AMT FÜR KOMMUNIKATION
FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN

AUSWERTUNG DER STELLUNGNAHMEN ZUR 2. KONSULTATION ZUR ANALYSE DER MOBILTERMINIERUNGSMÄRKTE (M7)

Konsultationsperiode: 26. August – 12. September 2008

Stellungnahmen von:
- Orange (Liechtenstein) AG;
- Swisscom (Schweiz) AG;
- Mobilkom (Liechtenstein) AG;
- United Mobile AG.

Kirchstrasse 10 | Postfach 684 | 9490 Vaduz | Liechtenstein | T +423 236 64 88 | F +423 236 64 89 | info@ak.llv.li | www.ak.llv.li

LIECHTENSTEIN

1 Einleitung

Dieses Dokument bietet einen Überblick über die im Rahmen der vom Amt für Kommunikation (AK) zur amtswegigen Analyse der betreiberindividuellen Vorleistungsmärkte für „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ (vormals Markt M16, neu Markt M7) vom 26. August bis 12. September 2008 geführten zweiten nationalen Konsultation eingelangten Stellungnahmen der betroffenen Betreiber.

Zu diesem Zweck sollen nachfolgend die wesentlichen bzw. charakteristischen Punkte der eingelangten Stellungnahmen erörtert werden, soweit sie das AK für sachlich relevant erachtet. Die Erörterung folgt der Abfolge bzw. Struktur der jeweiligen Stellungnahme des Betreibers. Auszüge aus den Stellungnahmen sind *kursiv* gekennzeichnet. Aus der Nicht-Befassung mit einem bestimmten Vorbringen oder dem nicht-expliziten Widerspruch lässt sich keine Zustimmung des Amtes zu diesen Punkten ableiten. Berücksichtigungswürdige Vorbringen finden direkten Eingang in die nächste aktualisierte Fassung der Marktanalyse oder die gegebenenfalls zu verabschiedenden Massnahmen der Sonderregulierung.

Zur korrekten Abgrenzung der räumlichen Dimension der betreiberindividuellen Mobilterminierungsmärkte und dem von der Mobilkom (Liechtenstein) AG hierzu beigebrachten Auftragsgutachten hat sich das Amt für Kommunikation bereits in seiner Stellungnahme vom 27. März 2009 „Zur geographischen Marktabgrenzung der Mobilterminierungsmärkte (M7)“ abschliessend geäussert.

Die eingelangten Stellungnahmen sind – soweit sie nicht berechtigten Geheimhaltungspflichten unterliegen – im Originaltext auf der Webseite des Amtes für Kommunikation veröffentlicht.

Vaduz, 28. September 2010

INHALTSVERZEICHNIS

1 Einleitung 2

2 Orange (Liechtenstein) AG 5

3 Swisscom (Schweiz) AG 7

4 Mobilkom (Liechtenstein) AG 9

4.1 Zu den Schlussfolgerungen der Mobilkom (Liechtenstein) AG (S. 2f. SN) .9
4.2 Duplik zur Replik der MKL auf die Auswertung der Stellungnahmen 9
4.2.1 Zur grundsätzlichen Anmerkung 1 (S. 3 SN) 9
4.2.2 Zum Kostenrechnungsmodell 10
4.2.3 Zur Grössenverträglichkeit (1. Spiegelstrich; S. 4 SN) 15
4.2.4 Zu den *Specific Adaptations* (2. Spiegelstrich; S. 5 SN) 15
4.2.5 Zu den Grundrechtsschranken (3. Spiegelstrich; S. 5 SN) 15
4.2.6 Zum Gleichbehandlungsprinzip (4. Spiegelstrich; S. 5 SN) 15
4.2.7 Zur Aggregierung der Marktanteile (5. Spiegelstrich; S. 5 SN) 16
4.2.8 Zur Kompetitivität des Endkundenmarktes (6. Spiegelstrich; S. 6 SN) 17
4.2.9 Zum Mark-up (7. und 10. Spiegelstrich; S. 6 und 7 SN) 17
4.2.10 Zu den Abschnitten 4.2.7 und 4.2.8 der Auswertung (8. Spiegelstrich; S. 6 SN) 17
4.2.11 Zu den Wettbewerbsproblemen (9. Spiegelstrich; S. 6 SN) 18
4.3 Zur Definition des relevanten geographischen Marktes 19
4.4 Zu den von MKL verlangten Tatsachenfeststellungen 19
4.4.1 Zur betreiberindividuellen Zuordnung der Wettbewerbsprobleme (1. und 2. Spiegelstrich; S. 9 SN) 20
4.4.2 Zur Forderung des Nachweises einer „günstigen Wettbewerbsprognose (3. Spiegelstrich; S. 9 SN) 22
4.4.3 Zur Angemessenheit der Kapitalrendite (4. Spiegelstrich; S. 9 SN) 23
4.4.4 Zur Interessenabwägung und zum Mark-up (5. Spiegelstrich; S. 10 SN) ..23
4.4.5 Zur Forderung asymmetrischer Regulierung (6. und 7. Spiegelstrich; S. 10 SN) 24
4.5 Zur Rechtfertigung des vorgelegten Kostenrechnungsmodells (S. 11 SN) 24

4.6 Zum *Benchmarking* im Besonderen 24
4.7 Zum Gleitpfad im Besonderen 26
4.8 Zur Qualifikation der Tätigkeit der United Mobile AG.....28

5 United Mobile AG 30

6 AllCommunications AG (vormals Tele2 AG).....31

2 Orange (Liechtenstein) AG

[Eingabe fristgerecht: 11. September 2008]

In ihrer Stellungnahme (nachfolgend „SN“) äussert die Orange (Liechtenstein) AG (nachfolgend „Orange“) ihre Besorgnis darüber, dass sich die geplante Regulierung im verfahrensgegenständlichen Markt nur auf die Mobilfunkbetreiber und nicht auf weitere Anbieter bzw. Betreiber erstrecke, die ebenfalls Dienste in den Nummerngassen mit den führenden Ziffern 6 und 7 anbieten. Nach der Auffassung von Orange sollten die Terminierungspreise aller in diesem Bereich tätigen Unternehmen reguliert werden. Ansonsten bestehe ein „hohes Risiko“, dass es wiederum zu Sperrungen der Mobilnummernbereiche im Ausland komme.

Das Amt für Kommunikation (nachfolgend „AK“) teilt die Besorgnis von Orange betreffend die Erreichbarkeit der liechtensteinischen Nummernbereiche mit den führenden Ziffern 6 und 7 bzw. der gesamten internationalen Vorwahl 423 aus dem Ausland.

Aufgrund der Natur des Marktanalyseverfahrens und der dabei zur Anwendung kommenden wettbewerbsrechtlichen Methoden, insbesondere zur Abgrenzung des relevanten Sachmarktes, verbietet sich eine gesamthafte Regulierung aller in den genannten Mobilnummernbereichen tätigen Unternehmen ohne Rücksicht auf deren tatsächliche Tätigkeit. Regulierungssubjekte im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu Regulierung der Leistung „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ im Sinne der Märkteempfehlung der EFTA-Überwachungsbehörde bzw. der Marktabgrenzungs-Kundmachung sind nur diejenigen Unternehme, die selbst einen Mobilterminierungsmarkt wie in der Marktanalyse beschrieben aufspannen.

Soweit die weiteren in diesen Mobilnummernbereichen angesiedelten Tätigkeiten in einen anderen, der Vorabregulierung unterworfen Markt fallen, ist dem genannten Problem gegebenenfalls mit spezifischen Massnahmen auf diesem Markt zu begegnen. Das AK wird diesfalls die Regulierungsmassnahmen entsprechend aufeinander abzustimmen.

Sollten diese weiteren Tätigkeiten jedoch nicht der Vorabregulierung unterliegen, so sind die sich stellenden Probleme im Rahmen der sonstigen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, insbesondere im Bereich der geordneten Verwaltung und Nutzung der ITU-T E.164 Nummerierungsressourcen, zu beheben bzw. bekämpfen. Diesen Ansatz verfolgt das AK in Zusammenarbeit mit der Regierung etwa durch die Einführung und Anpassung regulatorischer Preisobergrenzen in den genannten Nummerierungsbereichen, die Beschränkungen der in den einzelnen Nummerngassen zugelassenen Dienste sowie weitere Massnahmen. So führte Art. 12 Abs. 1 der *Kundmachung vom 3. April 2007 des Liechtensteinischen Nummerierungsplans gemäss ITU-T E.164, LGBl. 2007 Nr. 69, i.d.g.F.,* eine „Tarifobergren-

ze für Terminierungsentgelte [...] von 15 Rappen pro Minute bei Diensten, die unter Nutzung von Rufnummern des Bereichs 60x xxx xxx bis 68x xxx xxx und des Bereichs 701 xxxx angeboten werden“, ein. Gemäss Abs. 2 der Bestimmung werden die Tarifobergrenzen für Terminierungsentgelte bei Mobilfunkdiensten jedoch im Rahmen der Analyse des verfahrensgegenständlichen Marktes für Mobilterminierung festgelegt. Durch dieses Vorgehen wird sichergestellt, dass im Hinblick auf die zukünftige Vermeidung von Missbräuchen in den Rufnummerngassen mit den führenden Ziffern 6 und 7 und hieraus entstehenden negativen Folgen für die Erreichbarkeit dieser und anderer Nummernbereiche des liechtensteinischen Nummerierungsplans aus dem Ausland, eine kohärente und umfassende Regelung getroffen wird.

Aus diesen Gründen teilt das AK wohl die vorgebrachte Besorgnis der Orange, verweist zu deren Lösung aber auf Massnahmen ausserhalb der Analyse und Sonderregulierung des gegenständlichen Marktes.

3 Swisscom (Schweiz) AG

[Eingabe fristgerecht: 12. September 2008]

Die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend „Swisscom") vertritt in ihrer Stellungnahme weiterhin die „Auffassung, dass es in den ‚Mobilterminierungsmärkten' keine Mobildienstleister mit beträchtlicher Marktmacht gibt und auch die vom Amt für Kommunikation (AK) vermuteten Wettbewerbs-probleme vermutlich inexistent, aber jedenfalls nicht belegt sind und dass es somit an den Voraussetzungen für Sonderregulierung fehlt."

Zur Begründung verweist die Swisscom auf ihre Stellungnahme vom 24. Januar 2008, an welcher sie vollumfänglich festhält. Das AK sei auf ihr Vorbringen letztlich nicht eingegangen. Die Swisscom nennt diesbezüglich die folgenden Punkte:

- *Die Abdingbarkeit einer Marktabgrenzung;*
- *Die Bewertung der Möglichkeit, sich bei der Festsetzung der Terminierungspreise in wesentlich Ausmass unabhängig Verhalten zu können;*
- *Die Erforderlichkeit der Feststellung aktueller Wettbewerbsprobleme;*
- *Die Grundlagen für die Anordnung von Kostenorientierung;*
- *Symmetrie der Verkehrsströme zwischen Mobilbetreibern;*
- *Die Existenz von „Netzexternalitäten" und „andere Einwände".*

Das AK nimmt davon Kenntnis, dass die Swisscom vollumfänglich an ihrer ersten Stellungnahme vom 24. Januar 2008 festhält. Es nimmt ebenfalls davon Kenntnis, dass die Swisscom der Auffassung ist, dass das AK nicht in ausreichender Form auf die Vorbringen der Swisscom im Rahmen der Auswertung der ersten Stellungnahme (nachfolgend „erste Auswertung der Stellungnahmen" genannt) bzw. der Erstellung der zweiten, überarbeiteten Fassung der Marktanalyse eingegangen sei. Die Swisscom bringt darüber hinaus keine weiteren oder neuen Vorbringen vor, auf die einzutreten wäre.

Das AK ist der Auffassung, dass es auf die Vorbringen der Swisscom – soweit darauf als sach- und entscheidungsrelevant im Rahmen des geführten Verfahrens einzutreten ist – im erforderlichen Mass im Rahmen der Auswertung der ersten Stellungnahme eingegangen ist. Das AK verweist daher vollumfänglich auf seine bereits hierzu gemachten Ausführungen in der überarbeiteten Fassung der Marktanalyse sowie insbesondere der „Auswertung der Stellungnahmen im Rahmen der nationalen Konsultation zur Analyse der Mobilterminierungsmärkte (M16)" vom 27. März 2008 und sieht von einer weiteren Erörterung ab.

Das AK ist im Übrigen davon überzeugt, dass die Marktanalyse und geplanten Regulierungsmassnahmen den nationalen- sowie EWR-rechtlichen Vorgaben vollumfänglich entsprechen und sich in Übereinstimmung mit der diesbezüglichen herrschenden Praxis im EWR befinden. Das AK erlaubt sich weiterhin darauf hinzuweisen, dass die Marktanalyse und geplanten Massnahmen vor ihrer Ausfertigung der EFTA-Überwachungsbehörde in Brüssel im Rahmen des Verfahrens nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vorzulegen sind. Die Brüsseler Behörde prüft in diesem Vorlageverfahren von Amts wegen die Übereinstimmung der geplanten Massnahmen und der hierzu führenden Analyse mit den einschlägigen EWR-rechtlichen Anforderungen.

4 Mobilkom (Liechtenstein) AG

[Eingabe fristgerecht: 12. September 2008]

4.1 Zu den Schlussfolgerungen der Mobilkom (Liechtenstein) AG (S. 2f. SN)

Die Mobilkom (Liechtenstein) AG (nachfolgend „MKL“) kritisiert, dass das AK

- *Keine der von ihr begehrten Feststellungen getroffen habe;*
- *Keine Verbreiterung des Tatsachensubstrates vorgenommen habe;*
- *Keine Möglichkeit eingeräumt habe, die (tatsächlichen) Kosten der Leistung „Mobilterminierung“ nachweisen zu können;*
- *Weiterhin an einem verfehlten Benchmarking festhalte und starr ein vorbestimmtes Regulierungsziel von 15Rp./Min. verfolge;*
- *Ein gesamt- und betriebswirtschaftlich untragbares Regulierungsziel anstrebe;*
- *Systematisch die Vorbringen der MKL zurückweise;*
- *Einen eigenständigen liechtensteinischen Mobilfunkmarkt auf das Spiel setzte und sich hierzu völlig indifferent Zeige, insbesondere auch im Lichte der NIS-Diskussion und des verhängten Investitionsstops der Mobilbetreiber.*

MKL droht mit der sofortigen Einstellung ihrer Aktivitäten, sollte die vom AK vorgesehene Regulierung Platz greifen.

4.2 Duplik zur Replik der MKL auf die Auswertung der Stellungnahmen

4.2.1 Zur grundsätzlichen Anmerkung 1 (S. 3 SN)

Die MKL führt aus, dass bei einem richtigen Verständnis der von ihr ausführlich dargelegten liechtensteinischen Rahmenbedingung das AK hätte feststellen müssen, dass rund 75% des auf liechtensteinischen Staatsgebiet in individuellen öffentlichen Mobilfunknetzen terminierenden Verkehrs nicht in-, sondern ausländischen, in Liechtenstein tätigen Mobilbetreibern zuzuschreiben sind; allen voran der Swisscom (Schweiz) AG.

Aus diesem Grund falle der überwiegende Teil der vom AK festgestellten Wettbewerbsprobleme ausländischen Unternehmen zu, die nicht der (liechtensteinischen) Sonderregulierung unterliegen würden. Die geplanten Massnahmen richteten sich daher nur an einen Teil der verantwortlichen Betreiber, ohne die vor allem verantwortlichen ausländischen Betreiber in die Pflicht zu nehmen.

Im Gegensatz zur Auffassung der MKL ist das AK in seiner Auswertung der Stellungnahme der MKL sehr wohl auf dieses Vorbringen eingetreten:

- Einerseits weist das AK nach wie vor die in der vorliegenden Stellungnahme der MKL wiederholte Behauptung als unwahr zurück, (namentlich) die Swisscom (Schweiz) AG unterliege für ihre liechtensteinischen Mobilfunkaktivitäten nicht der nationalen Regulierung und entsprechende Verpflichtungen könnten bei einer Weigerung der Befolgung nicht durchgesetzt werden. Das AK weist diese Behauptung unter Verweis auf die bereits gemachten Ausführungen hierzu ein weiteres Mal als unzutreffend zurück.
- Das AK ist sich seiner Regulierungshoheit und deren Grenzen sehr wohl bewusst. Es ist sich auch bewusst, welche Rolle ihr selbst bei der Lösung von Regulierungsaufgaben zukommt und insbesondere auch, wann ausländische Schwesterbehörden – namentlich in den Nachbarstaaten – ihrem gleichgelagerten Regulierungsauftrag nachkommen müssen und Sachverhalte der Zuständigkeit des AK (zu Recht) entzogen sind. Mit anderen Worten kümmert sich das AK um die Probleme im eigenen Zuständigkeitsbereich und darf darauf vertrauten, dass die zuständigen Behörden in den Nachbarstaaten ihrerseits ihren Aufgaben ebenfalls pflichtgemäss nachkommen. Das AK hat im Bereich der Regulierung der Mobilterminierungsentgelte derzeit keinen Grund zur Annahme, dass dies nicht der Fall wäre. Das AK hat dabei lediglich ein Augenmerk auf die Vermeidung allfälliger ungerechtfertigter Regulierungsgefälle zu richten; dies wird im konkreten Fall insbesondere dadurch sichergestellt, dass das AK im Rahmen der vorgesehen Gleitpfadregulierung sicherstellt, dass die liechtensteinischen Mobilfunkbetreiber zu keinem Zeitpunkt hinsichtlich der Höhe der erlaubten Terminierungsentgelte schlechter gestellt werden als die Betreiber in den in Frage stehenden Nachbarstaaten. Wie an anderer Stelle bereits ausführlich dargestellt wurde kann das AK daher den offensichtlich unzutreffenden Einwand der MKL nicht nachvollziehen, dass die Mobilbetreiber in den Nachbarländern ihrerseits nicht ebenfalls der Regulierung unterlägen bzw. die inländischen Betreiber aufgrund der geplanten Massnahmen zu irgendeinem Zeitpunkt schlechter gestellt sein könnten. Bis anhin ist klarerweise das Gegenteil der Fall.
- Schliesslich ist – unter Verweis der hierzu bereits gemachten Ausführungen – ein weiteres Mal der unzutreffenden Behauptung entgegen zu treten, dass 75% des in Frage stehenden Terminierungsverkehrs in ausländischen Netzen anfallen würde. Es sei diesbezüglich auf die wiederholt an anderer Stelle gemachten Ausführungen verwiesen.

4.2.2 Zum Kostenrechnungsmodell

Die MKL beanstandet auf S. 4 SN (Grundsätzliche Anmerkungen 2), dass – obwohl das AK das vorgelegte Kostenrechnungsmodell bzw. die daraus abgeleiteten Kosten der Erstellung

der Terminierungsleistung in Minutes of Use (MoU) nach interner Begutachtung als inkorrekt zurückgewiesen habe – die MKL nicht dazu aufgefordert bzw. eingeladen habe, auf die festgestellten Mängel zu reagieren und einen umfassende Rechtfertigung i.S.v. Art. 38 Abs. 2 dritter Satz VKND zu ermöglichen. Hierdurch sei insbesondere auch der Anspruch der MKL auf rechtliches Gehör verletzt worden.

Weiterhin trägt die MKL in Abschnitt IV./3 (S. 11ff. SN) vor, dass das vorgelegte Kostenrechnungsmodell sehr wohl ein taugliches sei. Die berechneten Kosten von 0.63 CHF/Min. seien richtig kalkuliert worden.

Das AK legt in den Kapiteln 7.3.6 und 7.3.7 der Konsultativfassungen der Marktanalyse dar, dass es ein Kostenrechnungsmodell basierend auf historischen Vollkosten *per se* als ungeeignet erachtet, die korrekten Kosten der Bereitstellung der Terminierungsleistung zu ermitteln. Dies insbesondere deshalb, weil sich durch einen solchen Ansatz allfällige Ineffizienzen bei der Bereitstellung der in Frage stehenden Leistung nicht feststellen lassen. Es ist daher ein Kostenrechnungsansatz zu wählen, der die effektiven Kosten der Bereitstellung der Terminierungsleistung durch einen effizienten Betreiber unter den gegebenen liechtensteinischen Rahmenbedingungen ermittelt.

Das AK musste deshalb bei der MKL nach der Lektüre des Konsultativdokumentes als bekannt voraussetzen, dass das AK ein historisches Vollkostenrechnungsmodell aus den vorstehenden Gründen prinzipiell für ungeeignet hält. Trotzdem legte und legt die MKL gerade ein ebensolches Modell vor, von dem sie bereits wusste, dass es als solches vom AK aus grundsätzlichen Überlegungen als untauglich angesehen wird. So weist das AK in seiner Auswertung der ersten Stellungnahme in Abschnitt 4.2.8, zweiter Spiegelstrich, (S. 2) das vorgelegte Modell explizit als vom Grundsatz her ungeeignet zurück. Das AK kann daher nicht erkennen, weshalb es der MKL zusätzlich die Möglichkeit hätte einräumen sollen bzw. müssen, ein bereits als vom Grundsatz her als ungeeignet identifiziertes Kostenrechnungsmodell in weiterer Folge im Detail erörtern zu können.

Das AK kann demzufolge nicht nachvollziehen, weshalb die MKL in ihrer Stellungnahme beanstandet, das AK habe ihr (zwischenzeitlich) nicht die Möglichkeit gegeben, ihr vorgelegtes Kostenrechnungsmodell im Einzelnen zu erörtern. Die MKL hat denn auch in ihrer ersten Stellungnahme versäumt darzulegen, weshalb sie – im Widerspruch zur Auffassung des AK – die Art des vorgelegten Kostenrechnungsmodells dessen ungeachtet für tauglich hält und wie insbesondere die vorgebrachten Effizienzbedenken des AK ausgeräumt werden könnten.

<u>Zur Auslegung von Art. 38 VKND im Besonderen</u>

Unter dem Punkt „V. Betreiberindividualität der Kostenrechnung“ (S. 13 SN) führt MKL aus, dass „Art. 38 VKND nicht etwa auf die Kosten eines hypothetischen Betreibers, sondern auf die Betreiberindividuellen Kosten“ abstelle; somit auf jene Kosten, die MKL in ihrem vorgelegten Kostenrechnungsmodell ausgewiesen habe.

Das AK weist ein weiteres Mal die Forderung der MKL als fehlgeleitet zurück, es sei eine *„betreiberindividuelle Betrachtungsweise“* anzuwenden bzw. auf die *„betreiberindividuelle Effizienz“* abzustellen. Abzustellen ist vielmehr, gestützt auf Art. 38 Abs. 2 zweiter Satz VKND und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens des AK, auf die „Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ basierend auf einer „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige[n] Kostenrechnung“.

Ausgangspunkt einer Entgeltregulierung nach Art. 23 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und 2 KomG seien die betreiberindividuellen Kosten und nicht die Kosten eines hypothetischen effizienten Betreibers. Zudem seien den Investitionen des in Frage stehenden Unternehmens Rechnung zu tragen und zu ermöglichen, eine angemessene Kapitalrendite unter Berücksichtigung der verbundenen Risiken zu erzielen.

Der von MKL zitierte Art. 23 Abs. 1 Bst. a KomG ermöglicht – unter expliziter Bezugnahme auf Art. 17 der Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG – Sondermassnahmen in Bezug auf Endkundenpreise und sonstige Vertragsbedingungen auf Endkundenebene. Hiervon nicht gedeckt sind aber gerade Sondermassnahmen auf der Vorleistungsebene, wie sie das AK in den in Frage stehenden Mobilterminierungsmärkten plant. Diese Massnahen stützen sich daher richtiger Weise auf Art. 23 Abs. 1 Bst. d KomG, der die Zugangsregulierung auf Vorleistungsebene betrifft (siehe auch der explizite Verweis auf Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG). Die von MKL zitierte Bestimmung ist daher nicht einschlägig.

Was den Verweis auf das Erfordernis einer angemessenen Kapitalrendite betrifft, so kann die MKL nicht als gegeben voraussetzen, dass das von ihr tatsächlich eingesetzte Kapital im Rahmen einer Effizienzbewertung gegebenenfalls im vorgebrachten Umfang in die Kostenrechnung einfliesst. Vielmehr kann das AK in Übereinstimmung mit Präambel 20 zur Zugangsrichtlinie 2002/19/EG „erforderlichenfalls eine Anpassung des Kapitalwerts [vornehmen], um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte und die betriebliche Effizienz widerzuspiegeln.“ Massgebend ist wiederum das von einem effizienten Betreiber einzusetzende und nicht das von einem bestimmten Betreiber tatsächlich eingesetzte Kapital.

Im Weiteren habe das AK nicht den in Art. 38 Abs. 2 VKND vorgesehenen Ablauf berücksichtigt: gemäss MKL müsse dem betroffenen Unternehmen erst der Nachweis darüber ermöglicht werden, dass sich seine Entgelte aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite zusammensetzen (ein Beweis, der mit dem vorgelegten Kostenrechungsmodell vom 25. Januar 2008 geführt worden sei), bevor in einem zweiten Prozessschritt die Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung erfolgen dürfe. Dazu könne es (alternativ) eine unabhängige Kostenrechung anstellen oder vom betroffenen Unternehmen eine umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte verlangen und danach eine Anpassung der Entgelte anordnen. Hierzu könne gegebenenfalls Benchmarking zur Anwendung kommen.

Das bisherige Verfahren des AK halte die so verstandene Prozessabfolge nicht ein und sei daher mangelhaft.

Das AK führt zum richtigen Verständnis und Interpretation von Art. 38 VKND wie folgt aus:

Art. 38 VKND dient gestützt auf Art. 23 Abs. 1 Bst. d KomG i.V.m. Art. 76 Bst. i KomG der Umsetzung der EWR-rechtlichen Bestimmungen des Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG. Das KomG selbst setzt diese Bestimmung materiell nicht auf Gesetzstufe um; die Umsetzung erfolgt lediglich in der VKND auf Verordnungsstufe. Aufgrund der rechtlichen Stufenordnung besteht ein Vorrang der umzusetzenden staatsvertraglichen Verpflichtungen vor Bestimmungen der Verordnungsstufe, sollten sich Widersprüche zwischen diesen ergeben. Die VKND ist daher im Lichte der Umsetzungsvorlage, namentlich der Zugangsrichtlinie, anzuwenden und zu interpretieren.

Beim EWR-rechtlichen Regulierungsrahmen, namentlich der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, handelt es sich um eine vollständige Harmonisierung der sektor-spezifischen Regulierung im Bereich der elektronischen Kommunikation. Mit anderen Worten dürfen die EWR-Staaten bei der Umsetzung nicht über das hinausgehen bzw. davon materiell abweichen, was die Richtlinientexte vorsehen. Sohin darf die VKND nicht von denjenigen Bestimmungen betreffend Kostenrechnung und Entgeltregulierung abweichen, die sich in der Zugangsrichtlinie, insbesondere in deren Art. 13, finden. Insbesondere darf der Verordnungsgeber die in der Richtlinie vorgegebenen Handlungsinstrumente der Regulierungsbehörde nicht ein- bzw. beschränken.

Präambel 20 zur Zugangsrichtlinie erwägt wie folgt: „Ermittelt eine nationale Regulierungsbehörde die Kosten, die für die Einrichtung eines nach dieser Richtlinie zugelassenen Dienstes entstehen, so ist eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital, einschliesslich eines angemessenen Betrags für Arbeits- und Aufbaukosten, vorzusehen, wobei erforderlichenfalls eine Anpassung des Kapitalwerts vorgenommen wird, um die aktuelle Bewertung der Vermögenswerte und die betriebliche Effizienz widerzuspiegeln. Die Methode der Kostendeckung sollte auf die Umstände abgestimmt sein und das Erfordernis berücksichtigen, die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft zu sein.“

Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie kann das AK einem als marktmächtig festgestellten Unternehmen „Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschliesslich kostenorientierter Preise auferlegen und ihm bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen.“

Gemäss Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie haben die auferlegten Kostenrechnungssysteme „die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb zu fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft“ zu sein. Das AK kann in diesem Zusammenhang „Preise berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“ *(Benchmarking)*.

Für den Fall der Verpflichtung zur Kostenorientierung sieht Art. 13 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie eine Regelung zur Beweislastverteilung vor: das betroffene Unternehmen ist in der Pflicht, die Orientierung an den Kosten nachzuweisen. Weiterhin wird bestimmt, dass

die Regulierungsbehörde zur „Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung […] eine von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen“ kann.

Die Vorbringen der MKL sind daher im Lichte der vorstehend dargelegten Bestimmungen zu interpretieren bzw. anzuwenden. In der Auffassung des AK ist der von der MKL vertretenen Auslegung von Art. 38 VKND nicht zu folgen, insofern sich diese nicht mit der Umsetzungsvorlage des Art. 13 der Zugangsrichtlinie bzw. der darin enthaltenen Vorgehensweise bei der Festsetzung kostenorientierter Entgelte deckt.

Die MKL interpretiert Art. 38 Abs. 2 VKND dergestalt, dass ihr dadurch (verpflichtend) erst die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, die Orientierung ihre Entgelte an den Kosten selbst nachweisen zu können. In der Auffassung des AK lässt sich eine solche (prozessuale) Verpflichtung aus dieser Bestimmung nicht ableiten, regelt sie doch einzig die Beweislastfrage.

Die MKL führt weiter aus, dass *„erst (und nur) dann, wenn die auf diese Weise ermittelten Kosten von den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung abweichen, in einem zweiten Schritt eine umfassende Rechtfertigung mit oder ohne eine anschliessende Anpassung“* verlangt werden könne. Dieser von MKL vertretene Ansatz ist aus Gründen der Logik verfehlt und daher zurückzuweisen: der von MKL stipulierte kausale Rechtfertigungszusammenhang kann gerade deshalb nicht bestehen, da es zur verlangten Ermittlung, ob die vom betroffenen Betreiber ausgewiesenen Kosten von den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung abweichen, der Anwendung einer hierzu geeigneten Methode (wie z.B. des in der EWR-Regulierungspraxis breite Anwendung findenden *Benchmarking*) bedarf. Die Zulässigkeit der Anwendung von *Benchmarking* kann daher nicht hiervon abhängen – wie von MKL behauptet – sondern ist vielmehr deren Voraussetzung.

Das AK kann daher unabhängig und nicht in Abhängigkeit irgendeiner vorausgehenden verpflichtenden Rechtfertigungsmöglichkeit der MKL aus eigener Initiative, gemäss Art. 38 Abs. 1 letzter Satz VKND „dem betreffenden Unternehmen Auflagen in Bezug auf die Kostenrechnungsmethoden“ erteilen. Dies schliesst in Übereinstimmung mit Abs. 2 derselben Bestimmung vom betroffenen Unternehmen „unabhängige“ Kostenrechnungsmethoden zur „Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung“ ein. Die in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission erarbeitete *ERG Common Position on Remedies* hält denn auch fest: *„The freedom of the NRA to use a methodology or a particular cost model to calculate an appropriate charge is unrestricted except to comply with Article 8, general competition law and the requirement that it serves to promote efficiency, sustainable competition and maximise consumer benefits.”*

Aus diesen Gründen ist es auch verfehlt zu schliessen, wie dies die MKL in ihrer Stellungnahme tut, dass das AK erst danach in einem weiteren Schritt die Anpassung der Entgelte fordern könne. Ebenso ist die Auffassung der MKL als inkorrekt zurückzuweisen, dass *Benchmarking* alternativ erst an dieser Stelle zur Anwendung gelangen dürfe. Die ver-

meintlich von MKL festgestellte Prozessabfolge ist darüber hinaus schon alleine deshalb unrichtig, weil sich die von MKL zitierte Textpassage von Art. 38 Abs. 2 VKND in Art. 13 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie an anderer Stelle bzw. in einem anderen Zusammenhang wiederfindet und der von MKL konstruierte, angeblich zwingende (Prozess-)Zusammenhang hierdurch widerlegt wird.

4.2.3 Zur Grössenverträglichkeit (1. Spiegelstrich; S. 4 SN)

Keine weiteren Anmerkungen seitens AK über die in der Beantwortung der im Rahmen der nationalen Konsultationen eingelangten Stellungnahmen (Auswertung der Stellungnahmen vom 27. März 2008) hinaus bereits gemachten.

4.2.4 Zu den *Specific Adaptations* (2. Spiegelstrich; S. 5 SN)

Keine weiteren Anmerkungen seitens AK über die in der Beantwortung der im Rahmen der nationalen Konsultationen eingelangten Stellungnahmen (Auswertung der Stellungnahmen vom 27. März 2008) hinaus bereits gemachten.

4.2.5 Zu den Grundrechtsschranken (3. Spiegelstrich; S. 5 SN)

Keine weiteren Anmerkungen seitens AK über die in der Beantwortung der im Rahmen der nationalen Konsultationen eingelangten Stellungnahmen (Auswertung der Stellungnahmen vom 27. März 2008) hinaus bereits gemachten.

4.2.6 Zum Gleichbehandlungsprinzip (4. Spiegelstrich; S. 5 SN)

Der in der Stellungnahme der MKL gemachte Verweis auf M15 (Mobilzugangs- und Originierungsmarkt) in diesem Zusammenhang ist – schon aus dem in der Auswertung der ersten Stellungnahme durch das AK gemachten Gründen – und aus folgenden weiteren Erwägungen nicht stichhaltig und unzutreffend verkürzt dargestellt:

Die schweizerischen Mobilbetreiber werden vom AK in seiner Analyse des Mobilzugangs- und Anrufmarktes M15 explizit aufgrund der durchgeführten Marktabgrenzung vom räumlichen Geltungsbereich der Marktanalyse (und somit auch dem Anwendungsbereich der nationalen Sonderregulierung) ausgeschlossen. Der von MKL zitierte „Einschluss dieser Betreiber in die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse“ erfolgt somit nicht als Teil des der Sonderregulierung unterworfenen Marktes per se, sondern lediglich im Hinblick auf die Beurteilung der Frage, in welchem Mass die Ausübung allfälliger Marktmacht der liechtensteinischen Mobilbetreiber gegebenenfalls durch die Tätigkeit der schweizerischen Mobilbetreiber beschränkt werden könnte. Dieser Vorgehensweise bzw. diesem Ergebnis hat sich im Rahmen des Vorlageverfahrens gemäss Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG auch die EFTA-Überwachungsbehörde im Rahmen der Begutachtung von M15 angeschlossen, zumal ihr gerade die Überprüfung der EWR-Rechtmässigkeit der vom AK

vorgenommenen Definition des relevanten Marktes und der darin herrschenden Wettbewerbsverhältnisse obliegt.

Das von MKL vorgebrachte Zitat ist daher nicht nur verkürzt dargestellt, sondern es werden hieraus auch unzutreffende Schlussfolgerungen abgeleitet: Nur weil restringierende Wettbewerbskräfte aus benachbarten Märkten in wirtschaftlicher Sicht berücksichtigt werden führt dies keinesfalls zum Schluss – wie dies MKL tut -, dass diese Märkte damit automatisch auch der liechtensteinischen Regulierungshoheit unterworfen wären. Es besteht somit nach wie vor kein ‚Binnensachverhalt' und die bereits in der Stellungnahme vom 27. März 2008 vom AK gemachten Ausführungen zum Gleichbehandlungsprinzip haben weiterhin Bestand und es sei im Weiteren hierauf verwiesen.

Davon abgesehen kann das AK auch in der Substanz selbst keine Diskriminierung erkennen, zumal die vorgesehen Regulierungsmassnahmen nunmehr zu keinem Zeitpunkt vorsehen, dass die liechtensteinischen im Vergleich zu den benachbarten (schweizerischen) Betreibern hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte schlechter gestellt würden.

Es liegt somit auch kein transnationaler Markt vor – weder in Bezug auf M15 noch auf M7 -, auf den der Verweis der MKL auf Art. 21 Abs. 3 und 4 KomG gerichtet zu sein scheint (zur Beantwortung der Frage der korrekten räumlichen Marktabgrenzung sei auf die ausführliche separate Stellungnahme des AK vom 27. März 2009 verwiesen).

4.2.7 Zur Aggregierung der Marktanteile (5. Spiegelstrich; S. 5 SN)

Im fünften Spiegelstrich (S. 5 SN) vertritt die MKL unter Verweis auf die Analyse des M15 weiterhin die Auffassung, die schweizerischen Mobilbetreiber seien zwecks Aggregation der Marktanteile und Ableitung von Marktanteilen vom AK bei der Analyse des gegenständlichen Mobilterminierungsmarktes zu berücksichtigen.

Selbst wenn man annehmen würde – was das AK weiterhin als unzutreffend zurückweist –, dass die schweizerischen Mobilbetreiber in die vorliegenden Analyse der liechtensteinischen Mobilterminierungsmärkte einzuschliessen wären, würde sich hierdurch die Analyse der Marktanteile bzw. die hieraus abzuleitenden Schlussfolgerungen betreffend signifikanter Marktmacht nicht ändern: Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den Mobilterminierungsmärkten um betreiberindividuelle Monopolmärkte handelt, gibt es keinen gemeinsamen Markt für Mobilterminierungsleistungen, auf dem alle Mobilbetreiber gemeinsam tätig wären. Vielmehr verfügt jeder Mobilbetreiber über einen konstanten Marktanteil von 100% auf dem durch ihnen aufgespannten Mobilterminierungsmarkt. Hieran ändert auch eine allfällige Aggregation der Marktanteile auf der Endkundenebene – wie von MKL unter Verweis auf M15 verlangt – nichts. Durch das von MKL vorgeschlagene Vorgehen würde sich daher, selbst wenn man dieses als richtig beurteilen würde, was das AK bestreitet, keine anderen Schlussfolgerungen betreffend der Marktmacht der MKL oder anderer Mobilbetreiber auf dem gegenständlichen Markt ergeben.

4.2.8 Zur Kompetitivität des Endkundenmarktes (6. Spiegelstrich; S. 6 SN)

Die MKL behauptet in ihrer Stellungnahme, das AK gehe auf S. 46, zweiter Absatz, des Konsultativdokumentes von einem „kompetitiven" Mobilfunkendkundenmarkt aus.

Die MKL zitiert das AK diesbezüglich inkorrekt bzw. leitet unzutreffend Schlussfolgerung hieraus ab: das Konsultativdokument spricht an besagter Stelle lediglich von der *„gegenwärtigen Wettbewerbssituation auf dem Endkundenmarkt"*. Aus dem (neutralen) Begriff „Wettbewerbssituation", der lediglich besagt, dass die liechtensteinischen Mobilanbieter am Endkundenmarkt tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen – was das AK im Übrigen selbst im Abschnitt 2.2 der Marktanalyse unter Hinweis auf den erfolgten Eintritt neuer Anbieter und die beobachteten relativen Marktanteilsverschiebungen aufzeigt – schliessen zu wollen, dass der Markt „kompetitiv" sei, insbesondere im Sinne der begehrten Feststellung der MKL, nämlich dass der liechtensteinische Mobilfunkmarkt „einer der wettbewerbsintensivsten der Welt" sei, entbehrt jeder Grundlage. Das AK unterscheidet diesbezüglich in der ganzen Marktanalyse konsequent den Begriff des „effektiven Wettbewerbs" gemäss Kapitel 1.5, der vom Begriff der „Situation des Wettbewerbs" bzw. „Wettbewerbssituation" zu unterscheiden ist.

4.2.9 Zum Mark-up (7. und 10. Spiegelstrich; S. 6 und 7 SN)

Die MKL kann nicht erkennen, wie sich der Mark-Up zusammensetzt und ob nur Skalennachteile oder gegebenen Falls weitere Faktoren vom AK Berücksichtigung gefunden haben.

Die MKL kritisiert, dass das AK die Konsequenzen, die sich aus dem Umweltschutzgesetz (USG) in der Fassung vom 29. Mai 2008 ergeben bei der Festlegung des Mark-up nicht in Rücksicht stellt (vgl. hierzu auch die BAKOM Studie die mit einer Verzehnfachung der Sendestandorte in Liechtenstein bis 2012 rechnet).

Das AK wird die Voraussetzung eines allfälligen Mark-Ups bzw. dessen Angemessenheit in einer revidierten Fassung der Marktanalyse einer Überprüfung unterziehen.

Allfälligen Implikationen des USG dessen im Rahmen dessen jeweiliger Ausgestaltung bzw. Anwendung im Rahmen einer revidierten Marktanalyse zu prüfen.

4.2.10 Zu den Abschnitten 4.2.7 und 4.2.8 der Auswertung (8. Spiegelstrich; S. 6 SN)

Keine weiteren Anmerkungen seitens AK über die in der Beantwortung der im Rahmen der nationalen Konsultationen eingelangten Stellungnahmen (Auswertung der ersten Stellungnahmen vom 27. März 2008) in Kapitel 4.2.7 und 4.2.8 hinaus bereits gemachten.

Auf die Kostenorientierung des Terminierungsentgeltes und das hierfür anwendbaren Verfahrens ist noch zurückzukommen.

4.2.11 Zu den Wettbewerbsproblemen (9. Spiegelstrich; S. 6 SN)

Die MKL bringt in ihrer Stellungnahme (unter Generalverweis auf das KomG) vor, dass dem AK der Nachweis obliege, „auf welchem (nationalen) Markt" die festgestellten Wettbewerbsprobleme eintreten. Die MKL verlangt insbesondere, das AK habe die qualitativen und quantitativen Effekte im in- und Ausland „mit Sicherheit oder an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Angesichts des „vernachlässigbar kleinen, in Liechtenstein terminierenden Verkehrs" gebe es keinerlei „spürbaren Effekt". Die vom AK geplanten Massnahmen seien daher unrechtmässig und insbesondere unverhältnismässig.

Das AK weist ein weiteres Mal auf die *ex ante* Natur der Sonderregulierung gemäss Art. 20ff. KomG im Unterschied zur Anwendung der allgemeinen *ex post* Wettbewerbsregeln gemäss Art. 53ff. EWRA hin. Bei der Vorabregulierung muss gerade kein konkreter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bzw. dessen nachteilige „Effekte" nachgewiesen werden. Vielmehr reicht es aus, einen „Wettbewerbsmangel" festzustellen. Ein solcher entspricht im Rahmen der von der Europäischen Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde vertretenen Gleichsetzungsthese der Feststellung eines oder mehrerer Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, aus der wiederum automatisch die Feststellung folgt, dass kein effektiver Wettbewerb – und somit ein Wettbewerbsmangel im Sprachgebrauch des KomG – vorliegt. Die von der *European Regulators Group* (ERG) in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission erarbeitete *ERG Common Position on Remedies* führt hierzu aus: *"As the imposition of remedies in the new regulatory framework does not presuppose that an abuse of market power has actually occurred, the problems identified should be regarded as potential or possible competition problems which can be assumed to emerge under particular circumstances."* Die potentiell auftretenden Wettbewerbsprobleme wurden vom AK unter Berücksichtigung des liechtensteinischen Kontextes und zwecks Auswahl und Ausgestaltung der zu treffenden Regulierungsmassnahmen im Rahmen der Marktanalyse in einem separaten Kapitel identifiziert. Deren Identifizierung erfolgt gestützt bzw. in Übereinstimmung mit von der ERG erarbeiteten, auf europäischer Ebenen vereinheitlichten Grundlagen, namentlich der *ERG Common Position on Remedies*.

Zudem hat das AK im Rahmen seiner Analyse des vorliegenden Mobilterminierungsmarktes sehr wohl – wie von MKL unzutreffend beanstandet – sowohl den Markt wie auch das Ausmass der auftretenden Probleme genau festgestellt: die Mobilterminierungsmärkte, sohin auch der von MKL aufgespannte, sind betreiberindividuell definiert. Der resultierende Vorleistungsmarkt hat eine Angebots- und eine Nachfrageseite. Auf der Angebotsseite ist – wegen des bestehenden Terminierungsmonopols – nur der in Frage stehende Mobilbetreiber (die MKL) als Anbieter tätig; die Nachfrageseite besteht aus allen in- und ausländischen Netzbetreibern, die Terminierungsleistungen in das in Frage stehende Mobilnetz direkt oder indirekt nachfragen. Das Ausmass der Nachfrage – dieses entspricht der Anzahl terminierter Verkehrsminuten in das betreffende Mobilnetz – sind bekannt. Die negativen „Effekte" bestehen somit genau im Ausmass der exzessiven Kosten, resultierend aus der

Differenz zwischen dem tatsächlich verrechneten Terminierungsentgelt im Vergleich zu demjenigen Entgelt, dass ein kostenbasierter, effizienter Betreiber unter funktionierendem Wettbewerb für dieselbe Terminierungsleistung in Rechnung stellen würde. Dies lässt sich – nach Festlegung des effizienten Terminierungspreises – somit im Widerspruch zu den diesbezüglich unzutreffenden Behauptungen der MKL präzise berechnen. Diese Berechnung unterschätzt jedoch noch systematisch das tatsächliche Ausmass der negativen Aspekte (wesentlich) überhöhter Terminierungspreise, da hierdurch die in Abhängigkeit der Elastizität der Nachfrage entstehenden Wohlfahrtsverlust, namentlich die aufgrund der überhöhten Preise verminderte Endkundennachfrage in der Form von reduzierten Gesprächsminuten, nicht erfasst sind.

Ein darüber hinaus gehender, von MKL verlangter Ausweis der „Effekte“ auf (allen ausländischen) originierenden Fest- und Mobilnetzmärkten ist weder vorstellbar noch vom nationalen oder EWR-Recht vorgesehen bzw. verlangt. Die MKL hat denn auch nicht näher ausgeführt, aus welchen gesetzlichen Bestimmungen bzw. welcher (europäischen) Praxis dies abzuleiten wäre. Darüber hinaus wäre ein solcher Ansatz, bei tatsächlicher Berücksichtigung aller ausländischen Betreiber weltweit, schon praktisch gar nicht durchführbar. Würde man davon abgesehen den von der MKL vorgetragenen Standard eines nichtvernachlässigbaren Effektes auf ausländische Betreiber anwenden, was abzulehnen ist, so würde dieser wohl von überhaupt keinem (Mobil-)Betreiber, allenfalls nur von den weltweit grössten, jemals erfüllt werden können. Als Beispiel sei hier nur genannt, dass es schwer vorstellbar ist, dass z.B. irgendein Terminierungsnetzbetreiber irgendwo durch die Setzung seiner Terminierungsentgelte einen im von MKL verlangten Ausmass festzustellenden Effekt in den Fest- oder Mobilnetzen der grössten Betreiber bewirken würde oder könnte.

Das AK weist die Forderung der MKL diesbezüglich daher ein weiteres Mal als fehlgeleitet und nicht vom nationalen und EWR-Recht bzw. -Praxis gedeckt zurück.

4.3 Zur Definition des relevanten geographischen Marktes

Zur korrekten Abgrenzung der räumlichen Dimension der betreiberindividuellen Mobilterminierungsmärkte und dem von MKL hierzu beigebrachten Auftragsgutachten zu „Fragen der räumlichen Marktabgrenzung“ vom 12. September 2008 hat das AK bereits im Rahmen seiner separaten Stellungnahme vom 27. März 2009 „Zur geographischen Marktabgrenzung der Mobilterminierungsmärkte (M7)“ ausführlich Stellung bezogen. Es sei hierauf verwiesen.

4.4 Zu den von MKL verlangten Tatsachenfeststellungen

Die MKL bringt auf S. 8ff. SN vor, das AK habe es versäumt, die von ihr im Rahmen ihrer ersten Stellungnahme begehrten „zehn Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht“ zur „Art des aufgetretenen Problems“ zu treffen. Eine Verfahrensergänzung bzw. „Verbreiterung

der Tatsachensubstrats [sei] trotz Art. 58 Abs. 3 LVG (Offizialmaxime; Untersuchungsgrundsatz; Feststellung des [entscheidungsrelevanten] Sachverhalts von Amtes wegen) unterblieben." Diese habe eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips zur Folge.

Die in Art. 58 Abs. 3 LVG verankerte Offizialmaxime äussert sich gerade in der Pflicht zur amtswegigen Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes. Eine Behörde hat in pflichtgemässer Befolgung dieser Maxime jedoch nicht jeden beliebigen Sachverhalt von Amtes wegen oder auf Ersuchen einen Verfahrenspartei zu berücksichtigen, sondern aus Gründen der Verfahrensökonomie und eines geordneten Verwaltungsverfahrens nur diejenigen, die entscheidungsrelevant sind. Zudem ist zwischen der Frage zu unterscheiden, ob das AK überhaupt nicht auf ein Begehren eingetreten ist oder diesem lediglich begründet keine Folge geleistet hat.

Im Rahmen der Ausführungen in der ersten Stellungnahme hat das AK sämtliche begehrten Feststellungen der MKL auf ihre Entscheidungsrelevanz im Rahmen der geltenden gesetzlichen Bestimmungen hin geprüft. Das AK ist somit sehr wohl auf die begehrten Feststellungen eingetreten und hat in diesem Zusammenhang seine Pflichten nicht verletzt. Was die Frage der Nicht-Folgeleistung der von MKL begehrten Feststellungen anbelangt, so weist das AK den Vorwurf der Verletzung der Offizialmaxime zurück, insoweit die begehrten Feststellungen vom AK nach erfolgter Prüfung als nicht entscheidungsrelevant oder nicht von geltenden gesetzlichen Rahmen bzw. der hierzu im EWR entwickelten Regulierungspraxis gedeckt in expliziter Weise zurückgewiesen wurden.

4.4.1 Zur betreiberindividuellen Zuordnung der Wettbewerbsprobleme (1. und 2. Spiegelstrich; S. 9 SN)

Die MKL trägt in ihrer vorliegenden Stellungnahme ein zweites Mal vor, sie sei für „die Wettbewerbsprobleme W1 bis und mit W4, die sich aus der Mobilterminierung in Liechtenstein angeblich ergäben, wenn überhaupt nur zu einem sowohl in absoluten als auch in relativen Zahlen verhältnismässig kleinen Teil verantwortlich". Verlangte Feststellungen zur Herkunft des terminierenden Verkehrs seien nicht getroffen worden, weshalb „eine Zuordnung der relativen und absoluten Verantwortung für die angeblichen Wettbewerbsprobleme W1 und W4" nicht möglich sei. Dies verlange aber das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Das AK verweist zunächst auf die in der Auswertung der ersten Stellungnahme der MKL hierzu gemachten Entgegnungen bzw. Kommentare und hält diese weiter aufrecht.

Wie bereits ausführlich sowohl in der Marktanalyse wie in der Auswertung zur ersten Konsultation dargestellt, handelt es sich beim Mobilterminierungsmarkt aufgrund des herrschenden CPP-Prinzips und des faktischen Terminierungsmonopols um einen betreiberindividuell definierten Vorleistungsmarkt. Die MKL ist somit als Angebotsmonopolistin zu 100% verantwortlich für Wettbewerbsprobleme auf dem durch sie aufgespannten Mobilterminierungsmarkt. Alle anderen ebenfalls der liechtensteinischen Regulierungshoheit unterstehenden Mobilbetreiber sind jeweils ebenfalls vollständig für die in ihren jeweili-

gen Mobilterminierungsmärkten auftretenden Wettbewerbsprobleme verantwortlich. Das AK sieht deshalb vor, alle Betreiber inkl. der MKL denselben Massnahmen der Sonderregulierung zu unterwerfen. Die MKL wird daher zu keinem Zeitpunkt schlechter oder besser behandelt, als die anderen Mitbewerber.

Aus diesen Gründen ist es auch verfehlt zu fordern (wie dies MKL im 2. Spiegelstrich, S. 9 SN, tut), den Nachweis zu erbringen, *„auf welchen (vor allem ausländischen) Fest- und/oder Mobilnetzmärkten die der MKL zugeschriebenen angeblichen Wettbewerbsprobleme W1 bis W4 eintreten und in welchem Ausmass dies der Fall ist."* Dieses Vorgehen bzw. Forderung ist aus den folgenden Gründen als unrichtig zurückzuweisen: der relevante Markt ist der Vorleistungsmarkt für Terminierungsleistungen, den die MKL aufspannt. Bei richtiger wettbewerbsrechtlicher Beurteilung sind die Wettbewerbsprobleme auf diesem – und nur diesem – Markt zu beurteilen und beheben. Die vom AK in der Marktanalyse identifizierten Wettbewerbsprobleme beschlagen somit die Nachfrageseite des Terminierungsmarktes und sind in Folge dessen hier – und nur hier – zu beurteilen. Diese Beurteilung hat das AK im Rahmen der Marktanalyse (vgl. Kapitel 5) vorgenommen und festgestellt, dass die Wettbewerbsprobleme W1 bis W4 am Vorleistungsmarkt, d.h. gegenüber den Vorleistungsnachfragern bestehen. Dieser Feststellung tut auch kein Abbruch, dass das AK in weiterer Folge aufzeigt, dass es aufgrund der von der Nachfrage am Endkundenmarkt abgeleiteten Nachfrage auf dem Terminierungsvorleistungsmarkt zu hieraus folgenden Wohlfahrtsverlusten bei den Endnutzern kommt. Hieraus aber ableiten zu wollen, es sei erforderlich, neben der Ermittlung der negativen Effekte auf der Vorleistungsstufe (und diese lassen sich wie weiter vor beschrieben genau beziffern), auch auf dem hiervon abgeleiteten Endkundenmarkt, auf dem die vom Vorleistungsnachfrager eingekaufte Terminierungsleistung als einer von vielen Inputfaktoren dient, entbehrt jeder methodischen bzw. rechtlichen Grundlage. Die Forderung der MKL, auf anderen in- bzw. ausländischen Märkten nach hierdurch verursachten (Sekundär-)Effekten zu suchen, entbehrt somit jeglicher (rechtlichen) Grundlage und widerspricht dem wettbewerbsrechtlichen Ansatz und der hierzu entwickelten EWR-weiten Praxis.

Wie weiter vor bereits ausgeführt ist das Ausmass der von MKL in ihrem Terminierungsmarkt verursachten Wettbewerbsproblem durchaus zu beziffern: Die durch MKL durch Setzung exzessiver Terminierungspreise auf der Nachfrageseite ihres Terminierungsvorleistungsmarktes erwirtschaftete Monopolrente errechnet sich aus der Anzahl nachgefragter Minuten Terminierungsverkehr multipliziert mit der Differenz zwischen dem effizienten Preis für die Terminierungsleistung und dem tatsächlich von MKL auf diesem Grosskundenmarkt angewandten Terminierungspreis. Von der Messung des Terminierungsverkehrs auf der Nachfrageseite sind alle in- und ausländischen Betreiber erfasst, die direkt oder indirekte Terminierungsleistungen bei der MKL nachfragen.

Der von MKL aufgespannte Terminierungsmarkt ist – nicht zuletzt wegen der Belegenheit der zusammenschaltungsfähigen Einrichtungen – ein nationaler Markt. Die negativen Effekte sind somit an dieser Stelle in Betracht zu ziehen. Die Effekte überhöhter Preise auf

dem Markt sind nachweis- und quantifizierbar. Aus denselben Erwägungen lassen sich die festgestellten Wettbewerbsprobleme auf dem in Frage stehenden Vorleistungsmarkt auch vollständig beheben. Es ist somit grundsätzlich unbeachtlich – wie die MKL glaubhaft machen will – ob und welche weitergehenden Effekte sich gegebenen Falls auf hiervon abgeleiteten oder Drittmärkten im Ausland ergeben. Solche Effekte sind somit weder in Betracht zu ziehen noch nachzuweisen. Es spielt mit anderen Worten keine Rolle, von welchen in- oder ausländischen Endkundenmärkten sich die direkte oder indirekte Nachfrage nach Terminierungsleistungen ableitet. Aus diesen Gründen ist die Forderung der MKL, die Herkunft des in ihrem Netz terminierenden Verkehrs festzustellen, als nicht entscheidungsrelevant und nicht gedeckt vom geltenden Rechtsrahmen und Praxis, zurückzuweisen. Weder die Offizialmaxime noch das Verhältnismässigkeitsprinzip sind daher verletzt.

Soweit die vorgebrachte Stellungnahme der MKL dahingehend verstanden werden sollte, das implizit wieder auf die bereits in der ersten Stellungnahmen vorgebrachten Argument der „Extraterritorialität allfälliger Wettbewerbsprobleme“ bezug genommen wird, so sei dieses unter Verweis auf Abschnitt 4.2.9 der ersten Auswertung hiermit ein weiteres Mal als inkorrekt zurückgewiesen.

4.4.2 Zur Forderung des Nachweises einer „günstigen Wettbewerbsprognose (3. Spiegelstrich; S. 9 SN)

Das AK hat in Abschnitt 4.3.1 (insbesondere letzter Absatz) seiner ersten Auswertung zu diesem Vorbringen der MKL bereits ausführlich Stellung bezogen und dieses begründet als unzutreffend zurückgewiesen. Es sei hierauf verwiesen.

Davon abgesehen lassen sich in der Auffassung des AK – wie im vorausgehenden Abschnitt der vorliegenden Auswertung schon dargelegt – die identifizierten Wettbewerbsprobleme auf dem Vorleistungsmarkt für Terminierung, insbesondere das Hauptproblem (W1) exzessiver Preise, vollständig beheben.

Wie ebenfalls bereits ausgeführt ist die Forderung der MKL ein weiteres Mal als unbegründet zurückzuweisen, dass der Nachweis zu erbringen sei, mit den geplanten Massnahmen seien gegebenenfalls weitere Probleme auf Drittmärkten, insbesondere auf ausländischen Endkundenmärkten, zu beheben. Dies ergibt sich auch aus dem von MKL in diesem Zusammenhang selbst unter Verweis auf den Bericht und Antrag Nr. 104/2005 betreffend die Schaffung eines Gesetzes über die elektronische Kommunikation auf S. 54 zitierten Begriff der „günstigen Wettbewerbsprognose“ . An der in Frage stehenden Stelle führt der Bericht und Antrag unter Bezugnahme auf Art. 22 Abs. 1 Bst. c KomG aus, dass die „positive[] Wettbewerbsprognose betreffend die voraussichtliche Beseitigung des festgestellten Wettbewerbsmangels <u>in dem betroffenen Einzelmarkt</u> [Hervorhebung eingefügt]“ vorzunehmen sei. Der betroffene Einzelmarkt ist im vorliegenden Fall ausschliesslich der betreiberindividuelle Vorleistungsmarkt für Mobilterminierungsleistungen und nicht etwa – wie von MKL unzutreffender Weise behauptet – allfällige Drittmärkte, na-

mentlich nicht sämtliche ausländischen Fest- und Mobilanrufendkundenmärkte, in denen der in die Mobilnetze terminierende Verkehr originiert. Die Wettbewerbsprognose ist vielmehr auf die Nachfrageseite dieses Vorleistungsmarktes hinsichtlich der direkten bzw. indirekten Nachfrager nach Terminierungsleistungen zu beziehen. Wie bereits ausgeführt können die auftretenden Wettbewerbsprobleme, insbesondere dasjenige exzessiver Preise, auf diesem Markt bei korrekter Setzung der Terminierungsentgelte vollständig beseitigt werden. Das diesbezügliche gesetzliche Kriterium des Art. 22 Abs. 1 Bst. c KomG ist somit erfüllt.

4.4.3 Zur Angemessenheit der Kapitalrendite (4. Spiegelstrich; S. 9 SN)

Auf diesen Punkt der Stellungnahme der MKL ist mangels Anwendbarkeit eines betreibereigenen bzw. –unabhängigen Kostenrechnungsmodells zur Entgeltregulierung nicht einzutreten (vgl. Abschnitt 4.2.2 vor und Abschnitt 7.3.7 der 3. Konsultativfassung der Marktanalyse).

4.4.4 Zur Interessenabwägung und zum Mark-up (5. Spiegelstrich; S. 10 SN)

Die MKL bemängelt, dass aus der ersten Auswertung der Stellungnahmen nicht ausreichend erhelle, welche Kriterien bzw. welches „Tatsachensubstrat" der auf S. 33, fünfter Absatz, genannten Interessensabwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu Grunde liege.

Vor der Reaktion auf den vorstehenden Kritikpunkt ist es erforderlich, den Zusammenhang in Erinnerung zu rufen, in welchem das AK die allfällige Erforderlichkeit einer „Interessenabwägung" angeführt hat. Die MKL stellte in ihrer ersten (sowie auch in der gegenständlichen) Stellungnahmen De-Investitionen und Marktaustritte in Aussicht, falls die geplanten Regulierungsmassnahmen in den Mobilterminierungsmärkten in Kraft treten würden. Das AK antwortete hierauf in seiner Stellungnahme an zitierter Stelle wie folgt: „De-Investitionen oder Marktaustritte können eine mögliche Konsequenz von Regulierung sein, stehen einer solchen aber nicht *per se* entgegen, wie von Mobilkom FL behauptet. Das AK hat im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eine Interessenabwägung vorzunehmen."

Die Abwägung der Interessen in diesem Zusammenhang bezieht sich somit einzig auf die Frage, ob das Interesse an einer Behebung der festgestellten Wettbewerbsprobleme das öffentliche sowie private Interesse im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines Marktaustritts bzw. von De-Investitionen überwiegt. Diese Prüfung ist Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung, in welcher öffentliche und private Interessen abzuwägen sind. In Übereinstimmung mit der Zielvorgabe des Art. 1 Abs. 2 Bst. b KomG besteht ein Interesse an wirksamem Wettbewerb als grundsätzlicher „Marktordnung". Gehen man davon aus, dass – unter der Annahme, die Mobilterminierungsleistungen werden tatsächlich auf demjenigen korrekten Niveau (Preis-)reguliert, das deren Erbringung durch einen effizienten Betreiber

unter den gegebenen liechtensteinischen Rahmenbedingungen widerspiegelt – die Regulierung der Terminierungspreise zum Austritt eines Marktteilnehmers führt, der nicht in der Lage ist, zu effizienten Kosten diese Leistung zu produzieren, so ist dies eine – wenn auch nicht beabsichtigte, so doch in Kauf zu nehmende – Konsequenz der Regulierung. Das Verbleiben am Markt sub-effizient produzierender Betreiber führt zu gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten. Der Marktaustritt eines einzelnen Mobilbetreibers hat auch in Liechtenstein – wenn auch nicht wünschenswert – aller Wahrscheinlichkeit nach nicht die Preisgabe der Interessen eines wirksamen Wettbewerbs zur Folge. Die Abwägung der genannten Interessen erfolgt daher wie vorstehend dargestellt.

Weiterhin sei in der Auffassung der MKL aus der Marktanalyse nicht ersichtlich, wie sich der Mark-Up von 21% berechne bzw. wie sich dessen Höhe rechtfertige. Hierdurch seien die Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 Bst. b KomG i.V.m. Art. 83 Abs. 3 LVG nach einer transparenten und überzeugenden Begründung verletzt.

Das AK nimmt zum *Mark-Up* und dessen Begründung in vorausgehenden Abschnitt 2.9 Stellung. Es sei hierauf verwiesen.

4.4.5 Zur Forderung asymmetrischer Regulierung (6. und 7. Spiegelstrich; S. 10 SN)

Die Frage symmetrischer/asymmetrischer Regulierung wird in Abschnitt 8.2 der dritten Konsultativfassung der Marktanalyse eingehend erörtert. Es sei an dieser Stelle hierauf verwiesen.

4.5 Zur Rechtfertigung des vorgelegten Kostenrechnungsmodells (S. 11 SN)

Auf diese Frage ist wie in Abschnitt 4.2.2 vor und Abschnitt 7.3.7 der 3. Konsultativfassung der Marktanalyse erläutert nicht einzutreten, da kein betreibereigenes oder -unabhängiges Kostenrechnungsmodell zur Entgeltregulierung zur Anwendung gelangt, sondern *Benchmarking*.

4.6 Zum *Benchmarking* im Besonderen

In der Auffassung von MKL (vgl. 1. Spiegelstrich, S. 15 SN) dürfe Benchmarking als Methode nicht als alleinige bzw. ausschliessliche Hauptmethode zur Ermittlung kostenorientierter Mobilterminierungsentgelte herangezogen werden, sondern nur zur Prüfung einer vom betroffenen Betreiber vorgelegten Kostenrechung.

Das AK hat diese Auslegungsordnung von Art. 38 VKND bereits im Abschnitt 4.2.2 dieses Dokuments als unzutreffend zurückgewiesen. Es sei hierauf verwiesen.

Wie in Abschnitt 7.3.7 der 3. Konsultativfassung der Marktanalyse ausgeführt wird die Verwendung von *Benchmarking* als primärer Methode zur Festsetzung der Terminierungsentgelte in dem Mobilterminierungsmärkten durch die Praxis anderer Regulierungsbehörden im EWR, der Europäischen Kommission sowie der EFTA-Überwachungsbehörde ge-

stützt. Die von der MKL vertretene Auffassung wird daher weder vom Gesetz noch von der europäischen Regulierungspraxis gestützt.

Gemäss MKL (vgl. 2. Spiegelstrich, S. 15 SN) führe „Benchmarking mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu, dass Entgelte zulasten des in Frage stehenden Mobilbetreibers unrichtig (sonder-)reguliert" würden.

Die MKL substantiiert in ihrer Stellungnahme nicht, worauf sich diese Behauptung stützen soll. Dass *Benchmarking* per se bei richtiger Anwendung nicht zu unrichtiger Regulierung führt belegt schon alleine die hierzu bestehende langjährige EWR-weite Praxis.

Zur Auswahl von *Benchmarking* als angemessener Methode zur Entgeltfestsetzung sei auf die diesbezüglichen Ausführungen und Abwägungen der Vor- und Nachteile einzelner Methoden in den Kapiteln 7.3.6 ff. und 8.1 der Marktanalyse verwiesen. Die Auswahl der geeigneten Methode liegt im Ermessen der Regulierungsbehörde. *Benchmarking* als solches wird vom europäischen Gesetzgeber in Art. 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sowie in der Folge vom nationalen Verordnungsgeber in Art. 38 VKND explizit als statthafte Methode bestimmt und es ist daher nicht nachzuvollziehen, weshalb die MKL diese Methode als grundsätzlich untauglich zurückweist. Das AK kann nicht erkennen, dass es sein Ermessen hierdurch im Hinblick auf die Auswahl einer geeigneten Entgeltfestsetzungsmethode pflichtwidrig ausübt.

Die Behauptung der MKL, *Benchmarking* könne nur als *„sanity Check"* Verwendung finden, sei unter Verweis auf die vorstehenden Ausführungen, namentlich im Hinblick die korrekte Auslegung von Art. 38 VKND in Abschnitt 4.2.2, als unbegründet zurückgewiesen.

Die MKL bemängelt weiter (vgl. 3. Spiegelstrich, S. 16 SN), dass es beim vom AK vorgenommenen Benchmarking an einer Begründung für die Auswahl der herangezogenen Vergleichsländer fehle. Überdies müsse – unter Hinweis auf die Praxis der Europäischen Kommission – die Unterschiede in den Bedingungen, die auf den verglichenen und zu vergleichenden Märkten herrschen, in Rechnung gestellt werden. Die MKL nennt in der Folge eine Reihe von Kriterien, die der Auswahl der Benchmarking-Länder zu Grunde gelegt werden müsse. Angesichts der Besonderheiten des liechtensteinischen Mobilfunkmarktes sei es jedoch – mangels Vergleichsmärkten, die diese Kriterien erfüllten – gar nicht möglich ein Benchmarking durchzuführen.

Das AK hatte in Kapitel 8.5 der Konsultativfassung der Marktanalyse sowie in Abschnitt 4.4.2 seiner Stellungnahme zur ersten Konsultation die Auswahl der für das *Benchmarking* herangezogenen Länder begründet. Das AK verfolgt den Ansatz eine möglichste breite Basis an europäischen Vergleichsmärkten heranzuziehen. In sofern sollen grundsätzlich alle entwickelten Volkswirtschaften im EWR sowie die Schweiz herangezogen, solange sie ihrerseits die Terminierungsentgelte aufgrund einer nachvollziehbaren Kostenrechnungsmethode festgelegt haben. Dieser repräsentative Querschnitt umfasst sowohl sehr grosse Märkte bzw. Betreiber wie auch solche mit sehr kleinen Betreibern, wie z.B. in den in der ersten Stellungnahme genannten Länder Finnland und Norwegen. Wie ebenfalls bereits

ausgeführt ist die Marktgrösse/Teilnehmerzahl jedoch nur eine Grösse; daneben gibt es eine Reihe weiterer Faktoren, die die Kosten mitunter stärker beeinflussen können, wie z.B. die Grösse bzw. der Schwierigkeitsgrad des zu versorgenden Gebietes oder die Bevölkerungsdichte. Gewisse dieser Faktoren gereichen den liechtensteinischen Betreibern zum Vorteil, andere zum Nachteil. Es ergibt sich somit durchaus ein differenzierteres Bild, im Gegensatz zu der rein einseitigen Benachteiligung, wie sie die MKL in ihrer Stellungnahme Glauben macht.

Was die Vergleichbarkeit der Verhältnisse auf den für das *Benchmarking* herangezogenen Märkte anbelangt, so lassen sich aus Prinzip keine – schon gar nicht mehrere – Vergleichsmärkte finden, in denen die Verhältnisse (nahezu) identisch sind. Dies ist aber auch nicht, wie ebenfalls bereits mehrfach ausgeführt, erforderlich.

Zur revidierten Ausgestaltung des anzuwendenden *Benchmarking* sei auf Abschnitt 7.3.7 sowie auf Kapitel 8 der 3. Konsultativfassung der Marktanalyse verwiesen.

4.7 Zum Gleitpfad im Besonderen

Die MKL bringt auf S. 17 SN vor, ein Gleitpfad von zwei Jahren sei ihr aufgrund der hierdurch entstehenden disruptiven Effekte, die sie zu „einem (sofortigen) Marktaustritt zwingen würden“ nicht zuzumuten. Richtiger Weise müsse eine Gleitpfad von mindestens vier Jahren vorgesehen werden.

Weiterhin zitiert (S. 18 SN, erster Absatz) die MKL die Europäische Kommission aus ihrem 13. Implementierungsbericht in dem Sinne, dass diese sage, dass Gleitpfade nicht kurz angelegt sein müssten, sondern sehr unterschiedlichen Zeitrahmen und Gleitpfaden unterworfen sein könnten.

Dieses Zitat ist als offensichtlich irreführend zurückzuweisen: aus dessen Absatz-Kontext ergibt sich gerade, dass die Kommission einerseits die bestehende Situation in den EU Staaten nur beschreibt – mit anderen Worten handelt es sich um den IST – und nicht den SOLL-Zustand! – und andererseits an besagter Stelle gerade zum Ausdruck bringt, dass sie mit den vorherrschenden Divergenzen in der Anwendung der Regulierungsmassnahmen unzufrieden ist. Im analytischen Teil des *Staff Working Documents* des von MKL zitierten 13. Implementierungsberichts steht denn auch explizit folgendes: *„The Commission has asked in several cases to bring termination rates down by shortening glide paths and ending asymmetric treatment (i.e. favourable treatment for specific operators).“* Die Kommission vertritt somit tatsächlich die gegenteilige Auffassung, wie dies die MKL in ihrer Stellungnahme Glauben machen will. Die Position der Kommission betreffend die Gestaltung allfälliger Gleitpfade lässt sich im Übrigen unabhängig ebenfalls an den vom AK bereits zitierten Stellen aufgrund der einheitlichen Spruchpraxis der Kommission (vgl. Kapitel 8.7 der Marktanalyse) verifizieren.

Das AK kann weiterhin nicht nachvollziehen, wie die MKL eine durchschnittliche Gleitpfaddauer in den Mobilterminierungsmärkten von vier bis fünf Jahren berechnen will (S. 18, dritter Absatz). Dies lässt sich – auch nach genauer Analyse des 13. Implementierungsberichtes – nicht hieraus ableiten, zumal die erforderlichen Zeitangaben in der Mehrzahl der Fälle schlichtweg fehlen. Gemäss der vom AK aufgrund der Amtskenntnis der bezüglich den Mobilterminierungsmärkten vorgelegten Notifikationen durchgeführten Überprüfung beträgt der tatsächliche Gleitpfad – nicht zuletzt aufgrund des Drucks der Europäischen Kommission – zum beschriebenen Zeitpunkt zwischen zwei und drei Jahren.

Ausschlaggebend ist zudem nicht nur die tatsächliche Länge der Gleitpfade, sondern auch, wie lang bzw. kurz diese in der Auffassung der Europäischen Kommission bzw. der EFTA-Überwachungsbehörde sein sollten. Wie vorstehend ausgeführt hat insbesondere die Kommission des öfteren kritisiert, dass Gleitpfade zu lang ausgestaltet wurden, ohne dass sich das in jedem Fall (insbesondere auch wegen des Fehlens entsprechender Eingriffsbefugnisse der Kommission) tatsächlich in den in Kraft gesetzten nationalen Massnahmen (voll) niedergeschlagen hätte. Mit anderen Worten bildet die MKL ein Durchschnitt aus Gleitpfaddauern, die ihrerseits in einer Vielzahl der Fälle als zu lang beurteilt wurden. Überdies haben eine Vielzahl von Regulierungsbehörde die Mobilterminierungsmärkte bereits einer neuerlichen Beurteilung unterzogen und erneut (neue bzw. weiter gesenkte) Gleitpfade festgesetzt. Es ist aber offenbar nicht korrekt diese Gleitpfaddauern einfach zu aggregieren.

Darüber hinaus ist es, wie von MKL vorgetragen, wohl so, dass der derzeitige Rechtsrahmen in der EU im Jahre 2003 in Kraft getreten ist, allerdings hat keine einzige Regulierungsbehörde im selben Jahr bereits Massnahmen im Mobilterminierungsmarkt beschlossen (Finnland hat lediglich einen Notifikation vorgenommen), weshalb die vorgebrachte Zeitberechnung von MKL schon aus diesem Grund zu relativieren ist. Die meisten Regulierungsmassnahmen im gegenständlichen Markt wurden – gemäss der hierzu geführten Übersicht der Kommission zum Art. 7 Verfahren – in den Jahren 2006-2007 in Kraft gesetzt.

Die MKL behauptet (S. 18, vierter Absatz), dass die „Draft Commission Recommendation on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU" aus Gründen der Vermeidung disruptiver Effekte "Übergangsfristen bis zum Jahre 2013" vorsehe. Die Europäische Kommission bestätige somit die „Notwendigkeit solch langer Übergangsfristen."

Der explizite Verweis der MKL auf die 19. und 20. Begründungserwägung der *Draft Recommendation* zum Beweis der vorstehend gemachten Behauptungen ist irreführend. Zunächst führt die Kommission in Erwägungsgrund 19 aus: *„A period of transition until 31.12.2011 should be considered long enough to allow NRAs to put the cost model in place and for operators to adapt their business plans accordingly".* Die Übergangsperiode soll somit längstens bis Ende 2011 und nicht 2013 dauern. Die von MKL zitierte Jahreszahl

2013 ergibt sich lediglich aus Erwägungsgrund 20, der für den Fall, dass eine Regulierungsbehörde nicht die erforderlichen Ressourcen zur zeitgerechten Einführung der erforderlichen Kostenrechnungsmodelle hat, eine zusätzliche Frist bis Ende 2013 einräumt. Es erhellt hieraus somit, dass eine allfällige Fristverlängerung nicht – wie von MKL behauptet – zur Vermeidung disruptiver Effekte bei den betroffenen Betreibern, sondern einzig aus Gründen des möglichen zeitlichen Verzugs bei der Umsetzung durch die Regulierungsbehörden gewährt werden soll. Diese Auslegungsordnung wurde mittlerweile auch durch den Text der verabschiedeten Terminierungsentgelt-Empfehlung 2009/396/EG bestätigt.

Zudem sind die Regulierungsbehörden, die von dieser Ausnahme Gebrauch machen, dazu verpflichtet, die Terminierungsentgelte so festzulegen, dass sie den Durchschnitt der Entgelte derjenigen Regulierungsbehörden nicht überschreiten, die die von der Kommission empfohlene Methode bereits anwenden. Überdies ist zum im 19. Erwägungsgrund gesetzten Zeitraum von Ende 2011 zu erwähnen, dass die Empfehlung der *EU* im Jahr 2009 in Kraft getreten ist und die Regulierungsbehörden ihrerseits Zeit für die Entwicklung des darin festgelegten Kostenrechnungsmodells brauchen. Somit beträgt die Gleitpfaddauer – da die Frist kumulativ für die Erstellung des Kostenrechnungsmodells und den Gleitpfad gelten soll – maximal drei Jahre, realistischer Weise aufgrund des Zeitaufwandes für die Entwicklung des Modells jedoch nur zwei Jahre.

Zusammenfassend sind daher die Vorbringen der MKL zur Gleitpfaddauer als unzutreffend zurückzuweisen. Die Festlegung einer Gleitpfaddauer von zwei Jahren ist nicht nur gesetzlich gedeckt, ökonomisch durch die negativen Auswirkungen exzessiver Preise auf die Terminierung nachfragenden Betreiber und letztendlich deren Kunden gerechtfertigt und erforderlich, sondern steht auch in Übereinstimmung mit der im EWR herrschenden Praxis, namentlich auch der expliziten Ansicht der Europäischen Kommission sowie der EFTA-Überwachungsbehörde. Ebenfalls wurden die Mobilbetreiber bereits im Rahmen der ersten nationalen Konsultation zum vorliegenden Markt im November 2007 über die vom AK geplanten einschneidenden Senkungen der Terminierungspreise in Kenntnis gesetzt. Die geplanten Senkungen kommen somit nicht überraschend, sondern wurden vom Amt in der geplanten Grössenordnung vor nunmehr bald drei Jahren bereits in Aussicht gestellt. Die Mobilbetreiber konnten zwischenzeitlich nicht nur weiterhin von den überhöhten Entgelten profitieren, sondern hatten auch genügend Zeit, ihre Geschäftsplanung entsprechend auszurichten. Die AK übt sein Ermessen im Hinblick auf die Festlegung der Dauer des Gleitpfades daher pflichtgemäss aus.

4.8 Zur Qualifikation der Tätigkeit der United Mobile AG

Die MKL vertritt in ihrer Stellungnahme die Auffassung (S. 18 SN), dass sie die Qualifikation ihrer Vertragspartnerin als Diensteanbieter nicht nachvollziehen können, insoweit dies zur Konsequenz habe, dass die von MKL für United Mobile erbrachten Terminierungsleistungen als Bestandteil des Terminierungsmarktes der MKL betrachtet würden. Zur Begründung

verweist MKL auf die Stellungnahme der United Mobile vom 11. September 2008, die sie sowohl für technisch wie juristisch zutreffend halte.

Das AK tritt auf diese Frage im Rahmen der Auswertung der Stellungnahme der United Mobile AG ein, zumal die MKL lediglich auf deren Stellungnahme verweist und keine weitere bzw. abweichende eigene Begründung hierzu vorbringt.

5 United Mobile AG

[Eingabe fristgerecht: 12. September 2008]

Die United Mobile AG hat Mitte 2009 ihre Tätigkeit vollständig eingestellt und ist seit dem 12.08.2009 in Konkurs. Das AK tritt daher an dieser Stelle nicht mehr auf die von diesem Anbieter im Rahmen des vorliegenden Verfahrens eingereichten Stellungnahmen ein, zumal diese auch ohne Relevanz für den Rest des Verfahrens sind.

6 AllCommunications AG (vormals Tele2 AG)

Es ist keine Stellungnahme des Mobilbetreibers AllCommunications AG (vormals Tele2 AG) eingegangen.

Die AllCommunications AG wurde zwischenzeitlich von neuen Eigentümern übernommen und zur Alpcom AG umfirmiert.