

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Telekom Austria AG, Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG nach Anhörung der antragstellenden Gesellschaft sowie der tele.ring Telekom Service GmbH, Hainburgerstrasse 33, 1030 Wien, vertreten durch Dorda Brugger & Jordis, Rechtsanwälte GmbH, Dr. Karl Lueger-Ring 12, 1010 Wien, in der Sitzung vom 6.5.2002 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 41 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr. 100/1997 idF BGBl I Nr. 32/2002 (im Folgenden „TKG“) wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Telekom Austria AG (in weiterer Folge Telekom Austria) mit dem öffentlichen mobilen Telekommunikationsnetz der tele.ring Telekom Service GmbH (in weiterer Folge tele.ring) ergänzend zu der zwischen den Verfahrensparteien bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarung vom 21.12.2001 Folgendes angeordnet:

A. Zusammenschaltungsanordnung

1. Zusammenschaltungsentgelte

Ergänzend zur privatrechtlich vereinbarten Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen der Telekom Austria und der tele.ring vom 21.12.2001 werden die Entgelte für Mobilterminierung und Mobiloriginierung (V25 und V26) für den Zeitraum von 1.1.2002 bis 30.9.2003 wie folgt festgelegt:

Kurzbez.	Bezeichnung Verkehrsart/ Verkehrsrichtung	Flat (€/100)
V 25	Terminierung im Mobilnetz der tele.ring TA → tele.ring Mobilnetz Terminierung vom Netz der Telekom Austria in das Mobilnetz der tele.ring	19,62
V 26	Zugang Dienst (tele.ring) Mobilnetz der tele.ring -> TA (Dienst) Zugang aus dem Mobilnetz der tele.ring zu Diensterufnummern im Netz der TA	19,62

B. Sonstige Anordnungen

1. Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen

Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat die Telekom Austria die Sachverständigengebühren für o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner in der Höhe von Euro 12000.- inkl. USt. zu tragen. Dieser Betrag ist binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Zahlschein auf das PSK-Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), BLZ 60000, Konto-Nr. 9663936, zu überweisen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

(...)

B. Beweiswürdigung

(...)

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

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

2. Antragslegitimation

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

Für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist somit Voraussetzung, dass der Anrufende die Zusammenschaltungsleistung mindestens sechs Wochen vor der

Anrufung nachgefragt hat, dass er selbst ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreibt, und dass keine Vereinbarung über die Zusammenschaltung zustande gekommen ist.

2.1. Nachfrage

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

Am 31.8.2001 wurde der tele.ring von der Telekom Austria zeitgleich mit der Kündigung des zum damaligen Zeitpunkt bestehenden Vertrages der Entwurf eines Mobilzusammenschaltungsvertrages übermittelt. In diesem Vertragsentwurf wurden von der Telekom Austria Entgelte in Höhe von Eurocent 12.49 angeboten. In der ersten Verhandlungsrunde am 12.10.2001 wurde dieses Angebot von der Telekom Austria erneuert, tele.ring beharrte auf einer Weitergeltung der Entgelte in Höhe von Eurocent 19,62. Die Nachfrage nach Entgelten für Mobilterminierung bzw. –originierung erfolgte somit am 31.8.2001, jedenfalls seit 12.10.2001 verhandeln die Verfahrensparteien über die Entgelte für Mobilterminierung- und Originierung.

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

2.2. Betreiberstatus

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

2.3. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

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

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

3. Schlussfolgerung

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

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

4. Marktbeherrschung im Sinne des § 33 TKG

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

5. Zur Vorgangsweise bei der Festlegung der einzelnen Vertragspflichten

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

Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 TKG ausgeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht. Entsprechend § 1 TKG ist unter anderem die Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau, die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbes auf den Märkten der Telekommunikation und der Schutz der Nutzer vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Ziel der Regulierung anzusehen. § 32 TKG überträgt der Regulierungsbehörde die Wahrung spezifischer Regulierungsziele. Durch die im Gesetz angeführten Maßnahmen der Regulierung, wie insbesondere auch durch die Entscheidung in Fragen der Zusammenschaltung gemäß § 38 und § 41 TKG hat die Regulierungsbehörde einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Missbräuchen vorzubeugen, sowie die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzugangs gemäß ONP sicherzustellen (vgl. auch den Beschluss des VfGH vom 26.2.2001, B 1487/00-13, in welchem ausgeführt wird, dass durch § 41 Abs 3 TKG die belangte Behörde – final determiniert durch die Regulierungsziele des TKG – in schiedsrichterlich-regulatorischer Funktion berufen wird, eine vertragliche Übereinkunft zu substituieren und dabei Zusammenschaltungsentgelte festzulegen, mit denen der jeweiligen effektiven Marktposition eines Anbieters in sachlich gerechtfertigter Weise Rechnung getragen wird).

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

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

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

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

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

6. Zur Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte

6.1. Regulatorische Rahmenbedingungen

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

Die Telekom-Control-Kommission wird in § 41 Abs 3 TKG zu einer Entscheidung über die Bedingungen der Zusammenschaltung verpflichtet, sobald sie von einem Netzbetreiber mangels Einigung mit dem anderen Netzbetreiber angerufen wird. Sofern die Entgelte nicht marktbeherrschender Netzbetreiber betroffen sind, hat sich die Entscheidung der

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

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

6.2. Zur Höhe der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte

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

6.2.1. Zum Begriff des „Angemessenen Entgelts“

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

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

Das Studium obiger Grundsätze sowie der oberstgerichtlichen Judikatur lässt jedoch keine Schlussfolgerungen für die Beurteilung eines angemessenen Entgelts für die Mobilzusammenschaltung zu: Ein Tarifsystem – in welcher Ausgestaltung auch immer - das für die Festlegung der Terminierungs- und Originierungsentgelte in ein mobiles Telekommunikationsnetz herangezogen werden könnte, existiert für den nationalen Zusammenschaltungsmarkt nicht. Der Verweis auf „jenes Entgelt, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt,“ kann somit nicht herangezogen werden,

da jene Zusammenschaltungsentgelte, die derzeit in der Zusammenschaltung mit Mobilnetzbetreibern zur Anwendung gelangen, sich auf hoheitliche Anordnungen der Telekom-Control-Kommission gründen.

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

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

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

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

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

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

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

Zur Rechtfertigung eines angemessenen Preises spielt der Gesichtspunkt der Kosten die Hauptrolle. Zu berücksichtigen sind die produkt- und leistungsspezifischen Kosten sowie ein

Anteil an den allgemeinen Betriebskosten, welcher der Bedeutung der betreffenden Produktion oder Dienstleistungen im Rahmen des gesamten Unternehmens entspricht.

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

6.2.2. Instrumente zur Bestimmung angemessener Zusammenschaltungsentgelte

Zur Festlegung des Entgelts bieten sich folgende Konzepte an:

6.2.2.1. Internationale Praxis („Benchmarking“)

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

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

Daraus soll jedoch nicht geschlossen werden, dass es in einzelnen Fragen der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetz nicht hilfreich oder zweckmäßig ist, auf die Erfahrungen anderer Länder bzw anderer Regulierungsbehörden zurückzugreifen; nicht zuletzt deshalb, um die von der Telekom-Control-Kommission angestellten Überlegungen einer Plausibilitätskontrolle unterziehen zu können. Die in anderen Ländern gewonnenen Erkenntnisse sowie Methoden der anderen Regulierungsbehörden zur Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten können aus Sicht der Telekom-Control-Kommission als Anhaltspunkt für bestimmte Methoden dienen. Aufgrund des insoweit einheitlichen europäischen Rechtsrahmens sind gewisse Parallelitäten in allen Ländern der europäischen

Union zu finden, zumal auch in diesen Ländern bedingt durch den mit 1.1.1998 komplettierten Liberalisierungsprozess vergleichbare Marktsituationen vorliegen.

6.2.2.2. „Retail Minus“

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

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

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

6.2.2.3. Zur Heranziehung des Zweckes und der Regulierungsziele des TKG

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

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

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

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

Im Rahmen dieser Methode können wiederum verschiedene Indikatoren wie etwa Teilnehmerzahlen (absolut, relativ), Umsatz (absolut, relativ) oder auch Verkehrswerte herangezogen werden. Diese Indikatoren sind transparent, verhältnismäßig einfach zu ermitteln und nachvollziehbar. Die Teilnehmerzahlen weisen zwar den Vorteil auf, dass die Daten leicht erhältlich und für die Mitbewerber transparent sind, jedoch berücksichtigen sie

weder Verkehrsvolumina noch den generierten Umsatz. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission stellt der Umsatz am Zusammenschaltungsmarkt, welcher sowohl die Menge als auch das Terminierungsentgelt berücksichtigt, den aussagekräftigsten Parameter dar. Ein Vorteil ist weiters darin zu sehen, dass die notwendigen Daten im Zuge der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung erhoben werden.

6.3. Zur Angemessenheit im Konkreten

Für die tele.ring wurden - in Anwendung des Ermessensspielraumes und unter Zugrundelegung des Kriteriums der Angemessenheit - für die Terminierung vom Netz der Telekom Austria ins mobile Netz der tele.ring sowie für die Originierung vom mobilen Netz der tele.ring in das Netz der Telekom Austria für den Geltungszeitraum von 1.1.2002 bis 30.9.2003 Zusammenschaltungsentgelte in der Höhe von Eurocent 19,62 festgelegt. Dies aus folgenden Erwägungen:

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

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

Unter Anwendung der Berechnungsmethode K 1, die bereits in den Entscheidungen in den Verfahren Z 14, 15/01 bzw. Z 5, 7 und 8/01 der Entgeltfestsetzung zugrundegelegt wurde, ergeben sich für tele.ring Kosten in Höhe von Eurocent 72,99 für die Terminierung und Eurocent 64,56 für die Originierung auf Basis der Daten des Jahres 2001. Berücksichtigt man die Verkehrsmengen- und Kostenentwicklung für das Jahr 2002 und den Umstand, dass von tele.ring wesentlich überhöhte Kosten für Transmission angesetzt wurden, die von den Gutachtern in weiterer Folge nicht berücksichtigt wurden, ergibt sich für die Terminierung ein Wert von Eurocent 48,95 und für die Originierung ein Wert von Eurocent 39,11. Diese Werte liegen jedenfalls deutlich über dem Entgelt in Höhe von Eurocent 19,62, welches für tele.ring bis 31.12.2001, basierend auf der Entscheidung im Verfahren Z 5/00, zur Anwendung gekommen ist.

Zum Verhältnis der errechneten Kosten zu den bisher tatsächlich angewandten Kosten ist Folgendes auszuführen: Die berechneten Kosten eines Neueinsteigers am Mobilfunkmarkt können nicht unmittelbar für die Festsetzung der Mobilterminierungs- und Originierungsentgelte herangezogen werden. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass Mobilfunkbetreiber im Gegensatz zu konzessionierten Festnetzbetreibern Versorgungspflichten zu erfüllen haben. Der Mobilfunkbetreiber ist verpflichtet, ein nahezu flächendeckendes Netz zu errichten, unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer, über die er gerade verfügt und unabhängig davon, ob die von ihm zur Verfügung gestellten Kapazitäten genutzt werden. Die Kosten für die Errichtung eines neuen Netzes resultieren primär aus der Verpflichtung quasi flächendeckend Kapazität bereitzustellen und nicht aus der Notwendigkeit, Kapazitäten aufgrund der erwarteten oder tatsächlich zu erbringenden Verkehrsminuten aufzubauen.

tele.ring bietet ihren Mobilfunkdienst – im Einklang mit der von der Telekom-Control-Kommission in K 39/98-118 verfügten Auflage mit einem Versorgungsgrad von 98%

(Versorgung der Bevölkerung) an. Die Kosten für den Aufbau und Betrieb des Netzes in der derzeitigen Ausbaustufe fallen daher primär aufgrund der Verpflichtung an, einen bestimmten Versorgungsgrad anzubieten bzw. aufgrund der Spezifika des Mobilfunkmarktes (in dem die Kunden flächendeckende Erreichbarkeit erwarten), unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer bzw. der abgewickelten Verkehrsminuten.

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

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

Die obigen Ausführungen führen daher zum Ergebnis, dass eine Festsetzung der Kosten für Mobilterminierung und -originierung auf Basis der tatsächlichen Kosten eines Mobilfunkbetreibers in dessen Startphase nicht Anwendung finden kann.

Vielmehr wurde von der Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis für Mobilfunkbetreiber in deren Startphase unabhängig von den tatsächlichen Kosten des jeweiligen Betreibers das Entgelt für Mobilterminierung und -originierung mit Eurocent 19,62 festgesetzt (vgl. Verfahren Z 5/00 betreffend Festlegung des Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgeltes für tele.ring in Höhe von Eurocent 19,62 (ATS 2,70), sowie Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen Telekom Austria und Connect Austria vom 27.3.1998 in welcher das Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgelt für Connect Austria, welche sich damals in der Markteintrittsphase befunden hat, mit Eurocent 19,62 (ATS 2,70) vereinbart wurde).

Das Mobilterminierungsentgelt lag sowohl bei der Mobilkom Austria AG & Co KG als auch bei T-Mobile Austria GmbH und Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH in deren Startphase in der Höhe von Eurocent 19,62 (vgl. Zusammenschlungsvertrag der Mobilkom Austria mit Telekom Austria vom 24.2.1997 (Vereinbarung eines Mobilterminierungsentgeltes in Höhe von Eurocent 19,62 (ATS 2,70), Zusammenschlungsvertrag zwischen max.mobil und Telekom Austria vom 22.8.1997 (Vereinbarung über das Terminierungsentgelt in Höhe von Eurocent 19,62 (ATS 2,70) und Zusammenschlungsvereinbarung zwischen Connect Austria und Telekom Austria vom 27.3.1998 in welchem ebenfalls Mobilterminierungsentgelte in Höhe von Eurocent 19,62 (ATS 2,70) vereinbart worden waren).

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

Die Konzessionserteilung an tele.ring erfolgte mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3.5.1999. Setzt man ein Frist von drei Jahren an, dann würde die der tele.ring zugestandene Frist mit Mai 2002 auslaufen.

In diesem Zusammenhang ist aber darauf Bedacht zu nehmen, dass die Dauer dieser Markteintrittsphase von der Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit nicht als alleiniges Kriterium für die Festlegung der Entgelte herangezogen wurde.

Im Bescheid Z 7/00 wurden die Mobilterminierungs- und originierungsentgelte der Connect neu festgelegt, es kam zu einer Senkung der Entgelte von Eurocent 19,62 (ATS 2,70) auf Eurocent 15,99 (ATS 2,20). In der Begründung wurde ausgeführt, dass Connect die erste Phase des Markteintrittes bereits abgeschlossen und sich auf dem Markt etabliert habe. Untermauert wurde diese Feststellung mit Daten betreffend die Marktanteile von Connect. So wurde ausgeführt, dass Connect am Zusammenschaltungsmarkt nach Umsätzen im Februar/März 2000 über einen Anteil von bereits über 10% verfüge. Dies sei ein deutlicher Anhaltspunkt für die gefestigte Positionierung der Connect am Markt. Bei Betrachtung des mobilen Zusammenschaltungsmarktes zeige sich, dass Connect beinahe ein Fünftel der Zusammenschaltungsumsätze der Mobilbetreiber erziele. Diese Zahlen seien ein starkes Indiz dafür, dass sich Connect am Markt etabliert habe und der Rolle eines Markteinsteigers entwachsen sei. Aus diesem Grund sei ein regulatorischer Eingriff gerechtfertigt.

Anders stellt sich hingegen die Situation von tele.ring zum jetzigen Zeitpunkt, unmittelbar vor Ablauf der Schutzfrist dar:

Bei Betrachtung der Marktpositionen aller Mobilfunkbetreiber ergibt sich, dass tele.ring in der nationalen Bandbreite der derzeitigen Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgelte von Eurocent 19,62 bis Eurocent 11,25 nach wie vor am obersten Rand dieser Bandbreite einzureihen ist. Vergleicht man die Marktanteile und die Kundenzahlen von tele.ring mit jenen des nächstgrößeren Betreibers Connect, so zeigt sich, dass tele.ring Mitte des Jahres 2001 annähernd eine Million weniger Teilnehmer hatte als Connect. Dies also zu einem Zeitpunkt, als für Connect ein Entgelt in Höhe von Eurocent 13,8 (ATS 1,90) zur Anwendung gelangte. Auch der Marktanteil von tele.ring liegt deutlich hinter jenem von Connect Austria.

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

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

All diese Faktoren ergeben, dass hinsichtlich tele.ring trotz Ablaufes der ursprünglich angenommenen Frist nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich diese bereits im Markt etabliert hat. Gemäß den Regulierungszielen in §§ 1 und 32 TKG sollen durch Maßnahmen der Regulierung insbesondere die Ziele der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation erreicht werden und der Markteintritt neuer Anbieter gefördert werden.

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

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

Die Ausführungen der Telekom Austria, dass es einen einheitlichen Marktpreis für Mobilfunkterminierung bzw. -originierung gebe, und dass dieser von der Telekom-Control-Kommission in den Entscheidungen Z 5, 7 und 8/01 festgelegt wurde ist insoweit verfehlt, als sich aus dem Zusammenhang mit der zeitgleich getroffenen Entscheidung Z 14, 15/01 ergibt, dass – zumindest vorübergehend - sehr wohl unterschiedliche Mobilterminierungs- bzw. originierungsentgelte zur Anwendung kommen. Als Kriterium für die Festlegung unterschiedlicher Entgelte wurde in Z 14, 15/01 hinsichtlich der Entgelte für T-Mobile ausgeführt, dass eine Festsetzung in selber Höhe wie für Mobilkom aufgrund der nach wie vor unterschiedlichen Marktpositionen der beiden Unternehmen nicht erfolgen könne. Abgestellt wurde unter anderem auf die Teilnehmerzahlen von T-Mobile im Vergleich zu Mobilkom, aufgrund des sich ergebenden Unterschiedes von ca. 600.000 aktivierten Teilnehmern erfolgte die Entgeltfestsetzung für T-Mobile in Höhe von Eurocent 13,8, während für Mobilkom ein Entgelt in Höhe von Eurocent 11,25 Anwendung findet. Eine Berücksichtigung der Marktposition der tele.ring bei der Festlegung der Entgelte und eine Differenzierung in der Höhe im Hinblick auf die anderen am Mobilfunkmarkt tätigen Unternehmen insbesondere im Vergleich mit dem nächstgrößeren Betreiber Connect ist daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission durchaus angemessen.

Hingegen konnte dem Antrag der tele.ring auf Festsetzung eines Entgeltes in Höhe von mindestens Eurocent 22,53 für den Zeitraum von 1.1.2002 bis 31.12.2003 aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Wie bereits ausgeführt, können die tatsächlichen Kosten eines noch nicht im Mobilfunkmarkt etablierten Unternehmens nicht für die Festlegung der Entgelte für Terminierung und Originierung herangezogen werden. Wesentliches Merkmal dieses Marktes ist, dass die Anfangsinvestitionen in keinem Verhältnis zu den damit verbunden Kapazitätsauslastungen stehen. Aus diesem Grund hat die Telekom-Control-Kommission in ihrer Entscheidungspraxis die Entgelte für Neueinsteiger in den Markt jeweils unabhängig von den tatsächlichen Kosten festgesetzt. Eine derartige Festsetzung der Entgelte erfolgte auch im Verfahren Z 5/00, in welchem erstmals die Entgelte von tele.ring festgesetzt wurden. Diese Festsetzung erfolgte nicht auf Grundlage eines Gutachtens, sondern auf Basis der Tatsache, dass Entgelte in der Höhe, wie sie in Z 5/00 festgesetzt wurden (ATS 2,70), für alle neueintretenden Unternehmen Anwendung gefunden hatten.

Von tele.ring war im Verfahren Z 5/00 ein Entgelt in Höhe von ATS 2,90 beantragt worden. Man ging daher seitens tele.ring bereits damals nicht davon aus, dass bei der Festsetzung der Entgelte die in dieser Phase des Markteintrittes anfallenden Kosten Grundlage für die Entscheidung sein werden. In ihrer Stellungnahme im gegenständlichen Verfahren führt tele.ring aus, dass aus ihrer Sicht der Betrag in Höhe von Eurocent 19,62 (ATS 2,70), wie er im Bescheid Z 5/00 festgesetzt wurde, keine absolute Obergrenze bilde. Im damaligen Verfahren sei ihrer Meinung nach eine höhere Entgeltfestsetzung nur deshalb nicht erfolgt, da es ihnen nicht gelungen sei, die entsprechenden Kosten nachzuweisen. Aber auch ohne Vorliegen einer entsprechenden Kostenrechnung war bereits im Jahr 2000 davon auszugehen, dass in der ersten Phase des Markteintrittes die Kosten wesentlich über dem schließlich festgesetzten Wert von Eurocent 19,62 (ATS 2,70) liegen würden. Der Umstand, dass das Entgelt im Verfahren Z 5/00 in dieser Höhe festgesetzt wurde, zeigt klar, dass auch damals die Festlegung des Entgelts nicht in Anlehnung an die tatsächlichen Kosten erfolgte.

Würde man, wie von tele.ring gefordert, die Mobilterminierungsentgelte in der Startphase an den tatsächlichen, unverhältnismäßig hohen Kosten orientieren, würde dies dazu führen, dass diese Kosten in letzter Konsequenz auf die Endkunden überwältigt würden. Ziel und Zweck der Regulierung gemäß § 1 TKG ist es aber, insbesondere die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten. Eine Überwälzung der Kosten auf die Endkunden würde den genannten Zielsetzungen des TKG widersprechen. Hingegen wird dem Regulierungsziel der Förderung des Markteintrittes neuer Anbieter dadurch Rechnung getragen, dass die ursprünglich für ca. drei Jahre vorgesehene Schutzfrist durch die gegenständliche Entscheidung um mehr als ein Jahr verlängert wird.

Anders als von tele.ring behauptet, hat die Telekom-Control-Kommission auch sehr wohl festgestellt, dass aus ihrer Sicht der Wert von Eurocent 19,62 (ATS 2,70) die Obergrenze für die Festlegung der Terminierungsentgelte bildet. In der Entscheidung Z 7/00, betreffend die Festlegung der Entgelte von Connect findet sich in der Begründung der Entgeltfestsetzung folgende Feststellung: *„Damit ist jedenfalls ein Mobilterminierungsentgelt in der – die Obergrenze bildenden Höhe von ATS 2,70/Minute nicht angemessen, weil seit dem Zeitpunkt der Konzessionerteilung an Connect am 27.8.1997 bereits knapp drei Jahre vergangen sind und sie sich auf dem Mobilfunkmarkt – wie die Marktdaten (vgl. dazu gleich unten) zeigen – durchaus etabliert hat“.*

Eine Festlegung höherer Entgelte im gegenständlichen Verfahren ist daher auch aufgrund der bisherigen Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission nicht vorzunehmen. Die Festlegung des Entgelts in Höhe von Eurocent 19,62 bis 30.9.2003 ist hingegen aus Sicht der Telekom-Control-Kommission unter Berücksichtigung der Marktsituation und der Regulierungsziele des TKG angemessen.

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

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

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

tele.ring beehrte in ihrer Äußerung vom 21.1.2002 die Festlegung der Entgelte in Höhe von Eurocent 19,62 bis 31.12.2002. In der Äußerung vom 23.2.2002 erfolgte eine Antragsänderung dahingehend, dass einerseits eine Festlegung der Entgelte in Höhe von mindestens Eurocent 22,53 und andererseits eine Anordnung bis 31.12.2003 beantragt wurde.

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

Wie sich aus den Ausführungen zur Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Konkreten ergibt, liegen die Voraussetzungen für eine Senkung der Entgelte für Terminierung und Originierung im Netz von tele.ring derzeit noch nicht vor. Aus diesem Grund hat die Telekom-Control-Kommission eine Verlängerung der zugestandenen Schutzfrist beim Markteintritt von Mobilfunkbetreibern vorgenommen. Aufgrund der vorliegenden Daten ergibt sich für die Telekom-Control-Kommission, dass unter Berücksichtigung der Verkehrsmengen- und Kostenentwicklung für das Jahr 2002 sich für die Terminierung ein Wert von Eurocent 48,95 und für die Originierung ein Wert von Eurocent 39,11 ergibt. Daraus ist ableitbar, dass davon ausgegangen werden kann, dass ein Absinken der Kosten unter den nunmehr festgelegten Wert von Eurocent 19,62 jedenfalls nicht innerhalb der von der Telekom Austria beantragten Frist erfolgen wird. Die Telekom-Control-Kommission geht vielmehr davon aus, dass eine neuerliche Überprüfung der nunmehr festgelegten Entgelte mit Ende September 2003 angemessen erscheint. Daher erfolgte eine Anordnung der Geltung der Entgelte bis 30.9.2003. Dem Antrag der tele.ring auf Anordnung der Entgelte bis 31.12.2003 konnte insofern nicht gefolgt werden, da dem Umstand Rechnung getragen werden muss, dass die für die Festlegung der Entgelte maßgeblichen Grundlagen ständiger Veränderung unterworfen sind. Im Hinblick auf die vorliegenden Planwerte und die Berechnungen der Gutachter erschien eine Anordnung der Entgelte bis 30.9.2003 angemessen.

8. Zu den Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen

Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat Telekom Austria die Gebühren für die nichtamtlichen Sachverständigen o. Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner in Höhe von Euro 12000.- zu tragen. Nach § 76 Abs 1 AVG hat für Barauslagen, welche der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen, „die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat.“ Die Pflicht zur Tragung der Barauslagen wird somit durch die bloße Stellung des verfahrenseinleitenden Antrages ausgelöst. Der verfahrenseinleitende Antrag wurde von der Telekom Austria mit Schriftsatz vom 27.12.2001 eingebracht.

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

Gemäß § 53a AVG haben nichtamtliche Sachverständige einen Anspruch auf Gebühren „unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Ausmaß wie Sachverständige [] im gerichtlichen Verfahren. Umfang und Höhe dieser Gebühren sind von der Behörde, die den Sachverständigen [] in Anspruch genommen [] hat, festzusetzen“. Eine Überprüfung der Kosten hat ergeben, dass sie angemessen im Sinne der Bestimmungen der §§ 24 und 34 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl Nr 136, in der geltenden Fassung, sind und der tatsächlich erbrachten Leistung entsprechen. § 34 Abs 1 GebAG legt fest, dass dem Sachverständigen für die Aufnahme des Befundes und die Erstattung des Gutachtens eine Gebühr für Mühewaltung zusteht. Diese wird nach richterlichem Ermessen nach der aufgewendeten Zeit und Mühe und nach den Einkünften bestimmt, die der Sachverständige für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im außergerichtlichen Erwerbsleben üblicherweise bezöge (die abweichenden Regelungen der Abs. 2 ff leg cit finden keine Anwendung).

Der nichtamtlichen Sachverständige haben am 8.4.2002 einen Gebührenanspruch in der Höhe von Euro 12000.- (inkl. 20% USt) geltend gemacht . Dieser Betrag entspricht jenem, der im außergerichtlichen Erwerbsleben für ein von Umfang und Inhalt vergleichbares Gutachten eines Universitätsprofessors durchaus üblich ist (vgl. z.B. Kalkulationsrichtlinien für Unternehmensberater ON 32). Die Gebühr für die nicht amtlichen Sachverständigen wurde daher mit dem genannten Betrag festgesetzt.

Zur Äußerung der Telekom Austria, dass der Anspruch auf Abgeltung der Sachverständigengebühr gemäß § 38 Abs 1 GebAG erloschen sei, da die Geltendmachung jedenfalls nicht binnen 14 Tagen erfolgt sei, führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass nicht davon auszugehen ist, dass die Tätigkeit der nichtamtlichen Sachverständigen mit Übermittlung des Gutachtens abgeschlossen ist. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass die Tätigkeit erst nach Einlangen der Stellungnahmen zum Gutachten bzw. nach Durchführung der mündlichen Verhandlung abgeschlossen ist, da eine Befassung der Gutachter im Rahmen der Stellungnahme zu ihrem Gutachten möglich sein muss. Im gegenständlichen Fall langten am 2. bzw. 3.4.2002 die Stellungnahmen sowohl zum Gutachten der Amtssachverständigen als auch zum Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen ein. Die mündliche Verhandlung zur Erörterung der Gutachten fand am 8.4.2002 statt. Die Tätigkeit der nichtamtlichen Sachverständigen endete daher jedenfalls erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung, der Gebührenanspruch wurde daher fristgerecht geltend gemacht.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von EUR 180.- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 6.5.2002

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann