

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Martin Hagleitner und DI Peter Knezu als weitere Mitglieder über Antrag der tele.ring Telekom Service GmbH, Hainburger Straße 33, 1030 Wien auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG nach Anhörung der antragstellenden Gesellschaft sowie der Mobilkom Austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, in der Sitzung vom 14.4.2003 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 41 Abs 3 TKG in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 134/2002 (im Folgenden „TKG“) wird für die Zusammenschaltung der öffentlichen Telekommunikationsnetze der tele.ring Telekom Service GmbH (im Folgenden „tele.ring“) mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Mobilkom Austria AG & Co KG (im Folgenden „Mobilkom“) Folgendes angeordnet:

A. Zusammenschaltungsanordnung

Anhang 3 „Zusammenschaltungsentgelte“ des zwischen tele.ring und Mobilkom bestehenden „Vertrag(es) über die gegenseitige Verkehrsabwicklung“ vom 23.7.2002 lautet ab 1.1.2003 wie folgt:

Anhang 3

Zusammenschaltungsentgelte

1. Verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte (ab 1.1.2003)

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Peak Cent	Off-Peak Cent	Flat Cent
V 9	Terminierung regional (single tandem) Mobilkom → Festnetz tele.ring Terminierung vom Netz der Mobilkom in das Festnetz der tele.ring regional	1,30	0,72	
V 10	Terminierung national (double tandem) Mobilkom → Festnetz tele.ring Terminierung vom Netz der Mobilkom in das Festnetz der tele.ring national	1,30	0,72	
V 19	Zugang Dienst Festnetz tele.ring → Mobilkom Dienst Zugang aus dem Netz der tele.ring zu Diensternummern im Netz der Mobilkom	Die telekommunikationsspezifische Transport-Leistung entspricht V9; die Berechnung der konkreten Entgelte ergibt sich aus den Sonderdiensteanhängen		
V 25MK	Terminierung im Mobilnetz der Mobilkom tele.ring → Mobilnetz der Mobilkom Terminierung vom Netz der tele.ring in das Mobilnetz der Mobilkom			1.1. – 31.3.2003: 11,25 1.4. – 30.8.2003: 11,11 ab 1.9.2003: 10,86
V 25TR	Terminierung im Mobilnetz der tele.ring Mobilkom → Mobilnetz der tele.ring Terminierung vom Netz der Mobilkom in das Mobilnetz der tele.ring			ab 1.1.2003: 19,62
V 26MK	Zugang Dienst Mobilnetz der Mobilkom → tele.ring Dienst Zugang aus dem Mobilnetz der Mobilkom zu Diensternummern im Netz der tele.ring			1.1. – 31.3.2003: 10,75 1.4. – 30.8.2003: 10,61 ab 1.9.2003: 10,28

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Peak Cent	Off-Peak Cent	Flat Cent
V 26TR	Zugang Dienst Mobilnetz der tele.ring → Mobilkom Dienst Zugang aus dem Mobilnetz der tele.ring zu Dienstnummern im Netz der Mobilkom			ab 1.1.2003: 19,62

2. Peak-/Off-Peak-Zeiten

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

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 tele.ring und für Mobilkom in der Funktion eines 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 sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

4. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der wechselseitigen Entgelte erfolgt im Wege der direkten Abrechnung zwischen den Parteien entsprechend dem allgemeinen Teil (Punkt 5) des zwischen den Parteien bestehenden Zusammenschaltungsvertrages.

Im Falle von terminierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der TA an die jeweilige Partei als Zielnetzbetreiber weitergeleitet wird, hat das Transitentgelt und etwaige der TA zustehende Datenbereitstellungsentgelte (bzw allfällige gleichwertige Entgelte) ausschließlich der Quellnetzbetreiber/Verbindungsnetzbetreiber an die TA zu leisten.

Im Falle von originierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der TA an die jeweilige Partei als Dienstenetzbetreiber weitergeleitet wird, hat das Transitentgelt und etwaige der TA zustehende Datenbereitstellungsentgelte (bzw allfällige gleichwertige Entgelte) ausschließlich der Dienstenetzbetreiber an die TA zu leisten.

5. Entgelte für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“

Die unter Punkt 1 angeordneten Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

Sollte eine Partei diesen Trägerdienst im Rahmen des wechselseitigen Zusammenschaltungsverhältnisses nutzen wollen, so werden die Parteien ehestmöglich Verhandlungen über die diesbezüglichen Konditionen aufnehmen.

6. Befristung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte

Die Geltungsdauer der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte dieses Anhanges beginnt mit 1.1.2003 und endet am 30.9.2003.

B. Sonstige Anordnungen

Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen

Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat tele.ring von den Sachverständigengebühren für o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner einen Teil in der Höhe von € 2.800,- (inkl. 20% 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.

II. Begründung

A. Zu den Anträgen der Verfahrensparteien

(...)

B. Festgestellter Sachverhalt

(...)

C. Beweiswürdigung

(...)

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 41 Abs 2 TKG können Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit anderen öffentlichen Telekommunikationsnetzbetreibern anstreben, unter der Voraussetzung der Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung und nach Ablauf einer erfolglosen sechswöchigen Verhandlungsdauer über diese Zusammenschaltungsleistung die Regulierungsbehörde anrufen. Dabei ist es gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über eine marktbeherrschende Stellung iSd § 33 TKG verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende Vereinbarung (§ 41 Abs 3 TKG). Ein Vertrag über die Zusammenschaltung zweier Telekommunikationsnetze bzw eine vertragsersetzende Anordnung der Regulierungsbehörde hat Bestimmungen über Entgelte für die gegenständlichen Leistungen als essentialia zu enthalten. Die einschlägigen Bestimmungen der § 41 Abs 3 TKG sowie §§ 8, 9 ZVO enthalten eine Präzisierung für die Ausgestaltung der (Zusammenschaltungs-)Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen: diese haben kostenorientiert (§ 41 Abs 3 TKG, § 8 ZVO) zu sein und sind auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten (§ 9 ZVO). Eine verbindliche Regelung für die Höhe bzw Ausgestaltung von Zusammenschaltungsentgelten von nicht-marktbeherrschenden Betreibern fehlt demgegenüber, woraus jedoch nicht der Schluss gezogen werden kann, dass die zuständige Regulierungsbehörde – gemäß der eindeutigen Regelung des § 111 Z 6 TKG ist die Telekom-Control-Kommission zuständig – einen wesentlichen Bestandteil eines Zusammenschaltungsvertrages nicht ersetzen kann. Die „Festlegungen von Zusammenschaltungsentgelten (und deren Weiterentwicklung)“ zählen gemäß § 6 ZVO sowie deren Anlage über die Bestandteile einer Vereinbarung „jedenfalls“ (§ 6 Abs 1 ZVO) zu den notwendigen Elementen einer Vereinbarung über die Zusammenschaltung, wobei diese Regelung auf Grund ihres klaren Wortlautes für die „beteiligten Parteien“, dh Betreiber iSd § 41 Abs 1 TKG, zur Anwendung gelangt, gleichgültig

ob diese über eine telekommunikationsrechtliche marktbeherrschende Stellung verfügen oder nicht.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäß § 41 TKG Bedingungen für die Zusammenschaltung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen anordnen kann und darunter jedenfalls auch Zusammenschaltungsentgelte von marktbeherrschenden wie auch von nicht-marktbeherrschenden Betreibern zu zählen sind.

2. Antragslegitimation

Gemäß § 41 Abs 1 TKG ist jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Nach § 41 Abs 2 TKG kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen, wenn binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nicht zustandekommt. Die Betreiber sind jedenfalls vor Anrufung der Regulierungsbehörde gehalten, ernsthafte Verhandlungen zu führen. Dies ergibt sich zum einen aus § 41 Abs 2 TKG, welcher eine mindestens sechswöchige verpflichtende Verhandlungsfrist vor Anrufung der Regulierungsbehörde vorsieht als auch aus dem gesamten § 41 TKG, der mit "*Verhandlungspflicht*" betitelt ist.

Für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist somit Voraussetzung, dass der Anrufende die Zusammenschaltungsleistung mindestens sechs Wochen vor der Anrufung nachgefragt hat, dass er selbst ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreibt, und dass keine Vereinbarung über die Zusammenschaltung zustandegekommen ist.

2.1. Nachfrage

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist die gegenüber dem Antragsgegner erfolgte Nachfrage nach der – später bei der Regulierungsbehörde zur Anordnung beantragten – Zusammenschaltungsleistung.

Jedenfalls seit der am 25.9.2002 erfolgten Nachfrage (vgl ON 1, Beilage ./2) verhandeln die Verfahrensparteien über eine Nachfolgeregelung für den mit 31.12.2002 gekündigten Anhang 2 über die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte.

Es besteht kein Zweifel, dass – mehr als sechs Wochen vor Antragstellung – über neue verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte sowie über deren Modalitäten verhandelt wurde bzw eine entsprechende gegenseitige Nachfrage gestellt wurde.

2.2. Betreiberstatus

Der Betreiberstatus der Verfahrensparteien ist auf Basis der erteilten Konzessionen und der erfolgten Aufnahme der Dienstleistung zweifelsfrei gegeben und unstrittig.

2.3. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

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 hinsichtlich der beantragten Zusammenschaltungsentgelte (Anhang 3 des Vertrages über die gegenseitige Verkehrsabwicklung vom 23.7.2002, ON 1,

Beilage ./1) aufgrund der Kündigung des Anhangs 3 mit 31.12.2002 seit 1.1.2003 keine aufrechte schriftliche Vereinbarung vor.

3. Marktbeherrschung im Sinne des § 33 TKG

Das zuletzt von der Telekom-Control-Kommission durchgeführte Verfahren M 1/02 zur Feststellung der marktbeherrschenden Unternehmen auf den österreichischen Telekommunikationsmärkten hat hinsichtlich der Parteien im hier gegenständlichen Verwaltungsverfahren ergeben, dass diese über keine marktbeherrschende Stellung verfügen.

Hinsichtlich des nationalen Zusammenschaltungsmarktes ist den Daten aus dem Verfahren M 1/02, die den Parteien des gegenständlichen Verfahrens unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zugänglich gemacht wurden (vgl. „*Ergebnis der Beweisaufnahme im Verfahren gemäß § 33 Abs. 4 TKG vor der Telekom-Control-Kommission, GZ M 1/02*“), zu entnehmen, dass kein Mobilfunknetzbetreiber die in § 33 Abs 2 TKG genannte Vermutungsschwelle von 25% für eine marktbeherrschende Position auf diesem Markt erreicht.

Nach ständiger Spruchpraxis der Telekom-Control-Kommission sind für die Beurteilung der Marktbeherrschung am nationalen Zusammenschaltungsmarkt Umsätze aus allen relevanten Produkten dieses Marktes (fest und mobil), also auch aus Originierungs- und Transitleistungen, heranzuziehen, da auch Originierung und Transit Zusammenschaltung iSd § 3 Z 16 TKG darstellen, während die Explanatory Note der Europäischen Kommission 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 angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen.

Neben der größeren Genauigkeit der Methode der Regulierungsbehörde liegt eine Anwendung dieser Berechnungsmethode im gegenständlichen Verfahren auch im Interesse der Kontinuität der Entscheidungspraxis in den Verfahren zur Feststellung der marktbeherrschenden Unternehmen gemäß § 33 TKG. Aus all diesen Gründen hat die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich davon abgesehen, die in der Explanatory Note verwendete Berechnungsmethode bei der Ermittlung der Marktanteile heranzuziehen.

In concreto zeigt sich bezüglich der Mobilkom, dass sich ihr Marktanteil – nach der Berechnungsmethode der Behörde – während des gesamten Jahres 2001 sowie des ersten Quartals des Jahres 2002 eindeutig unter der 25%-Marke bewegt und darüber hinaus in den letzten fünf Monaten des Beobachtungszeitraumes einen nach unten gerichteten Trend gezeigt hat. Auch ein Vergleich der Daten des Verfahrens zu M 1/02 mit den Mobilkom-spezifischen Daten aus dem Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu M 1/01 verdeutlicht ein Sinken der Anteile der Mobilkom am nationalen Zusammenschaltungsmarkt.

Hinsichtlich der weiteren Entwicklung der Marktanteile der Mobilkom lässt sich – aufgrund einer Vielzahl von nur teilweise vorhersehbaren Einflussgrößen - keine exakte Prognose treffen, wiewohl seitens der Telekom-Control-Kommission davon ausgegangen wird, dass der Anteil der Mobilkom am nationalen Zusammenschaltungsmarkt unter Berücksichtigung absehbarer Einflussgrößen (wie zB geänderte Terminierungsentgelte, Carrier Selection oder Tarifstrategien) – dem bisherigen Trend folgend – tendenziell auch weiterhin absinken dürfte. Vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt ist daher gegenwärtig nicht auszugehen.

Die Telekom-Control-Kommission hat in diesem Zusammenhang weiters 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 nach derzeitiger Rechtslage nicht jedes einzelne Anschlussnetz, dem sicherlich eine Bottleneck-Qualität zukommt, als eigener Markt iSd des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts zu betrachten ist.

4. 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 normierten 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. Die Telekom-Control-Kommission wird somit lediglich subsidiär tätig; den Zusammenschaltungswerbern wäre es offen gestanden, eine privatrechtliche Einigung zu schließen. Auch nach Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG ist es den Anordnungsparteien unbenommen, eine anders lautende Vereinbarung über Bedingungen der Zusammenschaltung zu schließen.

Wird die Telekom-Control-Kommission zur Streitschlichtung angerufen, ist es ihre gesetzliche Aufgabe, 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 TKG 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 zufrieden stellende 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 eine schrankenlose Diskretion 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 entspräche sonst einem 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. Zur Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte

5.1. Regulatorische Rahmenbedingungen

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 Festnetzbetreiber, die auf dem Zusammenschaltungs-, Festnetz-Sprachtelefonie- oder Mietleitungsmarkt sowie für Mobiltelefonieanbieter, die auf dem Zusammenschaltungsmarkt marktbeherrschend sind. Für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte zwischen Erbringern eines öffentlichen Sprachtelefondienstes – 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, woraus jedoch im Sinne obiger Ausführungen nicht geschlossen werden kann, dass eine Festlegung von Entgelten für nicht-marktbeherrschende Betreiber nicht erfolgen darf.

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 einschlägigen Richtlinien der Europäischen Union auszufüllen ist.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Mobilkom den Versuch unternimmt, die Regulierungsbehörde von einer angeblich mangelnden Regulierungsbedürftigkeit der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte zu überzeugen. Dabei nimmt sie insbesondere auf einen Aufsatz von Prof. Weizsäcker (*„Ex-ante Regulierung von Terminierungsentgelten“*) Bezug, dessen „finale Aussage“ wie folgt lautet: *„Es besteht kein Anlass zur Regulierung von Terminierungsentgelten“*. Mobilkom fasst einen weiteren Beitrag - Haucap, *„Wettbewerb und Regulierung im Mobilfunk aus Sicht der ökonomischen Theorie“* – wie folgt zusammen: *„Auch Haucap empfiehlt [...] von regulierenden Eingriffen in den Bereich des Mobilfunkwettbewerbs so weit als möglich Abstand zu nehmen.“* Darüber hinaus versucht Mobilkom den Eindruck zu erwecken, dass lediglich auf Grund der proaktiven Haltung der Regulierungsbehörde bzw der „proaktiven Regulierung von Terminierungsentgelten“ es zu keinen „echten Verhandlungslösungen kommen“ würde (vgl „Ergänzende Stellungnahme“ der Mobilkom vom 25.3.2003).

Hierzu darf festgehalten werden, dass es nicht die „proaktive“ Haltung der Regulierung ist, dass (Mobil-)Betreiber nicht in der Lage sind, auf privatrechtlichem Weg eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, sondern einzig und allein die gänzlich unterschiedlichen Interessenskonstellationen der Marktteilnehmer, die ihren Niederschlag in den Verhandlungsprotokollen und wechselseitigen Schriftstücken finden. Der Gesetzgeber hat diesem Umstand auch dadurch Rechnung getragen, dass er – im Einklang mit den europäischen Vorgaben (vgl insbesondere Art 9 Abs 5 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG) – gerade für den Fall der Nichteinigung zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze ein Streitschlichtungsverfahren – § 41 Abs 3 TKG – eingeführt hat, in dessen Rahmen der Telekom-Control-Kommission eine weit reichende Befugnis zukommt: Es handelt sich dabei um die subsidiäre Entscheidung über Zusammenschaltungsvereinbarungen; da das Wesen eines Vertrages der Austausch von Leistungen – wie Zusammenschaltung gegen Entgelt – ist, hat die Telekom-Control-Kommission natürlich die Kompetenz, auch den Streit im Zusammenhang mit der Höhe von (Zusammenschaltungs-)Entgelten zu schlichten. Dabei handelt es sich lediglich um eine subsidiäre Tätigkeit der Behörde, die erst dann zum Tragen kommt, wenn eine Einigung nicht zu Stande kommt *und* die Regulierungsbehörde aktiv zur Streitschlichtung angerufen wird. Insofern ist das Vorbringen der Mobilkom zur „proaktiven Regulierung“ verfehlt. In diesem Konnex kann auch die zusammenfassende Aussage des Beitrages von Prof. Weizsäcker – *„Es besteht kein Anlass zur Regulierung von Terminierungsentgelten“* – nicht zielführend sein, da nicht eine aktive Regulierung von Zusammenschaltungsentgelten – wie

von Mobilkom fälschlich unterstellt –, sondern ein subsidiäres reaktives Tätigwerden der Regulierungsbehörde vorliegt.

Der „Empfehlung“ von Haucap, „von regulierenden Eingriffen im Bereich des Mobilfunkwettbewerbs so weit als möglich Abstand zu nehmen“ steht die Telekom-Control-Kommission positiv gegenüber, doch wird sie im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages gemäß §§ 111 Z 6 iVm 41 Abs 3 TKG zu einer Entscheidung im Streitfall verpflichtet: Der zuständigen Regulierungsbehörde steht es grundsätzlich nicht frei, ihrer Entscheidungspflicht nicht nachzukommen.

5.2. Zur Höhe der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte

Ausgangspunkt dieses Verfahrens ist ein Antrag eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auf Zusammenschaltung zweier Telekommunikationsnetze. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß § 41 Abs 2 TKG vor, so kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung über die strittigen Punkte der Zusammenschaltung zu erlassen. Ist das Zusammenschaltungsentgelt eines nicht-marktbeherrschenden Unternehmens betroffen, so fehlt es an einer Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung. Da keine der Verfahrensparteien über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 33 TKG verfügt, ist jedenfalls kein kostenorientiertes Zusammenschaltungsentgelt iSd § 41 Abs 3 TKG iVm §§ 8, 9 ZVO festzulegen.

Auf Grund der gesetzlichen Pflicht zur Entscheidung ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von – nach TKG – nicht-marktbeherrschenden Betreibern davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte in „angemessener“ Höhe zu liegen zu kommen haben (vgl dazu beispielsweise Z 1/02, Z 14,15/01, Z 5,7/01, Z 7/00). In diesem Zusammenhang sollen – lediglich zur Orientierung – einschlägige Rechtsgrundlagen untersucht werden:

5.2.1. Der Begriff des „angemessenen Entgelts“

Zum Begriff des „angemessenen Entgelts“ nach dem ABGB ist festzuhalten, dass von dem – sich aus § 1152 ABGB ergebenden – Grundsatz ausgegangen werden kann, dass in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien ein Entgelt in angemessener Höhe als vereinbart gilt. Den einschlägigen Kommentaren folgend ist jenes Entgelt angemessen im Sinne des § 1152 ABGB, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt (JBI 1955, 122, EvBl 1964/401; Arb 9171). Herangezogen werden könnten Tarifsysteme, wie Kollektivverträge oder etwa die „autonomen Honorarrichtlinien“ der Rechtsanwaltschaft (SZ 35/33) oä.

Diese Grundsätze sowie die oberstgerichtliche Judikatur lassen jedoch keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung eines angemessenen Entgelts für die Mobilzusammenschaltung zu: Ein Tarifsystem, das für die Festlegung der Terminierungs- und Originierungsentgelte in ein bzw aus einem mobilen 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 nicht herangezogen werden, da jene Zusammenschaltungsentgelte, die derzeit in der Zusammenschaltung mit Mobilnetzbetreibern zur Anwendung gelangen, sich auf hoheitliche Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gründen. Aus dem Faktum, dass es sich dabei um jene Entgelte handelt, die tatsächlich allgemein für die Zusammenschaltung mit einem mobilen Telekommunikationsnetz bezahlt werden, kann aus

Sicht der Telekom-Control-Kommission jedoch nicht geschlossen werden, dass diese – auch aus heutiger Sicht – (noch) angemessen wären.

Zur möglichen Klärung der Begriffes des „angemessenen Entgelts“ soll an dieser Stelle auch das allgemeine Wettbewerbsrecht beleuchtet werden, ohne dieses jedoch anzuwenden; es stellt lediglich eine Interpretationshilfe für die gegenständliche Rechtsfrage dar: 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 erkannt 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 vergleichbare 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 (vgl Barfuß – Wollmann – Tahedl, Österreichisches Kartellrecht, 1997, Seite 101).

Das europäischen 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 die Angemessenheit des 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 Beurteilung eines angemessenen Preises spielt dabei 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 (vgl Möschel in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, Rz 139ff zu Art 86 [nunmehr Artikel 82]).

5.2.2. Mögliche Instrumente zur Bestimmung angemessener Zusammenschaltungsentgelte

Zur Festlegung des Entgelts bieten sich folgende Konzepte an:

5.2.2.1. Internationale Praxis („Benchmarking“)

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

Die Zusammenschaltungsentgelte im internationalen Umfeld lassen sich nur eingeschränkt vergleichen. Einerseits bestehen bemerkenswerte Unterschiede zwischen der Entwicklung der Mobilfunkmärkte und den geleisteten Konzessionsgebühren, andererseits sind die Penetrationsraten, die Markteintrittszeitpunkte, 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 Festlegung durch die Mobilnetzbetreiber. 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 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. Aufgrund des insoweit einheitlichen europäischen Rechtsrahmens sind gewisse Parallelitäten in allen Ländern der Europäischen Union zu finden.

5.2.2.2. 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.

Darüber hinaus kann als weiteres Indiz für die Beurteilung der Zusammenschaltungsentgelte der seit dem Zeitpunkt der Konzessionsvergabe verstrichene Zeitraum herangezogen werden.

5.2.2.3. Zum „einheitlichen Markt- oder Wettbewerbspreis“

In der ersten Entscheidung der Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG – Anordnung zu Z 1/97 vom 9.3.1998 – wurde ausgeführt, dass „aus gesamtwirtschaftlicher Sicht die Reziprozität anzustreben“ ist. In den Verfahren zu Z 7/00, Z 8/00 vom 31.7.2000 wurde dies dahingehend konkretisiert, dass bei identischen Netzen *und bei Vorliegen gleichartiger Wettbewerbspositionen* Reziprozität anzustreben ist. Begründend wurde dazu in Z 1/97 ausgeführt, dass die Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen die Eigenschaft hat, dass durch den Verkehrsfluss in beide Richtungen die zusammengeschalteten Betreiber entsprechende Kapazitäten in beide Richtungen vorhalten müssen. Dabei stehen die Betreiber in einer Käufer/Verkäufer-Beziehung zueinander. Sollte das Verkehrsaufkommen vollkommen symmetrisch sein, wovon in aller Regel auf Grund der Vielfalt der Dienste und Netzstrukturen nicht ausgegangen werden kann, und kommen die Zusammenschaltungsentgelte wechselseitig in gleicher Höhe – sohin reziprok – zur Anwendung, so würden sich die gegenseitig in Rechnung gestellten Entgelte ausgleichen.

Es kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind. Im speziellen Fall der Frage der Reziprozität zwischen zwei Mobilnetzen ist zu prüfen, ob die Terminierungsleistungen der Mobilbetreiber „gleiche Leistungen“ darstellen. Die technische Erbringung der Leistung hängt im gegenständlichen Fall von der eingesetzten Technologie, den Standorten der Sende-/Empfangs-Anlagen, den Einrichtungen, den Hardware- und Softwarekomponenten und anderen Faktoren ab, die bei den Mobilfunkbetreibern unterschiedlich sein können. Die Kostenstruktur im Mobilfunksektor ist durch einen hohen Anteil an Fixkosten – bestehend aus Investitionen (etwa Konzessionsentgelt und technische Einrichtungen) und laufenden Kostenblöcken (etwa Personal-, Instandhaltungs- und Finanzierungskosten) gekennzeichnet. Diese Fixkosten müssen langfristig durch die vereinnahmten Entgelte abgedeckt sein, wobei sich die Höhe der Einnahmen vorwiegend an der Anzahl der verkauften Minuten orientiert. Ein Anbieter mit wenigen Teilnehmern und entsprechend weniger verkauften Minuten ist mit viel höheren Kosten pro Teilnehmer (bzw Minute) konfrontiert, weil er zwar ähnliche Fixkosten wie andere Betreiber zu tragen hat, aber sie auf eine geringere Anzahl von Kunden bzw Minuten verteilen kann. Ein Anbieter mit zahlreichen Kunden bzw Minuten hingegen kann seine Fixkosten auf einen dementsprechend größeren Kundenkreis aufteilen. Daraus ergibt sich, dass jeder Betreiber unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer und Gesprächsminute aufweist.

In einem vollkommenen Wettbewerbsmarkt sind Faktoren, wie unterschiedliche Technologien oder unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer, von untergeordneter Bedeutung, da in einem vollkommenen Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung nämlich als ein homogenes Produkt, ungeachtet der Technologie oder des Kundenstocks.

Die Telekom-Control-Kommission hat in ihrer bisherigen Regulierungspraxis durchgängig die Meinung vertreten, dass sich *langfristig, bei identischen Netzen und bei Vorliegen vergleichbarer Wettbewerbspositionen* ein einheitlicher Marktpreis einstellen muss (vgl dazu exemplarisch die Streitschlichtungsanordnungen zu Z 7/00, Z 8/00). Auch in den letzten Anordnungen der Regulierungsbehörde zur Festlegung von Mobil-Zusammenschaltungsentgelten – vgl etwa die Entscheidungen zu Z 5, 7/01, Z 8/01, Z 14, 15/01 sowie Z 1/02 – ist die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich von dieser Position nicht abgewichen. Sie ist in diesem Zusammenhang jedoch zur Auffassung gelangt, dass die Verwirklichung des einheitlichen Marktpreises nicht in der anfänglich angenommenen Geschwindigkeit erreicht werden kann. Somit wurde im Regulierungszeitraum der genannten Entscheidungen (bis 31.12.2002 im Fall der Anordnungen zu Z 5, 7/01, Z 8/01, Z 14, 15/01 bzw bis 30.9.2003 betreffend Z 1/02) kein einheitlicher, reziproker, Preis festgelegt. Eine ausführliche Erhebung der (Voll-)Kosten, die den einzelnen Mobilnetzbetreibern für die Leistung der Zusammenschaltung entstehen, hat nämlich ein klares Bild von den sehr

unterschiedlichen Kostenstrukturen und Marktpositionen geworfen: Mobilkom als „first mover“ und mit der höchsten Zahl an Teilnehmern – ein Großteil an Geschäftskunden – hat folglich weit geringere durchschnittliche Kosten, während hingegen die zweit- und drittplatzierten Unternehmungen – T-Mobile sowie Connect – auf Grund der geringeren Teilnehmeranzahl unbestritten höhere Kosten aufweisen. Tele.ring als viel später startendes Unternehmen verfügt derzeit über einen Marktanteil von unter 5% (vgl. www.rtr.at), die zusammenschaltungsrelevanten Kosten sind demgemäß hoch (siehe dazu später im Detail). Die bemerkenswerten Unterschiede zwischen den Betreibern sind in nicht unerheblichem Ausmaß auf die jeweiligen Markteintrittszeitpunkte sowie auf die unterschiedlich hohen Teilnehmerzahlen (bzw. Minuten) zurückzuführen.

Die Telekom-Control-Kommission geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass es auf längere Sicht zu einer zunehmenden Angleichung der Marktanteile und damit auch zu einer Annäherung der Terminierungsmengen und folglich auch -entgelte bei den einzelnen Betreibern kommen wird. Eine solche Annäherung wäre aufgrund der Kostendegression (bei weitgehend ähnlichen Kostenfunktionen) und der steigenden Anzahl an Verkehrsminuten zu erwarten. Jeder Betreiber eines Mobilnetzes weist bei Aufnahme seines kommerziellen Betriebes, bedingt durch seine hohen Fixkosten (Coverage), auch hohe Stückkosten pro Leistungseinheit (je Terminierungsminute) auf. Die hohen Anfangsinvestitionen sind ihrerseits auf in den Konzessionen festgelegte Mindestversorgungsverpflichtungen sowie den Marktdruck seitens der Endkunden und der Mitbewerber zurückzuführen. Um den angestrebten bzw. geforderten Versorgungsgrad zu erreichen und eine bestimmte Mindestqualität anbieten zu können, ist eine Mindestanzahl an Funkzellen und Basisstationen notwendig, die bis zur Erreichung der Kapazitätsgrenze konstant bleibt. Mit zunehmendem Wachstum der Verkehrsmenge verteilen sich diese Fixkosten, weshalb es zu einer Stückkostendegression kommt. Die Durchschnittskostenfunktion weist daher einen (stark) degressiven Verlauf auf.

5.2.3. Zur Angemessenheit im Konkreten

5.2.3.1. Zum angeordneten Entgelt der Mobilkom

Mit gegenständlicher Streitschlichtungsentscheidung wird nun das Terminierungsentgelt für Mobilkom unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis 31.3.2003 mit Cent 11,25, vom 1.4.2003 bis 31.8.2003 mit Cent 11,11 und vom 1.9.2003 bis 30.9.2003 mit Cent 10,86 festgelegt. Für den Zugang vom Mobilnetz der Mobilkom zu Diensternummern im Netz des Zusammenschaltungspartners tele.ring wird für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis 31.3.2003 ein Originierungsentgelt in der Höhe von Cent 10,75, vom 1.4.2003 bis 31.8.2003 mit Cent 10,61 sowie vom 1.9.2003 bis 30.9.2003 mit Cent 10,28 angeordnet. Dies aus folgenden Erwägungen der Telekom-Control-Kommission:

Die konkrete Festlegung des angeordneten Entgeltes leitet sich wie folgt ab: Mobilkom hat die Hälfte ihres „Produktivitätsfortschrittes“ von ihrem jedenfalls bis 31.12.2002 zur Anwendung gelangten Zusammenschaltungsentgeltes in Höhe von Cent 11,25 (Terminierung) bzw. Cent 10,75 (Originierung) bis zum Ende des Geltungszeitraumes vorliegender Anordnung weiterzugeben. Der Produktivitätsfortschritt besteht in der Differenz zwischen den Vollkosten gemäß der Berechnungsvariante „K1“ der wirtschaftlichen Sachverständigen im vorliegenden Verfahren und der Berechnung von „K1“ der Sachverständigen in den Verfahren zu Z 5, 7/01, Z 8/01 dar. Die Weitergabe der 50% des „Produktivitätsfortschrittes“ erfolgt sohin im letzten Monat des Anordnungszeitraumes (September 2003).

Die Telekom-Control-Kommission trägt mit der vorliegenden Festlegung von angemessenen Zusammenschaltungsentgelten folgenden Umständen Rechnung:

Zum einen geht die zur Entscheidung in diesem Streitschlichtungsverfahren berufene Regulierungsbehörde von jenen individuellen Kosten aus, die – auf Basis einer Vollkostenrechnung – für die Zusammenschaltungsleistung jedenfalls entstehen. Darunter fallen alle Kosten der durch die Terminierung und Originierung beanspruchten Netzelemente (Abschreibung, Betrieb), Kosten der Kapitalverzinsung, IT/IC-Billing-Kosten, das Frequenznutzungsentgelt sowie anteilige Gemeinkosten („K1“). Damit ist sicher gestellt, dass grundsätzlich keine überhöhten Zusammenschaltungsentgelte zur Auszahlung gelangen und somit Wettbewerbsverzerrungen sowie unerwünschte Subventionierungen hintangehalten werden. Da die zusammenschaltungsrelevanten Kosten – wie bereits ausgeführt – auch die Marktposition widerspiegeln, wird zum anderen auch die relative Stellung des jeweiligen Unternehmens ausreichend berücksichtigt. Ein Vergleich der Marktanteile (gemessen an der Zahl der Teilnehmer) zum Stand Februar 2003 zeigt die Diskrepanzen der Marktpositionen deutlich auf: Während Mobilkom über einen Marktanteil von etwa 45% verfügt, hat T-Mobile einen um etwa 15% geringeren Marktanteil (ca. 30%); Connect findet sich mit etwa 20% an dritter Stelle. Tele.ring nimmt einen Marktanteil von unter 5% ein. Die Miteinbeziehung der relativen Marktanteile der Mobilbetreiber bzw der unternehmensindividuellen Kosten steht im Einklang mit dem ONP-Rechtsrahmen: Gemäß Art 9 Abs 5 der RL 97/33/EG idF 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) hat die Regulierungsbehörde im Fall einer Streitbeilegung „die relative Marktstellung der Parteien“ zu beachten. Die Telekom-Control-Kommission kommt dieser europarechtlichen Vorgabe durch Heranziehung eines wesentlichen Indikators für die Marktposition – der Kosten – nach.

In Europa vertritt nicht nur die Telekom-Control-Kommission die Ansicht, dass für die Festlegung eines angemessenen Entgeltes die tatsächlichen betreiberindividuellen Kosten in die Entscheidung einzugehen haben: Die niederländische Regulierungsbehörde OPTA hat im März 2002 für die fünf am Markt vertretenen Mobilfunkbetreiber Terminierungsentgelte festgelegt und die Betreiber in zwei unterschiedliche Gruppen eingeteilt. Nachdem gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt wurde, hat das Verwaltungsgericht in Rotterdam die Festlegung der OPTA als nicht angemessen beurteilt. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass die Festlegung der Terminierungsentgelte nicht auf der Beurteilung des zugrunde liegenden Mobilfunknetzes und den dort entstehenden Kosten beruht. Die Angemessenheit ist – gemäß der Ansicht des Verwaltungsgerichtes in Rotterdam – im Hinblick auf das jeweilige terminierende Mobilfunknetz zu interpretieren.

Im Unterschied zu den Streitschlichtungsverfahren zu Z 5, 7/01, Z 8/01 sowie Z 14, 15/01 wird das Zusammenschaltungsentgelt aber nicht gänzlich auf Basis der ermittelten Kosten – zu den externen Effekten wird noch ausgeführt – festgelegt:

Durch die Weitergabe von lediglich 50% der Produktivitätssteigerung soll der Markterfolg bzw Produktivitätsfortschritt eines Unternehmens honoriert werden; es stellt somit einen Leistungsanreiz dar, weitere Kostensenkungen vorzunehmen und auf der grundsätzlich degressiven Stückkostenkurve voranzuschreiten. In diesem Konnex muss thematisiert werden, inwieweit ein bislang erfolgreiches Unternehmen weiterhin motiviert werden kann, seine Marktposition zu verteidigen. Sollte dieser Betreiber – als nicht-marktbeherrschendes Unternehmen gemäß TKG – keinen Vorteil an sinkenden Kosten lukrieren, so drängt sich – reduziert auf den Bereich der Zusammenschaltung – die Frage auf, warum dieser erfolgreich agieren und auf der Stückkostenkurve voranschreiten sollte.

Die Verpflichtung, lediglich die Hälfte der Kosteneinsparungen weiterzugeben, erfolgt darüber hinaus vor dem Hintergrund, dass Mobilkom derzeit mit hohen Investitionstätigkeiten konfrontiert ist: Auf Grund der Auflagen der an Mobilkom erteilten Konzession K 15/00 – bis Ende des Jahres 2003 sind UMTS/IMT-2000-Dienste mit einem Versorgungsgrad von

zumindest 25% kommerziell anzubieten – ist Mobilkom gefordert, weit reichende Investitionen zu tätigen. Die Telekom-Control-Kommission hat es abgelehnt, einzelne Kostenblöcke betreffend UMTS im Rahmen der Ermittlung der zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten zu berücksichtigen, da derzeit UMTS noch nicht kommerziell angeboten wird und für den Zeitraum der Streitschlichtungsentscheidung keine gesicherten Informationen über Verkehrsmengen bestehen. Weiters konnten keine zweifelsfrei gesicherten Fakten über die durch UMTS entstehenden zusätzlichen Kosten erhoben werden. Die Investitionen in UMTS werden – genau wie die mit der Einführung von UMTS bestehenden Unsicherheiten – pauschal mit einer teilweisen Nicht-Weitergabe der erfolgten Kosteneinsparung bei GSM abgegolten. Die zur Streitschlichtung angerufene Regulierungsbehörde unterstützt somit einen raschen Aufbau der notwendigen kostenintensiven Infrastruktur, bietet sohin Investitionsanreize und folgt somit im Wesentlichen dem Antrag des Mobilbetreibers auf Berücksichtigung dieser Kosten.

In diesem Zusammenhang sei klarstellend festgehalten, dass die angeordneten Entgelte für die Zusammenschaltung mit den mobilen Telekommunikationsnetzen der Verfahrensparteien unabhängig von der zu Grunde liegenden Technologie (GSM oder UMTS) zur Anwendung gelangen. Für den anrufenden Teilnehmer ist nicht erkennbar, über welche technische Plattform die Zusammenschaltungsleistung erfolgt. Eine Trennung zwischen GSM- und UMTS-Verkehr ist verrechnungstechnisch nicht möglich.

Die Telekom-Control-Kommission hat bereits in ihrer Entscheidung zu Z 2/02 (Bescheid vom 6.5.2002) festgehalten, dass sie „von einer *Technologieneutralität* aus[geht] und [...] *Mobilfunkunternehmen, die gleichartige Dienste auf Basis von GSM, und solche Mobilfunkunternehmen, die Dienste auf Basis von UMTS anbieten, hinsichtlich des Zusammenschaltungsentgeltes prinzipiell gleich [behandelt]; [...] Aus technischer Sicht erscheint es obsolet, bei der Übertragung von Sprache zu differenzieren, ob diese auf Basis von GSM oder UMTS abgewickelt wird, zumal hier für den Endkunden keine nachvollziehbare Unterscheidung im Sinne eines Mehrwertes gegeben ist und derzeit eine unterschiedliche Tarifierbarkeit in Abhängigkeit von der verwendeten Luftschnittstelle weder in der Endkunden-Verrechnung noch im Inter-Carrier-Billing möglich ist. Daraus folgt, dass für Verkehr auf Basis der Trägerdienste POTS, ISDN-Speech/3,1 kHz audio ein einheitliches Entgelt zu entrichten ist – unabhängig von der in Anspruch genommenen Luftschnittstelle (2G oder 3G).*“

In diesem Konnex darf daran erinnert werden, dass die Entgeltfestlegung nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“ zur Anwendung gelangt; auf die diesbezügliche Begründung sei verwiesen.

Eine Weitergabe von 50% des Produktivitätsfortschrittes bedeutet, dass von jenem Zusammenschaltungsentgelt der Mobilkom ausgegangen wird, das zuletzt von der Telekom-Control-Kommission angeordnet wurde (vgl Z 5, 7/01). Die damalige Festlegung des Zusammenschaltungsentgeltes ist ebenfalls von den (Voll-)Kosten ausgegangen, die durch die Leistung der Zusammenschaltung jedenfalls entstehen („K1“). Darüber hinaus wurden weitere Aufwendungen, wie für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handsetstützungen, die über die der Berechnungsvariante K1 hinausgehen, als zusammenschaltungsrelevant identifiziert. Diese Aufwendungen bewirken, dass die Anzahl der Mobilkunden steigt bzw nicht abnimmt und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunimmt, wodurch ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer entsteht, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten ist.

Da die bis 31.12.2002 angeordneten Zusammenschaltungsentgelte die Ausgangsbasis der vorliegenden Anordnung darstellen, werden die Netzwerkexternalitäten im selben Ausmaß

wie in der bezugnehmenden Entscheidung der Telekom-Control-Kommission (Z 5, 7/01 vom 5.11.2001) berücksichtigt.

Mit der gleichmäßigen Weitergabe des jeweiligen Produktivitätsfortschrittes (50%, betreiberindividuell) verfolgt die Telekom-Control-Kommission in der Tendenz weiterhin das Ziel, längerfristig einen einheitlichen Marktpreis zu erreichen: Eine Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte der Mobilkom sowie der T-Mobile (vgl insgesamt dazu die vier am selben Tag erlassenen Streitschlichtungsentscheidungen zu Z 28/02, Z 29/02, Z 30/02 sowie Z 2/03) im selben Ausmaß bzw nach demselben Ansatz, dh abhängig von der eigenen Produktivität, behandelt die beiden Mobilbetreiber Mobilkom und T-Mobile prinzipiell gleich. Da jedoch Mobilkom auf der Durchschnittskostenkurve weiter fortgeschritten ist und daher die Stückkostendegression weniger zur Geltung kommt, wirkt sich die individuelle, jedoch prinzipiell gleich hohe Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte (50% des Unterschiedes der genannten K1-Werte) bei T-Mobile stärker aus. Wie bereits ausführlich dargestellt, ist die Regulierungsbehörde in ihrer bisherigen Regulierungspraxis davon ausgegangen, dass sich *langfristig, bei identischen Netzen und bei Vorliegen vergleichbarer Wettbewerbspositionen* ein einheitlicher Marktpreis einstellen muss. Durch die genauen Analysen der betreiberindividuellen zusammenschaltungsrelevanten Kosten sowie der Marktgegebenheiten ist die Telekom-Control-Kommission jedoch zur Überzeugung gelangt, dass auch in diesem Anordnungszeitraum – bis 30.9.2003 – ein reziproker Marktpreis nicht erreicht werden kann.

In der aktuellen Situation, wie sie oben ausführlich dargestellt wurde, würde ein einheitliches Terminierungsentgelt, das sich am marktführenden Unternehmen orientiert, dazu führen, dass Unternehmen mit geringeren Verkehrsmengen aus der Terminierungsleistung negative Deckungsbeiträge erwirtschaften, wohingegen der Marktführer positive Deckungsbeiträge erwirtschaften kann. Nachdem die degressive Kostenfunktion nicht nur für Terminierungsleistungen, sondern vielmehr für alle Mobilfunkprodukte prinzipiell gültig ist, spiegelt sich dieselbe Situation auch am Endkundenmarkt wider. Für Betreiber mit geringerem Verkehrsvolumen führt eine solche Situation dazu, dass sie Gefahr laufen, sowohl originierend als auch terminierend Verluste zu erwirtschaften; eine Situation die auf längere Sicht die Gefahr in sich birgt, dass Unternehmen aus dem Markt austreten und die wettbewerblichen Strukturen (Verringerung an Anbietern) gefährdet werden.

Aus den genannten Gründen war daher auch unter Bedachtnahme auf die Regulierungsziele der §§ 1 und 32 TKG aus Sicht der Telekom-Control-Kommission von einer einheitlichen Festlegung der Terminierungsentgelte für den Zeitraum dieser Streitschlichtungsentscheidung – bis 30.9.2003 – Abstand zu nehmen und auf die tatsächlich anfallenden Kosten der Verfahrensparteien – als wesentliche Grundlage für die Anordnung der Zusammenschaltungsentgelte – abzustellen. Dies steht insbesondere in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen gemäß § 1 Abs 2 Z 1 und 2 TKG auf Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie auf Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs.

Zur Vermeidung disruptiver Eingriffe durch die Regulierungsbehörde wurde für die Laufzeit der gegenständlichen Anordnung in Anwendung des Ermessensspielraumes zunächst, sohin ab 1.1.2003 bis 31.3.2003, ein angemessenes Entgelt in der Höhe von Cent 11,25 für die Terminierung bzw Cent 10,75 für die Originierung angeordnet, um in weiterer Folge stufenweise, sohin der internationalen Praxis entsprechend (vgl beispielsweise die Competition Commission, „Reports on references under section 13 of the Telecommunications Act 1984 on the charges made by Vodafone, O2, Orange and T-Mobile for terminating calls from fixed and mobile networks“ von Dezember 2002), ein angemessenes Entgelt in Höhe von Cent 11,11 (Terminierung, Senkung um 1,26%) bzw Cent 10,61 (Originierung, Senkung um 1,32%) bis 31.8.2003 und ab 1.9.2003 bis 30.9.2003

ein Entgelte in Höhe von Cent 10,86 (Terminierung, Senkung um 2,27%) bzw Cent 10,28 (Originierung, Senkung um 3,06%) festzulegen. Dass eine derartige Einschleifregelung jedenfalls im positiven Recht vorgesehen ist, verdeutlicht auch die Anlage zu § 6 ZVO, 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 starrer „Einheitspreis“ angeordnet werden muss, sondern eine Einschleifregelung getroffen werden kann.

5.2.3.2. Zum angeordneten Entgelt der tele.ring

Für die tele.ring wurden – in Anwendung des Ermessensspielraumes und unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit – für die Terminierung in sowie für die Originierung aus dem mobilen Telekommunikationsnetz der tele.ring für den Geltungszeitraum vom 1.1.2003 bis 30.9.2003 Zusammenschaltungsentgelte in der Höhe von Eurocent 19,62 festgelegt. Dies aus folgenden Erwägungen:

Im gegenständlichen Verfahren wurde von der Telekom-Control-Kommission das wirtschaftliche Gutachten (ON 18, 19), das amtliche Sachverständige im Verfahren Z 30/01 zu erstellen hatten, herangezogen, den Verfahrensparteien zur Kenntnis gebracht sowie mittels aktueller Daten des Jahres 2002, die von tele.ring übermittelt wurden, auf Aktualität überprüft. Die Sachverständigen hatten auf Basis einer Vollkosten-Rechnung die Kosten der tele.ring für die mobile Zusammenschaltung (Terminierung, Originierung) unter Berücksichtigung von Verkehrsmengenentwicklungen zu ermitteln.

Unter Anwendung der Berechnungsmethode „K1“ ergeben sich für tele.ring Kosten in Höhe von Eurocent 89,65 für die Terminierung und Eurocent 80,96 für die Originierung auf Basis der Daten des Jahres 2000. Berücksichtigt man die Verkehrsmengen- und Kostenentwicklung für das Jahr 2002 und den Umstand, dass von tele.ring wesentlich überhöhte Kosten für „Transmission“ angesetzt wurden, die von den Gutachtern in weiterer Folge nicht berücksichtigt wurden, ergibt sich für die Terminierung ein Wert von Eurocent 48,95 und für die Originierung ein Wert von Eurocent 39,11. Diese Werte wurden von der Telekom-Control-Kommission auf ihre Validität geprüft, indem von tele.ring detaillierte Daten des Jahres 2002 gefordert wurden. Die Kalkulation der Telekom-Control-Kommission hat das Ergebnis gebracht, dass die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten der tele.ring weiterhin deutlich über jenem Entgelt liegen, welches für tele.ring im Rahmen des Verfahrens zu Z 30/01 angeordnet wurde.

Zum Verhältnis der aktuell ermittelten Kosten zu den bisher tatsächlich angewandten Kosten ist wie folgt auszuführen: Die berechneten Kosten eines Betreibers am Mobilfunkmarkt, der entweder Neueinsteiger am Mobilfunkmarkt ist oder sich noch nicht am Markt etabliert hat, können nicht unmittelbar für die Festsetzung seiner Mobil-Zusammenschaltungsentgelte herangezogen werden. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass Mobilfunkbetreiber im Gegensatz zu konzessionierten Festnetzbetreibern Versorgungspflichten zu erfüllen haben: Ein konzessionierter (GSM-)Mobilfunkbetreiber ist verpflichtet, ein nahezu flächendeckendes Netz zu errichten, unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer, über die er gerade verfügt und unabhängig davon, ob die von ihm zur Verfügung gestellten Kapazitäten genutzt werden. Die Kosten für die Errichtung eines neuen Netzes resultieren primär aus der Verpflichtung quasi flächendeckend Kapazität bereitzustellen und nicht aus der Notwendigkeit, Kapazitäten aufgrund der erwarteten oder tatsächlich zu erbringenden Verkehrsminuten aufzubauen.

tele.ring bietet ihren Mobilfunkdienst – im Einklang mit der von der Telekom-Control-Kommission in K 39/98-118 verfügten Auflage – mit einem Versorgungsgrad von 98% (Versorgung der Bevölkerung) an. Die Kosten für den Aufbau und Betrieb des Netzes in der

derzeitigen Ausbaustufe fallen daher primär aufgrund der Verpflichtung an, einen bestimmten Versorgungsgrad anzubieten bzw. aufgrund der Spezifika des Mobilfunkmarktes, dass Kunden eine flächendeckende Erreichbarkeit erwarten und diese Erwartungshaltung unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer bzw. der abgewickelten Verkehrsminuten besteht.

Erst ab einer gewissen Verkehrsmenge erfolgen Investitionen in das Netz in Abhängigkeit von der konkreten Auslastung. Bis zu dieser Kapazitätsgrenze bleiben die Kosten hingegen relativ unabhängig von der aktuellen Auslastung.

Da die Kosten in der Startphase primär Kosten für die Versorgung der Bevölkerung sind, führen diese erst mit steigenden Verkehrsmengen zu einer Kostendegression der Minutenkosten. tele.ring befindet sich derzeit noch im steil abfallenden Abschnitt dieser Kostenfunktion, was zur Folge hat, dass zusätzliche Minuten zu einer überproportionalen Reduktion der Kosten pro Minute führen.

Die obigen Ausführungen führen daher zum Ergebnis, dass eine Festsetzung der Kosten für Mobilterminierung und -originierung auf Basis der tatsächlichen Kosten eines Mobilfunkbetreibers in dessen Startphase nicht zweckmäßig erscheint. Vielmehr wurde von der Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis für Mobilfunkbetreiber in deren Startphase unabhängig von den tatsächlichen Kosten des jeweiligen Betreibers das Entgelt für mobile Terminierung und -originierung mit Cent 19,62 festgesetzt (vgl. das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu Z 5/00 betreffend die Festlegung des Mobil-Zusammenschaltungsentgeltes für tele.ring in Höhe von Cent 19,62, sowie Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen Telekom Austria und Connect Austria vom 27.3.1998 in welcher das Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgelt für Connect Austria, welche sich damals in der Markteintrittsphase befand, mit Cent 19,62 vereinbart wurde).

Das Mobilterminierungsentgelt lag sowohl bei der Mobilkom Austria AG & Co KG als auch bei T-Mobile Austria GmbH und Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH in deren Start-Up-Phase ebenfalls in der Höhe von Cent 19,62: In diesem Zusammenhang sei auf den Zusammenschaltungsvertrag der Mobilkom Austria mit Telekom Austria vom 24.2.1997 (Vereinbarung eines Mobilterminierungsentgeltes in Höhe von Eurocent 19,62), den Zusammenschaltungsvertrag zwischen max.mobil. [nunmehr T-Mobile Austria GmbH] und Telekom Austria vom 22.8.1997 [Vereinbarung über das Terminierungsentgelt in Höhe von Cent 19,62] und auf die Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen Connect Austria und Telekom Austria vom 27.3.1998 in welchem ebenfalls Mobilterminierungsentgelte in Höhe von Eurocent 19,62 vereinbart wurden, verwiesen.

In der Entscheidung Z 5/00 wurde auch das Entgelt für Terminierung und Originierung für das Mobilnetz der tele.ring in Höhe von Cent 19,62 festgesetzt. In der genannten Entscheidung und insbesondere in der Folgeentscheidung Z 6/00 wurde weiters ausgeführt, dass die Telekom-Control-Kommission von einer gewissen Frist ausgehe, innerhalb der ein Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt besonders schützenswert erscheint. In Anlehnung an § 125 Abs 3 TKG, in welchem hinsichtlich der Frequenzzuteilung aus dem GSM-1800-Bereich an bestehende Betreiber eine Schutzfrist zugunsten der Connect im Ausmaß von drei Jahren vorgesehen war, wurde eine daran angelehnte Frist auch im Mobilzusammenschaltungsbereich angewandt.

Die Konzessionserteilung an tele.ring erfolgte mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999. Die „dreijährige Schutzfrist“ ist mit Mai 2002 ausgelaufen. In diesem Zusammenhang ist aber darauf Bedacht zu nehmen, dass die Dauer dieser Markteintrittsphase von der Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit nicht als alleiniges Kriterium für die Festlegung der Entgelte herangezogen wurde.

Im Bescheid Z 7/00 wurden die Mobilterminierungs- und originierungsentgelte der Connect neu festgelegt: Das Entgelt wurde von Cent 19,62 auf Cent 15,99 gesenkt. In der Begründung wurde ausgeführt, dass Connect die erste Phase des Markteintrittes bereits abgeschlossen und sich auf dem Markt etabliert habe. Untermauert wurde diese Feststellung mit Daten betreffend die Marktanteile von Connect. So wurde ausgeführt, dass Connect am Zusammenschaltungsmarkt nach Umsätzen im Februar/März 2000 über einen Anteil von bereits über 10% verfüge. Dies sei ein deutlicher Anhaltspunkt für die gefestigte Positionierung der Connect am Markt. Bei Betrachtung des mobilen Zusammenschaltungsmarktes zeige sich, dass Connect beinahe ein Fünftel der Zusammenschaltungsumsätze der Mobilbetreiber erziele. Diese Zahlen seien ein starkes Indiz dafür, dass sich Connect am Markt etabliert habe und der Rolle eines Markteinsteigers entwachsen sei.

Anders stellt sich hingegen die Situation von tele.ring zum jetzigen Zeitpunkt – ein knappes Jahr nach Auslaufen der „dreijährigen Schutzfrist“ – dar: Bei Betrachtung der Marktpositionen aller Mobilfunkbetreiber ergibt sich, dass tele.ring in der nationalen Bandbreite der derzeitigen Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgelte nach wie vor am obersten Rand dieser Bandbreite einzureihen ist. Vergleicht man die Marktanteile und die Kundenzahlen von tele.ring mit jenen des nächstgrößeren Betreibers Connect, so zeigt sich, dass tele.ring deutlich weniger Teilnehmer hat als Connect. Auch der Marktanteil von tele.ring liegt deutlich unter jenem von Connect Austria: Im Jänner 2003 verfügte tele.ring über einen Marktanteil von unter 5%, während der nächstgrößere Betreiber (Connect) über einen mehr als vierfachen Marktanteil verfügt (Quelle: www.rtr.at „Marktanteile der Mobilfunkbetreiber in Österreich 2003“).

Berücksichtigt werden muss darüber hinaus, dass – im Unterschied zur Situation von Connect bei deren Markteintritt – sich die Marktbedingungen für tele.ring ungleich schwieriger darstellen.

Die langsamere Teilnehmerentwicklung von tele.ring ist unter anderem dadurch begründet, dass die Entwicklung des Marktes in Richtung zunehmend vergleichbarer Marktpositionen sich nicht mit der ursprünglich angenommenen Geschwindigkeit vollzieht. Damit verbunden ist auch eine Verzögerung hinsichtlich der Angleichung der Terminierungsentgelte. Die Marktpositionen der Mobilfunkbetreiber stellen sich zu unterschiedlich dar, ebenfalls sind die Positionen am Markt wesentlich durch den jeweiligen Markteintrittszeitpunkt bestimmt. Von einer Angleichung der Verkehrsmengen und damit auch der Terminierungsentgelte kann daher derzeit, dh für die Geltungsdauer vorliegender Entscheidung, nicht ausgegangen werden. In dieser Situation würde ein einheitliches Terminierungsentgelt, welches sich am marktführenden Unternehmen orientiert, dazu führen, dass Unternehmen mit geringeren Verkehrsmengen aus der Terminierungsleistung negative Deckungsbeiträge erwirtschafteten. Die selbe Situation spiegelt sich auch am Endkundenmarkt wieder. Auch dort haben Mobilfunkbetreiber mit geringeren Verkehrsmengen höhere Durchschnittskosten, können diese aufgrund des bestehenden Wettbewerbs aber nicht an die Kunden weitergeben. Für tele.ring stellt sich die Situation so dar, dass diese aufgrund des späten Markteintrittes und der inzwischen hohen Marktsättigung gezwungen ist, Kunden primär durch kostenintensive Maßnahmen zu akquirieren. Das führt dazu, dass für die Kundenakquisition weitaus höhere Kosten entstehen, als dies bei der Akquirierung von Kunden, die nicht durch Verdrängung eines Wettbewerbers erfolgt, der Fall ist. Ein wesentliches Instrument der Kundengewinnung gerade in diesem Falle ist die Festlegung der Höhe der Endkundentarife. Dies führt aber andererseits dazu, dass auch in diesem Bereich eine Weitergabe der Kosten nicht möglich ist.

All diese Faktoren ergeben, dass hinsichtlich tele.ring trotz Ablaufes der ursprünglich angenommenen „Schutzfrist“ nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich diese bereits im Markt etabliert hat. Gemäß den Regulierungszielen in §§ 1 und 32 TKG sollen

durch Maßnahmen der Regulierung insbesondere die Ziele der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation erreicht werden und der Markteintritt neuer Anbieter gefördert werden.

Die Verwirklichung dieser Ziele erfordert im gegenständlichen Zusammenhang, dass bei der Festlegung der angemessenen Entgelte der Umstand, dass (insbesondere im Bereich des Mobilnetzes) ein kostenintensiver Aufbau der bundesweiten Netzinfrastruktur, um die Versorgung der Bevölkerung mit zuverlässigen und hochwertigen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten, vonnöten ist, ausreichend Berücksichtigung findet.

Die neuerliche Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte für die Mobilterminierung sowie für die Mobiloriginierung in der Höhe von jeweils Cent 19,62 ist daher nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch aus diesen Erwägungen für eine über die Schutzfrist von drei Jahren hinausgehende Zeitspanne angemessen.

5.3. Zur Höhe der Festnetzterminierungs- und Festnetzoriginierungsentgelte

In ihrem verfahrenseinleitenden Antrag begehrt tele.ring unter anderem die Festlegung des Festnetz-Zusammenschaltungsentgeltes V 9, stellt dabei jedoch – zahlenmäßig – keinen konkreten Antrag. Mobilkom beantragt für die Zusammenschaltung mit dem Festnetz der tele.ring Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte (V 9, V 10) in Höhe von jeweils Cent 1,3 (Peak) und Cent 0,72 (Off-Peak).

Im Laufe der Verhandlungen hat tele.ring zugesagt, dem Begehren der Mobilkom auf Senkung der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte zu entsprechen (Nachfrage der Mobilkom vom 5.12.2002, ON 1, Beilage ./4; Stellungnahme der tele.ring vom 17.12.2003, ON 1, Beilage ./5). Da somit eine grundsätzliche Einigung zwischen den Parteien zumindest in der Frage der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte erzielt werden konnte und im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens keine anders lautenden Stellungnahmen abgegeben wurden, wird diesen Willensäußerungen gefolgt.

Die von Mobilkom begehrten und auch angeordneten Entgelte für die Terminierung im Festnetz sowie Originierung aus einem Festnetz entsprechen darüber hinaus der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 9.9.2002 zu Z 11/02 und stellen somit gegenwärtig das angemessene Entgelt für die Zusammenschaltung mit einem Festnetz dar.

6. Zur Laufzeit der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte

Die verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen treten mit 1.1.2003 in Kraft. Dieser Termin ergibt sich aus den Anträgen der Verfahrensparteien sowie der Notwendigkeit, den vertrags- bzw anordnungslosen Zustand, der seit 1.1.2003 besteht, zu beseitigen.

Bezüglich des Endes der Laufzeit der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte begehrt tele.ring in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag vom 23.12.2002 eine Geltungsdauer bis 31.12.2003. Demgegenüber begehrt Mobilkom in ihrer Stellungnahme vom 29.1.2003, die Geltung besagter Entgelte bis 30.9.2003 zu befristen.

Ausgehend von den divergierenden Anträgen der Verfahrensparteien ordnet die Telekom-Control-Kommission eine Geltungsdauer der Zusammenschaltungsentgelte, dh eine Geltung der vorliegenden Anordnung bis 30.9.2003 an. Dem Antrag der Mobilkom wird somit gefolgt; dies aus folgenden Erwägungen:

Bezüglich der Laufzeit der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte trägt die Telekom-Control-Kommission – wie bereits in einer Vielzahl von Entscheidungen über die Höhe von verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelten (vgl zuletzt die Streitschlichtungsanordnung zu Z 11/02 vom 9.9.2002) – wiederum dem Umstand Rechnung, dass die für die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte maßgeblichen Umstände einer ständigen Veränderung unterworfen sind. Dieser zu erwartenden Veränderung kann dadurch Rechnung getragen werden, dass die von der Regulierungsbehörde festgelegten Entgelte befristet werden und dabei die Dauer der Befristung so festgelegt wird, dass eine bestmögliche Planungssicherheit für alle Beteiligten gegeben ist.

Als wesentlicher Grund für die konkrete Befristung vorliegender Anordnung bis 30.9.2003 ist zu nennen, dass bis 24.7.2003 der neue europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste in innerstaatliches Recht umzusetzen ist. Die materiellen Änderungen, die das „neue Telekommunikationsgesetz“ ab dem 25.7.2003 mit sich bringen wird, bedingen, dass die bisherige Regulierung einer Überprüfung unterzogen wird und womöglich andere Ansatzpunkte vorgesehen sind. Um diesen geänderten Umständen sinnvoll Rechnung tragen zu können, wurde für die Befristung der gegenständlichen Anordnung ein Zeitpunkt gewählt, der eine gewisse Zeit – etwa zwei Monate – nach dem geplanten bzw vorgegebenen Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen nationalen Rechtsgrundlagen liegt. Innerhalb dieser Frist können sich alle Marktteilnehmer – insbesondere Betreiber und Regulierungsbehörde – mit den allenfalls geänderten Umständen auseinander setzen und entsprechend den neuen rechtlichen Vorgaben agieren.

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass auch die Anordnungen betreffend Hutchison 3G Austria GmbH (Z 2/02 vom 6.5.2002) und Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (Z 1/02 vom 3.6.2002) bis 30.9.2003 befristet sind. Unter dem Blickwinkel der Ausführungen zum neuen Rechtsrahmen scheint es angemessen, die Entgelte aller Mobilbetreiber mit dem selben Zeitpunkt zu befristen.

Von einer weiter gehenden Regelung über eine Verhandlungspflicht über die Neugestaltung der Zusammenschaltungsentgelte ab 1.10.2003 – wie dies der bisherigen Regulierungspraxis an sich entspricht – wurde vor dem Hintergrund des neuen Rechtsrahmens abgesehen. Die Telekom-Control-Kommission geht jedoch davon aus, dass die Parteien rechtzeitig Verhandlungen über die Ausgestaltung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte für die Zeit ab dem 1.10.2003 aufnehmen werden und bis zum Wirksamwerden einer Nachfolgeregelung die mit vorliegender Anordnung festgesetzten Entgelte weiter anwenden. Jedenfalls soll sicher gestellt sein, dass eine etwaige Nichteinigung zwischen den Parteien hinsichtlich der Zusammenschaltungsentgelte zu keiner Beendigung des Zusammenschaltungsverhältnisses zwischen den Parteien führt.

7. Zum Antrag auf Verlegung der mündlichen Verhandlung

Mit Schriftsatz vom 21.3.2003 stellt Mobilkom einen Antrag auf Verlegung der mündlichen Verhandlung vom 31.3.2003 auf einen Zeitpunkt ab dem 3.4.2003 und bringt begründend im Wesentlichen vor, dass lediglich zwei Personen – DI Dr. Nemsic und Dr. Zuser – mit der Sachlage betraut wären und beide am 31.3.2003 „ortsabwesend“ wären. Im Rahmen der mündlichen Anhörung am 31.3.2003 hat Mobilkom um „nochmalige Anhörung“ ersucht.

Unter Bedachtnahme auf ökonomische Verfahrensführung iSd § 39 Abs 2 AVG sowie der Frist des § 41 Abs 3 TKG – sechs Wochen, die um vier Wochen erstreckt werden kann – hat die Telekom-Control-Kommission diesem Antrag nicht stattgegeben.

Bezugnehmend auf die ausführliche Begründung der Mobilkom für ihr Ersuchen um Verlegung wird jedoch festgehalten, dass Mobilkom mit vier amtsbekannten Mitarbeitern zur

mündlichen Verhandlung erschienen ist, die offensichtlich mit der Sachlage vertraut waren und somit die Interessen der Mobilkom vertreten konnten. Schon insofern kann das Vorbringen der Mobilkom, dass lediglich zwei Personen an einem Termin vor der Telekom-Control-Kommission teilnehmen könnten, nicht überzeugen. Da Mobilkom die Gelegenheit eingeräumt wurde, an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen und Mobilkom dieser Einladung gefolgt ist, sieht die Telekom-Control-Kommission keine Notwendigkeit, dem unbegründeten Ersuchen der Mobilkom um „*nochmalige Anhörung*“ Folge zu leisten, zumal für die Telekom-Control-Kommission nicht ersichtlich war, welche weiteren Beweismittel zur Sachverhaltsfeststellung durch Mobilkom vorgelegt hätten werden sollen. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass – entgegen dem ursprünglichen Vorbringen der Mobilkom – DI Dr. Nemsic in der Lage war, an der zweiten Hälfte der mündlichen Verhandlung – eine Anhörung auf Ersuchen der Mobilkom, die ohne Verfahrensgegnerin durchgeführt wurde – teilzunehmen.

Darüber hinaus ist begründend anzumerken, dass es prinzipiell Angelegenheit der antragstellenden Gesellschaft wäre, organisatorische Maßnahmen zu ergreifen - beispielsweise durch Nominierung von Stellvertretern -, durch die eine Einhaltung von Terminen ermöglicht wird. Das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission darf durch wenig nachvollziehbare Organisationsstrukturen bei Mobilkom nicht unnötig in die Länge gezogen werden.

Eine Verschiebung des gesetzten Termins war auch deswegen nicht möglich, weil zu den verfahrensgegenständlichen Themen mehrere Verfahren gemäß § 41 TKG anhängig sind, zu denen zum selben Termin mündliche Verhandlungen angesetzt wurden. Die Stattgebung dieses einen Antrages hätte bei einer Vielzahl von Gegenparteien zu weiteren terminlichen Verschiebungen und eventuellen weiteren terminbedingten Verlegungsersuchen geführt.

Zum Vorbringen der Mobilkom, dass ihr gemäß § 45 Abs 3 AVG ausreichend Gelegenheit zu geben ist, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen, darf festgehalten werden, dass die gesetzte Frist zur Übermittlung einer Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten erst am 7.4.2003, sohin eine Woche nach Abhaltung der mündlichen Verhandlung, geendet hat. Auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission verbleibt der antragstellenden Gesellschaft ausreichend Zeit, um zu den Gutachten Stellung zu nehmen, das zum einen lediglich aus wenigen Seiten besteht und vom grundsätzlichen Konzept der Mobilkom aus früheren Verfahren bekannt ist. Aus diesem Grund war dem Antrag der Mobilkom vom 7.4.2003 auf Erstreckung der Frist für die Übermittlung einer Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten nicht Folge zu leisten, zumal auch dieser Antrag im Rahmen einer Stellungnahme zum besagten Gutachten gestellt wurde; von einer Notwendigkeit nach einer längeren Frist kann somit nicht ausgegangen werden.

8. Zum Antrag der tele.ring auf Nicht-Stattgebung des Fristerstreckungsersuchens der Mobilkom

Mit Schreiben vom 13.1.2003 (ON 9) nimmt tele.ring zum Antrag der Mobilkom vom 8.1.2003 (ON 3) auf Erstreckung der Frist für die Einbringung einer Stellungnahme zum verfahrenseinleitenden Antrag Stellung und stellt den Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge den Fristerstreckungsantrag der Mobilkom abweisen. Begründend verweist tele.ring darauf, dass der Antrag der Mobilkom der Verfahrensverschleppung diene.

Die Telekom-Control-Kommission hat diesem Antrag der tele.ring keine Folge geleistet und dem Fristerstreckungsersuchen der Mobilkom antragsgemäß stattgegeben. Der zur Entscheidung berufenen Regulierungsbehörde ist die knappe gesetzliche Entscheidungsfrist durchaus bewusst, sie möchte aber gleichzeitig den Verfahrensparteien ausreichend Gelegenheit einräumen, zum verfahrenseinleitenden Antrag fundiert Stellung zu nehmen.

Darüber hinaus war auch darauf Bedacht zu nehmen, dass der verfahrenseinleitende Antrag der tele.ring am 23.12.2002 bei der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission eingelangt ist und durch weihnachts- bzw urlaubsbedingte Abwesenheit von Mitarbeitern bei Mobilkom die Einhaltung der gesetzten Frist zur Stellungnahme schwer möglich war.

9. Zur Nicht-Anordnung von Entgelten für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“

Die vorliegende Anordnung der Telekom-Control-Kommission zu den verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelten sieht vor, dass diese nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“ zur Anwendung gelangen, dh für diesen Trägerdienst wurde keine Entgelt-Festlegung vorgenommen. Die festgelegten Entgelte beziehen sich lediglich auf „POTS“ bzw. „ISDN Speech/3,1 kHz audio“.

Bereits in der Anordnung zu Z 2/02 vom 6.5.2002 hat die Telekom-Control-Kommission den Trägerdienst ISDN 64 kbit/s unrestricted vom Geltungsbereich der damaligen Zusammenschaltungs-Anordnung ausgenommen. Hintergrund dieser Entscheidung waren in erster Linie übereinstimmende Anträge der damaligen Verfahrensparteien Hutchison 3G Austria GmbH sowie Telekom Austria AG. Die Telekom-Control-Kommission hat jedoch in diesem Zusammenhang bereits klar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Ausführungen zu den insofern übereinstimmenden Anträgen teilt und dass *„aus heutiger Sicht noch nicht hinreichend klar ist, welche Geschäftsmodelle auf Basis dieses Trägerdienstes [64 kbit/s unrestricted] kreiert werden können und welche konkreten Auswirkungen diese haben können. Darüber wird es von der Telekom-Control-Kommission abgelehnt, Anordnungen zu treffen, für die – jedenfalls in nächster Zeit - in der Praxis keine Anwendungen (zwischen Mobil- und Festnetzen) zu finden sind.“*

Bei der Verwendung des Trägerdienstes 64 kbit/s unrestricted wird das Frequenzspektrum möglicherweise stärker als bei anderen Trägerdiensten belegt, wodurch sich höhere Kosten ergeben könnten. Insoweit wird es von der Telekom-Control-Kommission abgelehnt, die für die Trägerdienste „POTS“ bzw. „ISDN Speech/3,1 kHz audio“ festzulegenden Entgelte auch für einen gänzlich neuen Dienst zur Anwendung zu bringen. Eine Vermengung der Trägerdienste in Bezug auf die zur Verrechnung gelangenden Entgelte erscheint weder angemessen noch gerechtfertigt und hat somit zu unterbleiben.

Sollte eine der Anordnungsparteien den Trägerdienst 64 kbit/s unrestricted im Rahmen des wechselseitigen Zusammenschungsverhältnisses nutzen wollen, so steht es den Parteien frei, Verhandlungen über die diesbezüglichen Konditionen aufzunehmen.

10. Zur Nicht-Anordnung von Bestimmungen über die Anpassung der Endkumentarife

Mobilkom begehrt die Aufnahme einer neuen Bestimmung in den Anhang über die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte, der eine wechselseitige Verpflichtung zur Anpassung der (Festnetz-)Endkundenentgelte auf Grund von unterschiedlich hohen Terminierungsentgelten zu österreichischen Mobilfunkbetreibern vorsieht. Konkret lautet die von Mobilkom begehrte Bestimmung wie folgt:

„Jede Partei ist in ihrer Funktion als Festnetzbetreiber verpflichtet, allfällige, für sie zur Anwendung gelangende, Unterschiede in der Höhe der mobilen Terminierungsentgelte zu österreichischen Mobilfunkbetreibern in ihren (Festnetz-) Endkumentarifen abzubilden. Die Parteien verpflichten sich, etwaige Änderungen der für sie geltenden Mobilterminierungstarife ehestmöglich, längstens aber innerhalb von vier Wochen vorzunehmen. Besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber, ob etwaige Mobilterminierungsentgeltunterschiede ordentlich oder rechtzeitig in den Endkumentarifen

abgebildet wurden, so steht es jeder Partei frei, eine unverbindliche Streitschlichtungsempfehlung der RTR einzuholen. Die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs wird hierdurch weder gehemmt oder ausgeschlossen.“

Begründend verweist Mobilkom im Wesentlichen auf das im Auftrag von Mobilkom erstellte Gutachten von Dr. Ruhle, *„Endkundenentgelte von Verbindungsnetzbetreibern für Gespräche in Mobilfunknetze in Abhängigkeit von (regulierten) Mobilfunkterminierungsentgelten“*. Mobilkom erachtet es als *„schädlich, wenn feste Quellnetzbetreiber Senkungen der mobilen Terminierungsentgelte nicht in ihren Endkundentarifen abbilden“*. Dem mobilen Zielnetz sei es somit nicht möglich, die durch die Absenkung der Terminierungsentgelte entstandenen Umsatzeinbußen durch ein höheres Verkehrsaufkommen zu kompensieren.

Die Telekom-Control-Kommission hat von der Anordnung dieser Regelung Abstand genommen und folgt dem Antrag der Mobilkom somit nicht. Dies erfolgt insbesondere vor dem Hintergrund der einschlägigen telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen: Gemäß den Regelungen des § 18 TKG „Geschäftsbedingungen und Entgelte“ ist eine Genehmigung von (Endkunden-)Entgelten durch die Regulierungsbehörde lediglich bei jenen Anbietern von Diensten gesetzlich geboten, die über eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten der Sprachtelefonie über ein festes Netz und das Anbieten von Mietleitungen verfügen (Abs 6 leg cit). Eine Pflicht zur Genehmigung von (bestimmten) Entgelten ist für Anbieter, die über keine marktbeherrschende Stellung gemäß § 33 TKG verfügen, nicht vorgesehen; die Entgelte von nicht-marktbeherrschenden Anbietern sind der Regulierungsbehörde lediglich rechtzeitig vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen (§ 18 Abs 6 TKG).

Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass der Gesetzgeber die Entgelte von nicht-marktbeherrschenden Anbietern keiner Regulierung – Genehmigung durch die Telekom-Control-Kommission – unterworfen hat. Die von Mobilkom begehrte Verpflichtung für Festnetzbetreiber bzw Mobilbetreiber in ihrer Eigenschaft als Festnetzbetreiber entbehrt somit jeglicher rechtlichen Deckung und erscheint vor dem Hintergrund der asymmetrischen Regulierung, in deren Rahmen lediglich marktbeherrschenden Betreibern gemäß § 33 TKG bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden, unangemessen. Die insgesamt ausladenden Ausführungen der Mobilkom liefern selber die Begründung für die Nicht-Anordnung dieser Regelung: *„Hierzu sei festgehalten: Über die Höhe der Tarife aus dem Festnetz in Mobilnetze entscheiden die Festnetzbetreiber selber“* (Unterstreichung nicht im Original; vgl „Ergänzende Stellungnahme“ der Mobilkom vom 25.3.2003). In diesem Zusammenhang darf auch daran erinnert werden, dass Mobilkom nicht einmal den Versuch unternimmt, eine rechtliche Deckung für ihr Begehren zu finden.

Im Zusammenhang mit den Gutachten von Dr. Ruhle, auf die sich Mobilkom (auch) in diesem Zusammenhang stützt, darf festgehalten werden, dass die Telekom-Control-Kommission es begrüßt, dass die verfahrensgegenständlichen Themen auf einem hohen fachlichen Niveau sachlich diskutiert werden und Mobilkom einen konstruktiven Beitrag dazu leistet. Auf die Ausführungen von Dr. Ruhle soll in weiterer Folge näher eingegangen werden:

Wie ausgeführt, überlassen die telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen den – nach TKG – nicht marktbeherrschenden Betreibern, ihre Endkundentarife autonom zu setzen, ohne sie vorab oder im Nachhinein genehmigen zu müssen. Daher sind die Endkundenpreise auf den Telekommunikationsmärkten der festen und mobilen Sprachtelefonie dem Wettbewerb ausgesetzt: Abweichendes gilt für die als marktbeherrschend gemäß § 33 TKG festgestellte Telekom Austria AG. Im Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 16.12.2002 zu G 9/02 ist die Genehmigung der Entgeltbestimmungen unter der Auflage erfolgt, dass *„für Verbindungen zur Mobilzone hinsichtlich zukünftiger Änderungen bei den Terminierungsentgelten zur Mobilzone die*

Erlöse der Telekom Austria AG pro Gesprächsminute (exkl. USt und exkl. die an die Mobilfunkbetreiber zu entrichtenden Terminierungsentgelte) entsprechend den Verkehrsvolumina gemittelt über peak/off peak nicht mehr als 0,06 Euro“ betragen (so genannte „Mobile Retention“, vgl dazu bereits den Bescheid G 25/99 vom 20.12.1999).

Wenn Mobilkom nun jene dem Wettbewerb ausgesetzten Tarife untersucht und zur Schlussfolgerung gelangt, dass die Senkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte nicht weitergegeben werden, dann moniert sie, dass der Wettbewerbsdruck im Festnetz-Sprachtelefonie-Endkundemarkt nicht zu einer Weitergabe der Senkungen geführt hat. Grundsätzlich ist dem Denkansatz der Mobilkom zuzustimmen, da aus Festnetzen anrufende Teilnehmer bei Nicht-Weitergabe von Absenkungen der mobilen Terminierungsentgelte auch nicht entsprechend reagieren können, etwa über Ausweitung der Verkehrsmengen zu günstigeren Mobilfunkbetreibern oder über Beeinflussung der Betreiberwahl des mobilen Gesprächspartners. Auf Grund der genannten rechtlichen Bestimmungen wäre ein solcher – rechtlich nicht gedeckter – Eingriff auf Grund der zweifelhaften Auswirkung als überschießend, dh nicht angemessen, zu beurteilen, da er zu einer Tarifregulierung von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen führen würde. Überdies unterstellt Mobilkom mit der Folgerung, dass Senkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte nicht weiter gegeben werden, die Annahme, dass die Endkundertarife hauptsächlich von der Höhe der Terminierungsentgelte abhängen und dass Tariftransparenz, Vermarktbarkeit von Tarifen, Bündelung von Tarifen und andere Faktoren der Preissetzung keine Rolle spielen. In Anbetracht der Mobiltarife im eigenen Netz (so genannte „on-net“-Tarife) und der jüngeren Tarifentwicklung, in der die Endkundenpreise teilweise unter den Terminierungsentgelten liegen (Angebot der Mobilkom: „15 Cent in alle Netze“, www.a1.net), wird deutlich, dass Preissetzungen im Endkundenbereich – zumindest kurzfristig – nicht notwendigerweise mit der Entwicklung der Kosten einhergehen. Dr. Ruhle gesteht in seinem Gutachten auf S.33 sogar ein, dass „on-net“ - Tarife im Mobilnetz zur Kundenbindung dienen und dass eine solche Tarifpolitik auch im Festnetz zu beobachten ist. Die Feststellung, dass Entgelte in andere Mobilnetze zu besonders günstigen Konditionen aus dem eigenen Mobilnetz anzubieten, keinen Sinn mache, widerspricht den jüngsten Tarifentwicklungen am österreichischen Mobilfunkmarkt. Es ist somit festzuhalten, dass neben der Höhe des Terminierungsentgeltes auch gänzlich andere Faktoren für die autonome Preissetzung eine Rolle spielen.

Die Ausführungen von Dr. Ruhle über die Nichtweitergabe von Senkungen seitens der Verbindungsnetzbetreiber tangiert insofern nur einen Teil der Terminierungsminuten in das Netz der Mobilkom, als nach den der Telekom-Control-Kommission vorliegenden, im Zuge der Verfahren Z 28/02, Z 29/02, Z 30/02 sowie Z 2/03 angeforderten Daten für das Jahr 2002 27,9% von Telekom Austria AG, 39,57% von den Mobilbetreibern und 32,53% von Verbindungsnetzbetreibern der Mobilkom zur Terminierung übergeben werden. Die Endkundertarife jener etwa 28% der Telekom Austria AG werden durch die Genehmigungspflicht und die Anordnung einer „Mobile Retention“ an die Terminierungsentgelte direkt gekoppelt. Die weiteren knapp 40% an Verkehrsaufkommen werden von den Mobilbetreibern erbracht, denen Dr. Ruhle auch Entgelte unter den Terminierungsentgelten zugesteht, weil ein wiederkehrendes Grundentgelt zur Deckung der gesamten für den Kunden entstehenden Kosten gezahlt wird (S.36). Fraglich ist in diesem Fall wie Minutenkosten mit einer Entgeltpauschale zu vereinbaren sind. Außerdem sind die Mobilbetreiber insofern nicht im gleichen Ausmaß wie die Verbindungsnetzbetreiber betroffen, als dass sie selbst in ihrem Mobilnetz Verkehr terminieren und dafür Entgelte erhalten.

Es bleibt somit das letzte Drittel jener Verbindungsnetzbetreiber, die laut Gutachten von Dr. Ruhle die Terminierungsentgelte unzureichend weitergeben. Kurzfristig mag die Behauptung stimmen, dass Änderungen in den Terminierungsentgelten sich nicht unmittelbar auf die Endkundertarife niederschlagen, weil andere Faktoren – wie ausgeführt – in der

Preisfestsetzung eine Rolle spielen. Doch langfristig werden – vorausgesetzt der Wettbewerb am Endkundenmarkt unter den Verbindungsnetzbetreibern funktioniert effektiv – signifikante Änderungen von Terminierungsentgelten sich auch in den Endkundentarifen wiederfinden, wenn die Endkundennachfrage keinen wesentlichen Wechselbarrieren ausgesetzt ist und der Markt für den Endkunden transparent bleibt.

In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass derzeit UTA Telekom AG im österreichischen Fernsehen damit Werbung macht, dass ihre Endkundentarife für Gespräche in das Mobilnetz der T-Mobile Austria GmbH günstiger sind, als jene der Telekom Austria AG. Weiters ergibt sich aus den der Regulierungsbehörde gemäß § 18 TKG angezeigten Tarifen der Festnetzbetreiber, dass beispielsweise der Verbindungsnetzbetreiber Tele2 Telecommunication Services GmbH ihre Endkundentarife zu Mobilkom im Zeitraum März bis Juni 2000 um Cent 7,26 gesenkt hat. Dieser Zeitraum entspricht jenem, zu dem das Terminierungsentgelt für Mobilkom (im Verhältnis zu UTA) von Cent 15,9 über Cent 14,5 auf Cent 13,8 gesenkt wurde (vgl Z 8/99 vom 11.11.1999). Während somit die Absenkung des Terminierungsentgeltes um Cent 2,1 erfolgte, hat Tele2 eine weitaus größere Senkung ihrer Endkundentarife zu Mobilkom – nämlich in Höhe von Cent 7,26 – vorgenommen. Ähnlich verhält sich diese Situation zu Gesprächen zu T-Mobile Austria GmbH: Derselbe Verbindungsnetzbetreiber hat im Winter 2000/2001 seine Endkundenentgelte zur T-Mobile Austria GmbH um ebenfalls Cent 7,26 gesenkt; kurz zuvor wurde das Entgelt der T-Mobile Austria GmbH (im Verhältnis zur Telekom Austria AG, vgl Z 4/00 vom 31.7.2000) um etwa Cent 2,1 gesenkt. Es zeigt sich somit, dass Senkungen der Endkundenentgelte in Abhängigkeit von Senkungen der Terminierungsentgelte vorgenommen werden bzw die endkundenseitigen Senkungen viel stärker ausfallen (können) als die der Vorleistungspreise.

11. Zum Antrag der Mobilkom auf kurzfristige Überprüfung der Ergebnisse des Marktbeherrschungsverfahrens M 1/02

In dem am 29.1.2003 übermittelten Schriftsatz beantragt Mobilkom, die „*Telekom-Control-Kommission möge kurzfristig eine Überprüfung der Ergebnisse des Marktbeherrschungsverfahrens M 1/02 anhand aktualisierter Marktdaten (insbesondere Verkehrswerte und Höhe der Interconnectionentgelte) durchführen*“, da Mobilkom den Verdacht hegt, dass T-Mobile Austria GmbH einen höheren – wahrscheinlich die 25%-Vermutungsschwelle des § 33 Abs 2 TKG übersteigenden – Anteil am nationalen Zusammenschaltungsmarkt hätte.

Die Telekom-Control-Kommission geht im Zusammenhang mit diesem Antrag der Mobilkom davon aus, dass Mobilkom ein redaktioneller Fehler unterlaufen ist, da die vermeintliche Gegenpartei – T-Mobile Austria GmbH – nicht Partei iSd § 8 AVG des vorliegenden Verfahrens Z 28/02 ist. Lediglich in dem zeitlich parallel laufenden Verfahren Z 2/03 vor der Telekom-Control-Kommission stehen sich die Parteien Mobilkom und T-Mobile Austria GmbH gegenüber.

Unabhängig von diesem Antrag sei in Erinnerung gerufen, dass die Telekom-Control-Kommission die Frage der marktbeherrschenden Stellung gemäß § 33 TKG als Vorfrage im Rahmen dieses Verfahrens behandelt hat und dabei zum Ergebnis gelangt ist, dass keine der Verfahrensparteien über eine marktbeherrschende Stellung gemäß TKG verfügt. Auf die einschlägigen Kapitel sei an dieser Stelle verwiesen.

12. Zu den Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen

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.

Gemäß § 76 Abs 3 AVG „sind die Auslagen auf die einzelnen Beteiligten angemessen zu verteilen“, wenn die Voraussetzungen der vorangehenden Absätze auf mehrere Beteiligte zutreffen.

Zur konkreten Aufteilung der Kosten hat die Regulierungsbehörde wie folgt erwogen:

Vor der Telekom-Control-Kommission wurden in etwa zeitgleich vier Anträge gemäß § 41 Abs 2 TKG eingebracht, die im Wesentlichen die Neufestsetzung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte der Mobilkom Austria AG & Co KG sowie der T-Mobile Austria GmbH zum Inhalt hatten: Im Verfahren zu Z 28/02 hat tele.ring Telekom Service GmbH einen Antrag gegen Mobilkom eingebracht; im Verfahren zu Z 29/02 wurde ein Antrag gegen Mobilkom von UTA Telekom AG übermittelt. Im Verfahren Z 30/02 hat tele.ring wiederum einen Antrag gegenüber T-Mobile Austria GmbH gestellt und im Verfahren Z 2/03 wurde von Mobilkom ein Verfahren gegen T-Mobile angestrengt.

Für die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes war die Einholung umfassender Gutachten notwendig; in diesem Zusammenhang wurden Univ.-Prof. Dr. Dockner sowie Univ.-Prof. Dr. Zechner zu nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und beauftragt, die Kapitalkosten der Mobilkom sowie der T-Mobile Austria unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für mobile Sprachtelefonie im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen zu erheben.

Die beiden Gutachten haben jeweils in mehrere Verfahren Eingang gefunden: So wurde das Gutachten betreffend die Kapitalkosten der Mobilkom in den Verfahren Z 28/02, Z 29/02 sowie Z 2/03 herangezogen, während das andere Gutachten betreffend T-Mobile in den Verfahren zu Z 30/02 und Z 2/03 Verwendung fand.

In diesem Fall erscheint der Telekom-Control-Kommission eine Aufteilung der Kosten für die nichtamtlichen Sachverständigen anteilig auf alle antragstellenden Gesellschaften – sohin tele.ring, UTA und Mobilkom – abhängig von den Verfahren sowie von den herangezogenen Gutachten als die angemessenste Lösung, zumal die einzelnen Antragssteller davon profitieren sollen, dass mehrere Verfahren zeitgleich geführt wurden und die Erstellung der gegenständlichen Gutachten auch in anderen Verfahren von der Telekom-Control-Kommission beauftragt wurde.

Daraus folgt nun, dass die Antragstellerin im Verfahren Z 28/02 – tele.ring – ein Drittel der Kosten des Gutachtens betreffend Mobilkom (der Verfahrensgegnerin) zu bezahlen hat. Das Drittel gründet auf der Tatsache, dass die Erstellung dieses Gutachtens in insgesamt drei Verfahren von der Telekom-Control-Kommission – Z 28/02, Z 29/02 und Z 2/03 – beauftragt wurde.

Im Verfahren Z 29/02 hat die antragstellende Gesellschaft UTA Telekom AG ein weiteres Drittel des Mobilkom-Gutachtens zu tragen.

tele.ring hat als Antragstellerin im Verfahren Z 30/02 die Hälfte der Kosten des Gutachtens der nichtamtlichen Sachverständigen betreffend T-Mobile Austria GmbH, der Antragsgegnerin, zu begleichen. Diese Kostentragung gründet auf der Tatsache, dass auch im Verfahren Z 2/03 die Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes der T-Mobile bei Univ.-Prof. Dr. Dockner sowie Univ.-Prof. Dr. Zechner in Auftrag gegeben wurde.

Im letzter Konsequenz hat nun Mobilkom, die Antragstellerin im Verfahren Z 2/03, das letzte Drittel der Kosten des Gutachtens betreffend Mobilkom sowie die zweite Hälfte der Kosten des T-Mobile-Gutachtens 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 für das Spezialgebiet der Ermittlung eines Kapitalkostenzinssatzes 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 GebG 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 10.4.2003 einen Gebührenanspruch in der Höhe von € 8.400,- inkl. 20% USt je Gutachten, sohin insgesamt € 16.800,- inkl. USt für beide Gutachten, 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.

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 € 180,- 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 14.4.2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann