

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/6 2005/03/0088

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;

E1E;

E3L E13206000;

E5XC E13206000;

40/01 Verwaltungsverfahren;

59/04 EU - EWR;

91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

11997E082 EG Art82;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art14;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art15 Abs2;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art15;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art16 Abs1;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art16;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art7 Abs4;

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Erwägungsgrund25;

52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz20;

52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz70;

52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz78;

52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze;

AVG §1;

EURallg;

TKG 2003 §117 Z6;

TKG 2003 §34 Abs1;

TKG 2003 §35 Abs2 Z3;

TKG 2003 §35;

TKG 2003 §37 Abs1;

TKG 2003 §37 Abs2;

TKG 2003 §37;

TKG 2003 §38 Abs3;

TKG 2003 §41 Abs2 Z9;

TKG 2003 §42 Abs1;

TKG 2003 §42;

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Telekabel Wien GmbH, vertreten durch Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. Dezember 2004, Zl. M 8g/03-25, betreffend Feststellung beträchtlicher Marktmacht und Auferlegung spezifischer Verpflichtungen, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Vorleistungsmarkt "Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der Telekabel Wien GmbH" im Sinne des § 1 Z 8 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt I.). Weiters wurde der Beschwerdeführerin gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 die spezifische Verpflichtung gemäß § 42 Abs 1 TKG 2003 auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts ("Benchmarking") ein Entgelt zu verrechnen, das sich als Ausgangswert am derzeit aktuellen Entgelt der Telekom Austria AG für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass es sich beim Markt "Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (Vorleistungsmarkt)" entsprechend der TKMVO 2003 um einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung handle, der die Terminierung von Gesprächs- sowie Fax- und Modemwählverbindungen (mit Ausnahme von Einwahlverbindungen zum Internet) in das Netz des jeweiligen - den Markt konstituierenden -

Betreibers, im konkreten Fall der Beschwerdeführerin, umfasse.

Im Folgenden wird der von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid (Abschnitt B) festgestellte Sachverhalt auszugsweise wiedergegeben:

"2.2. Größe der Terminierungsmärkte im Vergleich:

Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte unterscheiden sich im Wesentlichen in der Menge der abgewickelten Minuten und den erzielten Umsätzen. Die gegenständliche Analyse stellt auf Gesprächsminuten ab. Da die Terminierungsleistung zu einem Teilnehmer nur vom Terminierungsnetzbetreiber erbracht werden kann und auf kein anderes Terminierungsnetz ausgewichen werden kann, ist die Größe kein relevanter Indikator für die Marktmacht des Terminierungsnetzbetreibers. Sie könnte aber dennoch eine Rolle in den Verhandlungssituationen spielen, wenn ein Betreiber eines großen Netzes allenfalls aufgrund seines Terminierungsvolumens über eine bessere Verhandlungsposition gegenüber einem kleinen Netzbetreiber einnehmen könnte.

Telekom Austria hat in den ersten drei Quartalen 2003 mit einem Volumen von 7,5 Milliarden Minuten mit Abstand den meisten Verkehr terminiert. Es folgen Priority/Telekabel mit rund 270 Millionen Minuten, UTA mit 140 Millionen und eTel mit 120 Millionen Terminierungsminuten. Die anderen Betreiber terminieren weniger als 100 Millionen Minuten (von Januar bis September 2003).

Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den Umsätzen ab. Die Relation Umsatz zu Verkehrsminuten der Telekom Austria ist niedriger als jene der alternativen Netzbetreiber. Dieser Unterschied ist darauf zurückzuführen, dass die Terminierung im Netz der Telekom Austria größtenteils lokal erbracht wird, für die Terminierung im Netz der ANB hingegen (aufgrund unterschiedlicher Netztopologien) ein Entgelt in Höhe des regionalen Terminierungsentgelts der Telekom Austria verrechnet wird, das höher ist als das lokale.

Eine Differenzierung wird jedoch nach den wirtschaftlichen Gutachten im Hinblick auf die Wettbewerbsprobleme und

in der Folge hinsichtlich der Regulierungsinstrumente vorgenommen:

### 3. Zur Analyse des Marktes 'Terminierung in das öffentliche Telefonnetz der Telekabel Wien GmbH an festen Standorten'

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind Monopolmärkte (§ 1 Z 8 TKMVO 2003 sowie Ziffer 9 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors).

Es folgt daraus, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung ('single dominance') iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Da jeder neu in den Festnetzsektor einsteigende Netzbetreiber, der Anrufzustellung zu an sein Netz angeschlossenen Teilnehmern anbietet, einen neuen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert, ist das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Terminierungsmarkt nicht möglich.

Weiters wird die Untersuchung einer alleinmarktbeherrschenden Stellung durch die vorgegebene Marktdefinition und auch die Tatsache, dass es in der Vergangenheit auch auf dem gegenständlichen Markt wirksame Eingriffe der Regulierungsbehörde (reziproke Entgelte) gegeben hat (Verfahren gemäß § 41 TKG (1997)), auf wenige Kriterien iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 reduziert.

#### 3.1. Markteintrittsbarrieren

Im Falle der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren (auf Grund der gegebenen Marktabgrenzung) unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht vorhanden. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden (Monopol-)Terminierungsmärkte und konstituiert wiederum einen eigenen Markt. Aus diesem Grund erübrigt sich für die Terminierungsmärkte eine weiterführende Analyse der Markteintrittsbarrieren.

#### 3.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten sind auf Grund der Marktdefinition Monopolmärkte, die Marktanteile liegen daher konstant bei 100%. Ein - von alternativen Netzbetreibern (ANB) in die Argumentation eingebrachter - 'betreiberübergreifender' Terminierungsmarkt existiert daher nach der Märkteempfehlung der EK und der TKMVO 2003 nicht.

Unterschiede - wenn auch nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation - gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte. Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich. Hinsichtlich des Beurteilung, ob SMP-Stellung gegeben ist, kann wegen des Marktanteils aber keine Differenzierung zwischen Telekom Austria und ANBs stattfinden, da die Größenunterschiede bei der SMP-Feststellung letztlich bedeutungslos sind (siehe unten). Sofern relevant werden Größenverhältnisse im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Nicht relevant (und daher einer eingehenden Analyse entzogen) sind die weiteren SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell marktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende SMP-Indikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

#### 3.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

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

#### 3.4. Marktverhalten - bisherige Regulierung

Die Terminierungsleistung der alternativen Netzbetreiber wurde über die Reziprozität der Entgelte seit der Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997), erstmals im März 1998 im Verfahren Z 1/97, reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext 'Marktverhalten' zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung entzogen, sodass deren Untersuchung auf Basis einer Expost-Betrachtung (wie haben sich die Unternehmen in der Vergangenheit verhalten)

allenfalls Aussagen über die Regulierungstätigkeit, nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen liefern würde. Aus diesem Grund ist eine Ex-ante-Betrachtung anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter 'Green-Field-Ansatz'). Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen, d.h. 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.

### 3.5. Marktergebnis

Ähnliches gilt für die im Kontext 'Marktergebnis' zu analysierenden Kriterien, wie Performancemaße (Rentabilitätsmaße) oder internationale Preisvergleiche. Auch auf Basis internationaler Preisvergleiche lassen sich - da die betroffenen Entgelte angeordnet sind - keine Schlussfolgerungen in Richtung Marktmacht ziehen. Ein grundsätzliches Problem internationaler Vergleiche ist die Heterogenität insbesondere von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, weshalb man die ausgewiesenen Kennzahlen immer auch mit entsprechender Vorsicht interpretieren muss und wiederum anders gegenüber reinen Verbindungsnetzbetreibern, die auf der Vorleistungsebene nur Leistungen beziehen, nicht aber anbieten.

### 3.6. Strukturelle Besonderheiten

Die Terminierungsleistung im Festnetz ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

\* Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten Teilnehmer ist - jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist - eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem der Teilnehmer subskribiert ist, erbracht werden. Dies ergibt sich bereits aus der Marktdefinition gemäß TKMVO 2003.

\* Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Festnetzteilnehmer trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als Calling-Party-Pays-Prinzip (CPPP) 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 beiden Besonderheiten ist der Betreiber nicht Preisnehmer, sondern hat einen (Monopol-)Preissetzungsspielraum in Bezug auf die Zustellung von Gesprächen an seine Teilnehmer. Inwieweit er diesen Preissetzungsspielraum tatsächlich nutzen kann, hängt nicht zuletzt auch von der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht ab. Wie er ihn nutzen wird, hängt von der Anreizstruktur ab.

Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung wie auch für die gegebenenfalls aufzuerlegenden Regulierungsmaßnahmen ist es daher von Bedeutung, welche konkreten Marktfehler in Zusammenhang mit einer unregulierten Terminierungsleistung vor dem Hintergrund der Anreizstruktur der Unternehmen und der Wechselwirkung der Terminierungsmärkte mit anderen Märkten (insbesondere den Endkundenmärkten) aus ökonomischer Sicht - unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung - zu erwarten sein würden. So wird sich ein Anbieter von Terminierungsleistung gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten anders verhalten (bzw. einen Anreiz haben sich anders zu verhalten), als gegenüber einem (reinen) Mobilnetzbetreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb auf Endkundenmärkten steht.

### 3.7. Nachfrageseitige Gegenmacht

#### 3.7.1. Nachfrageseitige Gegenmacht und Wettbewerbsbeurteilung

Auf resistenten Monopolmärkten wie den Terminierungsmärkten ist die Marktgegenseite (die Nachfrager) letztlich die einzig verbleibende Kraft, die die mit Monopolmärkten normalerweise einhergehende Marktmacht potenziell disziplinieren könnte. Die Beurteilung der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht - die letztlich das Schlüsselkriterium für die Beurteilung von Marktmacht auf den betreiberindividuellen Terminierungsmärkten ist - wird im Folgenden dargestellt.

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber einem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in

beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207).

Die Frage der Existenz und des Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht ist vor allem in hoch konzentrierten Märkten zu stellen und besonders relevant auf Märkten, in denen der Anbieter über ein Monopol verfügt. Der Grund dafür liegt darin, dass bei sehr niedriger Marktkonzentration, d. h. vielen kleinen Anbietern mit unbedeutenden Anteilen, eher davon auszugehen ist, dass der einzelne Anbieter Preisnehmer ist, d.h. über keinen oder nur einen geringen Preissetzungsspielraum verfügt. Der ökonomischen Literatur zufolge bestehen für einen rational handelnden Monopolisten Anreize seine Profite zu maximieren, d.h. die Entgelte auf das Niveau des Monopolpreises zu setzen. Die statische Konsequenz eines solchen Verhaltens sind zu geringe Outputmengen, überhöhte Preise und damit einhergehend ein Verlust an Wohlfahrt ('dead-weight loss') und allokativer Verzerrungen.

Im gegebenen Zusammenhang wird ausgehend vom Monopol der Terminierung dargestellt, ob auf den jeweiligen Terminierungsnetzbetreiber nachfrageseitig eine disziplinierende Wirkung in einem Umfang ausgeübt wird bzw. werden kann, dass es diesem unmöglich ist seinen Monopol-Preissetzungsspielraum zu nutzen und sich daher unabhängig von seinen Kunden zu verhalten. Im Extremfall kann sich der Preissetzungsspielraum des Monopolisten aufgrund nachfrageseitiger Gegenmacht derart reduzieren, dass er seinen Preis nicht über das (fiktiv) wettbewerbliche Niveau heben kann. Damit wird die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zu einer Schlüsselfrage für die Beurteilung der Marktmacht des Monopolisten insgesamt. Grundsätzlich können Monopolisten auch durch niedrige Marktzutrittsbarrieren (Bestreitbarkeit des Marktes) zu einem wettbewerbskonformen Preissetzungsverhalten veranlasst werden. Für die Beurteilung der Terminierung ist dies freilich - mangels Bestreitbarkeit auf Grund der Marktstruktur - nicht relevant.

Zunächst ist der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion allgemein darzustellen:

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. Hier wird von den Besonderheiten einer völlig inelastischen, einer völlig elastischen und einer positiv geneigten Nachfragefunktion wie sie bei Giffengütern gegeben sein kann, abgesehen, da diese im gegebenen Kontext keine Relevanz haben. Die Nachfragefunktion nach externen Terminierungsleistungen dürfte insgesamt relativ unelastisch sein. Die Elastizität der Nachfrage (diese gibt die Mengenreaktion der Nachfrage bezogen auf eine Preisveränderung an) kann unterschiedlich sein, wobei grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeuten. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte, sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) restringierende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Dieser allgemein gültige Zusammenhang zwischen Nachfrage und Angebot ist für die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht im Fall von Monopolen nur in der Frage der Preissetzung relevant, in der Gegenmacht der Endkunden geht es vielmehr um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten davon abzuhalten, den Preis auf das für ihn profitmaximierende Niveau des Monopolpreises zu heben und ihn dazu zu zwingen, den Preis den langfristigen Grenzkosten der Produktion anzunähern.

Inwieweit die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell d.h. gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt über Preisdiskriminierung eine für Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Preisdiskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein direkter Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopolmacht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Zur Untersuchung der nachfrageseitigen Gegenmacht auf Festnetzterminierungsmärkten wurden die in der folgenden Abbildung dargestellten und im Anschluss daran ausführlich behandelten Fragestellungen untersucht und beurteilt:

(...)

Auf der Endkundenebene:

1. Können Kunden des Festnetzbetreibers, der die Terminierungsleistung erbringt, gegebenenfalls Gegenmacht auf die Terminierungs-entgelte ausüben? (vgl. Abbildung Pfeil 1)

2. Können rufende Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?

(vgl. Abbildung, Pfeil 2)

Auf der Vorleistungsebene:

Inwieweit können andere Betreiber, die die Festnetzterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben?

Hierbei ist zu unterscheiden, ob der nachfragende Festnetzbetreiber

- ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber auftritt (One-way Access) oder

- ob er selbst über ein eigenes Teilnehmernetz verfügt und daher dem terminierenden Netzbetreiber eigene

Terminierungsleistungen anbietet (Two-way Access; vgl. Abbildung, Pfeil 3). Im Two-way Access Fall ist des weiteren zu

unterscheiden, ob der die Terminierung nachfragende Betreiber

\* auf gleichen Endkundenmärkten tätig ist (also

Festnetzbetreiber ist und damit zum terminierenden Betreiber in direkter Konkurrenz steht) oder

\* ob die Nachfrage von einem Mobilbetreiber ausgeht.

In all diesen Fällen ist nicht nur die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben zu diskutieren, sondern auch zu erörtern, in wie weit Anreize bestehen diese Verhandlungsmacht auszuüben bzw. wie diese Anreize gegebenenfalls kanalisiert werden.

Die weitere Diskussion folgt dieser Unterteilung. Den Ausgangspunkt bildet die Endkundenebene, da die Nachfrage nach Terminierungsleistungen von der Endkundennachfrage abgeleitet ist.

### 3.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Endkundenebene

(...)

### 3.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene Allgemeines

Nach § 22 iVm §§ 48f TKG 2003 sind Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze - wie auch nach der Rechtslage nach dem TKG (1997) - zur Sicherung der Interoperabilität verpflichtet, (auch) über Zusammenschaltungsentgelte zu verhandeln. Im Falle einer Nichteinigung entscheidet die Regulierungsbehörde, deren Anordnung, wie nach dem TKG (1997) auch nach dem TKG 2003, eine vertragsersetzende Wirkung zukommt. Diese Rückfallposition führte dazu, dass die Abschätzung einer möglichen Entscheidung der Regulierungsbehörde und die Öffnungsklauseln in den Verträgen, die eine Anpassung an aktuelle Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsahen, in den Verhandlungen eine zentrale Position einnahm und die Verhandlungsmacht bzw. die Willensbildung dadurch beeinflusst wurde. Die Ergebnisse der Verhandlungen und die Anordnungen der Behörden können daher nicht als ungezwungen zustande gekommene Resultate von Marktkräften betrachtet werden. Dem Rechnung tragend und um eine allfällige Gegenmacht beurteilen zu können, fokussieren die weiteren Darstellungen auf eine (hypothetische) Verhandlungssituation ohne Regulierung ('Green-Field-Ansatz').

Kategorien der Netzbetreiber:

Ein Anbieter von Festnetzterminierungsleistung hat gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten gegebenenfalls

eine andere verhaltensrelevante Anreizstruktur als gegenüber einem Betreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb steht. Aus diesem Grund wird im Folgenden zunächst unterschieden, ob ein Mobilfunkbetreiber oder ein Festnetzbetreiber die Terminierungsleistung nachfragt. Der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 entsprechend wird davon ausgegangen, dass sich die Terminierungsleistungen im Festnetz nicht durch Terminierungsleistungen im Mobilnetz substituieren lassen, sondern dass diese in verschiedene Märkte fallen.

In der Beurteilung der Gegenmacht soll weiters unterschieden werden, ob der Nachfrager ein Teilnehmernetzbetreiber ist und daher ebenfalls Terminierungsleistung anbietet (Two-way Access) oder ob es sich um einen Verbindungsnetzbetreiber handelt, der selbst keine Terminierungsentgelte setzen kann, weil er keine Teilnehmer angeschlossen hat (One-way Access). Diese Unterscheidung ist auch durch die anders gelagerte Anreizstruktur motiviert.

#### 3.7.3.1. One-way und gleicher Endkundenmarkt (z.B. Telekom Austria und VNB)

Im One-way access Fall hat der nachfragende Zusammenschaltungspartner nicht die Möglichkeit, eigene Terminierungsentgelte zu setzen und kann damit auf überhöhte Forderungen des Terminierungsnetzbetreibers nicht mit einer gleichartigen Gegenmaßnahme reagieren. Höhere Terminierungsentgelte stellen lediglich Vorleistungskosten für ihn dar, die in die Kalkulation des Endkundenentgelts einfließen. In der Regel werden Verbindungsnetzbetreiber (VNB) sich in einer solchen Situation befinden. Da VNB und terminierende Netzbetreiber am nachgelagerten Markt Konkurrenten sind, besteht ein Anreiz für Terminierungsanbieter, durch unangemessene Entgelte die Kosten der Konkurrenten zu erhöhen und deren Wettbewerbsfähigkeit am Endkundenmarkt zu schwächen oder gar durch Verweigerung den Nachfrager vom Endkundenmarkt abzuhalten. Insbesondere jene Terminierungsnetzbetreiber, die auf den Endkundenmärkten durch die Aktivitäten der VNB Verbindungsminuten verlieren könnten, werden einen Anreiz haben, diese Maßnahmen verstärkt einzusetzen.

Selbst wenn das Ziel nicht die Schwächung der VNB auf den Endkundenmärkten ist, wird der Monopolist seine gesamte Rente ausschöpfen und den Monopolpreis setzen. Wenn der VNB diesen Preis nicht akzeptiert, könnte er seinen Kunden Gespräche in das betroffene Netz gegebenenfalls nicht mehr anbieten. Abgesehen davon, dass ein solcher Ausschluss (insbesondere von großen Netzen) ihm selbst schaden würde, würden Kunden des VNBs schlichtweg auf andere VNB oder auf ihren Anschlussnetzbetreiber zurückgreifen.

Der VNB hat daher aufgrund fehlender Gegenmacht gar keine andere Wahl als den Monopolpreis zu akzeptieren, umso mehr als dieser für ihn lediglich einen Durchlaufposten zu Endkunden darstellt und seine wettbewerbliche Position nur dann wesentlich geschmälert würde, wenn der terminierende Netzbetreiber mit seinen Entgelten zwischen den Netzbetreibern - oder der eigenen Retailabteilung - diskriminieren würde.

#### 3.7.3.2. Two Way Access und Anreizstrukturen in der Preissetzung

Beim Two-way Access setzen beide Betreiber jeweils Entgelte für Terminierung in ihrem Netz und können dadurch auf unangemessene Preise der Zusammenschaltungspartner anders als der reine VNB reagieren. Die nachfolgende Systematik orientiert sich an der Unterscheidung, ob die Zusammenschaltungspartner auf gleichen Endkundenmärkten tätig sind oder nicht.

##### 3.7.3.2.1. Festnetz - Mobilnetz (verschiedene Endkundenmärkte)

Durch die Tätigkeit auf verschiedenen Endkundenmärkten sind Foreclosure Strategien von geringer Bedeutung. In den Vordergrund tritt das Interesse, die Profite aus der Terminierung zu maximieren. Grundsätzlich besteht nach den Ausführungen des Gutachtens ökonomisch ein Anreiz für den Betreiber, Monopolpreise für die Leistung der Terminierung zu setzen. Welche Höhe diese Monopolpreise haben, hängt nicht nur von den Kosten, sondern vor allem von der Elastizität der Nachfrage ab, d.h. wie sehr die nachgefragte Menge zurückgeht, wenn das Terminierungsentgelt erhöht wird. Jeder Terminierungsmarkt weist eine andere Elastizität auf, weil die Größe eines Netzes mittelbar einen Einfluss auf sie hat. Erhöht ein großer Netzbetreiber seine Terminierungsentgelte signifikant, werden andere Anbieter gezwungen, ihre Endkundenentgelte für Gespräche in sein Festnetz anzupassen, weil ein bedeutender Teil der Festnetzgespräche in diesem großen Netz terminiert. Als Reaktion auf die Erhöhung der Tarife werden die Endkunden (bei hinreichender Transparenz) gegebenenfalls weniger telefonieren. Ein kleiner Netzbetreiber hingegen kann unter bestimmten Umständen ein Terminierungsentgelt über dem eines großen Netzbetreibers setzen, ohne dass er bedeutende Mengenrückgänge befürchten muss, weil die Erhöhung seiner Terminierungsentgelte in den

Endkundertarifen der anderen Betreiber nicht oder nur über das allgemeine Tarifniveau berücksichtigt wird. Die Konsumenten treffen ihre Mengenentscheidung auf Basis eines (wahrgenommenen) Durchschnittspreises für Anrufe in Festnetze. Damit ist aber die Verbindung zwischen Terminierungsentgelt und nachgefragter Menge gebrochen. Da kleinere Betreiber damit einen zusätzlichen Anreiz haben, hohe Entgelte zu setzen (Free-rider-Problem; für größere Netzbetreiber ist dieser Anreiz auf Grund des überdurchschnittlichen Einflusses der eigenen Terminierungsentgelte auf den Durchschnittspreis geringer), ist ihr Monopolpreis in der Regel höher als der des großen Betreibers. Monopolpreise führen aufgrund zu hoher Preise und zu geringer Mengen zu allokativer Verzerrung und damit zu Wohlfahrtsverlusten. Wenn der aus diesen überhöhten Entgelten erzielte Profit für Festnetzendkundenmärkte verwendet wird, gehen damit auch Verzerrungen des Wettbewerbs am Endkundenmarkt einher. Darüber hinaus unterscheiden die Betreiber in den meisten Fällen nicht zwischen den Festnetzen in ihren Endkundertarifen. Die Tariffdifferenzierung wird überdies dadurch erschwert, dass der Kunde nicht unterscheiden kann in welches Festnetz er telefoniert.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass Terminierungsbetreiber ihre Entgelte grundsätzlich auf Monopolpreishöhe setzen werden und dass dieser Monopolpreis für kleine Betreiber tendenziell höher liegt als der des großen Betreibers, weil Terminierungsentgelterhöhungen kleiner Betreiber sich häufig nicht auf die Endkundenpreise niederschlagen bzw. eine Erhöhung nicht wahrgenommen wird und die Mengen nicht zurückgehen.

#### 3.7.3.2.2. Festnetz-Festnetz (gleiche Endkundenmärkte)

In diesem Fall bieten Festnetzbetreiber Terminierungsleistung an und fragen sie jeweils beim anderen nach, zugleich stehen sie sich auf einem oder mehreren Endkundenmärkten als Konkurrenten gegenüber. Die Verbindung durch den Wettbewerb auf Endkundenmärkten beeinflusst auch die Anreizstruktur im Setzen der jeweils eigenen Terminierungspreise. So kann sich etwa durch Anteilsverschiebungen am Anschlussmarkt die Verhandlungsposition der Betreiber auf den Terminierungsmärkten ändern.

Um die Frage zu klären, ob sich die Netzgröße auf die Verhandlungsposition und die Interessen der Betreiber auswirkt, wird in der weiteren Darstellung zwischen der Verhandlungssituation kleiner Betreiber mit kleinen Betreibern bzw. großer Betreiber und kleiner Betreiber unterschieden. Die Konstellation großer Betreiber und großer Betreiber wird nicht untersucht, weil sie auf die österreichische Situation, in der lediglich Telekom Austria als großer Betreiber zu bewerten ist, nicht zutrifft und für die nächsten Jahre im Festnetz auch nicht zu erwarten ist.

##### 1. Kleiner Betreiber - Kleiner Betreiber

Aufgrund positiver Netzwerkeexternalitäten (und höherer Einnahmen) haben grundsätzlich alle Betreiber Interesse, ihren Kunden Zugang zum anderen Netz zu gewähren und Netzübergänge zwischen den Netzen zu schaffen, um die Größe des Gesamtnetzes ausnutzen zu können, die Erreichbarkeit sicherzustellen und in den Genuss von Kostenvorteilen zu kommen. Obwohl kleine Betreiber auf gleichen Endkundenmärkten in Wettbewerb stehen, würde eine Verweigerung der Zusammenschaltung und damit die gegenseitige Nichterreichbarkeit beiden schaden, weil damit beide Netzbetreiber einen Nachteil auf den Endkundenmärkten erleiden, ohne dass es zu einem Ausscheiden des Konkurrenten auf dem Endkundenmarkt führt. Solche Foreclosure Praktiken werden daher zwischen kleinen Betreibern nicht zu erwarten sein.

Es wird daher auch ohne Regulierung eine Verhandlungslösung angestrebt werden, weil beiderseitiges Interesse an einer Zusammenschaltung gegeben ist. Die Diskussion von Anreizstrukturen vermag diesfalls Aufschlüsse darüber zu geben, in welche Richtung das Ergebnis von Verhandlungen gehen könnte.

Da beide Betreiber auf Monopolmärkten tätig sind, liegt es nahe, davon auszugehen, dass beide sich gegenseitig Monopolpreise anbieten. Die Höhe dieser Monopolpreise bestimmt sich im Wesentlichen aus den Kosten des Betreibers und aus der Preiselastizität der rufenden Kunden. Der Monopolpreis ist jener Preis, zu dem der Profit des Betreibers an den Terminierungsleistungen maximiert wäre. Solche Elastizitäten (als Ausdruck einer Mengenreduktion auf eine Preiserhöhung) können nur dann zum Tragen kommen, wenn sich die Veränderungen von Terminierungsentgelten auch in den Endkundenentgelten niederschlagen. Konkret bedeutet das, dass der Betreiber, der das Terminierungsentgelt zahlt, dieses dem Kunden über das Endkundenentgelt weiterverrechnet. Ist eine solche Beziehung gegeben, werden die Betreiber ihre Terminierungsentgelte auf Monopolpreishöhe setzen. Ein Betreiber kann daher in Verhandlungen auf Terminierungsentgeltforderungen über den Monopolpreis damit reagieren, dass er diese in den Endkundenpreisen betreiberindividuell berücksichtigt. Dies würde nicht nur zu komplexen



Endkundenentgeltstrukturen führen, sondern die Endkunden müssten auch wissen, in welches Netz sie anrufen. Aus der Festnetzrufnummer ist allerdings das gerufene Netz derzeit nicht ersichtlich.

Eine Weitergabe von Terminierungsentgelten an Endkunden ist eher bei asymmetrischem Verkehr wahrscheinlich, da jener Betreiber, der viel Verkehr in ein anderes Netz terminiert, von diesem aber wenig Verkehr zur Terminierung übergeben erhält, den resultierenden negativen Mengensaldo entweder durch höhere Terminierungsentgelte zu kompensieren versuchen wird, oder die Kosten an seine Endkunden weitergibt, sofern der Wettbewerb am Endkundenmarkt dies zulässt. Daraus wird deutlich, dass bei asymmetrischem Verkehr kein Anreiz vorhanden ist, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen.

Bei symmetrischem Verkehr saldieren sich die terminierenden Mengen zu Null und bei gleichen Entgelten heben sich die Einnahmen beider Betreiber auf. In einer solchen Situation spielt die Höhe des Entgelts eine geringe Rolle, da der resultierende Saldo aus Terminierungsumsätzen gleich Null ist. Im Verhandlungsfall ohne Regulierung ist eine Einigung auf Entgelte unterschiedlicher Höhe bei symmetrischem Verkehr wenig wahrscheinlich.

## 2. Großer Betreiber - kleiner Betreiber

Diese Verhandlungssituation unterscheidet sich von ersterer dadurch, dass der große Betreiber durch die Verweigerung der Zusammenschaltung den kleinen Betreiber, der auf die Terminierungsleistung in das große Netz angewiesen ist, als Konkurrent aus dem Endkundenmarkt drängen und gleichzeitig erwarten kann, dass die Kunden des Konkurrenten zu ihm wechseln (Foreclosure). Damit überträgt der große Betreiber die Marktmacht des Terminierungsmarktes auf die Endkundenmärkte.

Da die Interoperabilitätsverpflichtung eine solche endgültige Verweigerung der Zusammenschaltung nicht zulässt, bleibt den Betreibern als Aktionsparameter das Setzen der Terminierungsentgelte. Da Monopolmärkte betrachtet werden, wird wieder von Monopolpreisen ausgegangen.

Wie ausgeführt, wird der große Betreiber den Monopolpreis setzen, wenn sich die Terminierungsentgelte in den Endkundenentgelten des kleinen Betreibers wieder finden und er mit der Preiselastizität der Kunden des kleinen Netzbetreibers konfrontiert ist. Terminierungsentgelte über dem Monopolpreis würden gegebenenfalls seine kurzfristigen Profite schmälern und erscheinen auf den ersten Blick nicht rational. Dennoch könnte der große Betreiber dies tun, wenn er damit die Endkundenpreise seines Konkurrenten erhöhen und ihn aus dem Endkundenmarkt drängen könnte, um langfristig seine Profite zu maximieren.

Der kleine Betreiber könnte andererseits aufgrund der fehlenden Abbildung seiner Terminierungsentgelte auf betreiberindividuelle Endkundenentgelte seine Terminierungsentgelte sehr hoch setzen, ohne einen entsprechenden Mengenrückgang befürchten zu müssen. Eine preisdisciplinierende Wirkung auf die Terminierungsentgelte des kleinen Betreibers kann der große Betreiber ausüben, indem er so hohe Entgelte zu setzen droht, dass der kleine Betreiber auf Endkundenmärkten seine Dienste nicht mehr kompetitiv anbieten kann. Freilich wäre als Gegenreaktion auf den Druck des großen Betreibers zu erwarten, dass der kleine Betreiber wiederum seine Terminierungsentgelte erhöht, um den Terminierungsumsatzsaldo auszugleichen. Solange er keine Mengenrückgänge befürchten muss, sind dem Preissetzungsspielraum keine Grenzen nach oben gesetzt. Solche Reaktionen werden insbesondere von asymmetrischen Verkehrsflüssen begünstigt, weil die Betreiber durch hohe Entgelte den Umsatzsaldo zu verringern versuchen.

Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass in einigen Ländern kleinere Netzbetreiber ein höheres Terminierungsentgelt über Jahre halten konnten, ohne dass eine nachfrageseitige Gegenmacht diese senken konnte, unabhängig davon, ob der Nachfrager ein Mobil- oder Festnetz Kunde ist. In Belgien forderte ein Kabelnetzbetreiber, Telenet, eine vierfache Erhöhung seiner Terminierungsentgelte und begründete sie mit seinen hohen Durchschnittskosten, die auf die geringen Terminierungsminuten zurückzuführen sind. Die nachfragenden Betreiber konnten dieser Forderung nicht durch Gegenmacht entgegenwirken.

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass es unabhängig von der Größe der Betreiber grundsätzlich keine Anreize gibt, die Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis zu setzen. Im Gegenteil wären sogar Terminierungsentgelte über den Monopolpreis ökonomisch argumentierbar.

Verhandlungsasymmetrie durch Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte eines Zusammenschaltungspartners

Die bisherige Betrachtung ließ eine mögliche Regulierung außer Betracht. Wenn nun die Terminierungsentgelte eines

der Verhandlungspartner reguliert werden, kann er seine Entgelte nicht mehr autonom setzen und er verliert gegenüber dem Zusammenschaltungspartner - unabhängig von seiner Größe - jegliche preisliche Verhandlungsmacht. Damit entsteht eine Verhandlungssituation, in dem eine Partei an die Auflagen der Regulierungsbehörde gebunden ist, während die andere Partei ihre Entgelte ohne Gegenmacht setzen kann. An Stelle der preislichen Verhandlungsmacht kann das regulierte Unternehmen freilich auf nicht-preisliche Taktiken zurückgreifen, um den Zusammenschaltungspartner unter Druck zu setzen. Zu solchen Instrumenten gehören Verzögerungen (z.B. der Teststellungen), mindere Qualität oder schlechtere Serviceleistungen. Inwieweit dadurch ein preisdisciplinierender Druck ausgeübt werden kann, hängt letztlich von den Parametern ab, die das regulierte Unternehmen setzen kann. Diese Taktiken sind nur kurzfristig einsetzbar und verlieren mit wachsender Größe des Partnernetzes an Bedeutung, da der Zusammenschaltungspartner für das regulierte Unternehmen wichtiger wird.

Die beschriebene Situation ist jener des One-way access sehr ähnlich. Der unregulierte Betreiber könnte hohe Terminierungsentgelte setzen, während er niedrigere regulierte Terminierungsentgelte an das regulierte Unternehmen leistet. Diese Differenz kann nicht nur die Profitabilität des regulierten Unternehmens gefährden, sie würde auch Ineffizienzen durch Übergewinne und in weiterer Folge eine (den Wettbewerb verzerrende) Subvention der Endkundenmärkte mit sich bringen.

### 3.7.3.3. Schlussfolgerung

Im One-way Access Fall kann der nachfragende Betreiber, der selbst keine Anrufe terminiert, keinerlei nachfrageseitige Gegenmacht ausüben. Im Gegenteil, der Terminierungsnetzbetreiber hat einen Anreiz, die Kosten des Nachfragers, der gleichzeitig Konkurrent am selben Endkundenmarkt ist, zu erhöhen und damit über die Höhe der Entgelte Foreclosure zu betreiben.

Für den Two-way Access Fall lassen sich wieder zwei Unterfälle unterscheiden, nämlich ob der Terminierungsnetzbetreiber mit dem Nachfrager im Wettbewerb auf Endkundenmärkten steht (Festnetz-Festnetz) oder nicht (Festnetz-Mobilnetz).

Im Festnetz-Mobilnetz Fall haben beide Betreiber ein Interesse an der Zusammenschaltung, sodass Foreclosure-Strategien nicht zielführend wären. Beide setzen den Monopolpreis, wobei kleinere Netzbetreiber mit einer unelastischeren Nachfragekurve konfrontiert sind, weil Erhöhungen ihrer Terminierungsentgelte sich am Endkundenmarkt des Nachfragers kaum widerspiegeln. In Konsequenz können sie ein weitaus höheres Entgelt für Terminierung setzen. Das Setzen von Entgelten über den Kosten führt zu Wohlfahrtsverlusten.

Im Festnetz-Festnetz Fall hätte ohne die Interoperabilitätsverpflichtung der große Betreiber gegenüber einem kleinen ein Interesse, den Zugang zu verweigern und ihn damit vom Endkundenmarkt auszuschließen. Aber selbst wenn Erreichbarkeit sichergestellt werden muss, kann der große Betreiber seine Entgelte über dem Monopolpreis setzen. Wenn der kleine Betreiber diese Entgelte bei seinen Endkundentarifen berücksichtigen muss (und dies wird insbesondere bei asymmetrischem Verkehr der Fall sein), dann werden die Kunden des kleinen Netzbetreibers aufgrund der hohen Endkundenentgelte gegebenenfalls das Netz wechseln. Daher wird der kleine Betreiber wiederum bestrebt sein, seine Terminierungsentgelte auf eine Höhe anzuheben, die den Umsatzsaldo aus Terminierungsentgelten niedrig hält.

Bei symmetrischem Verkehr spielt bei gleichen Entgelten die Höhe der Terminierungsentgelte eine geringe Rolle.

Zusammenfassend verfügt - unabhängig von seiner Größe - in keinem Fall ein Netzbetreiber über Gegenmacht gegenüber der Verfahrenspartei. Vielmehr können die Terminierungsentgelte erhöht werden, ohne dass einer der Verhandlungspartner eine preisdisciplinierende Wirkung entfalten kann.

(...)

### 3.9. Bisherige Regulierung und Reziprozität

Die Regulierungsbehörde hat seit der Entscheidung Z 1/97 vom März 1998 (bzw. mit Ersatzbescheid vom Februar 2004) über die Zusammenschaltungsentgelte der Telekom Austria indirekt auch die Entgelte der Festnetz-Zusammenschaltungspartner festgelegt. Zuletzt wurden reziproke Entgelte in den Entscheidungen Z 10/03 und Z 12/03 für den Zeitraum ab 01.10.2003 angeordnet. Reziprozität bedeutet dabei, dass für gleichwertige Leistungen die gleichen Entgelte angemessen sind.

Die regionalen Terminierungsentgelte der Telekom Austria und damit über die Reziprozität auch die Terminierungsentgelte der ANBs gegenüber der Telekom Austria sind ab 01.01.2000 (Z 30/99) von Cent 1,82 (flat aus Z 1/97) auf Cent 1,53 (peak) und Cent 0,73 (off-peak) gesunken, was unter Berücksichtigung der Verkehrsverteilung einer durchschnittlichen Senkung von 33% entspricht. Ab 01.04.2001 (Z 6/01) sanken die peak Entgelte um 9% auf Cent 1,39, die off-peak Entgelte blieben gleich. Ab 01.07.2002 (Z 11/02) sanken die Entgelte um 6,47% auf Cent 1,30 (peak) und um 1,37% auf Cent 0,72 (off-peak). Ab 01.10.2003 (Z 10/03) sanken die Entgelte um 1,77% auf Cent 1,28 (peak) bzw. auf Cent 0,71 (off-peak).

Der Umstand, dass die Terminierungsentgelte auf unterschiedlichen Niveaus festgelegt wurden, spiegelt die unterschiedlichen Netzarchitekturen der Telekom Austria und der ANBs wieder. Netze alternativer Betreiber haben im Gegensatz zum Telekom Austria Netz nur eine Ebene von Vermittlungsstellen. Daraus folgt, dass die Netzstruktur eines alternativen Betreibers keine unterschiedlichen Verkehrsarten wie im Telekom Austria Netz zulässt und für Terminierungsleistungen jeweils das regionale Entgelt zur Verrechnung gelangt (V39=V3). Dieses Entgelt hängt weder von der tatsächlichen Ausgestaltung des Netzes, noch von der Verkehrsführung im Netz noch von der Anzahl der Vermittlungsstellen oder der überwundenen Distanz ab. Die Reziprozität wird nicht streng in dem Sinne ausgelegt, dass die Entgelte der Telekom Austria identisch auf die Topologie des alternativen Netzbetreibers angewendet werden. Die wenigen VSten in den Netzen der ANB weisen daraufhin, dass weniger Vermittlungsleistungen in Anspruch genommen und größere Distanzen zurückgelegt werden, sodass die erfolgte regionale Festlegung eine gute Annäherung der durchschnittlichen Terminierungsleistung alternativer Anbieter ist.

Nach dem Gutachten der Amtssachverständigen vom Mai 2004 sind die Durchschnittsentgelte der alternativen Netzbetreiber in der Regel höher, als jene der Telekom Austria. Sie bewegen sich im großen und ganzen innerhalb der angeordneten Entgeltbreiten zwischen den peak und off-peak Werten für das regionale Entgelt der Telekom Austria.

Im Netz der Telekom Austria - und nur in diesem - wird zwischen Zusammenschaltungsleistungen auf lokaler, regionaler, nationaler Ebene unterschieden. Für diese Ebenen legte die Regulierungsbehörde lokale, regionale (single tandem) und nationale (double tandem) Entgelte fest.

### 3.10. Zusammenfassung betreffend das identifizierte Wettbewerbsproblem aus ökonomischer Sicht:

Im wirtschaftlichen Gutachten vom Mai 2004 wurde für alle individuellen Terminierungsmärkte und damit auch für den der Verfahrenspartei, für den Fall der Nicht-Regulierung das potentielle Wettbewerbsproblem identifiziert, dass alle Terminierungsnetzbetreiber einen Anreiz haben, exzessive Preise zu setzen, um ihren Profit zu maximieren.

## 4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

### 4.1. Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten

Die European Regulators Group (ERG) entwickelte in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) folgende vier Prinzipien für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten. Es wird darüber hinaus eine Verbindung zu den in den §§ 38 bis 46 oder 47 Abs. 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsinstrumenten hergestellt.

#### 4.1.1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde soll transparent und ausreichend begründet sein. Durch Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission soll eine konsistente Regulierungspraxis innerhalb der EU sichergestellt werden.

Die ausgewählten Regulierungsinstrumente müssen der Natur des Wettbewerbsproblems entsprechen. Das Aufzeigen von Wettbewerbsproblemen und den ihnen zugrunde liegenden Ursachen erfolgt in der Marktanalyse.

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das gelindeste Mittel darstellen. Wird auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt eine SMP-Stellung festgestellt, gilt die Vermutung, dass die Anwendung von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. Es ist also nicht erforderlich, die Wohlfahrtseffekte tatsächlich nachzuweisen. Dennoch muss, falls mehrere Regulierungsinstrumente (bzw. Kombinationen von Regulierungsinstrumenten) geeignet sind, jenes gewählt werden, welches - eine gleichwertige Zielerreichung

vorausgesetzt - die geringste Belastung für das/die betroffene/n Unternehmen darstellt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wird üblicherweise auf einer qualitativen Analyse beruhen, unterstützend können gegebenenfalls auch quantitative Analysen verwendet werden.

Da bestimmte Regulierungsinstrumente erst im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit entfalten, kann es erforderlich sein, in der Zwischenzeit andere/zusätzliche Regulierungsinstrumente anzuwenden, um langfristig die Zielerreichung sicherzustellen.

Werden mehrere Regulierungsinstrumente gleichzeitig auferlegt, so ist gegebenenfalls auch die Interaktion zwischen ihnen zu betrachten. Weiters sind auch die Rückwirkungen auf andere Märkte und dort vorliegende Regulierungsmaßnahmen zu beachten.

Bei der konkreten Gestaltung der Regulierungsinstrumente ist schließlich auf Ausgewogenheit zwischen Generalität und Spezifität zu achten. Während detaillierte Verpflichtungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, sind sie gleichzeitig unflexibel und laufen Gefahr, häufig überarbeitet bzw. angepasst werden zu müssen. Allgemeine Verpflichtungen sind zwar flexibler, schaffen jedoch Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung und müssen oft im Nachhinein konkretisiert werden.

4.1.2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden

Während in Prinzip 1 allgemeine Grundlagen für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten dargelegt sind, beschäftigt sich Prinzip 2 mit einer Situation, in der das SMP-Unternehmen über für die Erbringung bestimmter Leistungen notwendige Infrastruktur verfügt, von der nicht angenommen werden kann, dass sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums von anderen Unternehmen repliziert werden kann.(...) In solchen Fällen müssen nationale Regulierungsbehörden die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindern.

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

Ist Zugang zu den betreffenden Vorleistungsprodukten sichergestellt, muss weiters darauf geachtet werden, dass das SMP-Unternehmen nicht den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verzerrt oder verhindert. Dies könnte z.B. durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene (welche zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken geschehen, was jeweils durch die Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente zu verhindern ist.

Der Zugang zu Vorleistungsprodukten kann mittels § 41 TKG 2003 sichergestellt werden. Wird eine Zugangsverpflichtung auferlegt, wird es im Gefolge meist auch notwendig sein, einen adäquaten Preis für das Zugangsprodukt basierend auf § 42 TKG 2003 festzulegen. Insbesondere um die Aktivitäten der Vorleistungsebene von jenen der Endkundenebene trennen zu können, kann unterstützend die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zur Anwendung kommen. Um verschiedene Arten der Diskriminierung zwischen dem eigenen Unternehmen und den anderen Unternehmen, die am Endkundenmarkt mit dem SMP-Unternehmen in Wettbewerb stehen, zu verhindern, kann § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) angewandt werden, der auch die Veröffentlichung eines Standardangebots beinhaltet. Falls - z.B. aufgrund von Wechselkosten - erwartet werden kann, dass sich Wettbewerber auf der Endkundenebene nur langsam etablieren können, können in der Übergangsperiode Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 (Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer) erforderlich sein, um eine Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten zu verhindern.

4.1.3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden

Prinzip 3 beschäftigt sich mit Situationen, in denen das SMP-Unternehmen zwar (weitgehend) alleine über für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendige Infrastruktur verfügt, jedoch angenommen werden kann, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann. In

solchen Fällen soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden.

Die Investitionsanreize der alternativen Betreiber können vor allem durch die Gestaltung der Zugangsprodukte § 41 TKG 2003) und der Zugangspreise (§ 42 TKG 2003) beeinflusst werden.

Da sich neue Unternehmen üblicherweise erst allmählich am Markt etablieren können und sich zu Beginn höheren Kapitalkosten gegenübersehen, kann es angebracht sein, Zugang auf verschiedenen Ebenen der Netzwerkhierarchie zu ermöglichen, um neu in den Markt eintretenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Investitionen stufenweise vorzunehmen. Hat ein alternativer Betreiber einmal eine kritische Masse erreicht und ist es ihm möglich, die Vorleistung effizienter als das SMP-Unternehmen herzustellen, so kann angenommen werden, dass er weitere Netzwerkinvestitionen tätigen wird.

Zusätzliche regulatorische Investitionsanreize für alternative Betreiber könnten z.B. durch dynamische (zu Beginn niedrige und im Zeitverlauf steigende) Zugangspreise und/oder durch zeitlich limitierte Verfügbarkeit bestimmter Zugangsprodukte geschaffen werden. Allerdings besteht hier das Risiko, dass entweder ineffiziente Investitionen getätigt werden oder aber alternative Betreiber aus dem Markt ausscheiden, falls die entsprechende Infrastruktur des SMP-Unternehmens nicht wirtschaftlich replizierbar ist. Diese Möglichkeit ist gegen das Risiko abzuwägen, dass die Replizierung der Infra-struktur unterbleibt, obwohl sie gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

Besteht große Unsicherheit über das Ausmaß der Replizierbarkeit, ist ein 'neutraler' Ansatz zu bevorzugen, bei dem zwei oder mehrere Zugangsprodukte zu kostenorientierten Preisen verfügbar sind.

Sind mehrere Zugangsprodukte gleichzeitig verfügbar, so ist insbesondere auf die Konsistenz der Zugangspreise zu achten. Weiters muss sichergestellt sein, dass der Wechsel von einem Zugangsprodukt zum nächsten reibungslos (v.a. auch was die Wahrnehmung des Endkunden betrifft) möglich ist.

4.1.4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

Stehen mehrere effektive Regulierungsoptionen zur Auswahl, so ist darauf zu achten, dass jene zur Anwendung kommt, die am ehesten anreizkompatibel ist. Sind Regulierungsinstrumente nicht anreizkompatibel, so kann dies in weiterer Folge den Bedarf an wiederholter Intervention oder zusätzlicher Regulierung induzieren. Regulierungsinstrumente sind daher so zu gestalten, dass der Nachteil bei Umgehung so groß ist, dass es optimal ist, die Regulierung einzuhalten.

Basierend auf diesen Prinzipien soll nun im weiteren die Diskussion über die Auswahl und Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente erfolgen.

4.2. Regulierungsinstrumente für den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Telefonnetzen der Telekabel Wien GmbH an festen Standorten:

In Bezug auf die Auswahl der Instrumente ist für den vorliegenden Markt (und das identifizierte Wettbewerbsproblem) Prinzip 2 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden) und nicht Prinzip 3 (Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden) anzuwenden. Die zugrunde liegende Infrastruktur zum Teilnehmer ist kaum replizierbar, die Sinnhaftigkeit einer Duplizierung ist überdies volkswirtschaftlich fraglich, sodass der Einsatz der Regulierungsinstrumente vorwiegend auf die Verhinderung von Marktmacht und ihrer Auswirkungen fokussiert.

Aufgrund der resistenten Monopolstruktur des gegenständlichen Terminierungsmarktes kann das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht in der Förderung von Wettbewerb auf diesem Terminierungsmarkt selbst bestehen, sondern vielmehr in der Verhinderung adverser Effekte (für den Wettbewerb auf nachgelagerten oder in horizontaler Beziehung stehenden Märkten bzw. für Endnutzer). Würde man das Ziel verfolgen, Wettbewerb in den Terminierungsmärkten zu fördern, müsste man zu viel eingriffsintensiveren Mitteln greifen, die weit reichende Auswirkungen auf die Konsumenten und den Markt hätten. Eine solche Maßnahme wäre der Übergang vom Calling-Party-Pays Prinzip (Anrufer zahlt für den Anruf) zu einem Receiver-Party-Pays Regime (Angerufene zahlt für den Anruf). Dies erscheint jedoch unverhältnismäßig, insbesondere, da mit gelinderen Mitteln das Auslangen gefunden werden

kann (siehe unten). Auf dem Terminierungsmarkt der Telekom Austria treten mehr Wettbewerbsprobleme als in den anderen Terminierungs-märkten auf, weil sie mit großem Abstand die meisten Minuten terminiert und wegen der vielen angeschlossenen Teilnehmer der wichtigste Zusammenschaltungspartner ist, woraus sich Anreize zu Foreclosure-Strategien durch Verweigerung eines adäquaten Zugangs zur Terminierungsleistung im Netz der Telekom Austria ergeben. Ein kleiner Betreiber hat im Gegensatz dazu keine Möglichkeiten zu solchen Praktiken, weil die Verweigerung der Terminierung von Gesprächen in sein Netz keinen entsprechenden Foreclosure-Effekt für Mitbewerber nach sich ziehen wird (Mitbewerber sind auf die Terminierungsleistung nicht im selben Ausmaß angewiesen wie dies für das Netz der Telekom Austria gilt). Eine Verweigerung der Terminierungsleistung durch Telekom Austria kann jedoch dazu führen, dass der Zusammenschaltungspartner aus dem Markt austreten muss und die Kunden des Konkurrenten möglicherweise zur Telekom Austria wechseln.

In Folge werden die nach dem TKG 2003 möglichen Regulierungsinstrumente auf ihre Eignung untersucht, die Auswirkungen des identifizierten Wettbewerbsproblems zu mildern, zu unterbinden oder zu beseitigen.

(...)

#### 4.2.2. Entgeltkontrolle - § 42 TKG 2003 4.2.2.1. Zweck

Das Instrument der Entgeltkontrolle verhindert, dass ein Unternehmen seine beträchtliche Marktmacht am Terminierungsmarkt missbrauchen kann, um exzessive Preise zu setzen. Andernfalls könnte es Übergewinne auf diesem Markt erzielen oder Mitbewerber aus den nachgelagerten Endkundenmärkten verdrängen (Margin Squeeze). Die Auferlegung dieser Verpflichtung hat unter Berücksichtigung der Investitionen des Betreibers und einer angemessenen Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erfolgen.

Die Entgeltkontrolle adressiert, im Gegensatz zur Zugangsverpflichtung Foreclosure-Strategien über das Setzen exzessiver Zugangspreise (vgl. ERG (2004), S. 35). Darüber hinaus führen überhöhte Preise zu einer geringeren Menge an Terminierungsleistungen als jener, die sich bei effektivem Wettbewerb einstellen würde, sofern die Nachfrage nicht vollkommen preisunelastisch ist, wovon nicht auszugehen ist. Dadurch entstehen allokativen Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste.

#### 4.2.2.2. Anwendung auf das identifizierte Wettbewerbsproblem

Das Instrument der Entgeltkontrolle zielt im Kern darauf ab, unmittelbar und effektiv (d.h. direkt und der Natur des Problems angemessen) das identifizierte Problem der exzessiven Preise zu adressieren (vgl. ERG (2004), S. 82). Im Falle persistenter Monopole (Prinzip 2) ist der Maßstab der Kostenorientierung anzuwenden, da damit allokativen und produktiven Ineffizienzen hintangehalten werden können. Dieses Regulierungsinstrument vermag somit auch zu verhindern, dass ein Betreiber überhöhte Preise festsetzt, um die Zusammenschaltungskosten seiner Mitbewerber zu erhöhen und deren Wettbewerbsposition auf den Endkundenmärkten - bis hin zu e

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)