

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring 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 Orange Austria Telecommunication GmbH (vormals One GmbH), Brünnerstraße 52, 1210 Wien, in der Sitzung vom 20.4.2009 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 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“), wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“, „H3G“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der Orange Austria Telecommunication GmbH (vormals One GmbH; „Orange“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 des zwischen Hutchison und Orange bestehenden Zusammenschaltungsvertrages vom 05.03.2003 lautet ab 01.08.2005 bis 31.12.2006 wie in den nachfolgenden Punkten 1. bis 5. dargestellt:

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-FN}	Transit im Netz des Ankernetzbetreibers Partei als QNB → Partei als NB _{Anker}	0,28	0,14
V 9 _{H3G-FN}	Terminierung regional (single tandem) Orange → Hutchison 3G (fest) Terminierung vom Netz der Orange in das Festnetz der Hutchison 3G – regional	1,28	0,71
V 9 _{Orange-FN}	Terminierung regional (single tandem) Hutchison → Orange (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der Orange - regional	1,28	0,71
V 10 _{Orange-FN}	Terminierung national (double tandem) Hutchison → Orange (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der Orange - national	1,28	0,71
V 10 _{H3G-FN}	Terminierung national (double tandem) Orange → Hutchison (fest) Terminierung vom Netz der Orange in das Festnetz der Hutchison – national	1,28	0,71
V 25 _{Orange}	Terminierung im Mobilnetz der Orange Hutchison → Mobilnetz der Orange Terminierung vom Netz der Hutchison in das Mobilnetz der Orange	01.08.2005 – 31.10.2005: 13,80 01.11.2005 – 31.12.2005: 13,28 01.01.2006 – 30.06.2006: 12,28 01.07.2006 – 31.12.2006: 11,28	
V 25 _{H3G}	Terminierung im Mobilnetz der Hutchison Orange → Mobilnetz der Hutchison Terminierung vom Netz der Orange in das Mobilnetz der Hutchison	01.08.2005 – 31.12.2005: 19,62 01.01.2006 – 30.06.2006: 17,79 01.07.2006 – 31.12.2006: 15,95	

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 Anhanges), 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 zustande gekommenen Verbindung.

4. Verrechnung der Entgelte

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

Im Fall von terminierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der Telekom Austria AG an die jeweilige Partei 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.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Die Hutchison 3G Austria GmbH („Hutchison“, „H3G“) brachte am 31.03.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber Orange Austria Telecommunication GmbH (vormals One GmbH; „Orange“) 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. Begründend führt die Antragstellerin einen „Anpassungsbedarf bei den einschlägigen Entscheidungen der TKK“ sowie die „Wahrung der Rechtsposition der H3G“ an (ON 1, 4).

Im – nach der Behebung des Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof – fortgesetzten Verfahren wurden Stellungnahmen übermittelt.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

Hutchison verfügt über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

Ebenso verfügt Orange über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt). Seit 22.9.2008 firmiert die vormalige One GmbH als Orange Austria Telecommunication GmbH. Eine Änderung der Rechtsperson geht damit nicht einher.

2. Zum Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/2008 vom 30.12.2008) als einer von mehreren nationalen Märkte definiert, die für eine sektorspezifische Regulierung relevant sind (§ 36 TKG 2003). Bereits die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003), die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist, hat einen (gleich definierten) nationalen Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen vorgesehen.

Diese (nationale) Definition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die auf Grund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

3. Zu den wettbewerblichen Verhältnissen auf den Märkten für Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Verfahrensparteien

A. Auf den Märkten für Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Verfahrensparteien herrscht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum aus wirtschaftlicher Sicht kein (selbsttragender) Wettbewerb:

a. Bei den Märkten für Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Verfahrensparteien handelt es sich um resistente Monopolmärkte, auf denen die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar sind, potenzieller Wettbewerb ausgeschlossen ist und der Marktanteil bei 100% liegt.

b. Bei freier Preissetzung haben die Verfahrensparteien Anreize, die Mobilterminierungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen, dh überhöhte Entgelte zu verrechnen. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung. Der einzige Faktor, der die Monopolmarktmacht disziplinieren könnte, ist die nachfrageseitige Verhandlungsmacht. Diese könnte ggf. auf der Vorleistungsebene oder auf der Endkundenebene wirken. Nachfragemacht setzt voraus, dass ein Nachfrager über ein glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt, dh eine hinreichend große Nachfragemenge auf sich vereint und glaubwürdige Alternativen (*outside options*) zur Hand hat, um seine Nachfrageinteressen durchzusetzen.

c. Im Zusammenhang mit der Nachfragemacht von Nachfragern auf der Vorleistungsebene ist festzustellen, dass lediglich große Betreiber mit eigenen Teilnehmern (insbesondere große Mobilfunkbetreiber) gegenüber sehr kleinen Mobilbetreibern bzw Neueinsteigern über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen verfügen, nämlich die Zusammenschaltung zu verweigern, zu verzögern oder prohibitiv hohe Preise zu verrechnen. Allerdings ist vor dem Hintergrund der spezifischen Marktsituation nicht zu erwarten, dass selbst ein kleinerer Mobilbetreiber, wie Hutchison, durch Verhandlungsmacht in ihrem Preissetzungsverhalten eingeschränkt wird: Erstens haben auch die kleineren aktiven Mobilbetreiber bereits eine kritische Größe überschritten (die Nichtzusammenschaltung mit einem Mobilbetreiber mit 100 Tausend Teilnehmern oder mehr ist insbesondere für die in der Regel wesentlich kleineren Festnetzbetreiber keine glaubwürdige Drohung, um Nachfragedruck auszuüben), so dass sich Nachfragemacht allenfalls auf zukünftige Neueinsteiger beschränkt. Zweitens blendet diese Feststellung allfällige regulatorische Verpflichtungen aus. Die möglichen großen Nachfrager (wie etwa Telekom Austria, mobilkom, T-Mobile und Orange) können allenfalls dann (und nur dann) Nachfragemacht ausüben, wenn sie ihrerseits keiner Regulierung unterworfen sind. Sollten die großen Anbieter – die ihrerseits jedenfalls keinem Nachfragedruck ausgesetzt sind – einer Regulierung unterworfen werden, verlieren sie ihre Nachfragemacht gegenüber kleinen Mobilbetreibern. Drittens ist in jener Anbieter-Nachfrager-Konstellation, in welcher der Nachfragedruck potenziell am stärksten wäre, nämlich im Verhältnis eines großen Mobilbetreibers zu einem sehr kleinen Mobilbetreiber insbesondere aber Marktneueinsteiger, auch der Foreclosure-Anreiz maximal, so dass die Gefahr besteht, dass große Mobilbetreiber ihre Nachfragemacht eher dahingehend nutzen werden, den Markt für den Neueinsteiger gänzlich zu schließen (und nicht kosteneffiziente Entgelte durchzusetzen).

Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten bzw der Verbundenheit von Unternehmen ändert an diesen Feststellungen nichts. Hinsichtlich ersterer besteht allein schon deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist, oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen für den Anbieter von Mobilfunkterminierung (im Sinn von *outside options*) gibt. Überdies ist nicht plausibel, warum die Marktmacht auf anderen

Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte. Für verbundene Unternehmen und ihre Möglichkeit, den Druck in der Verhandlungssituation zu verstärken gilt analoges, wobei hinzukommt, dass der Anreiz, Druck auszuüben insbesondere dann gering sein wird, wenn damit die Gefahr einhergeht, dass in Folge auch der verbundene Mobilnetzbetreiber seine Terminierungsentgelte absenken müsste. Selbst wenn man unterstellte, dass ein Mobilnetzbetreiber auf Druck seines Verhandlungspartners ggf. bereit wäre, seine Terminierungsentgelte abzusenken, müsste er auch damit rechnen, dass dieses Ergebnis ggf. auch (allen) anderen Unternehmen zugute kommen könnte (Arbitragegeschäfte), wodurch sich der Anreiz bei Terminierungsentgelten nachzugeben deutlich reduziert.

Auch die Terminierungsbilanzen (Verkehrssalden zwischen Mobilnetzen) sprechen für diese Feststellungen: Ein Betreiber mit einem Verkehrsüberschuss (net-inflow) – wie etwa mobilkom in den Jahren 2006 und 2007 – hat keinen Anreiz, Terminierungsentgelte unter dem Monopolpreis anzubieten, da damit ein Access Überschuss erzielt und die Kosten des Mitbewerbers erhöht (und so seine wettbewerbliche Position geschwächt) werden können. Umgekehrt hat aber auch ein Betreiber mit einem Terminierungsbilanzdefizit keinen Anreiz, seine Terminierungsentgelte zu senken, da dies seine eigene Position schwächt und die des Wettbewerbers stärkt (geringere Vorleistungskosten). Nur im Fall ausgeglichener Terminierungsbilanzen – wie sie derzeit nicht für alle Mobilfunkbetreiber vorliegen – besteht unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit, dass eine Verhandlungslösung zu einem an den Kosten orientierten reziproken Preis für die jeweilige Terminierungsleistung führt. Wäre eine solche Situation gegeben, so wäre sie freilich nicht als Ergebnis nachfrageseitiger Gegenmacht anzusehen, sondern lediglich auf einen „Gleichklang an Interessen“ zurückzuführen. Die dafür notwendigen Voraussetzungen sind freilich schwer zu erzielen (Gefahr von Arbitrage wenn gegenüber Dritten höhere Preise verrechnet werden) bzw können diese ggf auch negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität am Endkundenmarkt haben. Jedenfalls aber beeinflusst der Verkehrssaldo aus Terminierungsleistungen Strategie und Interesse in den Entgeltverhandlungen.

d. Endkundenmarktanteile sind für die Analyse von Marktmacht auf der Vorleistungsebene insofern relevant, als ein Neueinsteiger der Gefahr der Marktabschottung ausgesetzt sein kann und so eine gewisse nachfrageseitige Gegenmacht besteht. Dies gilt allerdings nur für den sehr engen Zeitraum des Markteintritts (nachdem der Endkundemarkt hinsichtlich Teilnehmern und Verkehrsmengen ungebremst stark wächst) und wird – wegen der ohnehin gebotenen Interoperabilitätsverpflichtung, welche die Ende-zu-Ende Erreichbarkeit sicherstellt – vor allem für Unternehmen mit geringeren sunk costs (etwa MVNOs) relevant sein. Weiter reichende Auswirkungen für die Beurteilung der Marktmacht auf dem Mobilterminierungsmarkt ergeben sich aus den Endkundenmarktanteilen nur insofern, als ein späterer Markteintrittszeitpunkt auch Auswirkungen auf die Kundenstruktur und damit die Verkehrsmuster haben wird (und so letztlich die Terminierungsbilanz beeinflusst). Eine Schwächung der Verhandlungssituation ergibt sich daraus freilich nicht. Unter gewissen Voraussetzungen hat ein Mobilfunkbetreiber mit kleinerer Kundenbasis sogar Anreize den Preis seiner Terminierungsleistung über den Monopolpreis zu heben.

e. Hinsichtlich der Nachfragemacht auf der Endkundenebene ist festzustellen, dass der Angerufene die – im Zusammenhang mit Nachfragemacht – wohl wesentlichste Option zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen zur Hand hätte, nämlich zu einem anderen Netzbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten zu wechseln. Es zeigt sich jedoch, dass es aber selbst sehr großen Unternehmen bzw Organisationen (die potenziell über Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilbetreiber verfügen) nicht möglich sein wird, niedrigere Terminierungsentgelte durchzusetzen, da für den Mobilbetreiber die Nettobilanz einer solchen Absenkung jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch die Originierungsbetreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und es für den Nachfrager wie

auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver ist alternative Lösungen zur Umgehung zu finden (*On-Net*-Tarife, tariffreie Rufnummer, mobile Nebenstellenanlage, etc.). Der Anrufer auf der Endkundenebene wiederum hat weder Alternativen (er kann das Gespräch zu einem bestimmten Teilnehmer nicht durch einen anderen Anruf in ein anderes Netz substituieren), noch kann und wird der Terminierungsnetzbetreiber mit ihm über Terminierungsentgelte verhandeln. Im Ergebnis heißt das, dass auch die Endkunden über keine Nachfragemacht verfügen.

f. Ein internationaler Preisvergleich der Terminierungsentgelte in Europa zeigt, dass die Terminierungsentgelte vor dem Wirksamwerden von Regulierungen nach dem Rechtsrahmen 2002 (bzw TKG 2003) – soweit feststellbar – deutlich über dem langfristigen kosteneffizienten Niveau (LRAIC) gelegen sind. Praktisch alle Preissenkungen der nationalen Terminierungsentgelte sind in irgendeiner Form auf regulatorische Intervention – in der Regel auf entsprechende Anordnungen – zurückzuführen und das Preisniveau würde bei Abwesenheit dieser Interventionen deutlich über dem kosteneffizienten Niveau liegen.

B. Der Grund für die Monopolstellung und Ursache für Marktfehler sind insbesondere folgende zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung: (1) Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden. (2) Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses, als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsystem, ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet) trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten aber trägt der rufende Teilnehmer. Auf Grund dieser strukturellen Besonderheiten ist der Anbieter von Terminierungsleistungen mit einer Residualnachfrage konfrontiert, deren Elastizität geringer, jedenfalls aber nicht höher ist als die Nachfrageelastizität der Gesamtmarktnachfrage für Anrufe in Mobilnetze auf der Endkundenebene. Aus diesem Grund wird ein rationaler Anbieter von Terminierungsleistungen den Preis zumindest in der Höhe des „Monopolpreises“ für Anrufe in Mobilnetze setzen. Insofern die Unterschiede der Terminierungsentgelte nicht in den Endkundentarifen abgebildet sind – und das ist in Österreich teilweise der Fall – bzw die Konsumenten diese Unterschiede nur unzureichend in der Konsumententscheidung internalisieren, haben insbesondere kleine Mobilbetreiber sogar einen Anreiz ihre Terminierungsentgelte über das „Monopolpreisniveau“ für Anrufe in Mobilnetze anzuheben. Dies deswegen weil eine Erhöhung der MTR eines kleinen Betreibers einen vergleichsweise geringen Effekt auf die „durchschnittlichen“ Endkundenpreise für (Fest-zu-Mobil)-Anrufe (F2M) hat und er deswegen mit einer unelastischeren Residualnachfrage als größere Betreiber konfrontiert ist.

Exakt dieses überhöhte „Monopolpreisniveau“ ist bei der Zusammenschaltung zwischen Festnetz- und Mobilbetreibern zu erwarten; im Zentrum der Preissetzung steht das Kalkül, die Profite aus F2M-Anrufen zu maximieren. Die überhöhten Preise für F2M-Anrufe haben Wohlfahrtsverluste in Form allokativer Verzerrungen – ein Marktergebnis mit zu geringen Mengen bei zu hohen Preisen – zur Folge. Insofern die überhöhten Margen im Mobilfunkendkundenwettbewerb verzehrt werden, findet eine Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzkunden statt.

Bei der Zusammenschaltung mit anderen Mobilbetreibern stehen zwei andere Elemente im Zentrum des Kalküls: Kollusion und Exklusion. Kollusion hat wegen der in Österreich verwendeten Tarifsysteme gegenwärtig keine nennenswerte Bedeutung. Eine Bedeutung hat allerdings die Zusammenschaltung als *Foreclosure*-Instrument (Verweigerung und Verzögerung der Zusammenschaltung, prohibitiv hohe Preise, On-/Off-Net-Diskriminierung) gegenüber Neuein-

steigern. Zwar verliert dieses Wettbewerbsproblem gegenüber den kleineren bereits am Markt aktiven Mobilbetreibern mit deren Marktanteilsgewinnung (bzw Kundenakquisition) an Bedeutung, bleibt aber ein ganz zentrales Wettbewerbsproblem in Zusammenhang mit möglichen zukünftigen Markteinsteigern (zB MVNOs). Für große etablierte Mobilbetreiber, deren Terminierungsrelationen einigermaßen symmetrisch sind, können die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte ihre strategische Bedeutung für den Endkundenwettbewerb verlieren, wobei aber die Intensität des Wettbewerbs Auswirkungen auf die Symmetrie der Verkehrsströme haben wird. In einem reinen (Mobil-zu-Mobil)-Kontext (M2M) ist daher denkbar, dass etablierte Mobilbetreiber unter bestimmten Umständen und Voraussetzungen in einem unregulierten Umfeld kosteneffiziente Terminierungsentgelte vereinbaren würden. Diese Erkenntnis ist allerdings eher theoretischer Natur, da das Potenzial für Preisdifferenzierung zwischen M2M- und F2M-Terminierungsentgelten auf Grund von Arbitragemöglichkeiten relativ eingeschränkt ist.

Sofern es Überschneidungsbereiche zwischen den Geschäftsmodellen von Festnetz- und Mobilbetreiber gibt (Fest-Mobilkonvergenz), sind unregulierte Terminierungsentgelte geeignet, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen Fest- und Mobilnetzen zu verursachen. Die Subventionierung von Mobilfunkendkundenpreisen durch überhöhte F2M-Mobilterminierungsentgelte verstärkt/ beschleunigt die Substitution von Festnetz- durch Mobilfunkleistungen. Dies wird noch verstärkt durch eine prononcierte *On-Net-/Off-Net*-Preisdiskriminierung sowie durch spezifische Bündel, die es Mobilbetreibern erlauben in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Dies gereicht Festnetzbetreibern insbesondere in jenen Geschäftsfeldern zu einem Nachteil, in dem sie in unmittelbarer Konkurrenz zu Mobilbetreibern stehen, wie zB bei komplementären Festnetz-Mobilfunkdiensten.

C. Für den Fall der Abwesenheit von Regulierung sind folgende vier Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in die Netze der Verfahrensparteien zu erwarten:

- Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz. Subventionierung von Mobilfunkteilnehmern durch Festnetzanrufer.
- Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *On-net* und *Off-Net Calls* (verzerrte Preisstrukturen).
- *Foreclosure*-Strategien gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern insbesondere aber Marktneueinsteigern (zB MVNOs). Diese können sowohl durch nichtpreisliche Taktiken, wie Verweigerungs- bzw Verzögerungsstrategien bei der Zusammenschaltung, ungerechtfertigte Konditionen oder inferiore Qualität erfolgen wie auch durch preisliche Taktiken, wie überhöhte Terminierungsentgelte, starke Preisdiskriminierung von *On-Net* und *Off-Net calls* (Praktizierung von *Margin Squeeze*). Damit in Zusammenhang steht die Gefahr der Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Dieses Wettbewerbsproblem ist vor allem im Zusammenhang mit dem Markteintritt neuer Anbieter relevant.
- *Wettbewerbsverzerrungen* zu Gunsten von Mobilbetreibern und zum Nachteil von Festnetzbetreibern, dort wo sich Geschäftsfelder überschneiden (Fest-Mobil-Konvergenz, Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen). Daraus resultierend, die Gefahr der Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte bzw die Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern.

Die allokativen Wettbewerbsverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- in Mobilnetz stellen das wesentlichste Wettbewerbsproblem dar.

D. Der aus ökonomischer Sicht grundsätzlich richtige Maßstab für Mobil-Terminierungsentgelte sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (auf Basis der tatsächlich gegebenen Kosten und Verkehrsmengen jenes Betreibers mit den niedrigsten Kosten; dieser würde in einem Wettbewerbsmarkt den Preis vorgeben, an dem sich andere Anbieter zu orientieren hätten).

Eine Festlegung der Mobil-Terminierungsentgelte hat nur mehr (allenfalls) für einen kurzen Zeitraum eine allokativen (steuernde) Wirkung, da die in Anspruch genommenen Mobil-Terminierungsleistungen (überwiegend) bereits in der Vergangenheit liegen und die Nachfrage dadurch nicht mehr beeinflusst werden kann.

4. Zu den Kosten der Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze der Verfahrensparteien

Die technischen Netzkosten der Leistung der Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetzen der Verfahrensparteien („K1“, in Euro, pro Minute) zeigen sich wie folgt:

	2005	2006	2007	2008	2009
Orange	0,1288	0,1021	0,0403	0,0242	0,0187
H3G	0,1606	0,1245	0,0832	0,0452	0,0271

5. Zu den verrechneten Entgelten für die Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetzen der Verfahrensparteien

a. Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurde festgestellt, dass (auch) die Verfahrensparteien Hutchison sowie Orange im hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf ihren betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in ihre öffentliche Mobiltelefonnetze verfügen. Dabei wurde den Verfahrensparteien gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 mehrere spezifische Verpflichtungen auferlegt; zur Frage der Höhe der Entgelte für die Leistung der Terminierung in die öffentlichen Mobiltelefonnetze wurden gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte (in Cent, ohne Umsatzsteuer, pro Minute) festgelegt („Gleitpfad“):

Hutchison:

Vom 1.1.2005 bis 31.12.2005	Cent 19,62
Vom 1.1.2006 bis 30.6.2006	Cent 17,79
Vom 1.7.2006 bis 31.12.2006	Cent 15,95

Orange:

Vom 29.10.2004 bis 31.10.2005	Cent 13,80
Vom 01.11.2005 bis 31.12.2005	Cent 13,28
Vom 01.01.2006 bis 30.06.2006	Cent 12,28
Vom 01.07.2006 bis 31.12.2006	Cent 11,28

b. Die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurden mit Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2008 (Zahlen 2007/03/0208, 2007/03/0211, 2007/03/0210, 2007/03/0214) aufgehoben; von der Behebung ausgenommen sind die Spruchpunkte A.1. bis A.2.6.1. des Bescheides M 15c/03, M 13c/06 (betreffend Orange).

Mit rechtskräftigem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15c/03, M 13c/06 wurde festgestellt, dass Orange im hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum (im Konkreten beziehen sich die Spruchpunkte A.1. bis A.2.6.1. auf den Zeitraum bis 19.12.2006) über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf ihrem betreiberindividuellen Markt für Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze verfügt. Orange wurden – neben der erwähnten Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 – gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 unter anderem folgende weitere spezifische Verpflichtungen auferlegt:

Orange hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Orange hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ unter den gleichen Umständen anderen Betreibern, einschließlich der mit ihr verbundenen, dieselben Bedingungen anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

Orange hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 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.

c. Die oben dargestellten Entgelte für die Leistung der Mobil-Terminierung wurden zumindest bis zur Behebung der Bescheide M 15a-e/03, M 13a-e/06 (weitgehend) verrechnet bzw angeboten.

6. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Netze der Verfahrensparteien sowie zur Antragslegitimation

a. Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen Hutchison und Orange beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 05.03.2003.

Mit Schreiben vom 07.04.2005 (ON 1, Beilage ./1) kündigte Hutchison Anhang 6 des Zusammenschaltungsvertrages vom 05.03.2003 mit Wirkung zum 31.07.2005. Für den Zeitraum 01.08.2005 bis 31.12.2006 existiert zwischen den Verfahrensparteien weder eine Vereinbarung über die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte (laut beiderseitigem Vorbringen) noch eine – einen Vertrag substituierende – Anordnung der Telekom-Control-Kommission (amtsbekannt).

b. Gleichzeitig mit dem Kündigungsschreiben vom 07.04.2005 hat Hutchison ihre Nachfrage nach einem neuen Anhang betreffend Zusammenschaltungsentgelte wiederholt (ON 1, Beilagen ./1, 2).

c. Verhandlungen über die verfahrensgegenständlichen Fragen zwischen den Verfahrensparteien fanden am 31.01.2005 statt (ON 1, Punkt 1.3) und wurden über einen Zeitraum von 6 Wochen hinaus erfolglos geführt. Eine Vereinbarung über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte wurde nicht getroffen.

d. Im Zeitraum 01.08.2005 bis 31.12.2006 sind wechselseitig Terminierungsleistungen erbracht worden.

C. Beweiswürdigung

Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus dem glaubwürdigen und unwidersprochenen Vorbringen der Antragstellerin (ON 1).

Die Stellung der Orange als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum sowie die Anwendbarkeit der spezifischen Verpflichtungen ergeben sich aus den Sruchpunkten A.1. bis A.2.6.1. des Bescheides der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 vom 15.10.2007, M 15c/03, M 13c/06 (amtsbekannt). Dieser Bescheide wurden den Verfahrensparteien zugestellt und ist rechtskräftig. Der Telekom-Control-Kommission sind keine Umstände bekannt, die zu einer anderen Sichtweise bezüglich dieser Festlegungen führen könnten, sondern wurde vielmehr durch ein neues wirtschaftliches Gutachten vom November 2008 bestätigt. Umstände, die eine andere Sichtweise begründen könnten, wurden nicht vorgebracht.

Die wettbewerblichen Rahmenbedingungen sowie mögliche Abhilfemaßnahmen ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen vom November 2008 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren Z 12/06; Z 2/07; Z 20/06; Z 11/05, Z 19/06; Z 24/06; Z 21/06, Z 8/06, Z 9/05; Z 18/06; Z 22/06; Z 4/08; Z 9/06; Z 12/07“). Nach einer allgemeinen Einführung in den österreichischen Mobilfunksektor und in die verfahrensgegenständliche Leistung der Mobilfunkterminierung gehen die Amtssachverständigen auf einzelne relevante Marktmachtindikatoren ein.

Die Feststellungen zu den zur Verrechnung gelangenden Mobil-Terminierungsentgelten sind amtsbekannt und finden sich darüber hinaus auch im wirtschaftlichen Gutachten.

Die Kosten sowie die alternativen Preismaßstäbe für die Leistung der Mobil-Terminierung in den verfahrensrelevanten Zeiträumen ergeben sich ebenfalls aus dem wirtschaftlichen Gutachten. Das Gutachten samt Beilagen nennt die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die

angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die konkreten Kosten im Rahmen der gegenständlichen Anordnung vor dem Hintergrund der konkreten Situation nicht der einzige ausschlaggebende Parameter ist, weswegen allfällige geringfügige Unschärfen in der Darstellung der Kosten zur Kenntnis genommen werden können (vgl dazu auch das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12).

An der Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit des wirtschaftlichen Gutachtens besteht kein Zweifel.

Hutchison begrüßt im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 ausdrücklich das wirtschaftliche Gutachten und streicht dessen Konsistenz und Transparenz hervor. Lediglich hinsichtlich der für die Entgeltfestlegung relevanten Schlussfolgerungen bzw Lösungsansätze hat Hutchison andere Vorstellungen; auf die rechtlichen Ausführungen wird an dieser Stelle verwiesen.

Orange hat in diesem Verfahren zum wirtschaftlichen Gutachten nicht Stellung genommen.

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 gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Weiters ist Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw keine – die nicht zustande gekommene 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 festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs 3 TKG 2003).

Unbestritten ist, dass die beantragten Regelungen Zusammenschaltungsleistung iSd §§ 3 Z 25 iVm 48 TKG 2003 betreffen.

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 zu Z 18/06 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.

Beide Verfahrensparteien haben übereinstimmend und ausdrücklich (ON 1, ON 3 zu RVST 19/06) bekannt gegeben, auf die Durchführung der Streitschlichtung vor der RTR-GmbH zu verzichten, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortgesetzt wurde.

4. Antragslegitimation

Nach § 50 Abs 1 TKG 2003 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. Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen erfüllt.

5. Zur Begründung der Anordnung

Eingangs ist festzuhalten, dass zwischen den Verfahrensparteien lediglich die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Verkehrsarten „V 25_{H3G}“ und „V 25_{ONE}“) strittig ist.

Die weiteren im Spruch vorgenommenen Festlegungen, insbesondere hinsichtlich der wechselseitigen Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte gründen auf dem Antrag der Hutchison; diesen zusätzlichen Punkten ist Orange nicht entgegen getreten.

5.1. Zur Frage der Mobil-Terminierungsentgelte

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte zu erlassen (§§ 48, 50 TKG 2003).

Ist das Zusammenschaltungsentgelt eines Unternehmens ohne (bescheidmäßig festgestellter) beträchtlicher Marktmacht (iSd §§ 35, 37 TKG 2003) betroffen – wie für Hutchison für den gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraum sowie für Orange im Zeitraum 19.12.2006 bis 31.12.2006, so fehlt es an einer Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008 zu den Zahlen 2006/03/0079, 0081 ausführt, kommt der Telekom-Control-Kommission bei der konkreten Ausgestaltung der Zusammenschaltungsbedingungen ein „weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen“ (vgl dazu auch die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes zum Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde bei der Marktanalyse im Erkenntnis zur Zahl 2007/03/0211 sowie zur Entscheidungsbefugnis nach Art 20 der Richtlinie 2002/21/EG sowie Art 5 Abs 4 der Richtlinie 2002/19/EG das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12).

Nachdem der Verwaltungsgerichtshof den Marktanalysebescheid M 15e/03, M 13e/06 betreffend Hutchison zur Gänze und den Bescheid M 15c/03, M 13c/06 betreffend Orange hinsichtlich Spruchpunkt B (dh für den Zeitraum ab 19.12.2006) betreffend Mobilterminierung aufgehoben und ausgeführt hat, dass für Zeiträumen, die vor Erlassung des Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 liegen, keine spezifischen Verpflichtungen (§§ 38ff TKG 2003) auferlegt werden dürfen,

verfügt Hutchison sowie (ab 19.12.2006) Orange auf den relevanten Märkten für Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze (§ 1 Z 9 TKMV 2008) über keine (mit Bescheid iSd § 37 TKG 2003 festgestellte) beträchtliche Marktmacht. Deswegen bestehen für die Leistung der Mobilterminierung (zumindest) im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch keine spezifischen Verpflichtungen (mehr).

Auf Grund der gesetzlichen Pflicht zur Entscheidung ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung Zusammenschaltungsentgelte in „angemessener“ Höhe anzuordnen sind (vgl dazu zuletzt in den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 24.11. und 9.12.2008, Z 2/08 und Z 1/08).

Demgegenüber wurde mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 15c/03, M 13c/06 (Spruchpunkt A) festgestellt, dass Orange über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf ihrem Markt für Terminierung in das eigene öffentliche Mobiltelefonnetz verfügt. Unter anderem wurden Orange spezifische Verpflichtungen iSd §§ 38, 42 TKG 2003 auferlegt: Demzufolge hat Orange die festgestellten (Maximal-)Entgelte für Mobilterminierungsleistungen zur Anwendung zu bringen. Der Telekom-Control-Kommission ist weder bekannt noch wurde im Verfahren vorgebracht, dass eine der Verfahrensparteien die Mobil-Terminierung zu einem günstigeren als dem festgelegten Entgelt anderen Betreibern anbietet und somit auf der Grundlage der auferlegten Verpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 auch im Verhältnis zur Verfahrensgegnerin anbieten müsste. Die Mobil-Terminierungsentgelte der Orange werden daher (zumindest für den Zeitraum bis 19.12.2006) auf der Basis des genannten Bescheides der Telekom-Control-Kommission entsprechend angeordnet.

Im Zusammenhang mit der Festlegung angemessener Mobil-Terminierungsentgelte für Hutchison und (für den Zeitraum 19.12.2006 bis 31.12.2006) für Orange ist zu berücksichtigen, dass für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum wettbewerbliche Defizite festgestellt wurden.

Um einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2004/03/0204, 2004/03/0151) und die Ziele des § 1 TKG 2003, insbesondere die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, zu verwirklichen, ist den festgestellten Wettbewerbsdefiziten bei der Monopoleistung der Mobil-Terminierung Rechnung zu tragen:

Im Zusammenhang mit dem Preis der Mobilterminierungsleistung wurden allokativer Verzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe in ein Mobilnetz als potentielles, für den Fall der Nicht-Regulierung bestehendes Wettbewerbsproblem erneut identifiziert. Um diesem Defizit zu begegnen, ist es aus ökonomischer Sicht geeignet, die Mobil-Terminierungsentgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren.

Wie die Feststellungen zeigen, sind die Kosten der Mobil-Terminierung in den letzten Jahren deutlich gesunken und liegen unter jenen Entgelten, die zur Verrechnung gelangt sind. Die zumindest bis zur Behebung der entsprechenden Marktanalysebescheide der Telekom-Control-Kommission verrechneten (bzw angebotenen) Entgelte wurden aus einer ex ante-Sicht als eine spezifische Verpflichtung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den jeweiligen Mobilterminierungsmärkten festgelegt (§§ 35, 37, 42 TKG 2003). Der Umstand, dass aus einer ex post Sicht die angeordneten Entgelte nun (deutlich) über den Kosten liegen, bedeutet jedoch nicht, dass die damalige Marktanalyseentscheidung unzutreffend war. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, („Leitlinien“, Amtsblatt Nr C 165/6 vom 11.7.2002) wie folgt fest: *„Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht*

notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz 70, 71).

Bei der Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen im konkreten Streitfall, der den Zeitraum von zwei in der Vergangenheit liegenden Jahren umfasst, ist zu berücksichtigen, dass den Wettbewerbsproblemen für weit in der Vergangenheit liegende Zeiträume nicht mehr Rechnung getragen werden kann: Im Besonderen können keine Mengen und Preise (Nachfrage) mehr beeinflusst werden, weswegen das Wettbewerbsproblem der allokativen Verzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Rufe in Mobilnetze nicht mehr beseitigt werden können. Die zu geringen Mengen in der Vergangenheit können nicht mehr „eingeholt“ werden, die Entscheidung des Konsumenten über sein in der Vergangenheit liegendes Telefonie-Verhalten kann nicht geändert werden.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, jene Entgelte (für die Vergangenheit) anzuordnen, die zum Einen über eine (teilweise behobene) Maßnahme iSd §§ 37 Abs 2, 42 TKG 2003 festgelegt und zum Anderen tatsächlich verrechnet (bzw angeboten) worden sind: Die Mobil-Terminierungsentgelte wurden im Zeitraum bis Ende 2006 verrechnet. Eine Änderung dieser Entgelte ist auch nicht durch die einschlägigen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs geboten, zumal der Verwaltungsgerichtshof zur konkreten Entgeltfestlegung nicht ausgeführt hat. § 63 Abs 1 VwGG ist damit hier nicht einschlägig.

Der Umstand, dass die Marktanalysebescheide vom Verwaltungsgerichtshof (teilweise) behoben worden sind und diese Bescheide die Grundlage der verrechneten Mobil-Terminierungsentgelte darstellten, kann an der Tatsache nichts ändern, dass die genannten Entgelte (für Hutchison und für Orange seit 19.12.2006) tatsächlich in der Vergangenheit zur Verrechnung gelangt bzw angeboten worden sind. Die Ausführungen der Hutchison, dass der Rechtsschutz die Berücksichtigung aufgehobener Bescheide verbieten würde (Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009) ist nicht zu folgen; zwar wurden die Marktanalysebescheide (fast) zur Gänze kassiert, daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass dieselben bescheidmäßigen Festlegungen nicht in anderen Verfahren – wie etwa nach §§ 48, 50 TKG 2003 – unter Abwägung aller Umstände (wie etwa, dass allokativen Verzerrungen in der Vergangenheit nicht mehr korrigiert werden können) vorgenommen werden können.

Eine Anordnung anderer Entgelte würde vor dem Hintergrund obiger Ausführungen bloß Transferzahlungen in Höhe der Differenz zwischen den ursprünglichen und den gegebenenfalls geänderten angeordneten Entgelten auslösen, wobei dies keinen Effekt auf die festgestellten Wettbewerbsdefizite hat. Den gesetzlich determinierten Zielen des TKG 2003 kann durch eine nachträgliche Änderung verrechneter (und nicht als rechtswidrig erkannter) Mobil-Terminierungsentgelte nicht besser entsprochen werden. So wären vielmehr im Gegenteil „effiziente Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“ (iSd § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003) sowie die Rechtssicherheit durch einen nachträglichen disruptiven Eingriff gefährdet. Eine Anpassung an einen aus ex post-Sicht neuen (niedrigeren) Zielwert für weit in der Vergangenheit liegende Zeiträume scheidet damit aus.

6. Zur Laufzeit der Anordnung

Die Dauer der Geltung dieser Anordnung gründet zum Einen darauf, dass für den Zeitraum 01.08.2005 bis 31.12.2006 keine Vereinbarung zwischen den Parteien zum Regelungsgegenstand vorliegt, die einer Anordnung der Telekom-Control-Kommission entgegensteht, und zum Anderen auf dem (unwidersprochenen) Antrag der Hutchison (ON 1, Anhang /6, „*Inkrafttreten und Geltungsdauer*“). Für den Zeitraum ab dem 01.01.2007 ist ein gesondertes Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission anhängig (Z 18/06).

7. Zum Antrag der Orange auf Fristerstreckung

Den Verfahrensparteien wurde das wirtschaftliche Gutachten vom November am 25.11.2008 zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme mit Frist bis 16.12.2008 übermittelt. Dem – mit dem Umfang und der Komplexität des Gutachtens – begründet Begehren der Orange vom 3.12.2008 auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme bis 23.12.2008 wurde nicht gefolgt.

Diesem Antrag der Orange war deshalb nicht zu folgen, da die Telekom-Control-Kommission im Rahmen eines Verfahrens gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 gehalten ist, rasch eine vertragsersetzende Streitschlichtungsentscheidung zu treffen: § 121 TKG 2003 räumt hierzu eine Frist von 4 Monaten ein.

Darüber hinaus war zu berücksichtigen, dass Orange der Inhalt des gegenständlichen Gutachtens bereits aus anderen Verfahren (wie etwa M 15c/03, M 13c/06) weitgehend bekannt ist, weswegen von einer Stellungnahme binnen 3 Wochen ausgegangen werden konnte.

Entgegen den Ausführungen der Orange vom 16.12.2008 hat sie in ihrem Fristerstreckungsantrag vom 3.12.2008 nicht dargelegt, eine weitere Frist zur Einholung eines Gegengutachtens zu benötigen.

8. Zum Verbot geheimer Beweismittel

Zur Anmerkung der Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 23.1.2009, dass ihr einzelne Passagen aus Stellungnahmen der mobilkom sowie der Orange nicht zur Verfügung gestellt worden sind, ist festzuhalten, dass Hutchison alle der Telekom-Control-Kommission vorliegenden Informationen, die der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden, übermittelt worden sind (§ 45 Abs 3 AVG).

Eine weitere Offenlegung von Informationen war nicht vorzunehmen, da die von Hutchison angesprochenen Textstellen nicht Eingang in die Entscheidung finden und damit keine Beweismittel darstellen; eine weitere Offenlegung von Informationen iSd § 125 TKG 2003 ist damit nicht notwendig.

9. Zum Antrag auf Erhebung neuer Daten

Hutchison begehrt die Erhebung vollständiger IST-Daten für das Jahr 2008 und einen Anpassung der für das Jahr 2009 erstellten Prognosen (Stellungnahme vom 15.1.2009)

Die Telekom-Control-Kommission folgt diesem Begehren nicht, da Daten des Jahres 2008 für die Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten für den Zeitraum bis Ende 2006 keine Relevanz haben. Eine solche wurde von Hutchison nicht dargelegt.

10. Zur Berücksichtigung des Anrufempfängernutzens

Hutchison führt im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 23.1.2009, basierend auf einer Studie von Prof. Vogelsang (*„Kann die Anwendung von „Bill and Keep“ (BaK) die Wettbewerbsprobleme, die von der lokalen NRA (RTR) am Markt für Mobilterminierung identifiziert wurden, besser lösen als andere Regulierungsansätze?“, 19.9.2007, Beilage ./3*), aus, dass der Anrufnutzen, im Konkreten der erwartete Nutzengewinn der Anrufempfänger, berücksichtigt werden müsse. Dies führe zu einer „weiteren, deutlichen Reduktion des von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten“.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Begehren nicht anzuschließen, da dieser Ansatz auf eine Mischform zwischen den Prinzipien „calling party pays“ und „receiving party pays“ hinausläuft: Neben dem rufenden Teilnehmer bzw dem Betreiber, in dessen Kommunikationsnetz das Gespräch originiert, muss auch der gerufene Betreiber, dh jener, der die Terminierungsleistung erbringt, Kosten des Gespräches tragen, da der Terminierungsnetzbetreiber seine eigenen Kosten nicht ersetzt erhält. Diese Kosten trägt der Terminierungsnetzbetreiber entweder selber oder er legt diese Kosten auf seine Endkunden (entweder auf alle oder bloß auf die Gerufenen) um.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Ausführungen zur Berücksichtigung des Anrufempfängernutzens aus einer Studie stammt, die sich primär mit (grundsätzlichen) Fragestellungen des konkreten Abrechnungssystems („*Bill and Keep“ als mögliche Alternative zu „calling/receiving party pays“*) auseinandersetzt und weniger mit einer Regulierung von Mobil-Terminierungsentgelten in einem „calling party pays“-Umfeld.

Das in der EU verbreitete und ausschließliche System ist das „calling party pays“-Prinzip: Der rufende Teilnehmer bezahlt ein Endkundenentgelt, auf der Vorleistungsebene erhält der gerufene Netzbetreiber ein Terminierungsentgelt. Nachdem dieses Abrechnungsszenario in Österreich gebräuchlich ist, wird diesem Begehren der Hutchison nicht Rechnung getragen.

11. Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003

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

Auf die im Rahmen des Verfahrens nach § 128 TKG 2003 übermittelten Stellungnahmen der Verfahrensparteien sowie der sonstigen Interessierten wird nachfolgend oder im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen. Im Rahmen ihres Schreibens gemäß § 129 Abs 3 TKG 2003 (26.3.2009) führt die Europäische Kommission aus, keine Stellungnahme zum Entwurf der gegenständlichen Vollziehungshandlung abzugeben; damit begegnet der Entwurf offenbar keinen Bedenken.

a. Hutchison nimmt zum Maßnahmenentwurf Stellung und bestätigt, dass erkannten Wettbewerbsproblemen auch in Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 Rechnung zu tragen ist; „Regulierungsferien“ werden abgelehnt. Diese Ansicht wird geteilt.

b. Orange übermittelt am 24.3.2009 eine Stellungnahme zu Entwürfen von Vollziehungshandlungen zu Z 18/06 und Z 9/06, führt in weiterer Folge lediglich zum Entwurf Z 18/06 aus. Hinsichtlich der (vorgesehenen) Anordnung Z 9/06 hält Orange fest, dass ihrem Antrag gefolgt wurde (Seite 1).

c. Auch Telekom Austria TA AG (TA) nimmt an der Konsultation teil und übermittelt am 24.3.2009 eine Stellungnahme. In dieser führt TA allgemein zu den Maßnahmenentwürfen aus und meint, dass aus den konsultierten Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission „*keine Rückschlüsse oder Einflüsse auf das regulierte Zusammenschaltungsregime bzw das Standardangebot der Telekom Austria angenommen werden dürfen*“. Exemplarisch geht TA auf einzelne Bestimmungen im Entwurf einer Vollziehungshandlung zu Z 2/07 ein (vgl das ähnliche Vorbringen der mobilkom in der Konsultation).

Wie TA richtig ausführt, entfalten Zusammenschaltungsanordnungen grundsätzlich lediglich zwischen den Verfahrensparteien Rechtswirkungen.

Wie im Rahmen der rechtlichen Beurteilung ausgeführt, sind Zusammenschaltungsvereinbarun- gen grundsätzlich privatrechtlich zu vereinbaren (§ 48 Abs 1 TKG 2003); kommt eine solche nicht zu Stande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (§ 50 TKG 2003). Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekom- mene Vereinbarung (§ 121 Abs 3 TKG 2003). Abhängig von den Dissenspunkten, den rechtli- chen Rahmenbedingungen und der Antragslage hat die Telekom-Control-Kommission eine An- ordnung zu erlassen, die einen fairen Ausgleich der Interessen zwischen den Verfahrenspartei- en schafft. Auf Grund von unlöslichen Zusammenhängen zwischen einzelnen vertraglichen Be- stimmungen (vgl die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes), bei denen bloß eine Teilmenge strittig ist, und eine darauf folgende Ablehnung von Verhandlungspartnern, eine Ver- einbarung über all jene Bestimmungen herzustellen, über die (eigentlich) Konsens herrscht, ist die Telekom-Control-Kommission regelmäßig mit Anträgen auf Erlass von Gesamtanordnungen konfrontiert (vgl etwa die Entwürfe zu Z 2/07 und Z 20/06). Da jedoch kein Konsens über die beantragten Texte gegeben ist, sondern einzelne übereinstimmende Anträge vorliegen, ist da- von auszugehen, dass eine Zurückweisung wegen des Vorliegens einer privatrechtlichen Eini- gung nicht möglich ist, da gerade keine Vereinbarung über Zusammenschaltung iSd § 48 f TKG 2003, § 6 Abs 2 ZVO vorliegt; diese Bestimmungen sehen grundsätzlich vor, dass Zusammen- schaltungsvereinbarungen schriftlich sein müssen.

Festzuhalten ist, dass jene Bestimmungen, zu denen übereinstimmende Anträge vorliegen, in dieser Form in die Zusammenschaltungsanordnung aufgenommen werden, da diese Bestim- mungen in dieser Form auch privatrechtlich vereinbart worden wären; eine „Bestätigung“ dieser Bestimmungen kann daraus jedoch nicht entnommen werden.

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.4.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

ZV:

Hutchison 3G Austria GmbH, z Hd Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt, Seilergasse 16, 1010 Wien, per RSb
Orange Austria Telecommunication GmbH, z Hd der Geschäftsführung, Brünner Straße 52, 1210 Wien, per RSb