

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Telekom Austria AG, Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG betreffend das Zusammenschungsverhältnis mit der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, 1210 Wien, Brünner Straße 52, in der Sitzung vom 3.6.2002 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 41 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr. 100/1997 idF BGBl I Nr. 32/2002 (im Folgenden „TKG“) wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Telekom Austria AG (in weiterer Folge Telekom Austria) mit dem öffentlichen mobilen Telekommunikationsnetz der Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (in weiterer Folge Connect) Folgendes angeordnet:

A. Zusammenschaltungsanordnung

1. Zusammenschaltungsentgelte

Die Entgelte für Mobilterminierung und Mobiloriginierung (V25 und V26) für den Zeitraum von 1.1.2002 bis 30.9.2003 werden wie folgt festgelegt:

Kurzbez.	Bezeichnung Verkehrsart/ Verkehrsrichtung	Flat (€/100)
V 25	Terminierung im Mobilnetz der Connect TA → Connect Mobilnetz Terminierung vom Netz der Telekom Austria in das Mobilnetz der Connect	13,8
V 26	Zugang Dienst (Connect) Mobilnetz der Connect -> TA (Dienst) Zugang aus dem Mobilnetz der Connect zu Diensterufnummern im Netz der TA	13,2

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

(...)

B. Beweiswürdigung

(...)

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 41 Abs 2 TKG können Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die eine Zusammenschlungsvereinbarung mit anderen öffentlichen Telekommunikationsnetzbetreibern anstreben, unter der Voraussetzung der Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschlungsleistung und nach Ablauf einer erfolglosen sechswöchigen Verhandlungsdauer über diese Zusammenschlungsleistung die Regulierungsbehörde anrufen. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der die Zusammenschaltung für die bestimmte Zusammenschlungsleistung angeordnet wird, ersetzt die zu treffende Vereinbarung (§ 41 Abs 3 TKG).

Gemäß der eindeutigen Zuständigkeitsregelung des § 111 Z 6 TKG ist die Telekom-Control-Kommission für die *"Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41"* zuständig.

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 zustande kommt. 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, weswegen eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung der Bestimmungen über die Zusammenschaltung ergibt, dass die Verhandlungen mit der notwendigen Ernsthaftigkeit zu führen sind.

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 zustande gekommen 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.

Am 31.8.2001 wurde der Connect von der Telekom Austria der Entwurf eines Mobilzusammenschaltungsvertrages übermittelt. In diesem Vertragsentwurf wurden von der Telekom Austria Entgelte in Höhe von Eurocent 12,49 angeboten. Am 24.10.2001 wurde im Zuge einer Verhandlungsrunde vereinbart, dass hinsichtlich der Entgelte die Entscheidung der Regulierungsbehörde in den Verfahren Z 14, 15/01 abgewartet werden solle. Am 11.12.2001 wurde, nachdem am 5.11.2001 die Entscheidung der Regulierungsbehörde erfolgt ist, die Frage der Entgelte wiederum erörtert. Nachdem keine Einigung zustande gekommen ist, erfolgte durch die Telekom Austria am 9.1.2002 die Anrufung der Regulierungsbehörde.

Es besteht kein Zweifel, dass - mehr als sechs Wochen vor Antragstellung – über neue Zusammenschaltungsentgelte verhandelt wurde bzw. die entsprechende Nachfrage gestellt wurde.

Ein Abbruch der Verhandlungen am 24.10.2001 und ein vollständiger Neubeginn am 11.12.2001, wie dies von Connect behauptet wurde, ist nicht erfolgt.

2.2. Betreiberstatus

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

2.3. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

Die Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Bedingungen für die Zusammenschaltung besteht jedoch nicht, wenn und solange eine entsprechende zivilrechtliche Vereinbarung oder eine Anordnung zwischen den Parteien besteht.

Im gegenständlichen Fall liegt hinsichtlich der beantragten Zusammenschaltungsentgelte keine aufrechte schriftliche Vereinbarung vor.

3. Schlussfolgerung

Sämtliche Antragsvoraussetzungen sind gegeben. So handelt es sich bei den nachgefragten Leistungen um Zusammenschaltungsleistungen. Weiters haben Telekom Austria und Connect als Betreiber des öffentlichen Sprachtelefondienstes über ein festes und mobiles Netz, die Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbieten, nach einer Zusammenschaltung ihrer festen und mobilen Telekommunikationsnetze nachgefragt. Eine Vereinbarung darüber ist binnen sechs Wochen ab Einlangen der Nachfrage nicht zustande gekommen.

Die Anrufung der Telekom-Control-Kommission als Regulierungsbehörde gemäß § 111 Z 6 TKG auf Erlass einer Anordnung gemäß § 41 Abs 2 und 3 TKG ist demnach zulässig.

4. Marktbeherrschung im Sinne des § 33 TKG

Das zuletzt von der Telekom-Control-Kommission durchgeführte Verfahren M 1/01 zur Feststellung der marktbeherrschenden Unternehmen auf den österreichischen Telekommunikationsmärkten führte hinsichtlich des nationalen Zusammenschaltungsmarktes zu dem Ergebnis, dass abgesehen von der Telekom Austria AG (vgl. Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 1/01-112 vom 18.06.2001) keine weiteren Unternehmen auf diesem Markt als marktbeherrschend festgestellt wurden.

5. Zur Vorgangsweise bei der Festlegung der einzelnen Vertragspflichten

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

Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 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 (vgl. auch den Beschluss des VfGH vom 26.2.2001, B 1487/00-13, in welchem ausgeführt wird, dass durch § 41 Abs 3 TKG die belangte Behörde – final determiniert durch die Regulierungsziele des TKG – in schiedsrichterlich-regulatorischer Funktion berufen wird, eine vertragliche Übereinkunft zu substituieren und dabei Zusammenschaltungsentgelte festzulegen, mit denen der jeweiligen effektiven Marktposition eines Anbieters in sachlich gerechtfertigter Weise Rechnung getragen wird).

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, 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.

6. Zur Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte

6.1. 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 Marktbeherrscher auf dem Festnetz-, Sprachtelefonie- und Mietleitungsmarkt sowie für Mobiltelefonieanbieter, die auf dem Zusammenschaltungsmarkt marktbeherrschend sind. Für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte zwischen Erbringern eines öffentlichen 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.

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 (§§ 1 und 32 TKG), eine möglichst getreue Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durchzuführen – entsprechend den Richtlinien der Europäischen Union auszufüllen ist.

6.2. Zur Höhe der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte

Da nun mangels marktbeherrschender Stellung des Zusammenschaltungspartners der Telekom Austria iSd § 33 TKG kein kostenorientiertes Zusammenschaltungsentgelt iSd § 41 Abs 3 TKG iVm §§ 8, 9 ZVO festzulegen ist, sind andere Rechtsgrundlagen einschlägig.

6.2.1. Zum Begriff des „Angemessenen Entgelts“

6.2.1.1. Der Begriff des „angemessenen Entgelts“ nach dem ABGB

Die Telekom-Control-Kommission geht bei der Bemessung des Zusammenschaltungsentgelts zunächst von dem sich aus § 1152 ABGB ergebenden Grundsatz aus, wonach in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien ein Entgelt in angemessener Höhe als vereinbart gilt. 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.

Das Studium obiger Grundsätze sowie der höchstgerichtlichen Judikatur lässt jedoch keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung eines angemessenen Entgelts für die Mobilzusammenschaltung zu: Ein Tarifsystem – in welcher Ausgestaltung auch immer -, das für die Festlegung der Terminierungs- und Originierungsentgelte in ein mobiles Telekommunikationsnetz herangezogen werden könnte, existiert für den nationalen Zusammenschaltungsmarkt nicht. Der Verweis auf „jenes Entgelt, das sich unter

Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt,“ kann somit nicht herangezogen werden, da jene Zusammenschaltungsentgelte, die derzeit in der Zusammenschaltung mit Mobilnetzbetreibern zur Anwendung gelangen, sich auf hoheitliche Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gründen.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2.2. Instrumente zur Bestimmung angemessener Zusammenschaltungsentgelte

Zur Festlegung des Entgelts bieten sich folgende Konzepte an:

6.2.2.1. 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 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 Verkehrsmengen, die Teilnehmerzahlen und sonstigen Wettbewerbsverhältnisse höchst unterschiedlich. Viele internationale Vergleichsdaten entstanden nicht aus einer regulatorischen Betrachtung und einer geprüften Kostenrechnung, sondern folgen in vielen Fällen der Festsetzung durch die Mobilnetzbetreiber. In vielen EU-Ländern wächst das Problembewusstsein der hohen Diskrepanz zwischen den Mobilfunk- und Festnetzzusammenschaltungsentgelten, sodass in naher Zukunft verstärkt mit regulatorischen Eingriffen zu rechnen sein wird bzw solche Entscheidungen bereits getroffen wurden (Großbritannien 26.9.2001). Einzig auf Grund eines einfachen internationalen Vergleichs kann daher die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte nicht erfolgen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission in ihrer Empfehlung vom 22.2.2002 zur Änderung der Empfehlung 98/195/EG der Kommission vom 8.1.1998, zuletzt geändert durch die Empfehlung 2000/263/EG vom 20.3.2000, zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte) (K(2002) 561 endg.) zum Ausdruck gebracht, dass sie es als nicht mehr notwendig erachtet, sich auf die aktualisierten Preise gemäß der ursprünglich in der Empfehlung 98/195/EG genannten „besten gegenwärtigen Praxis“ zu beziehen.

Daraus soll jedoch nicht geschlossen werden, dass es in einzelnen Fragen der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetz nicht hilfreich oder zweckmäßig ist, auf die Erfahrungen anderer Länder bzw anderer Regulierungsbehörden zurückzugreifen; nicht zuletzt deshalb, um die von der Telekom-Control-Kommission angestellten Überlegungen einer Plausibilitätskontrolle unterziehen zu können. Die in anderen Ländern gewonnenen

Erkenntnisse sowie Methoden der anderen Regulierungsbehörden zur Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten können aus Sicht der Telekom-Control-Kommission als Anhaltspunkt für bestimmte Methoden dienen. Aufgrund des insoweit einheitlichen europäischen Rechtsrahmens sind gewisse Parallelitäten in allen Ländern der europäischen Union zu finden, zumal auch in diesen Ländern bedingt durch den mit 1.1.1998 komplettierten Liberalisierungsprozess vergleichbare Marktsituationen vorliegen.

6.2.2.2. „Retail Minus“

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

Nach dem Dafürhalten der zur Entscheidung berufenen Regulierungsbehörde ist dieser Ansatz nicht zur Ermittlung von Kosten für Zusammenschaltungsleistungen geeignet, sondern allenfalls eine der Möglichkeiten für die Ermittlung von Entgelten für Leistungen im Rahmen von nationalem Roaming oder für Serviceprovider (insbesondere Airtime-Reseller).

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

6.2.2.3. Zur Heranziehung des Zweckes und der Regulierungsziele des TKG

Bei der Entscheidungsfindung ist ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 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 als Ziel der Regulierung anzusehen. § 32 TKG überträgt der Regulierungsbehörde die Wahrung spezifischer Regulierungsziele. Durch die im Gesetz angeführten Maßnahmen der Regulierung, wie insbesondere auch durch die Entscheidung in Fragen der Zusammenschaltung gemäß § 38 und § 41 TKG hat die Regulierungsbehörde u.a. einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern, sowie die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzugangs gemäß ONP sicherzustellen.

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

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

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

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

6.3. Zur Angemessenheit im Konkreten

Für die Connect wurden - in Anwendung des Ermessensspielraumes und unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit - für die Terminierung vom Netz der Telekom Austria ins mobile Netz der Connect sowie für die Originierung vom mobilen Netz der Connect in das Netz der Telekom Austria für den Geltungszeitraum von 1.1.2002 bis 30.9.2003 Entgelte für Terminierung in der Höhe von Eurocent 13,8 und für Originierung in Höhe von Eurocent 13,2 festgelegt. Dies aus folgenden Erwägungen:

In den mit Bescheiden vom 5.11.2001 abgeschlossenen Verfahren betreffend die Festlegung der Mobilterminierungs- bzw. originierungsentgelte für Mobilkom (Z 5, 7/01 und Z 8/01) und T-Mobile (Z 14, 15/01) wurden als Basis der Entscheidung die Ergebnisse der jeweiligen wirtschaftlichen Gutachten herangezogen.

Im gegenständlichen Verfahren wurde von der Telekom-Control-Kommission ebenfalls ein Gutachtensauftrag erteilt. Die Gutachter wurden beauftragt, die Grundlagen zur Festlegung angemessener mobiler Zusammenschaltungsentgelte zwischen den Verfahrensparteien zu untersuchen. Dabei sollten insbesondere die Kosten für mobile Zusammenschaltung (Originierung, Terminierung) auf Basis von Vollkosten berechnet werden.

Unter Anwendung der Berechnungsmethode K 1, die bereits in den Entscheidungen in den Verfahren Z 14, 15/01 bzw. Z 5, 7 und 8/01 der Entgeltfestsetzung zugrundegelegt wurde, ergeben sich für Connect Kosten in Höhe von Eurocent 13,90 für die Terminierung und Eurocent 12,05 für die Originierung auf Basis der Daten des Jahres 2001 und unter Berücksichtigung eines Kapitalkostenzinssatzes von 13,16 %. Bei Zugrundelegung des Kapitalkostenzinssatzes von 9,98% beträgt der Wert für Terminierung Eurocent 13,42 und für Originierung Eurocent 11,66. Berücksichtigt man die Verkehrsmengen- und Kostenentwicklung für das Jahr 2002, ergibt sich für die Terminierung ein Wert von Eurocent 13,11 und für die Originierung ein Wert von Eurocent 11,42 (unter Zugrundelegung des Kapitalkostenzinssatzes von 13,16%) sowie Eurocent 12,71 für Terminierung und Eurocent 11,08 für Originierung (unter Annahme eines Kapitalkostenzinssatzes von 10%).

Die konkrete Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte für Connect basiert auf der Überlegung, dass Connect innerhalb des nationalen „Benchmarks“, das eine Bandbreite von Eurocent 11,25 (Terminierung an Mobilkom, Verfahren Z 5/01, Z 7/01, Z 8/01) bis Eurocent 19,62 (Terminierung an tele.ring, Verfahren Z 30/01) eröffnet, gemeinsam mit T-Mobile an zweiter Stelle zu reihen ist: Ein Vergleich der Unternehmen Mobilkom, T-Mobile und Connect – basierend auf amtsbekannten Daten des Jahres 2000 – verdeutlicht die Unterschiede zwischen den Positionen der drei Unternehmen: Ende des Jahres 2000 verfügte Mobilkom auf dem Zusammenschaltungsmarkt über einen Marktanteil zwischen 20 und 25%, T-Mobile über einen Anteil zwischen 15 und 20% und Connect über einen Anteil unter 15%.

Eine Gleichbehandlung von Connect mit T-Mobile scheint deshalb gerechtfertigt, da ein Unterschreiten jener Entgelte, die für T-Mobile aufgrund der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 5.11.2001 (Z 14, 15/01) zur Anwendung kommen, aus Sicht der Telekom-Control-Kommission aufgrund der Marktpositionen der Betreiber nicht gerechtfertigt scheint.

Ebenso konnte aber dem Antrag der Connect auf Festlegung der Entgelte in Höhe von Eurocent 16 nicht gefolgt werden. 2001 war eine konstante Steigerung des Marktanteiles von Connect zu beobachten. Auch aufgrund der von Connect vorgelegten Planverkehrsmengenentwicklung für 2002 ergibt sich, dass weiterhin von deutlichen Steigerungen vor allem im Verhältnis zu T-Mobile ausgegangen werden kann. Die Festlegung eines höheren als für T-Mobile zur Anwendung kommenden Wertes ist aufgrund der zu erwartenden Angleichung der Marktpositionen, noch dazu für einen Zeitraum bis 30.9.2003, aufgrund der vorliegenden Daten, insbesondere der Planverkehrsmengen für 2002, nicht vorzunehmen.

Darüber hinaus wurden für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte folgende Überlegungen berücksichtigt:

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

Diese als zusammenschaltungsrelevant identifizierten Aufwendungen bewirken, dass die Anzahl der Mobilkunden steigt und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunimmt. Dadurch entsteht ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten ist. Hinsichtlich des Umfanges der berücksichtigten externen Effekte erfolgte dies, wie bereits ausgeführt, unter Berücksichtigung der Marktgegebenheiten und auch der Dauer der gegenständlichen Anordnung. Eine Berücksichtigung im vollen Umfang für die Dauer der Anordnungszeit scheint aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht gerechtfertigt.

Für die Leistung der Originierung wurde unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit ein Entgelt angeordnet, das in der Höhe von Eurocent 13,2 zu liegen kommt. Die Differenz zur Höhe des Terminierungsentgelts basiert auf den Berechnungen der wirtschaftlichen Gutachter: In allen Ergebnissen der Varianten auf Basis der Vollkostenrechnung (K1 bis K3) liegt das Originierungsentgelt eindeutig unter demjenigen für die Terminierung, weswegen auch das Zusammenschaltungsentgelt für die Leistung Originierung unter dem für die Terminierung festgelegt wurde. Die Differenz zwischen dem Terminierungs- und dem Originierungsentgelt entspricht im Wesentlichen den bisherigen Gegebenheiten, denen zu Folge das Originierungsentgelt um etwa Eurocent 0,65 unter dem Zusammenschaltungsentgelt für die Terminierung zu liegen gekommen ist.

7. Zur Laufzeit der Entgelte für Mobilterminierung- und -originierung

Die verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen treten rückwirkend mit 1.1.2002 in Kraft. Dieser Zeitpunkt ergibt sich aus den diesbezüglich übereinstimmenden Anträgen der Verfahrensparteien.

Bezüglich eines Endes der Laufzeit der Entgelte für Mobilterminierung und -originierung begehrt Telekom Austria in ihrem Antrag, die Entgelte von 1.1.2002 bis 31.3.2002 mit Eurocent 12,40 und von 1.4.2002 bis 31.12.2002 mit Eurocent 11,25 festzulegen.

Connect beehrte in ihrer Stellungnahme zum Gutachten vom 8.5.2002 die Festlegung der Entgelte in Höhe von Eurocent 16 bis 31.7.2002. Mit Schriftsatz vom 16.5.2002 wurde schließlich die Anordnung der Entgelte in Höhe von Eurocent 16 bis 30.9.2003 beantragt.

Ausgehend von den divergierenden Anträgen der Verfahrensparteien ordnet die Telekom-Control-Kommission eine Geltungsdauer der Zusammenschaltungsentgelte bis 30.9.2003 aus folgenden Erwägungen an:

Wie sich aus den Ausführungen zur Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Konkreten ergibt, liegen die Voraussetzungen für eine Senkung der Entgelte für Terminierung und Originierung im Netz von Connect derzeit noch nicht vor. Aufgrund der vorliegenden Daten ergibt sich für die Telekom-Control-Kommission, dass unter Berücksichtigung der Verkehrsmengenentwicklung für das Jahr 2002 sich für die Terminierung ein Wert von Eurocent 13,11 und für die Originierung ein Wert von Eurocent 11,42 (unter Zugrundelegung eines Kapitalkostenzinssatzes von 13,16%) ergibt. Diese Werte verringern sich auf Eurocent 12,71 für Terminierung und Eurocent 11,08 für Originierung bei Zugrundelegung des Kapitalkostenzinssatzes von 10%. Unter Berücksichtigung von externen Effekten, die in die Festlegung der Entgelte eingeflossen sind scheint eine Anordnung der Entgelte für die von der Telekom Austria beantragte Dauer daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht zielführend. Die Telekom-Control-Kommission geht vielmehr davon aus, dass eine neuerliche Überprüfung der nunmehr festgelegten Entgelte unter Berücksichtigung der Verkehrsmengen- und Kostenentwicklung nicht vor Ende September 2003 angemessen erscheint. Daher erfolgte eine Anordnung der Geltung der Entgelte, wie auch von Connect Austria beantragt, bis 30.9.2003.

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 an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von EUR 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.

Über die Kostentragung betreffend die Gebühren der nichtamtlichen Sachverständigen o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner wird in einem gesonderten Bescheid abgesprochen werden.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 3.6.2002

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann