

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Multikom Austria Telekom GmbH, Jakob-Haringer-Straße 1, 5020 Salzburg auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003 gegenüber der mobilkom Austria AG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, in der Sitzung vom 23.2.2009 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung 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 Multikom Austria Telekom GmbH (im Folgenden „Multikom“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der mobilkom Austria AG (im Folgenden „mobilkom“) Folgendes angeordnet:

Anhang 3 des zwischen Multikom und mobilkom bestehenden Zusammenschaltungsvertrages vom 05.09.2005 lautet ab 01.04.2006 wie in den nachfolgenden Punkten 1. bis 5. dargestellt:

Anhang 3

1. Zusammenschaltungsentgelte

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

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute (peak und off-peak) in €-Cent
V 25MK	Terminierung im Mobilnetz der mobilkom Multikom → Mobilnetz der mobilkom Terminierung vom Netz der Multikom in das Mobilnetz der mobilkom	01.04.2006 – 30.06.2006: 9,34
		01.07.2006 – 31.12.2006: 8,34
		01.01.2007 – 30.06.2007: 7,13
		01.07.2007 – 31.12.2007: 5,91
		01.01.2008 – 31.12.2008: 5,72
		Ab 1.1.2009: 4,5

Vorstehende Entgelte für die Terminierung in das Mobilnetz der mobilkom sind befristet mit einer Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des Marktes für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom.

2. Entgeltgrundsätze

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

3. Verrechnung der Entgelte

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

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

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

Die unter Punkt 1 angeordneten Entgelte gelten nicht für den Trägerdienst „64 kbit/s unrestricted“.

5. Kündigung, Inkrafttreten und Laufzeit

Dieser Anhang tritt am 01.04.2006 in Kraft. Eine Kündigung dieses Anhanges ist unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats möglich.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Multikom Austria Telekom GmbH (im Folgenden „Multikom“) brachte am 26.05.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber mobilkom Austria AG („mobilkom“) gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 bei der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission ein. Darin begehrt die antragstellende Gesellschaft den Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung, die „Terminierungsentgelte rückwirkend per 01.11.2005 vorsieht und eine Anpassungsklausel anordnet“ (ON 1). Der im Rahmen dieses Schriftsatzes gestellte zusätzliche Antrag auf „Erlass weiterer spezifischer Verpflichtungen“ wurde in weiterer Folge zurückgezogen (Streitschlichtung am 19.06.2005, ON 5).

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs 2 TKG 2003 weitergeleitet (Verfahren zu RVST 12/06); 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 12/06) (ON 5).

Am 18.08.2006 übermittelt mobilkom eine „Stellungnahme und Gegenanträge“ (ON 8) und begehrt die Festlegung von Mobil- und Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte bis Ende des Jahres 2008. Diese Regelungen mögen mit 01.04.2006 in Kraft treten.

In weiterer Folge wurden Stellungnahmen abgegeben.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

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

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

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 17.12.2008 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 dem Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom

A. Auf dem Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom herrscht im verfahrensgegenständlichen Zeitraum aus wirtschaftlicher Sicht kein (selbsttragender) Wettbewerb:

a. Beim Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom handelt es sich um einen resistenten Monopolmarkt, auf dem die Markteintrittsbarrieren unüberwindbar sind, potenzieller Wettbewerb ausgeschlossen ist und der Marktanteil bei 100% liegt.

b. Bei freier Preissetzung hat mobilkom 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 etwas 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 Verhandlungssitua-

tion 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 Endkundenmarkt 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 wieder-

um 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 Monopoleistung 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 Endkundertarifen 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 Neueinsteigern. 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 einigermmaßen symmetrisch sind, können die wech-

selseitig 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. Dieses 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 prägnante *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 das Netz der Mobilkom 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 das öffentliche Mobiltelefonnetz der mobilkom

Die technischen Netzkosten der Leistung der Terminierung in das öffentlichen Mobiltelefonnetz der mobilkom („K1“, in Euro, pro Minute) zeigen sich wie folgt:

	2005	2006	2007	2008	2009
mobilkom	0,0667	0,0569	0,0440	0,0340	0,0308

5. Zu den verrechneten Entgelten für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetze der mobilkom

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 Verfahrenspartei mobilkom im hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf ihren betreiberindividuellen Märkten für Terminierung in ihre öffentliche Mobiltelefonnetze verfügt. Dabei wurde ihr gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 mehrere spezifische Verpflichtungen auferlegt; zur Frage der Höhe der Entgelte für die Leistung der Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz wurde gemäß § 42 TKG 2003 für nachfolgend näher bezeichnete Zeiträume jeweils folgende maximalen Entgelte (in Cent, ohne Umsatzsteuer, pro Minute) festgelegt („Gleitpfad“):

mobilkom:

Vom 1.1.2006 bis 30.6.2006	Cent 9,34
Vom 1.7.2006 bis 31.12.2006	Cent 8,34
Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 7,13
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 5,91
Vom 1.1.2008 bis 30.06.2009	Cent 5,72

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 (mit Ausnahme des

Spruchpunktes A des Bescheides M 15c/03, M 13c/06). Diese Marktanalyseverfahren wurden in weiterer Folge eingestellt.

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 1.9.2008 wurde ein neues Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 eingeleitet. Dieses Verfahren – M 1/08 – ist noch anhängig.

b. 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. Sonstige Feststellungen

Etwa 75% des Gesamtumsatzes im Mobilfunk wird am Endkundenmarkt erwirtschaftet, rund 15% des Gesamtumsatzes fallen auf die Leistung der Mobilfunkterminierung und etwa 10% auf andere Vorleistungen, wie International Roaming, SMS-Terminierung, Originierung, National Roaming oder den Verkauf von Airtime.

7. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Netze der Verfahrensparteien sowie zu den Antragsvoraussetzungen

a. Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen mobilkom und Multikom beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 05.09.2005.

Am 29.12.2005 kündigte Multikom den die Entgelte regelnden Anhang 3 dieses Vertrages unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist mit Wirkung zum 31.03.2006 (ON 1).

b. In weiterer Folge wurde über die Mobil-Terminierungsentgelte, im Besonderen über den Wirkungsbeginn der mit Bescheiden vom 19.12.2005 (zwischen mobilkom und anderen Zusammenschaltungspartnern) festgelegten Entgelte verhandelt.

Über weitere Entgelte wurde nicht verhandelt (ON 26, 28).

c. Eine Vereinbarung über die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte für den Zeitraum ab 01.04.2006 wurde nicht getroffen.

C. Beweiswürdigung

1. Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Parteien ergeben sich aus dem unwidersprochenen Vorbringen (sowie der Beilagen) im verfahrenseinleitenden Antrag sowie aus den Schriftsätzen ON 26 und ON 28.

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 Marktmarktindikatoren 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.

2. Nachfolgend wird auf das Vorbringen der mobilkom – Multikom hat zum Gutachten keine Stellungnahme abgegeben – gegen das wirtschaftliche Gutachten vom November 2008 eingegangen, wobei darauf zu verweisen ist, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa Erkenntnisse vom 31.1.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.4.1991, ZI 91/09/0019), einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft, dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

a. mobilkom geht im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 zum wirtschaftlichen Gutachten auf die „Methodik zur Benutzung des Sprach- bzw Datenanteils von gemeinsam genutzten Netzelementen“ ein. Eingangs meint mobilkom, dass die festgestellte Reduktion der Kosten der Orange „jeglicher ökonomischen Theorie widersprechen“ würde; eine nähere Begründung für diesen behaupteten Widerspruch wird von mobilkom nicht angeführt, weswegen dieser bloßen Behauptung nicht gefolgt werden kann. Die bloßen Verweise auf angeblich mangelnde Investitionen der Orange in den GSM-/UMTS-Ausbau und der geringen Sprachverkehrsmengen können nicht darlegen, dass das wirtschaftliche Gutachten fehlerbehaftet ist und die Netzkosten der Orange nicht die geringsten sind.

Soweit mobilkom aus diesem Ergebnis den Schluss zieht, dass die Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilnetzen grundsätzlich unzulässig ist bzw anders vorgenommen werden sollte, ist mobilkom darauf zu verweisen, dass lediglich die Terminierung mobiler Sprachdienste dem Markt iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 zugerechnet wird und damit der Regulierung unterliegt. In den GSM- und UMTS-Netzen werden jedoch auch andere Leistungen erbracht, nämlich der Transport von Daten (mobile Datendienste wie zB ein mobiler Internetzugang). Diese gehören nicht dem genannten Markt an. Bei einer Ermittlung der Kosten der Mobil-Terminierung von Sprache („voice call termination“) sind damit auch nur jene Elemente bzw jene Anteile von Elementen einzubeziehen, die terminierungsrelevant iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 sind. Würden auch jene Kosten berücksichtigt, die für andere Dienste anfallen (nämliche Datendienste), dann würde der Zusammenschaltungspartner und in letzter Konsequenz der Endkunde, Kosten für Leistungen abgelten, die er nicht bezieht. Durch die von der Tele-

kom-Control-Kommission verfolgten Berücksichtigung (lediglich) der Sprachanteile wird somit eine Kosten- und Verursachungsgerechtigkeit hergestellt; dies bringt auch mit sich, dass der Mobilbetreiber mit sinkenden Terminierungskosten (und damit im Regelfall auch Terminierungsentgelten) zu rechnen hat, wenn er erfolgreich zusätzliche Produkte über das Mobilfunknetz anbietet. Für diese Dienste erhält jedoch der Mobilbetreiber wiederum von Endkunden ein eigenes Entgelt, welches der anteiligen Deckung der Netz-Kosten dient (im Idealfall für jene Netzkosten, die von Daten verursacht werden). Dieser Umstand wird von mobilkom offenbar ausgeblendet, wenn sie ausführt, dass wenige Investitionsanreize für UMTS-Nachfolgetechnologien geschaffen werden.

In weiterer Folge bringt mobilkom vor, dass als Alternative die Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach Endkundenumsätzen erfolgen sollte, da diese Berechnung „einfacher“ und „unabhängig von der technischen Realisierung“ vorgenommen werden könnten.

Auch wenn dieser Ansatz einfach zu operationalisieren wäre, wird dieser Berechnung nach Endkundenumsätzen – wie auch von den Amtssachverständigen – nicht gefolgt: Kosten und Umsätze stehen in keinem eindeutigen Zusammenhang, weswegen der Mobilfunkbetreiber über die Gestaltung und Bepreisung seiner Endkundenprodukte für Daten die Kosten der Mobil-Terminierung (Sprache) steuern könnte. Würde der Mobilbetreiber etwa Datendienste zu geringen Entgelten (oder unentgeltlich) anbieten (zB im Rahmen einer „*Penetration Pricing*“-Strategie) und würden diese Daten-Dienste stark genutzt, hätte dies massive Auswirkungen auf die hier relevanten Ergebnisse: So hätten Zusammenschaltungspartner höhere Kosten der Terminierung von Sprache zu tragen, obwohl diese Kosten durch einen anderen, von ihm für diese konkrete Terminierungsleistung nicht genutzten Daten-Dienst entstehen. Kosten- und Verursachungsgerechtigkeit werden damit nicht hergestellt.

Dem diesbezüglichen Begehren der mobilkom auf eine ergänzende Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach Endkundenumsatz war damit nicht zu folgen.

b. In weiterer Folge erachtet mobilkom das Szenario 3 für nicht zielführend und verweist dabei auf „*amtsbekanntes Vorbringen der mka zu diesem Thema*“.

Eine solche pauschale unbegründete Aussage vermag das wirtschaftliche Gutachten nicht zu erschüttern. Ungeachtet dessen ist wiederholt festzuhalten (und damit dem „*amtsbekanntes Vorbringen der mka*“ zu begegnen), dass eine Berücksichtigung der gesamten GSM- und UMTS-Kosten nicht erfolgen konnte, da über diese Netze unterschiedliche Dienste erbracht werden und lediglich die Leistung der Mobil-Terminierung (Sprache) verfahrensgegenständlich ist.

c. Unter dem Titel „*Neuberechnung des HSDPA-Faktors*“ legt mobilkom dar, dass es einen Effizienzgewinn bei der Einführung von HSDPA mit 7,2 MBit im Vergleich zu 3,6 MBit geben würde, weswegen offenbar ein höherer Faktor zur Anwendung gelangen soll.

Diesem unbegründetem Vorbringen kann nicht gefolgt werden, da – wie sich aus dem Gutachten vom November 2008 ergibt (Seiten 123ff, insbesondere Abbildung 8) – die Effizienzvorteile von HSDPA insbesondere dadurch entstehen, dass höherwertige Modulationsverfahren verwendet werden. Das Modulationsverfahren ist dabei unabhängig davon, ob Endgeräte mit bis zu 3,6 MBit/s oder 7,2 MBit/s eingesetzt werden.

Diese gutachterliche Ausführung wird auch von Hutchison bestätigt, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 23.1.2009 festhält, dass die entscheidenden Faktoren für die gesteigerte Effizienz bereits vor HSDPA 7,2 eingeführt wurden; auch Hutchison verweist auf „adaptive Modulationsverfahren“ als Grund für eine gesteigerte Effizienz.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine Datenrate von 7,2 MBit/s in der Realität nicht erreicht wird (vgl dazu insbesondere das wirtschaftliche Gutachten, Seite 126).

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, dass dieser Punkt im wirtschaftlichen Gutachten ergänzt oder korrigiert werden muss.

d. Weiters kritisiert mobilkom, dass die HSDPA/EDGE-Faktoren nicht auch bei der Berechnung des „busy-hour-Faktors“ Eingang gefunden hat. Dabei unterlässt es mobilkom, die Gründe dafür anzuführen. So vermag der Verweis, dass die gutachterliche Vorgangsweise „nicht nachvollziehbar“ ist, an der Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit des Gutachtens keine Zweifel entstehen zu lassen, zumal sich das Gutachten bereits mit den Vorstellungen der mobilkom auseinandergesetzt hat (vgl Seiten 122f). Eine Ergänzung oder Korrektur des Gutachtens war damit nicht vorzunehmen.

e. Im Zusammenhang mit dem Softhandover-Faktor führt mobilkom aus, dass sie diesen realiter gemessen hätte und nun ein anderer Wert als der ursprünglich geschätzte vorliegen würde.

Vor dem Hintergrund der gegenständlichen Entscheidung, die im Wesentlichen den bisherigen Gleitpfad fortsetzt und im Anordnungszeitraum einen „neuen“ Zielwert (iSd Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) nicht erreicht, wird von einer weiteren Ermittlung hinsichtlich eines einzelnen, leicht geänderten Inputparameters Abstand genommen (§ 39 AVG).

Darüber hinaus zeigt sich unter Zugrundelegung der Beilagen zum wirtschaftlichen Gutachten, dass eine Änderung des Inputparameters „Softhandover“-Faktor (149% statt 130%), dass sich das Ergebnis bei mobilkom lediglich marginal ändern würde. Eine weitere gutachterliche Befassung kann damit unterbleiben.

f. Eine weitere Kritik der mobilkom bezieht sich auf den Umstand, das Datendienste lediglich auf „best effort“-Basis erbracht werden würden und sich dieser Umstand in der Bewertung der Datendienste niederschlagen müsste.

Diese Ausführung vermag nicht zu erklären, dass auch die von Daten verursachten Kosten bei der Ermittlung terminierungsrelevanter Sprach-Kosten miteinzubeziehen wären. Darüber hinaus kann nicht davon ausgegangen werden, dass Datendienste nur sehr eingeschränkt verfügbar wären. Bereits der wettbewerbliche Druck auf der Endkundenebene und die aktuellen Bestrebungen der Mobilbetreiber, Datendienste an Endkunden zu verkaufen, zwingt die Mobilbetreiber dazu, auch Datendienste „marktgerecht“, dh mit einer für den Endkunden akzeptablen Bandbreite, anzubieten.

Der Umstand, dass etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der mobilkom zu „A1 Breitband Unlimited“ keine bestimmte Bandbreite bei den Datendiensten garantieren, kann daran nichts ändern, da mobilkom ungeachtet dieser Bestimmungen ein konkurrenzfähiges und ansprechendes Produkt anbieten möchte.

Hinweise auf Nutzungseinschränkungen finden sich bei mobilkom im Übrigen nicht nur hinsichtlich Datendienste: Auch in der „Leistungsbeschreibung für den Mobilfunkdienst A1 - Mobilfunkanschluss A1 (LB Mobilfunkanschluss A1, Stand 11.12.2008)“ führt mobilkom zu Sprachverbindungen aus, dass „*Mobilfunkverbindungen A1 [] über die mobilkom innerhalb Österreichs im Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten hergestellt [werden]. [] Aufgrund der Dimensionierung des im Aufbau befindlichen Netzes und in Abhängigkeit von den funktechnischen Ausbreitungsbedingungen - zB Funkschatten - ergibt sich allerdings, dass eine Verbindung - insbesondere in Gebäuden - beeinträchtigt, unterbrochen oder nicht jederzeit hergestellt werden kann.*“

Es zeigt sich damit, dass auch der Hinweis der mobilkom auf Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Datendiensten nicht erklären kann, dass auch Datendienste marktgerecht angeboten werden.

g. In weiterer Folge kritisiert mobilkom den „internationalen Benchmark“; im Besonderen vermag mobilkom nicht nachzuvollziehen, dass ein „basket“ der drei günstigsten EU-Länder (samt Zypern) herangezogen wurde.

Da gegenständliche Entscheidung nicht auf der Grundlage eines Benchmarks erfolgt, ist die Kritik der mobilkom nicht zielführend.

Ein internationaler Benchmark zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelte wird nicht näher getreten, da dadurch nicht erreicht wird, dass sich Entgelte an den effizienten Kosten orientieren. Insoweit erachtet die Telekom-Control-Kommission die konkret von anderen nationalen Regulierungsbehörden festgelegten Entgelte (wie etwa die von mobilkom angeführte italienische Regulierungsbehörde) als zweitrangig.

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 beantragen 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 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 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.

Am 29.12.2005 erfolgte eine Kündigung des Anhangs 3 des zwischen den Verfahrensparteien bestehenden Zusammenschaltungsvertrages; in weiterer Folge fanden Verhandlungen zum Wirkungsbeginn neuer Mobil-Terminierungsentgelte statt. Es besteht sohin kein Zweifel, dass – mehr als sechs Wochen vor Antragstellung – über die Mobilnetz-Terminierungsentgelte verhandelt wurde bzw. – als Voraussetzung – eine entsprechende Nachfrage gestellt wurde.

Demgegenüber sind hinsichtlich der begehrten Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte und der Leistung der Mobil-Originierung keine Nachfrage und keine Verhandlungen erkennbar. Diesbezüglich wurden die Parteien aufgefordert darzulegen, ob jeweils entsprechende Nachfragen gestellt und Verhandlungen stattgefunden haben (ON 24, ON 25). In der diesbezüglichen Beantwortung erklärte Multikom ausdrücklich, dass lediglich Mobil-Terminierungsentgelte zwischen den Parteien strittig waren und über diese verhandelt wurde. Zu den anderen Themen gab Multikom keine darüber hinausgehende Erklärung ab (ON 26). mobilkom erklärte in ihrer beantwortenden Stellungnahme, dass hinsichtlich Mobil-Originierung ein übereinstimmender Parteiwille vorliege, weiters es zwar betreffend Festnetz-Terminierung Gespräche gegeben habe und kein Konsens vorliege und hinsichtlich Visitor-Roaming dieses Thema von Mobil-Terminierung mitumfasst sei und daher Nachfrage sowie Verhandlungen vorlägen (ON 28).

Im Fall der Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte sowie der Mobil-Originierung war daher nicht festzustellen, dass zwischen den Parteien jeweils Nachfrage und Verhandlungen stattgefunden haben. Die Verhandlungen, die gescheitert sind und letztlich zur Antragstellung geführt haben, betrafen nach übereinstimmender Parteiauskunft lediglich die Frage der Mobil-Terminierungsentgelte der mobilkom und sind dokumentiert.

Wie bereits ausgeführt, ist die Tätigkeit der Telekom-Control-Kommission in einem Verfahren gemäß §§ 41, 48, 50 TKG 2003 im Regelfall subsidiär, wenn eine privatrechtliche Lösung nicht zustande gekommen ist. Nachdem Nachfrage und Verhandlungen über Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte und die Mobil-Originierung nicht stattgefunden haben, waren die Begehren auf Anordnung dieser Bedingungen zurückzuweisen.

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 3 zum 31.03.2006 liegt hinsichtlich der Mobil-Terminierungsentgelte seit 01.04.2006 keine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung vor. Multikom erklärte ausdrücklich, dass lediglich Anhang 3 zur Aufkündigung gebracht wurde, darüber hinaus jedoch eine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen den Parteien besteht (ON 10).

5. Zur Begründung der Anordnung

Die Anträge der Verfahrensparteien betreffend den beantragten Anordnungstext (Multikom in ON 1 samt Anhang, mobilkom in ON 8) stimmen größtenteils überein und differieren lediglich hinsichtlich der Entgelte und des Geltungszeitraums. Die Telekom-Control-Kommission folgt im Wesentlichen den insofern übereinstimmenden Anträgen der Parteien, da aufgrund der Ausgestaltung einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 50 TKG 2003 als gegenüber den Parteienvereinbarungen subsidiärer Rechtsbehelf den übereinstimmenden Parteienanträgen zu folgen ist, soweit sie nicht gegen zwingende gesetzliche Normen verstoßen. Da insoweit übereinstimmenden Standpunkten der Verfahrensparteien Rechnung getragen wurde, entfällt diesbezüglich gemäß § 58 Abs 2 AVG eine Begründung.

Im Folgenden werden daher lediglich jene Anordnungen im Detail begründet, über die zwischen den Parteien unterschiedliche Auffassungen herrschen:

5.1. Zur Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung (primär) 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, 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 die Marktanalysebescheide 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 keiner der Verfahrensparteien auf den relevanten Märkten für Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze (§ 1 Z 9 TKMV 2008) über eine (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), wobei sich die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 aus einer hoheitlichen Entscheidung ergeben hat. Auch Multikom geht davon aus, dass „*angemessene Entgelte*“ festzulegen sind, wobei sie die mittels Erst-Bescheid Z 12/06 festgelegten Entgelte als angemessen erachtet, „*sofern nicht niedrigere Entgelte angemessen sind.*“

Im konkreten Zusammenhang 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 Monopolleistung 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 mehrerer Jahre umfasst, ist auch 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 allokativer 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 (mittlerweile behobene) Maßnahmen iSd §§ 37 Abs 2, 42 TKG 2003 festgelegt und zum Anderen tatsächlich verrechnet (bzw angeboten) worden sind: Die Mobil-Terminierungsentgelte wurden zu-

mindest bis zu den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2008, mit denen die Entscheidungen zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 (weitgehend) behoben worden sind, 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.

Eine Anordnung anderer Entgelte würde vor dem Hintergrund dieser 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.

Seit dem Zeitpunkt der Behebung der Bescheide M 15a-e/03, M 13a-e/06 (25.6.2008) fehlt es demgegenüber an einer Grundlage zur Verrechnung der in diesen Marktanalyse-Bescheiden festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte. Ab diesem Zeitpunkt konnten die damaligen Bescheidadressaten auch nicht mehr darauf vertrauen, dass die festgelegten Entgelte in dieser (maximalen) Höhe (weiter) zur Anwendung gelangen. Vor diesem Hintergrund wird dieser (kürzer in der Vergangenheit liegende) Zeitpunkt als geeignet angesehen, eine Änderung des bisherigen „Gleitpfades“ herbeizuführen: Ab dem Zeitpunkt der Behebung der Bescheide M 15a-e/03, M 13a-e/06 bzw aus abrechnungstechnischen Gründen (Zusammenschaltungsentgelte werden auf Monatsbasis verrechnet) ab dem darauffolgenden Monatsersten (1.7.2008) wird der geänderten Sachlage (deutlich geringere Kosten der Mobil-Terminierungsleistung) Rechnung getragen.

Die grundsätzliche Fortsetzung des bisherigen „Gleitpfades“ ist ein wesentlicher Beitrag, die Rechts- und Planungssicherheit für die Verfahrensparteien zu erhöhen: Dieser Gleitpfad sah grundsätzlich eine lineare Senkung der Mobil-Terminierungsentgeltes jeweils zum 1.1. und 1.7. eines Jahres um (letztlich) einen absoluten Wert in der Höhe von Cent 1,22 vor (bei Hutchison Cent 2,05). Dieser Gleitpfad sah vor, dass ein Zielwert in der Höhe von Cent 5,72 spätestens am 1.1.2009 erreicht wird (vgl die Anordnungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05ff sowie die Marktanalyseentscheidungen M 15a-e/03, M 13a-e/06 vom 15.10.2007, Seiten 120ff).

Bei der Fortsetzung der bisherigen Absenkungsschritte ist zu beachten, dass die erhobenen (betreiberindividuellen) Kosten deutlich gesunken sind und die Zusammenschaltungspartner (sowie deren Kunden) weit über den Kosten liegende Terminierungsentgelte an den Mobilbetreiber entrichten müssten (vgl zur Relevanz der Kosten bei der Festsetzung angemessener Entgelte die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2000/03/0285, 2001/03/0170, 2002/03/0164 und 2002/03/0188). Dies ist vor dem Hintergrund der festgestellten Wettbewerbsprobleme nicht angemessen.

Um einen fairen Ausgleich der Interessen herbeizuführen, den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Regulierungszielen des § 1 TKG 2003 zu entsprechen, wird der bisherige Gleitpfad dahingehend adaptiert, dass dieser um eine Periode (von 6 Monaten) „vorverschoben“ wird, dh der „frühere“ Zielwert in der Höhe von Cent 5,72 ist damit nicht erst am 1.1.2009, sondern bereits am 1.7.2008 zu erreichen. Diese Zielerreichung erfordert damit eine (einmalige) größere Absenkung von den ab 1.1.2008 verrechneten Entgelten, wobei

dieser (größere) Schritt vor dem Hintergrund der festgestellten (gesunkenen) betreiberindividuellen Kosten als verhältnismäßig angesehen wird.

Mit dieser Maßnahme wird damit ein zwischen den Mobilbetreibern einheitliches Entgelt (bereits) mit 1.7.2008 erreicht (vgl die Ausführungen zur Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte weiter unten).

Den bisherigen absoluten Absenkungsschritten der GSM-/UMTS-Betreiber folgend wird das Mobil-Terminierungsentgelt ab 1.1.2009 um Cent 1,22 (dem bisherigen absoluten Absenkungsschritt) gesenkt, sodass ab 1.1.2009 ein Mobil-Terminierungsentgelt in der Höhe von Cent 4,5 festgelegt wird. Dieses Entgelt ist sodann befristet mit der Rechtskraft einer neuen Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich der Mobil-Terminierungsleistung (Verfahren der Telekom-Control-Kommission zu M 1/08).

Zur Frage der Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes um einen absoluten Wert (in der Höhe von Cent 1,22), der über die Jahre relativ zu den Entgelten höher geworden ist, ist festzuhalten, dass eine Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes um einen absoluten Wert zum Einen in Übereinstimmung mit den bisherigen Absenkungsschritten steht und somit nicht als disruptiv angesehen werden kann sowie zum Anderen auch dazu führt, dass die Mobil-Terminierungsentgelte schneller an die zu Grunde liegenden (effizienten) Kosten geführt wird. Der rufende Endkunde (bzw vorgelagert sein Netzbetreiber) hat mit einer stärkeren Absenkung (mit absoluten Schritten) größere Vorteile in Bezug auf den Preis der Leistung der Anrufzustellung, was in Übereinstimmung mit § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003 steht. Eine weniger starke Absenkung, die etwa über eine geringere, relative Absenkung der Mobil-Terminierungsentgelte realisiert wird (wie etwa 10%, wie von mobilkom im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission am 26.1.2009 thematisiert), entspricht diesem Ziel in einem deutlich geringeren Ausmaß und wurde deswegen nicht herangezogen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass auch in der Vergangenheit ein absoluter Wert zur Anwendung gekommen ist, weswegen es angemessen ist, diesen fortzuführen. Würde man nun einen relativen Wert heranziehen, so hätte aus Konsistenzgründen auch in der Vergangenheit ein relativer Wert angewendet werden müssen, der jedoch – absolut gesehen – höher hätte sein müssen.

Ein Vergleich der (ab 1.7.2008) festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte mit den zugrundeliegenden Kosten zeigt die Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003, Art 5 RI 2002/19/EG, Art 8 RI 2002/21/EG) und Angemessenheit der gegenständlichen Anordnung: Die betreiberindividuellen Kosten der Mobilterminierung sind jedenfalls gedeckt. Dabei erscheint es unbeachtlich, ob die ausgewiesenen Kosten in exakt dieser Höhe anfallen, oder ob diese Kosten auf Grund unterschiedlicher Parameter (wie etwa unterschiedliche Szenarien und Inputparameter bei der Aufteilung von Sprach- und Datendiensten 3 oder 4) oder Verkehrsmengenentwicklungen in ähnlicher Höhe zu liegen kommen. Damit wird dem Ziel gemäß § 1 Abs 2 Z 1 TKG 2003 Rechnung getragen, da durch eine Deckung aller Kosten der verfahrensrelevanten Leistung grundsätzlich ein Beitrag zur Ermöglichung einer modernen Kommunikationsinfrastruktur geleistet wird.

Eine noch deutlichere und bis zum 1.1.2006 reichende Senkung der Entgelte, wie sie etwa von Hutchison (auch) im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission begehrt wurde („Vorschlag zur Entgeltregulierung“), wird nicht vorgenommen, da den festgestellten Wettbewerbsproblemen, insbesondere jenen der allokativen Verzerrungen, ex post nicht mehr entsprochen werden kann. Entgegen der Ansicht der Hutchison geht es im gegenständlichen Zusammenhang nicht um eine nachträgliche Herstellung von „Verteilungsgerechtigkeit“ oder um „ex-post Adaption einer ex-ante Marktanalyse“, sondern um einen fairen Ausgleich der berechtigten Interesse der Verfahrensparteien unter Berücksichtigung der Ziele des TKG 2003 sowie der festgestellten wettbewerblicher Defizite. Das Argument der „Verteilungsgerechtigkeit“ basiert offenbar auf der Überlegung, dass Entgelte

über Kosten das Wettbewerbsproblem darstellen. Da dies jedoch nicht festgestellt wurde (vielmehr wurden allokativen Verzerrungen für Rufe in Mobilnetze als Wettbewerbsdefizit identifiziert), kann dem Begehren der Hutchison auf Anordnung eines Gleitpfades, der auf betreiberindividueller Basis zu einem symmetrischen Entgeltniveau per 1.1.2009 führt, nicht näher getreten werden.

Demgegenüber kann einer Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 etwa bis zum Abschluss des bereits anhängigen Marktanalyseverfahrens M 1/08, wie etwa von mobilkom, T-Mobile und Orange (auch) im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission vorgetragen, ebenfalls nicht nachgekommen werden, da wettbewerbliche Defizite und deutlich gesunkene Kosten der Mobil-Terminierungsleistung festgestellt wurden.

Soweit mobilkom in diesem Kontext vorträgt, dass Festnetzbetreiber kein Interesse an niedrigeren Mobil-Terminierungsentgelten hätten und sich dies darin manifestieren würde, dass kein Festnetzbetreiber in den gegenständlichen Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 zur Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten involviert wäre, ist mobilkom dahingehend zu korrigieren, als Multikom Austria Telekom GmbH, UPC Telekabel Wien GmbH, Tele2 Telecommunication GmbH sowie der größte Festnetzbetreiber in Österreich, Telekom Austria TA AG, derzeit Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zur Frage der Mobil-Terminierungsentgelte führen. Damit erweist sich das Vorbringen der mobilkom als falsch; Festnetzbetreiber haben nämlich ein vitales Interesse an geringeren Mobil-Terminierungsentgelten und damit an geringeren eigenen Kosten (vgl dazu die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 26.1.2008).

Auch der Hinweis darauf, dass Mobilbetreiber mit ihre Zusammenschaltungspartnern den „alten“ Gleitpfad vertraglich (über den 1.7.2008 hinaus) vereinbart hätten, kann nicht dessen Angemessenheit und Marktüblichkeit darlegen und veranlasst nicht dazu, den alten Gleitpfad bis zum Abschluss des Verfahrens M 1/08 anzuordnen. Zum Einen beinhalten diese Vereinbarungen Öffnungsklauseln (vgl dazu das Vorbringen der T-Mobile in der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission), weswegen die privatrechtlichen Vereinbarungen keine abschließenden Regelungen enthalten, sondern nachträglich angepasst werden können. Zum Anderen ist zu beachten, dass hinsichtlich der gegenständlichen Monopolleistung Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden (wie foreclosure), die einen Einfluss auf allfällige Vertragsabschlüsse haben können. Weiters könnte eine Vereinbarung von Entgelten zwischen Mobilbetreibern – auf der Grundlage eines „Gleichklangs an Interessen“ (vgl dazu die Feststellungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen) – auf einem überhöhten Niveau (Monopolniveau) dazu missbraucht werden, Fakten zu schaffen und damit die „Marktüblichkeit“ zu belegen. Einem solchen Vorgehen muss der Erfolg versagt bleiben.

Auch der Hinweis darauf, dass es im Fall einer Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten, die niedriger sind, als jene, die privatrechtlich vereinbart worden sind, zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte, kann eine Anordnung des „alten“ Gleitpfades (über den 1.7.2008 hinaus) nicht rechtfertigen. Im Besonderen würde durch diese Überlegung ein fairer Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien vereitelt und § 1 TKG 2003 (insbesondere deren Abs 2 Z 2 lit 2a, Abs 3 TKG 2003) nicht Rechnung getragen; auch die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission wäre ausgehöhlt.

Eine Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 bzw eine geringere Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes kann aber auch weder mit Belastungen aus dem regulierten Bereich „*Internationales Roaming*“ (vgl die Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABl L 171/32 vom 29.6.2007, sowie deren Änderungsvorschläge insbesondere zur Erweiterung der Regulierung um Datendienste und SMS) noch mit einem Hinweis auf eine allgemein

wirtschaftlich schwierige Zeit („Wirtschafts-, Finanzkrise“) oder einem Geldabfluss aus Österreich wegen dem unterschiedlichen Niveau der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa begründet werden. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopoleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen iSd § 1 Z 9 TKMV 2008, wobei gleichgültig ist, wo das Gespräch originiert. Die in diesem Zusammenhang bestehenden Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen nationalen Vorleistungsmarkt sind zu reduzieren. Die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission bezieht sich lediglich auf nationale Kommunikationsleistungen, weswegen kein Einfluss auf Terminierungsentgelte ausländischer Betreiber genommen werden kann.

Auch ein Verweis auf den europäischen Benchmark betreffend Mobil-Terminierungsentgelte vermag nicht darzulegen, dass die vorgenommene Anordnung unangemessen wäre, da die festgelegten Entgelte im europäischen Benchmark (im unteren Bereich) liegen. Eine Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten, die ausschließlich auf einem internationalen Benchmark gründet, oder über Überlegungen zur Harmonisierung von Regulierungsmaßnahmen einem Mittelwert entspricht, stellt nicht sicher, dass den konkreten nationalen Gegebenheiten (wie den zu Grunde liegenden Kosten) Rechnung getragen wird (vgl dazu die Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten, Seiten 167ff).

Darüber hinaus ist zu beachten, dass entsprechend den Feststellungen rund 15% des Gesamtumsatzes im Mobilfunk auf die Leistung der Mobilfunkterminierung anfallen, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass die vorgenommene Reduzierung der Mobil-Terminierungsentgelte einen unverhältnismäßigen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Mobilfunkbetreiber hat.

Dass eine Absenkung des Mobil-Terminierungsentgeltes über den so genannten „Wasserbett-Effekt“ nicht automatisch zu einer Anhebung oder zu einem Umsturz des Endkunden-Preisgefüges führen muss, zeigen bereits die Erfahrungen der letzten Jahre, in denen die Terminierungsentgelte erheblich abgesenkt wurden. Auch ist noch festzuhalten, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte bei gegebenem Wettbewerbsdruck auf Endkundenebene zu höherer Innovation, Kosteneffizienz und zu stärkerem Wachstum zwingt.

5.2. Zum Geltungszeitraum der Anordnung

Die Parteien thematisieren in ihrem Vorbringen ausführlich den möglichen Beginnzeitpunkt der gegenständlichen Anordnung. Während Multikom eine rückwirkende Anordnung bis zum 01.11.2005 beantragt und für rechtlich zulässig hält, spricht sich mobilkom gegen eine Rückwirkung für den Zeitraum währenddessen eine vertragliche Regelung zwischen den Parteien bestand, aus. Dabei beruft sich mobilkom auf den Vorrang privatrechtlicher Vereinbarungen gegenüber regulierungsbehördlicher Anordnungen, welcher auch aus dem Wortlaut des § 50 TKG 2003 hervorgehe. Multikom beruft sich demgegenüber auf den „Vorrang des öffentlichen Rechts gegenüber dem privaten Recht“, wodurch „im Interesse des diskriminierungsfreien Wettbewerbs das jüngere Recht das Ältere verdränge“ und auf „Sittenwidrigkeit gemäß § 879 ABGB“, wonach „die Rechtssprechung von absoluter Nichtigkeit“ spreche.

Der von Multikom beantragte Zeitraum der Rückwirkung gegenständlicher Anordnung hinsichtlich der Entgelte zwischen dem 01.11.2005 und 31.03.2006 wird zurückgewiesen. Multikom begründet diesen Antrag weiters mit einer nach ihrer Ansicht bestehenden „Teilnichtigkeit der vereinbarten Entgelte“ in diesem Zeitraum.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu Folgendes erwogen: Das Verfahren nach §§ 48 und 50 TKG 2003 sieht vor, dass im Falle des Nichtzustandekommens einer Vereinbarung, die Telekom-Control-Kommission eine Anordnung zu treffen hat, die diese nicht zu Stande gekommene Vereinbarung zwischen den Parteien ersetzt. Im Zeitraum zwischen dem

01.11.2005 und 31.03.2006 hat jedoch eine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen den Parteien bestanden (Vereinbarung vom 05.09.2005 - amtsbekannt, beide Parteien beziehen sich auch in ihrem jeweiligen Vorbringen auf diese Vereinbarung). Dieser Zeitraum ist daher der Anordnungsbefugnis der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach §§ 48 und 50 TKG 2003 entzogen. Der von Multikom vertretenen Rechtsmeinung bestehender Teilnichtigkeit hinsichtlich der in dieser Vereinbarung vorgesehenen Entgelte, kann seitens der Telekom-Control-Kommission nicht beigetreten werden. Es ist richtig, dass mobilkom mit (mittlerweile behobenem) Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 13a/06 ein Entgelt für die Terminierung in das Mobilnetz der mobilkom mit Eurocent 10,34 im Zeitraum 01.11.2005 bis 31.12.2005 und mit Eurocent 09,34 im Zeitraum 01.01.2006 bis 30.06.2006 festgelegt wurde. Jedoch ist der von Multikom zitierte Rechtsgrundsatz der neueren Rechtsnorm, die die ältere Rechtsnormen verdrängt, auf diesen Fall nicht anwendbar - bezieht sich doch dieser Rechtsgrundsatz lediglich auf die Gültigkeit von Rechtsnormen - und nicht wie hier auf privatrechtlich abgeschlossene Vereinbarungen. Die von Multikom weiter ausgesprochene Berufung auf § 879 ABGB, wonach die zwischen den Parteien vereinbarten Entgelte sittenwidrig wären, bedarf im Verwaltungsverfahren vor der Telekom-Control-Kommission keiner weiteren Prüfung, da betreffend die Berufung auf zivilrechtliche Normen allenfalls die ordentlichen Gerichte zu befassen wären.

Es bleibt Multikom unbenommen, auf Grund der im Bescheid der Telekom-Control-Kommission M 15a/03, M 13a/06 angeordneten Terminierungsentgelte diese (respektive den entsprechenden Differenzbetrag) für den Zeitraum 01.11.2005 bis 31.03.2006 von mobilkom einzufordern, jedoch besteht auf Grund der gesetzlichen Vorgaben der §§ 48 und 50 TKG 2003 kein Raum für einen vertragsersetzenden Bescheid zwischen den Parteien in diesem Zeitraum durch die Telekom-Control-Kommission. Der diesbezügliche Antrag der Multikom war daher mangels Vorliegens der Antragsvoraussetzungen zurückzuweisen.

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

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung ist bereits ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 anhängig (M 1/08), in welchem die wettbewerblichen Bedingungen untersucht werden und gegebenenfalls Abhilfemaßnahmen konkret festgelegt werden. Den Ergebnissen dieses Verfahrens wird mit der festgelegten Befristung der Mobil-Terminierungsentgelte nicht vorgegriffen.

6. Regelung betreffend die ordentliche Kündigung des Anhangs

Multikom beantragte weiters eine Kündigungsklausel, mobilkom beantragte die Anordnung eines einvernehmlichen Ausschlusses der Kündigungsmöglichkeit des Anhangs.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu erwogen dem Antrag der Multikom zu folgen und eine Kündigungsklausel - wie von Multikom beantragt - anzuordnen. Es soll den Parteien möglich sein, den Anhang 3 aus welchen Gründen immer zur Aufkündigung zu bringen. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass das Terminierungsentgelt zu mobilkom, welches Hauptgegenstand des angeordneten Anhangs 3 ist, abschließend geregelt ist und deswegen kein Streitpunkt diesbezüglich mehr entstehen kann.

7. Regelung betreffend Anpassungs- bzw Meistbegünstigungsklausel

Multikom beantragt weiters die Anordnung einer Anpassungs- und einer Meistbegünstigungsklausel. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass eine Anpassung an Bedingungen, die einer Partei durch rechtskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde auferlegt wurden, erfolgt, wenn dies nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der damit verbundenen Verpflichtung zur Gleichbehandlung geboten ist. Weiters beantragt dies Multikom auch für den Fall vertraglicher Vereinbarung einer anderen oder günstigeren Regelung mit einem Dritten.

mobikom spricht sich gegen diese Anträge aus.

Die Telekom-Control-Kommission folgt diesbezüglich dem Antrag der mobikom, da auf Grund der abschließenden Festlegung der Terminierungsentgelte zu mobikom, somit des Hauptgegenstandes des Anhangs 3, kein Raum für eine solche Anordnung besteht. Die in Anhang 3 festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte zu mobikom wurden verbindlich festgelegt, so dass eine Begünstigung Dritter weder durch behördliche Anordnung auferlegt noch durch Vertrag vereinbart werden kann. Die von Multikom diesbezüglich begehrte Regelung kann daher entfallen.

8. Zum Antrag auf Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der mobikom

Mit Schreiben vom 26.8.2008 beantragt Multikom, „*die Telekom-Control-Kommission möge feststellen, dass mobikom im vergangenen Zeitraum seit Oktober 2004 über beträchtliche Marktmacht verfügt hat, zur Gleichbehandlung verpflichtet ist und daraus spezifische Verpflichtungen abgeleitet werden, solche Verpflichtungen, wie sie der Marktanalysebescheid M 15a/03, M 13a/06 bestimmt hat.*“

Diesem Antrag war vor dem Hintergrund einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nicht zu folgen: Mit Erkenntnissen vom 25.06.2008, ZI 2007/03/0211 ua, hat der Verwaltungsgerichtshof die Ersatzbescheide in den Marktanalyseverfahren zur Mobilterminierung vom 15.10.2007 wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Während der Verwaltungsgerichtshof eine Reihe von Erwägungen der Telekom-Control-Kommission bestätigt, begründet der Verwaltungsgerichtshof die Aufhebung der Bescheide wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit wie folgt: Das Verfahren der Marktanalyse nach den §§ 37 ff TKG 2003 ist darauf ausgerichtet, die Marktverhältnisse auf den analysierten Märkten vorausschauend zu analysieren. Das Argument der Telekom-Control-Kommission, dass (nur) in Ersatzverfahren auch rückwirkende Anordnungen von Verpflichtungen möglich seien, weil der ursprüngliche Geltungszeitraum abzudecken sei, akzeptiert der Verwaltungsgerichtshof nicht.

Daraus folgt, dass für einen vergangenen Zeitraum keine beträchtliche Marktmacht festgestellt werden kann und keine spezifischen Verpflichtungen auferlegt werden können.

9. Zum Antrag der mobikom 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 mobikom vom 1.12.2008 auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme um eine Woche wurde nicht gefolgt.

Diesem Antrag der mobikom 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 mobilkom der Inhalt des gegenständlichen Gutachtens bereits aus anderen Verfahren (wie etwa M 15a/03, M 13a/06) weitgehend bekannt ist, was mobilkom auf Seite 2 ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 ausdrücklich bestätigt. Vor diesem Hintergrund konnte von einer Stellungnahme binnen 3 Wochen ausgegangen werden.

Entgegen den Ausführungen der mobilkom vom 16.12.2008 hat mobilkom in ihrem Fristerstreckungsantrag vom 1.12.2008 nicht dargelegt, eine weitere Frist zur Einholung eines Gegengutachtens zu benötigen.

Darüber hinaus hat mobilkom im Rahmen des gegenständlichen Ermittlungsverfahrens weitere Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie etwa am 23.1.2009 Gebrauch gemacht hat.

10. Zur „überschießenden Erledigung des Gutachtensauftrages“

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 moniert mobilkom, dass die Amtssachverständigen ihren Gutachtensauftrag „überschießend“ erledigt hätten. Begründend verweist mobilkom auf das Gebührenanspruchsgesetz und offenbar auf eine „Unzulässigkeit meinungsbildender Äußerungen“.

Das Vorbringen der mobilkom ist verfehlt, da mobilkom übersieht, dass der Gutachtensauftrag nicht nur die Erhebung von Kosten, sondern auch die „Darlegung alternativer Preismaßstäbe“ umfasst. Um alternative Preismaßstäbe darlegen zu können, was eine umfassende und sorgfältige Erhebung und Darstellung der Rahmenbedingungen notwendig. Auf der Grundlage von erkannten wettbewerblichen Defiziten konnten die Amtssachverständigen die aus ihrer Sicht korrekten alternativen Preismaßstäbe vorschlagen. Ohne eine solche Untersuchung hätten allfällige alternative Preismaßstäbe keine Rückbindung an das wettbewerbliche Geschehen.

Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass die zur Entscheidung angerufene Behörde die materielle Wahrheit zu erforschen hat (§ 37 AVG), weswegen ein umfassendes Gutachten im konkreten Zusammenhang geboten ist.

Vor diesem Hintergrund kann die Kritik der mobilkom nicht nachvollzogen werden; im Besonderen erklärt sich aus dem Verweis der mobilkom auf das Gebührenanspruchsgesetz (GebAG, BGBl Nr 136/1975, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 111/2007), insbesondere dessen § 25, nicht, inwieweit der Gutachtensauftrag „überschießend“ erledigt worden sei oder welche Bedeutung das GebAG im konkreten Zusammenhang spielt. Die bestellten Sachverständigen sind Amtssachverständige iSd § 52 AVG, eine Abgeltung iSd GebAG steht ihnen nicht zu.

Welche Bedeutung der Verweis der mobilkom auf den Umstand, dass die „*Gutachter der RTR-GmbH angehören und vom gesamten Telekomsektor*“ finanziert werden, haben soll, ist vor dem Hintergrund einer weisungsfreien und unabhängigen Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar.

11. Weitere Anträge

Der von Multikom gestellte zusätzliche Antrag auf „Erlass weiterer spezifischer Verpflichtungen“ wurde in der Schlichtungsverhandlung vom 19.06.2006 zurückgezogen (ON 5).

mobilkom beantragte weiters die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten betreffend „Terminierung von Rufen zu visitor roamern im Mobilnetz der mobilkom“ (ON 16). Multikom nahm dazu nur insoferne Stellung, als Multikom ausführte, dass die zwischen den Parteien geführten Gespräche sich lediglich auf die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte und die Geltungsdauer derselben bezogen haben.

Diesem Begehren der mobilkom war nicht zu folgen, da diese neue Leistung im Widerspruch zu § 1 Z 9 TKMV 2008 stehen würde. Es ist nämlich unbeachtlich, zu welchem konkreten Endkunden die Anrufzustellung erfolgt und wo der Ruf originiert (Fest-, Mobilnetz, In-, Ausland). Darüber werden die technischen Netzkosten, welche bei einem Gespräch zu einem im Netz eines österreichischen Mobilfunkbetreibers roamenden Gast entstehen, bereits berücksichtigt.

Von einer Anordnung einer zusätzlichen Verkehrsart war daher auch im gegenständlichen Verfahren abzusehen.

12. Verfahren gemäß §§ 128f 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 Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003 unter bestimmten Voraussetzungen der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

Die gegenständliche Anordnung stellt eine solche Maßnahmen dar, weswegen die Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003 durchzuführen sind.

III. Hinweis

Der gegenständliche Akt ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 23.2.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé