminierungsverbot“ gemäß Fall d.); eine Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens, allen externen Abnehmern die Leistung zum selben Preis anzubieten wie dem eigenen Endkundenbereich.

Für die Ermittlung des internen Transferpreises gibt es dabei zwei mögliche Ansatzpunkte: Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung oder die Anwendung eines Margin-Squeeze-Tests auf Basis der Endkundenpreise. Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch für externe Transaktionen auferlegt werden könnten. Eine solche Vorgangsweise ist allerdings aus mehreren Gründen problematisch: Erstens würde allenfalls das dritte und vierte Wettbewerbsproblem (Diskriminierungsprobleme) angesprochen werden können, auf keinen Fall aber die (bedeutsameren) allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte. Dies deswegen, weil das regulierte Unternehmen einen gewissen Spielraum in Bezug auf die Zuordnung von Kosten und Erlösen zu den relevanten Geschäftsfeldern hat und – da es einen ökonomischen Anreiz gibt – die Gefahr besteht, dass überhöhte Transferpreise ausgewiesen werden. Zweitens ist nicht davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ausreicht, um die für die Festlegung des Preises notwendigen Informationen in dem erforderlichen Detailgrad (auf Produktebene) transparent zu machen. Drittens ist in diesem Zusammenhang die Frage aufzuwerfen, was ein nichtdiskriminierender interner Transferpreis eines vertikal integrierten Unternehmens darstellt. Aus theoretischer Sicht können das nur die kurzfristigen Grenzkosten sein, so dass viertens ein von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenes Schema zur getrennten Buchführung, das in Verbindung mit dem Nichtdiskriminierungsverbot geeignet wäre, allen Wettbewerbsproblemen effektiv zu begegnen, überschießend wäre, da dieses Instrument im Ergebnis auf eine Preiskontrolle (im Sinne kostenorientierter Entgelte) gemäß § 42 TKG 2003 hinausläufe und dieser Verpflichtung ihren Sinn nehmen würde.

Eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung ist entweder ein nicht hinreichend effektives Instrument zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme oder die Verpflichtung wird derart weit (und überschießend) interpretiert („interne Nichtdiskriminierung“), dass sie letztlich einer Entgeltkontrolle gleichkommt.

Die Anwendung des (internen/externen) Diskriminierungsverbots als Instrument gegen einen *Margin Squeeze* ist aber ein taugliches Instrument, um die Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte durch die Praktizierung eines *Margin Squeeze* zu unterbinden. Konkreter Anlassfall ist die Anrufweiterleitung von geografischen Rufnummern zu Mobilendgeräten (vgl. Produkte wie „*Mobile Nebenstellenanlage*“). Der Mobilbetreiber kann den Endkundenpreis für diese Leistung in Relation zum Mobilterminierungsentgelt derart setzen, dass der

Festnetzbetreiber einem *Margin Squeeze* ausgesetzt ist. Damit ist der Mobilbetreiber in der Lage, Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen (Wettbewerbsproblem 4). Ein Margin Squeeze kann aber nur dann praktiziert werden, wenn der Mobilbetreiber dem Festnetzbetreiber Mobilterminierungsentgelte in Rechnung stellt, die über den langfristigen Grenzkosten liegen.

Das Instrument der „Gleichbehandlungsverpflichtung“ alleine, wie auch zusammen mit den vorher genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung und Zugang) ist allerdings nicht geeignet, um Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit überhöhten Preisen zu beseitigen.

3.5. Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

Auf Basis einer Verpflichtung bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung kann – bei korrekter Anwendung – der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Die Maßnahme ist grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen (überhöhten Preise) im Zusammenhang mit dem ersten und zweiten Wettbewerbsproblem wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungs-/Verdrängungsprobleme in Bezug auf den Preis (drittes und viertes Wettbewerbsproblem) zu beseitigen.

Der effiziente Zugangspreis stellt sicher, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten. Eine solche Verpflichtung geht direkt auf die Natur des wesentlichsten identifizierten Wettbewerbsproblems, nämlich das Problem „überhöhter Entgelte“, ein.

Für die Festlegung eines Terminierungsentgeltes ist eine Preisermittlungsmethode anzuwenden. In diesem Zusammenhang sind folgende Ansätze möglich: „kostenorientierte Entgelte“, „Efficient Component Pricing“ („ECPR“) und „Benchmarking“ (Vergleichspreise):

Dem Ansatz der „kostenorientierten Entgelte“ ist der Vorzug zu geben: Kostenorientierte Entgelte sind am verhältnismäßigsten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird.

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind resistente Monopolmärkte. ECPR-Preise wären vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. Dieser Ansatz ist nicht geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden Wettbewerb eliminiert werden.

Im Rahmen von „*Benchmarking*“ erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. „*Benchmarking*“ als Preisermittlungsmethode wird vor allem dann eingesetzt, wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und/oder die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten von Terminierungsleistungen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Aufwand für die etablierten Betreiber betreffend Datenlieferungen in einem vertretbaren Ausmaß hält, so dass dieser Grund allenfalls für kleinere Betreiber (Neueinsteiger, MVNOs) relevant ist.

„*Benchmarking*“ kann weiters eingesetzt werden, wenn die Ergebnisse der Kostenerhebung ihrerseits auf Grund der Datenbasis unplausibel sind bzw signifikant von jenen Preisen abweichen, die sich auf einem (Wettbewerbs-)Markt normalerweise einstellen würden. Ein solcherart unplausibles Ergebnis ist zB in der Phase des Markteintritts, wenn das betroffene

Unternehmen im Bereich sinkender Durchschnittskosten (bzw steigender Skalenerträge) operiert, möglich. In einer solchen „temporären“ Markteintrittsphase können die Durchschnittskosten weit über den „marktüblichen“ Preisen (sogar über jenen, die ein profitmaximierender Monopolist setzen würde) liegen und sind damit nicht anwendbar. Relevant ist dieses Argument vor allem in Zusammenhang mit Neueinsteigern und MVNOs.

Benchmarking lässt sich weiters einsetzen, wenn für den Preisvergleich eine statistisch hinreichend gesicherte Vergleichsbasis existiert und damit die Preise (Kosten) des marktmächtigen Unternehmens geschätzt werden können.

Die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung ist dann als verhältnismäßig zu betrachten, wenn es kein anderes (gelinderes) Mittel gibt, das ebenfalls geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen und das diese Probleme nicht aufweist. Sollte kein solches Instrument zur Verfügung stehen, ist die vorliegende Verpflichtung als verhältnismäßig zu betrachten. Die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente hat gezeigt, dass allenfalls ein Instrument, nämlich die interne/externe Gleichbehandlungsverpflichtung als Alternative in Frage käme. Dieses Instrument ist aber aus einer Reihe von Gründen abzulehnen.

In den bisherigen Marktanalysen (bis M 1/08) wurden die Terminierungsentgelte auf Basis der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC) festgesetzt. Zur Ermittlung der LRAIC-Kosten wurde ein Top-Down-Modell (TD-LRAIC Modell) eingesetzt. Da es in der Praxis auf Grund der hohen Informationsanforderungen nicht möglich ist, Ramsey-Preise bei Monopolen zu bestimmen, erfolgte die Kostenzurechnung nicht direkt zurechenbarer Kostenblöcke, nämlich der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten auf Basis mengenäquivalenter proportionaler Aufschläge. Im Ergebnis liefert das Modell langfristige Durchschnittskosten mit einer mengenproportionalen Verteilung der Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten (Minuten, Bandbreite). Die so ermittelten Kosten können erheblich vom oben genannten theoretisch „korrekten Preis“ (Ramsey) abweichen. Insbesondere dann, wenn die Dienste hinsichtlich ihrer Produktion (Sprache, Daten) und Nachfrage (unterschiedliche Elastizitäten) sehr heterogen sind.

Im Gegensatz zum Durchschnittskosten-Konzept LRAIC stellt der Kostenrechnungsansatz Pure LRIC (reine Inkrementalkosten eines effizienten Betreibers), der in der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 7.5.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU vorgesehen ist (ABl L 124/67 vom 20.5.2009; „Terminierungsempfehlung“), eine Annäherung an die langfristigen Grenzkosten dar. Die Empfehlung stellt explizit auf verkehrsabhängige („traffic-related“) und damit langfristig variable Kosten ab. Verkehrsabhängige Kosten entstehen durch Kapazitätserweiterungen, die notwendig sind, um den steigenden Verkehr abzuwickeln. Explizit nicht berücksichtigt werden sollen verkehrsunabhängige („non traffic-related“) und damit langfristig fixe Gemeinkosten und gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem Dienstekrement Terminierung zuzurechnen sind.

Die höchste allokativen Effizienz auf einem Markt wird dann erzielt, wenn sich der Preis an den langfristigen Grenzkosten orientiert; aus allokativen Effizienzgesichtspunkten ist Pure LRIC gegenüber dem bisher zur Anwendung gelangten Kostenstandard LRAIC zu präferieren.

Zudem handelt es sich bei Terminierung um ein Vorleistungsprodukt, das maßgeblichen Einfluss auf die Flexibilität bei der Endkundenpreisgestaltung hat. Je näher die Terminierungsentgelte an den Grenzkosten liegen, desto höher ist der Spielraum für Tarifinnovationen. Mobilfunkbetreiber sind in der Lage, auf dem Endkundenmarkt Preisdiskriminierung zu praktizieren. Es werden zunehmend Flat Rate-Produkte oder Tarife mit Bandbreitendifferenzierung anstelle von linearen und zweistufigen Tarifen angeboten. Diese Tarifsysteme können nicht nur gewinnerhöhend für die Betreiber sein, sondern damit

kann auch eine höhere allokativen Effizienz erzielt werden. Durch Vorleistungspreise, die sich an den langfristigen Grenzkosten orientieren, wird insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung eingeräumt. Dies hat wiederum einen direkten Nutzen für Endkunden.

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

Es gibt einen Zusammenhang zwischen Terminierungsentgelten und Endkunderstarifen („Waterbed Effekt“). Demnach kann eine Absenkung der Terminierungsentgelte einen (teilweisen) Anstieg der Mobilfunkendkunderstarife zur Folge haben. Mit der Umstellung von LRAIC auf Pure LRIC finden (fixe) Gemeinkosten sowie gemeinsame Kosten, sofern sie nicht dem Dienstinkrement Terminierung zuzurechnen sind, keine Berücksichtigung bei den Terminierungskosten; diese müssen Mobilfunkbetreiber unter Umständen durch eine Anhebung der (vornehmlich fixen) Endkundenpreise kompensieren. Dies kann somit indirekt zur Folge haben, dass Teile der Kosten eines Anrufs vom Angerufenen getragen werden müssen.

Mit der Umstellung von LRAIC auf den Pure LRIC-Standard erfolgt somit auch eine Umstellung von einem reinen Calling Party Pays-Regime auf ein Both Parties Pay-Regime. Damit werden beim Pure LRIC-Standard in gewisser Weise im Gegensatz zum LRAIC-Standard auch Anrufexternalitäten berücksichtigt. Diese entstehen dadurch, dass der Angerufene einen Nutzen von einem Anruf hat, aber in einem reinen Calling Party Pays-Regime die gesamten Kosten des Anrufs vom Anrufer getragen werden.

Die Umstellung auf den Pure LRIC-Ansatz kann sich auf verschiedene Nutzergruppen unterschiedlich auswirken. Steigen die Aktiventgelte durch den „Waterbed Effekt“ könnte dies nachteilige Auswirkungen auf Teilnehmer mit geringer Nutzung, vorwiegend „Pre Paid-Teilnehmer“, die hauptsächlich Anrufe entgegen nehmen, haben. Der mögliche Effekt auf die Grundentgelte wird jedoch als gering eingeschätzt, da die Absenkung in Absolutbeträgen nicht sehr hoch ist und letztlich für einen bestimmten Betreiber auch nur in dem Maße ertragsmindernd wirkt, in dem ein Net-Inflow an Verkehrsminuten besteht (für Betreiber mit Net-Outflow würde sich die Situation sogar verbessern, „Saldo“).

Bei Pure LRIC gibt es keine Kostentragung von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten, sofern sie nicht dem Inkrement Terminierung zuzurechnen sind. Negative Auswirkungen auf Investitionen sind nicht zu erwarten, da die eindeutig durch die Leistung Terminierung verursachten Kosten abgegolten werden; dabei wird auch eine entsprechende Rendite auf das eingesetzte Kapital berücksichtigt. Ein Betreiber würde sich nicht besser stellen, wenn er die Leistung Terminierung (fiktiv) nicht mehr anbieten würde. Weiters ist Terminierung ein Kuppelprodukt, das im Verbund mit anderen Leistungen produziert wird. Kein Betreiber trifft isoliert Investitionsentscheidungen auf Grundlage der Rentabilität der Leistung Terminierung.

Bei Anwendung des Pure LRIC-Standards in Fest- und Mobilnetzen im Inland und in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sinken nicht nur die Erlöse aus Terminierung, sondern auch die Kosten, da auch die Auszahlungen an andere Betreiber sinken. Im Endeffekt ist nur der Net-Inflow Saldo von weiteren Absenkungen betroffen. Die Betreiber werden die fehlenden Deckungsbeiträge zur Abdeckung der Gemeinkosten gegebenenfalls durch Tarifierpassungen ausgleichen. Diese Tarifierpassungen sind grundsätzlich möglich und lassen insgesamt keine negativen Auswirkungen erwarten. Betreiber sind besser in der Lage, Gemeinkosten effizient auf unterschiedliche Dienste zu verteilen als die Regulierungsbehörde (Ramsey Pricing). Aus dieser Sicht ist es effizient,

wenn die Gemeinkosten auf Leistungen verteilt werden, die dem Wettbewerb ausgesetzt sind.

Überhöhte Terminierungsentgelte führen auch zu Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten kleinerer Betreiber, insbesondere aber Neueinsteiger, da diese einen hohen Anteil an netzexternen Anrufen abwickeln müssen. Durch die Umstellung von LRAIC auf Pure LRIC wird die Lücke zwischen den Kosten für einen netzexternen und den (internen) Kosten für einen netzinternen Anruf geschlossen. Das räumt insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung ein und führt damit zu einer Stärkung des Wettbewerbs.

Es können technische Netzkosten iSv Pure LRIC eines effizienten Mobilfunkanbieters für die Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,7153 festgestellt werden. Dabei wird ein Marktanteil in der Höhe von 20%, eine Netzabdeckung mit 2G (Sprache über GSM, Datendienste über EDGE) von 100% und mit 3G (Sprache über UMTS, Datendienste über UMTS und HSPA) von 75% angesetzt (LTE wurde außer Betracht gelassen). Das Kernnetz ist als NGN (IP-basiert) modelliert und folgt den 3GPP-Spezifikationen ab Release 4. Es wurde ein Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 11,37% zu Grunde gelegt. Bei der Abschreibung des Anlagevermögens wurde auf ökonomische Abschreibungen zurückgegriffen.

Neben diesen technischen Netzkosten fallen weiter Zusatzkosten für Terminierung an („wholesale commercial costs“), die unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung im Zusammenhang stehen und nicht anfallen würden, wenn die Terminierung nicht angeboten bzw verrechnet werden würde. Diese inkrementellen Kosten betragen pro Terminierungsminute im Mobilnetz Cent 0,0896.

Damit ergeben sich Kosten iSv Pure LRIC (pro Minute; technische Netzkosten plus Zusatzkosten der Vorleistungsebene) für die Leistung der Anrufzustellung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,8049.

Für die Preisregulierung eines MVNO, wie Lycamobile, sind nicht nur die Kosten relevant sondern auch die Relation des Terminierungsentgelts zum Terminierungsentgelt des jeweiligen Gastnetzbetreibers. Eine Regulierung, die MVNOs höhere Terminierungsentgelte zugesteht als jene des Gastnetzbetreibers, eröffnet Arbitragemöglichkeiten (so könnte zB ein Mobilfunknetzbetreiber zur Umgehung der Entgeltregulierung ein Tochterunternehmen gründen). Auch vor diesem Hintergrund besteht eine Notwendigkeit, die Preiskontrolle so auszugestalten, dass die Terminierungsentgelte des MVNO nicht höher sind, als die des jeweiligen Gastnetzbetreibers.

3.6. Differenzierung von Verpflichtungen

Ausgehend von den festgestellten potentiellen Wettbewerbsproblemen ist festzustellen, dass aus ökonomischer Sicht die genannten Verpflichtungen alle Terminierungsleistungen unabhängig vom Quellnetz des Anrufes (Festnetz, Mobilnetz, Inland, Ausland) umfassen sollen.

4. Sonstiges

Knapp 10% der gesamten Mobilfunkumsätze entfallen auf die Mobil-Terminierung. Etwa 85% des Umsatzes wird am Endkundenmarkt erwirtschaftet, die restlichen ca 5% entfallen auf andere Vorleistungen.

5. Entgelt-Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden auf Basis Pure LRIC

In einigen Ländern der Europäischen Union (Belgien, Frankreich, Portugal, Italien, Spanien, Dänemark, Vereinigtes Königreich) wurden bereits Festlegungen von Mobil-Terminierungsentgelten vorgenommen. Dabei zeigt sich, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden auf Basis Pure LRIC angeordneten Entgelte zwischen Cent 0,8 und Cent 1,27 (pro Minute) zu liegen kommen.

6. Verpflichtung für Mobilbetreiber nach § 42 TKG 2003

Am 30.9.2013 hat die Telekom-Control-Kommission vier Bescheide (zu M 1.10/12-99 bis 102) betreffend die Mobilterminierungsmärkte der A1 Telekom Austria AG, T-Mobile Austria GmbH, Hutchison Drei Austria GmbH und dem MVNO Mundio mobile (Austria) Limited beschlossen. Diesen Mobilbetreibern wurden jeweils spezifische Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung, zur Zusammenschaltung, zur Veröffentlichung eines Standardangebotes hinsichtlich der Mobilterminierungsleistung sowie eine Verpflichtung zur Entgeltkontrolle (iSv Pure LRIC) auferlegt. Zur Umsetzung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle wurde mit Geltung ab 1.11.2013 ein maximales Entgelte pro Minute in der Höhe von Cent 0,8049 festgelegt (https://www.rtr.at/de/tk/M_1_10_12).

C. Beweiswürdigung

a. Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile“, insbesondere zur Abgrenzung, zu den wettbewerblichen Verhältnissen sowie den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus den eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchungen der Amtssachverständigen vom März 2014 (*„Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/12 für den betreiberindividuellen Markt für Anrufzustellung im Mobilfunknetz der Lycamobile“*, ON 6) sowie vom Juli 2012 (*„Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/12 für die betreiberindividuellen Märkte für Anrufzustellung in Mobilfunknetzen“*, ON 4 samt Beilagen ON 4a-c). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und einer Erklärung der Leistung der Mobilfunkterminierung nehmen die Amtssachverständigen nachvollziehbar eine Marktabgrenzung vor und besprechen dabei insbesondere die Angebots- als auch die Nachfragesubstitution. In weiterer Folge gehen sie auf die einzelnen Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 ein (*„single dominance“*, eine Untersuchung der *„joint dominance“*-Kriterien iSd Abs 4 leg cit scheidet auf Grund der Beschaffenheit des gegenständlichen Marktes als Monopol aus) und legen nachvollziehbar dar, warum nicht alle Indikatoren für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem gegenständlichen Monopolmarkt eine Bedeutung haben können.

Dass die Indikatoren Marktanteile und nachfrageseitige Gegenmacht eine besondere Relevanz im Rahmen der Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse auf dem Monopolmarkt „Mobil-Terminierung“ einnehmen, haben die Amtssachverständigen dargelegt.

Im Rahmen des wirtschaftlichen Gutachtens (ON 4) gehen die Amtssachverständigen aussagekräftig auf über 20 Seiten auf den Indikator der nachfrageseitigen Gegenmacht ein und untersuchen diesen sowohl auf Endkunden- als auch auf Vorleistungsebene. Dabei gehen die Amtssachverständigen auf eine Vielzahl von betreiberindividuellen Konstellationen ein und fundieren ihre Untersuchungen und Schlussfolgerungen mit konkreten, betreiberindividuellen Daten.

Dass nicht in jeder Teiluntersuchung auf konkrete Daten, Betreiberkonstellationen und auch nicht namentlich auf einzelne Verfahrensparteien eingegangen wird, ist darauf

zurückzuführen, dass – auf Grund der bestehenden Regulierung – eine Untersuchung von Anreizstrukturen geboten ist. Da in einer Reihe von Fällen die Anreize aller Mobilbetreiber (bzw Gruppen derselben) dieselben sind, bestand keine Notwendigkeit, in diesen Fällen eine strikte betreiberindividuelle Betrachtung vorzunehmen. Durch die Untersuchung von Anreizen können die Ergebnisse auch nicht durchgehend mit Fakten belegt werden, da auf Grund der bestehenden Regulierung auf verschiedenen Märkten regelmäßig kein wettbewerbswidriges Verhalten erkannt werden kann; so werden auch potentielle Wettbewerbsprobleme untersucht, die für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen würden.

Auf der Grundlage ihrer Untersuchung der einzelnen Marktmachtindikatoren und dem Aufzeigen der strukturellen Besonderheiten des gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarktes gelangen die Amtssachverständigen nachvollziehbar zur Schlussfolgerung, dass Wettbewerbsprobleme für den Fall der Nicht-Regulierung der (Mobil-) Terminierungsleistung(en) bestehen. Die Amtssachverständigen gelangen somit zur Auffassung, dass aus ökonomischer Sicht kein selbsttragender Wettbewerb herrscht und Regulierung (die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen) erforderlich ist.

b. Auch die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen auf den erwähnten Gutachten (ON 4, 6) der Amtssachverständigen. Mögliche Regulierungsoptionen werden aufgezeigt, diskutiert und gegeneinander abgewogen, bevor eine begründete Empfehlung ausgesprochen wird.

c. Die Darlegung der Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobil-Terminierung iSv Pure LRIC ergibt sich ebenfalls aus diesem Gutachten (ON 4, Punkt 8, samt Beilagen) sowie aus zusätzlich erstellten Szenario-Rechnungen samt einer Anfragen-Beantwortung zu M 1.10/12 (ON 8). In diesen Dokumenten werden die zu Grunde gelegten Ausgangswerte (Inputparameter) genannt und es werden die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte angeführt, denen die Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die Amtssachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Darüber hinaus wurde auf die Vorgaben der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission Bedacht genommen. Das Gutachten kommt dem gestellten Auftrag in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise nach.

Der festgestellte Wert kann auch nicht dadurch erschüttert werden, dass die Amtssachverständigen eine „Unschärfe“ im Kostenrechnungsmodell entdeckt und im Rahmen einer Stellungnahme (zu M 1.10/12) aufgeklärt haben (ON 8 „*Antworten der Gutachter [vom 10.10.2012] zu Fragen der A1TA aus Punkt 3, „Anmerkungen bzw. Fragen zu Protokoll und Beilagen“ vom 18.09.2012*“). In ON 8 führen die Amtssachverständigen unter Anfügung konkreter Daten zum Algorithmus aus (vgl ON 8 Punkt f, Seiten 2 bis 4) und klären die Unschärfe im Modell auf.

Im Konkreten ergibt sich der festgestellte Wert (pro Minute) für die Kosten für die Mobil-Terminierungsleistung iSv Pure LRIC (Cent 0,8049) aus technischen Netzkosten (iSv Pure LRIC) eines effizienten Mobilfunkanbieters für die Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz in der Höhe von Cent 0,7153 (ON 4, 8) sowie unmittelbar mit der Abrechnung der Terminierung anfallende Zusatzkosten in der Höhe von Cent 0,0896.

Die technischen Netzkosten ergeben sich aus einem – gemeinsam mit den Amtssachverständigen erarbeiteten – Bottom-Up-Kostenmodell der renommierten WIK-Consult GmbH. In der – der Terminierungsempfehlung folgenden und dem festgestellten Wert zu Grunde liegenden – Kostenmodellierung wird unter anderem von folgenden Parametern ausgegangen: ein Marktanteil eines hypothetischen Betreibers in der Höhe von 20%, Netzabdeckung mit 2G (Sprache über GSM, Datendienste über EDGE) von 100% und mit 3G (Sprache über UMTS, Datendienste über UMTS und HSPA) von 75%, keine Berücksichtigung von LTE, IP-basiertes NGN-Kernnetz gemäß 3GPP-Spezifikationen ab

Release 4, Kapitalkostenzinssatz (WACC) von 11,37%, ökonomische Abschreibung des Anlagevermögens.

Für diesen hypothetischen Betreiber wurde ein kostenoptimales Netz ermittelt. Auf Grund der Konzeption des Kostenrechnungsmodells zur Bottom-Up-Modellierung iSv Pure LRIC ergeben sich bei unterschiedlichen Nachfragesituationen (Daten und Sprache) verschiedene Mengengerüste für die Dimensionierung des für (genau) diese Nachfrage ausgelegten (und kostenoptimierten) Netzes. Der höchste Wert aus einer Variation der Nachfrage von Sprache und Daten (in 1%-Schritten) zwischen 100 und 120%, dh aus 441 Kombinationen, ist der oben angeführte Kostenwert.

Die Heranziehung des höchsten Wertes aus einer Bandbreite möglicher Ergebnisse gründet auf dem Gedanken, dass durch eine Festlegung von Entgelten iSv Pure LRIC als Abgeltung für die verfahrensgegenständliche Leistung nur mehr das einzelne Inkrement „Terminierung“ bezahlt wird und eine Unterschreitung dieses Wertes jedenfalls dazu führt, dass die (effizient erbrachte) Terminierungsleistung quersubventioniert werden müsste. Auch ist zu berücksichtigen, dass bei dem zu modellierenden hypothetischen Betreiber nicht nur die zu Grunde gelegten Verkehre (Daten, Sprache) mit Unsicherheiten behaftet sind, sondern im Kostenrechnungsmodell das Equipment zur Bewältigung dieses Verkehrs von einem hypothetischen Hersteller stammt; bei diesem Equipment können Sprünge in den Kosten (auf Grund von notwendigen Kapazitätserweiterungen) an anderer Stelle auftreten als bei den zu regulierenden Unternehmen. Die Heranziehung des höchsten Wertes stellt sicher, dass die Inkrementalkosten jedenfalls abgedeckt sind. Jeder Pure LRIC-Wert, der unter dem Festgestellten zu liegen kommt, birgt die Gefahr einer Kostenunterdeckung; Ansätze (wie von Tele2 in ihrer Konsultationsstellungnahme angeführt), die eine Unterschreitung dieser Kosten ermöglichen, werden damit nicht weiter verfolgt.

Die Nachfrage nach Terminierungsleistung und die Veränderung des Terminierungsvolumens wurden durch umfangreiche Sensitivitätsanalysen ermittelt. Bei diesen Sensitivitätsanalysen wurde die Nachfrage (Daten und Sprache) variiert. Aus diesen berechneten Werten wurde der höchste Wert als Basis für die Festlegung der Terminierungsentgelte vorgeschlagen.

Die Feststellung, dass sämtliche inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung (von extern) abgedeckt sind, wird schlüssig und nachvollziehbar insbesondere im Kostenrechnungsteil des wirtschaftlichen Gutachtens für Festnetzterminierung dargestellt. Um dies ermitteln zu können, wurden zwei optimale Netze modelliert: Einmal ein Netz mit und einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz aus diesen beiden Rechnungsläufen ergibt in weiterer Folge den Pure LRIC Wert (Netzkosten).

Die „wholesale commercial costs“ ergeben sich ebenfalls aus dem wirtschaftlichen Gutachten (ON 4, Punkt 8.6 „Zusatzkosten der Vorleistungsebene“) sowie aus Punkt 7. „Exkurs“ eines ergänzenden Gutachtens betreffend Festnetz-Originierung, das zum gegenständlichen Akt genommen wurde (ON 5); dabei wurde auf Kostendaten der A1 Telekom zurückgegriffen, da nur von ihr entsprechend ausgewiesene Daten übermittelt wurden. Im Zuge einer Überprüfung konnte sichergestellt werden, dass ausschließlich im Zusammenhang mit Wholesale Terminierung im Mobilfunknetz anfallende Kosten erfasst werden. Die Zusammensetzung der Kosten wird im Gutachten nachvollziehbar dargestellt.

d. Die Entgeltfestlegungen auf Basis Pure LRIC anderer Regulierungsbehörden sind amtsbekannt.

e. Die Feststellungen zu den früheren Verpflichtungen nach § 42 TKG 2003 sind amtsbekannt.

f. Im Rahmen der Stellungnahme der Hutchison vom 17.4.2014 wird zusammengefasst ausgeführt, dass der Ansatz der Amtssachverständigen „begrüßt und geteilt“ wird. Im

Konkreten wird die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Lycamobile auf ihrem Mobil-Terminierungsmarkt sowie die Auswahl der Regulierungsinstrumente unterstützt. Auch erachtet Hutchison eine rückwirkende Festlegung des Terminierungsentgeltes zum 1.11.2013, wie von den Amtssachverständigen vorgeschlagen, als sinnvoll, um Symmetrie zwischen allen Mobilbetreibern sicherzustellen.

g. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 22.4.2014 schließt sich UPC den Ausführungen der Hutchison (vom 17.4.2014) an.

h. Lycamobile weist im Rahmen der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass sie den Verkehr mit allen Betreibern im Wege der indirekten Zusammenschaltung und zum regulierten Entgelt abwickeln. Lycamobile bevorzugt aus Kostengründen die indirekte Zusammenschaltung, eine Verkehrsabwicklung über direkte Zusammenschaltung sei nur bei sehr großen Verkehrsmengen ökonomisch sinnvoll. Lycamobile teilt mit, dass sie ungeachtet dessen im (zu legenden) Standardangebot eine entsprechende Bestimmung aufnehmen wird, wobei sie einer indirekten Zusammenschaltung den Vorzug gibt.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie zur Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und zur Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen zu.

2. Gesetzliche Regelungen

§ 36 TKG 2003 idgF („Verfahren zur Marktdefinition und Marktanalyse“) lautet auszugsweise:

„(1) Dieses Verfahren dient der Feststellung der der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte sowie der Feststellung, ob auf diesen jeweils ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist und gegebenenfalls der Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

(2) Die Regulierungsbehörde hat im Verfahren gemäß Abs 1 von Amts wegen mit Bescheid die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung allfälliger geografischer Besonderheiten in Bezug auf die Wettbewerbssituation sowie der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festzustellen.

(3) Die Feststellung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Union zu erfolgen. Dabei kommen nur Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

(4) Beabsichtigt die Regulierungsbehörde, sachliche oder räumliche Märkte festzustellen, die von denen in der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt-

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 40 KommAustria-Gesetz (BGBl I 2003/70 idgF, KOG) lautet auszugsweise:

„(1) Sind an einem Verfahren vor einer der in § 39 Abs. 1 genannten Regulierungsbehörden voraussichtlich mehr als 100 Personen beteiligt, so kann die Behörde die Einleitung des Verfahrens durch Edikt kundmachen.

(2) Wurde die Einleitung eines Verfahrens mit Edikt kundgemacht, so hat dies zur Folge, dass jemand seine Stellung als Partei verliert, wenn er nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Veröffentlichung des Edikts seine Betroffenheit schriftlich glaubhaft macht. § 42 Abs. 3 AVG ist sinngemäß anzuwenden.

(4) Die Regulierungsbehörde kann eine mündliche Verhandlung durch Edikt anberaumen, wenn die Einleitung des Verfahrens mit Edikt kundgemacht worden ist oder gleichzeitig

kundgemacht wird. Es gelten die Rechtsfolgen des § 42 Abs. 1 AVG. § 44e Abs. 1 und 2 AVG sind anzuwenden.“

3. Allgemeines

Bei der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde die Regulierungsziele des § 1 Abs 2 und 2a TKG 2003 zu verwirklichen.

Die Regulierungsbehörde hat dabei auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen. Weicht die Regulierungsbehörde von einer dieser Empfehlungen ab, hat sie dies der Europäischen Kommission mitzuteilen und zu begründen.

Weiters hat die Regulierungsbehörde den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren (§ 34 Abs 1 TKG 2003). Auch im europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste wird auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art 8 Abs 1 Rahmenrichtlinie, Art 8 Abs 4 der Zugangsrichtlinie und in Art 17 Abs 2 der Universaldienstrichtlinie). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 und 2a TKG 2003 (bzw dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Polster in Stratil, TKG 2003⁴, Rz 3 zu § 34 TKG 2003*).

4. Zur Abgrenzung des Marktes

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2008) als einer von mehreren nationalen Märkten definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sein können (§ 36 TKG 2003 idF vor BGBl I Nr 102/2011; § 133 Abs 11 TKG 2003). Bereits die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003), die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, hat einen (gleich definierten) nationalen Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen vorgesehen.

Diese bisherige (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2007/879/EG, ABI L 2007/314, 65; „Märkteempfehlung“). Die Märkteempfehlung, auf die gemäß §§ 34 Abs 4 und 36 Abs 3 TKG 2003 Bedacht zu nehmen ist, sieht in ihrem Anhang einen Vorleistungsmarkt für Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen vor. Da die drei Relevanzkriterien iSd Punktes 2 der Märkteempfehlung, die kumulativ vorliegen müssen, damit ein Markt für die Vorabregulierung in Betracht kommt, (erst) dann zu prüfen sind, wenn ein Markt festgelegt werden soll, der nicht im Anhang der Märkteempfehlung angeführt ist, kann eine solche Prüfung entfallen.

Auch der Entwurf einer neuen Märkteempfehlung der Europäischen Kommission (vgl § 34 Abs 3 und § 36 Abs 3 TKG 2003) sieht einen Markt für Terminierung in individuellen Mobilnetzen vor („Market 2: Wholesale voice call termination on individual mobile networks“,

vgl <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets>).

Ungeachtet der Vermutung der Relevanz dieses Marktes und im Hinblick auf § 36 Abs 3 TKG 2003 ist festzuhalten, dass das erste der drei Relevanzkriterien – Bestehen beträchtlicher anhaltender Zugangshindernisse, keine Tendenz zu einem wirksamen Wettbewerb, Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus – bereits auf Grund des Umstandes, dass ein Markteintritt in einen Monopolmarkt nicht möglich ist, jedenfalls vorliegt.

Weiters ist, wie sich aus dem nachfolgenden Kapitel („Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse“) ergibt, eine Tendenz in Richtung effektiven Wettbewerbs nicht gegeben.

Schließlich erfordert eine effektive Regulierung der Terminierungsleistung, insbesondere der Entgelte, vor dem Hintergrund der Notwendigkeit von kostenorientierten Entgelten eine detaillierte Bewertung der Kosten sowie eine laufende Kontrolle der Einhaltung. Um anderen Betreibern Rechts- und Planungssicherheit zu geben, sind Terminierungsentgelte im Vorhinein festzulegen, weswegen das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht geeignet ist, die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt wirkungsvoll zu bekämpfen. Darüber hinaus gründen spezifische Verpflichtungen, wie die Zugangsgewährung, auf dem Gedanken, dass sie ex ante vorliegen müssen. Mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes, das (weitgehend) einen ex post-Zugang hat, können wettbewerbskonforme Bedingungen (vgl die festgestellten vier Wettbewerbsprobleme) nicht effizient und schnell durchgesetzt werden (vgl Erwägungsgrund 13 der Märkteempfehlung).

Vor diesem Hintergrund und den Feststellungen zur Marktabgrenzung, insbesondere zur Substitution, war gemäß § 36 Abs 2 TKG 2003 festzustellen, dass der Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile Austria Limited“ ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender relevanter Markt ist.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle (GMSC bzw GMSC-Server und MGW) zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon, wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz) inklusive der Zusammenschaltungsleistung, die für Kunden eines Wiederverkäufers erbracht werden (IC-Terminierung) sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (Netzinterne Terminierung). Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS. Räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet dieses Marktes ist das Bundesgebiet.

5. Zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse

§ 35 TKG 2003 idGF („Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“) lautet auszugsweise:

„(1) Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.

(2) Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat, sind von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- 1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,*
- 2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,*
- 3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,*

4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. der technologiebedingte Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. der Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren."

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig („Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“, in der Folge „Leitlinien“, ABI C 165/6 vom 11.7.2002): Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield-Ansatz“). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [...] die Marktanalyse [muss sich] hauptsächlich auf Prognosen stützen. [...] Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war“ (Rz 70, 71).

5.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht („single dominance“) eines Unternehmens nennt § 35 Abs 2 Z 1 TKG 2003 „die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren; dabei wird festgehalten, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Wie festgestellt, ist der verfahrensgegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz ein Monopolmarkt. Der Marktanteil liegt damit bei 100%, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw geben kann. Ein Monopol kann grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der im Spruch genannten Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der Schwellen der Europäischen Kommission sowie des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (40 bis 50% Marktanteil) sohin klar auf eine (alleinige) beträchtliche Marktmacht hin. Eine Gleichsetzung der Monopolstellung mit der Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfolgt damit aber nicht.

Dass die Telekom-Control-Kommission diesen Marktmachtindikator – neben jenem der nachfrageseitigen Gegenmacht – als entscheidend für das Ergebnis der Marktanalyse eines Mobil-Terminierungsmarktes ansieht, wurde vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210, Seite 72).

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht jedenfalls für eine beträchtliche Marktmacht der im Spruch genannten Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt.

5.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht nennt die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator (§ 35 Abs 2 Z 2 TKG 2003). Randziffer 80 der Leitlinien nennt ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

Die Leitlinien halten in diesem Kontext fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zB ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Die Barrieren für einen „Eintritt“ in einen (bestehenden) betreiberindividuellen Terminierungsmarkt sind unüberwindbar, da jeder neu in den „Markt“ eintretende Mobilnetzbetreiber seinen *eigenen* betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert und auf diesem über 100% Marktanteil verfügt. Potenzieller Wettbewerb durch „andere Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

Dieser Indikator spricht ohne Zweifel für die Stellung der im Spruch genannten Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

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

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

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

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

Unter „normalen“ Marktbedingungen ist die Elastizität der Nachfrage als Marktmachtindikator in erster Linie dann von Bedeutung, wenn Substitute existieren und damit die individuelle Nachfragefunktion („Residualnachfrage“) derart elastisch wird, dass das Preissetzungsverhalten des Unternehmens (durch die Existenz von Konkurrenzprodukten) eingeschränkt wird. Auf einem Monopolmarkt hingegen wird der Preissetzungsspielraum des Monopolanbieters nur unter sehr spezifischen Umständen durch die Nachfrage

eingeschränkt. Die Gesamtmarktnachfrage kann derart elastisch sein, dass bereits eine sehr geringe Preiserhöhung – ausgehend vom kompetitiven Niveau – den Monopolpreis übersteigt (und damit unprofitabel ist). Bei einer für Telekommunikationsmärkte üblichen Elastizität der Nachfrage ist nicht davon auszugehen, dass dies der Fall ist.

5.5. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren: Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich

§ 35 Abs 2 Z 13 TKG 2003 nennt als einen Marktmachtindikator „Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren“.

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw das Niveau der Mitbewerber zu heben. In der Vergangenheit wurden Entgeltsenkungen im Regelfall hoheitlich vorgenommen.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich, lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1999 beginnend – von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen.

Lycamobile verrechnet zwar für ihre Terminierungsleistungen das mit Bescheiden vom 30.9.2013 (M 1.10/12) für andere Mobilbetreiber festgelegte (maximale) Entgelt in der Höhe von Cent 0,8049 pro Minute, dies kann jedoch auf eine Vorwegnahme einer erwarteten Regulierungsaufgabe oder auf eine spezifische Ausgestaltung des Vorleistungsvertrags für den MVNO Access zurückgeführt werden. Zu einer anderen Bewertung dieses marktmacht-Indikators führt diese Preissetzung nicht, zumal diese nicht bedeutet, dass Lycamobile keine Marktmacht hat und diese auch in Zukunft nicht ausüben könnte.

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

5.6. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen auf, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw auch nicht bestehen kann; als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt die nachfrageseitige Verhandlungsmacht.

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird in § 35 Abs 2 Z 3 TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs 1 leg cit, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Wie die Feststellungen zeigen, ist weder auf Endkunden- noch auf Vorleistungsebene eine (ausreichende) nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden, die eine hinreichende disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

5.7. Zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht und den potentiellen Wettbewerbsproblemen

Wie festgestellt, ist der gegenständliche Markt für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Lycamobile per Marktdefinition ein Monopolmarkt, der Marktanteil beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann. Dass die Marktmachtindikatoren der Marktanteile und der nachfrageseitigen Gegenmacht eine entscheidende Rolle spielen, wurde bereits vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom 28.2.2007, Zahl 2004/03/0210).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht auf dem gegenständlichen Markt ist wesentlich, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht („*single dominance*“) iSd § 35 Abs 2 TKG 2003 zu prüfen ist; „*Joint dominance*“ scheidet auf Grund der Beschaffenheit des definierten Marktes aus. Weiters spielen einige Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw lediglich eine untergeordnete Rolle. Damit wird keine Einschränkung der Prüfung einzelner Marktmachtindikatoren gemäß § 35 TKG 2003 vorgenommen, doch sind manche von ihnen auf verschiedenen Märkten unterschiedlich relevant.

Eine Untersuchung (im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung) von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei Anreize hat, das Terminierungsentgelt über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung.

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht (oder lediglich selten) vorgenommen wurde, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab.

Der einzige Faktor, der die im Spruch genannte Verfahrenspartei auf „ihrem“ Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Mobilterminierungsmonopol hat.

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Mobilbetreiber, wie die im Spruch genannte Lycamobile, auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt: Andere Regulierungsbehörden sehen ebenfalls alle operativ tätigen Mobilbetreiber – ungeachtet der tatsächlichen Größe und des Umfelds – auf ihrem jeweils eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an. Damit wird dem Ziel gemäß Art 8 Abs 3 lit d RL 2002/21/EG, nämlich die „*Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis*“, Rechnung getragen.

Somit war unter Spruchpunkt B. gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 festzustellen, dass Lycamobile auf dem gegenständlichen betreiberindividuellen Mobilterminierungs-Markt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 Abs 1 TKG 2003 verfügt.

Für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen folgende Wettbewerbsprobleme:

1. Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer.
2. Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Anrufen (verzerrte Preisstrukturen).
3. Derzeit von geringerer Relevanz auf Grund der momentanen Marktposition der Lycamobile: Foreclosure-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs). Diese können sowohl durch nichtpreisliche Taktiken, wie Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen oder inferiore Qualität erfolgen, wie auch durch preisliche Taktiken, wie überhöhte Terminierungsentgelte sowie starke Preisdiskriminierung von On-Net- und Off-Net-Gesprächen (Praktizierung von Margin Squeeze). Damit in Zusammenhang stehend ist die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene.
4. Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden (Fest-Mobil-Konvergenz, Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen). Daraus resultiert die Gefahr der Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte bzw die Gefahr von Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern.

6. Zu den spezifischen Verpflichtungen

Das TKG 2003 nennt folgende spezifische Verpflichtungen:

Gleichbehandlungsverpflichtung (§ 38 TKG 2003), Transparenzverpflichtung (§ 39 TKG 2003), Getrennte Buchführung (§ 40 TKG 2003), Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen (§ 41 TKG 2003), Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang (§ 42 TKG 2003), Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (§ 43 TKG 2003), Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten (§ 45 TKG 2003) sowie eine Verpflichtung zur funktionellen Trennung (§ 47a TKG 2003).

§ 47 Abs 1 TKG 2003 ermöglicht die Auferlegung „weitergehender Verpflichtungen“.

6.1. Zur Verpflichtung zu Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen nach § 41 TKG 2003 (Spruchpunkt C.4.)

6.1.1. Allgemeines

Gemäß § 41 Abs 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.

Diese Verpflichtung kann insbesondere folgende Anordnungen umfassen: 1. Gewährung des Zugangs zum Netz, zu bestimmten Netzkomponenten oder Netzeinrichtungen, einschließlich des Zugangs zu nicht aktiven Netzkomponenten, und des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, um unter anderem die Betreiberauswahl, die Betreiber vorauswahl oder Weiterverkaufsangebote für Teilnehmeranschlüsse zu ermöglichen; 2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte; 3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern; 4. Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen; 5. Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind; 6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Unterbringung oder Nutzung von

zugehörigen Einrichtungen; 7. Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen; 8. Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, 9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen sowie 10. Zugang zu zugehörigen Diensten wie einem Identitäts-, Standort- und Verfügbarkeitsdienst (Abs 2).

6.1.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung zur Zusammenschaltung

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen gegeben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw Zusammenschaltungsverhältnisse grundsätzlich auf privatrechtlicher Basis lösen (Art 5 Abs 4, Erwägungsgrund 5 Zugangsrichtlinie; vgl jedoch die Möglichkeiten gemäß §§ 50 Abs 2, 91 TKG 2003 sowie die zwingende Beachtung regulatorischer Verpflichtungen, die die Privatautonomie einschränken können).

Die Telekom-Control-Kommission konnte in den letzten Jahren in ihrer Tätigkeit als Streitschlichtungsstelle feststellen, dass über die Frage der Zusammenschaltung – als wesentlichste Form des Zugangs – zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze regelmäßig keine Einigung herbeigeführt werden konnte. So war die Regulierungsbehörde oftmals mit Anträgen auf Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw §§ 48 iVm 50 TKG 2003 konfrontiert und hatte nicht zustande gekommene privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Festnetzbetreibern, zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern sowie zwischen Mobilnetzbetreibern zu entscheiden (vgl dazu die veröffentlichten Entscheidungen unter www.rtr.at). Dabei spielte insbesondere die Höhe der wechselseitig zur Verrechnung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte eine bedeutende Rolle.

Nachdem – wie festgestellt – eine Zugangsverpflichtung (in der Form der Zusammenschaltung) ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern, stellt eine Zugangsverpflichtung eine spezifische Verpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Die Gefahr von Foreclosure-Strategien – deren extremste Form die Zugangsverweigerung ist – gegenüber Neueinsteigern wurde als Wettbewerbsproblem festgestellt. Solche Foreclosure-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc erfolgen.

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hat einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangsverpflichtung und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktmächtige Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („*raise rival's cost*“).

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen auferlegen, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden.

In diesem Kontext stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der – nach dem nationalen Rechtsrahmen bestehenden – allgemeinen Verpflichtung zur

Zusammenschaltung, die unabhängig vom Status als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besteht (§ 48 TKG 2003) – und der – aus Art 12 Abs 1 lit i Zugangsrichtlinie stammenden – Möglichkeit, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Zugangsverpflichtung in Form der Zusammenschaltung aufzuerlegen (§ 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003). Weiters ist der Frage nachzugehen, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu mildern.

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

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

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere Norm stellt § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung auf § 41 TKG 2003 zu gründen war.

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 ist im gegenständlichen Fall lediglich in Form der Zusammenschaltung gemäß § 41 Abs 2 Z 9 iVm § 3 Z 25 TKG 2003 von Bedeutung, da die zu untersuchende Leistung – die Terminierung – eine Zusammenschaltungsleistung darstellt (vgl § 49 Abs 1 Z 2 TKG 2003). Die Telekom-Control-Kommission geht in diesem Zusammenhang nicht davon aus, dass eine Auferlegung von weiteren „Zugangsformen“ des § 41 Abs 2 TKG 2003 notwendig ist, um das aufgezeigte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission auch davon ausgeht, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei „den bereits gewährten Zugang [in Form der Zusammenschaltung] nicht nachträglich verweiger[t]“ (lit 3 leg cit) sowie gegebenenfalls die „Kollokation (zB für den Fall der direkten Zusammenschaltung) ermöglichen“ wird (lit 6 leg cit).

Die konkret auferlegte spezifische Verpflichtung umfasst grundsätzlich sowohl die direkte als auch die indirekte Zusammenschaltung. Die konkrete Form (direkt oder indirekt bzw gegebenenfalls direkt und indirekt) richtet sich nach der Nachfrage des Zusammenschaltungspartners, wobei eine direkte Zusammenschaltung in aller Regel erst ab gewissen Verkehrsmengen sinnvoll ist.

Eine Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung ist deshalb nötig, damit ein Betreiber nicht im Wege eines Drittnetzes, das ggf hohe Transitentgelte in Rechnung stellt, die Entgeltregulierung hinsichtlich der Terminierungsleistung umgeht.

Hinsichtlich der Frage der Kostentragung ist auf § 49 Abs 3 TKG 2003 zu verweisen.

Die Verpflichtung zur Zusammenschaltung ist grundsätzlich technologieneutral (§ 1 Abs 3 TKG 2003) und umfasst damit sowohl IP- als auch TDM-basierte Zusammenschaltung. Kommt eine Vereinbarung über die Bedingungen der Zusammenschaltung (auch der IP-

basierten) nicht zu Stande, kann die Regulierungsbehörde nach §§ 48, 50 TKG 2003 (bei Vorliegen der Antragsvoraussetzungen) zur Streitschlichtung angerufen werden.

Die Vorab-Verpflichtung der Zusammenschaltung beschränkt sich primär auf „nichtpreisliche“ Aspekte, weswegen sie alleine bzw im Kontext mit den zuvor behandelten Verpflichtungen der Transparenz sowie der getrennten Buchführung nicht geeignet ist, alle vier identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

6.1.3. Zur Verhältnismäßigkeit der Verpflichtungen nach § 41 TKG 2003

Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung (Sicherstellung der Any-to-any-Erreichbarkeit) ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung als verhältnismäßig zu betrachten: Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen die Effizienzgewinne durch Interoperabilität.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2003 grundsätzlich jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes trifft, weswegen die – bereits vorgenommene – Abwägung der Verhältnismäßigkeit dieser Verpflichtung in den Hintergrund treten kann: Es ist davon auszugehen, dass eine allgemeine rechtliche Bestimmung, die alle Kommunikationsnetzbetreiber trifft, grundsätzlich verhältnismäßig ist und im öffentlichen Interesse steht.

6.2. Zur Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach § 38 TKG 2003 (Spruchpunkte C.1., C.2. und C.3.)

6.2.1. Allgemeines

Gemäß § 38 Abs 1 TKG 2003 kann die Telekom-Control-Kommission Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen.

Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste, Dienste verbundener oder dritter Unternehmen, wobei der Abschluss von Risikobeteiligungsverträgen ebenso wie Kooperationsvereinbarungen zur Teilung des Investitionsrisikos für neue und verbesserte Infrastruktur dadurch unberührt bleibt, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird (Abs 2).

Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben (Abs 3). Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (Abs 4).

6.2.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung zur Gleichbehandlung

6.2.2.1. Qualitätsdiskriminierung – Spruchpunkte C.1. und C.3.

6.2.2.1.1. Spruchpunkt C.1.

Im Kontext der Qualitätsdiskriminierung wurde festgestellt, dass ein marktmächtiges Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken hat, die mittels einer Zugangsverpflichtung (alleine) nicht beseitigt werden können.

Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung stellt demgegenüber ein geeignetes Mittel dar, diesen „nichtpreislichen“ Wettbewerbsproblemen (insbesondere Qualitätsdiskriminierung) zu begegnen, da mit einer solchen Verpflichtung sichergestellt werden kann, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht das Vorleistungsprodukt Mobil-Terminierung allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet wie sich selbst, wodurch eine Situation entsteht, in der alle Mitbewerber dieselbe Ausgangsposition vorfinden, wie das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selber („*level playing field*“). Dies stellt einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten sicher (vgl § 1 Abs 2 TKG 2003, Art 8 Rahmenrichtlinie).

Vor diesem Hintergrund war unter Spruchpunkt C.1. eine Verpflichtung aufzuerlegen, dass die im Spruch genannte Verfahrenspartei gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten hat, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Dass diese Verpflichtung greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs 2 leg cit) vorliegen, ergibt sich aus § 38 TKG 2003 und wurde zur Klarstellung aufgenommen.

6.2.2.1.2. Spruchpunkt C.3.

Um die Effektivität der konkret auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtungen sicherzustellen, ist es darüber hinaus notwendig, eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (Standardzusammenschaltungsangebot, SZA) im Sinne des § 38 Abs 3 TKG 2003 aufzuerlegen, soweit die gegenständliche Leistung der Terminierung betroffen ist. Ein Standardangebot für Dienste, die wiederholt nachgefragt werden (wie die Zusammenschaltungsleistung Terminierung) ist insbesondere deshalb sinnvoll, da (ein Großteil der) Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen entfallen können. Neu in den Markt eintretende Betreiber können sich einfach und rasch über die aktuelle Situation betreffend die Zusammenschaltung (mit einzelnen Betreibern) informieren. Mögliche Verzögerungstaktiken von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht („*delaying tactics*“) werden damit ebenso effektiv verhindert wie die Möglichkeit der gänzlichen Verhinderung von Markteintritten. So wird dem Ziel der „*Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl für alle Nutzer*“ iSd § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003 weitest möglich entsprochen.

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichen rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung (§ 48 TKG 2003) und zur Interoperabilität (§ 22 TKG 2003) – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen gegeben ist.

Im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung dieses Angebotes ist festzuhalten, dass das SZA hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten hat, wobei die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln sind. Das SZA ist unter Bedachtnahme auf die nachgefragten Leistungen derart ungebündelt zu gestalten, als

ein Nachfrager keine Dienste beziehen muss, die er für seine Leistungserstellung nicht als notwendig erachtet. Unberührt von etwaigen Verhandlungen zwischen den Betreibern um besondere Regelungen außerhalb des SZA sind die Angebote im SZA hinreichend zu spezifizieren, sodass die wichtigsten Parameter und Informationen enthalten sind, um die Terminierung im Wege der direkten und bzw oder indirekten Zusammenschaltung zu realisieren. Dazu zählen insbesondere die Entgelte und Bedingungen für die Erbringung der Terminierungsleistungen.

Bisherigen Zusammenschaltungsverträgen und -anordnungen entsprechend hat das SZA neben einem Teil, der allgemeine Vertragsbestimmungen enthält, zumindest folgende Komponenten zu beinhalten: Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen sowie Regelungen zu Verkehrsarten und Entgelten. Diese Bestandteile sind für die Realisierung der Zusammenschaltung jedenfalls notwendig und in das SZA aufzunehmen.

Weitere Regelungen hinsichtlich Notrufe, private Netze, personenbezogene Dienste und sonstige Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, öffentliche Kurzurufnummern für besondere Dienste) finden sich ebenso in Zusammenschaltungsverträgen und sind in das zu veröffentlichende SZA aufzunehmen, soweit sie angeboten werden. Diese weiteren Regelungen schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen.

Die Veröffentlichung eines Standardangebotes für die Leistung der Mobil-Terminierung ist auf der Unternehmenswebseite vorzunehmen, um die Effektivität einer Gleichbehandlungsverpflichtung sicher zu stellen und tatsächlich Transaktionskosten zu senken. Darüber hinaus wurde in die konkrete Verpflichtung aufgenommen, dass das veröffentlichte SZA aktualisiert werden muss, sobald eine Änderung desselben erfolgt. Eine laufende Aktualisierung steht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.

Das Standardangebot gemäß § 38 Abs 3 ist der Regulierungsbehörde vorzulegen (§ 48 Abs 3 TKG 2003).

Um die effektive Einhaltung der Gleichbehandlungsverpflichtung und die mit Standardangeboten angestrebte Transparenz gewährleisten zu können, hat das verpflichtete Unternehmen im Fall von Änderungen dieses Standardangebotes per E-Mail ihre Zusammenschaltungspartner (betreffend die verfahrensgegenständliche Leistung) und gemäß § 38 Abs 3, 1. Satz TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission (bzw deren Geschäftsstelle; an rtr@rtr.at) spätestens zeitgleich mit der Veröffentlichung zu verständigen. Damit ist auch sicher gestellt, dass die Vorleistungsnehmer ihre an die Veröffentlichung von neuen Angeboten geknüpften bestehenden Rechte (Anpassung, außerordentliche Kündigung) zeitgerecht überprüfen und allenfalls wahrnehmen können.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung – 4 Wochen ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides – ist angemessen, da Zusammenschaltungsverträge bereits vorhanden sind, die als Basis für das Standardangebot herangezogen werden können.

6.2.2.2. Preisdiskriminierung – Spruchpunkt C.2.

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind mehrere Fälle zu unterscheiden, wobei im Wesentlichen zwischen einer „externen“ (der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Abnehmern der Leistung) und einer „internen“ Preisdiskriminierung (der marktmächtige Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich als vertikal integriertem Unternehmen und Abnehmern der Leistung, dh der Wholesale-Bereich des marktmächtigen Unternehmens bevorzugt seinen eigenen Retail-Bereich) differenziert werden kann:

Wie die Feststellungen zeigen, kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt führen, der im Wege eines „externen“ Diskriminierungsverbots in Bezug auf den Preis (für die möglichen Fälle der externen Preisdiskriminierung) begegnet werden kann.

Vor diesem Hintergrund wurde die Verpflichtung unter Spruchpunkt C.2. auferlegt, dass Lycamobile gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ allen anderen Betreibern dieselben Bedingungen anzubieten hat, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Auch an dieser Stelle ist anzuführen, dass diese Verpflichtung nur greift, wenn „gleiche Umstände“ (iSd Abs 2 leg cit) vorliegen. Dies ergibt sich aus § 38 TKG 2003.

Das externe Preis-Diskriminierungsverbot alleine bzw in Zusammenspiel mit der Zugangsverpflichtung ist allerdings nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktmächtigen Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Vorab-Verpflichtung gewährleistet zwar, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben Preis beziehen („*level-playing-field*“ auf den jeweiligen Endkundenmärkten), dieser Preis kann jedoch für die Abnehmer dieser Leistung überhöht sein.

6.2.3. Zur Verhältnismäßigkeit

Wie in den obigen Kapiteln ausgeführt, sind die konkret angeordneten Verpflichtungen als verhältnismäßig anzusehen, da keine weniger eingriffsintensiven Abhilfemaßnahmen festgestellt werden konnten.

6.3. Zur Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang nach § 42 TKG 2003 (Spruchpunkt C.5.)

6.3.1. Allgemeines

Stellt die Regulierungsbehörde fest, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, kann ihm die Telekom-Control-Kommission hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen. Hierbei hat die Telekom-Control-Kommission den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken und der zukünftigen Marktentwicklung zu erwirtschaften sowie Risikobeteiligungsverträge ebenso wie Kooperationsvereinbarungen abzuschließen. Darüber hinaus sind die Kosten und Risiken von Investitionen für neue und verbesserte Infrastrukturen besonders zu berücksichtigen und es können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen, die die Kosten und Risiken für Investitionen in Kommunikationsnetze und den allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Märkten berücksichtigt. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs 2).

Neben der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass „ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konditionals zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten praktizieren werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnissen am Mobilfunkendkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider. Da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-)bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Mobilnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Polster in Stratil*, TKG 2003⁴, Rz 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

6.3.2. Zur Anordnung der konkreten spezifischen Verpflichtung

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle begegnet dem identifizierten Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise direkt: Wie festgestellt, ist diese Maßnahme aus ökonomischer Sicht grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 28.2.2007 zur Zahl 2004/03/0210 erkannt, dass der Versuch, dem Wettbewerbsdefizit überhöhter Terminierungsentgelte durch Reduktion dieser Entgelte zu begegnen, nicht als grundsätzlich untauglich angesehen werden kann.

Durch Festlegung eines effizienten Zugangspreises wird grundsätzlich sichergestellt, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (wie Datendienste oder On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten bzw. die effizient erbrachte Terminierungsleistung ihrerseits auch nicht quersubventioniert werden muss. Eine solche Verpflichtung entspricht auch der Natur des identifizierten Wettbewerbsproblems der „überhöhten Entgelte“. Damit wird grundsätzlich dem Regulierungsziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen iSd § 1 Abs 2 lit b TKG 2003 entsprochen.

Vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist der Auferlegung kostenorientierter Entgelte der Vorzug gegenüber „*Efficient Component Pricing*“ („ECPR“) und „*Benchmarking*“ (Vergleichspreise) zu geben (vgl. in diesem Kontext die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes gegen die Geeignetheit von Benchmarking im Zusammenhang mit Mobil-Terminierung, VwGH 20.6.2012, ZI 2009/03/0059).

Bezugnehmend auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist festzuhalten, dass die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente gezeigt hat, dass allenfalls ein Instrument – nämlich die „interne“ Nichtdiskriminierungsverpflichtung – als Alternative in Frage kommen könnte. Dieses Instrument ist aber aus einer Reihe von Gründen abzulehnen; auch ist dies bei der Vielzahl an Bündelprodukten und flat-rates kaum operationalisierbar. Für die Beseitigung preislicher Wettbewerbsprobleme stellt die Bestimmung des § 42 TKG 2003 die speziellere Norm dar, der der Vorzug zu geben ist. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem

Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt diese Verpflichtung dem Grunde nach das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Pure LRIC

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Dabei stellt sich nun die Frage nach dem Maßstab für die Kostenorientierung.

Gemäß der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission sollen die Regulierungsbehörden symmetrische Mobilterminierungsentgelte auf Basis der reinen Inkrementalkosten („Pure LRIC“) eines effizienten Betreibers festsetzen. Die Terminierungsempfehlung lautet auszugsweise:

„1. Nationale Regulierungsbehörden, [...], sollten Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen. Damit müssen diese auch symmetrisch sein. Hierbei sollten die nationalen Regulierungsbehörden wie folgt verfahren.

2. Es wird empfohlen bei der Bewertung der effizienten Kosten die laufenden Kosten zugrunde zu legen und nach einem Bottom-up-Modell zu verfahren, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC) stützt.

3. Die nationalen Regulierungsbehörden können die Ergebnisse des Bottom-up-Modells mit denen eines Top-down-Modells, das auf geprüfte Rechnungsdaten zurückgreift, vergleichen, um die Belastbarkeit der Ergebnisse zu überprüfen und zu verbessern, und entsprechende Anpassungen vornehmen.

4. Das Kostenrechnungsmodell sollte sich auf effiziente Technologien stützen, die im betrachteten Zeitraum zur Verfügung stehen. Für den Kernteil sowohl der Festnetze als auch der Mobilfunknetze könnte deshalb von einem Netz der nächsten Generation (NGN) ausgegangen werden. Auch der Zugangsteil der Mobilfunknetze sollte sich auf 2G- und 3G-Telefontechnik stützen. [...]

6. Im Rahmen des „LRIC“-Modells gilt als relevante Zusatzleistung die auf der Vorleistungsebene für Dritte erbrachte Anrufzustellung. Dies setzt voraus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der zusätzlichen Kosten feststellen, wie hoch die Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet, und den langfristigen Gesamtkosten dieses Betreibers ohne Anrufzustellung für Dritte auf der Vorleistungsebene ist. Zwischen verkehrsabhängigen Kosten und verkehrsunabhängigen Kosten ist zu unterscheiden, wobei letztere bei der Berechnung der Vorleistungs-Zustellungsentgelte nicht berücksichtigt werden. Um die relevanten Zusatzkosten zu ermitteln, wird empfohlen, die verkehrsbedingten Zusatzkosten zunächst anderen Diensten als der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zuzuordnen, wobei nur die restlichen verkehrsbedingten Kosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zugewiesen werden. Dies bedeutet, dass nur solche Kosten, die vermieden werden, wenn ein Anrufzustellungsdienst auf der Vorleistungsebene nicht länger für Dritte erbracht wird, den regulierten Anrufzustellungsdiensten zugewiesen werden sollten. Die Grundsätze, nach denen die Zusatzkosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in Fest- bzw. Mobilfunknetzen berechnet werden, sind im Anhang dargelegt.

7. Empfohlen wird, zur Abschreibung des Anlagevermögens soweit wie möglich auf die wirtschaftliche Abschreibung zurückzugreifen.

8. Bei der Entscheidung über die geeignete effiziente geschäftliche Größenordnung des im Modell angenommenen Betreibers sollten die nationalen Regulierungsbehörden die

Grundsätze für die Festlegung der geeigneten Größenordnung in Fest- und Mobilfunknetzen berücksichtigen, wie sie im Anhang dargelegt sind. [...]

11. Diese Empfehlung ergeht unbeschadet der bisherigen Regulierungsentscheidungen, die die nationalen Regulierungsbehörden auf den hier genannten Gebieten erlassen haben. Dessen ungeachtet sollten die nationalen Regulierungsbehörden sicherstellen, dass die Zustellungsentgelte bis zum 31.12.2012 kosteneffizient und symmetrisch umgesetzt werden, [...].“

Der Anhang der Terminierungsempfehlung lautet auszugsweise:

„Unter Berücksichtigung der Entwicklungen der Marktanteile in einigen EU-Mitgliedstaaten wird für die Zwecke des Kostenrechnungsmodells empfohlen, die effiziente geschäftliche Größenordnung bei einem Marktanteil von 20 % festzulegen. Es ist davon auszugehen, dass Mobilfunkbetreiber, die neu auf dem Markt sind, danach streben, die Effizienz und die Einnahmen zu erhöhen, um so einen Mindestmarktanteil von 20 % zu erlangen.“

Auch wenn Empfehlungen rechtlich nicht verbindlich sind (Art 288 AEUV), sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl. das Urteil vom 13. Dezember 1989, Rs C-322/88, Grimaldi, Slg 1989, 4407) Empfehlungen bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechtes zu berücksichtigen.

Darüber hinaus ist für den Telekommunikationsbereich zu beachten, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung des TKG 2003 auf Empfehlungen gemäß § 34 Abs 3 TKG 2003 „Bedacht zu nehmen“ hat. Nach Art 19 Abs 2 Rahmenrichtlinie hat die Regulierungsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Empfehlungen der Europäischen Kommission iSd Art 19 Abs 1 Rahmenrichtlinie „weitestgehend Rechnung [zu] tragen“. Die Terminierungsempfehlung ist auf Art 19 Abs 1 Rahmenrichtlinie gestützt.

Der Terminierungsempfehlung kommt daher auf Grund dieses ausdrücklichen Berücksichtigungsgebotes eine höhere Bedeutung als sonstigen Instrumenten des „softlaws“ zu (vgl. dazu VwGH 28.2.2007, 2004/03/0210). Daran ändert auch nichts, dass andere Mitgliedstaaten von der Terminierungsempfehlung abweichen. So ist in diesem Zusammenhang auf die „Empfehlung der Europäischen Kommission vom 27.6.2013 gemäß Artikel 7a der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmenrichtlinie“) in der Sache DE/2013/1424: Vorleistungsmärkte für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen in Deutschland“ zu verweisen, in der die Europäische Kommission „empfiehlt“, dass die Bundesnetzagentur dafür sorgen möge, dass „die Beurteilung der effizienten Kosten im Hinblick auf die in Mobilfunk-Zustellungsmärkten angewandten Entgelte auf einer reinen BU-LRIC-Methode beruht, da dies die angemessenste Methode für die Regulierung der Entgelte auf den Mobilfunk-Zustellungsmärkten ist.“ (vgl. ebenso die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 8.8.2013 betreffend Festnetzterminierung in Deutschland, DE/2013/1430).

Neben dem rechtlichen Gebot zur Berücksichtigung der Terminierungsempfehlung bestehen auch, wie festgestellt, Gründe aus ökonomischer Sicht, die Verpflichtung zur Kostenorientierung dahingehend zu interpretieren, dass die verfahrensgegenständlichen Entgelte in der Höhe der „Pure LRIC“ – in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Terminierungsempfehlung – festgelegt werden.

Wie festgestellt, wird nämlich die höchste allokativen Effizienz auf einem Markt dann erzielt, wenn sich der Preis an den langfristigen Grenzkosten orientiert; aus allokativen Effizienzgesichtspunkten ist Pure LRIC gegenüber dem bisher – für andere Mobilbetreiber (vgl. die Bescheide gemäß M 1/08) – zur Anwendung gelangten Kostenstandard LRAIC zu präferieren.

Durch den Pure LRIC-Ansatz erhöht sich darüber hinaus der Spielraum für Tarifinnovation. Durch Vorleistungspreise, die sich an den langfristigen Grenzkosten orientieren, wird insbesondere kleinen Betreibern mit einem hohen Anteil an netzexternem Verkehr ein höheres Maß an Flexibilität bezüglich der Tarifgestaltung eingeräumt.

Darüber hinaus werden beim Pure LRIC-Standard – im Gegensatz zu LRAIC – (in gewisser Weise) auch Anrufexternalitäten berücksichtigt. Es erfolgt somit eine Umstellung von einem reinen Calling Party Pays- auf ein Both Parties Pay-Regime (vgl Erwägungsgrund 15 der Terminierungsempfehlung).

Bei Pure LRIC gibt es keine Kostentragung von Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten, sofern sie nicht dem Inkrement Terminierung zuzurechnen sind. Sämtliche inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung (von extern) werden jedoch abgedeckt: Dies ergibt sich aus der Modellierung: Wie aus dem Gutachten ersichtlich, werden zwei optimale Netze modelliert: Einmal mit und einmal ohne (externe) Terminierung. Die Differenz in den Kosten ergibt sich insbesondere aus den notwendigen Kapazitätserweiterungen, die für den zusätzlichen Terminierungsverkehr anfallen. Dies bedeutet, dass auch inkrementelle fixe Kosten – auch wenn sie teilweise versunken sein sollten – und inkrementelle gemeinsame Kosten abgedeckt werden. Durch die Anwendung einer angemessenen Kapitalverzinsung für das zusätzlich eingesetzte Kapital werden auch die inkrementellen Kapitalkosten berücksichtigt.

Negative Auswirkungen auf Investitionen sind damit nicht zu erwarten, da die eindeutig durch die Leistung Terminierung verursachten Kosten abgegolten werden.

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission von § 1 TKG 2003 leiten zu lassen, einen „*chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb*“ sicherzustellen (§ 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003), damit wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde.

Ziel der Regulierung ist es, sicherzustellen, dass die Konsumenten die (von ihnen indirekt bezogene) Terminierungsleistung zu Konditionen beziehen können, die mit jenen vergleichbar sind, die sich bei Vorliegen effektiven Wettbewerbs einstellen (vgl Erwägungsgrund 20 der RL 2002/19/EG; § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003; vgl auch Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung).

Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der Investitionen und den mit diesen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt.

Um dem wesentlichsten der festgestellten Wettbewerbsprobleme Rechnung zu tragen, war somit eine Verpflichtung vorzusehen, dass die Lycamobile gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ – höchstens – ein Entgelt verrechnet, das sich an den inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv Pure LRIC orientiert. Umfasst von dieser Verpflichtung ist die Monopulleistung der Anrufzustellung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der im Spruch genannten Partei, wobei gleichgültig ist, wo das Gespräch (Fest- oder Mobilnetz, In- oder Ausland) originiert.

Die festgestellten Kosten der Terminierung iSv Pure LRIC – unter Zugrundelegung der oben genannten Grundsätze der Terminierungsempfehlung – für die Terminierung in ein Mobilnetz eines effizienten Betreibers betragen Cent 0,8049 pro Minute. Damit war spruchgemäß festzulegen, dass Lycamobile für die Terminierungsleistung in ihr Mobiltelefonnetz ein maximales Entgelt (pro Minute) in der Höhe von Cent 0,8049 erhält. Da

Lycamobile bereits ein Terminierungsentgelt in dieser Höhe verrechnet und somit keine Entgeltänderung einzutreten hat, war nicht darauf Rücksicht zu nehmen, dass ein „neues“ Terminierungsentgelt aus verrechnungstechnischen Gründen – Terminierungsentgelte werden monatsweise abgerechnet – mit einem Monatsersten beginnend festgelegt werden sollte. Damit waren auch – ungeachtet der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Rückwirkung von Vorabverpflichtungen (VwGH 25.6.2008, ZI 2007/03/0211) – keine Überlegungen hinsichtlich der Anregung der Hutchison zur rückwirkenden Anordnung der Mobilterminierungsentgelte zum 1.11.2013 anzustellen.

Von einer Neuberechnung der Entgelte iSv Pure LRIC war vor dem Hintergrund abzusehen, dass diese Entgelte erst mit Geltung ab November 2013 angeordnet wurden, und ein neues (anderes) Entgelt entweder zu einer nicht gerechtfertigten Asymmetrie zwischen den Betreibern führen oder aber eine (plötzliche) Anpassung der Entgelte der anderen Betreiber erforderlich machen würde, was zu hohen Transaktionskosten führt. Damit wird eine nichtdiskriminierende Behandlung aller Mobilbetreiber erreicht, was von der an der Konsultation nach § 128 TKG 2003 teilnehmenden Tele2 Telecommunication GmbH grundsätzlich begrüßt wird.

Im Zusammenhang mit der hier vorgenommenen Entgeltfestlegung für Lycamobile, die als MVNO ihre Mobil-Dienste erbringt, ist weiters zu berücksichtigen, dass für Lycamobile ein Terminierungsentgelt in derselben Höhe wie für ihren Host-Netzbetreiber (A1 Telekom Austria AG) festgelegt wird. Damit werden Arbitragemöglichkeiten verhindert, die dadurch eröffnet werden könnten, dass ein Mobilfunknetzbetreiber zur Umgehung der Entgeltregulierung ein Tochterunternehmen gründet.

Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003). Die Senkung der Terminierungsentgelte begegnet dem von der Telekom-Control-Kommission festgestellten Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen und bringt den Konsumenten damit Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003).

Zum Wasserbett-Effekt

Im Zusammenhang mit dem Wasserbett-Effekt (dh, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte einen Anstieg bestimmter Endkundenentgelte zur Folge haben kann) ist auszuführen, dass der Pure LRIC-Ansatz nachteilige Auswirkungen auf Teilnehmer mit geringer Nutzung haben kann, wobei der mögliche Effekt auf die Grundentgelte als gering eingeschätzt werden kann, weil die Absenkung in Absolutbeträgen nicht sehr hoch ist und letztlich für einen bestimmten Betreiber auch nur in dem Maße erlösmindernd wirkt, in dem ein Net-Inflow an Verkehrsminuten besteht. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass in einem dynamischen Umfeld mit hoher Innovation, hohem Wachstum und zahlreichen Änderungen, wie im Bereich der Telekommunikation, ein solcher Effekt nur schwer messbar ist. So wird auch nicht konkret dargelegt, warum und gegebenenfalls inwieweit dieser Effekt bei der Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung zu berücksichtigen wäre bzw um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das Mobil-Terminierungsentgelt regulatorisch zu erhöhen (bzw geringer abzusenken) wäre.

Es kann nicht erkannt werden, dass ein möglicher Wasserbett-Effekt bei der Regulierung einer einzelnen Leistung (und nicht eines Sektors mit zahlreichen Produkten) zu berücksichtigen ist. Es geht um die Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass andere (Mobilfunk-)Leistungen erhöht werden müssen, sondern darum, dass Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt festgestellt wurden und es gilt, diese zu reduzieren. Allokative Verzerrungen bleiben bestehen, solange die Preise der verfahrensgegenständlichen Leistung über den Grenzkosten liegen.

Mit dem Argument eines „Wasserbett-Effekts“ lässt sich nämlich jeder regulatorische Eingriff zum Schutz vor Monopolpreisen eines Mehrproduktunternehmens hinterfragen, wenn nicht sogar wegargumentieren. Wenn Gemeinkostenaufschläge von den (nach unten) regulierten Terminierungsentgelten auf andere, vielleicht preiselastischere Leistungen aufgeschlagen würden, so würde das auch im Sinn der Verteilungswirkungen bedeuten, dass die Gemeinkosten des Mobilfunkbetriebes dann verstärkt von Mobilkunden getragen werden.

Demgegenüber soll durch gegenständliche Maßnahme insbesondere dem erstgenannten Wettbewerbsproblem begegnet werden. Würde man dem „Wasserbett-Effekt“ folgen und so etwa einen Aufschlag auf Mobil-Terminierungsentgelte akzeptieren, würden Festnetz-Kunden weiterhin überhöhte Entgelte entrichten, damit Mobil-Kunden nicht andere Mobil-Leistungen zu höheren Preisen kaufen müssen. Dieser Zusammenhang zeigt, dass eine Berücksichtigung des „Wasserbett-Effektes“ eine als grundsätzlich geeignet identifizierte spezifische Verpflichtung, wie jene der Kostenorientierung, zu einer ungeeigneten Verpflichtung werden lässt.

Keine Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern (mehr) in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden

Als viertes Wettbewerbsproblem wurden – für den Fall der Nichtregulierung – Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern in Bereichen, in denen sich Geschäftsfelder überschneiden, festgestellt. Um diesem Wettbewerbsproblem zu begegnen und um ein wirksames Instrument gegen einen „Margin Squeeze“ („Preis-Kosten-Schere“) zu schaffen, kann die Anwendung eines (internen/externen) Diskriminierungsverbots betreffend den Preis eine geeignete spezifische Verpflichtung sein. Eine solche wurde auch in früheren Marktanalyseentscheidungen zu M 1/08 vorgesehen. Ein Margin Squeeze kann jedoch nur dann praktiziert werden, wenn der Mobilbetreiber dem Festnetzbetreiber Mobilterminierungsentgelte in Rechnung stellt, die über den langfristigen Grenzkosten liegen.

Da mit gegenständlicher Anordnung das Entgelt für die Mobil-Terminierungsleistung auf die Inkrementalkosten eines effizienten Betreibers (als gute Annäherung an die langfristigen Grenzkosten) gesenkt und von einer schrittweisen Absenkung abgesehen wird, ist eine wiederholte Auferlegung eines internen/externen Diskriminierungsverbots für die Fälle von sich überschneidender Geschäftsfälle nicht mehr notwendig.

Zur Asymmetrie zwischen nationalen und internationalen Terminierungsentgelten und zur wirtschaftlichen Situation

a. Der festgelegte Pure LRIC Wert liegt im europäischen Vergleich im unteren Bereich. Aus diesem Umstand kann jedoch eine Rechtfertigung eines höheren Wertes nicht abgeleitet werden, da verfahrensgegenständlich lediglich die Analysen der bundesweit abgegrenzten Märkte sind und die durchgeführten Ermittlungen der Inkrementalkosten der verfahrensgegenständlichen Leistung zeigen, dass ein effizienter Betreiber in Österreich die verfahrensgegenständliche Leistung (im europäischen Vergleich) zu den festgestellten Kosten erbringen kann. Die festgestellten allokativen Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte können mit einem höheren Wert nicht bekämpft werden; eine Verpflichtung, die ein höheres Entgelt als Zielwert vorsehen würde, kann damit nicht als geeignet iSd § 37 TKG 2003 angesehen werden.

Die vorgenommene Abgrenzung des gegenständlichen Marktes umfasst die Leistung der Zustellung von Sprach-Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefon, unabhängig davon wo der Anruf originiert (Inland, Ausland, Mobil- oder Festnetz).

Auch die Asymmetrie in den Zahlungsflüssen für Terminierungsleistungen im Auslandsverkehr wegen eines unterschiedlichen Niveaus der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa bedeutet nicht, dass ein höheres Terminierungsentgelt festgelegt wird. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopolleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission nach §§ 36ff TKG 2003 bezieht sich primär (vgl § 37 Abs 3 TKG 2003) auf nationale Kommunikationsleistungen, weswegen im Rahmen einer Marktanalyse kein Einfluss auf Terminierungsentgelte ausländischer Betreiber genommen werden kann.

Darüber hinaus wurden (und werden) auch von anderen Regulierungsbehörden Terminierungsentgelte entsprechend der Terminierungsempfehlung festgelegt, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass das von einigen Verfahrensparteien aufgezeigte Problem der Asymmetrie geringer wird.

Abschließend ist auf einschlägige Judikatur zu verweisen, aus der sich ergibt, dass höhere Kosten für Auslandsterminierung keinen Bezug zu den von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigenden Regulierungszielen haben (VwGH vom 20.6.2012, ZI 2009/03/0058: *„Der Hinweis auf höhere Kosten, die der beschwerdeführenden Partei bei Terminierungen im Ausland entstehen und den damit nach den Ausführungen der beschwerdeführenden Partei verbundenen ‘weiteren Vermögensabfluss’ stellt – wie auch der Wunsch nach einem Schutz der ‚Interessen der Branche im Verhältnis zu ausländischen Volkswirtschaften‘ – keinen Bezug zu den von der belangten Behörde zu berücksichtigenden Regulierungszielen gemäß § 1 Abs 2 und § 34 TKG 2003 bzw Art 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG her.“*

b. Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung und einer Mobil-Mobil-Terminierung ist zum einen festzuhalten, dass auf Grund der derzeit bestehenden Marktanteilsunterschiede und unausgeglichenen Salden zwischen Mobilfunkbetreibern die Gefahr von Foreclosure-Strategien besteht. Zum anderen ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, der zu Folge eine Differenzierung (Fest-Mobil- und Mobil-Mobil-Zusammenschaltung) innerhalb eines einheitlichen Marktes der gebotenen einheitlichen Beurteilung widersprechen könnte (vgl Erkenntnis vom 25.6.2008, 2007/03/0211). So war auch im Rahmen der Definition des gegenständlichen Marktes nicht zwischen den unterschiedlichen Leistungen „Fest-Mobil“- und „Mobil-Mobil-Terminierung“ zu unterscheiden.

Zur umfassenden Geltung der Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003

Die konkrete Formulierung der Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 stellt sicher, dass das angeordnete Entgelt in dieser Form auch allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt wird. Dies geschieht vor dem Hintergrund der Feststellung, dass das marktmächtige Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, (externe) Diskriminierung und foreclosure zu betreiben.

Es besteht nämlich die Gefahr, dass der Versuch unternommen wird, die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle durch eine geschickte Vertragsgestaltung zu umgehen und Bedingungen beispielsweise nicht mit selbem Wirkungsbeginn, sondern zeitverzögert anderen Betreibern einzuräumen. Diese Möglichkeit bestand für das marktmächtige Unternehmen vor dem Hintergrund der spezifischen Regulierungssituation in Österreich, die grundsätzlich der Privatautonomie den Vorrang vor hoheitlicher Intervention gibt (§§ 48, 50 TKG 2003). Erst im Streitfall konnte die Regulierungsbehörde gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 angerufen werden; im Rahmen dieser Streitschlichtungsentscheidung hatte die Telekom-Control-Kommission auf die gegebenenfalls einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegten spezifischen Verpflichtungen Bedacht zu nehmen.

Wohl vor dem Hintergrund, dass die Zahl der privatautonom umgesetzten Entgeltsenkungen gering ist, hat die Europäische Kommission die Vorgangsweise der österreichischen Regulierungsbehörde hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte als „nicht effektiv“ bezeichnet (Schreiben der Europäische Kommission vom 7.10.2004 zu M 15a-e/03, AT/2004/0099). Der Verwaltungsgerichtshof hat erkannt, dass diesen Bedenken entgegen § 129 Abs 2 TKG 2003 durch die Telekom-Control-Kommission nicht weitestgehend Rechnung getragen wurde; der Verweis der Telekom-Control-Kommission auf den Vorrang der Privatautonomie wurde vom Verwaltungsgerichtshof als nicht ausreichend angesehen (Zahl 2004/03/0210 vom 28.2.2007).

Um eine effiziente Durchsetzung der Entgeltverpflichtung hinsichtlich der regelmäßig umstrittenen Frage der Terminierungsentgelte zu ermöglichen und damit den Bedenken der Europäische Kommission und dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes Rechnung zu tragen, war die Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 konkret zu fassen, sodass sichergestellt ist, dass die gemäß § 42 TKG 2003 auferlegten Entgelte zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden.

Die konkrete Form der Umsetzung dieser Verpflichtung wird der im Spruch genannten Verfahrenspartei überlassen.

Zu den näheren Regelungen für das anzuwendende Entgelt

Zum konkret festgelegten Entgelt wurde festgehalten, dass der Betrag in Cent und ohne Umsatzsteuer angeführt ist und weiters, dass das Entgelt tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig ist. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen sind keine zusätzlichen Entgelte zu verrechnen. Das konkret zu entrichtende Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

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

6.3.3. Zur Verhältnismäßigkeit

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

7. Zur TKMV 2008

Gemäß § 133 Abs 11 TKG 2003 ersetzt die in Spruchpunkt A getroffene Marktabgrenzung jene der Märkte des § 1 Z 9 TKMV 2008 (BGBl II Nr 505/2008 idF BGBl II Nr 468/2009).

8. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

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

den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Verfügung zu stellen („*Koordination*“).

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

Im Rahmen der Konsultation iSd § 128 TKG 2003 wurde eine Stellungnahme übermittelt; ihr Inhalt wird im jeweiligen Sachzusammenhang behandelt.

Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 2.7.2014 ihren Beschluss mitgeteilt, keine Bemerkungen zum Entwurf einer Vollziehungshandlung im gegenständlichen Verfahren zu haben.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Bei der Einbringung der Beschwerde ist an das Bundesverwaltungsgericht eine Gebühr von Euro 30,-- zu entrichten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 14.7.2014

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé