

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH, 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 der T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 77-79, 1030 Wien, nach Durchführung eines Verfahren gemäß §§ 121 Abs. 2 TKG 2003 in der Sitzung vom 10.7.2006 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

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 den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15b/03-31 und M 15e/03-30 wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“, „H3G“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der T-Mobile Austria GmbH (im Folgenden „T-Mobile“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 des zwischen Hutchison und T-Mobile bestehenden Zusammenschaltungsvertrages vom 11.2.2003 lautet ab 1.8.2005 wie in den nachfolgenden Punkten 1. bis 6. dargestellt:

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

Anhang 6

1. Verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte

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

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute in €c	
		Peak	Off-Peak
V 5 _p	Transit im Netz des Ankernetzbetreibers Partei als QNB → Partei als NB _{Anker}	0,28	0,14
V 9 _{H3G-FN}	Terminierung regional (single tandem) T-Mobile → TA → Hutchison 3G (fest) Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Festnetz der Hutchison 3G - regional	1,28	0,71
V 9 _{TMA-FN}	Terminierung regional (single tandem) Hutchison → T-Mobile (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der T-Mobile - regional	1,28	0,71
V 10 _{TMA-FN}	Terminierung national (double tandem) Hutchison → T-Mobile (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der T-Mobile - national	1,28	0,71
V 10 _{H3G-FN}	Terminierung national (double tandem) T-Mobile → TA → Hutchison (fest) Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Festnetz der Hutchison - national	1,28	0,71
V 25 _{TMA}	Terminierung im Mobilnetz der T-Mobile Hutchison → Mobilnetz der T-Mobile Terminierung vom Netz der Hutchison in das Mobilnetz der T-Mobile	1.8.2005 – 31.10.2005: 13,18 1.11.2005 – 31.12.2005: 12,66 1.1.2006 – 30.6.2006: 11,66 1.7.2006 – 31.12.2006: 10,66	
V 25 _{H3G}	Terminierung im Mobilnetz der Hutchison T-Mobile → Mobilnetz der Hutchison Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Mobilnetz der Hutchison	1.8.2005 – 31.12.2005: 19,62 1.1.2006 – 30.6.2006: 17,79 1.7.2006 – 31.12.2006: 15,95	

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

- bis 31.12.2006 die oben dargestellten Mobil-Terminierungsentgelte an, und wenden vorläufig
- ab 1.1.2007 jeweils das zuletzt bis 31.12.2006 angeordnete Entgelt, jedoch T-Mobile reduziert um jeweils Cent 1, Hutchison reduziert um jeweils Cent 1,8328 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, reduziert um Cent 1 (T-Mobile) bzw. Cent 1,8328 (Hutchison) an, bis ein Wert in der Höhe von Cent 6,79 erreicht wird.

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

2. Peak-/Off-Peak-Zeiten

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

2.2. Als „*Off-Peak-Zeiten*“ gelten alle Zeiten von

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

3. Entgeltgrundsätze

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

4. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der wechselseitigen Entgelte erfolgt im Weg der direkten Abrechnung zwischen den Parteien.

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

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

Die unter Punkt 1 angeordneten Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“. Diese sind in Anhang 6a geregelt.

6. Verbot des netzinternen Refiling

Wird der von einer Partei an die andere Partei gesendete Verkehr nachweislich nicht als Zusammenschaltungsverkehr sondern als „netzinterner“ Verkehr (dh über SIM-Karten der jeweils anderen Partei) zugestellt, gilt dies als schwerwiegende Verletzung dieser Anordnung und berechtigt die diesen Verkehr empfangende Partei zur außerordentlichen Kündigung.

Allfällige sonstige Ansprüche (insbesondere Schadenersatzforderungen, Rückforderungsansprüche) bleiben hierdurch unberührt.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die Hutchison 3G Austria GmbH („Hutchison“, „H3G“) brachte am 20.3.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“) gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein. Darin begehrt die antragstellende Gesellschaft die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten entsprechend eines beiliegenden Anhangs 6. Die darin beantragten Entgelte sollen ab Rechtskraft der antragsgegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung wirksam werden. Begründend führt die Antragstellerin einen „Anpassungsbedarf bei den einschlägigen Entscheidungen der TKK“ sowie die „Wahrung der Rechtsposition der H3G“ an (ON 1, 2).

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs. 2 TKG 2003 weitergeleitet (Verfahren zu RVST 8/06); 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 8/06). Im Rahmen des Streitschlichtungsverfahrens vor der RTR-GmbH hat T-Mobile am 6.4.2006 eine Stellungnahme eingebracht und beantragt einen „Entgeltanhang 6“ gemäß ihrer Beilage ./1; dieser Anhang sieht Mobil-Terminierungsentgelte für die Verfahrensparteien vor, die in Übereinstimmung mit den Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2006 zu Z 7/05 und Z 9/05 stehen (ON 2, 3).

Auf Aufforderung der Telekom-Control-Kommission (ON 9, 10), mögliche Umstände bekannt zu geben, die eine andere Behandlung der Verfahrensparteien erfordern als in den, zum Verfahrensakt genommenen Bescheiden M 15b/03-30, M 15e/03-30, jeweils vom 27.10.2004, sowie Z 7/05-163, Z 9/05-159, jeweils vom 19.12.2005, (ON 5, 6, 7, 8), übermittelt T-Mobile am 4.5.2006 eine Stellungnahme (ON 11) und hält darin im Wesentlichen fest, dass sie „im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben des Nichtdiskriminierungsgebots gemäß M 15b/03 iVm § 38 TKG 2003 handelt“; dabei verweist T-Mobile auf den von ihr beantragten „Entgeltanhang 6“.

Am 5.5.2006 übermittelt Hutchison eine Stellungnahme (ON 13) und führt aus, dass sie nicht verpflichtet sei, die festgelegten Entgelte auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung „zur Anwendung zu bringen“, ohne, dass es dazu eines gesonderten Aktes der Geltendmachung durch einen der Zusammenschaltungspartner bedürfte. Darüber hinaus wäre vor Festlegung der Entgelte die mit Bescheid vom Oktober 2004 festgestellte Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und die auferlegten Verpflichtungen neu zu überprüfen; auch die Mobil-Terminierungsentgelte wären neu zu ermitteln. Weiters spricht sich Hutchison gegen eine rückwirkende Anordnung der Terminierungsentgelte aus; die Entgelte sollen erst ab Rechtskraft des zu erlassenden Bescheides gelten.

Am 7.6.2006 übermittelt T-Mobile eine weitere Stellungnahme (ON 15), die zum einen eine „Ergänzung bzw. Abänderung des Gegenantrages der TMA vom 4.5.2006“ und zum anderen eine „Konkretisierung der Stellungnahme der TMA vom 4.5.2006“ sowie eine Stellungnahme zur Stellungnahme der Hutchison vom 5.5.2006 darstellt. Eingangs führt T-Mobile ihre „rechtlichen Bedenken hinsichtlich des Bescheides der TKK zu Z 7/05 vom 19.12.2005 über die Festsetzung der Mobilterminierungsentgelte“ an und ändert ihren Antrag dahingehend, dass für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der T-Mobile ab 1.1.2006 höhere Entgelte zu verrechnen sind, als diese mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 angeordnet

worden sind (Anhang 6, Beilage. /2). Als Begründung für diese Antragsänderung führt T-Mobile im Wesentlichen das anhängige Rechtsmittelverfahren betreffend den Bescheid Z 7/05 an.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

Hutchison war zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TKG 2003 Inhaberin einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze.

Auch T-Mobile war zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des TKG 2003 Inhaberin einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze.

Beiden Unternehmen erbringen mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit.

2. Zur Marktbeherrschung der Verfahrensparteien

Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.2004 zu M 15b/03 sowie M 15e/03 wurde festgestellt, dass die Verfahrensparteien Hutchison und T-Mobile jeweils über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf den betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze verfügen (amtsbekannt).

Im Rahmen dieser Bescheide wurden den Verfahrensparteien gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 unter anderem folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

Hutchison und T-Mobile haben jeweils 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 haben Hutchison und T-Mobile jeweils in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellen.

Weiters wurden Hutchison und T-Mobile gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 jeweils 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 Verfahrensparteien Hutchison und T-Mobile haben gemäß § 42 TKG 2003 jeweils 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.

Mit Bescheiden zu M 3/05 und M 6/05, jeweils vom 6.2.2006, wurden diese Verpflichtungen um folgende ergänzt: T-Mobile und Hutchison haben gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die Hutchison und T-Mobile ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt. Diese Verpflichtung gilt für jene Leistungen der T-Mobile bzw. der Hutchison, die mit Hilfe eines über die

Luftschnittstelle angebundenen physischen ortsfesten Netzabschlusspunktes im öffentlichen Kommunikationsnetz der T-Mobile bzw. der Hutchison erbracht werden.“

Den Verfahrensparteien wurden die jeweils sie betreffenden Bescheide gemäß § 37 TKG 2003 am 29.10.2004 sowie am 8.2.2006 zugestellt. Der Telekom-Control-Kommission sind keine Umstände bekannt, die zu einer anderen Sichtweise bezüglich dieser Festlegungen führen könnten.

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 Hutchison und T-Mobile beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 11.2.2003.

Mit Schreiben vom 7.4.2005 (ON 1, Beilage ./1, ON 3) kündigte Hutchison Anhang 6 des Zusammenschaltungsvertrages vom 11.2.2003 mit Wirkung 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 7.4.2005 hat Hutchison ihre Nachfrage nach einem neuen Anhang betreffend Zusammenschaltungsentgelte wiederholt (ON 1, Beilagen ./1, 2, ON 3).

c. Verhandlungen über die verfahrensgegenständlichen Fragen zwischen den Verfahrensparteien fanden am 27.1.2005, 17.3.2005 und 8.3.2006 statt (ON 1, Punkt 1.3; ON 3). Eine Vereinbarung über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte konnte jedoch nicht getroffen werden.

4. Zu den zur Verrechnung gelangenden, von der Telekom-Control-Kommission angeordneten, kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelten

a. In Anordnungen der Telekom-Control-Kommission (gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003) vom 19.12.2005 zu Z 9/05 sowie Z 11/05 wurden folgende Mobil-Terminierungsentgelte für Hutchison im Verhältnis zwischen Hutchison und tele.ring Telekom Service GmbH bzw. Mobilkom Austria AG & Co KG festgelegt:

„Zusammenschaltungsentgelte: Beträge in Eurocent (€c) pro Minute, exkl. Ust

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentgelt pro Minute (peak und off-peak) in €c
V 25H3G	Terminierung im Mobilnetz der Hutchison tele.ring [Mobilkom] → Mobilnetz der Hutchison	1.5.2005 – 31.12.2005:
		19,62
	Terminierung vom Netz der tele.ring [Mobilkom] in das Mobilnetz der Hutchison	1.1.2006 – 30.6.2006:
		17,79
	1.7.2006 – 31.12.2006:	
	15,95	

Weiters wurde folgende vorläufige Weitergeltungsbestimmung angeordnet: „Sofern die Parteien auch nach dem Erlass einer für die jeweilige Verfahrenspartei erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung weiterhin die verfahrensgegenständliche Zusammenschaltungsbeziehung fortsetzen wollen, wenngleich 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 tele.ring reduziert um jeweils Cent 1, Hutchison reduziert um jeweils Cent 1,8328 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, reduziert um Cent 1 (tele.ring) bzw. Cent 1,8328 (Hutchison) 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.“

b. In einer Anordnung der Telekom-Control-Kommission (gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003) vom 19.12.2005 zu Z 7/05 wurden folgende Mobil-Terminierungsentgelte im Verhältnis zwischen T-Mobile und tele.ring Telekom Service GmbH festgelegt:

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

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentgelt pro Minute (peak und off-peak) in €c
V 25TMA	Terminierung im Mobilnetz der T-Mobile tele.ring → Mobilnetz der T-Mobile	1.4.2005 – 31.10.2005:
		13,18
	Terminierung vom Netz der tele.ring in das Mobilnetz der T-Mobile	1.11.2005 – 31.12.2005:
		12,66
		1.1.2006 – 30.6.2006:
	11,66	
	1.7.2006 – 31.12.2006:	
	10,66	

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute (peak und off-peak) in €
V 25TR	Terminierung im Mobilnetz der tele.ring T-Mobile → Mobilnetz der tele.ring	1.4.2005 – 31.12.2005:
		13,80
	Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Mobilnetz der tele.ring	1.1.2006 – 30.6.2006:
		12,80
	1.7.2006 – 31.12.2006:	
	11,80	

Weiters wurde folgende vorläufige Weitergeltungsbestimmung angeordnet: *“Sofern die Parteien auch nach dem Erlass einer für die jeweilige Verfahrenspartei erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung weiterhin die verfahrensgegenständliche Zusammenschaltungsbeziehung fortsetzen wollen, wenngleich unter anderen Bedingungen, wenden sie vorläufig*

- *bis 31.12.2006 die oben dargestellten Zusammenschaltungsentsgelte 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.“

c. Die oben genannten Bedingungen wurden befristet mit einer für die jeweilige Partei (der Verfahren Z 7/05, Z 9/05 sowie Z 11/05) erlassenen Entscheidung in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die verfahrensgegenständlichen Leistungen der Mobil-Terminierung.

C. Beweiswürdigung

Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus übereinstimmenden bzw. unwidersprochenen Vorbringen der Verfahrensparteien (ON 1, 3).

Die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowie die Anwendbarkeit der spezifischen Verpflichtungen ergeben sich aus den die Verfahrensparteien betreffenden Bescheide der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 vom 27.10.2004, M 15b/03, M 15e/03 (amtsbekannt). Diese Bescheide wurden den Verfahrensparteien zugestellt und sind rechtskräftig.

Die unter Punkt 4 des festgestellten Sachverhaltes dargestellten anzuwendenden Mobil-Terminierungsentsgelte der T-Mobile sowie Hutchison basieren auf den rechtskräftigen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 7/05, Z 9/05 sowie Z 11/05 (amtsbekannt).

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

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.

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 7.4.2005 wiederholt erfolgten Nachfrage verhandelten die Verfahrensparteien über die verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen. Es besteht sohin kein Zweifel, dass – mehr als sechs Wochen vor Antragstellung – über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte 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 des Zusammenschaltungsvertrages vom 11.2.2003 mit Wirkung 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

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).

Bei der Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht gemäß § 35 TKG 2003 verfügen, sind die – in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 – auferlegten spezifischen Verpflichtungen zu berücksichtigen: Die Verfahrensparteien wurden jeweils mit Bescheiden vom 27.10.2004 zu M 15b/03 sowie M 15e/03 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den jeweiligen Vorleistungsmärkten „Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz“ iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 festgestellt; ihnen wurden spezifische Verpflichtungen hinsichtlich der Mobil-Terminierungsleistung auferlegt.

Im Rahmen der Festlegung von Entgelten für die Leistung der Terminierung im Streitfall hat die Telekom-Control-Kommission auch den auferlegten spezifischen Verpflichtungen Rechnung zu tragen.

6. Zur Begründung der Anordnung

a. Eingangs ist festzuhalten, dass zwischen den Verfahrensparteien lediglich die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Verkehrsarten „V 25_{H3G}“ und „V 25_{TMA}“) strittig ist: Hutchison sieht bezüglich der Mobil-Terminierungsentgelte einen „Anpassungsbedarf bei den einschlägigen Entscheidungen der TKK“ und möchte darüber hinaus ihre Rechtsposition hinsichtlich ihrer Beschwerden vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts betreffend die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 9/05 und Z 11/05 wahren (ON 1, Punkt 3). Die Begründung des (geänderten) Antrages der T-Mobile zielt im Wesentlichen ebenfalls darauf ab, das anhängige Rechtsmittelverfahren betreffend den Bescheid Z 7/05 (Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005) zu wahren.

Die weiteren im Spruch vorgenommenen Festlegungen, insbesondere hinsichtlich der wechselseitigen Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte sowie des Verbots des netzinternen Refillings gründen auf übereinstimmende Parteienanträge (vgl. Stellungnahme der T-Mobile ON 3, Punkt 5.3), weswegen die Telekom-Control-Kommission diesbezüglich keine materielle (Streitschlichtungs-)Entscheidung getroffen hat. Eine Begründung dazu kann entfallen (§ 58 Abs. 2 AVG).

Die weiteren Ausführungen beziehen sich somit lediglich auf Fragen betreffend die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte:

b. Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 zu M 15b/03 und M 15e/03 wurde festgestellt, dass die Verfahrensparteien über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf den jeweiligen Märkten für Terminierung in das eigene öffentliche Mobiltelefonnetz verfügen. Unter anderem wurde den Verfahrensparteien die spezifische Verpflichtung iSd § 38 TKG 2003 auferlegt, jeweils in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellen. Diese Bescheide wurden den Parteien zugestellt, sind rechtskräftig und wurden darüber hinaus zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewer-

bern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (*Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003). So wird in den erwähnten Bescheiden gemäß § 37 TKG 2003 festgehalten (Punkt 7.2.4.), dass „die Gleichbehandlungsverpflichtung [] primär dem Zweck dient (vgl. ERG, S. 49), die Diskriminierung zwischen verschiedenen Abnehmern einer Leistung zu verhindern.“

Ungeachtet der Frage, ob diese spezifische Verpflichtung erst nach Aufforderung eines Dritten oder vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbständig, dh unaufgefordert, zur Anwendung zu bringen ist, ist festzuhalten, dass das verpflichtete Unternehmen jedenfalls nach Aufforderung dazu verpflichtet ist, anderen Betreibern (mittels Vertrag oder Anordnung) eingeräumte Konditionen auch nachfragenden Dritten anzubieten und in weiterer Folge freilich zur Verrechnung zu bringen. Die englischsprachige Fassung des Art. 10 RL 2002/19/EG, der die Grundlage für § 38 TKG 2003 darstellt, zeigt deutlich auf, dass das Wesen der Nichtdiskriminierung nicht das bloße „Anbieten“, sondern das „Anwenden“ von gleichwertigen Bedingungen ist (vgl. „*Obligations of non-discrimination shall ensure, in particular, that the operator applies equivalent conditions...*“).

Mit Bescheiden vom 19.12.2005 wurden für die Leistungen der Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Verfahrensparteien Entgelte festgelegt, die im Verhältnis zu den damaligen Verfahrensgegnern zur Anwendung kommen. Die Bescheide zu Z 7/05 und Z 9/05 wurden den Parteien zugestellt, sind rechtskräftig und wurden darüber hinaus zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen. Diese Festlegungen bilden den Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob Wettbewerbern gleichwertige Bedingungen unter den gleichen Umständen angeboten werden.

Aus der festgestellten Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, der genannten hoheitlichen Entgeltfestlegung sowie der Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ergibt sich, dass die jeweilige Verfahrenspartei die festgelegten Entgeltbedingungen, wie sie in den Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 angeordnet wurden, auch anderen Wettbewerbern, sohin auch im Verhältnis zur jeweils anderen Verfahrenspartei anzubieten bzw. anzuwenden (dh zu verrechnen) hat. Der jeweilige Verfahrensgegner ist „Betreiber“ iSd §§ 3 Abs. 1, 38 TKG 2003 iVm der auferlegten spezifischen Verpflichtung.

Das Gleichbehandlungsgebot iSd § 38 TKG 2003 stellt sich nicht als schrankenlose Verpflichtung dar, sondern sieht vor, dass Nichtdiskriminierung „unter gleichen Umständen“ stattzufinden hat. Nachdem der Telekom-Control-Kommission keine Umstände (iSd § 38 TKG 2003) bekannt sind, die eine Andersbehandlung des jeweiligen Verfahrensgegners im Vergleich zu den erwähnten Entgeltfestlegungen bzw. zu den auf Bescheiden basierenden Zusammenschaltungsverhältnissen rechtfertigen könnten, wurden die Parteien aufgefordert (ON 9, 10), solche möglichen Umstände bekannt zu geben:

Die Wahrung von Rechtsstandpunkten für allfällige Verfahren vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts (Vorbringen der Hutchison in ON 1, Punkt 3.1; Vorbringen der T-Mobile, ON 3, Punkt 3.1, ON 11), sowie amtsbekannte Ausführungen zu konkreten, rechtskräftigen Entgeltfestlegungen bzw. Verweise auf Vorbringen im Verfahren Z 7/05 (Vorbringen der Hutchison in ON 1, Punkt 3.1; Vorbringen der T-Mobile, ON 3, Punkte 3.1, 5.4, ON 15) stellen keine „anderen Umstände“ iSd § 38 TKG 2003 dar, die eine Andersbehandlung im gegenständlichen Verfahren begründen können. Das diesbezügliche Vorbringen der Verfahrensparteien ist damit verfehlt, da keine „Umstände im Tatsächlichen“ (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu Zl. 2002/03/0285 vom 28.4.2004 sowie den Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu Z 17/02, 20.9.2002) angeführt werden: Auf der Grundlage der Nichtdiskriminierungsverpflichtung haben die Verfahrensparteien die angeordneten Mobil-Terminierungsentgelte anzubieten und zur An-

wendung zu bringen. Dies wird selbst von T-Mobile auch mehrfach expressis verbis bestätigt, weswegen der erste, jedoch in weiterer Folge geänderte (Gegen-)Antrag der T-Mobile die Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten in Übereinstimmung mit den erwähnten Zusammenschaltungsanordnungen stand (vgl. ON 3, Beilage 1, ON 11, ON 15, Seite 13).

Die bloße Wiederholung von Vorbringen aus einem anderen, bereits abgeschlossenen Verfahren (wie etwa Z 7/05), ohne anzuführen, dass der gegenständliche Fall eben nicht mit dem früheren „vergleichbar“ wäre (und sohin „andere Umstände“ vorliegen), kann die spezifische Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung nicht erfüllen. Ein solches Vorbringen würde die Nichtdiskriminierungsverpflichtung ad absurdum führen, wenn der Zusammenschaltungspartner bzw. die zur Streitschlichtung angerufene Behörde ein bereits abgeschlossenes Verfahren materiell wiederholen müsste.

Diese Ausführungen stehen auch in Übereinstimmung mit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu 2000/03/0300 vom 19.10.2004, in dem wie folgt ausgeführt wird: *„Es kann somit nicht als rechtswidrig angesehen, werden, wenn die belangte Behörde im Beschwerdefall die sich aus § 34 Abs. 1 TKG ergebende Verpflichtung für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in der selben Qualität Leistungen bereitzustellen, die es am Markt anbietet oder die es für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt, auch für die vorliegende Zusammenschaltungsanordnung - insbesondere betreffend die festzusetzenden Zusammenschaltungsentgelte - für maßgeblich erachtete. Auf dem Boden des Gesagten kann der Behörde daher nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie im Beschwerdefall die Zusammenschaltungsentgelte wie in dem vergleichbaren Fall, der ihrer - u.a. an die Beschwerdeführerin gerichtete - Zusammenschaltungsanordnung vom 11. November 1999, Zl. Z 8/99, zugrunde lag, festsetzte. Entgegen der Beschwerde war die belangte Behörde somit nicht gehalten, bezüglich der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte im Beschwerdefall ein (nochmaliges) Ermittlungsverfahren durchzuführen. Damit erweist sich aber bezüglich der in Rede stehenden Entgeltfestsetzung weder der Sachverhalt als ergänzungsbedürftig noch der bekämpfte Bescheid mit einer "Begründungslücke" behaftet.“*

Auch wenn sich dieses Erkenntnis auf die Rechtslage TKG (1997) bezieht, erachtet die Telekom-Control-Kommission dieses wegen der materiell vergleichbaren Situation im gegenständlichen Verfahren für relevant.

c. Soweit Hutchison die Relevanz der Bescheide gemäß § 37 TKG 2003 in Zweifel zieht (ON 13, Punkt 2) und vermeint, dass die Festlegungen im Bescheid M 15e/03 vor dem Hintergrund einer amtswegigen Ermittlungspflicht „neuerlich zu rechtfertigen“ wären, soll ihr Folgendes entgegen gehalten werden:

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften 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 durch. Primäres Ziel dieses Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen. Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

Gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Stellt die Telekom-Control-Kommission demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß Abs. 2 leg. cit. auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Diesen Bestimmungen 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 und (jedenfalls) bis zu diesem Zeitpunkt die „Verhaltensregeln“ für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht niederlegen. Die Auferlegung neuer Verpflichtungen bzw. die Änderung oder Aufhebung derselben in einem neuen Marktanalyse-Verfahren entfaltet ihre Wirkung lediglich pro futuro und wiederum bis zum Abschluss der darauffolgenden Marktanalyse. Festgehalten wird, dass mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 6.2.2006 ein neues Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen zu M 13/06 eingeleitet wurde; dieses Verfahren ist noch anhängig.

Während dieser, bis zum Abschluss eines neuen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 geltenden Periode ist das verpflichtete Unternehmen an die Ergebnisse des zuletzt durchgeführten Marktanalyse-Verfahrens gebunden. Marktanalyse-Verfahren sind amtswegige Verfahren, weswegen keinem Unternehmen ein Recht auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 zukommt. Grundsätzlich sieht sich auch die Telekom-Control-Kommission an die Ergebnisse der zuletzt durchgeführten Analyse-Verfahren gebunden; sollte die Telekom-Control-Kommission Umstände erkennen, die zu einem anderen Ergebnis iSd § 37 Abs. 2 und 3 TKG 2003 führen könnten, kann die Telekom-Control-Kommission auch vorzeitig von Amts wegen ein neues Verfahren einleiten. Die Ergebnisse dieses Verfahrens entfalten jedoch wiederum erst für die Zukunft ihre Wirkung. Der Telekom-Control-Kommission sind im Konkreten jedoch keine Umstände bekannt, die zu einer anderen Sichtweise betreffend die Festlegungen zu M 15b/03 und M 15e/03 führen könnten. Das Vorbringen, dass die Übernahme der tele.ring Telekom Service GmbH eine solch „gravierende Änderung im Markt“ darstellen würde, die im Rahmen einer Analyse des Mobil-Terminierungsmarktes der Hutchison besonders zu berücksichtigen sei (ON 13, Punkt 2.3), vermag vor dem Hintergrund, dass die Terminierungsmärkte Monopolmärkte sind, nicht zu überzeugen. Auch ein allgemeines unbegründetes Bestreiten der Entscheidung zu M 15e/03 (ON 13, Punkt 2.4) veranlasst die Telekom-Control-Kommission nicht dazu, die Entscheidung im bereits anhängigen Marktanalyse-Verfahren „abzuwarten“, deren Inhalt, wie bereits ausgeführt, lediglich pro futuro wirkt. Ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne des § 69 AVG wurde von Hutchison nicht gestellt.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass das Vorbringen der Hutchison, dass die Ergebnisse des zuletzt durchgeführten Verfahrens M 15e/03 zu überprüfen wären, bevor eine Entscheidung im gegenständlichen Verfahren getroffen werden kann, verfehlt sind. Darüber hinaus sind die hier

vorgenommenen Festlegungen der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte befristet mit dem Abschluss des neuen, bereits anhängigen Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die streitgegenständlichen Mobil-Terminierungsleistungen.

d. In weiterer Folge bestreitet Hutchison die Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung (ON 13, Punkt 3), führt jedoch dazu keine Begründung an, weswegen dieses Vorbringen nicht weitergehend verfolgt werden kann.

Das in diesem Kontext ausgeführte Vorbringen hinsichtlich der Rückwirkung einer allfälligen Entscheidung wird im nachfolgenden Kapitel behandelt; auf dieses wird an dieser Stelle verwiesen.

Auch das Vorbringen der Hutchison betreffend ihren Marktanalyse-Bescheid M 15e/03 (ON 13, Punkte 2, 3) zeigt keine Umstände auf, die eine andere Behandlung als in den Bescheiden zu Z 9/05, Z 11/05 rechtfertigen könnte.

7. Zur Laufzeit der Anordnung sowie den weiteren Bestimmungen

a. Der Beginn der Geltung dieser Anordnung gründet zum Einen darauf, dass mit diesem Zeitpunkt – 1.8.2005 – keine Vereinbarung vorliegt, die einer Anordnung der Telekom-Control-Kommission entgegensteht, und zum Anderen auf dem Antrag der T-Mobile (ON 15, Beilage ./2). Mit der vorgenommenen Festlegung von Entgelten als Essentialia einer Zusammenschaltungsbeziehung ab diesem Zeitpunkt wird eine Fortführung des Zusammenschaltungsverhältnisses ohne Unterbrechung gewährleistet.

Dem Begehren der antragstellenden Hutchison, die beantragten Entgelte „*mit Wirksamkeit ab Rechtskraft der hier antragsgegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung*“ anzuordnen, wurde somit nicht gefolgt. Den Ausführungen der Hutchison (insb. ON 13, Punkt 4) ist dabei wie folgt entgegen zu treten:

Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen – insbesondere §§§ 48, 50, 121 Abs. 2 TKG 2003 – normieren nicht, dass die Telekom-Control-Kommission Zusammenschaltungsbedingungen lediglich ab Rechtskraft der Entscheidung anordnen dürfe; zum Wirkungsbeginn von Zusammenschaltungsbedingungen im Fall einer Anordnung enthalten diese Bestimmungen keinen Hinweis.

Die von Hutchison angeführten verfassungsrechtlichen Überlegungen, weswegen eine rückwirkende Anordnung nicht vorgenommen werden darf, können nämlich vor dem Hintergrund der zitierten Bestimmungen nicht überzeugen: Wie bereits ausgeführt, ist es Aufgabe der Telekom-Control-Kommission, nach Anrufung durch einen Betreiber 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 Verwaltungsgerichtshof zur Zahl 2000/03/0377-6 vom 26.2.2003); weiters hat ein fairer Ausgleich der Interessen der beteiligten Parteien zu erfolgen (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zur Zahl 2004/03/0151 vom 31.1.2005). 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) sowie gegebenenfalls auferlegte spezifische Verpflichtungen iSd §§ 38 TKG 2003 zu beachten.

Bereits vor dem Hintergrund der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes, dass ein fairer Interessensausgleich zwischen den Parteien stattzufinden hat, kann dem Begehren der Hutchison nicht näher getreten werden, dass eine rückwirkende Anordnung – gestützt auf übereinstimmende Parteienanträge – lediglich bezüglich der Entgelte der T-Mobile, nicht jedoch betreffend die Entgelte der Hutchison vorgenommen werden möge (ON 13, Seite 6).

Darüber kann die Telekom-Control-Kommission Bedingungen für die Zusammenschaltung festlegen, die auch im Rahmen einer privatautonomen Vereinbarung zustande gekommen wären, wobei diese Anordnung auf jene Inhalte beschränkt zu bleiben hat, die zur Erreichung des Zieltes der Zusammenschaltungsanordnung geeignet und erforderlich ist (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zur Zahl 2005/03/0200 vom 19.12.2005). Die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ist als Essentialia einer Vereinbarung bzw. vertragsersetzenden Anordnung zweifellos „erforderlich“ (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 eine vertraglichen Vereinbarung treten soll, geregelt werden.“*). Auch eine Anordnung von Entgelten, die sich als (teilweise) rückwirkend darstellt, kann vor dem Hintergrund des vertragsersetzenden Charakters einer Anordnung hoheitlich festgelegt werden, da dies auch im Rahmen der Privatautonomie möglich und zulässig ist.

Die Festlegung der im Spruch angeordneten Entgelte ab 1.8.2005 dient darüber hinaus dem Zweck, die ohne Zweifel im öffentlichen Interesse gelegene Einhaltung von spezifischen Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sicher zu stellen. Bereits mit 27.10.2004 wurden die Verfahrensparteien als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt und ihnen unter anderem eine Verpflichtung zu Nichtdiskriminierung sowie zur Kostenorientierung ihrer Terminierungsentgelte auferlegt. Unter Verweis, dass im gegenständlichen Fall keine übereinstimmenden Anträge betreffend Wirksamkeitszeitpunkt (der Entgelte der Hutchison) vorliegen, kann sich das marktmächtige Unternehmen Hutchison nicht ihrer spezifischen Verpflichtungen entziehen. In diesem Zusammenhang soll auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2000/03/0330 vom 8.9.2004 verwiesen werden, das eine rückwirkende Anordnung von Zusammenschaltungsbedingungen vor dem Hintergrund der (damals für Telekom Austria AG geltenden) Nichtdiskriminierungsverpflichtung gemäß § 34 TKG (1997) bejaht.

Soweit Hutchison möglicherweise vermeint, dass T-Mobile ihr Recht auf eine rückwirkende Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten verwirkt hätte, da sie nicht früher die Telekom-Control-Kommission zur Streitschlichtung angerufen hätte, (die dann in weiterer Folge eine frühzeitigere Entgeltfestlegung ab Rechtskraft der Entscheidung vorgenommen hätte) soll festgehalten werden, dass eine solche Überlegung die gesetzlich gebotenen, ernsthaft zu führenden Verhandlungen konterkarieren würde. Zusammenschaltungsverhandlungen erweisen sich im Regelfall als komplex und erfordern einen hohen Abstimmungsbedarf im Unternehmen, weswegen solche Verhandlungen regelmäßig auch mehrere Wochen dauern können. Hätten nun die Zusammenschaltungspartner keine Möglichkeit, eine Anordnung für den Zeitraum der Verhandlungen zu erlangen, wäre kein Zusammenschaltungspartner (mehr) gewillt, ernsthafte Verhandlungen zu führen, die über das gesetzliche Minimalerfordernis iSd § 50 Abs. 1 TKG 2003 hinausgehen.

b. Die Befristung der gegenständlichen Anordnung gründet – neben den auferlegten spezifischen Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung – 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.

Die Telekom-Control-Kommission ist in den bezugnehmenden Verfahren betreffend Mobil-Terminierungsentgelte (Bescheide vom 19.12.2005) davon ausgegangen, 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 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 reduzieren die beiden Mobilfunkbetreiber ihre jeweiligen, bis 31.12.2006 festgelegten Entgelte, wobei T-Mobile eine Reduktion um Cent 1 und Hutchison eine Reduktion um Cent 1,8328 vornehmen. In weiterer Folge reduzieren die Zusammenschaltungspartner jeweils ihre zuletzt verrechneten Entgelte alle sechs Monate um Cent 1 (T-Mobile) bzw. Cent 1,8328 (Hutchison), 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).

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

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 zwischen 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 setzt die auferlegten spezifischen Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung sowie Kostenorientierung (Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom

27.10.2004, M 15b/03, M 15e/03) im konkreten Zusammenschaltungsverhältnis der Verfahrensparteien um. Die materielle Anordnung stimmt mit den Zusammenschaltungsanordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 betreffend Mobil-Terminierungsentgelte überein.

Da der materielle Gehalt der vorliegenden Zusammenschaltungsanordnung – zum Einem die spezifischen Verpflichtungen und zum Anderen die konkreten Mobil-Terminierungsentgelte – bereits in den vorerwähnten Verfahren gemäß § 128 TKG 2003 konsultiert und gemäß § 129 TKG 2003 koordiniert wurde, sieht die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Verfahren davon ab, die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 ein weiteres Mal durchzuführen.

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 10.7.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

ZV:

- Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Telefax und Post
- T-Mobile Austria GmbH, z. Hd. der Geschäftsführung, Rennweg 97-99, 1030 Wien, per Telefax und Post