

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Dipl.-Ing. Peter Knezu als weitere Mitglieder über Antrag der UPC Telekabel Wien GmbH, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003 gegenüber Mobilkom Austria AG & Co KG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, nach Durchführung von Verfahren gemäß §§ 121 Abs. 2, 128, 129 TKG 2003 in der Sitzung vom 19.12.2005 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

A. Spruchpunkt 1

Gemäß §§ 41 Abs. 2 Z 9, 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr. 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“), iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15a/03-30 wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der UPC Telekabel Wien GmbH (im Folgenden „UPC“ oder „Telekabel“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der Mobilkom Austria AG & Co KG (im Folgenden „Mobilkom“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 des zwischen UPC Telekabel und Mobilkom bestehenden Zusammenschaltungsvertrages vom 18.12.2001 (idFv 2.9.2003) lautet ab 1.8.2005 wie in den nachfolgenden Punkten 1. bis 4. dargestellt:

Die nachstehenden Regelungen sind – in Abweichung von Punkt „1. Zusammenschaltungsentgelte“ – befristet mit einer für Mobilkom erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung:

Anhang 6

1. Zusammenschaltungsentgelte

Beträge in Eurocent (€c) pro Minute, exkl. USt

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute (peak und off-peak) in €c
V 25MK	Terminierung im Mobilnetz der Mobilkom UPC Telekabel → Mobilnetz der Mobilkom Terminierung vom Netz der UPC Telekabel in das Mobilnetz der Mobilkom	1.8.2005 – 31.10.2005: 10,86
		1.11.2005 – 31.12.2005: 10,34
		1.1.2006 – 30.6.2006: 9,34
		1.7.2006 – 31.12.2006: 8,34

Sofern die Parteien auch nach dem Erlass einer für Mobilkom erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung weiterhin die verfahrensgegenständliche Zusammenschaltungsbeziehung fortsetzen wollen, wengleich unter anderen Bedingungen, wenden sie vorläufig

- bis 31.12.2006 die oben dargestellten Zusammenschaltungsentgelte an, und wenden vorläufig
- ab 1.1.2007 jeweils das zuletzt bis 31.12.2006 angeordnete Entgelt, jedoch reduziert um jeweils Cent 1 und in weiterer Folge alle sechs Monate, sohin ab 1.7.2007, 1.1.2008, 1.7.2008 und 31.12.2008 das jeweils zuletzt verrechnete Entgelt, jeweils reduziert um Cent 1, an, bis ein Wert in der Höhe von Cent 6,79 erreicht wird.

Diese Entgelte werden vorläufig weiter angewandt, bis eine Vereinbarung getroffen wird oder ein rechtskräftiger Spruch der Regulierungsbehörde vorliegt.

2. Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeit- und verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf Grundlage einer sekundengenauen Abrechnung der zustandegekommenen Verbindung.

3. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der wechselseitigen Entgelte erfolgt im Weg der direkten Abrechnung zwischen den Parteien entsprechend dem allgemeinen Teil des Vertrages über die gegenseitige Verkehrsabwicklung.

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

Im Fall 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 Clearingentgelte (bzw. allfällige gleichwertige Entgelte) ausschließlich der Dienstenetzbetreiber an die TA zu leisten.

4. 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.

B. Spruchpunkt 2

Der Antrag der Mobilkom gemäß § 42 TKG 2003 auf „Feststellung der Orientierung der Mobilterminierungsentgelte der mobilkom austria AG & Co KG an ihren Kosten“ wird gemäß §§ 41, 42, 48, 50, 117 TKG 2003 idgF iVm dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 15a/03-30 vom 27.10.2004 zurückgewiesen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

1. Allgemein

Die UPC Telekabel Wien GmbH („UPC“) brachte am 15.06.2005 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber Mobilkom Austria AG & Co KG („Mobilkom“) gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein (ON 1). Im Wesentlichen begehrt UPC, in einer ersten Phase die „Beseitigung des wesentlichsten Wettbewerbsproblems“ durch schrittweise Heranführung des Mobil-Terminierungsentgeltes an die betreiberindividuellen Kosten zu realisieren. Dies soll in einem Zeitraum bis Ende 2006 realisiert werden. Erst in einer zweiten Phase mögen Regulierungsmaßnahmen angeordnet werden, die eine Heranführung der Entgelte an die LRAIC des effizienten Betreibers bezwecken. Die Anordnung soll den Zeitraum 1.8.2005 bis 31.12.2006 erfassen. Darüber hinaus begehrt UPC die Anberaumung einer mündlichen Anhörung sowie die Verbindung des gegenständlichen Verfahrens mit anderen die Frage der Mobilterminierung betreffenden Verfahren.

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs. 2 TKG 2003 weitergeleitet (Verfahren zu RVST 21/05); eine einvernehmliche Lösung iSd § 121 Abs. 3 TKG 2003 konnte nicht herbeigeführt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzuführen war (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu Z 14/05).

Am 2.8.2005 werden den Verfahrensparteien das zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommenen „Wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den verbundenen Verfahren Z 2, 7, 8, 9, 11/05“ (ON 6) samt Ergänzung (ON 7) sowie das Ergebnis der Konsultation vom März 2005 betreffend die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen (ON 5) übermittelt.

Das gegenständliche Verfahren wurde durch Beschluss der Telekom-Control-Kommission mit den Verfahren zu Z 2/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05 und Z 13/05 gemäß § 39 Abs. 2 AVG verbunden; die Schriftsätze der jeweiligen Verfahren wurden nach Verfahrensverbindung zum gegenständlichen Akt genommen.

Am 4.8.2005 übermittelt Mobilkom eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 10); weiters langt am 12.8.2005 (ON 15) eine weitere Stellungnahme der Mobilkom ein.

Mit Schreiben vom 5.8.2005 (ON 12) nimmt UPC zum wirtschaftlichen Gutachten sowie zu weiteren Schriftsätzen Stellung, erstattet weiteres Vorbringen und begehrt eine Gutachtensergänzung hinsichtlich der von ihr aufgezeigten „Unklarheiten und Inkonsistenzen“ im wirtschaftlichen Gutachten. Darüber hinaus präzisiert UPC ihren Antrag betreffend die zweite Phase der Entgeltfestlegung dahingehend, dass die „*Angleichung an die LRAIC des effizientesten Betreibers [] möglichst schnell, spätestens jedoch bis zum 31.12.2008 erfolgen muss*“.

Zum wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten übermittelt UPC am 18.8.2005 einen Schriftsatz (ON 20). UPC stellt darin den Antrag auf Quantifizierung der Wettbewerbsprobleme und stellt einen weiteren Antrag.

Mobilkom übermittelt am 18.8.2005 ihre Stellungnahme zum wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten (ON 24).

Am 24.8.2005 langt eine Stellungnahme der T-Mobile Austria GmbH (TMA) „zu den Auswirkungen der Übernahme der tele.ring Unternehmensgruppe durch TMA auf die verbundenen Verfahren Z 2, 7, 8, 9, 11, 13, 14/05“ ein.

Im Rahmen einer am 9.9.2005 eingelangten Stellungnahme (ON 44) stellt UPC einen Antrag auf Festlegung von Terminierungsentgelten in der Ausgestaltung, dass die in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend Mobilterminierung identifizierten Wettbewerbsprobleme beseitigt werden.

Am 13.9.2005 langt eine weitere Stellungnahme der Mobilkom ein (ON 52).

Am 26.9.2005 beschließt die Telekom-Control-Kommission, die verbundenen Verfahren gemäß § 39 Abs. 2 AVG wieder zu trennen.

Am 26.9.2005 hat die Telekom-Control-Kommission einen „Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003“ beschlossen und den Verfahrensparteien am 28.9.2005 zur Kenntnis gebracht. Mit diesen Entwürfen hat die Telekom-Control-Kommission Mobilterminierungsentgelte für fünf Mobilfunkbetreiber vorgesehen, die von ihrer aktuellen Höhe über einen linearen längerfristigen, bis Ende 2011 reichenden Gleitpfad an einen „Zielwert“, dh die LRAIC eines effizienten Betreibers, herangeführt werden.

In weiterer Folge wurden die Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 durchgeführt (siehe unten). Die eingelangten Stellungnahmen wurden den Verfahrensparteien zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Am 4.11.2005 übermittelt UPC Telekabel eine ergänzende Stellungnahme samt Antragsänderung.

Am 25.11.2005 und 6.12.2005 übermittelt Mobilkom Stellungnahmen.

Am 12.12.2005 fand eine mündliche Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission im Beisein von Amtssachverständigen statt. Am Ende der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren geschlossen (§ 39 Abs. 3 AVG iVm § 121 Abs. 4 TKG 2003). Am 15.12.2005 langt ein „Beweisvorbringen sowie ergänzende Stellungnahme“ der Mobilkom ein.

2. Zum Konsultationsverfahren gemäß § 128 TKG 2003

Der Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 wurde beginnend mit 29.9.2005 einer nationalen Konsultation unterworfen. Im Rahmen dieses Verfahrens wurden Stellungnahmen von Mobilkom Austria, Colt Telecom Austria, Telekom Austria, eTel Austria, Herrn Sokolov, One, Hutchison 3G Austria, T-Mobile sowie von UPC Telekabel eingebracht. Diese wurden auf der Web-Seite der Regulierungsbehörde gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 veröffentlicht. Von der Bundeswettbewerbsbehörde langt ein an Rechtsanwalt Dr. Reidlinger gerichtetes Schreiben zum verfahrensgegenständlichen Thema in Kopie ein.

Dabei bringen Mobilkom Austria, Colt Telecom Austria, Telekom Austria, eTel Austria, Herr Sokolov, Hutchison 3G Austria sowie UPC Telekabel im Wesentlichen vor, dass ein Gleitpfad bis Ende des Jahres 2011 zu lang und auf das Jahr 2008 bzw. 2009 zu verkürzen sei.

3. Zum Koordinationsverfahren gemäß § 129 TKG 2003

Im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission (EK) mit Schreiben vom 7.11.2005 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung Stellung genommen.

Dabei bringt die EK zum Ausdruck, dass sie bereits in anderen Notifizierungen einen „Gleitpfad“, über welchen das kostenorientierte Preisniveau schrittweise und erst nach einem gewissen Zeitablauf erreicht wird, anerkannt hat. Dabei hat die EK auch darauf hingewiesen, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme „so bald als möglich und so effizient wie möglich“ angegangen werden sollen.

Zum gegenständlichen Maßnahmenentwurf merkt die EK an, dass die Telekom-Control-Kommission keine besonderen Gründe angeführt hätte, die Kostenorientierung erst nach über sechs Jahren zu erreichen. Auch seien keine besonderen Gründe angegeben, warum die Mobilbetreiber „substanzielle Übergewinne behalten müssten, damit langfristig eine Verbesserung des Wettbewerbs erreicht werden kann“. Die Telekom-Control-Kommission hätte keine Gründe dafür angegeben, dass „eine schnellere Absenkung [] zu negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb führen würde“. Weiters habe die Regulierungsbehörde „nicht aufgezeigt“, dass „die Erreichung der Kostenorientierung innerhalb eines wesentlich kürzeren Zeitraums unverhältnismäßig wäre“. Dem Schreiben der EK folgend stellt sich sohin der vorgeschlagene Zeitraum von mehr als sechs Jahren „als übermäßig lang dar und erscheint nicht als die angemessene Maßnahme, das identifizierte Wettbewerbsproblem anzugehen“.

Weiters hält die EK fest, dass die Telekom-Control-Kommission den erwartbaren Anstieg des Mobilfunkverkehrs auf das Jahr 2006 nicht berücksichtigt hätte, wodurch die aufgrund der gesamten Übergewinne der Mobilbetreiber bestehenden Wettbewerbsverzerrungen signifikanter und zunehmen werden. Die EK hält fest, dass eine Schätzung der Übergewinne von jedem Betreiber (und insgesamt) von Nutzen ist, um über die Angemessenheit und die Länge des Gleitpfades eine Entscheidung treffen zu können.

Zusammenfassend unterstreicht die EK die Notwendigkeit, dass die Telekom-Control-Kommission „die Dauer des Gleitpfades deutlich reduziert und bei der Festlegung der Dauer des Gleitpfades der erwartbaren Entwicklung des Verkehrsaufkommens Rechnung trägt, um sicherzustellen, dass die auferlegten Abhilfemaßnahmen effizient und angemessen sind, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen abzuweichen“.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

UPC Telekabel Wien GmbH war zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TKG 2003 Inhaberin einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes.

Auch Mobilkom ist Betreiberin öffentlicher Kommunikationsnetze sowie öffentlicher Kommunikationsdienste im Sinne des TKG 2003. Gemäß § 14 Abs. 4 PoststrukturG, BGBl Nr. 201/1996, wurde der gesamte Unternehmensbereich Mobilkommunikation der früheren Post- und Telegrafverwaltung (PTV) in die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Mobilkom Austria AG eingebracht (mit Rückwirkung auf 1.5.1996). Durch zwei Feststellungsbescheide vom 6.11.1996 (GZ 120637/IV-JD/96; GZ 120641/IV-JD/96) wurde die Berechtigung der Mobilkom zur Erbringung des mobilen Sprachtelefondienstes mittels des analogen Mobilfunknetzes im 900MHz-Bereich (D-Netz) bzw. mittels des digitalen Mobilfunknetzes (GSM-

Netz), welcher zuvor von der PTV erbracht worden war, klargestellt. Der gesamte Betrieb der Mobilkom Austria AG und damit auch die genannten Konzessionen gingen im Wege der mit der Umwandlung verbundenen Gesamtrechtsnachfolge auf die Nachfolgegesellschaft Mobilkom Austria AG & Co KG über. Diese Konzession war bei In-Kraft-Treten des TKG 2003 ebenfalls aufrecht.

2. Zur Marktbeherrschung der Verfahrensparteien

2.1. Allgemeines

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15a/03 wurde festgestellt, dass Mobilkom über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf dem betreiberindividuellen Markt für Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze verfügt (amtsbekannt).

Im Rahmen dieses Bescheides wurden Mobilkom gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

Mobilkom hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellen. Gemäß § 38 TKG 2003 hat Mobilkom in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellen.

Mobilkom hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen hat.

Weiters wurde Mobilkom gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 verpflichtet, die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

Die Antragsgegnerin hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert. Diese Orientierung wird über einen Gleitpfad operationalisiert.

Mobilkom wurde der sie betreffende Bescheid gemäß § 37 TKG 2003 am 29.10.2004 zugestellt.

Es liegen der Regulierungsbehörde aktuell keine Hinweise vor, die zu einer anderen Sichtweise betreffend diese Festlegungen führen.

2.2. Zur Verpflichtung der Verfahrensparteien gemäß § 42 TKG 2003, den zu Grunde liegenden Überlegungen sowie zum „einheitlichen Marktpreis“

Der Antragsgegnerin wurde – wie auch allen anderen Mobilfunkbetreibern – mit Bescheid vom 27.10.2004 eine Verpflichtung auferlegt, Entgelte für die Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz zu verrechnen, die sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientieren. Im Rahmen dieses Bescheides hat sich die Telekom-Control-Kommission – vor

dem Hintergrund der identifizierten Wettbewerbsprobleme, den möglichen spezifischen Verpflichtungen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 Abs. 1 TKG 2003) sowie dem Zweck und den Zielen des TKG 2003 – auch mit der Frage des Verhältnisses der Mobil-Terminierungsentgelte zueinander auseinandergesetzt und dabei wie folgt festgehalten (Punkt 9 der rechtlichen Beurteilung):

„Die Telekom-Control-Kommission hat in einer Reihe von Streitschlichtungs-Verfahren gemäß § 41 TKG [1997] – nunmehr im Wesentlichen §§ 48, 50 TKG 2003 – zum Ausdruck gebracht, dass „reziproke“ Zusammenschaltungsentgelte bzw. ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben sind. [...] Es ist grundsätzlich jedoch davon auszugehen, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind („one price rule“). [...] In einem Wettbewerbsmarkt sind Faktoren, wie unterschiedliche Technologien oder unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer, von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden 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.

In einem Wettbewerbsmarkt sind die Anbieter Preisnehmer und gezwungen, hinreichend effizient zu sein, um bei gegebenem Marktpreis positive Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Andernfalls sind sie gezwungen aus dem Markt auszutreten; unter Umständen tritt in der Folge ein effizienteres Unternehmen ein. Dieser Marktmechanismus stellt sicher, dass die Unternehmen hinreichend effizient sind und die Gesamtwohlfahrt (und damit auch der Nutzen für die Konsumenten) maximiert wird.

Vor diesem Hintergrund ist ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt in diesem Zusammenhang folglich in der „Imitation“ des Wettbewerbsergebnisses.

Zur konkreten Umsetzung kann die Heranziehung eines längerfristigen Gleitpfades – wie von den Amtssachverständigen aufgezeigt – sinnvoll sein, der ausgehend vom derzeitigen Terminierungsentgelt (im Sinne einer Preisobergrenze) zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft führt. Der Gleitpfad wäre als Preisobergrenze anzusehen („price cap“) und kann vom Betreiber unterschritten werden. Der Endwert des Gleitpfades – die Höhe des Entgelts am Ende des Gleitpfades – liegt sodann in der Höhe des „korrekten“ Preises, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung.

Bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades bzw. eines Bottom-Up-Modells sind jedenfalls disruptive Eingriffe zu vermeiden sowie darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird. Auch den Anfangsinvestitionen von „Marktneueinsteigern“ ist Rechnung zu tragen („Investitionsschutz“). So soll auch weiterhin von einem – auf Benchmarking basierendem – Zusammenschaltungsentgelt für einen Betreiber ausgegangen werden, der in seiner Startphase auf Grund der Kostendegression sehr hohe zusammenschaltungsrelevante Kosten aufweist (vgl. die Festlegungen von Cent 19,62 für die Terminierung in die Mobiltelefonnetze der tele.ring sowie der Hutchison 3G). [...]“

Eine lineare Heranführung an die LRAIC eines effizienten Betreibers bis Ende 2008 ist geeignet, um disruptive Eingriffe zu verhindern, um Late-comer-Nachteile auszugleichen sowie den identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen.

Darüber hinaus wurde auch im Rahmen der Konsultation zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen sowie im Endbericht zur Konsultation zum Ausdruck gebracht, dass ein Gleitpfad hin „zu einem einheitlichen Entgelt

für die Leistung Terminierung in Mobilfunknetzen in der Höhe der LRAIC eines effizienten Betreibers das geeignetste Regulierungsinstrument darstellt, um einerseits den im Rahmen der Marktanalysen festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen und andererseits gleichzeitig aber den derzeitigen Marktgegebenheiten bestmöglich Rechnung zu tragen“ (vgl. Endbericht zur Konsultation, S. 9).

Weiters ist festzuhalten, dass funktionierender Wettbewerb eine Maximierung der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt bewirkt.

Ein Abweichen vom Prinzip des einheitlichen Marktpreises ist aus ökonomischer Sicht nur in begründeten Ausnahmefällen – vor dem Hintergrund von Größenvorteilen, First-Mover-Vorteilen, der Sicherstellung wettbewerblcher Marktstrukturen sowie der Vermeidung disruptiver Eingriffe - und nur temporär zulässig. Auf keinem realen Wettbewerbsmarkt kann ein Anbieter höhere Preise nur deswegen durchsetzen, weil er höhere Produktionskosten hat. Insbesondere ist das Argument unrichtig, dass Unterschiede in den Terminierungsleistungen (Netzabdeckung, Qualität, etc.) (annähernd) Preise rechtfertigten, die sich an den individuellen Kosten der Betreiber orientierten. Dies hieße konsequenterweise, dass die Terminierungsleistungen der einzelnen Betreiber derart differenziert sind (zB im Versorgungsgrad), dass die derzeitigen Kostenrelationen exakt jenen Preisrelationen entsprechen, die sich auf einem (fiktiven) funktionierenden Wettbewerbsmarkt für Terminierungsleistungen einstellen. Aus wirtschaftlicher Sicht ist dies unplausibel. Ein Blick auf den Endkundenmarkt bestätigt dies auch: Es ist nicht beobachtbar, dass die Betreiber mit den höheren Kosten höhere Preise durchsetzen könnten.

Bereits von dem Hintergrund dieser prinzipiellen Überlegungen ist eine rein betreiberspezifische Interpretation der LRAIC abzulehnen; darüber hinaus sprechen noch folgende Erwägungen dagegen:

- Bei einer solchen Preisdifferenzierung besteht die Gefahr, dass falsche Anreizstrukturen für die Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg bzw. ggf. auch geringerer produktiver Effizienz geschützt werden.
- Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen: Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar, der – wie bereits ausgeführt – nur in begründeten Ausnahmefällen und nur temporär zulässig ist.

Die in früheren Verfahren ermittelten tatsächlichen (amtsbekannten) Kosten der Mobilterminierung zeigen, dass erhebliche Größenvorteile sowie First-Mover-Vorteile vorliegen (vgl. Endbericht zur Konsultation, Seiten7ff).

3. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Netze der Verfahrensparteien sowie zur Nachfrage nach den verfahrensgegenständlichen Leistungen und den dazu geführten Verhandlungen zwischen den Verfahrensparteien

a. Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen UPC Telekabel und Mobilkom beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 18.12.2001 sowie einer Zusatzvereinbarung vom 2.9.2003.

Mit Schreiben vom 25.4.2005 (ON 1, Beilage ./1) kündigte UPC Telekabel den – die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte regelnden – Anhang 6 des Vertrages zum

31.7.2005. Seit 1.8.2005 existiert zwischen den Verfahrensparteien weder eine Vereinbarung über die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte noch eine – einen Vertrag substituierende – Anordnung der Telekom-Control-Kommission (amtsbekannt).

b. Gleichzeitig mit dem Kündigungsschreiben vom 25.4.2005 (ON 1, Beilage ./1) hat UPC Telekabel eine Abänderung der vereinbarten Mobilterminierungsentgelte nachgefragt (ON 1, Beilage ./1). Eine Vereinbarung über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte konnte jedoch in weiterer Folge nicht getroffen werden.

4. Zu den zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelten

4.1. Aktuelle Mobil-Terminierungsentgelte

Die von Jänner bis Oktober 2005 an die Mobilbetreiber zu entrichtenden Entgelte für die Leistung der Terminierung in ihre jeweiligen öffentlichen Mobiltelefonnetze betragen wie folgt:

Mobilkom Austria AG & Co KG	Cent 10,86
T-Mobile Austria GmbH	Cent 13,18
ONE GmbH	Cent 13,80
tele.ring Telekom Service GmbH	Cent 15,99 (1.1.2005 – 31.3.2005) Cent 13,80 (ab 1.4.2005)
Hutchison 3G Austria GmbH	Cent 19,62

Diese Entgelte gründen auf privatrechtlichen Vereinbarungen. Die oben dargestellten Entgelte für tele.ring und Hutchison gelangen auch im November und Dezember 2005 zur Anwendung.

4.2. Zu den Vereinbarungen zwischen Mobilkom, T-Mobile und ONE

Mit Schreiben vom 21.6.2005 sowie 28.6.2005 zeigt Mobilkom der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission zwei Zusatzvereinbarungen zwischen T-Mobile bzw. One und Mobilkom betreffend die wechselseitigen Mobil-Zusammenschaltungsentgelte für den Zeitraum vom 1.1.2005 bis 31.12.2006 an. Mobilkom gibt an, dass die wechselseitigen Mobilterminierungsentgelte „in Übereinstimmung mit dem Gleitpfadmodell der Telekom-Control-Kommission (dargestellt im Abschlussdokument der Konsultation zur „Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen“) – unter Heranziehung eines Zielwertes von 7 €c – vereinbart“ wurden.

Diese Vereinbarungen sehen folgende Mobil-Terminierungsentgelte vor:

Kurzbez.	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Peak Cent	Off-Peak Cent
V 25MKA	Terminierung im Mobilnetz der Mobilkom	1.6.2005 – 31.10.2005: 10,86	
	T-Mobile → Mobilnetz der Mobilkom	1.11.2005 – 30.6.2006: 10,34	
	Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Mobilnetz der Mobilkom	1.7.2006 – 31.12.2006: 9,82	
V 25TMA	Terminierung im Mobilnetz der T-Mobile	1.6.2005 – 31.10.2005: 13,18	
	Mobilkom → Mobilnetz der T-Mobile	1.11.2005 – 30.6.2006: 12,66	
	Terminierung vom Netz der Mobilkom in das Mobilnetz der T-Mobile	1.7.2006 – 31.12.2006: 12,14	
V 25ONE	Terminierung im Mobilnetz der ONE	1.6.2005 – 31.10.2005: 13,80	
	Mobilkom → Mobilnetz der ONE	1.11.2005 – 30.6.2006: 13,28	
	Terminierung vom Netz der Mobilkom in das Mobilnetz der ONE	1.7.2006 – 31.12.2006: 12,76	

Mit Schreiben vom 4.5.2005 hat auch T-Mobile eine Vereinbarung betreffend die wechselseitigen Terminierungsentgelte mit ONE vorgelegt. Im Anschreiben hält T-Mobile fest, dass Absenkungsschritte angestrebt sind, die es ermöglichen, die im Jahr 2005 geplanten Investitionen weitestgehend zu tätigen. Die für das Jahr 2006 vereinbarten Absenkungsschritte würden eine hohe Planungssicherheit gewähren und keinen unverhältnismäßigen Eingriff darstellen. Die Vereinbarung stelle einen Schritt zur „rechtssicheren und planungssicheren Festlegung der künftigen Zusammenschaltungsentgelte“ dar.

Diese vereinbarten Entgelte sehen wie folgt aus:

Kurzbez.	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Cent
V 25TMA	Terminierung im Mobilnetz der T-Mobile	1.6.2005 – 31.10.2005: 13,18
	ONE → Mobilnetz der T-Mobile	1.11.2005 – 30.6.2006: 12,66
	Terminierung vom Netz der ONE in das Mobilnetz der T-Mobile	Ab 1.7.2006: 12,13
V 25ONE	Terminierung im Mobilnetz der ONE	1.6.2005 – 31.10.2005: 13,80
	T-Mobile → Mobilnetz der ONE	1.11.2005 – 30.6.2006: 13,28
	Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Mobilnetz der ONE	Ab 1.7.2006: 12,75

5. Zu den Kosten der Verfahrensparteien für die verfahrensgegenständlichen Leistungen

Eine nach Szenarien differenzierte Betrachtung der betreiberindividuellen Kosten der Terminierung pro Minute in die öffentlichen Mobilnetze der Mobilkom, T-Mobile, One, tele.ring und Hutchison („K1“) der Jahre 2004 bis 2006 ergibt folgendes Bild:

	Szenario	2004	2005	2006
H3G	A	€ 0,3815	€ 0,1704 (€ 0,1924)	€ 0,1432 (€ 0,1611)
	B	€ 0,3781		
	C	€ 0,3513	€ 0,1608	€ 0,1368
Mobilkom	A	€ 0,0729	€ 0,0726	€ 0,0682
	B	€ 0,0684	€ 0,0679	€ 0,0635
	C	€ 0,0639	€ 0,0642	€ 0,0601
ONE	A	€ 0,1322	€ 0,1194	€ 0,1205
	B			
	C			

tele.ring	A	€ 0,1054	€ 0,0996	€ 0,0981
	B			
	C	€ 0,1027	€ 0,0980	€ 0,0964
T-Mobile	A	€ 0,1527	€ 0,1323	€ 0,1355
	B	€ 0,1488	€ 0,1290	€ 0,1326
	C	€ 0,1398	€ 0,1224	€ 0,1262

Die Werte beziehen sich auf den gewichteten Durchschnitt aus GSM und UMTS basierend auf den von Amtssachverständigen ermittelten betreiberindividuellen Kapitalkostenzinssätzen (WACC). Die als „Szenario A, B und C“ bezeichneten Werte unterscheiden sich hinsichtlich des Anteils der Overheadkosten an den technischen Netzkosten:

- „Szenario A“ entspricht dem Berechnungsergebnis der Betreiber hinsichtlich ihrer Overheadkosten (nach WACC-Korrektur).
- „Szenario B“ ermittelt in Form eines arithmetischen Mittels den Durchschnittswert des Anteils der Overheadkosten über alle Betreiber. Dieser Wert (15,48%) gibt – im Rahmen dieses Szenarios – eine Obergrenze für den Anteil der Overheadkosten vor, dh, dass für Mobilkom und T-Mobile (alle Jahre) und H3G (2004) dieser Durchschnittswert in der Kalkulation zum Ansatz kommt. Die Werte der anderen Betreiber, die hinsichtlich der Overheadkosten unter dem arithmetischen Mittel zu liegen kommen, wurden nicht verändert.
- In „Szenario C“ werden die Overheadkosten jenes Unternehmens herangezogen, welches die geringsten Overheadkosten in Relation zu den technischen Netzkosten aufweist. Der solcherart ermittelte Wert wird schließlich für alle Betreiber einheitlich herangezogen.

Bei den in Klammer zusätzlich angeführten Werten für Hutchison für die Jahre 2005 und 2006 (€ 0,1924 sowie € 0,1611) wurde an der Stelle der tatsächlichen Kosten für National Roaming im Netz der Mobilkom ein Mobil-Terminierungsentgelt der Mobilkom als Hostnetzbetreiber in der Höhe von Cent 10,86 angesetzt.

6. Zu den Verkehrsmengen der Jahre 2005 und 2006

Die Entwicklung der Verkehrsmengen der Jahre 2004 bis 2006 für die Bereiche GSM und UMTS gemeinsam (Werte in Millionen Verkehrsminuten gerundet) zeigt folgendes Bild:

[...]

7. Zu den langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) der Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz

Die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers stellt der für Mobilkom für das Jahr 2005 ermittelte Wert gemäß „Szenario B“ dar; dieser beträgt Cent 6,79.

8. Zur durchgeführten Konsultation betreffend Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen

Im November 2004 hat die Telekom-Control-Kommission eine öffentliche Konsultation betreffend die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen gestartet und dabei zur Abgabe von Stellungnahmen zu einem Konsultationsdokument eingeladen.

Im März 2005 hat die Telekom-Control-Kommission nach Prüfung der eingelangten Stellungnahmen aller Mobilfunkbetreiber sowie weiterer Organisationen und internen Diskussionen ihre Position betreffend Mobilfunk-Terminierung in einem Dokument „Ergebnisse der Konsultation - Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen“ veröffentlicht.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Nachfrage, die Verhandlung sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus dem unwidersprochenen Vorbringen (sowie den Beilagen) im verfahrenseinleitenden Antrag.

Die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowie die Anwendbarkeit der spezifischen Verpflichtungen, insbesondere jener der Preiskontrolle, für Mobilkom ergibt sich aus dem die Antragsgegnerin treffenden Bescheid der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 vom 27.10.2004, M 15a/03 (amtsbekannt). Aus diesem Bescheid ergeben sich auch die zugrundeliegenden wettbewerblichen Defizite sowie die grundsätzlichen ökonomischen Erwägungen. Mobilkom wurde der Bescheid gemäß § 37 TKG 2003 zugestellt und ist rechtskräftig; hinsichtlich der Antragstellerin besteht kein Zweifel (vgl. ON 1), dass ihr die Bescheide betreffend Marktanalyse der Mobil-Terminierungsmärkte bekannt sind.

Die ökonomischen Grundlagen zum einheitlichen Marktpreis gründen zum einen auf den jeweiligen Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 der Telekom-Control-Kommission (27.10.2004, amtsbekannt sowie den Parteien bekannt) und zum anderen auf den – den Verfahrensparteien zugestellten – Endbericht der Telekom-Control-Kommission zur Konsultation „Mobilterminierung“ vom März 2005.

Amtsbekannt ist darüber hinaus der jeweilige Status der Verfahrensparteien als Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze.

Die Feststellungen betreffend die aktuell verrechneten sowie die zwischen Mobilkom, T-Mobile und ONE bis Ende 2006 vereinbarten Entgelte für die Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Mobilkom, T-Mobile, ONE, tele.ring sowie Hutchison ergeben sich aus

den der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission gemäß § 48 Abs. 3 TKG 2003 angezeigten, zum Akt genommenen sowie den Verfahrensparteien zur Kenntnis gebrachten Zusammenschaltungsvereinbarungen.

Die Darlegung der Kosten aller Mobilfunkbetreiber für die verfahrensgegenständlichen (betreiberindividuellen) Leistung der Mobil-Terminierung ergibt sich aus einem wirtschaftlichen Gutachten samt Ergänzung der Amtssachverständigen Ing. Dr. Stefan Felder, Ing. Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer sowie Mag. Paul Pisjak. Das Gutachten nennt dabei die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt. Soweit Adaptionen von Ausgangswerten vorgenommen wurden, wie zB im Zusammenhang mit dem effektiven Steuersatz oder dem Anteil der Overheadkosten, legen die Amtssachverständigen ihre Gründe dar, warum sie von den Ausgangswerten abgewichen sind. Das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen ist somit schlüssig und nachvollziehbar. Zum Vorbringen der Parteien hinsichtlich der Ausführungen der Gutachter wird auf nachfolgende Kapitel verwiesen.

Festgehalten wird, dass die tatsächlichen Kosten jener Betreiber, die nicht die geringsten Netzkosten aufweisen, von der Telekom-Control-Kommission zwar konkret erhoben, jedoch als Abschätzungen angesehen werden, da diese Werte nicht in die konkrete Entgeltfestlegung (sondern in eine Interessenabwägung) einfließen. Vorbringen der Verfahrensparteien, die auf allfällige geringfügige Unschärfen hindeuten wollen, können vor diesem Hintergrund dahingestellt bleiben.

Vorbringen im Zusammenhang mit dem niederösterreichischen Sendeanlagenabgabegesetz (nö. SAAG) sind auf Grund der Aufhebung des Gesetzes durch den niederösterreichischen Landtag am 15.12.2005 hinfällig.

2. Zum Vorbringen der Verfahrensparteien

2.1. UPC Telekabel

Im Rahmen einer Stellungnahme geht UPC auf das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen ein und stellt entsprechende Anträge; auf die von UPC angesprochenen Punkte wird in der Folge eingegangen und aufgezeigt, weswegen dem Begehren der UPC auf Gutachtensergänzung nicht zu folgen war:

a. UPC releviert die unterschiedlichen Raten für die Umrechnung von Sprachminuten in Datenvolumen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die angesprochenen Werte auf Grund des derzeit geringen UMTS-Verkehrsaufkommens von untergeordneter Bedeutung sind. Darüber hinaus soll angemerkt werden, dass die Umrechnungsfaktoren von UMTS-Sprachminuten in UMTS-Datenvolumen bisher herstellerabhängig angegeben worden sind und insofern unterschiedlich sein können.

Inwieweit jedoch die Überlegung der UPC – die Anwendung der Umrechnungsrate eines Betreibers für einen anderen Betreiber – zweckdienlich ist, bleibt der zur Entscheidung angerufenen Regulierungsbehörde verborgen.

b. Soweit UPC eine Unplausibilität im Zusammenhang mit den Verkehrsmengen sowie den Netzkosten behauptet, soll darauf hingewiesen werden, dass die wirtschaftlichen Amtssachverständigen grundsätzlich von den ihnen übermittelten Daten ausgegangen sind, die sie einer Plausibilitätsprüfung – mittels Vergleich mit früheren Daten – unterzogen haben (Wirtschaftliches Gutachten, Punkt 3.2.). Ein Vergleich mit der angesprochenen Gesamtkostenkurve ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht von Bedeutung, wurde eine solche doch im gegenständlichen Verfahren nicht herangezogen.

Im Zusammenhang mit (möglicherweise) überhöhten Netzkosten eines Betreibers (der T-Mobile) soll UPC darauf hingewiesen werden, dass die Telekom-Control-Kommission keine Anhaltspunkt erkennen kann, dass diese Kosten nicht innerhalb einer denkmöglichen, „marktrealistisch“ Bandbreite gelegen wären. Darüber hinaus war die Erhebung der Kosten aller Mobilfunkbetreiber zum einen für die Ermittlung des günstigsten Anbieters der Leistung „Mobilterminierung“ und zum anderen für eine umfassende Interessenabwägung notwendig. Somit sind die konkreten Kosten der angesprochenen T-Mobile nicht entscheidungsrelevant.

c. In der Folge möchte UPC eine weitere Unplausibilität darin erkennen, dass die Aufwände für die IC-Billing-Systeme der ONE, Hutchison sowie Mobilkom unterschiedlich sind, obwohl diese Systeme alle auf „INTEC“ basieren sollen. Nach Ansicht der UPC sollte der IC-Billing-Aufwand mit dem jeweiligen Verkehrsvolumen korrelieren, was jedoch nicht gegeben ist.

Die Telekom-Control-Kommission kann sich – vorausgesetzt, die erwähnten Betreiber verfügen überhaupt über Systeme „basierend auf INTEC“ – dieser vereinfachten Argumentation nicht anschließen, hängen doch die konkreten Kosten solcher Systeme von einer Vielzahl anderer Faktoren ab; so können sich beträchtliche Preisdifferenzen durch unterschiedlichen Automationsgrade oder Kontrollverfahren ergeben. Eine Durchsicht der Homepage von INTEC (<http://www.intec-telecom-systems.com>) zeigt, dass es sich offenbar um ein sehr flexibles Produkt handelt, welches in unterschiedlichen Ausgestaltungen angeboten wird. Vor diesem Hintergrund ist es sehr wahrscheinlich, dass Billing-Systeme unterschiedliche Kosten verursachen.

d. Obwohl UPC den Ansatz der Amtssachverständigen, ein arithmetisches Mittel der Anteile der Overheadkosten an den Netzkosten („Szenario B“) zu ermitteln und zum Ansatz zu bringen, „mitträgt“ und auch die dahinterliegenden Überlegungen teilt, erachtet UPC die Heranziehung des geringsten Anteils an Overheadkosten eines Betreibers für alle anderen Betreiber („Szenario C“) für richtig(er).

Die Telekom-Control-Kommission erachtet das Szenario B als einen verhältnismäßigen Weg, einen effizienten Anteil an Overheadkosten zu akzeptieren. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass jeder Mobilfunkbetreiber gezwungen ist, die eigenen Leistungen möglichst effizient zu gestalten und die eigenen Kosten zu minimieren. Aus diesem Grund muss eine Mittelwertbetrachtung der jeweiligen Kosten aller Mobilfunkbetreiber nicht nur einen effizienten Anteil an Overheadkosten zum Ergebnis haben, sondern stellt auch einen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen der Beteiligten dar. Darüber hinaus zeigt ein Vergleich dieses arithmetischen Mittels mit Ergebnissen früherer Verfahren, dass dieser Mittelwert valide ist. Die Heranziehung eines sehr geringen Wertes, der von lediglich einem Betreiber erreicht wird, für alle anderen Mobilfunkbetreiber (Szenario C), erachtet die Telekom-Control-Kommission als unverhältnismäßig, um Effizienzanreize zu schaffen. Mit der Heranziehung eines Mittelwertes werden bereits Anreize, die anteiligen Overheadkosten zu senken, in einem ausreichenden Ausmaß gesetzt.

e. Aus welchen Gründen UPC der „Eindruck“ entstanden ist, dass lediglich die terminierungsrelevanten Netzkosten der Mobilkom im Detail berechnet wurden, nicht jedoch der anderen Betreiber, kann die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehen, gibt UPC

doch keine stichhaltigen Hinweise für ihren „Eindruck“. Der Verweis der UPC auf einen offensichtlichen Rechenfehler im wirtschaftlichen Gutachten vermag diesen Eindruck nicht zu bestätigen und vermag auch sonst keine Unschlüssigkeit des Gutachtens darzulegen.

2.2. Mobilkom

Im Rahmen einer Stellungnahme vom 4.8.2005 zum wirtschaftlichen Gutachten geht Mobilkom auf folgende einzelne Fragen des Gutachtens ein:

a. Mobilkom kritisiert die „Reinheit der gewählten Untersuchungsmethode“ und bringt insbesondere vor, dass die teilweise Nichtberücksichtigung von tatsächlich entstehenden Kosten, diesfalls der Overhead-Kosten, „Effizienzabschläge“ darstellen würden.

Soweit Mobilkom das wirtschaftliche Gutachten angreift, ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen mehrere Varianten der Berücksichtigung von Overheadkosten errechnet haben (Gutachten, Seite 13f: „Szenario A, B, C“); dabei stellt Szenario A den betreiberindividuellen tatsächlichen Anteil an Overheadkosten dar. Ausgehend von dieser Berechnung haben die Amtssachverständigen jedoch auch Alternativen dargelegt („Szenario B: arithmetisches Mittel“, „Szenario C: Benchmark ONE“), da ihnen die Bandbreite des Anteils der Overheadkosten an den technischen Netzkosten offenbar hoch erschien: So variiert dieser Anteil im Jahr 2005 – wie Tabelle 4 im wirtschaftlichen Gutachten darstellt – zwischen 8,64% und 24,06%. Ausgehend von dieser Darstellung sowie eines Vergleiches mit Werten früherer Verfahren (bzw. eines Privatgutachtens von Ernst&Young) haben die Amtssachverständigen Szenarien dargestellt, die eine Vereinheitlichung des Anteils an Overheadkosten zum Ziel haben.

Nachdem Kosten im Sinne einer effizienten Leistungsbereitstellung zu ermitteln waren, stehen auch nicht die gesamten tatsächlichen Kosten im Vordergrund: So zeugen die Ausführungen der Mobilkom im Zusammenhang mit dem Anteil der Overheadkosten von ihrem falschen Bild einer effizienten Leistungsbereitstellung: es kann nicht den Zusammenschaltungspartnern angelastet (bzw. von diesen finanziert) werden, wenn Mobilkom – wie sie selbst anführt – höhere (Personal-)Kosten durch „unkündbare Beamte“ hat.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet die zwei weiteren Szenarien grundsätzlich als geeignete Entscheidungsgrundlage: So stellt insbesondere das Szenario B einen verhältnismäßigen Weg dar, einen effizienten Anteil an Overheadkosten zu akzeptieren. Vor diesem Hintergrund ist auch den Ausführungen der Mobilkom beizupflichten, dass jeder Mobilfunkbetreiber gezwungen ist, die eigenen Leistungen möglichst effizient zu gestalten und die eigenen Kosten zu minimieren. Aus diesem Grund muss eine Mittelwertbetrachtung der jeweiligen Kosten aller Mobilfunkbetreiber nicht nur einen effizienten Anteil an Overheadkosten zum Ergebnis haben, sondern stellt auch einen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen der Beteiligten dar.

b. Im Zusammenhang mit der Abschreibungsdauer von Frequenzen moniert Mobilkom die – von den Amtssachverständigen vorgenommene – Verlängerung der Abschreibungsdauer der GSM- und UMTS-Frequenzen von 15 auf die Konzessionsdauer von 20 Jahren.

Die Telekom-Control-Kommission schließt sich der Vorgangsweise der wirtschaftlichen Amtssachverständigen an, da sich insbesondere aus dem Vorbringen der Mobilkom in ihrem Schriftsatz vom 4.8.2005 nun nicht ergibt, welche Abschreibungsdauer der GSM- und UMTS-Frequenzen wirklich realisiert wird: Wenn Mobilkom angibt, dass sie bis 31.12.2009 den Nachweis im Sinne ihres Konzessionsbescheides vom 6.11.1996 nicht erbringen wird „können oder wollen“, so ergibt sich, dass die tatsächliche Abschreibungsdauer aus heutiger Sicht unklar ist, weswegen ein Abstellen auf die vorgegebene Konzessionsdauer im Lichte einer ex-ante-Beurteilung geboten erscheint. Nachdem auch in früheren Verfahren betref-

fend Mobil-Zusammenschaltungsentgelte der Mobilkom die Abschreibungsdauer von Frequenzen mit 20 Jahren angesetzt wurde, erscheint dies bereits vor dem Hintergrund einer besseren Vergleichbarkeit mit früheren Werten sachgerecht zu sein.

c. Zur Umrechnung von Sprachminuten in Datenvolumen hält Mobilkom fest, dass dieser Umrechnungsfaktor einen vernachlässigbaren Einfluss auf die Kosten der Terminierung hat, gibt dennoch zu bedenken, dass die Werte von Hutchison und T-Mobile zu gering seien.

Mobilkom ist insofern beizupflichten, als die angesprochenen Werte auf Grund des derzeit geringen UMTS-Verkehrsaufkommens von untergeordneter Bedeutung sind; umso mehr verwundert das Vorgehen der Mobilkom dahingehend, dass diese Werte zu gering seien. Dazu ist festzuhalten, dass die Umrechnungsfaktoren von UMTS-Sprachminuten in UMTS-Datenvolumen bisher herstellerabhängig angegeben worden sind und insofern unterschiedlich sein können. Darüber hinaus sind die von Mobilkom konkret angesprochenen Umrechnungsfaktoren für die Ergebnisse des wirtschaftlichen Gutachtens betreffend Mobilkom nicht von Relevanz, weswegen sich ein weiteres Eingehen erübrigt.

d. Im Zusammenhang mit der Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes releviert Mobilkom den Parameter „risk free rate“ und vermeint, dass eine Heranziehung eines durchschnittlichen Euro-Zinsswap-Satzes im Zeitraum von 2002 bis 2004 zu kurz greife. Die Telekom-Control-Kommission kann nicht erkennen, warum zwingend ein längerer Vergleichszeitraum marktgerechter wäre, zumal auch das Vorbringen der Mobilkom keine stichhaltige Erklärung enthält. Darüber hinaus sind auch keine Regelungen bekannt, die längere (oder kürzere) Durchschnittsbetrachtungen vorgeben.

e. Weiterhin im Kontext zum Kapitalkostenzinssatz unterstellt Mobilkom, dass ihre „peergroup“ (im Wesentlichen eine Zusammenfassung von Vergleichsunternehmen), aus der sich der Parameter „unlevered beta“ ergibt, unterschiedlich sei. Die Telekom-Control-Kommission kann diesem Vorbringen nicht folgen, wurden doch die betreiberindividuellen Angaben betreffend die Werte zu „unlevered beta“ von den Mobilfunkbetreibern, so auch von Mobilkom, übernommen: So zeigt sich auch in Tabelle 3 des wirtschaftlichen Gutachtens, dass die Zellen „Original“ und „RTR“ (auch) bei Mobilkom ident sind. Darüber hinaus zeigt ein Vergleich dieser Parameter der GSM- und UMTS-Betreiber (dh Mobilkom, T-Mobile, ONE und tele.ring), dass alle diese Werte in einer engen Bandbreite zu liegen kommen, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass diese Werte valide sind.

Soweit Mobilkom den Parameter „unlevered beta“ der Hutchison kritisiert und vermeint, dass dieser „in gleicher Höhe wie für die [] genannten konvergenten Unternehmen“ anzusetzen sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass Hutchison als Markt-Neueinsteiger und reiner UMTS-Betreiber, der von national Roaming abhängig ist, ein höheres Risiko besitzt, welches sich im höheren Parameter „unlevered beta“ widerspiegelt. Ein Vergleich mit einer „peergroup“, die (im Wesentlichen) etablierte konvergente Betreiber umfasst, stellt eine untaugliche Vorgangsweise dar, die zu verzerrten Ergebnissen führen würde. Diese Auffassung wurde offenbar auch von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen vertreten, hätten sie doch ansonsten eine Änderung dieses Wertes vorgeschlagen bzw. vorgenommen.

f. Weiters kritisiert Mobilkom den Parameter „Steuersatz“, da dieser von den wirtschaftlichen Amtssachverständigen in nicht nachvollziehbarer Weise von 25% auf 20% reduziert wurde.

Vorab ist festzuhalten, dass der österreichische Körperschaftssteuersatz 25% beträgt. Obwohl steuerliche Verlustvorträge unbegrenzt vorgetragen werden können, kann die steuerliche Bemessungsgrundlage eines Geschäftsjahres nur auf maximal 25% des Gewinns reduziert werden. Die effektive steuerliche Belastung errechnet sich daher aus dem Verhältnis

des Barwertes der zukünftigen Steuerzahlungen zum Barwert der Gewinne vor Steuern. Da zumindest 25% des Gewinns voll zu versteuern sind, ist der tatsächliche Steuersatz der übrigen 75% zu diskontieren (beginnend mit dem Jahr, ab dem der Verlustvortrag aufgebraucht ist).

Das Vorbringen der Mobilkom vermag bereits vor dem Hintergrund nicht zu überzeugen, dass Mobilkom selbst 25% als effektiven Steuersatz ansetzt, gleichzeitig aber einer Reduktion desselben grundsätzlich zustimmt, wenn sie vermeint, dass „eine Reduktion wesentlich geringer sein müsste“.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen auf der Grundlage ihres wirtschaftlichen Sachverständes davon ausgehen, dass Freibeträge und andere Steuerbegünstigungen der Mobilkom den effektiven Steuersatz auf etwa 20% reduzieren, auch wenn Mobilkom derzeit über keine Verlustvorträge verfügt.

Soweit Mobilkom abschließend auf das WACC-Gutachten von PricewaterhouseCoopers verweist und unbestimmt vermeint, dass dieses unzureichend berücksichtigt bzw. ohne sachliche Begründung abgewichen wurde, ist festzuhalten, dass Abweichungen lediglich hinsichtlich des effektiven Steuersatzes sowie des Parameters „risk free rate“ vorgenommen wurden (auf die diesbezüglichen obigen Ausführungen wird verwiesen) und in den anderen Punkten Mobilkom gefolgt wurde. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die geringfügige Abweichung von dem von Mobilkom ermittelten Kapitalkostenzinssatzes in einem Ausmaß von 0,94 Prozentpunkten.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen waren Gutachtensergänzungen – wie von Mobilkom begehrt – nicht zu beauftragen.

g. Zur eigenen Verkehrsmengenentwicklung des Jahres 2006 führt Mobilkom im Wesentlichen aus – obgleich sie diese Werte selbst für „nicht ergebnisrelevant“ erachtet –, dass sie die Verkehrsentwicklung der Jahre 2005 und 2006 entgegen den Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten geliefert hätte und deswegen eine Schätzung durch die wirtschaftlichen Amtssachverständigen nicht notwendig gewesen sei.

Wie das Gutachten ergibt, wurden für die Jahre 2004 bis 2006 Werte für die Verkehrsmengen pro Produkt (Call type) und Kosten je Netzelement gefordert, jedoch ist Mobilkom dieser Aufforderung nur für das Jahr 2004 nachgekommen. Für die Jahre 2005 und 2006 wurden nur aggregierte Werte angegeben. Diese konnten von den Gutachtern nicht in das Kostenrechnungsmodell übernommen werden, sondern mussten auf die einzelnen Produkte und Netzelemente überschlagsmäßig verteilt werden.

Wenn nun Mobilkom ihrer – dem AVG immanenten – Mitwirkungspflicht nicht bzw. in einem nicht ausreichenden Ausmaß nachkommt und Werte in einer für die Amtssachverständigen lediglich bedingt verwendbaren Form übermittelt, kann Mobilkom sich nicht darauf berufen, dass für sie keine Abschätzung von Verkehrsmengen vorgenommen wird. Aus diesem Umstand heraus kann es sich auch nicht ergeben, dass nun für alle anderen Mobilbetreiber, die Werte aufforderungsgemäß übermittelt haben, eine Abschätzung von den Amtssachverständigen vorgenommen wird.

Auch eine nochmalige Übermittlung dieser Werte (wiederum nicht aufgeschlüsselt nach „call types“), die in dieser Form nicht verwertbar sind, kann an diesem Umstand keine Änderung herbeiführen.

Darüber hinaus gibt Mobilkom nicht zu erkennen, inwieweit die Abschätzung der wirtschaftlichen Amtssachverständigen für das Jahr 2006, die mittels eines wissenschaftlichen Verfahrens – der loglinearen Regression – ermittelt wurde, zu hoch sei; ein bloßer Hinweis auf

Marktsättigung und „Billigpreisanbieter“ vermag die Abschätzung der wirtschaftlichen Amtssachverständigen nicht zu erschüttern.

h. Im Kontext der konkreten Berechnungen der Terminierungskosten der Mobilkom weist Mobilkom darauf hin, dass der Wert für das Jahr 2004 falsch ist und eine Kostenposition („GSM NR von bzw. zu H3G“) inkorrekt berücksichtigt wurde.

Soweit es sich um das Jahr 2004 handelt soll darauf hingewiesen werden, dass dieser Wert keine Relevanz für gegenständliches Verfahren hat, da eine Entgeltfestlegung in gegenständlicher Anordnung erst mit 2005 in Betracht kommt.

i. Soweit Mobilkom unter Hinweis auf ein Gutachten von Amtssachverständigen in den Verfahren zu K 9/98 und K 51/98 moniert, dass sich aus diesem Gutachten ergeben soll, dass eben keine First-Mover-Vorteile gegeben sein sollen, darf Mobilkom auf die Seiten 24 und 27 des von ihr angesprochenen Gutachtens verwiesen werden, aus denen sich ergibt, dass First-Mover-Vorteile gegeben sind.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen (§ 50 Abs. 1 TKG 2003). Voraussetzung dafür ist, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, sohin erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustandegekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht.

Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustandegekommene Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003). Den Parteien steht es – so auch nach Erlass einer Anordnung – frei, eine anders lautende Vereinbarung, die den gegebenenfalls auferlegten spezifischen Verpflichtungen (§§ 37, 38ff TKG 2003) entspricht, zu treffen.

Unbestritten ist, dass die Leistung der Terminierung eine Zusammenschaltungsleistung iSd §§ 3 Z 25 iVm 48 TKG 2003 darstellt (siehe auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 06.10.2003, Zl. 2003/03/0101).

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zu, in Verfahren gemäß §§ 41, 48 iVm 50 TKG 2003 eine Entscheidung zu treffen.

3. Zum Streitschlichtungsverfahren

Anträge betreffend § 117 Z 7 TKG 2003 – sohin auch der gegenständliche Antrag auf Zusammenschaltung – sind an die RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weiterzuleiten. Die RTR-GmbH hat in diesen Fällen zu versuchen, binnen sechs Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen. Die Parteien des Streitschlichtungsverfahrens sind dabei verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen. Wird eine Einigung zwischen den Parteien erzielt, ist das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission einzustellen, anderenfalls ist das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzuführen, die binnen vier Monaten nach Einlangen des Antrags zu entscheiden hat.

Im Verfahren vor der RTR-GmbH konnte zwischen den Verfahrensparteien keine einvernehmliche Lösung herbeigeführt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzusetzen war.

4. Antragslegitimation

§ 50 Abs. 1 TKG 2003 folgend ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass die Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wurde, dass zumindest sechs Wochen über die gegenständlichen Leistungen verhandelt wurde, dass beide Parteien selbst ein öffentliches Kommunikationsnetz betreiben und dass weder eine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung noch eine diesbezügliche Zusammenschaltungsvereinbarung vorliegt.

4.1. Nachfrage und Verhandlung

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 die gegenüber dem Antragsgegner erfolgte Nachfrage nach der – später bei der Regulierungsbehörde zur Anordnung beantragten – Zusammenschaltungsleistung.

Jedenfalls seit der am 25.4.2005 erfolgten Nachfrage verhandelten die Verfahrensparteien über die verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen. Es besteht sohin kein Zweifel, dass – mehr als sechs Wochen vor Antragstellung (am 15.6.2005) – über die Höhe der Mobilnetz-Terminierungsentgelte verhandelt wurde bzw. eine entsprechende Nachfrage gestellt wurde.

4.2. Betreiberstatus

Der Betreiberstatus der Verfahrensparteien ist auf Basis der nach TKG (1997) erteilten Konzessionen und der erfolgten Aufnahme der Dienstleistung zweifelsfrei gegeben und unstrittig. Gemäß § 133 Abs. 4 TKG 2003 sind die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TKG 2003 bestehenden Konzessionen nach § 14 TKG (1997) mit In-Kraft-Treten des TKG 2003 erloschen, jedoch gilt die Konzessionsurkunde nach TKG (1997) als Bestätigung im Sinne des § 15 Abs. 3 TKG 2003.

4.3. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

Auf Grund der Kündigung des zwischen den Parteien vereinbarten Anhangs 6 zum 31.7.2005 liegt hinsichtlich der beantragten Regelungen seit 1.8.2005 keine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung vor.

5. Die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte

Die Aufgabe der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 entspricht jener, wie sie schon in Verfahren nach § 41 TKG (1997) bestanden hat; die beiden Bestimmungen stimmen materiell überein. Die Tätigkeit der Telekom-Control-Kommission ist sohin die eines „Schiedsrichters“.

Die grundsätzliche Anordnung der Zusammenschaltung sowie auch die Festlegung von konkreten Bedingungen (insbesondere der Entgelte) für die Zusammenschaltung betrifft zumindest zwei Kommunikationsnetzbetreiber, deren Interessen im Rahmen privater Verhandlungen trotz der grundsätzlichen Verpflichtung zur Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003 – diese Bestimmung ist mit „Pflicht zur Zusammenschaltung“ betitelt – und der Verhandlungspflicht nach § 50 Abs. 1 TKG 2003 nicht in Übereinstimmung gebracht werden konnten. Die Telekom-Control-Kommission wird somit auch gemäß TKG 2003 lediglich subsidiär tätig (siehe dazu auch den Beschluss des VfGH B 772/03-4 vom 25.6.2003 zur materiell identen Bestimmung des § 41 TKG [1997]). Den Zusammenschaltungswerbern wäre es offen geblieben, eine privatrechtliche Einigung 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 (siehe dazu auch VwGH Zahl 2000/03/0377-6 vom 26.2.2003). Die Telekom-Control-Kommission wird durch §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 iVm § 121 Abs. 3 TKG 2003 sohin zu einer Entscheidung über die Bedingungen der Zusammenschaltung verpflichtet, sobald sie von einem Kommunikationsnetzbetreiber mangels Einigung mit einem anderen Betreiber solcher Netze angerufen wird. Der angerufenen Telekom-Control-Kommission kommt eine Entscheidungspflicht zu.

Bei der Entscheidungsfindung ist – ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien – eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG 2003 festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 34 TKG 2003 angeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht. Dabei hat die Regulierungsbehörde den „Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren“ (§ 34 Abs. 1 S 2 TKG 2003).

Zu den Hauptpunkten eines Zusammenschaltungsvertrages gehört jedenfalls das für die Zusammenschaltungsleistung zu erbringende Entgelt (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 18.3.2004, Zl. 2002/03/064: *„Die für die vertragstypischen Leistungen zu entrichtenden Entgelte sind Essentialia jedes Vertrages und müssen daher [] auch in einer behördlichen Anordnung, die nach dem Gesetz an die Stelle einer vertraglichen Vereinbarung treten soll, geregelt werden.“*).

Bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht gemäß § 35 TKG 2003 verfügen, sind die gegebenenfalls – in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 – auferlegten spezifischen Verpflichtungen zu berücksichtigen:

Der Verfahrenspartei Mobilkom wurde mit Bescheid vom 27.10.2004 zu M 15a/03 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz“ iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 festgestellt.

Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wurde ihr folgende spezifische Verpflichtung auferlegt: Mobilkom hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durch-

schnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert.

Im Rahmen der Festlegung von Entgelten für die Leistung der Terminierung im Streitfall hat die Telekom-Control-Kommission dieser auferlegten Verpflichtung Rechnung zu tragen, dh Terminierungsentgelte festzulegen, die sich „an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientieren“. Diese „Orientierung an den Kosten iSv LRAIC“ wurde in den bezugnehmenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 – in der Begründung derselben (Punkt 9) – dahingehend näher konkretisiert, dass ein längerfristiger Gleitpfad anzusetzen ist, der vom derzeitigen Terminierungsentgelt (im Sinne einer Preisobergrenze) zu einem einheitlichen Preis führt.

6. Zur Frage des „einheitlichen Marktpreises“ gegenüber einer betreiberindividuellen Betrachtung

Eine allfällige Diskussion zum Verhältnis der Mobil-Terminierungsentgelte der jeweiligen Mobilbetreiber, dh ein Entgelt für alle Betreiber in der selben Höhe („einheitlicher Marktpreis“) bzw. unterschiedliche Entgelte, ist vor dem Hintergrund der erwähnten Verpflichtung gemäß §§ 37, 42 TKG 2003 („*Entgelt, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert*“), den zu Grunde liegenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 vom 27.10.2004 sowie dem Zweck und den Zielen des TKG 2003 zu führen.

Bereits die konkrete Ausgestaltung der allen Mobilfunkbetreibern gleichermaßen auferlegten Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 – *ein Entgelt, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ orientiert* – indiziert grundsätzlich, dass eine Orientierung an einem einheitlichen Entgelt für die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz vorzunehmen ist – allen Mobilfunkbetreibern wurde im Lichte der selben festgestellten Wettbewerbsprobleme die selbe Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 auferlegt. Die Orientierung an diesem Kostenmaßstab wird über eine nicht-disruptive Heranführung an einen LRAIC-Wert realisiert.

So eröffnen die Bestimmungen des § 37 TKG 2003 der Regulierungsbehörde nicht nur die Möglichkeit, eine (oder mehrere) geeignete spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38ff TKG 2003 auszuwählen und dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aufzuerlegen, sondern auch die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Verpflichtung (diesfalls zur Entgeltkontrolle) derart zu spezifizieren, dass diese geeignet ist, wettbewerbliche Verhältnisse herzustellen bzw. in den Fällen, in denen Wettbewerb faktisch nicht möglich ist (wie auf den Monopolmärkten der Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze) zu simulieren.

Vor diesem Hintergrund bietet § 42 TKG 2003 verschiedene Möglichkeiten der Entgeltkontrolle: so spricht Abs. 1 leg. cit. auch von der Auferlegung von „Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte“ (hierbei ist den Investitionen Rechnung zu tragen und eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu ermöglichen). In weiterer Folge (Abs. 2 leg. cit.) werden „an den Kosten orientierte Entgelte“, „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“, „von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung“ sowie die Berücksichtigung von „Entgelten, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten“, erwähnt. Es zeigt sich, dass die Regulierungsbehörde – unter Bedachtnahme auf die Verhältnismäßigkeit – die konkrete Ausformung der Entgeltkontrolle entsprechend den Ergebnissen eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 vorzunehmen hat und § 42 TKG 2003 die Telekom-Control-Kommission eine „Bandbreite“ an konkreten Möglichkeiten eröffnet.

Im Besonderen lässt sich der Bestimmung des § 42 TKG 2003 keine Vorgabe hinsichtlich der Verhältnisse der Terminierungsentgelte der Mobilfunkbetreiber zueinander, dh einheitlich oder unterschiedlich, entnehmen.

In diesem Kontext ist auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum TKG (1997), insbesondere zu dessen § 41, zu verweisen. Im Zusammenhang mit dieser materiell im Wesentlichen mit §§ 48, 50 TKG 2003 übereinstimmenden Bestimmung hält der Verwaltungsgerichtshof wie folgt fest: *„Soweit sich die Beschwerde dagegen wendet, dass durch die im angefochtenen Bescheid erfolgte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten eine Kostenunterdeckung eintrete, genügt es auf das hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2002, Zl. 2000/03/0190, zu verweisen, wonach sich aus den für die Zusammenschaltung relevanten Rechtsgrundlagen, insbesondere aus dem Grundsatz der Kostenorientiertheit, der bei der Entgeltfestsetzung für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt, die Relevanz der konkreten, beim marktbeherrschenden Unternehmen tatsächlich angefallenen Kosten für die Zusammenschaltung bei der Entgeltfestsetzung nicht ableiten lässt.“* (VwGH 2002/03/0270 und VwGH 2002/03/0273, jeweils vom 25.2.2004) Diese Erkenntnisse beziehen sich auf Verfahren betreffend Zusammenschaltungsentgelte der – damals nach TKG (1997) marktbeherrschenden – Telekom Austria AG und zeigen deutlich auf, dass ein reines Abstellen auf tatsächliche Kosten (vor dem Hintergrund der rechtlichen Rahmenbedingungen des TKG (1997)) nicht geboten ist.

Nachdem nun die gesetzlichen Vorgaben für die Regulierungsbehörde keine ausdrückliche Bestimmung betreffend das Verhältnis der Mobil-Terminierungsentgelte zueinander enthalten, hat die Telekom-Control-Kommission eine Entscheidung zu treffen, die dem Ergebnis der einschlägigen Marktanalyseverfahren Rechnung trägt, dem Gebot der Verhältnismäßigkeit sowie dem Zweck und den Zielen des TKG 2003 entspricht.

Wie festgestellt, ist das primäre Ziel regulatorischer Intervention auf diesem Markt die Imitation eines Wettbewerbsergebnisses, dh die Erreichung eines Wettbewerbspreises, welches sich auf den gegenständlichen Märkten der Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze nicht einstellt; in diesem Zusammenhang ist auf die Bescheide der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 zu den betreiberindividuellen Mobil-Terminierungsmärkten sowie die diesbezüglichen Feststellungen zu verweisen.

Die Terminierungsleistung in das Mobilnetz A als solche unterscheidet sich grundsätzlich auch nicht von der Leistung der Terminierung in das Mobilnetz B: Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung nämlich als ein homogenes Produkt, unabhängig von ihrer Technologie oder des Kundenstocks. In einem Wettbewerbsmarkt sind Faktoren, wie unterschiedliche Technologien oder Kosten pro Teilnehmer, von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann.

Eine betreiberindividuelle Marktabgrenzung iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 ändert nichts am Umstand, dass wettbewerbliche Bedingungen zu „simulieren“ sind und ein Wettbewerbspreis, der sich auf einem kompetitiven Markt einstellt, „nachzubilden“ ist. Auf jeden der einzelnen Mobil-Terminierungsmärkte würde sich unter kompetitiven Bedingungen ein und der selbe Preis – der „Markt- oder Wettbewerbspreis“ – einstellen.

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis – ein Preis, der den Kosten der Leistung entspricht – festgesetzt werden: Der effiziente Preis für den Zugang liegt in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines hinreichend effizienten Betreibers, wobei Aufschläge für Fixkosten zu berücksichtigen sind; die beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ stellen die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten („LRAIC“) dar. Mit diesem Kostenrechnungsmaßstab wird – § 42 Abs.

1 TKG 2003 entsprechend – grundsätzlich den Investitionen eines effizienten Betreibers Rechnung getragen sowie eine entsprechende Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken berücksichtigt.

Die LRAIC berücksichtigen die für die gegenständliche Leistung anfallenden Kosten und sehen auch eine Rendite für das eingesetzte Kapital vor; es werden jedoch nur solche Kosten angesetzt (bzw. ersetzt), die bei hinreichender Effizienz des Unternehmens anfallen. Dem angeordneten Kostenrechnungsmaßstab „LRAIC“ ist die effiziente Leistungsbereitstellung immanent, die zur Folge haben kann, dass ein (Mobilfunk-)Unternehmen nicht alle seine für die Terminierungsleistung anfallenden Kosten ersetzt erhält.

Die konkrete Umsetzung der auferlegten Verpflichtung zur Entgeltkontrolle iSd Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 trägt nun zum einem dem Umstand Rechnung, dass für alle verpflichteten Mobilfunkunternehmen ein (einheitliches) Entgelt idH der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ zur Anwendung zu gelangen hat, wobei – wie festgestellt – Umstände es rechtfertigen, dass dieser Maßstab nicht sofort erreicht wird.

7. Zur Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

7.1. Allgemeines

Ausgangspunkt für die Festlegung der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte ist – wie ausgeführt – die Mobilkom konkret auferlegte Verpflichtung, ein Mobil-Terminierungsentgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ orientiert. Diese Orientierung an den Kosten iSv „LRAIC“ wurde in den bezugnehmenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 (für alle Mobilfunkbetreiber) – in der Begründung derselben (Punkt 9) – dahingehend näher konkretisiert, dass ein längerfristiger Gleitpfad sinnvoll ist, der vom derzeitigen Terminierungsentgelt (im Sinne einer Preisobergrenze) zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft führt. Der Gleitpfad ist als Preisobergrenze anzusehen („*price cap*“) und kann vom Betreiber unterschritten werden. Der Endwert des Gleitpfades – die Höhe des Entgelts am Ende des Gleitpfades – liegt in der Höhe des „korrekten“ Preises, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung. Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades disruptive Eingriffe zu vermeiden sowie darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird. Auch den Anfangsinvestitionen von „Marktneueinsteigern“ ist im Rahmen des § 1 Abs. 2 Z 2 lit. c TKG 2003 Rechnung zu tragen („Investitionsschutz“).

Es besteht vor diesem Hintergrund kein Zweifel, dass die auferlegte Verpflichtung der „Orientierung an den Kosten eines effizienten Betreibers iSv LRAIC“ in den bezugnehmenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 dahingehend zu werten ist, dass ein Gleitpfad heranzuziehen ist, der zu Kosten gemäß LRAIC führt.

Zu diesem Zweck wurden wirtschaftliche Amtssachverständige mit der Erstellung eines Gutachtens zur Ermittlung der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) für die Zusammenschaltungsleistung der Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz beauftragt, wozu die Kosten aller Mobilfunkbetreiber erhoben wurden.

Die geringsten ermittelten Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung stellen eine gute Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers dar, da die Mobilfunkunternehmen auf Grund des Wettbewerbsdruckes gezwungen sind, ihre Leistungen effizient zu erbringen; Mobilkom als Betreiber mit den geringsten Kosten gibt – vor dem Hintergrund der ökonomischen Theorie zum einheitlichen Marktpreis („one price rule“) – somit die „LRAIC eines effizienten Betreibers“ vor. An diesen Wert hat sohin eine Orientierung zu erfolgen.

Diese Methode der Ermittlung der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers ist im Vergleich zu anderen Methoden (wie ein Bottom-Up-Modell) nicht nur einfach, rasch und kostensparend (iSd § 39 Abs. 2 AVG) zu operationalisieren, sondern geht auch von realen Verhältnissen (Berücksichtigung tatsächlich anfallender Kosten eines hinreichend effizienten Betreibers) in Österreich im Bereich der Mobil-Terminierung aus und erfordert vice versa kaum Annahmen oder Prognosen.

Darüber hinaus steht dieser Ansatz in Einklang mit einem wettbewerbsorientierten Ansatz und stellt sicher, dass längerfristig kein Betreiber Übergewinne erwirtschaften kann. Ein Wettbewerbsmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass sich Marktpreise an den langfristigen Durchschnittskosten, welcher der Industrie für die effiziente Produktion – d.h. mit den geringst möglichen Produktionskosten – entstehen, orientieren und Anbieter unabhängig von ihren kurzfristigen tatsächlichen Kosten gezwungen sind, zu diesen Preisen anzubieten. Die LRAIC eines effizienten Betreibers (dh der Mobilkom) stellen eine gute Annäherung an ein Ergebnis dar, das sich auf einem Wettbewerbsmarkt einstellen würde.

7.2. Zur Festlegung der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte im Konkreten

Auf der Grundlage obiger Ausführungen ergibt sich, dass die im Spruch festgelegten Entgelte für die Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Antragsgegnerin die beste Orientierung an den „LRAIC eines effizienten Betreibers“ iSd Bescheides der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 vom 27.10.2004 darstellen.

Die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers, an die eine Orientierung zu erfolgen hat, entsprechen dem für Mobilkom für das Jahr 2005 ermittelten Wert gemäß „Szenario B“; dieser beträgt Cent 6,79.

Die Heranziehung eines aktuellen Wertes als „Zielwert“, dh die LRAIC eines effizienten Betreibers im Jahr 2005, ergibt sich daraus, dass dieser Wert auf aktuellen und tatsächlichen Werten beruht, für die kaum Prognosen heranzuziehen oder Annahmen anzustellen waren und deswegen als valide anzusehen ist. Das von den Amtssachverständigen ermittelte Szenario B, das von einem arithmetischen Mittel der Anteile der Overheadkosten aller Mobilfunkbetreiber ausgeht, ist aus Sicht der zur Entscheidung angerufenen Regulierungsbehörde angemessen, zumal damit ein transparenter und einfacher Ausgleich zwischen sehr unterschiedlichen Anteilen an Overheadkosten gefunden werden konnte. Gerade vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Werte, die durchaus betreiberindividuelle Gründe haben können, haben es die Amtssachverständigen auch als notwendig erachtet, Alternativen (Szenarien B und C) aufzuzeigen, die eine einfache Annäherung an Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung betreffend Overhead ermöglichen.

Das Ergebnis der arithmetischen Mittelung wurde darüber hinaus auch von den Amtssachverständigen mit Ergebnissen früherer Verfahren und Gutachten validiert. Weiters bewegt sich das Ergebnis nach Szenario B zwischen den Mobilkom-Werten des Jahres 2005 gemäß den anderen errechneten Szenarien („Szenario A“ beträgt Cent 7,26, „Szenario C“ beträgt Cent 6,42), weswegen die Telekom-Control-Kommission das Ergebnis dieses Szenarios als geeignete und verhältnismäßige Entscheidungsgrundlage ansieht.

Die Heranziehung eines anderen (höheren) Wertes als des für Mobilkom ermittelten Wertes in der Höhe von Cent 6,79, etwa die Kosten eines hypothetischen Betreibers mit einem bestimmten Marktanteil (wie etwa 20%), hätte zur Konsequenz, dass jene Betreiber, deren tatsächliche Kosten unter dem derart ermittelten Wert liegen, Entgelte über Kosten lukrieren können, selbst wenn sie bereits – zum Beispiel über einen Gleitpfad – an dieses Niveau herangeführt wurden. Allokative Verzerrungen, hervorgerufen durch die Betreiber mit geringeren Kosten als der „Zielwert“, können somit nicht ausgeschlossen werden. Gerade die Heranziehung eines realen Wertes desjenigen Unternehmens, das die Leistung der Mobil-

Terminierung am kostengünstigsten anbieten kann, stellt sicher, dass kein Unternehmen längerfristig Entgelte über Kosten verrechnen kann.

Bei einer Orientierung an dem Wert Cent 6,79 (LRAIC eines effizienten Betreibers,) ist – wie den zu Grunde liegenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 zu entnehmen ist – darauf zu achten, dass „*disruptive Eingriffe zu vermeiden*“ sind sowie „*für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird*“. Darüber hinaus ist „*den Anfangsinvestitionen von „Marktneueinsteigern“ [] Rechnung zu tragen („Investitionsschutz“)*“ (Late-comer-Nachteile). Weiters wird eine Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit sowie den Regulierungszielen näher determiniert.

Eine transparente Möglichkeit zur Operationalisierung der spezifischen Verpflichtung der „Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers“ unter Zugrundelegung der genannten Bedingungen stellt die Heranziehung eines „Gleitpfades“ dar:

Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass ein linearer Gleitpfad mit einheitlichen (absoluten) Absenkungen diese Anforderungen am besten erfüllt. Demgegenüber ist ein degressiv verlaufender Gleitpfad als disruptiv und (somit) unverhältnismäßig anzusehen. Diese Disruptivität zeigt sich darin, dass bei einem degressiven Verlauf eines „Gleitpfades“ der Großteil der Senkungen in einem sehr kurzen Zeitraum stattfinden, während in einer weiteren Phase, in der sich der Gleitpfad im einem sehr flachen Bereich bewegt, nur geringfügige Senkungen vorgenommen werden, weswegen ein degressiver Verlauf eines Gleitpfades eine ähnlich starke Wirkung haben kann, wie eine einmalige Senkung eines Entgeltes. Eine solche Herangehensweise konterkariert den grundsätzlichen Gedanken eines „Gleitpfades“, der eine schrittweise und somit verhältnismäßige Heranführung an ein Ziel realisieren soll.

Um den Marktpositionen der einzelnen Mobilfunkbetreiber (und damit Late-Comer-Nachteilen) Rechnung zu tragen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu 2002/03/0164 vom 18.3.2004: „*Dass die Marktposition der beteiligten Unternehmen bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten berücksichtigt wird, ist vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG rechtlich nicht zu beanstanden, sondern vielmehr ausdrücklich geboten. Nach dieser Bestimmung, die im Rahmen der Auslegung des § 41 Abs. 3 TKG sowie der Regulierungsziele der §§ 1 und 32 Abs. 1 TKG zu beachten ist, berücksichtigt die nationale Regulierungsbehörde bei ihrer Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten u.a. die relative Marktstellung der Parteien.*“), sieht der Gleitpfad vor, dass Betreiber, die später in den Markt eingetreten sind, später an das LRAIC-Niveau eines effizienten Betreibers herangeführt werden und damit länger Zeit haben, die mindestoptimale Betriebsgröße zu erreichen. Dies wiederum wird durch einen Gleitpfad mit gleichen Absenkungen für alle Betreiber erreicht.

Ein Gleitpfad mit gleichen Absenkungen (bis zur Erreichung des Zielniveaus) für alle Betreiber ist fair und nichtdiskriminierend, da alle Betreiber mit denselben absoluten Absenkungen konfrontiert sind. Durch unterschiedlich hohe Ausgangswerte für den Gleitpfad, dh die aktuell (Dezember 2005) zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelte, und gleich großen Absenkungen wird erreicht, dass Mobilkom als größtes und als erstes in den Markt eingetretenes Unternehmen („First Mover“) mit der „effizientesten Leistungsbereitstellung“ das Zielniveau als erstes erreicht, wodurch ihre Entgelte über Kosten vorrangig reduziert werden. Darüber hinaus bedeutet eine jeweils gleich hohe Absenkung der Terminierungsentgelte der vier GSM-/UMTS-Betreiber die Beibehaltung jener Relation der Mobil-Terminierungsentgelte zueinander, wie sie privatautonom vereinbart wurden (vgl. die Feststellungen zu den zuletzt vereinbarten und aktuell verrechneten Entgelten); eine diesbezügliche Übereinstimmung mit Vereinbarungen indiziert, dass gleich hohe (absolute) Senkungen angemessen und verhältnismäßig sind.

Demgegenüber ermöglicht ein Gleitpfad, der eine zeitgleiche Zielerreichung aller Mobilfunkbetreiber vorsieht, das Lukrieren von Entgelten über Kosten für Mobilkom als „First Mover“ über einen deutlich längeren Zeitraum, für den es nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission keine sachliche Rechtfertigung gibt.

Um disruptive Eingriffe zu verhindern, erachtet die Telekom-Control-Kommission die – für gegenständliche Anordnung auf Grund der Befristung „fiktive“ – Erreichung des Zielwertes bis spätestens 31.12.2008 als verhältnismäßig an. Spätestens mit diesem Zeitpunkt haben die Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung dem Zielwert zu entsprechen, woraus sich ergibt, dass spätestens zu diesem Zeitpunkt der „einheitliche Marktpreis“ umgesetzt wird. Einen Zeitraum von etwa 3 Jahren (ab Erlassung des gegenständlichen Bescheides) erachtet die Telekom-Control-Kommission als geeignet, später in den Markt eintretende Betreiber die Möglichkeit einzuräumen, die mindestopoptimale Größe zu erreichen. So wurde auch im alten Rechtsrahmen – TKG (1997) – von einer 3-jährigen Frist ausgegangen, innerhalb derer Mobilfunkbetreiber einen gewissen „Schutz“ erhalten (§ 125 Abs. 3 TKG [1997], vgl. VwGH 2002/03/0165, 18.3.2004). Darüber hinaus ermöglicht eine bis Ende 2008 dauernde Zeitspanne den direkt betroffenen Betreibern, (gegebenenfalls) interne Adaptationen vorzunehmen und ihre Geschäftsplanung an sinkende Terminierungsentgelte anzupassen; dies gibt den Betreibern grundsätzlich Planungssicherheit, wenngleich – wie bereits hingewiesen wurde – eine verbindliche Anordnung von Terminierungsentgelten nicht über den Abschluss der einzuleitenden einschlägigen Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 hinausgeht.

Eine wesentlich kürzere Zeitspanne bis zur Erreichung eines effizienten Niveaus, etwa bis Ende des Jahres 2006, erachtet die Telekom-Control-Kommission jedenfalls als disruptiv und unverhältnismäßig, da die Mobilfunkbetreiber binnen eines Jahres ab Bescheiderlassung auf bis zu 65% ihres Terminierungsentgeltes verzichten müssten (diesfalls Hutchison); ein erfolgter Marktaustritt eines Mobilfunkbetreibers könnte nicht ausgeschlossen werden. Eine Senkung des Terminierungsentgeltes über einen Zeitraum von 3 Jahren (2006 bis 2008) im Wege von Schritten im Abstand von sechs Monaten bedeutet selbst im Fall der Hutchison, die auf Grund ihres aktuellen Terminierungsentgeltes die größten Absenkungen erfährt, eine Senkung des Entgeltes in einer Höhe von etwa 10% pro Absenkungsschritt. Eine solche Senkung (etwa 10% pro Schritt bzw. 20% jährlich) erachtet die Telekom-Control-Kommission jedenfalls als nicht-disruptiv und verhältnismäßig iSd § 34 TKG 2003. Demgegenüber birgt eine längere Zeitspanne (zur Erreichung der „LRAIC eines effizienten Betreibers“) die Gefahr in sich, dass die bestehenden Wettbewerbsprobleme nicht mit der erforderlichen Konsequenz bekämpft werden können. Angesichts der Stellungnahmen aus der nationalen Konsultation – der Großteil der Konsultationsteilnehmer hat sich für eine „Zielerreichung“ im Jahr 2008 bzw. 2009 ausgesprochen – sowie der deutlichen Stellungnahme der Europäischen Kommission ist die Telekom-Control-Kommission nach neuerlicher eingehender Erörterung zur Auffassung gelangt, dass ein Gleitpfad im Vergleich zu jenem aus dem Maßnahmenentwurf vom 26.9.2005 verkürzt werden muss.

Im Konkreten sieht der Gleitpfad vor, dass die einheitlichen Absenkungen durch jenen GSM-Betreiber bestimmt werden, der aktuell (Dezember 2005) das höchste Mobil-Terminierungsentgelt (Startwert) aufweist. Wie festgestellt, erhält tele.ring ein Mobil-Terminierungsentgelt in der Höhe von Cent 13,80. Die über den Zeitraum konstanten Absenkungen ergeben sich aus der Differenz zwischen dem Startwert dieses Betreibers im Dezember 2005 (Cent 13,80) zu den LRAIC eines effizienten Betreibers (Cent 6,79), verteilt auf jährlich zwei Absenkungsschritte bis 31. Dezember 2008. Die erste Absenkung in dieser Weise erfolgt ab dem auf die Bescheiderlassung nächstfolgenden Monatsersten, dh am 1.1.2006, die zweite am 1.7.2006, sodann jeweils am 1.1. und 1.7. eines Jahres. Die letzte Absenkung ist – fiktiv – für den 31.12.2008 vorgesehen.

Die Differenz zwischen dem Startwert (Cent 13,80) und dem Zielwert (Cent 6,79) beträgt Cent 7,01. Die Zahl der Absenkungen bis zur (fiktiven) Erreichung des Zielwertes unter

Zugrundelegung von 2 Absenkungsschritten jährlich, wobei die letzte Absenkung bereits am 31.12.2008 erfolgt, ist 7 (1.1.2006, 1.7.2006, 1.1.2007, 1.7.2007, 1.1.2008, 1.7.2008 sowie 31.12.2008),, woraus sich ergibt, dass für alle GSM-/UMTS-Betreiber pro Schritt eine Absenkung in der Höhe von etwa Cent 1 (gerundet) vorzunehmen ist ([Startwert 13,80 –Zielwert 6,79]/7 = 1,0014].

Auf Grund des Umstandes, dass dieser Absenkungsschritt für alle GSM-Betreiber in derselben Höhe zur Anwendung gelangt, erreichen die Mobilfunkbetreiber den Zielwert zeitversetzt, da der jeweilige Startwert, dh das aktuelle Mobil-Terminierungsentgelt unterschiedlich hoch ist. So erreicht Mobilkom das Zielniveau bereits am 1.7.2007, während die anderen Betreiber am 1.7.2008 (T-Mobile) sowie 31.12.2008 den Wert erreichen, wobei freilich der letzte Schritt auf den Zielwert in der Höhe von Cent 6,79 bei den übrigen Mobilfunkbetreibern unterschiedlich hoch ausfällt. Auch wenn dieser Umstand für gegenständliche Anordnung auf Grund ihrer Befristung von untergeordneter Relevanz ist (der Zielwert wird im Anordnungszeitraum nicht erreicht), verdeutlicht er, dass die Ausgestaltung des Gleitpades auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruht und den unterschiedlichen Marktpositionen der Betreiber Rechnung trägt. Die Heranziehung der zuletzt privatrechtlich vereinbarten Terminierungsentgelte als Ausgangspunkt bzw. Startwert für eine Absenkung ist vor dem Hintergrund der Vermeidung disruptiver Eingriffe geboten; ein geringerer Startwert (wie beispielsweise die tatsächlichen betreiberindividuellen Terminierungskosten) würde einen „Gleitpfad“ mit einheitlichen Absenkungsschritten, der Disruptivität vermeiden will, ad absurdum führen.

Die vorgenommene Senkung des Terminierungsentgeltes der Mobilkom am 1.11.2005 (bis 31.12.2005) gründet auf der spezifischen Verpflichtung der Mobilkom zur Nichtdiskriminierung (gemäß Bescheid zu M 15a/03 iVm § 38 TKG 2003); Mobilkom hat diese privatrechtlich vereinbarten Entgelte (siehe die Feststellungen zu den vereinbarten Entgelten zwischen Mobilkom, T-Mobile und One) in der gleichen Höhe auch im Verhältnis zur Gegenpartei des gegenständlichen Verfahrens zur Anwendung zu bringen.

Die Telekom-Control-Kommission erachtet die Absenkungsschritte bis Ende 2006 als verhältnismäßig und als eine nicht-disruptive Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers, da die Betreiber auf dieser Grundlage längerfristig planen können (Planungssicherheit). Darüber hinaus haben auch drei Mobilfunkbetreiber privatrechtlich Vereinbarungen geschlossen, die im Zeitraum bis Ende 2006 zumindest zwei Absenkungsschritte (zum 1.11.2005 sowie 1.7.2006) vorsehen; diese Absenkungen orientieren sich ebenfalls an einem Gleitpfad, wobei die Zielerreichung (erst) für Ende des Jahres 2011 vorgesehen ist. Auch wenn diese Vereinbarungen geringfügigere Absenkungen vorsehen als in gegenständlicher Anordnung, zumindest für den Zeitraum ab 1.1.2006, erachtet die Telekom-Control-Kommission die spruchgemäßen Festlegungen für verhältnismäßig iSd § 34 TKG 2003, zumal – wie ausgeführt – das vordringliche Ziel der vorliegenden Regulierungsmaßnahme die Umsetzung der mit den Bescheiden zu M 15/03 (vom 27.10.2004) auferlegten spezifischen Verpflichtungen zur Entgeltkontrolle sowie die Beseitigung bzw. der Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme ist. Eine Perpetuierung von Entgelten über einem effizienten Niveau für einen Zeitraum von sechs Jahren wird von der Telekom-Control-Kommission im Einklang mit der Europäischen Kommission sowie einer Vielzahl von Konsultationsteilnehmern (vgl. die Stellungnahmen aus den Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003) vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und der Verhältnismäßigkeit als nicht geeignet angesehen, um die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen.

Auch eine Abwägung der Interessen des einzelnen Betreibers mit dem Interesse an einer zügigen Beseitigung der festgestellten Wettbewerbsprobleme mittels eines Vergleiches der festgelegten Entgelte mit den tatsächlichen betreiberindividuellen Kosten (der Jahre 2005 und 2006,) sowie den angezeigten Vereinbarungen ergibt, dass die spruchgemäße Anordnung unter den angegebenen Rahmenbedingungen verhältnismäßig ist.

Allfällige sich ergebende Kostenunterdeckungen sind vor dem Hintergrund der Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowie der auferlegten spezifischen Verpflichtungen, insbesondere jener gemäß § 42 TKG 2003, zu beurteilen: der Verpflichtung zur Orientierung an einer effizienten Leistungsbereitstellung ist das reine Abstellen auf tatsächlich angefallene Kosten nicht zu entnehmen. In diesem Zusammenhang soll auf die bereits erwähnten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, deren Relevanz durch das TKG 2003 nicht verloren gegangen ist, verwiesen werden („... wonach sich aus den für die Zusammenschaltung relevanten Rechtsgrundlagen, insbesondere aus dem Grundsatz der Kostenorientiertheit, der bei der Entgeltfestsetzung für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt, die Relevanz der konkreten, beim marktbeherrschenden Unternehmen tatsächlich angefallenen Kosten für die Zusammenschaltung bei der Entgeltfestsetzung nicht ableiten lässt“; VwGH 2002/03/0270 und VwGH 2002/03/0273, jeweils vom 25.2.2004). Eine allfällige Kostenunterdeckung soll weiters einen konkreten Anreiz zur Kostenoptimierung sowie zur Effizienzsteigerung geben. Gleichzeitig soll der Zusammenschaltungspartner nur jene Kosten ersetzen, die bei seinem (als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft und mit spezifischen Verpflichtungen ausgestatteten) Zusammenschaltungspartner bei entsprechend effizienter Leistungsbereitstellung entstehen; allfällige Ineffizienzen sollen nicht durch Zusammenschaltungspartner, die keinen Einfluss auf die Kosten des jeweils anderen ausüben können, finanziert werden.

Im Zusammenhang mit den Absenkungsschritten ist auf die besondere Situation des UMTS-Betreibers Hutchison, der als zeitlich letzter Betreiber begonnen hat, mobile Dienste anzubieten, hinzuweisen: Die Telekom-Control-Kommission vertritt grundsätzlich die Auffassung, dass Hutchison auf Grund des späteren Markteintrittszeitpunkts und den damit verbundenen Late-Comer-Nachteilen einen besonderen „Investitionsschutz“ genießen soll; dieser hat allerdings nur so lange zu gelten, bis die tatsächlichen Kosten der Hutchison unter ihr aktuelles Terminierungsentgelt von Cent 19,62 fallen. Die Feststellungen zeigen, dass die Kosten der Hutchison jedenfalls unter dem aktuellen Terminierungsentgelt liegen, weswegen ein „besonderer Investitionsschutz“ nicht zur Anwendung gebracht wird.

Das höhere Ausgangsniveau, dh ein Mobil-Terminierungsentgelt der Hutchison in einer Höhe von Cent 19,62, erfordert größere Absenkungen im Vergleich zu den Absenkungsschritten der vier GSM-Betreiber, um das Terminierungsentgelt der Hutchison bis 31. Dezember 2008 auf das LRAIC-Niveau eines effizienten Betreibers abzusenken. Dies ist aus Sicht der Telekom-Control-Kommission gerechtfertigt, da Hutchison im Gegensatz zu den GSM-Betreibern geringere Versorgungsverpflichtungen erfüllen muss und gleichzeitig die Möglichkeit hat, die Netzinfrastruktur bestehender Betreiber zu nutzen (National Roaming). Dadurch ist Hutchison in geringerem Maße mit Größennachteilen (und damit auch Late-Comer-Nachteilen) konfrontiert als dies GSM-Betreiber waren. Diese grundlegenden Unterschiede zwischen GSM- und UMTS-Betreibern rechtfertigen es auch, die Absenkungsschritte der Hutchison nicht auch für die anderen GSM-Betreiber zur Anwendung zu bringen. Darüber hinaus würde eine Heranziehung der Absenkungsschritte der Hutchison in einer Höhe von etwa Cent 1,83 (siehe sogleich) für die vier GSM-/UMTS-Betreiber mit sich bringen, dass beispielsweise Mobilkom bereits ab 1.7.2006 das Zielniveau erreicht hat (dh Cent 10,34 minus Cent 1,83 am 1.1.2006 minus Cent 1,83 am 1.7.2006) und im Wesentlichen binnen weniger Monate ab Erlassung gegenständlicher Anordnung über 30% ihres aktuellen Terminierungsentgeltes verliert; dies erachtet die Telekom-Control-Kommission als unverhältnismäßigen Eingriff. Das Hutchison möglicherweise vermehrt in eine eigene Infrastruktur investiert bzw. diese Investitionen vornehmen wird, vermag derzeit keine Änderung dieser Festlegung herbeizuführen, sind doch keine sachlichen Gründe erkennbar.

Auf der Grundlage dieser Überlegungen ergeben sich für Hutchison höhere Absenkungsschritte: Die Differenz zwischen dem Startwert (Cent 19,62) und dem Zielwert (Cent 6,79) beträgt Cent 12,83. Die Zahl der Absenkungen bis zur (fiktiven) Erreichung des Zielwertes unter Zugrundelegung von 2 Absenkungsschritten jährlich (wobei die letzte Absenkung be-

reist am 31.12.2008 erfolgt) ist 7, woraus sich ergibt, dass pro Schritt eine Absenkung in der Höhe von Cent 1,8328 vorzunehmen ist ($[(\text{Startwert } 19,62 - \text{Zielwert } 6,79)/7 = 1,8328]$).

Eine schnellere Heranführung an die tatsächlichen Kosten bzw. die Heranziehung dieser Kosten als Startwert – wie sie festgestellt wurden – wird von der Telekom-Control-Kommission als zu eingriffsintensiv und daher als unverhältnismäßig erachtet. Soweit auf die Notwendigkeit verwiesen wird, die Übergewinne rasch zu beseitigen, um das festgestellte Wettbewerbsproblem der Übergewinne zu beseitigen, ist Folgendes auszuführen:

Im Rahmen der Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission „allokative Verzerrungen für Off-Net-Calls in Mobilnetze“ als das zentrale Wettbewerbsproblem identifiziert. Unter „allokativer Effizienz“ wird die Effizienz der Preissetzung verstanden. Durch allokativer Effizienz wird der soziale Überschuss maximiert. Dies wird erreicht, wenn der Preis den Grenzkosten (bzw. Durchschnittskosten im Second-Best-Fall) entspricht. Übersteigt der Preis diese Kosten, werden Konsumenten ausgeschlossen, die andernfalls bereit wären, die zusätzlichen Kosten für die Produktion der von ihnen konsumierten Güter zu tragen (mit der Konsequenz einer geringeren Outputmenge). Im Gegensatz dazu beschreibt die „produktive Effizienz“ die Kostenseite der Unternehmen. Produktive Effizienz ist gegeben, wenn die Kosten für das gegebene Outputniveau minimal sind. Auf einem perfekten Wettbewerbsmarkt ist – zumindest langfristig – sowohl allokativer Effizienz wie produktive Effizienz sichergestellt und keines der Unternehmen in der Lage, Übergewinne zu erwirtschaften.

Wie in den Bescheiden zu M 15/03 ausgeführt, herrscht auf dem Mobil-Terminierungsmärkten kein effektiver Wettbewerb: auf diesen imperfekten Wettbewerbsmärkten können Preise sowie Kosten vom effizienten Niveau abweichen. Betreiberindividuelle Übergewinne (höhere Margen als die Mitbewerber) sind allerdings nicht nur auf überhöhte Preise (allokative Ineffizienz) zurückzuführen, sondern können auch durch ein höheres Maß an technischer Effizienz (geringere Kosten) bedingt sein. Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativer Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden.

Die betreiberindividuellen Übergewinne (Entgelte über den festgestellten Kosten) können einfach durch eine Multiplikation der Verkehrsmengen mit der Differenz aus dem festgelegten Entgelt und den festgestellten ermittelten Kosten ermittelt werden, weswegen auch keine weiteren Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne durch die Telekom-Control-Kommission vorzunehmen waren. Ein Vergleich der Höhe der in gegenständlicher Anordnung festgelegten Entgelte über den Kosten mit den Übergewinnen, die bei einem Gleitpfad mit einem Zielzeitpunkt Ende des Jahres 2011 entstehen, zeigt, dass die Übergewinne mit gegenständlicher Anordnung substantiell reduziert wurden. Vor diesem Hintergrund geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass der Stellungnahme der Europäischen Kommission iSd § 129 Abs. 2 TKG 2003 jedenfalls Rechnung getragen wird.

In diesem Kontext soll festgehalten werden, dass die Telekom-Control-Kommission unter Übergewinne die Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten einzelner Betreiber und den verrechneten Terminierungsentgelten versteht. Lediglich dieses Delta kann einen „Gewinn“, verstanden als „Erfolg autonomer einzelwirtschaftlicher Tätigkeit“, eines einzelnen Betreibers darstellen. Demgegenüber besteht eine Differenz zwischen den verrechneten Terminierungsentgelten und dem „effizienten Niveau einer Leistungsbereitstellung“; diese Differenz wurde (auch) im Rahmen der mündlichen Verhandlung teilweise auch als „ökonomischer Übergewinn“ bezeichnet, weswegen jene Betreiber, die derzeit ein höheres Entgelt erhalten, somit eine größere Differenz zum LRAIC-Wert eines effizienten Betreibers aufweisen und ggf. höhere „ökonomische Übergewinne“ lukrieren würden als etwa Mobilkom. Die Telekom-Control-Kommission kann der Behauptung zustimmen, dass Differenzen zum effizienten Niveau allokativer Verzerrungen hervorrufen, jedoch wurden Gründe genannt, insbesondere

Größenvorteile bzw. unterschiedliche Zeitpunkte der Betriebsaufnahme, die rechtfertigen, dass dieses effiziente Niveau erst nach einer gewissen Zeit erreicht wird und die allokativen Verzerrungen somit schrittweise abgebaut werden. Jedoch schließt die Telekom-Control-Kommission aus, dass aus der Differenz zum effizienten Niveau dem einzelnen Betreiber „Übergewinne“ (iSv „Gewinn“) entstehen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sogar reale Kostenunterdeckungen – wie ausgeführt – entstehen können.

Weiters ist auch darauf hinzuweisen, dass weder eine Gewinnregulierung (rate-of-return regulation) noch eine „Regulierung“ von Zahlungssalden oder Marktanteilen von der Telekom-Control-Kommission vorgenommen wird, sondern die Preise für Terminierung - zur Vermeidung kurzfristiger Kostenunterdeckung kleiner Betreiber - in nicht-disruptiver Weise auf Höhe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt werden. Damit ist längerfristig allokativ (wie auch produktiv) Effizienz sichergestellt.

Diese über einen Gleitpfad operationalisierte Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers sowie im Konkreten die Absenkungen bis Ende 2006 entsprechen bestmöglich den Zielbestimmungen des TKG 2003:

Der Gleitpfad stellt längerfristig einheitliche Entgelte im Sinne eines einheitlichen Wettbewerbspreises dar und minimiert damit wettbewerbsverzerrende Effekte: Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. b TKG 2003).

Die Senkung der Terminierungsentgelte begegnet dem von der Telekom-Control-Kommission in den zu Grunde liegenden Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 festgestellten Wettbewerbproblem der allokativen Verzerrungen (siehe jedoch obige Ausführungen) und bringt den Konsumenten darüber hinaus Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003). Gleichmäßige Absenkungen, wie im Gleitpfad vorgenommen, eröffnen Möglichkeiten zur einfachen Entgeltanpassungen für die Zusammenschaltungspartner.

Durch die breite Anerkennung von UMTS-Kosten eines effizienten Betreibers werden nicht nur bereits getätigte Investitionen berücksichtigt, sondern auch effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert (§ 1 Abs. 2 Z 2 lit. c TKG 2003), weswegen keine Reduktion von UMTS-Kosten auf ein geringeres Niveau („normalisierte UMTS-Kosten“) vorzunehmen war; eine solche würde negative Investitionsanreize setzen und folglich § 1 TKG 2003 widersprechen: § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a, b TKG 2003 gebieten die „Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer“ sowie die „Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“.

8. Zur Laufzeit der Anordnung sowie den weiteren Bestimmungen

a. Der Beginn der Geltung dieser Anordnung gründet zum Einen darauf, dass mit diesem Zeitpunkt keine Vereinbarung vorliegt, die einer Anordnung der Telekom-Control-Kommission entgegensteht, und zum Anderen auf Parteienvorbringen. Mit der vorgenommenen Festlegung von Entgelten ab diesem Zeitpunkt wird eine Fortführung des Zusammenschaltungsverhältnisses ohne Unterbrechung gewährleistet.

Demgegenüber gründet der Zeitpunkt der erstmaligen Senkung der Terminierungsentgelte auf dem Zeitpunkt der Erlassung des gegenständlichen Bescheides gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 bzw. zur Ermöglichung einer reibungslosen Umstellung der Verrechnung der Terminierungsentgelte auf den nächstfolgenden Monatsersten, somit den 1.1.2006 und berücksichtigt darüber hinaus privatautonom geschlossene Vereinbarungen, die Entgeltsenkungen vorsehen.

b. Die Befristung der gegenständlichen Anordnung gründet auf § 37 Abs. 1 TKG 2003, wonach die Regulierungsbehörde von Amts wegen „in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren“ eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte durchzuführen hat. Gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 ist auch diese Verordnung regelmäßig, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, zu überprüfen.

§ 37 Abs. 2 und 3 TKG 2003 ist zu entnehmen, dass die Festlegungen betreffend beträchtliche Marktmacht sowie die auferlegten spezifischen Verpflichtungen bis zum Abschluss eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 aufrecht sind. Den Ergebnissen eines solchen (Folge-)Verfahrens soll nicht vorgegriffen werden.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Ergebnisse eines neuerlichen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die gegenständlichen Märkte bis Ende des Jahres 2006 abgeschlossen sein werden, weswegen die Ergebnisse konkreter Kalkulationen (wie beispielsweise der tatsächlichen Kosten der Betreiber) bis 31.12.2006 der Entscheidung zu Grunde gelegt wurden.

Um jedoch allfällige (zeitliche) Regelungslücken zu vermeiden sowie den Betreibern eine gewisse längerfristige Planungssicherheit und Stabilität zu geben, wurde – abweichend vom Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 26.9.2005 – eine vorläufige Weiterwirkungsbestimmung für die Zeit zwischen Erlass einer für die jeweilige Verfahrenspartei erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung und Wirksamwerden einer – die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte regelnden – Nachfolgeregelung (Vereinbarung oder Entscheidung der Telekom-Control-Kommission) angeordnet, die dem Gleitpfad der Telekom-Control-Kommission Rechnung trägt:

Wird eine Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 (betreffend Mobil-Terminierung) im zweiten Halbjahr 2006 getroffen, wenden die Zusammenschaltungspartner bis Ende des Jahres 2006 die im Spruch angeordneten Entgelte vorläufig weiter an (sofern sie freilich ihre Zusammenschaltungsbeziehung fortführen wollen). Am 1.1.2007 reduziert der Mobilfunkbetreiber sein bis 31.12.2006 festgelegtes Entgelt, wobei eine Reduktion um Cent 1 vorgenommen wird. In weiterer Folge reduziert der Mobilfunkbetreiber sein zuletzt verrechnetes Entgelt alle sechs Monate um Cent 1, dh am 1.7.2006, 1.1.2008, 1.7.2008 sowie 31.12.2008. Diese Absenkungen werden beendet, sobald ein Entgeltniveau von Cent 6,79 erreicht ist. In weiterer Folge soll ein Entgelt in der Höhe von Cent 6,79 zur Anwendung gelangen.

Die Anwendung dieser Entgelte ist vorläufig bis zum Wirksamwerden einer Nachfolgeregelung. Eine solche „vorläufige Weitergeltungsklausel“ wurde von der Telekom-Control-Kommission bereits in früheren Streitschlichtungsverfahren betreffend Zusammenschaltung angeordnet (vgl. dazu die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 6/01 vom 22.6.2001 sowie zu Z 11/02 vom 9.9.2002) und findet sich auch aktuell im „Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003“ (Seite 3) zu Z 7/04 betreffend Entbündelung (vgl. die bis 2.1.2006 dauernde Konsultation gemäß § 128 TKG 2003, www.rtr.at).

c. Die weiteren Bestimmungen des festgelegten Anhangs betreffend Zusammenschaltungsentgelte entsprechen gängigen Zusammenschaltungsvereinbarungen (vgl. die zum Akt genommenen Zusammenschaltungsvereinbarungen betreffend die Mobil-Terminierungsentgelte) und stehen in direktem Zusammenhang mit den festgelegten Terminierungsentgelten.

9. Zur Nichtberücksichtigung von „externen Effekten“ sowie „Aufwendungen für Marketing, Customer Care und Handset-Subventionen“

9.1. Zu den externen Effekten

In früheren Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG (1997), so beispielsweise in den Bescheiden zu Z 5, 7/01 sowie Z 14, 15/01, wurden für nach dem TKG (1997) nicht marktbeherrschende Betreiber „angemessene“ Mobil-Zusammenschaltungsentgelte festgelegt. Für diese Mobilbetreiber kam der Grundsatz der Kostenorientierung der Zusammaltungsentgelte iSv § 41 Abs. 3 TKG (1997) nicht zur Anwendung.

Im Rahmen dieser Entscheidungen wurde – vor dem Hintergrund der Nicht-Marktbeherrschung – eine Abgeltung für „externe Effekte“ in Form höherer Zusammaltungsentgelte angeordnet.

Die gegenständliche Entscheidung gründet demgegenüber auf der festgestellten Position als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd §§ 35, 37 TKG 2003 sowie den auferlegten spezifischen Verpflichtungen, insbesondere der Verpflichtung zur „Orientierung der Mobil-Terminierungsentgelte an der LRAIC eines effizienten Betreibers“, weswegen (frühere) Entgeltfestlegungen für nicht-marktbeherrschende Betreiber unerheblich sind.

In Bezug auf die Berücksichtigung von externen Effekten im Rahmen der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für Terminierungsleistungen ist die Telekom-Control-Kommission bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung davon ausgegangen, dass die dadurch entstehenden höheren Terminierungsentgelte dazu führen könnten, dass es zu einem Rückgang an Nachfrage nach Anrufen in Mobilfunknetze kommt und daher wiederum allokativer Verzerrungen verursacht werden würden.

Ein weiteres Argument gegen einen Aufschlag für Netzwerkexternalitäten ist die hohe Penetrationsrate. Externe Effekte verlieren mit der Annäherung an die Marktsaturierung stark an Bedeutung, der marginale Nutzen (ein zweites Mobilfunkendgerät für die Erreichbarkeit) wird vernachlässigbar; bei gegebener Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunk-Endkundenmärkten und dem daraus resultierenden Preisniveau ist nicht davon auszugehen, dass es durch eine Heranführung der Mobilterminierungsentgelte an die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu einer Reduktion der Penetrationsrate kommt. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission ist auch zweifelhaft, ob sich auf Grund eines solcherart zuerkannten Aufschlags automatisch effiziente Preisstrukturen einstellen, die diese Externalitäten auch tatsächlich internalisieren. Insgesamt vertritt die Telekom-Control-Kommission weiterhin die Ansicht, dass die Beurteilung der gesamtwohlfahrtsökonomischen Wirkung insbesondere vor dem Hintergrund eines zunehmend saturierten Marktes von externen Effekten nicht eindeutig positiv ausfällt, so dass eine Berücksichtigung dieser nicht angemessen ist.

Darüber hinaus erkennt die Telekom-Control-Kommission keine Anzeichen dafür, dass es – durch eine Nichtberücksichtigung von „externen Effekten“ – beim derzeitigen Wettbewerb am Endkundenmarkt zu einem Absinken der Penetrationsrate kommen könnte. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des derzeit sehr niedrigen Preisniveaus am Markt zu sehen, bei dem sich die Preise für netzinterne Gespräche oftmals auf Cent 0 und eine Gesprächsminute in das österreichische Festnetz auf Cent 1 belaufen.

Soweit auf das Modell der britischen Regulierungsbehörde Ofcom hingewiesen wird, ist anzumerken, dass sich die Situation von Großbritannien nicht immer auf Österreich umlegen lässt. Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Auffassung, dass der marginale Mobilfunkkunde in Österreich nicht nur durch die Stützung der Endgeräte und Tarife durch erhöhte Terminierungsentgelte im Markt gehalten wird. Vielmehr ist hier auch das in Österreich weit-

reichend entwickelte System an Grundentgeltbefreiungen für unterschiedliche Anspruchsberechtigte (im Jahresmittel ca. 310.000 Personen/Haushalte), das auch für einen mobilen Anschluss verwendet werden kann, zu berücksichtigen.

Die Marktsituation wird von der Telekom-Control-Kommission dahingehend eingeschätzt, dass externen Effekten mit zunehmender Marktsaturierung eine sinkende Bedeutung zukommt.

Ungeachtet dieser Argumente soll darauf hingewiesen werden, dass für den Zeitraum bis zum Abschluss der nächsten Marktanalyse (voraussichtlich Ende des Jahres 2006) der Gleitpfad bzw. die festgelegten Entgelte in Relation zu den LRAIC eines effizienten Betreibers so gestaltet sind, dass allfällige Aufschläge wegen positiver externer Effekte (wie zB in der Höhe des Niveaus der britischen Regulierungsbehörde OFCOM) jedenfalls durch die festgelegten Entgelten abgedeckt werden können.

9.2. Zu Aufwendungen wie Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen

Neben Kosten für den Netzbetrieb fällt den Mobilfunkbetreibern eine Reihe von weiteren Aufwendungen für Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen, Kundenbindung und ähnliche, an.

Soweit auf frühere Entscheidungen in diesem Kontext verwiesen wird, soll festgehalten werden, dass diese Entscheidungen auf der Grundlage des „alten“ Rechtsrahmens (TKG [1997]) für Betreiber, die über keine beträchtliche Marktmacht verfügten, getroffen wurden.

Bereits im Endbericht zur Konsultation betreffend Mobilterminierung hat die Telekom-Control-Kommission ihre Auffassung dargelegt, dass diese Aufwände bei der Ermittlung der betreiberindividuellen Kosten für die Terminierungsleistung nicht zu berücksichtigen sind.

Eine Reihe von diesen Leistungen bzw. Kosten derselben stehen in einem (sehr) weiten Sinn in Verbindung mit der Leistung der Mobilterminierung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass sich die verfahrensgegenständlichen Frage auf die „Ermittlung der ausschließlich für die Leistung Terminierung notwendigen Kosten im Sinne einer effizienten Leistungsbereitstellung“ richtet. Ein direkter Zusammenhang der Kosten für Marketing, Endkundenbilling, Customer Care, Handsetsubventionen und ähnlichen mit dem Produkt Mobilterminierung ist nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission trotz Vorbringen der Parteien nicht gegeben; darüber hinaus würde eine Berücksichtigung derselben dem Verursachungsprinzip widersprechen: Diese Kosten werden bereits vom jeweiligen rufenden Endkunden im Rahmen der ihm verrechneten Tarife bei seinem Netzbetreiber abgegolten. Würden diese Kosten über höhere Terminierungsentgelte dem Kunden ein weiteres Mal verrechnet, würde es unvermeidlich zu wettbewerblichen Verzerrungen kommen, da die Kunden eines anderen Netzes nicht nur die Kosten für diese Leistungen des eigenen Netzbetreibers, sondern auch indirekt (über die Zusammenschaltungsentgelte) die des gerufenen Fremdnetzes bezahlen. Eine solche „Doppelverrechnung“ steht klar im Widerspruch zu den Zielbestimmungen des TKG 2003.

10. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

10.1. Allgemein

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwi-

schen Mitgliedstaaten haben werden und die Zusammenschaltung betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 3 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 stellt eine derartige Vollziehungshandlung iSd §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen war.

10.2. Zu den Stellungnahmen der nationalen Konsultation

Auf die Stellungnahmen, die im Rahmen der nationalen Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 eingelangt sind, wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen, soweit sich die Stellungnahmen überhaupt mit dem Verfahrensgegenstand befassen.

10.3. Zur Stellungnahme der Europäischen Kommission

Im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß § 129 TKG 2003 hat die Europäische Kommission (EK) mit Schreiben vom 7.11.2005 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung Stellung genommen und zusammenfassend festgehalten, dass sie es als notwendig erachtet, dass die Telekom-Control-Kommission „die Dauer des Gleitpfades deutlich reduziert und bei der Festlegung der Dauer des Gleitpfades der erwartbaren Entwicklung des Verkehrsaufkommens Rechnung trägt, um sicherzustellen, dass die auferlegten Abhilfemaßnahmen effizient und angemessen sind, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen abzuweichen“.

Gemäß § 129 Abs. 2 TKG 2003 ist den Stellungnahmen (unter anderem) der Europäischen Kommission „weitestgehend Rechnung zu tragen“. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass durch die vorgenommenen Adaptionen (insbesondere „Verkürzung des Gleitpfades“) in gegenständlicher Regulierungsmaßnahme den Bedenken der Europäischen Kommission sowie dem Vorbringen zahlreicher „interessierter Personen“ iSd § 128 TKG 2003 Rechnung getragen wird.

11. Zum Begehren der Mobilkom betreffend die Bestimmungen der §§ 42, 50 TKG 2003

Im gegenständlichen Streitschlichtungsverfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 stellt Mobilkom Anträge auf „Feststellung der Orientierung der Mobilterminierungsentgelte der mobilkom austria AG & Co KG an ihren Kosten“. Im Weiteren begehrt Mobilkom im Streitschlichtungsverfahren die Unterbrechung des Verfahrens, um die „Vorfrage“ – die Höhe der Mobilterminierungsentgelte – einer Klärung zuführen zu können.

Diesem Begehren der Mobilkom war aus nachfolgenden Erwägungen nicht zu folgen:

Diese Begehren zielen darauf ab, dass Mobilkom die Einhaltung ihrer Verpflichtung zum Anbieten von kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelten auf dem LRAIC-Niveau eines effizienten Betreibers (gemäß Bescheid M 15a/03 vom 27.10.2004) in einem Einparteienverfahren überprüfen lassen möchte.

Mobilkom geht davon aus, dass der neue Rechtsrahmen – im Gegensatz zur Bestimmung des TKG (1997) – nicht (mehr) vorsehen würde, dass Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsverpflichtungen – wie diesfalls die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 – im Rahmen eines streitigen Mehrparteien-Verfahrens zu überprüfen sind.

Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Auffassung, dass auch das TKG 2003 grundsätzlich vorsieht, dass über die Bedingungen der Zusammenschaltung zu verhandeln ist (§ 48 TKG 2003; „Primat der Privatautonomie“) und erst im Fall des Scheiterns der Verhandlungen die Telekom-Control-Kommission zur Streitschlichtung angerufen werden kann (§ 50 Abs. 1 TKG 2003). Daneben existieren noch Regelungen, die ein amtswegiges Vorgehen der Telekom-Control-Kommission vorsehen (§§ 50 Abs. 2, 91 TKG 2003).

Wie Mobilkom richtig festhält, weist § 50 Abs. 1 TKG 2003 die Bestimmung des § 42 TKG 2003 nicht explizit als Bestimmung aus, deretwegen die Telekom-Control-Kommission zur Streitschlichtung angerufen werden kann. Demgegenüber finden sich jedoch die Bestimmungen des § 41 TKG 2003 (die spezifische Verpflichtung zum Netzzugang bzw. zur Zusammenschaltung für marktbeherrschende Unternehmen, die Mobilkom mit Bescheid zu M 15a/03-30 auferlegt wurde) sowie des § 48 TKG 2003 (die allgemeine Verpflichtung zur Zusammenschaltung) in § 50 Abs. 1 TKG 2003; der Rechtsprechung des VwGH (zum TKG [1997]) folgend ist das Entgelt für die Leistung der Zusammenschaltung als essentialia eines Zusammenschaltungsverhältnisses zu sehen, das von der Telekom-Control-Kommission (in einem Verfahren gemäß § 41 TKG [1997]) festgelegt werden kann. Der Telekom-Control-Kommission sind hierzu keine Umstände ersichtlich, warum diese Rechtsprechung nicht auch auf das TKG 2003 anwendbar wäre, weswegen der Telekom-Control-Kommission auch die Zuständigkeit für die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, denen eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 auferlegt wurde, im Streitfall zukommt.

Auch die europarechtlichen Vorgaben verdeutlichen das Vorhandensein von Antragsrechten, um mangels Einigung mit einem Unternehmen (mit beträchtlicher Marktmacht) eine Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde zu erlangen (vgl. Art. 5 Abs. 4 RL 2002/19/EG, Art. 20 RL 2002/21/EG). Dass diese Bestimmungen Streitigkeiten über Entgelte ausschließen, ist nicht ersichtlich.

Im Rahmen eines – über einen Antrag eingeleiteten – (bilateralen) Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 50 TKG 2003 hat die Telekom-Control-Kommission die spezifischen Verpflichtungen, die einer als marktbeherrschend festgestellten Verfahrenspartei auferlegt wurden, zu berücksichtigen. Eine Entgeltfestlegung für einen marktbeherrschenden Betreiber im Rahmen eines Streitschlichtungsverfahrens steht sodann im Einklang mit den jeweiligen spezifischen Verpflichtungen: So werden im gegenständlichen Streitschlichtungsverfahren Entgelte festgelegt, die sich an den „LRAIC eines effizienten Betreibers orientieren“. Im Rahmen dieses Verfahrens wurden – im Wege von Gutachten von wirtschaftlichen Amtssachverständigen – auch die Kosten der Mobilkom einer Überprüfung unterzogen, weswegen der Obliegenheit (und nicht Verpflichtung) des § 42 Abs. 2 Satz 1 TKG 2003 entsprochen wurde.

Weiters ist auszuführen, dass der Bestimmung des § 42 TKG 2003 weder ein Antragsrecht einer Partei noch eine gesetzliche Grundlage für einen Feststellungsbescheid – wie von Mobilkom begehrt – zu entnehmen ist. In diesem Zusammenhang ist auf die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen: Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sind Verwaltungsbehörden befugt, im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit auch Feststellungsbescheide zu erlassen, sofern hierfür entweder eine diesbezügliche ausdrückliche gesetzliche Anordnung vorliegt, oder ein im öffentlichen Interesse begründeter Anlass dazu gegeben oder aber die Feststellung im rechtlichen Interesse einer Partei erforderlich ist und die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen; ein Feststellungsbescheid ist jedenfalls dann nicht zulässig, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens zu entscheiden ist, wobei insbesondere auch die Möglichkeit der Erlassung eines Leistungsbescheides der Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides entgegensteht (Hinweis E 29.3.1993, 92/10/0039; E 14.9.1993, 93/07/0015; E 18.1.1994, 92/07/0031; E 18.3.1994, 93/07/0166, E 15.12.2003 2001/03/0292).

Aus dieser Spruchpraxis ist zu folgern, dass der Antrag der Mobilkom auf Feststellung, dass ihr Entgelt in Übereinstimmung mit der auferlegten spezifischen Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 steht, unzulässig ist, da „die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgezeichneten Verwaltungsverfahrens [wie im Allgemeinen gemäß §§ 41, 48, 50 Abs. 1, 2 oder auch § 91 TKG 2003, im gegenständlichen Fall in einem Streitschlichtungsverfahren gemäß § 50 iVm §§ 41, 48 TKG 2003] zu entscheiden ist“.

Auch vor dem Hintergrund dieser Ausführungen war dem Begehren der Mobilkom auf Verfahrensunterbrechung zwecks Klärung einer „Vorfrage“ nicht zu folgen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

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 Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 19.12.2005

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

ZV:

- UPC Telekabel Wien GmbH, z. Hd. Rechtsanwalt Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Telefax und Post
- Mobilkom Austria AG & Co KG, z. Hd. der Geschäftsführung, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, per Telefax und Post