

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder über Antrag der MCI WorldCom Telecommunication Services Austria GmbH (nachfolgend „MCI“), Handelskai 340, 1023 Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG nach Anhörung der antragstellenden Gesellschaft sowie der Mobilkom Austria AG & Co KG (nachfolgend „Mobilkom“), Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, am 5.11.2001 einstimmig folgenden (Teil-) Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A. Zusammenschaltungsanordnung

6.1.4. Befristung der Entgelte

Die Geltungsdauer der Regelungen über die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte (Punkt 5 des Allgemeinen Teils sowie Anhang 3) endet – in Abweichung von Punkt 6.1.1 – am 31.12.2002, ohne dass es einer Kündigung durch eine der beiden Parteien bedarf.

Bis zum 30.9.2002 werden die Parteien einander wechselseitig allfällige begründete Änderungswünsche hinsichtlich der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte für die Zeit ab 01.01.2003 mitteilen und unverzüglich Verhandlungen darüber aufnehmen. Es steht jeder Partei frei, die Regulierungsbehörde betreffend die Anordnung einer diesbezüglichen Nachfolgeregelung für die Zeit ab 01.01.2003 anzurufen, wenn und soweit binnen sechs Wochen ab Einlangen eines mit Gründen versehenen Änderungswunsches bei der anderen Partei keine Einigung erfolgt ist. Wird die Regulierungsbehörde spätestens bis zum 31.12.2002 angerufen, so wenden die Parteien die anordnungsgegenständlichen Zusammenschaltungsentgelte vorläufig weiter an, bis ein rechtskräftiger Spruch der Regulierungsbehörde vorliegt; eine solche Neuregelung tritt dann mit Wirkung vom 01.01.2003 in Kraft.

Anhang 2

Gesprächstypen

Die Gesprächstypen werden wie folgt definiert:

Verkehrsarten

Kurzbez.	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Anzahl HVSt Durchgänge
V 9	Terminierung regional (single tandem) Mobilkom -> Festnetz Zusammenschaltungspartner Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria in das Festnetz des Zusammenschaltungspartners regional	1 HVSt, bei Annahme einer TA äquivalenten Netzstruktur ¹
V 10	Terminierung national (double tandem) Mobilkom-> Festnetz Zusammenschaltungspartner Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria in das Festnetz des Zusammenschaltungspartners national	2 HVSt, bei Annahme einer TA äquivalenten Netzstruktur ¹
V 19	Zugang Dienst Festnetz Zusammenschaltungspartner -> Mobilkom _{Dienst} Zugang aus dem Festnetz des Zusammenschaltungspartners zu Diensterufnummern im Netz der Mobilkom	- ¹
V 25	Terminierung im Mobilnetz der Mobilkom Zusammenschaltungspartner -> Mobilkom (Mobilnetze GSM; TACS) Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners in das Mobilnetz der Mobilkom Austria (GSM; TACS)	-
V 26	Zugang Dienst Mobilnetz der Mobilkom -> Zusammenschaltungspartner _{Dienst} Zugang aus dem Mobilnetz der Mobilkom (GSM; TACS) zu Diensterufnummern im Netz des Zusammenschaltungspartners	-

¹ Diese Definition versteht sich ohne Transitleistung.

Anhang 3

Zusammenschaltungsentgelte

1. Zusammenschaltungsentgelte

Beträge in EURO (ATS) pro Minute, exkl. USt; bei Rundungsdifferenzen geht der EURO-Betrag dem ATS-Betrag vor (mit Ausnahme von V 25 vom 1.1.-31.7.2001; hier gilt bei Widersprüchen der Wert in ATS)

		EURO/100 (ATS)	EURO/100 (ATS)	EURO/100 (ATS)
Kurz- bez.	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak	Flat
V 9	Terminierung regional (single tandem) Mobilkom -> Festnetz Zusammenschaltungspartner	<u>bis 31.3.01</u> 1,53 (0,21)	<u>bis 31.3.01</u> 0,73 (0,10)	
	Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria in das Festnetz des Zusammenschaltungspartners regional	<u>1.4.01- 30.6.02</u> 1,39 (0,191)	<u>1.4.01- 30.6.02</u> 0,73 (0,10)	
V 10	Terminierung national (double tandem) Mobilkom -> Festnetz Zusammenschaltungspartner	<u>bis 31.3.01</u> 1,53 (0,21)	<u>bis 31.3.01</u> 0,73 (0,10)	
	Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria in das Festnetz des Zusammenschaltungspartners national	<u>1.4.01- 30.6.02</u> 1,39 (0,191)	<u>1.4.01- 30.6.02</u> 0,73 (0,10)	
V 19	Zugang Dienst Festnetz Zusammenschaltungspartner -> Mobilkom ^{Dienst} Zugang aus dem Festnetz des Zusammenschaltungspartners zu Diensternummern im Netz der Mobilkom	Die telekommunikationsspezifische Transportleistung entspricht V 9; die Berechnung der konkreten Entgelte ergibt sich aus den Sonderdiensteanhängen		
V 25	Terminierung im Mobilnetz der Mobilkom Festnetz Zusammenschaltungspartner -> Mobilkom (Mobilnetze GSM; TACS)			<u>1.1. – 31.7.2001</u> ATS 1,90 (13,81 Euro/100)
	Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners in das Mobilnetz der Mobilkom Austria (GSM; TACS)			<u>1.8.2001 - 31.3.2002</u> 12,4 (1,71) <u>1.4. – 31.12.2002</u> 11,25 (1,55)
V 26	Zugang Dienst Mobilnetz der Mobilkom -> Dienst des Zusammenschaltungspartners als Festnetzbetreiber			<u>1.1. – 31.7.2001</u> ATS 1,81 (13,15 Euro/100)
	Zugang aus dem Mobilnetz der Mobilkom (GSM; TACS) zu Diensternummern im Netz des Zusammenschaltungspartners			<u>1.8.2001 - 31.3.2002</u> 11,9 (1,64) <u>1.4. – 31.12.2002</u> 10,75 (1,48)

2. Peak-Off-Peak-Zeiten

2.1. Als "Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.

2.2. Als "Off-Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von

- Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr;
- Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr;
- Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

3. Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind für den Zusammenschaltungspartner in der Funktion des Festnetzbetreibers tageszeitabhängig (vgl. Punkt 2 dieses Anhangs), in allen anderen Fällen tageszeitunabhängig. Sämtliche Entgelte sind verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

4. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der Terminierungs- und der Originierungsentgelte erfolgt im Wege der kaskadierten (indirekten) Abrechnung durch die Telekom Austria auf der Grundlage der zwischen den Parteien einerseits und der TA andererseits bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarungen oder -anordnungen.

Die Parteien werden - soweit nicht ohnedies bereits gegeben - mit der Telekom Austria die erforderlichen Vereinbarungen treffen, damit eine kaskadierte (indirekte) Abrechnung erfolgen kann.

Anhang 4

Regelungen betreffend den Zugang zu tariffreien Diensten

1. Wechselseitiger Zugang zu tariffreien Diensten

- 1.1. Mobilkom und der Zusammenschaltungspartner ermöglichen den Teilnehmern des Zusammenschaltungspartners ehestmöglich den unbeschränkten Zugang zu tariffreien Diensten im Rufnummernbereich 800, die unter Nutzung einer von Endkunden der Mobilkom erreichbaren Teilnehmernummer im Festnetz der Mobilkom angeboten werden.
- 1.2. Der Zusammenschaltungspartner und Mobilkom ermöglichen den Teilnehmern der Mobilkom ehestmöglich den unbeschränkten Zugang zu den tariffreien Diensten im Rufnummernbereich 800 und 804, die unter Nutzung einer von Endkunden des Zusammenschaltungspartners erreichbaren Teilnehmernummer im Netz des Zusammenschaltungspartners angeboten werden.

2. Durchführung

- 2.1. Wählt ein Teilnehmer des Zusammenschaltungspartners die Rufnummer eines tariffreien Dienstes, der im Netz der Mobilkom realisiert ist, so wird dieses Gespräch vom Netz des Zusammenschaltungspartners zum nächstgelegenen Netzübergangspunkt, der zwischen dem Zusammenschaltungspartner und der TA besteht, geroutet.

Wählt ein Teilnehmer der Mobilkom die Rufnummer eines tariffreien Dienstes, der im Netz des Zusammenschaltungspartners realisiert ist, so wird dieses Gespräch vom Netz der Mobilkom zu einem Netzübergangspunkt, der zwischen der Mobilkom und der TA besteht, geroutet.

- 2.2. Der Netzbetreiber (Zusammenschaltungspartner oder Mobilkom), an dessen Netz ein tariffreier Dienst angeschaltet ist, darf die Erreichbarkeit der Rufnummer dieses tariffreien Dienstes nicht von der Zustimmung des Anbieters des tariffreien Dienstes abhängig machen.

3. Zusammenschaltungsentgelte und Verrechnung

- 3.1. Unabhängig von der Art der Heranführung der Verbindung durch den Zusammenschaltungspartner zum betreffenden TA-Zusammenschaltungspartner-Netzübergangspunkt (Single-Tandem oder Double-Tandem) hat Mobilkom ein Entgelt in der Höhe von V 19, entsprechend Anhang 3, zu entrichten.

Für die Heranführung der Verbindung durch die Mobilkom zum betreffenden Mobilkom-Netzübergangspunkt hat der Zusammenschaltungspartner ein Entgelt in der Höhe von V 26, entsprechend Anhang 3, zu entrichten.

- 3.2. Für die Verrechnung der Entgelte kommen die Regelungen des Anhangs 3 Pkt. 4 zur Anwendung.

4. Einrichtungskosten und -zeiten

Die Parteien sind verpflichtet, die Einrichtung oder Änderung der in diesem Anhang geregelten Dienstnummern zu den nachstehenden Bedingungen durchzuführen.

Die Parteien übermitteln einander zu jedem 1. und 15. eines Monats alle aktuellen Konfigurationswünsche hinsichtlich ihrer Dienstnummern (neue Rufnummern). Die Übermittlung der Konfigurationswünsche erfolgt schriftlich und auf elektronischem Wege. Die Parteien geben sich die entsprechenden Kontaktstellen ehestmöglich ab Rechtskraft der Anordnung bekannt. Die Fristen für die Einrichtungszeit beginnen mit oben genannten Stichtagen.

Die Parteien verpflichten sich, zu den genannten Terminen der jeweils anderen Partei auch verfallene oder zurückgegebene (nicht oder nicht mehr rechtskräftig zugeteilte) Rufnummern bekannt zu geben.

Bei nicht mit Diensten beschalteten Rufnummern, die freigeschaltet sind, dürfen nur uncompleted calls (nicht zustande gekommene Verbindungen) abgewickelt werden. Uncompleted Calls werden von den Parteien nicht in Rechnung gestellt.

4.1. Einrichtung von tariffreien Rufnummern (Einzelrufnummern bzw. dekadische Rufnummernblöcke) im Netz der Mobilkom und der MCI

4.1.1. Einrichtungszeiten:

Die Einrichtungszeit bei Mobilkom für vom Zusammenschaltungspartner nachgefragte dekadische Rufnummernblöcke bzw. Einzelrufnummern hat höchstens zwei Wochen zu betragen.

Die Einrichtungszeit bei der MCI für vom Zusammenschaltungspartner nachgefragte dekadische Rufnummernblöcke bzw. Einzelrufnummern hat höchstens drei Wochen zu betragen.

4.1.2. Einrichtungskosten:

Den Parteien stehen unabhängig vom Rufnummernbereich für dekadische Rufnummernblöcke (1,10,100,1000,10000) folgende Einrichtungskosten zu:

Pauschale je Geschäftsfall	EURO 297,96	(ATS 4.100,--)
Pauschale für zentrale Einrichtung	EURO 91,13	(ATS 1.254,--)
je dekadischem Rufnummernblock	EURO 22,24	(ATS 306,--)

Für die Abrechnung ist der Zeitpunkt der Nachfrage durch den Zusammenschaltungspartner maßgebend.

5. Spezielle Bedingungen betreffend den Verkehr zu Diensten im Rufnummernbereich 80400

Es ist direkte Verkehrsführung anzustreben.

Im Falle direkter Verkehrsführung ist MCI verpflichtet, sicherzustellen, dass das Verkehrsvolumen, das sich aus dem Produkt der Zahl der Mobilkom-Teilnehmer die Dienste im Bereich 80400 im Netz der MCI nutzen und der mittleren Verbindungsdauer ergibt, der Kapazität der 2 Mb/s-Systeme für die direkte Zusammenschaltung entspricht.

Im Falle indirekter Verkehrsführung sind von Mobilkom und dem Zusammenschaltungspartner entsprechende Vereinbarungen mit der Telekom Austria zu treffen, wobei zu berücksichtigen ist, dass TA einerseits nicht verpflichtet ist, Online-Verkehr über 2 HVSten zu führen und andererseits TA die Verkehrsmenge von 80400-Verkehr aus dem Netz der Mobilkom zu Online-Diensten im Netz des Zusammenschaltungspartners auf 2 x 200.000 Minuten pro Monat begrenzen kann, sofern die TA den Nachweis erbringt, dass durch eine größere Verkehrsmenge deren Netzintegrität nicht bzw. nicht mit vertretbarem Aufwand gewährleistet werden kann. In diesem Fall ist jedenfalls der nicht über das Netz der TA routbare Verkehr direkt zu übergeben.

B. Sonstige Anordnungen

1. Informationspflichten

Zu den im Teilbescheid Z 8/01-20 vom 30. Juli 2001 der Telekom-Control-Kommission angeordneten Informationspflichten tritt hinzu, dass im Bereich tariffreier Dienste die Verkehrsdaten für den Rufnummernbereich 80400 getrennt vom restlichen Verkehr zu tariffreien Diensten anzugeben sind.

2. Zurückweisung wegen mangelnder Nachfrage

Der Antrag der MCI in ON 10, Anlage ./C, Anhang 4 unter Pkt 1.3., („Der Zusammenschaltungspartner ist berechtigt, Gespräche, die keine oder eine andere als mit +43 663... oder +43 664... beginnende CLI aufweisen, zu sperren bzw. für jene Gespräche zu zielnetzorientierten Diensten die im Netz des Zusammenschaltungspartners eingerichtet sind und keine bzw. eine andere als mit +43 663... oder +43 664... beginnende CLI aufweisen, an Mobilkom nur die relevante Festnetz-Originierung zu bezahlen.

Gespräche mit der CLI +43 663... und +43 664... werden zu den relevanten Mobil-Originierungsentgelten verrechnet. Falls die TA zwischen einer Mobilkom-CLI (+43 663... und +43 664...) und Gesprächen mit einer anderen CLI oder Gesprächen ohne CLI nicht unterscheiden kann oder will, ist Mobilkom verpflichtet, für die Gespräche, die keine oder eine andere als eine Mobilkom-CLI aufweisen, die Differenz zwischen Festnetz- und Mobiloriginierungsentgelt direkt an WorldCom zu entrichten.“) wird zurückgewiesen.

3. Kosten der nicht amtlichen Sachverständigen

Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat die MCI WorldCom Telecommunication Services Austria GmbH die Sachverständigengebühren für o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner in der Höhe von ATS 105.000,- (Euro 7630,65), inkl. USt, zu tragen. Dieser Betrag ist binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheids mittels beiliegendem Zahlschein auf das PSK-Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), BLZ 60000, Konto-Nr. 9663936, zu überweisen.

C. Weitere Anträge der Verfahrensparteien

Alle übrigen Anträge der Verfahrensparteien werden – soweit ihnen im Spruch dieses Teilbescheides nicht ausdrücklich Folge gegeben wird – abgewiesen.

II. Begründung

1. Zu den Anträgen der Verfahrensparteien

(...)

2. Teilbescheid 1

Mit 30.7.2001 wurde der Teilbescheid (Z 5/01-45, Z 7/01-44) von der Telekom-Control-Kommission erlassen.

3. Festgestellter Sachverhalt

(...)

4. Beweiswürdigung

(...)

5. Rechtliche Beurteilung

5.1. Zulässigkeit und Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Kommt zwischen einem Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Vereinbarung über Zusammenschaltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen (§ 41 Abs. 2 TKG). Gemäß § 111 Z 6 TKG ist die Telekom-Control-Kommission für die "Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41" zuständig.

Der Betreiberstatus der MCI ist ebenso wie der Betreiberstatus der Mobilkom auf der Basis der erteilten Konzessionen (vgl. Pkt. 2.1) und der erfolgten Aufnahme der Dienstleistung zweifelsfrei gegeben und unstrittig.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist somit zunächst die gegenüber dem Antragsgegner erfolgte Nachfrage nach der – später bei der Regulierungsbehörde zur Anordnung beantragten – Zusammenschaltungsleistung. Jedenfalls seit 26. Jänner 2001 verhandeln die Parteien über die Bedingungen für die Zusammenschaltung ihrer Netze. Dass eine gegenseitige Nachfrage hinsichtlich der physikalischen Verbindung der Netze stattgefunden hat, wird von keiner der Parteien bestritten.

Bezugnehmend auf die Stellungnahme der Mobilkom vom 3.9.2001 (ON 26), MCI hätte keine Nachfrage nach angemessenen Entgelten gestellt ist auszuführen, dass zum Zeitpunkt der Verhandlungen (26.01.2001) von den Verfahrensparteien von der marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom auf dem Zusammenschaltungsmarkt auszugehen war (s. Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 2/99) und wurde über die in Zukunft zur Anwendung gelangenden Entgelte verhandelt. Dabei ist es unerheblich, ob über kostenorientierte oder

angemessene Entgelte verhandelt wurde. Allein die Tatsache, dass über Entgelte verhandelt wurde, tut der Verhandlungspflicht des § 41 TKG genüge.

Bezüglich der von MCI in ON 10, Anlage ./C, Anhang 4 unter Pkt 1.3. beantragten Absätze (siehe im Spruch unter Punkt B.2) bringt Mobilkom vor, dass eine derartige Regelung von MCI nicht nachgefragt wurde. Dies bleibt seitens MCI unbestritten.

Aus § 41 TKG ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Anrufung der Telekom-Control-Kommission – die Nachfrage, das ergebnislose Verstreichen einer sechswöchigen Verhandlungsfrist sowie das Nichtvorliegen einer Vereinbarung – kumulativ vorliegen müssen. Da MCI bezüglich der in Anhang 4 beantragten CLI-Regelung keine Nachfrage an Mobilkom gerichtet hat bzw. in den Verhandlungen mit Mobilkom dieser Punkt nicht Gegenstand der Verhandlungen war, war der Antrag der MCI mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 TKG hinsichtlich der in Anhang 4 beantragten CLI-Regelung zurückzuweisen.

Die Anrufung der Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde gemäß § 111 Z 6 TKG zum Erlass einer Anordnung gemäß § 41 Abs. 2 und 3 TKG ist demnach hinsichtlich der von Seiten MCI beantragten Passage in Anhang 4 mangels Vorliegens der Antragslegitimation zurückzuweisen, hinsichtlich der in diesem Teilbescheid behandelten Anträgen der Verfahrensparteien zulässig.

Die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Bedingungen für die Zusammenschaltung ist gegenüber den privatautonom geführten Verhandlungen der Zusammenschaltungspartner subsidiär. Im gegenständlichen Fall liegt zwischen den Verfahrensparteien keine aufrechte schriftliche Vereinbarung über die antragsgegenständlichen Zusammenschaltungsleistungen vor.

Hinsichtlich der Subsummierbarkeit der in der gegenständlichen Anordnung festgelegten indirekten Zusammenschaltung via ein Transitnetz unter den Zusammenschaltungsbegriff des § 3 Z 16 TKG sei auf die ausführlichen Darlegungen in der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 11.11.1999, Z 8/99, verwiesen.

Die Anrufung der Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde gemäß § 111 Z 6 TKG zum Erlass einer Anordnung gemäß § 41 Abs. 2 und 3 TKG ist demnach mit Ausnahme der von MCI in Anhang 4 beantragten zwei Absätzen (siehe ON 10, Anlage ./C, Anhang 4 Pkt 1.3., die letzten beiden Absätze) zulässig.

5.2. Marktbeherrschung iSd § 33 TKG

Das zuletzt von der Telekom-Control-Kommission durchgeführte Verfahren M 1/01 zur Feststellung der marktbeherrschenden Unternehmen auf den österreichischen Telekommunikationsmärkten führte hinsichtlich des nationalen Zusammenschaltungsmarktes zu dem Ergebnis, dass abgesehen von der Telekom Austria AG (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/01-112 vom 18.06.2001) keine weiteren Unternehmen auf diesem Markt als marktbeherrschend festgestellt wurden. Hinsichtlich des Marktes für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen Mobilfunknetzes hat die Telekom-Control-Kommission in Bezug auf keines der auf diesem Markt tätigen Unternehmen festgestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung iSd § 33 TKG vorliege. Ein entsprechendes Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 17.07.2001 wurde auch der Mobilkom übermittelt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ihr in dem von der Telekom-Control-Kommission geführten Verfahren M 1/01 zur Feststellung marktbeherrschender Unternehmen auf den gemäß § 33 TKG relevanten Telekommunikationsmärkten weder Akteneinsicht noch rechtliches Gehör gewährt worden und eine fundierte Stellungnahme zum Ergebnis dieses

Verfahrens daher nicht möglich sei, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, da die Antragstellerin die Möglichkeit zu der von ihr am 26.07.2001 beantragten Akteneinsicht (ON 18) in die zuvor erwähnten Marktdaten trotz der mit Schreiben der Telekom-Control-Kommission vom 1.08.2001 (ON 24) mitgeteilten Einbeziehung dieser Marktdaten in das gegenständliche Verfahren nicht wahrgenommen hat.

Zur Behauptung der Antragstellerin, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes im sektorspezifischen Wettbewerbsrecht nach den im allgemeinen Wettbewerbsrecht gültigen Kriterien zu erfolgen habe, ist Folgendes auszuführen:

Dass das TKG mit seinem 5. Abschnitt über „Wettbewerbsregulierung“ im Vergleich zum Kartellgesetz ganz unterschiedliche Ziele verfolgt, ist schon aus § 32 Abs. 1 TKG direkt ersichtlich. Während das Wettbewerbsrecht auf die Erhaltung des Bestandes von Wettbewerb (Existenzschutz) sowie auf die Erhaltung seiner Qualität gerichtet ist (*Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht*³, S 17, Rz 2) und Wettbewerbsverzerrungen z.B. durch Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vermeiden soll, wurden durch das TKG die Voraussetzungen für effektiven Wettbewerb erst geschaffen (vgl. § 1 Abs. 2, § 32 Abs. 1 TKG). Insofern unternimmt es das TKG mit in der Regel strengeren Regulierungseingriffen als im Wettbewerbsrecht, einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt zuerst herzustellen und in weiterer Folge sicherzustellen. So ist es – im Unterschied zum KartG – ein erklärtes Ziel der Wettbewerbsregulierung des TKG, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern. Weiters will das TKG den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht nur wie das KartG (ex post) abstellen, sondern darüber hinaus bereits (ex ante) Missbräuchen vorbeugen, indem den auf den Telekommunikationsmärkten iSd § 33 TKG marktbeherrschenden Unternehmern spezifische Sonderpflichten auferlegt werden.

Der sachlich relevante Markt nach § 3 KartG umfasst alle Waren (Leistungen), die unter den gegebenen Marktverhältnissen der Deckung desselben Bedarfs dienen, wobei die Abgrenzung des relevanten Marktes für Zwecke des allgemeinen Wettbewerbsrechts sowohl z.B. bei Untersuchung eines Vorliegens von Marktmachtmissbrauch als auch z.B. bei Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens notwendigerweise einzelfallbezogen zu erfolgen hat. Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Bereich des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts muss hingegen die im TKG enthaltenen Sonderverpflichtungen antizipierend berücksichtigen, da diese an bereits bestehende, in den jeweiligen Vorschriften konkret bezeichnete Märkte – wie etwa die in § 18 Abs. 6 genannten Märkte für Sprachtelefondienst über ein festes Netz oder für das Anbieten von Mietleitungen – anknüpfen. Wie sich bereits aus § 32 Abs. 1 Z 5 TKG ergibt, wurden die Vorschriften dieses Gesetzes in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen sektorspezifischen Vorgaben erlassen, weshalb auch der für die Feststellung der marktbeherrschenden Unternehmen auf den relevanten Telekommunikationsmärkten maßgebliche § 33 TKG im Lichte der entsprechenden ONP-Vorschriften, also Art 4 Abs. 3 RL 97/33/EG v. 30.06.1997 (ABl L 199/32 v. 26.07.1997), idF RL 98/61/EG v. 24.09.1998, (ABl L 268/37 v. 3.10.1998), Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG sowie Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG v. 5.06.1992 (ABl L 165/27 v. 19.06.1992), idF RL 97/51/EG v. 6.10.1997 (ABl L 295/23 v. 29.10.1997) zu interpretieren ist.

Diese Auffassung der Telekom-Control-Kommission wird durch die – rechtlich nicht verbindliche - Explanatory Note on Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives“ der Europäischen Kommission vom 1.3.1999 (im Internet abrufbar auf der Website der Generaldirektion Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission unter <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, i. F. kurz „Explanatory Note“) bestätigt, die in den Punkten 2.1 und 2.2 auf die unterschiedlichen Konzepte der marktbeherrschenden Stellung nach Art 81, 82 EGV und der signifikanten Marktmacht im ONP-Regime eingeht:

“2.1. The relevant market in ONP and in competition law:

In both competition law and under ONP rules, the relevant market is defined in terms of the product/service in question and the relevant geographical area. One aim of the sector-specific ONP legislation is to provide ex-ante rules which provide legal certainty to market players; the relevant market is therefore defined in the specific ONP directives (interconnection, voice telephony, leased lines). This differs from a competition law approach where the relevant market is defined on a case-by-case basis in terms of the product/service market in question and the relevant geographical area. It is not appropriate to apply a competition law approach to market segmentation when assessing significant market power for ONP purposes; the relevant market must be assessed on the basis of the markets identified in the specific Directives (*Hervorhebung nicht im Original*). A further consideration when examining the relevant market for ONP purposes is to take into account the nature of the obligations that the Directive places on organisations with significant market power (SMP).

2.2. Significant market power and dominant position

Significant market power is not the same as the concept of dominant position used in competition law. Significant market power is an ONP concept used to decide when an organisation should be subject to specific obligations, under specific ONP Directives (...).”

Der Grund, weshalb im ONP-Regime die Märkte bereits normativ definiert werden und nicht erst im Einzelfall und im nachhinein die Marktabgrenzung ökonomisch ermittelt wird, besteht dabei nach der Explanatory Note darin, dass die ONP-Richtlinien ex-ante-Verhaltenspflichten beinhalten, die allen Marktteilnehmern Rechtssicherheit bieten sollen.

Vor diesem Hintergrund entbehrt insbesondere das Vorbringen der Antragstellerin, dass die Telekom-Control-Kommission auf Grund der Bindung an den in Österreich geltenden Rechtsrahmen zur Schaffung oder Fortschreibung einer kartellrechtlich unzulässigen Situation (gemeint sind offenbar: die von Mobilkom geforderten „unrealistisch hohen“ mobilen Zusammenschaltungsentgelte, vgl. Schreiben der Antragstellerin v. 4.09.2001, ON 28, S 8) nicht ermächtigt sei, schon im Hinblick auf § 32 Abs. 2 TKG, wonach die Zuständigkeiten des Kartellgerichts unberührt bleiben, jeglicher Grundlage.

Die Antragstellerin vertritt vielmehr die Auffassung, dass der sachlich relevante Markt auf die mobilen Zusammenschaltungsleistungen, insbesondere die Terminierung, bei jedem einzelnen Mobilfunkunternehmen („single network dominance“), einzuschränken sei, und begründet dies mit der mangelnden Substituierbarkeit der Erreichbarkeit individueller Mobilfunknetzteilnehmer. Zur Abstützung ihrer Argumentation bezieht sie sich auf ein von der britischen Regulierungsbehörde Oftel im Februar 2001 vorgelegtes Konsultationspapier mit dem Titel „Review of the Price Control on Calls to Mobiles“ (ON 28, Blg. /1).

Zu dem von der Antragstellerin in Bezug genommenen Oftel-Dokument ist Folgendes auszuführen: der von Oftel in diesem Dokument (zum Zweck der Kontrolle der von Mobilfunknetzbetreibern verrechneten Entgelte) vorgenommenen Abgrenzung von Telekommunikationsmärkten nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht liegt das Konzept der „market influence“ zu Grunde. Nach den im März 2000 veröffentlichten „Oftel Guidelines on Market Influence Determinations“ (im Internet abrufbar unter http://www.oftel.gov.uk/publications/ind_guidelines/mig0300.htm) wird „market influence“ in den Lizenzen nach dem britischen Telecommunications Act definiert als „the ability to raise prices above the competitive level in the relevant market for a non-transitory period without losing sales to such a degree as to make this unprofitable.“

Die in dem von der Antragstellerin angeführten Konsultationsdokument diskutierten allenfalls erforderlichen regulatorischen Maßnahmen leitet Oftel im Einklang mit dem nationalen

Telekommunikationsrecht jedoch nicht aus dem Konzept der ONP-Richtlinien, sondern aus dem Vorliegen von „market influence“ ab. Wie sich aus Pkt. 1.25. der „Guidelines on Market Influence Determination“ ergibt, ist dieser Begriff jedoch von dem der beträchtlichen Marktmacht iSd ONP-Richtlinien zu trennen („It should be noted that SMP is not intended to be assessed in relation to a relevant economic market as defined in Chapter 2 below.“).

Demgegenüber ist die Telekom-Control-Kommission der Auffassung, dass zur Ausfüllung des im TKG festgelegten Maßstabs für die von ihr zu treffenden Entscheidungen daher auch weiterhin die einschlägigen Bestimmungen der ONP-Richtlinien mit ihren insoweit für die Marktabgrenzung bestehenden normativen Vorgaben heranzuziehen sind.

Hinsichtlich des nationalen Zusammenschaltungsmarktes ist den Daten aus dem Verfahren M 1/01, die auch den Parteien des gegenständlichen Verfahrens unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zugänglich gemacht wurden, zu entnehmen, dass kein Mobilfunknetzbetreiber die in § 33 Abs. 2 TKG genannte Vermutungsschwelle von 25% für eine marktbeherrschende Position auf diesem Markt erreicht. Was konkret die Mobilkom betrifft, zeigt sich, dass ihr Marktanteil während des gesamten Jahres 2000 um die 25%-Marke oszillierte. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass der Marktanteil der Mobilkom auf dem Zusammenschaltungsmarkt auf dem Zusammenschaltungsmarkt nach der Explanatory Note sogar mehr als 35% betrage, verweist die Telekom-Control-Kommission auf ihre ständige Spruchpraxis (vgl. z.B. Bescheide der Telekom-Control-Kommission M 1/01-112 vom 18.06.2001, M 2/99-100 vom 31.07.2000, M 1/99-256 vom 23.07.1999). Hiernach sind für die Beurteilung der Marktbeherrschung am Zusammenschaltungsmarkt Umsätze aus allen relevanten Produkten dieses Marktes, also auch aus Originierungs- und Transitleistungen, heranzuziehen, da auch Originierung und Transit Zusammenschaltung iSd § 3 Z 16 TKG darstellen, während die Explanatory Note demgegenüber ausschließlich auf Umsätze aus Terminierungsleistungen abstellt und zudem den netzinternen Verkehr einbezieht. Dies steht jedoch im Widerspruch zu § 3 Z 16 TKG, der „Zusammenschaltung“ als jenen Netzzugang definiert, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschlossen sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen. Aus den genannten Gründen hat die Telekom-Control-Kommission davon abgesehen, die in der Explanatory Note verwendete Berechnungsmethode bei der Ermittlung der Marktanteile heranzuziehen.

Ungeachtet der annähernd stabilen Entwicklung für das Jahr 2000 war jedoch zu berücksichtigen, dass der Marktanteil der Mobilkom am nationalen Zusammenschaltungsmarkt im Jahr 2000 im Vergleich zum Jahr 1999 gesunken ist. Hinsichtlich der künftigen Entwicklung der Marktanteile der Mobilkom lässt sich – aufgrund einer Vielzahl von nur z. T. vorhersehbaren Einflussgrößen - keine exakte Prognose treffen, wiewohl seitens der Telekom-Control-Kommission vermutet wird, dass der Anteil der Mobilkom am nationalen Zusammenschaltungsmarkt unter Berücksichtigung absehbarer Einflussgrößen (wie Carrier Pre Selection im Festnetz, Anpassung der Entgelte anderer Mobilbetreiber, Tarifstrategien einzelner Betreiber am Endkundenmarkt, Wachstum der Betreiber) tendenziell auch weiterhin absinken dürfte. Hinsichtlich des - von der Antragstellerin vermuteten - Vorliegens der in § 33 Abs. 1 Z 2 TKG angeführten Kriterien ist festzuhalten, dass eine objektive Erfüllung dieser Kriterien grundsätzlich ausreicht, um ein Unternehmen als marktbeherrschend iSd TKG zu qualifizieren (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 2/99-100, S 31).

Indes deuten die zuvor geschilderten Umstände darauf hin, dass neben den Umsätzen im Verhältnis zur Größe des Marktes auch die Möglichkeit der Mobilkom, Marktbedingungen zu beeinflussen, jedenfalls im Abnehmen begriffen ist. Ebenso verliert die Erfahrung der Mobilkom mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten am Markt gegenüber den Wettbewerbern (vor allem gegenüber den anderen Mobilfunknetzbetreibern) in dem Maße an Bedeutung, in dem sich auch diese Wettbewerber mit den von ihnen angebotenen Produkten

und Diensten dauerhaft am Markt etablieren. Wesentliche Unterschiede hinsichtlich der Möglichkeiten des Zugangs zu Finanzmitteln zur Deckung der Finanzierungserfordernisse aus Zusammenschaltungsleistungen sind weder in Bezug auf die Telekom Austria noch in Bezug auf andere österreichische Mobilfunknetzbetreiber als den wesentlichen Marktteilnehmern auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt erkennbar. Die Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern schließlich ist insbesondere bei den Mobilfunknetzbetreibern in gleich starkem Ausmaß gegeben.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin relevierten Notwendigkeit einer Zusammenrechnung der Marktanteile von Telekom Austria und Mobilkom ist darauf hinzuweisen, dass der Markt für Zusammenschaltungsleistungen bei der Umsatzberechnung eine Sonderstellung einnimmt, da die Zustellung eines Gespräches an den angerufenen Teilnehmer (etwa ein Mobilfunknetz-Teilnehmer) nur von dem Netzbetreiber, dessen Kunde der angerufene Teilnehmer ist, durchgeführt werden kann.

Bestandteil des Zusammenschaltungsmarktes sind daher nur die Leistungen der jeweiligen Netzbetreiber an andere Netzbetreiber, sodass es gegebenenfalls auch zur Berücksichtigung von Leistungen, welche im Unternehmensverbund erbracht werden, kommen kann. Mobile und feste Netze sind dabei jedenfalls getrennt zu beurteilen, wie sich unmittelbar aus Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG ergibt, demgemäß die Marktstellung von Mobilfunknetzbetreibern auf dem Zusammenschaltungsmarkt zu beurteilen ist.

Würden nun die Zusammenschaltungsleistungen, welche von Mobilkom an die Telekom Austria AG und umgekehrt erbracht werden, als Innenumsätze unberücksichtigt bleiben, so könnte die Marktstellung der Mobilkom als Mobilfunknetzbetreiber auf dem Zusammenschaltungsmarkt nicht korrekt ermittelt werden. Vielmehr könnte in diesem Fall lediglich die Marktstellung der Telekom Austria-Mobilkom-Gruppe auf dem Zusammenschaltungsmarkt ermittelt werden, welche freilich bedeutender wäre als die Marktstellung der Mobilkom für sich genommen. Allein daraus eine marktbeherrschende Stellung auch der Mobilkom abzuleiten, würde dem Zweck des Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG zuwiderlaufen. Aus den genannten Gründen ist daher im speziellen Fall des Zusammenschaltungsmarktes die Einbeziehung auch konzerninterner Umsätze auf Grund von Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG geboten, sofern es sich um Umsätze aus Zusammenschaltung i.S.d. § 3 Z 16 TKG handelt. Außenleistungen der Mobilkom als verbundenem Unternehmen iSd Art 3 Abs 1 – 4 VO 4064/89/EWG v. 21.12.1989 (ABI L 395 v. 30.12.1989) idF VO 1310/97/EG v. 30.06.1997 (ABI L 180 v. 9.07.1997) bzw. § 41 Abs 1 KartG sind daher den Umsatzerlösen der Telekom Austria AG in diesem Fall nicht zuzurechnen.

In ihrer Einschätzung der Marktposition der Mobilkom auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt hat die Telekom-Control-Kommission jedenfalls neben den in § 33 Abs 1 Z 2 TKG genannten Kriterien auch die zuvor dargestellten Einflussgrößen zu beachten. Nach einer Gesamtbetrachtung der auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt vorliegenden Marktverhältnisse ist die Telekom-Control-Kommission unter besonderer Berücksichtigung der auf diesem Markt von den dort tätigen Unternehmen erzielten Umsätze und deren absehbarer Entwicklung zu dem Ergebnis gelangt, dass vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gegenwärtig nicht ausgegangen werden kann.

Hinsichtlich des Marktes für mobile Sprachtelefonie ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass auch hier kein Unternehmen als marktbeherrschend festzustellen war. Obwohl die in § 33 Abs 2 TKG angeführte Vermutungsschwelle eines Marktanteils von 25% bei zwei der auf diesem Markt tätigen Betreibern überschritten wird, vertritt die Telekom-Control-Kommission die Ansicht, dass auf Grund der strukturellen Gegebenheiten, des wettbewerblichen Verhaltens der Teilnehmer am Markt (insbesondere Tarifwettbewerb und Marketingaktivitäten) sowie auf Grund der großen Anzahl von für die Mobiltelefonie-

Endkunden verfügbaren Auswahlmöglichkeiten an Produkten, Diensten und Tarifen auf diesem Markt trotz Bedenken hinsichtlich wachsender Wechselbarrieren derzeit ein ausreichendes Maß an Wettbewerb herrscht und keines der auf diesem Markt tätigen Unternehmen iSd § 33 Abs 1 Z 1 TKG „keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist“ oder iSd § 33 Abs 1 Z 2 TKG „über eine im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern überragende Marktstellung verfügt“. Hieraus ergibt sich, dass die Mobilkom auch auf dem Markt für den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst gegenwärtig nicht als marktbeherrschend anzusehen ist.

Die Telekom-Control-Kommission hat eingehend erörtert, ob die „Bottleneck-Situation“ auf dem Zusammenschaltungsmarkt nicht jedes Unternehmen als marktbeherrschend iSd § 33 TKG qualifiziert. Dem steht jedoch entgegen, dass Art 7 Abs 2 der RL 97/33/EG idF der RL 98/61/EG den nationalen Zusammenschaltungsmarkt als sachlich und örtlich relevanten Markt definiert, sodass nicht jedes einzelne Anschlussnetz, dem sicherlich eine Bottleneck-Qualität zukommt, als eigener Markt iSd des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts zu betrachten ist.

5.3. Zur Vorgangsweise bei der Festlegung der einzelnen Vertragspflichten

Die Rolle der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach § 41 TKG ist einer schiedsrichterlichen Tätigkeit nachgebildet (vgl. die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51). Das Tätigwerden der Telekom-Control-Kommission setzt einen Antrag eines Zusammenschaltungswerbers voraus, der zunächst auf seine Zulässigkeit entsprechend den in § 41 Abs. 1 und 2 TKG festgelegten Voraussetzungen zu überprüfen ist. Die Anordnung der Zusammenschaltung wie auch die Festlegung konkreter Bedingungen – insbesondere der Entgelte – für die Zusammenschaltung betrifft zumindest zwei Netzbetreiber, deren Interessen im Rahmen privater Verhandlungen trotz der besonderen Verhandlungspflicht nach § 41 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht in Übereinstimmung gebracht werden konnten. In dieser Situation ist es die gesetzliche Aufgabe der Regulierungsbehörde, eine Anordnung zu treffen, die die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung ersetzt; die Regulierungsbehörde wird "als Schiedsrichter tätig und entscheidet über die Zusammenschaltung" (Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51).

Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 ausgeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht. Entsprechend § 1 TKG ist unter anderem die Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau, die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbes auf den Märkten der Telekommunikation und der Schutz der Nutzer vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Ziel der Regulierung anzusehen. § 32 TKG überträgt der Regulierungsbehörde die Wahrung spezifischer Regulierungsziele. Durch die im Gesetz angeführten Maßnahmen der Regulierung, wie insbesondere auch durch die Entscheidung in Fragen der Zusammenschaltung gemäß § 38 und § 41 TKG hat die Regulierungsbehörde einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Missbräuchen vorzubeugen, sowie die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzugangs gemäß ONP sicherzustellen.

Bei der Ausfüllung des der Telekom-Control-Kommission in Entscheidungen nach § 41 Abs. 3 TKG eröffneten Ermessensspielraums ist schon auf Grund der in dieser Bestimmung ausdrücklich enthaltenen gesetzlichen Anordnung auch auf die entsprechenden Richtlinien der Europäischen Union, deren Umsetzung das TKG dient, zurückzugreifen. Nach Art 9 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG, welche gemäß § 41 Abs. 3 TKG bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist, fördern und sichern die nationalen Regulierungsbehörden eine adäquate

Zusammenschaltung im Interesse aller Benutzer, indem sie ihre Zuständigkeiten in der Art und Weise ausüben, die den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen und den größtmöglichen Nutzen für die Endbenutzer erbringt. Die Regulierungsbehörden sollen nach dieser Bestimmung dabei insbesondere die Notwendigkeit berücksichtigen, für die Benutzer eine zufriedenstellende Ende-zu-Ende Kommunikation sicherzustellen.

Bei der Anordnung der Zusammenschaltung bzw. der Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen kommt der Telekom-Control-Kommission ein Ermessensspielraum zu, der im Sinne der soeben ausgeführten Gesetzesbestimmungen und – im Sinne der Grundwertung des Gesetzes, eine möglichst getreue Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durchzuführen – entsprechend den Richtlinien der Europäischen Union auszufüllen ist. Wenn auch die Anordnung der Regulierungsbehörde die gesamte Zusammenschaltungsvereinbarung oder einen Teil derselben ersetzen kann und muss, so bedeutet dies demnach dennoch nicht schrankenloses Ermessen der Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde kann keineswegs alles anordnen, was auch vertraglich vereinbart werden könnte, wohl aber kann sie alle jene Bedingungen für die Zusammenschaltung festlegen, die in Anbetracht der konkreten festgestellten Umstände und unter Berücksichtigung der Regulierungsziele als angemessen anzusehen sind. Bei der Entscheidung ist von den Anträgen der betroffenen Parteien auszugehen, sodass es der Regulierungsbehörde in der Regel verwehrt wäre, eine Festlegung in einem Bereich zu treffen, der von keiner der Verfahrensparteien angesprochen wird, es sei denn, eine Festlegung wäre aus besonderen Gründen für die Durchsetzung der Regulierungsziele erforderlich oder entspricht sonst dem gesetzlichen Gebot.

Hingegen würde es dem Charakter des Verfahrens nach §41 Abs. 3 TKG widersprechen, wenn man von einer strengen Antragsbindung ausginge, die es der Regulierungsbehörde praktisch nur ermöglichen würde, undifferenziert einem Antrag stattzugeben oder diesen ebenso undifferenziert abzuweisen, wobei in der Regel im Wesentlichen gegenläufige Anträge des von der Zusammenschaltung betroffenen anderen Netzbetreibers in gleicher Weise zu behandeln wären.

Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck sowie den in § 32 TKG ausgeführten Regulierungszielen unter Berücksichtigung der in Art 9 Abs. 5 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG genannten Interessen bestmöglich entspricht.

5.4. Zur Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte

5.4.1. Regulatorische Rahmenbedingungen für die Entgelte nicht marktbeherrschender Unternehmen

Zu den Hauptpunkten eines Zusammenschaltungsvertrages gehört jedenfalls das für die Zusammenschaltungsleistungen zu erbringende Entgelt. Die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte wird in der Anlage gemäß § 6 ZVO ausdrücklich als Bestandteil einer Zusammenschaltungsvereinbarung verlangt. Die Notwendigkeit, Festlegungen zu den Zusammenschaltungsentgelten zu treffen, ergibt sich jedoch ohnedies bereits unmittelbar aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen.

Die Telekom-Control-Kommission wird in §41 Abs 3 TKG zu einer Entscheidung über die Bedingungen der Zusammenschaltung verpflichtet, sobald sie von einem Netzbetreiber mangels Einigung mit dem anderen Netzbetreiber angerufen wird. Sofern die Entgelte nicht marktbeherrschender Netzbetreiber betroffen sind, hat sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde an den in § 41 Abs 3 TKG ausdrücklich angesprochenen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften sowie an den grundsätzlichen Regulierungszielen des TKG zu orientieren. Gemäß § 41 Abs 3 letzter Satz TKG findet entsprechend der Richtlinie –

es wird auf die RL 97/33/EG Bezug genommen - der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung. Im Sinne des Art 7 Abs 1 und 2 RL 97/33/EG idF der RL 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) gilt dies für Marktbeherrscher auf dem Festnetz-, Sprachtelefonie- und Mietleitungsmarkt sowie für Mobiltelefonieanbieter, die auf dem Zusammenschaltungsmarkt marktbeherrschend sind. Für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte zwischen Erbringern eines öffentlichen Sprachtelefoniedienstes – unabhängig, ob mittels Fest- oder Mobilnetz -, die nicht marktbeherrschend im obigen Sinne sind, fehlt damit eine verbindliche gesetzliche Festlegung im Hinblick auf die Kostenorientierung und damit auch auf die dafür relevante Basis FL-LRAIC (Forward Looking Long Run Average Incremental Costs) iSd § 41 Abs 3 TKG iVm §§ 8 f ZVO.

Bei der Anordnung der Zusammenschaltung bzw der Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen kommt der Telekom-Control-Kommission ein Ermessensspielraum zu, welcher – dem Wesen schiedsrichterlicher Entscheidungsfindung entsprechend und im Sinne der Grundwertung des Gesetzes (vgl §§ 1 und 32 TKG), eine möglichst getreue Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durchzuführen – entsprechend den Richtlinien der Europäischen Union auszufüllen ist.

5.4.2. Zur Höhe der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte

Da mangels marktbeherrschender Stellung der Mobilkom iSd § 33 TKG kein kostenorientiertes Zusammenschaltungsentgelt iSd § 41 Abs 3 TKG iVm §§ 8, 9 ZVO festgelegt werden kann, sind andere Rechtsgrundlagen einschlägig.

5.4.2.1. Zum Begriff des „Angemessenen Entgelts“ nach dem ABGB

Die Telekom-Control-Kommission geht bei der Bemessung der Höhe des Zusammenschaltungsentgelts zunächst von dem sich aus § 1152 ABGB ergebenden Grundsatz aus, wonach in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien ein Entgelt in angemessener Höhe als vereinbart gilt. Als „angemessen“ im Sinne des § 1152 ABGB gilt jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt (JBI 1955, 122, EvBI 1964/401; Arb 9171). Als Orientierungshilfen herangezogen werden können Tarifsysteme, wie Kollektivverträge oder etwa die „autonomen Honorarrichtlinien“ der Rechtsanwaltschaft (SZ 35/33) oä.

Aus den oben dargestellten Grundsätzen der Judikatur lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung eines angemessenen Entgelts für die Mobilzusammenschaltung ziehen: Ein Tarifsystem, - in welcher Ausgestaltung auch immer - das für die Festlegung der Terminierungs- und Originierungsentgelte in ein mobiles Telekommunikationsnetz herangezogen werden könnte, existiert für den nationalen Zusammenschaltungsmarkt nicht. Der Verweis auf „jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt,“ kann somit nicht herangezogen werden, da sich jene Zusammenschaltungsentgelte, die derzeit in der Zusammenschaltung mit mobilen Netzen zur Anwendung gelangen – dh ein Terminierungsentgelt für Mobilkom Austria AG & Co KG (Mobilkom), für max.mobil. sowie für Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (Connect) in der Höhe von derzeit ATS 1,90 (Originierung von ATS 1,81) und ein Zusammenschaltungsentgelt in der Höhe von ATS 2,70 an tele.ring Telekom Service GmbH (tele.ring) – mangels Einigung der Parteien auf hoheitliche Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gründen. Aus dem Faktum, dass es sich

dabei um jene Sätze handelt, die tatsächlich allgemein für die Zusammenschaltung mit einem mobilen Telekommunikationsnetz bezahlt werden, kann aus Sicht der Telekom-Control-Kommission jedoch nicht abgeleitet werden, dass diese – auch aus heutiger Sicht - angemessen wären. Vielmehr haben die erwähnten Entgelte in der Vergangenheit dem Maßstab der Angemessenheit Genüge getan, können jedoch nicht ohne weitere Prüfung – alleine auf der Tatsache basierend, dass sie „allgemein und tatsächlich bezahlt werden“ – auch für die Gegenwart und nähere Zukunft als angemessen gelten.

Eine unmittelbare Heranziehung der oben erwähnten Judikatur scheint somit für die sektorspezifische Interpretation des Terminus „angemessen“ nicht zielführend.

5.4.2.2. Der Begriff des „angemessenen Entgelts“ nach allgemeinem Wettbewerbsrecht

Zur Klärung der Begrifflichkeit des „angemessenen Entgelts“ soll an dieser Stelle auch das allgemeine Wettbewerbsrecht einer näheren Untersuchung unterzogen werden: Ausgehend von § 35 KartG kann festgehalten werden, dass die Feststellung der Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung - insbesondere des nicht „angemessenen Preises“ - oft Schwierigkeiten bereitet. Diesbezüglich kann eine genauere Determinierung des angemessenen Preises darin gefunden werden, dass der angemessene Preis jener ist, der sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte – der so genannte „Als-ob-Wettbewerbspreis“.

Es wird hier ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem betreffenden Markt gebildet haben könnte, als Maßstab zugrunde gelegt. Die Verkaufspreise des bezugnehmenden Unternehmens werden mit den für gleiche oder vergleichbaren Erzeugnisse auf vergleichbaren Märkten geforderten Preisen verglichen.

Ein anderes Konzept stellt auf den Vergleich zwischen den Kosten und den Preisen - also auf die Gewinnspanne - ab. Der Maßstab für die Beurteilung eines unangemessenen Preises besteht hier nicht in einem Vergleich mit einem fiktiven Wettbewerbspreis, sondern im unmittelbaren Vergleich zwischen Kosten und Preis einer Ware oder Leistung. Die verschiedenen Maßstäbe zur Feststellung eines Preismissbrauches werden im Einzelfall nebeneinander heranzuziehen sein. Die Differenz zwischen diesen Kennzahlen wird dann zur Qualifizierung des Vorliegens eines angemessenen bzw unangemessenen Preises herangezogen (vgl *Barfuß/Wollmann/Tahedl*, Österreichisches Kartellrecht, 1997, Seite 101).

Das europäische Wettbewerbsrecht (vgl insb Art 82 Abs 2 lit a EGV) richtet die Angemessenheit eines Preises am wirtschaftlichen Wert der Dienstleistungen aus; liegt ein Missverhältnis zwischen dem Preis und dem Wert vor, so ist der Preis unangemessen: Der EuGH hat grundsätzlich anerkannt, dass der missbräuchliche Charakter des erzwungenen Preises durch einen Vergleich mit den Gestehungskosten für die betreffende Dienstleistung festgestellt werden kann. Als noch angemessen gelten Verkaufspreise, wenn sie neben den tatsächlichen Gestehungskosten eine erhebliche Gewinnmarge decken, die ausreicht, um die verschiedenen Aufgaben des Unternehmens, insbesondere die erforderlichen Investitionen zu finanzieren und den Anteilseignern normale Dividenden auszuschütten (vgl insbesondere *Schröter* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg)*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵, Rz 147 ff zu Artikel 86 [nunmehr Artikel 82]).

Zur Festlegung der Gewinnspanne wendet der EuGH das Konzept der Gewinnbegrenzung in der Variante der Gewinnspannenbegrenzung an. Dieses Konzept stellt auf die Kosten und die Angemessenheit der Kapitalverzinsung ab. Diese Vorgehensweise umfasst notwendigerweise das Unternehmensverhalten in seiner Gesamtheit und ließe sich ohne Leitsätze zur Kosten- und Gewinnermittlung nicht handhaben (vgl EuGH 14.2.1978, Slg. 1978, 207, 305 Tz 251ff „United Brands“).

Zur Rechtfertigung eines angemessenen Preises spielt der Gesichtspunkt der Kosten die Hauptrolle. Zu berücksichtigen sind die produkt- und leistungsspezifischen Kosten sowie ein Anteil an den allgemeinen Betriebskosten, welcher der Bedeutung der betreffenden Produktion oder Dienstleistungen im Rahmen des gesamten Unternehmens entspricht.

Angesichts der erheblichen Probleme, welche die Ermittlung der Gestehungskosten mit sich bringt, können auch andere Methoden zur Ermittlung angemessener bzw. unangemessener Preise herangezogen werden. Ein wichtiges Hilfsmittel in diesem Zusammenhang ist das Vergleichsmarktkonzept. Bei dieser Methode wird ermittelt, welcher Preis sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit gebildet hätte. Zu berücksichtigen ist hier jedoch, dass sich ein solcher fiktiver Preis nur näherungsweise bestimmen lässt. Den Unternehmen verbleibt nämlich ein Handlungsspielraum, so dass selbst ihr ökonomisch rationales Verhalten nur innerhalb eines bestimmten Rahmens festgemacht werden kann (vgl. Möschel in *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, Rz 139ff zu Art 86 [nunmehr Artikel 82]).

5.4.2.3. Instrumente zur Bestimmung angemessener Zusammenschaltungsentgelte

Zur Festlegung des Entgelts bieten sich die folgenden Konzepte an:

5.4.2.3.1. Internationale Praxis („benchmarking“)

Bei einem Vergleichsmarktkonzept werden die Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage der auf dem (nationalen oder internationalen) Markt tatsächlich zur Anwendung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte ermittelt. Eine Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte allein auf der Grundlage von internationalen Vergleichswerten von Terminierungsentgelten erscheint der Telekom-Control-Kommission aus folgenden Gründen jedoch nicht zweckmässig.

Die Zusammenschaltungsentgelte im internationalen Umfeld lassen sich nur eingeschränkt vergleichen. Auf der einen Seite bestehen erhebliche Unterschiede zwischen der Historie der Mobilfunkmärkte und den geleisteten Konzessionsgebühren, auf der anderen Seite sind die Penetrationsraten, die Verkehrsmengen, die Teilnehmerzahlen und sonstigen Wettbewerbsverhältnisse höchst unterschiedlich. Viele internationale Vergleichsdaten entstanden nicht aus einer regulatorischen Betrachtung und einer geprüften Kostenrechnung, sondern folgen in vielen Fällen der Festsetzung durch die Mobilnetzbetreiber. In vielen EU-Ländern wächst das Problembewusstsein der hohen Diskrepanz zwischen den Mobilfunk- und Festnetzzusammenschaltungsentgelten, sodass in naher Zukunft verstärkt mit regulatorischen Eingriffen zu rechnen sein wird bzw. solche Entscheidungen bereits getroffen wurden (UK 26.9.2001). Einzig auf Grund eines einfachen internationalen Vergleichs kann daher die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte nicht erfolgen.

Daraus soll jedoch nicht geschlossen werden, dass es in einzelnen Fragen der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetz nicht hilfreich oder zweckmässig ist, auf die Erfahrungen anderer Länder bzw. anderer Regulierungsbehörden zurückzugreifen - nicht zuletzt deshalb, um die von der Telekom-Control-Kommission angestellten Überlegungen einer Plausibilitätskontrolle unterziehen zu können. Die in anderen Ländern gewonnenen Erkenntnisse sowie Methoden der anderen Regulierungsbehörden zur Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten können aus Sicht der Telekom-Control-Kommission als Anhaltspunkt dienen, da auf Grund des einheitlichen europäischen Rechtsrahmens gewisse Parallelitäten in allen Ländern der Europäischen Union zu finden sind, zumal auch in diesen Ländern bedingt durch den mit 1.1.1998 komplettierten Liberalisierungsprozess schon schon vergleichbare Marktsituationen vorliegen.

In diesem Zusammenhang erscheint insbesondere die Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde des Telekommunikationsbereichs Oftel von Interesse (abrufbar unter www.oftel.gov.uk): Am 26.9.2001 veröffentlichte Oftel nach umfassenden Untersuchungen und Konsultationen über die wettbewerblichen Gegebenheiten im Bereich Mobilterminierung eine Entscheidung zur künftigen Regulierung der Terminierungsentgelte britischer Mobilfunkbetreiber in ihrem „*Review of the charge control on calls to mobiles*“.

Ausgangspunkt der Untersuchung Oftels war die Frage, ob der Wettbewerb gegenwärtig bzw. in naher Zukunft ausreichend sein wird, um die Terminierungsentgelte der vier Betreiber (BT Cellnet, Vodafone, One2One und Orange) zu beschränken, oder ob gegebenenfalls entsprechende regulatorische Maßnahmen im Interesse der Kunden zu ergreifen wären.

Nachstehend sollen die wesentlichen Eckpunkte dieser Entscheidung dargelegt werden:

In ihrer Entscheidung legte Oftel einen neuen Charge Cap auf Basis der Formel Retail Price Index (RPI) – 12% fest (statt bisher RPI – 9%), der erstmalig ab April des Jahres 2002 zur Anwendung gelangt und für alle vier Mobilfunkbetreiber gilt. Auf Grund dieser Regulierung haben die Mobilfunkbetreiber ihre Terminierungsentgelte jährlich über einen Regulierungszeitraum von vier Jahren im gewichteten Mittel um 12% (abzüglich der Inflationsrate) abzusenken, wobei Verlagerungen in den Gesprächsaufkommen (etwa von Geschäftszeit zu Freizeit) jeweils dynamisch berücksichtigt werden. Ausgangspunkt der Regulierung sind die bisher gültigen Entgelte. Von einer deutlichen sofortigen einmaligen Absenkung zur Heranführung der gegenwärtig verrechneten Terminierungsentgelte an die von Oftel auf Basis FL-LRIC ermittelten, deutlich niedrigeren Terminierungskosten wird zugunsten einer gleichmäßigen jährlichen Absenkung Abstand genommen. Die Entscheidung Oftels gilt für einen Zeitraum bis März 2006 und soll nach Ablauf von zwei Jahren einer neuerlichen Überprüfung unterzogen werden.

Als Grundlage für die Berechnung der Terminierungskosten wurde von Oftel der Kostenrechnungsstandard FL-LRIC herangezogen, wobei in der Berechnung zwei Aufschläge berücksichtigt wurden: Neben einem Aufschlag zur Abgeltung der gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten (aus Sicht Oftels sollten dazu auch regulierte Produkte beitragen), wird ein zweiter Aufschlag zur Abgeltung von Netzwerkexternalitäten berücksichtigt. Diese externen Effekte, die in ihrer Auswirkung auf die in Ansatz gebrachten Kosten weit bedeutender sind, werden von Oftel damit begründet, dass auch andere Teilnehmer mittelbar davon profitieren, wenn ein Mobilfunkkunde für sie leichter erreichbar ist bzw. sie durch diesen leichter angerufen werden können. Dieser anderen Teilnehmern zuwachsende Vorteil ist aus Sicht Oftels entsprechend zu berücksichtigen und wird auf Basis einer eingehenden Untersuchung in einer Höhe von 2 Pence (Bandbreite 1-3 Pence) angenommen. Durch Berücksichtigung dieser beiden Aufschläge auf die FL-LRIC wird schließlich der Zielwert des Charge Caps ermittelt.

Darüber hinaus gilt an dieser Stelle der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass zwar die EU-Kommission im Bereich der Zusammenschaltungsentgelte ursprünglich davon ausging, dass die Mitgliedstaaten sich bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten für die Übergangszeit mit einem Vergleichsmarktkonzept behelfen sollten. Die aus diesen Erwägungen heraus resultierende Empfehlung der Kommission 98/195/EG vom 8.1.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 - Zusammenschaltungsentgelte, ABI L 73 vom 12.3.1998, 42; geändert durch die Empfehlung der Kommission vom 20.3.2000, im Hinblick auf Aktualisierung des europaweiten Vergleichs der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte zur Feststellung der "besten gegenwärtigen Praxis") gilt jedoch nur für Erbringer eines öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes und lässt sich daher im konkreten Fall nicht heranziehen. Dies deshalb, da die in der Empfehlung angeführten Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage der besten gegenwärtigen Praxis die Entgelte für die Zusammenschaltung auf örtlicher, Einfachtransit-

und Doppeltransit-Ebene darstellen und sich daher auf die Anrufzustellung in Festnetzen beziehen.

Auch nationales „benchmarking“ kann bei vier im österreichischen Mobilfunkmarkt operativ tätigen Mobilfunkbetreibern nur bedingt angewendet werden. Die Telekom-Control-Kommission verkennt dabei nicht, dass nationales „benchmarking“ jedoch herangezogen werden kann, um die Bandbreite für ein angemessenes Entgelt darzustellen. So könnte das untere Limit aus dem Entgelt, das für ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung festgesetzt werden müsste, abgeleitet werden. Mangels eines marktbeherrschenden Unternehmens kann keine Untergrenze für das nationale „benchmarking“ aufgezeigt werden. Jedoch kann als oberes Limit, das derzeit auf Grund des nationalen „benchmarkings“ aufgezeigt wird, ATS 2,70/Minute angenommen werden. Ein Mobilterminierungsentgelt in dieser Höhe wurde von der Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 5/00 für den Markteinsteiger tele.ring angeordnet. Auf Grundlage des nationalen „benchmarkings“ kann aufgezeigt werden, dass das für die Mobilkom als angemessen festzulegende Entgelt keinesfalls über dem Wert von ATS 2,70/Minute angesiedelt werden kann.

5.4.2.3.2. „Retail minus“

Bei dieser Methode wird vom Endkundenpreis ausgegangen und nach Abzug von nicht zusammenschaltungsrelevanten Kostenteilen das Zusammenschaltungsentgelt festgestellt.

Nach Ansicht von MCI sei der Retail-Minus-Berechnungsansatz zumindest zur Kontrolle einer FL-LRAIC-basierenden Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ein taugliches Mittel zur Kontrolle der auf FL-LRAIC-Basis nach anderen Methoden berechneten Mobilfunkzusammenschaltungsentgelte. Folgende Argumente werden von MCI vorgebracht: Endkundenpreise auf dem Markt für mobile Sprachtelefonie seien im wesentlichen Marktpreise. Die gesamte Tarifstruktur eines Mobilnetzbetreibers sei vom Endkundenmarkt bestimmt. Die Gesamteinnahmen eines Mobilnetzbetreibers würden zumindest die Kosten decken. Im Netz des Mobilfunkbetreibers seien die Kosten für Originierung und Terminierung für Gespräche aufgrund der Identität der Infrastruktur und der betroffenen Kostenelemente, die dabei anlaufen würden, bis auf marginale Unterschiede gleich. Beschränke man sich in Anwendung des Retail-Minus auf den Abzug lediglich solcher Kostenteile, die mit Sicherheit nicht zusammenschaltungsrelevant seien, sollte es zumindest möglich sein, eine plausible Obergrenze für Zusammenschaltungsentgelte zu bestimmen. MCI kommt zum Ergebnis, dass das Zusammenschaltungsentgelt - unter ungefährender Gleichsetzung der Originierung mit der Terminierung - keinesfalls höher als ATS 1,27 pro Minute anzusetzen sei.

Um diesem Ansatz einer genauen Überprüfung unterziehen zu können, wurde von der Telekom-Control-Kommission auch ein entsprechender Gutachtensauftrag erteilt.

Wie im Sachverhalt festgestellt wurde, ist dieser Ansatz nicht zur Ermittlung von Kosten für Zusammenschaltungsleistungen geeignet, sondern lediglich eine der Möglichkeiten für die Ermittlung von Entgelten für Leistungen im Rahmen von nationalem Roaming oder für Serviceprovider (insbesondere Airtime-Reseller).

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission erscheint eine Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte lediglich auf der Basis „Retail Minus“ - losgelöst von anderen Berechnungsvarianten sowie der Kombination von verschiedenen Möglichkeiten - aus folgenden Gründen unzweckmäßig: Die Methodik des „Retail Minus“ stellt die Angemessenheit der Terminierungsentgelte nicht sicher, da eine Beziehung zwischen Endkundentarifen für ausgehende Gespräche und Terminierungsentgelten für eingehende Gespräche nicht eindeutig nachvollzogen werden kann.

Weiters weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass ihr die tatsächlichen Kosten der Berechnungsvarianten K1-K3 bekannt sind und sie damit über ein besseres Entscheidungsinstrument verfügt als es ein „Retail Minus“-Ansatz darstellt.

5.4.2.3.3. Zur Heranziehung des Zweckes und der Regulierungsziele des TKG

Bei der Entscheidungsfindung ist ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in §1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 ausgeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht. Entsprechend §1 TKG ist unter anderem die Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau, die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbes auf den Märkten der Telekommunikation als Ziel der Regulierung anzusehen. § 32 TKG überträgt der Regulierungsbehörde die Wahrung spezifischer Regulierungsziele. Durch die im Gesetz angeführten Maßnahmen der Regulierung, wie insbesondere auch durch die Entscheidung in Fragen der Zusammenschaltung gemäß §38 und §41 TKG hat die Regulierungsbehörde u.a. einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern, sowie die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzugangs gemäß ONP sicherzustellen.

Wesentliches Ziel der Regulierung ist die Förderung der Voraussetzungen für eine Mehrzahl von Anbietern am Markt, weil nur so Wettbewerb erreicht und aufrecht erhalten werden kann. Es ist daher insbesondere auch darauf Bedacht zu nehmen, dass die Investitionen – vor allem der später in den Markt eintretenden Betreiber – in einem angemessenen Ausmass geschützt werden.

5.4.2.3.4. Ermittlung des Zusammenschaltungsentgelts in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße und der erreichten Marktposition

Bei dieser Methode werden die Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße und der erreichten Marktposition des Mobilfunkbetreibers ermittelt. Dabei gilt die Vermutung, dass auf Grund der Kostendegression mit stärkerer Marktposition eine Reduktion der Zusammenschaltungsentgelte eintreten sollte.

Im Rahmen dieser Methode können wiederum verschiedene Indikatoren wie etwa Teilnehmerzahlen (absolut, relativ), Umsatz (absolut, relativ) oder auch Verkehrswerte herangezogen werden. Diese Indikatoren sind transparent, verhältnismäßig einfach zu ermitteln und nachvollziehbar. Die Teilnehmerzahlen weisen zwar den Vorteil auf, dass die Daten leicht erhältlich und für Mitbewerber transparent sind, jedoch berücksichtigen sie weder Verkehrsvolumina noch den generierten Umsatz. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt der Umsatz am Zusammenschaltungsmarkt, welcher sowohl die Menge als auch das Terminierungsentgelt berücksichtigt, den aussagekräftigsten Parameter dar. Ein Vorteil ist desweiteren darin zu sehen, dass die notwendigen Daten im Zuge der Ermittlung einer allenfalls vorliegenden marktbeherrschenden Stellung erhoben werden.

Diese Vorgangsweise steht im Einklang mit der vom EuGH anerkannten Methode der Gewinnbegrenzung zur Bestimmung der angemessenen Entgelte. Bei der Erwägung der angemessenen Gewinnspannen ist es auch hilfreich, einen Vergleich zu den in anderen EU-Staaten vorgenommenen Regulierungen anzustellen.

Mit der Festlegung angemessener Entgelte iSd allgemeinen Wettbewerbsrechts wird im Ergebnis erreicht, dass die Antragsgegnerin kein höheres Entgelt erhält, als sie als Marktbeherrscherin iSd allgemeinen Wettbewerbsrechtes verlangen könnte. Ob sie als Marktbeherrscherin iSd allgemeinen Wettbewerbsrechtes zu qualifizieren ist, ist für die gegenständliche Entscheidung nicht relevant.

5.4.3. Zur Angemessenheit im Konkreten

Mobilkom konnte sich als erste Markteinsteigerin auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt erfolgreich etablieren. Auf Grund ihrer Marktpräsenz im Rahmen der früheren Post- und Telegrafverwaltung (PTV) seit 1973 (B-Netz) bzw. seit 1984 (C-Netz), seit 1990 (D-Netz) und seit 1994 (GSM-Netz) verfügt die Mobilkom (als Rechtsnachfolgerin der PTV im Mobilfunkbereich) beispielsweise gegenüber der max.mobil, die erst am 1.10.1996 den Vollbetrieb aufnahm, über eine länger zurückreichende Erfahrung am österreichischen Markt für mobile Sprachtelefonie. Insbesondere verfügt die Mobilkom über (wenngleich zunehmend geringer werdende) Vorteile des Zuerstkommenden (bereits akquirierter Kundenstock, größeres Ausmaß an errichteter Infrastruktur, Erfahrung, Bekanntheitsgrad des Firmennamens etc.) gegenüber ihren Wettbewerbern und hat einen Vorsprung hinsichtlich des Netzausbaues und in Bezug auf die Erfahrung in der Bereitstellung von Produkten und Diensten am Markt.

Im Verfahren Z 8/99 wurde auf Basis der Verkehrsdaten von Mobilkom aus dem Jahre 1998 ein kostenorientiertes Entgelt von ATS 1,90/Minute für die Zeit ab dem 1.4.2000 festgelegt. Dieses – kostenorientierte - Entgelt ist aber aufgrund der stark gestiegenen Verkehrsvolumina in den letzten beiden Jahren deutlich niedriger anzusetzen.

Zur Festlegung eines angemessenen Terminierungsentgeltes kann zunächst die im Sachverhalt (C.5.2.1) aufgezeigte Berechnungsvariante K1 herangezogen werden. Sie beinhaltet die bei der Terminierung/Originierung beanspruchten Netzkosten, sowie anteilige Gemeinkosten, Kapitalkosten für das Working Capital und Forderungsausfälle. Im Gegensatz zu einem Ansatz der FL-LRAIC sind hier keine Effizienzsteigerungspotentiale oder Kosten für Überkapazitäten berücksichtigt. Die Bewertung des Vermögens erfolgt überdies auf Basis historischer Anschaffungswerte, wobei es im Hinblick auf das geringe Alter der Mobilfunkanlagen und den laufenden Ausbau keine so hohen Abweichungen von Wiederbeschaffungswerten wie auf dem Markt für Festnetztelefonie gibt. Unter Heranziehung eines Kapitalkostenzinssatzes von 13,75% (siehe das Ergänzungsgutachten der nichtamtlichen Sachverständigen o. Univ.-Prof. Dr. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Zechner) ergeben sich daraus für das Jahr 2000 Kosten für die Terminierung in der Höhe von ATS 1,142/Minute und für die Originierung ATS 1,068/Minute.

Die Berechnung der oben angeführten Kostenvariante basiert auf Daten des Jahres 2000. In ihrem Gutachten haben die wirtschaftlichen Amtssachverständigen einen Ausblick über die Kosten- und Verkehrsmengenentwicklung getätigt. Dabei bringen die Sachverständigen zum Ausdruck, dass auf Basis der im Verfahren gemäß § 33 TKG (Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 1/01) erhobenen Daten mittels einer nichtlinearen Regression eine Verkehrssteigerung vom Jahr 2000 auf das Jahr 2001 in der Höhe von circa 6% errechnet wurde. Auf der Basis einer Mengen-/Kostenrelation lässt sich eine Kostenreduktion für eine abstrakte, durchschnittliche Minute im Jahr 2001 in der Höhe von 3 - 4% und für das Jahr 2002 aufgrund degressiver Minutenzuwächse in der Höhe von 2 - 3% abschätzen. Hieraus kann seitens der Telekom-Control-Kommission geschlossen werden, dass für die Umlegung dieser historischen Werte auf die aktuelle Situation die oben erwähnten Zusammenschaltungskosten auf Basis 2000 für das Jahr 2002 um ca. 6% reduziert werden müssen. Unter Annahme einer 6-prozentigen Senkung der Zusammenschaltungskosten ist von Zusammenschaltungskosten gemäß der Berechnungsvariante K1 von ATS 1,073 (für die Terminierungsleistung) und ATS 1,004 (für die Originierungsleistung) auszugehen.

Weitere Kostenblöcke (Kosten für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handsetstützungen), die über die Berechnungsvariante K1 hinausgehen, werden im vorliegenden Fall als zusammenschaltungsrelevant identifiziert.

Diese als zusammenschaltungsrelevant identifizierten Kosten bewirken, dass die Anzahl der Mobilkunden steigt und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunimmt. Dadurch entsteht ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten ist.

Diese Abgeltung für externe Effekte wird für das Jahr 2002 etwa im selben Ausmaß wie in der Entscheidung von Oftel vom 26.9.2001 berücksichtigt. Die von der Oftel festgestellte Bandbreite für externe Effekte liegt zwischen 1 und 3 Pence pro Terminierungsminute und floss mit 2 Pence in die Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde ein. Bei einem für 2002 festgesetzten durchschnittlichen Terminierungsentgelt von Eurocent 11,53 (ATS 1,587) und Kosten von K1 in der Höhe von ATS 1,073 werden diese externen Effekte in der angegebenen Bandbreite angemessen berücksichtigt.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission herrscht am Mobilfunkmarkt gegenwärtig funktionsfähiger Wettbewerb; um den oben genannten Faktoren Rechnung zu tragen und um eine Störung der Wettbewerbssituation am Mobilfunkmarkt aufgrund eines disruptiven regulatorischen Eingriffes zu vermeiden, wird zunächst ein angemessenes Entgelt in der Höhe von Eurocent 12,4 (ATS 1,71) pro Minute für die Zeit ab dem 1.8.2001 angeordnet, um in weiterer Folge eine Absenkung auf ein Entgelt in der Höhe von Eurocent 11,25 (ATS 1,55) ab 1.4.2002 pro Minute für die Terminierung vorzunehmen. Eine solche „Einschleifregelung“ ist jedenfalls im positiven Recht vorgesehen und wird durch die Anlage zu § 6 ZVO verdeutlicht, welche als Mindestbestandteile einer Vereinbarung unter anderem „die Festlegungen zu Zusammenschaltungsentgelten und deren Weiterentwicklung“ enthält. Diese Bestimmung verdeutlicht, dass bei der Anordnung angemessener Zusammenschaltungsentgelte nicht notwendigerweise ein konstanter „Einheitspreis“ angeordnet werden muss. Im Übrigen entspricht diese Einschleifregelung nicht nur der bisherigen Praxis der Telekom-Control-Kommission in früheren Entscheidungen zu mobilen Zusammenschaltungsentgelten sondern auch der Praxis der Oftel in ihrer jüngsten Entscheidung.

Für die Leistung der Originierung wurde unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit ein Entgelt angeordnet, das ab 1.8.2001 in der Höhe von Eurocent 11,9 (ATS 1,64) und ab dem 1.4.2002 in Höhe von Eurocent 10,75 (ATS 1,48) zu liegen kommt. Die Differenz zur Höhe des Terminierungsentgelts basiert auf den Berechnungen der wirtschaftlichen Gutachter: In allen Ergebnissen der Varianten auf Basis der Vollkostenrechnung (K1-K4) liegt das Originierungsentgelt eindeutig unter demjenigen für die Terminierung, weswegen auch das Zusammenschaltungsentgelt für die Leistung Originierung unter dem für die Terminierung festgelegt wurde. Die Differenz zwischen dem Terminierungs- und dem Originierungsentgelt entspricht im Wesentlichen den bisherigen Gegebenheiten.

5.4.4. Zur Höhe der Festnetzterminierungs- und Festnetzoriginierungsentgelte

Die Verfahrensparteien beantragten übereinstimmend die Festlegung von Entgelten für die Terminierung im Festnetz des Zusammenschaltungspartners regional und national (V 9 und V 10) mit ATS 0,21 (Euro 0,0153)/min peak und ATS 0,10 (Euro 0,0073)/min off-peak. Diese Entgelte basierten auf den für die Telekom Austria AG als marktbeherrschendem Unternehmen mit ANB angeordneten Entgelten (siehe die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 27.3.2000, Z 30/99f), welche mit 31.3.2001 ausgelaufen sind.

In ihrer Stellungnahme vom 3.9.2001 (ON 26) ändert die Mobilkom ihre beantragten Entgelte auf ein angemessenes Entgelt für die Terminierung in das sowie die Originierung aus dem Festnetz der Antragstellerin (Verkehrstypen V 9, V 10 und V 19) ab 1.1.2001 von ATS 0,21/Min (Euro 0,0153) in der peak-Zeit und ATS 0,10/Min (Euro 0,0073) in der off-peak-Zeit

ab 1.4.2001 Euro 0,0139/Min (ATS 0,1913) in der peak-Zeit und Euro 0,0073/Min (ATS 0,10) in der off-peak-Zeit.

Dem Antrag der Mobilkom folgend werden die Terminierungs- und Originierungsentgelte in Übereinstimmung mit den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 22.6.2001, Z 6/01f, ab 1.4.2001 in der Höhe von ATS 0,191/min peak und ATS 0,10/min off-peak für die Verkehrstypen V 9 und 10 angeordnet.

Für den Zeitraum ab dem 1.7.2002 konnten jedoch die Zusammenschaltungsentgelte für die Verfahrensparteien nicht mehr ziffernmäßig festgesetzt werden, da die entsprechenden Zusammenschaltungsanordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 22.6.2001, Z 6/01, Z 9/01, Z 11/01 und Z 12/01, bis 30.6.2002 befristet sind. Jedoch sind ab dem 1.7.2002 jene Entgelte anzuwenden, die für die MCI in einem Zusammenschaltungsvertrag bzw. Anordnung mit der TA für den Zeitraum ab dem 1.7.2002 gelten. Dadurch erübrigt sich die von der Mobilkom unter Pkt. 6 beantragte Klausel zur automatischen Anpassung an die Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Bereich der Festnetzentgelte.

5.5. Zum Wirkungsbeginn der Zusammenschaltungsentgelte

MCI regt in ihrer Stellungnahme vom 8.10.2001 an, die Telekom-Control-Kommission möge angesichts der fortgeschrittenen Verfahrensdauer eine vorläufige Anordnung der mobilen Zusammenschaltungsentgelte zwischen den Verfahrensparteien mit kurzer Laufzeit – etwa bis zum 31.10.2001 – auf Basis der Berechnungsvariante K 1 im Sinne eines FL-LRAIC Ansatzes bereinigt treffen. Die vorläufige Entscheidung solle weiter vorsehen, dass die Verfahrensparteien auf Wunsch einer der Parteien die Anordnung ab 1.11.2001 weiter anwenden können, bis die Telekom-Control-Kommission eine endgültige Anordnung erlässt. Diese möge dann rückwirkend zum 1.11.2001 in Kraft treten.

Mobilkom hingegen beantragt den Geltungsbeginn der neu festgesetzten Entgelte ab Rechtskraft der Anordnung und lehnt eine Rückwirkung der Anordnung ab. In eventu beantragt Mobilkom ein Entgelt von ATS 1,90 ab 1.1.2001 und ab 1.8.2001 ATS 1,72 pro Minute.

Die Telekom-Control-Kommission, die mangels Einigung der Parteien angerufen wurde, folgt hinsichtlich des Wirkungsbeginns dem Eventualantrag der Mobilkom. Dies aus folgenden Erwägungen:

Gemäß § 41 Abs 3 TKG und § 8 Abs. 2 iVm § 9 Abs 3 ZVO sind Entgelte marktbeherrschender Unternehmen nach dem Grundsatz der Kostenorientierung in Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward looking long run average incremental costs, FL-LRAIC) festzulegen, wohingegen nichtmarktbeherrschenden Unternehmen angemessene Entgelte zustehen. Die Festlegung von Entgelten ist somit unabdingbar mit der Feststellung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung oder des Nichtvorliegens einer solchen verknüpft.

Die Telekom-Control-Kommission hat im Jänner 2001 ihrer Praxis folgend, Markterhebungsverfahren eröffnet und durchgeführt, die in der Folge Mitte Juli 2001 in einer Einstellung des Verfahrens bezüglich der Frage der marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom auf dem Markt für Zusammenschaltung gemündet haben. Der diesbezügliche Einstellungsbeschluss erging am 13.7.2001.

Aus Rücksicht auf Abrechnungsperioden und in Ausübung des der Regulierungsbehörde zukommenden Ermessensspielraums erachtet die Telekom-Control-Kommission die Festlegung angemessener Entgelte ab 1.8.2001 als zweckmässig und gerechtfertigt.

Von einer weiter rückwirkenden Anordnung der Zusammenschaltungsentgelte vor den 1.8.2001 sieht die Telekom-Control-Kommission aus der Überlegung ab, dass im Nachhinein geänderte Zusammenschaltungsentgelte nicht mehr an die Endkunden weitergegeben werden können.

5.6. Zur Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Einzelnen

5.6.1. Allgemeines

Ein Großteil der Anträge der Verfahrensparteien stimmt inhaltlich überein. Die Telekom-Control-Kommission findet nicht, dass die von den Verfahrensparteien übereinstimmend beantragten Regelungen über die Bedingungen der Zusammenschaltung spezifischen Regelungen des TKG oder allgemeinen Regulierungszielen iSd §§ 1, 32 TKG bzw. anderen gesetzlichen Bestimmungen widersprechen. Aus diesem Grund war den Anträgen insofern Folge zu geben, als jene Regelungen, die von den Parteien übereinstimmend beantragt wurden im Wesentlichen auch in der gegenständlichen Anordnung Eingang gefunden haben. Da sohin auch dem Standpunkt der Parteien vollinhaltlich Rechnung getragen wurde, kann eine Begründung gemäß § 58 Abs. 2 AVG entfallen.

Somit besteht diese (Teil-)Anordnung aus Pkt. 6.1.4. des allgemeinen Teils sowie aus 3 Anhängen, die einen integrierten Bestandteil der Anordnung darstellen. Der allgemeine Teil enthält im Wesentlichen Regelungen über die Befristung der Entgelte, die Anhänge betreffen Gesprächstypen (Anhang 2), Zusammenschaltungsentgelte (Anhang 3) und Regelungen betreffend den Zugang zu tariffreien Diensten (Anhang 4).

5.6.2. Zur Anordnung jener Regelungen, die nicht übereinstimmend beantragt wurden

Im Folgenden werden jene Anordnungen und die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich jener Punkte begründet, über die zwischen den Parteien unterschiedliche Auffassungen herrschen.

Zu 6.1.4. Befristung der Entgelte:

Mobilkom beantragt die Geltungsdauer der Entgelte zumindest auf 1 Jahr bis 30.6.2002, in ihrer Antragsänderung vom 17.10.2001 bis 31.12.2002, in eventu bis 30.6.2003. MCI spricht sich für eine Geltungsdauer bis 31.12.2001 aus.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet eine Festlegung der Entgelte bis Ende des Jahres 2002 aufgrund der geänderten zeitlichen Rahmenbedingungen und in Stattgebung des Antrags der Mobilkom als sinnvoll. Einerseits soll dadurch den Parteien eine Vorausplanung ermöglicht, gleichzeitig aber eine zu lange Bindung vermieden werden. Eine Geltungsdauer bis zum 31.12.2001 – wie von MCI beantragt – erscheint der Telekom-Control-Kommission als zu kurz und daher nicht zweckmässig.

Einigkeit bestand zwischen den Verfahrensparteien bezüglich der vorläufigen Weitergeltung der Entgelte bei rechtzeitiger Anrufung der Regulierungsbehörde. Uneinigkeit bestand in Bezug auf den Zeitpunkt der Anwendung der neuen Entgelte. Mobilkom spricht sich für die Anwendbarkeit ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft aus, während sich MCI für ein Inkrafttreten der Neuregelung - konsequenterweise in Übereinstimmung mit der beantragten Geltungsdauer der Entgelte bis 31.12.2001 - mit 1.1.2002 aussprach. Begründend führt Mobilkom aus, dass Mobilkom als Teil der Telekom Austria Gruppe börsennotiert ist und die Höhe der Terminierungsentgelte unmittelbare Auswirkungen auf das Ergebnis der Telekom Austria hätte. Telekom Austria hätte aufgrund der Börsepublikationspflichten jedes Quartal

das Quartalsergebnis bekanntzugeben. Bei Verfahrenslaufzeiten von 3 Monaten oder mehr sei es durchaus möglich, dass ein falsches (weil durch eine spätere Terminierungsentgeltentscheidung wesentlich verändertes) Quartalsergebnis publiziert werden müsste. Zudem trage die Rückwirkung von Entgeltentscheidungen nicht zu einer Intensivierung des Wettbewerbs bei. MCI begründet ihren Antrag damit, dass die Anrufung der Regulierungsbehörde keinen Anreiz dafür schaffen sollte, wirtschaftlich unattraktivere Bedingungen für die Zusammenschaltung mit zeitlicher Verzögerung zwischen den Parteien zur Anwendung zu bringen.

Die Telekom-Control-Kommission folgt sinngemäß dem Antrag der MCI und legt ein Datum des Inkrafttretens der neuen Entgelte bei rechtzeitiger Anrufung der Regulierungsbehörde mit 1.1.2003 fest. Dies geschieht im Sinne der Kontinuität zur Anwendung gelangender Zusammenschaltungsentgelte.

Zum beantragten Pkt 6.4. Anpassung an Entscheidungen der Regulierungsbehörde

MCI beantragt eine Anpassungsklausel an Entscheidungen der Regulierungsbehörde. Von der Anordnung einer Anpassungsklausel, die sich insbesondere auch auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung stützt, wird in dieser Anordnung abgesehen. Da gegenwärtig keine der Verfahrensparteien eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, ist eine solche Klausel obsolet. Im Übrigen ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß § 34 TKG schon von Gesetzes wegen anzuwenden. Darüber hinaus wurden im Allgemeinen Teil der Anordnung (siehe hierzu den Teilbescheid der Telekom-Control-Kommission vom 30.7.01) eine Kündigungsmöglichkeit einerseits der gesamten Anordnung unter Einhaltung einer 4-monatigen Kündigungsfrist und andererseits einzelner Anhänge unter Einhaltung einer 3-monatigen Frist eingeräumt. Diese Kündigungsfristen erlauben eine rasche, dynamische Anpassung, sofern diese von den Verfahrensparteien gewünscht wird und daher war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Anhang 3 – Zusammenschaltungsentgelte

Hinsichtlich der in Anhang 6 aufgelisteten Zusammenschaltungsentgelte für die Mobilterminierung bzw. -originierung wird auf die Begründungen in Punkt 5.4.2 verwiesen. Hinsichtlich der in Anhang 6 aufgelisteten Zusammenschaltungsentgelte für die Festnetzterminierung bzw. -originierung wird auf die Begründungen in Punkt 5.4.4 verwiesen.

Zu Pkt 4. Verrechnung der Entgelte

Im Zusammenhang mit der kaskadierten Abrechnung verweist die Telekom-Control-Kommission auf die zwischen dem VAT und der TA zur Zeit stattfindenden Verhandlungen über das Abrechnungssystem. Aufgrund der übereinstimmend vorliegenden Parteienanträge folgt die Telekom-Control-Kommission in Pkt 4. jedoch dem Willen der Parteien.

Der Telekom-Control-Kommission liegt der Antrag der Telekom Austria AG vor, wonach das derzeitige System der kaskadierten Abrechnung neu organisiert werden soll. Einer allfälligen Anordnung betreffend die kaskadierte Abrechnung soll daher hier nicht vorgegriffen werden.

Zum beantragten Pkt 5.:

Die Mobilkom beantragt in Anhang 3 eine Sonderregelung betreffend den Fall der Aufhebung des Bescheides Z 8/99 im Beschwerdeverfahren.

Die MCI spricht sich gegen die Anordnung solcher Bestimmungen aus, weil die Regelung betreffend die Aufhebung des Bescheides Z 8/99 keine Auswirkungen auf den vorliegenden beantragten Bescheid haben könne.

Die Telekom-Control-Kommission führt hierzu – wie schon im Bescheid Z 2/01 vom 9.5.2001 - aus:

Die Telekom-Control-Kommission sieht von der Anordnung einer Klausel für den Fall der Aufhebung des Bescheides Z 8/99 erneut ab, folgt somit dem Antrag der MCI. Hinsichtlich dieser Klausel für den Fall der Aufhebung des Bescheides Z 8/99 ergeben sich die Rechtsfolgen nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission zum einen aus den klaren rechtlichen Vorgaben, aus welchen insbesondere deutlich wird, dass der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof grundsätzlich nicht in der Sache selbst entscheidet, sondern gegebenenfalls die Regulierungsbehörde zur neuerlichen Entscheidung aufgefordert sein wird. Darüber hinaus werden die Zusammenschaltungsentgelte, welche zwischen den Parteien zur Anwendung gelangen, in der gegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung, konkret im Anhang 3, festgesetzt. Da die gegenständliche Anordnung der Telekom-Control-Kommission bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts angefochten werden kann, würden im Fall der Aufhebung von Bestimmungen dieser Anordnung bzw. des gesamten Bescheides derartige Regelungen, da sie im Fall der Aufhebung ebenfalls von dieser betroffen wären, ohnedies nicht mehr dem Rechtsbestand angehören.

Im Hinblick auf die Öffnungsklausel für den Fall, dass die Regulierungsbehörde feststellt, dass die Mobilkom über keine marktbeherrschende Stellung am Zusammenschaltungsmarkt (mehr) verfügt, folgt die Telekom-Control-Kommission dem Antrag der Mobilkom nicht, da dieser Fall bereits eingetreten ist.

Zur Anhang 4 – Regelungen betreffend den Zugang zu tariffreien Diensten:

Zur Formulierung „Zugang zum Dienst“:

An dieser Stelle soll seitens der Telekom-Control-Kommission darauf aufmerksam gemacht werden, dass die von den Verfahrensparteien an sich übereinstimmend begehrten Formulierungen „Zugang zu Diensten“ im Falle zielnetztarifizierter Dienste nicht gänzlich korrekt erscheint: Dies aus folgender Erwägung:

Die grundsätzliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit von Rufnummern aus allen Netzen sicherzustellen, ergibt sich aus der Nummerierungsverordnung, BGBl. II Nr. 416/1997 (NVO), welche auf 2 Anlagen verweist. Eine für tariffreie Dienste relevante Bestimmung sieht nun Anlage 2 lit C Pkt 5.1., 2. Absatz vor, nach welcher Regelung die Betreiber sicherzustellen haben, „dass die Erreichbarkeit von Rufnummern für tariffreie Dienste durch die Wahl des Präfix und der nationalen Rufnummer gegeben ist“. Analoge Bestimmungen sind in der Anlage 2 auch für die Rufnummernbereiche für Dienste mit geregelter Tarifobergrenzen, für freikalkulierbare Mehrwertdienste und für personenbezogene Dienste zu finden.

Weiters haben gemäß § 8 NVO „die Betreiber [] Interoperabilität zwischen den Teilnehmern aller Netze herzustellen“. Unter Interoperabilität ist grundsätzlich auch die gegenseitige Erreichbarkeit zwischen den Teilnehmern zu verstehen und zwar so, dass sie zwischen den Teilnehmern aller Netze besteht, wobei als Teilnehmer nicht nur der Endkunde, sondern auch der Dienstebetreiber selbst zu verstehen ist. Da der Dienstebetreiber somit selbst Teilnehmer iSd NVO ist, muss gewährleistet sein, dass der Dienstebetreiber von Teilnehmern anderer Netze erreichbar ist. Es wird daher schon auf Grund der Nummerierungsverordnung deutlich, dass die generelle Erreichbarkeit einer Rufnummer eines Dienstes im gesamten Bundesgebiet und auch für Nutzer fremder Netze - nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Dienstebetreibers - gewährleistet sein muss. Nach dem Wortlaut der Bestimmung trifft die gegenständliche Verpflichtung den Betreiber, bei dem eine Nummer eingerichtet ist.

Zuletzt soll an dieser Stelle angemerkt werden, dass die Telekom-Control-Kommission die Ansicht vertritt, dass zum derzeitigen Stand das in der Nummerierungsverordnung angeführte Kriterium, nach welchem die Erreichbarkeit einer Rufnummer gegeben sein müsse, nicht heißt, dass jeder diesen Dienst in Anspruch nehmen kann. Es gibt Dienste, die

eben nur für einen bestimmten Kundenkreis zugänglich bzw. gedacht sind. Jedoch bedarf es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission einer strukturierten Vorgehensweise, wenn entweder regionale Einschränkungen oder auch Mobilnetzeinschränkungen vorgenommen werden. Aus dem Kriterium der Erreichbarkeit der Rufnummer kann daher nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission nur abgeleitet werden, dass die nicht zur Inanspruchnahme des Dienstes Berechtigten auch verbunden werden müssen, aber dann zB ein Tonband, welches das Faktum der Nichterreichbarkeit kommuniziert, geschaltet werden muß.

Zu Pkt.1.3.:

Unter Pkt 1.3. beantragt die Mobilkom, dass als tariffreie Dienste im Sinne dieses Anhangs nur tariffreie Sprachtelefoniedienste gelten, die im Rufnummernbereich 0800-0803 angesiedelt sind. MCI beantragt jene Dienste als tariffrei anzusehen, die im Rufnummernbereich 0800-0804 angesiedelt sind.

Die Telekom-Control-Kommission folgt im Wesentlichen den Anträgen beider Parteien:

Angeordnet wurde, dass die Mobilkom den Teilnehmern der MCI den unbeschränkten Zugang zu tariffreien Diensten im Rufnummernbereich 800 ermöglicht, während MCI den Teilnehmern der Mobilkom den unbeschränkten Zugang zu den tariffreien Diensten im Rufnummernbereich 800 und 804 ermöglicht, die unter Nutzung einer von ihren Endkunden erreichbaren (tariffreien) Nummer in ihrem (Fest-)Netz angeboten werden. Als essentielle Ergänzung wurde jedoch angeordnet, dass jeder Zusammenschaltungspartner seinen eigenen Teilnehmern den Zugang zu den tariffreien Rufnummern im Netz des Anderen ermöglicht, da Diensterufnummern entsprechend der NVO aus allen Netzen erreichbar sein müssen.

Darüber hinaus soll angemerkt werden, dass – abgehend von den Anträgen der Verfahrensparteien – im Bereich der tariffreien Dienste derzeit lediglich Rufnummern im Bereich 800 sowie im Bereich 80400 (für Online-Dienste) seitens der dafür zuständigen Regulierungsbehörde iSd §§ 109 iVm 111 TKG vergeben werden, dh eine Vergabe von Rufnummern in den anderen Bereichen (801, 802, 803) derzeit nicht vorgesehen ist. Aus heutiger Sicht ist nicht erkennbar, ob eine spezielle Widmung von Rufnummern im Bereich 801, 802 sowie 803 – vergleichbar mit der Widmung des Rufnummernbereichs 080400 - vorgesehen wird. Von einer Aufnahme von tariffreien Diensten in den Rufnummernbereichen 801, 802 und 803 in der vorliegenden Anordnung wurde aufgrund obiger Ausführungen folglich abgesehen.

Um dem Schutzinteresse der TA hinsichtlich Online-Transitverkehrsmengen auf HVSt-Ebene gerecht zu werden, sieht die Telekom-Control-Kommission eine Vereinbarung der gegenständlichen Vertragsparteien jeweils mit der TA über die transitierenden Verkehrsmengen als notwendig an.

Eine rein deklaratorische Feststellung – wie von MCI unter Pkt 1.3. beantragt -, dass auch „Calling Cards“ und funktional ähnliche Dienste als tariffreie Dienste gelten, ist aufgrund der eindeutigen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 2/01 (siehe unten die Ausführungen zu Pkt 1.4.) nicht notwendig.

Zum beantragten Pkt 1.4.:

Unter Pkt 1.4. beantragte die Mobilkom Folgendes:

„Die Parteien verzichten ausdrücklich darauf, unter Einsatz von tariffreien Diensten Endkunden der jeweils anderen Partei Dienste wie „Calling Cards“, „Call Back“, oder funktional gleich gelagerte Dienste, anzubieten.

Verstöße gegen diese Bestimmung gelten als schwerwiegende Verletzung dieser Anordnung iSd Pkt 6.2.3.Variante des Allgemeinen Teils dieser Anordnung und berechtigen zur Sperre der betreffenden Dienstenummer, sowie zur außerordentlichen Kündigung dieses Anhangs. Darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche bleiben unberührt.“

Mobilkom begründet die von ihr begehrte Klausel damit, dass diese dazu diene, den Verpflichtungen der NVO nachzukommen. Die Inanspruchnahme von 0800-Diensten habe aus Sicht der Endkunden tariffrei zu erfolgen. Dies bedeute, dass „hinter“ tariffreien Diensten keine entgeltpflichtigen Sprachtelefonien versteckt sein dürfen (ON 9, Anlage .f, S 24).

Die Telekom-Control-Kommission vermag dem Antrag der Mobilkom aus den folgenden Erwägungen nicht zu folgen:

Der Bescheid der Telekom-Control-Kommission Z 10/00-52 vom 20.12.2000 erstreckt sich auf jenen Teilbereich innerhalb der Bereichskennziffer 804, der von der Telekom Control GmbH (nunmehr: Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH) für die Zuteilung von Onlinenummern vorgesehen wird. Der Bereich 804(00) ist Teil jenes Rufnummernbereiches, der in der NVO für die Nutzung durch tariffreie Dienste ohne weitere funktionale Dienstspezifikation vorgesehen ist. Tariffreiheit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass dem Nutzer vom Netzbetreiber kein Entgelt in Rechnung gestellt wird. Die Telekom-Control-Kommission hat in dieser Entscheidung auch klargestellt, dass jedoch Endkundenentgelte zwischen dem Diensteanbieter (Nutzer der Rufnummer) und dem Endkunden auf Grund gesonderter Verträge verrechnet werden können. Gleich verhält es sich auch in der verfahrensgegenständlichen Konstellation. Tariffreiheit bedeutet, dass der zur 0800 Nummer anrufende Kunde für dieses Gespräch dem Quellnetzbetreiber kein Entgelt zu entrichten hat. Wenn nun hinter dieser Rufnummer ein Dienst erbracht wird, der entgeltlich ist, so steht dies nicht im Widerspruch zu § 3 EVO bzw. den Regelungen in der NVO. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Quellnetzbetreiber und seinem Endkunden ist nämlich keineswegs davon berührt.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Mobilkom ihren Mobilteilnehmern den Zugang zur im Netz der TA eingerichteten Rufnummer 0800 22 66 22 („Jet2 Web Calling Card“) ermöglicht. Die Begründung des Antrags der Mobilkom erscheint vor diesem Hintergrund freilich widersprüchlich. Folgte man der von Mobilkom vertretenen Rechtsansicht, so würde sie durch den Zugang zu besagter Rufnummer ein rechtswidriges Verhalten an den Tag legen.

Zu Pkt 4. Einrichtungskosten und -zeiten:

MCI beantragt für den Fall der Änderung technischer Voraussetzungen für die Einrichtung oder Änderung von Diensterufnummern eine Öffnungsklausel. Mobilkom sieht eine solche nicht als notwendig an, da die sehr kurzen Kündigungsfristen für Anhänge (3 Monate) dem wechselseitigen Schutzinteresse Genüge tun dürfte.

Dem Vorbringen der Mobilkom ist zuzustimmen. Einzelne Anhänge sind gemäß Pkt 6.1.2. des allgemeinen Teil der Anordnung (s. Teilbescheid der Telekom-Control-Kommission vom 30.7.01, Z 8/01-20) zum Ende eines jeden Kalendermonats unter Einhaltung einer 3-monatigen Frist kündbar. Im Anschluss daran können jederzeit Verhandlungen über geänderte Bedingungen aufgenommen werden bzw. nach Nichteinigung und Verstreichung der Frist von sechs Wochen ab Mitteilung der Änderungswünsche gemäß § 41 Abs. 2 TKG die Telekom-Control-Kommission angerufen werden. Daher konnte die von MCI beantragte Regelung entfallen.

Zu Pkt 4.1. Einrichtung von tariffreien Rufnummern (Einzelrufnummern bzw. dekadische Rufnummernblöcke) im Netz der Mobilkom und der MCI:

Uneinigkeit gab es zwischen den Verfahrensparteien über die Frage der Einrichtung tariffreier Rufnummern, insbesondere über deren Einrichtungskosten. Während die Mobilkom die Festlegung von 20 MSCen als Grundlage für die Verrechnung ihrer Einrichtungskosten für tariffreie Dienste beantragte, sprach sich MCI für die Festlegung von zwei HVSt-Äquivalenten aus.

Ausgehend von der amtsbekannten Tatsache, dass die Einrichtung zielnetztarifizierter Rufnummern dem Zweck der Verkehrsführung im Telekommunikationsnetz (das Routing) wie auch der Endkundenabrechnung und der Intercarrierabrechnung dient und unter Berücksichtigung, dass in modernen Telekommunikationsnetzen die für das Routing von Diensterufnummern relevanten „Translation Services“ wie auch die Endkundenabrechnung und die Intercarrierabrechnung jeweils mittels zentraler Systeme erfolgt (z.B. durch effizienten Einsatz eines Intelligent Networks (IN) und Einsatz eines zentralen Billing-Systems und eines zentralen Intercarrier-Abrechnungssystems), gelangt die angerufene Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass den Zusammenschaltungspartnern für die Einrichtung tariffreier Rufnummern ein Einrichtungsentgelt zusteht, welches auf Basis des übereinstimmend beantragten Modells zwei zentrale Systemkomponenten berücksichtigt, nämlich ein zentrales System für die Verkehrsführung und ein zentrales System für die Intercarrierabrechnung. Somit entspricht die Pauschale für die zentrale Einrichtung zwei Mal dem von den Parteien für ein einrichtungselevantes Infrastrukturelement (zB VSt) übereinstimmend beantragten Pauschalentgelt von ATS 627,- (= ATS 1.254.-) und die Kosten für die Einrichtung einer Einzelrufnummer bzw. eines dekadischen Rufnummernblocks zwei Mal dem für ein einrichtungselevantes Infrastrukturelement beantragten Entgelt von ATS 153.- (= ATS 306.-).

Eine Berücksichtigung eines zentralen Billing-Systems ist im Gegensatz zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten bei den tariffreien Diensten nicht erforderlich.

Das von den Parteien unter Pkt 4.1. und 4.2. weitgehend übereinstimmend Beantragte - wie der maßgebliche Zeitpunkt für die Abrechnung - wurde, da dieses für beide Parteien gleichlautend übereinstimmend beantragt wurde unter einem Punkt zusammengeführt. Die unterschiedlichen Einrichtungszeiten von höchstens zwei Wochen für die Mobilkom und die Einrichtungszeit von höchstens drei Wochen für MCI wurden von den Parteien in dieser Form übereinstimmend beantragt, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Frist für die Einrichtungszeit mit dem jeweils zutreffenden Stichtag (1. oder 15. des Monats) beginnt. Eine Mitteilungspflicht über die Änderung der HVSt-Äquivalente konnte entfallen, da in der angeordneten Regelung nicht auf die HVSt abgestellt wird, sondern auf die Tatsache, dass die Einrichtung in einer zentralen Netzkomponente erfolgt und somit eine Änderung der Anzahl der HVSt bzw. der MSC für die Verrechnung unerheblich ist. Aus demselben Grund konnte eine Haftung für die Richtigkeit der Angaben entfallen.

5.7. Anordnung von Informationspflichten gegenüber der Regulierungsbehörde

In Spruchpunkt B. wurde angeordnet, dass die Parteien des Verfahrens der Regulierungsbehörde im Bereich tariffreier Dienste die Verkehrsdaten für den Rufnummernbereich 80400 getrennt vom restlichen Verkehr zu tariffreien Diensten anzugeben haben. Diese von den Betreibern gemäß § 83 Abs.2 TKG zu gebenden Auskünfte sind für die Regulierungsbehörde notwendig, um die ihr auf Grund des Gesetzes zukommenden Aufgaben unter umfassender Berücksichtigung sich aus §§ 1, 32 TKG ergebender Regulierungsziele erfüllen zu können.

5.8. Erledigung sämtlicher Anträge der Verfahrensparteien

Gemäß § 59 Abs. 1 AVG ist es zulässig, einen Teilbescheid zu erlassen, wenn ein Bescheidspunkt für sich allein und ohne inneren Zusammenhang mit anderen Punkten einem gesonderten Abspruch zugänglich ist.

Wie schon im Teilbescheid der Telekom-Control-Kommission vom 30.7.2001 ausgeführt, bildeten folgende von der MCI und Mobilkom beantragten Regelungen für die im Übrigen beantragte Zusammenschaltungsanordnung keine Grundlage und waren weder technisch noch rechtlich von den in den übrigen Bescheidpunkten getroffenen Bestimmungen abhängig (VwGH 27.11.1990, 90/05/0212), weshalb ein Teilbescheid erlassen werden konnte: Pkt 6.1.4. des allgemeinen Teils (Befristung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte), Pkt 6.4. des allgemeinen Teils (Anpassung an Entscheidungen einer Regulierungsbehörde), Anhang 2 (Gesprächstypen), Anhang 3 (Zusammenschaltungsentgelte) und Anhang 4 (Regelungen betreffend den Zugang zu tariffreien Diensten).

Mit dem vorliegenden Bescheid wird nun in Enderledigung über sämtliche Anträge der Verfahrensparteien, somit auch über die zum Zeitpunkt des Erlasses des Teilbescheides der Telekom-Control-Kommission vom 30.7.2001 noch nicht spruchreifen Regelungen, abgesprochen.

Mit Erledigung dieser Anträge gelten die jeweiligen Einwendungen der Parteien, auf die in der Begründung zu diesem Bescheid ausführlich eingegangen wird, gemäß § 59 Abs. 1 AVG als miterledigt.

5.9. Kosten der nicht amtlichen Sachverständigen o. Univ.-Prof. Dr. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Zechner

Unter Punkt 3. des Spruchpunktes B wurde über die Sachverständigengebühren abgesprochen. Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat die MCI WorldCom Telecommunication Services Austria GmbH die Sachverständigengebühren für o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner in Höhe von ATS 105.000.- (Euro 7630,65) zu tragen. Nach § 76 Abs 1 AVG hat für Barauslagen, welche der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen, „die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat.“ Die Pflicht zur Tragung der Barauslagen wird somit durch die bloße Stellung des verfahrenseinleitenden Antrages ausgelöst. Da das Gutachten in den Verfahren Z 5,7/01 und Z 8/01 gleichermaßen herangezogen werden konnte, haben die jeweiligen antragstellenden Parteien jeweils die Hälfte des Gesamtbetrages von ATS 210.000.-, sohin ATS 105.000.- zu tragen.

Nach ausdrücklicher Anordnung des § 76 Abs 1 zweiter Satz AVG gelten als Barauslagen auch die Gebühren, die den (nicht amtlichen) Sachverständigen zustehen. Dass auf Grund der personellen und sachlichen Ausstattung der Telekom-Control-Kommission und der ihr als Geschäftsstelle zugeordneten Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH in diesem überaus komplexen und umfangreichen Verfahren die Heranziehung auch von nicht amtlichen Sachverständigen erforderlich war, steht außer Streit.

Gemäß § 53a AVG haben nichtamtliche Sachverständige einen Anspruch auf Gebühren „unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Ausmaß wie Sachverständige [] im gerichtlichen Verfahren. Umfang und Höhe dieser Gebühren sind von der Behörde, die den Sachverständigen [] in Anspruch genommen [] hat, festzusetzen“. Eine Überprüfung der Kosten hat ergeben, dass sie angemessen im Sinne der Bestimmungen der §§ 24 und 34 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl Nr. 136, in der geltenden Fassung, sind und der tatsächlich erbrachten Leistung entsprechen. §34 Abs. 1 GebAG legt fest, dass dem Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens eine

Gebühr für Mühewaltung zusteht. Diese wird nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften bestimmt, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge (die abweichenden Regelungen der Abs. 2 ff. leg. cit. finden keine Anwendung).

Die nichtamtlichen Sachverständigen haben am 14.10.2001 einen Gebührenanspruch in der Höhe von ATS 210.000,-- (Euro 15.261,30; inkl. 20% USt) geltend gemacht . Dieser Betrag entspricht jenem, der im außergerichtlichen Erwerbsleben für ein von Umfang und Inhalt vergleichbares Gutachten eines Universitätsprofessors durchaus üblich ist. Die Gebühr für die nicht amtlichen Sachverständigen wurde daher mit dem genannten Betrag festgesetzt.

Dem Antrag der MCI vom 18.10.2001 auf Mäßigung der Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen für die Erstellung eines Gutachtens über die Bestimmung der Kapitalkosten war somit nicht Folge zu leisten.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs.2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von ATS 2.500 (Euro 181,68) zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Es wird darauf hingewiesen, dass eventuelle Zusatzvereinbarungen zu dieser Anordnung als Zusammenschaltungsvereinbarungen gemäß §41 Abs.2 und 5 TKG iVm §6 Abs.2 ZVO der Regulierungsbehörde unverzüglich nach Vertragsabschluss schriftlich und vollständig vorzulegen sind.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 5.11. 2001

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann