

Z 21/06 – 138,
Z 8/06 – 95,
Z 9/05 – 233

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 Anträge der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien und T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003, in der Sitzung vom 23.2.2009 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

A. 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 („Hutchison“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 und Anhang 6b des Zusammenschaltungsvertrages vom 11.2.2003 zwischen Hutchison und T-Mobile lauten ab 1.8.2005 wie in den nachfolgenden Punkten dargestellt:

Anhang 6 – Verrechnungsgrundsätze

Anhang 6 enthält die Verrechnungsgrundsätze für die einzelnen Verkehrsarten. Die nachfolgenden Anhänge 6a bis 6f enthalten die den Verkehrsarten entsprechenden Entgelte.

1. Peak-Off-Peak-Zeiten

- 1.1. Als "Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.
- 1.2. 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.

2. Entgeltgrundsätze

Die Entgelte sind für die Zusammenschaltungspartner in der Funktion eines Festnetzbetreibers tageszeitabhängig, in allen anderen Fällen tageszeitunabhängig. Sämtliche Entgelte sind verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustande gekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zustande gekommenen Verbindungen.

3. Verrechnung der Entgelte

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

Im Falle von terminierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der Telekom Austria an den jeweiligen Zusammenschaltungspartner weitergeleitet wird, hat das Transitentgelt und etwaige der Telekom Austria zustehende Clearingentgelte (bzw. allfällig gleichwertige Entgelte) ausschließlich der Quellnetzbetreiber/Verbindungsnetzbetreiber an die Telekom Austria zu leisten.

Im Falle von originierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der Telekom Austria an den jeweiligen Zusammenschaltungspartner als Dienstenetzbetreiber weitergeleitet wird, hat das Transitentgelt und etwaige der Telekom Austria zustehende Clearingentgelte (bzw. allfällig gleichwertige Entgelte) ausschließlich der Dienstenetzbetreiber an die Telekom Austria zu leisten.

Anhang 6a – Verkehrsarten und Entgelte für die Terminierung ins Festnetz

1. Verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte (Peak- und Off-Peak-Zeiten)

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

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute in €c	
		Peak	Off-Peak
V 5 _p	Transit im Netz des Ankernetzbetreibers Partei als QNB → Partei als NB _{Anker}	0,28	0,14
V 9 _{H3G-FN}	Terminierung regional (single tandem) T-Mobile → TA → Hutchison 3G (fest) Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Festnetz der Hutchison 3G - regional	1,28	0,71
V 9 _{TMA-FN}	Terminierung regional (single tandem) Hutchison → T-Mobile (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der T-Mobile - regional	1,28	0,71
V 10 _{TMA-FN}	Terminierung national (double tandem) Hutchison → T-Mobile (fest) Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Festnetz der T-Mobile - national	1,28	0,71
V 10 _{H3G-FN}	Terminierung national (double tandem) T-Mobile → TA → Hutchison (fest) Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Festnetz der Hutchison - national	1,28	0,71

Anhang 6b – Verkehrsarten und Entgelte für die Terminierung in Mobilnetze basierend auf den Trägerdiensten POTS und ISDN-Speech/3,1 kHz audio

Anhang 6b enthält eine Auflistung jener Verkehrsarten, die für die Terminierung in Mobilnetze basierend auf den Trägerdiensten POTS und ISDN-Speech/3,1 kHz audio zur Anwendung kommen.

1. Verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte (Peak- und Off-Peak-Zeiten)

Beträge in Eurocent pro Minute, exkl. USt (Allgemeiner Teil, Pkt. 5.3)

Kurzbez	Verkehrsart / Verkehrsrichtung	EUR/100
V 25 _{H3G-MN}	Terminierung Mobilnetz T-Mobile → Hutchison Mobilnetz	1.8.2005 – 31.12.2005: 19,62
	Terminierung vom Netz der T-Mobile in das Mobilnetz der Hutchison 3G	1.1.2006 – 30.6.2006: 17,79
		1.7.2006 – 31.12.2006: 15,95
		01.01.2007 - 30.06.2007: 13,90
		01.07.2007 - 31.12.2007: 11,86
		01.01.2008 - 30.06.2008: 9,81
		01.07.2008 - 31.12.2008: 5,72
	Ab 01.01.2009: 4,5	
V 25 _{TMA-MN}	Terminierung Mobilnetz Hutchison 3G → T-Mobile Mobilnetz	1.8.2005 – 31.10.2005: 13,18
	Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Mobilnetz der T-Mobile	1.11.2005 – 31.12.2005: 12,66
		1.1.2006 – 30.6.2006: 11,66
		1.7.2006 – 31.12.2006: 10,66
		1.1.2007 – 30.06.2007: 9,45
		01.07.2007 - 31.12.2007: 8,23
		1.1.2008 – 30.6.2008: 7,02
	01.07.2008 - 31.12.2008: 5,72	
	Ab 01.01.2009: 4,5	

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

2. Verbot des netzinternen Refiling

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

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

B. 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 („Hutchison“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der tele.ring Telekom Service GmbH (nunmehr T-Mobile) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 des Zusammenschaltungsvertrages vom 5.2.2003 lautet ab 1.5.2005 bis 31.12.2006 wie in den nachfolgenden Punkten 1. bis 4. dargestellt:

Anhang 6

1. Zusammenschaltungsentgelte

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

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentsgelt pro Minute (peak und off-peak) in €c
V 25H3G	Terminierung im Mobilnetz der Hutchison tele.ring (nunmehr T-Mobile) → Mobilnetz der Hutchison	1.5.2005 – 31.12.2005: 19,62
		1.1.2006 – 30.6.2006: 17,79
	Terminierung vom Netz der tele.ring (nunmehr T-Mobile) in das Mobilnetz der Hutchison	1.7.2006 – 31.12.2006: 15,95
V 25TR	Terminierung im Mobilnetz der tele.ring (nunmehr T-Mobile)	1.5.2005 – 31.12.2005: 13,80
	Hutchison → Mobilnetz der tele.ring (nunmehr T-Mobile)	1.1.2006 – 30.4.2006: 12,80
		1.5.2006 – 30.6.2006: 11,66
	Terminierung vom Netz der Hutchison in das Mobilnetz der tele.ring (nunmehr T-Mobile)	1.7.2006 – 31.12.2006: 10,66

2. Entgeltgrundsätze

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

3. Verrechnung der Entgelte

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

Im Fall von terminierendem Transitverkehr, der über das Transitnetz der Telekom Austria (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“.

Sollte eine Partei diesen Trägerdienst im Rahmen des wechselseitigen Zusammenschaltungsverhältnisses nutzen wollen, so werden die Parteien ehestmöglich Verhandlungen über die diesbezüglichen Konditionen aufnehmen.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Zu Z 21/06

Hutchison 3G Austria GmbH (Hutchison) brachte am 8.11.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber T-Mobile Austria GmbH gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein. Darin begehrt die antragstellende Gesellschaft die Erlassung von Anhängen betreffend „Verrechnungssätze“ (Anhang 6) und die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Anhang 6b) ab 1.12.2006.

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs 2 TKG 2003 weitergeleitet (Verfahren zu RVST 22/06). 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 21/06).

Im Verfahren Z 21/06 übermittelten die Parteien verschiedene Schriftsätze.

Zu 8/06

Weiters brachte Hutchison am 20.3.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber T-Mobile gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein. Darin begehrt die antragstellende Gesellschaft die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten entsprechend eines beiliegenden Anhangs 6. Die darin beantragten Entgelte sollen ab Rechtskraft der antragsgegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung wirksam werden. Begründend führt die Antragstellerin einen „Anpassungsbedarf bei den einschlägigen Entscheidungen der TKK“ sowie die „Wahrung der Rechtsposition der H3G“ an (Z 8/06-1, 2).

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weitergeleitet (Verfahren zu RVST 8/06); eine einvernehmliche Lösung konnte nicht herbeigeführt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzuführen war (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu Z 8/06).

In weiterer Folge haben die Verfahrensparteien Stellungnahmen übermittelt.

Zu 9/05

Die tele.ring Telekom Service GmbH („tele.ring“, nunmehr T-Mobile) brachte am 30.03.2005 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber Hutchison 3G Austria GmbH gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein und beehrte die Anordnung von wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelten. Die Anordnung soll den Zeitraum 1.5.2005 bis 31.12.2006 erfassen.

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weitergeleitet (Verfahren zu RVST 9/05); die Verfahrensparteien haben jeweils schriftlich und ausdrücklich auf die Durchführung einer Streitschlichtung vor der RTR-GmbH verzichtet (Z 9/05, ON 1, 2), weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortgeführt wurde (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu Z 9/05).

Die Verfahrensparteien haben mehrfach 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 T-Mobile über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

Die tele.ring Telekom Service GmbH, FN 171112k des HG Wien, wurde nach Aufnahme eines Vermögensteils, nämlich des Betriebes „Telekom“, der T-Mobile Austria GmbH, FN 137742m des HG Wien, per 23.09.2006 ihrerseits in „T-Mobile Austria GmbH“ umfirmiert. Die (ursprüngliche) T-Mobile Austria GmbH, FN 137742m des HG Wien, wurde per 23.09.2006 in „T-Mobile Holding Austria GmbH“ umfirmiert.

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 505/208 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 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 ver-

rechnen. 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 Marktabstottung 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 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 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
T-Mobile	0,1283	0,0641	0,0649	0,0339	0,0270
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 T-Mobile 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 29.10.2004 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
Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 13,90
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 11,86
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 9,81
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 7,76
Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009	Cent 5,72

T-Mobile:

Vom 29.10.2004 bis 31.10.2005	Cent 13,18
Vom 1.11.2005 bis 31.12.2005	Cent 12,66
Vom 1.1.2006 bis 30.6.2006	Cent 11,66
Vom 1.7.2006 bis 31.12.2006	Cent 10,66
Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 9,45
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 8,23
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 7,02
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 5,80
Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009	Cent 5,72

tele.ring Telekom Service GmbH (nunmehr T-Mobile):

Vom 1.4.2005 bis 31.12.2005	Cent 13,80
Vom 1.1.2006 bis 30.4.2006	Cent 12,80
Vom 1.5.2006 bis 30.6.2006	Cent 11,66
Vom 1.7.2006 bis 31.12.2006	Cent 10,66

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 Stand der Zusammenschaltung der Netze der Verfahrensparteien sowie zur Antragslegitimation

a. Hutchison – T-Mobile (Z 21/06, Z 8/06)

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

Mit Schreiben vom 7.4.2005 (Z 8/06, ON 1, Beilage ./1, ON 3) kündigte Hutchison Anhang 6 des Zusammenschaltungsvertrages vom 11.2.2003 mit Wirkung zum 31.7.2005 und wiederholte gleichzeitig ihre Nachfrage nach einem neuen Anhang betreffend Zusammenschaltungsentgelte (Z 8/06, ON 1, Beilagen ./1, 2, ON 3).

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 10.7.2006 zu Z 8/06 wurden Zusammenschaltungsentgelte ab 1.8.2005 bis Ende 2006 festgelegt, dieser Bescheid wurde vom Verwaltungsgerichtshof behoben (amtsbekannt).

In weiterer Folge brachte Hutchison den Wunsch der Anpassung der Entgelte ab 1.12.2006 zum Ausdruck (Z 21/06, ON 1, Beilage ./2). Verhandlungen zwischen den Parteien fanden nach der genannten Kündigung statt (Z 8/06, ON 1, Punkt 1.3, ON 3; Z 21/06, ON 1).

Seit 1.8.2005 existiert zwischen Hutchison und T-Mobile weder eine Vereinbarung über die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte noch eine – einen Vertrag substituierende – Anordnung der Telekom-Control-Kommission (amtsbekannt).

b. Hutchison – tele.ring (nunmehr T-Mobile; Z 9/05)

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen Hutchison und tele.ring beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 5.2.2003.

Mit Schreiben vom 10.1.2005 (Z 9/05, ON 1, Beilage ./1) kündigte Hutchison den – die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte regelnden – Anhang 6 des Vertrages zum 30.4.2005. Gleichzeitig hat Hutchison eine Abänderung der vereinbarten Mobilterminierungsentgelte nachgefragt (Z 9/05, ON 1, Beilage ./1).

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 9/05 wurden Zusammenschaltungsentgelte vom 1.5.2005 bis Ende 2006 festgelegt, dieser Bescheid wurde vom Verwaltungsgerichtshof behoben (amtsbekannt).

Im Rahmen von Besprechung zwischen den Verfahrensparteien am 2.2.2005 sowie 16.3.2005 wurde über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte verhandelt (Z 9/05, ON 1, Beilage ./B).

Seit 1.5.2005 existiert zwischen Hutchison und tele.ring weder eine Vereinbarung über die wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte noch eine – einen Vertrag substituierende – Anordnung der Telekom-Control-Kommission (amtsbekannt).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus dem glaubwürdigen und unwidersprochenen Vorbringen der Antragstellerin (Z 21/06, ON 1, 3; Z 8/06, ON 1, 3). Die Nachfrage sowie die Verhandlungen werden von T-Mobile bestätigt (Z 21/06, ON 3) und von den Verfahrensparteien zu Z 9/06 wechselseitig bestätigt.

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.

2. Zum Vorbringen der Verfahrensparteien Hutchison und T-Mobile zum wirtschaftlichen Gutachten

Nachfolgend wird auf das Vorbringen der Verfahrensparteien 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. 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.

b. Demgegenüber geht T-Mobile im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 zum wirtschaftlichen Gutachten auf einzelne Aspekte des Gutachtens ein und verweist hinsichtlich der gutachterlichen Ausführungen zum „Markt 15“ (§ 1 Z 9 TKMV 2008, vormals § 1 Z 15 TKMVO 2003) auf „ihre Stellungnahmen in den Marktanalyseverfahren M 15b, d/03, M 13b, d/06“ sowie hinsichtlich der „Berechnungslogik der K1-Werte“ auf ihre „Stellungnahmen zu den technisch-wirtschaftlichen Gutachten in den Verfahren Z 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24/06“, insbesondere auf die Stellungnahme vom 15.3.2007.

Nach Aufforderung durch die Telekom-Control-Kommission hat T-Mobile am 9.1.2009 zwei Stellungnahmen vom 4. sowie 19.10.2006 vorgelegt: In diesen Schriftsätzen wird auf zwei Gutachten (betreffend Marktanalyse sowie spezifische Verpflichtungen) aus dem Verfahren M 13b, d/06 eingegangen, wobei wiederum auf früheres Vorbringen zum Marktanalyseverfahren M 15b/03 verwiesen wird.

Nachdem T-Mobile diese Ausführungen zum aktuellen Vorbringen erhebt, wird auf diese früheren Ausführungen soweit eingegangen, als diese Deckung im gegenständlichen wirtschaftlichen Gutachten vom November 2008 finden, wobei festzuhalten ist, dass gegenständliches Verfahren nicht zum Ziel hat, nach der Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt iSd § 36 TKG 2003 ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen (§§ 38 TKG 2003) zu verfügen (§ 37 TKG 2003).

Darüber hinaus ist auf einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen; in seinem Erkenntnis vom 25.06.2008, ZI 2007/03/0211, hat der Verwaltungsgerichtshof den Bescheid M 15b, d/03, M 13b, d/06 vom 15.10.2007 aufgehoben und dabei folgende Ausführungen der Telekom-Control-Kommission bestätigt:

- Der Verwaltungsgerichtshof verwirft das Vorbringen der Beschwerdeführerin T-Mobile, wonach der Marktmachtindikator „Marktverhalten“ nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Gerade bei hohen, hier konkret sogar 100%-igen, Marktanteilen müssten die Marktmachtvermutung entkräftende Umstände besonderes Gewicht haben, damit sie entlastend wirken könnten. Die Hinweise der Beschwerdeführerin auf abgeschlossene privatrechtliche Vereinbarungen könne vor dem von der Telekom-Control-Kommission dargestellten Hintergrund, (i) dass Entgeltensenkungen „im Regelfall hoheitlich“ vorgenommen und (ii) in der Folge wegen der Verpflichtung zur Gleichbehandlung vertraglich an andere Nachfrager weitergegeben wurden und (iii) diese freiwillig angebotenen Entgelte deutlich („bis zu 90%“) über den eigenen Kosten gelegen seien, nicht darlegen, dass das Marktverhalten tatsächlich zu wenig berücksichtigt worden sei.

- Weiters bestätigt der Verwaltungsgerichtshof unter Verweis auf seine Judikatur zu den Festnetzterminierungsmärkten (ZI 2005/03/0088) erneut den modifizierten Green-Field-Ansatz. Wegen dieses Ansatzes folgt der Verwaltungsgerichtshof auch dem Vorbringen nicht, dass Telekom Austria und mobilkom wegen ihrer strukturellen Verbinden gemeinsam über eine stärkere Marktmacht verfügten als die Beschwerdeführerin und daher deren Marktmacht ausgeschlossen sei. Auch die Regulierung der Telekom Austria auf deren SMP-Märkten sei im Rahmen des modifizierten Green-Field-Ansatzes zu berücksichtigen.

- Die von der Beschwerdeführerin gerügten Verfahrensmängel im Hinblick auf die Überprüfung der Kriterien für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht erweisen sich nach dem Verwaltungsgerichtshof ebenfalls als unbegründet. Insbesondere seien im Hinblick auf den definitionsgemäß 100%-igen Marktanteil die Kriterien, die nur bei (allenfalls potenziellen) anderen Marktteilnehmern relevant sind, nicht genau zu prüfen. Auch die oben genannten Überlegungen der Telekom-Control-Kommission betreffend die abgeschlossenen Verträge seien entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht als „*lediglich unbegründete Mutmaßungen*“ zu beurteilen. Im Zusammenhang mit den gerügten Verfahrensmängeln bestätigt der Verwaltungsgerichtshof auch wieder, dass im Rahmen der Marktanalysen wegen der ex-ante Perspektive „*notwendigerweise auf Prognosen und Hypothesen*“ aufzubauen sei.

- Weiters verwirft der Verwaltungsgerichtshof auch das Vorbringen, dass wegen „*weitgehend symmetrischer Verkehrsverhältnisse*“ kein Anreiz zu überhöhten Entgelten gegeben sei, da die Betreiber „*nur unter der (nicht gegebenen) Voraussetzung ähnlicher Netzgrößen bzw eines ähnlichen Verkehrsaufkommens (und damit ähnlicher Netzkosten) indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgeltes*“ seien.

- Der Verwaltungsgerichtshof folgt auch nicht dem Vorbringen, dass die beträchtliche Marktmacht differenziert zwischen den Bereichen F2M und M2M zu beurteilen gewesen wäre. Da es sich um einen einheitlichen Markt handle – die Marktdefinition kann der Verwaltungsgerichtshof nicht als unzutreffend erkennen – sei auch eine auf einer gesamthaften Abwägung der Kriterien nach § 35 Abs 2 TKG 2003 beruhende einheitliche Beurteilung der beträchtlichen Marktmacht vorzunehmen gewesen.

- Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach das Wettbewerbsproblem allokativer Marktverzerrungen nicht bestehe bzw unzureichend nachgewiesen worden sei, akzeptiert der Verwaltungsgerichtshof nicht. Sowohl die Kosten der Beschwerdeführerin als auch die Besonderheiten des Mobilnetzes im Vergleich zum Festnetz seien berücksichtigt worden.

- Beim weiteren Vorbringen betreffend das Wettbewerbsproblem der Foreclosure Strategien verkennt die Beschwerdeführerin laut Verwaltungsgerichtshof wieder die Bedeutung des Green Field Ansatzes, nach dem nur die in Prüfung stehenden Regulierungen auf dem gerade untersuchten Markt auszublenden sind, nicht aber die Regulierungen auf anderen Märkten. Auch diesem Vorbringen wird daher nicht gefolgt wird.

- Weiters hält der Verwaltungsgerichtshof fest, dass die Auferlegung einer Verpflichtung zur Kostenkontrolle zur Bekämpfung des festgestellten Problems des Anreizes zum Setzen überhöhten Preise nicht untauglich ist.

Zum Vorbringen der T-Mobile zu den Aussagen, dass aus ökonomischer Sicht kein selbsttragender Wettbewerb auf dem Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der T-Mobile besteht:

In der Summe vermag das frühere Vorbringen der T-Mobile nicht zu überzeugen und die Feststellungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen am Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der T-Mobile nicht zu erschüttern. So beschränkt sich T-Mobile – wie im Folgenden im Detail zu zeigen sein wird – weitgehend auf allgemeine Aussagen; dass sich T-Mobile im Rahmen ihrer Stellungnahmen nicht auf eine ökonomische Expertise stützt, wird von ihr im Rahmen der Konsultationsstellungnahme bestätigt (etwa Stellungnahme vom 28.9.2007, Punkt 2.2.):

c.1. Unter Punkt II.2. ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007 meint T-Mobile, dass bis Mitte 2007 eine getrennte Beurteilung der T-Mobile und der tele.ring geboten gewesen wäre. Dabei verweist T-Mobile auf die Umsetzung der Integration zwischen den Netzen der T-Mobile und tele.ring.

Die Telekom-Control-Kommission schließt sich diesem Vorbringen nicht an, da die Übernahme der tele.ring durch T-Mobile im Jahr 2005 mit 26.4.2006 fusionskontroll- und telekommunikationsrechtlich genehmigt wurde.

Zumindest seit 26.4.2006 kann nicht (mehr) davon ausgegangen werden, dass T-Mobile und tele.ring zwei voneinander unabhängige und selbständige Unternehmen darstellen. Wie weit die interne Netzintegration gediehen ist – wie von T-Mobile vorgebracht – ist für eine wettbewerbliche Beurteilung ohne Belang, da diese Frage allein in der Gestion der T-Mobile gelegen ist.

Für den Zeitraum vor der Fusion wurde von den Amtssachverständigen Datenwerte, soweit sie überhaupt von Bedeutung sind, auch für tele.ring ausgewiesen bzw kann tele.ring als „kleiner“ Betreiber iSd Ausführungen der Amtssachverständigen angesehen werden.

c.2. Wie bereits in den Stellungnahmen vom 2.6.2004 und 4.10.2006 vermeint T-Mobile auch im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007, dass die Amtssachverständigen nicht alle Marktmachtindikatoren iSd § 35 TKG 2003 bewertet hätten und eine umfassende Untersuchung aller Indikatoren geboten wäre.

Dieses Vorbringen ist verfehlt, da die Amtssachverständigen klar ausführen, dass nicht alle Marktmachtindikatoren für den gegenständlichen Monopolmarkt eine besondere Aussagekraft haben. So führen die Amtssachverständigen unter dem Titel „Zur Relevanz von SMP-Indikatoren“ ihres Gutachtens nachvollziehbar aus, weswegen bestimmte Indikatoren im gegenständlichen Kontext von untergeordneter Bedeutung sind.

Darüber hinaus kann nicht erkannt werden, dass eine eingehende Prüfung aller in § 35 Abs 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren geboten ist; dies zeigt bereits der Umstand, dass die Anführung der Marktmachtindikatoren demonstrativ ist. Die Formulierung „insbesondere“ deutet klar darauf hin, dass die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 nicht erschöpfend ist; Anhang II der Rahmenrichtlinie hält explizit fest, dass die Liste der „von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung nach Art 14 Abs 2 Unterabsatz 2 zu berücksichtigenden Kriterien“ „nicht erschöpfend“ ist und die Kriterien „nicht kumulativ“ vorzuliegen haben.

Darüber hinaus hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 bestätigt, dass die Marktmachtindikatoren „Marktanteil“ und „Nachfrageseitige Gegenmacht“ entscheidend für das Ergebnis der Marktanalyse sind (vgl Punkt 3.2., 3.3. des Erkenntnisses vom

28.2.2007, Zahl 2004/03/0210). Auf oben zitiertes Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof wird ebenfalls verwiesen.

c.3. Zum Marktmachtindikator „*Marktverhalten*“ hält T-Mobile (auch) in ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007 fest (Punkt III.1.a. sowie wiederholend unter Punkt IV.1., vgl dazu bereits die Vorbringen vom 2.6.2004 und 4.10.2006 sowie die Stellungnahme der damaligen tele.ring vom 25.5.2004), dass sie den Amtssachverständigen nicht folgen kann, da lediglich auf die von tele.ring angebotene Entgeltsenkung eingegangen wurde. Die Amtssachverständigen würden privatrechtliche Einigungen, „*die im Zeitraum nach dem Erlass der ersten Marktanalysebescheide zu der Verfahrensserie M 15/03 zustande gekommen sind*“, außer Acht lassen. Darüber hinaus verweist T-Mobile auf die im Jahr 2005 mit mobilkom und One (nunmehr Orange) getroffenen Einigungen betreffend Mobil-Terminierungsentgelte.

Nachdem diese Kritik vom Verwaltungsgerichtshof in seinem oben erwähnten Erkenntnis vom 25.6.2008 verworfen wurde, wird auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen.

c.4. Unter Punkt III.1.b. ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007 geht T-Mobile auf die Untersuchung des Marktmachtindikators der „vertikalen Integration“ ein und vermeint dabei, dass dieser Indikator nicht ausreichend untersucht worden sein.

Das Vorbringen der T-Mobile, das nicht auf den Indikator „vertikale Integration“, sondern vielmehr auf „Multimarketkontakte“, „verbundene Unternehmen“ und „Bündelung von Nachfragemacht“ eingeht, erschöpft sich im Wesentlichen darauf, dass das Vorbringen der Amtssachverständigen „*nicht überzeugend*“ und „*nicht geeignet*“ sei. Ein solches Vorbringen, das ohne jeden Beleg bleibt, vermag die nachvollziehbare und rechtliche gebotene („*modified greenfield*“-Ansatz) Untersuchung im wirtschaftlichen Gutachten nicht zu erschüttern. Im Besonderen unterlässt es T-Mobile, auf „*gleicher fachlichen Ebene*“ dem wirtschaftlichen Gutachten entgegen zu treten; T-Mobile verzichtet auf die Vorlage eines eigenen ökonomischen Gutachtens.

Im Besonderen bleibt T-Mobile den Beleg schuldig, dass sie auf Grund der starken gemeinsamen Position der Telekom Austria samt mobilkom ihr Mobil-Terminierungsentgelt – als Reaktion auf die nachfrageseitigen Gegenmacht – senken musste. Diesen Beleg wird T-Mobile auch schuldig bleiben, da Telekom Austria entweder selber reguliert ist und damit keine Marktmacht ausüben kann oder sich der Kontakt zwischen T-Mobile und Telekom Austria auf Märkte bezieht, die keiner Regulierung unterliegen und damit im Wettbewerb stehen.

Auch an dieser Stelle ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshof zu verweisen, in dessen Rahmen sowohl der „*modified greenfield*“-Ansatz als auch die Untersuchung der strukturellen Verbindungen uä bestätigt wurde.

c.5. T-Mobile geht in weiterer Folge (Punkt III.1.c. der Stellungnahme vom 27.7.2007) auf die umfassende Untersuchung des Marktmachtindikators der „*nachfrageseitigen Gegenmacht*“ ein.

Zur Untersuchung der „*Verhandlungsmacht von Festnetzbetreibern mit angeschalteten Teilnehmern*“ („*two-way-access*“) hält T-Mobile im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007 (Punkt III.1.c.i., wie auch in der Stellungnahme vom 4.10.2006) fest, dass die Amtssachverständigen ihren Betrachtungen einen „*überaus weiten Greenfield-Ansatz*“ zu Grunde legen würden. T-Mobile wendet sich damit gegen die Berücksichtigung der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung sowie der Regulierung der Teilnehmernetzbetreiber (vgl die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 5.2.2006 zu M 8a-m/06). Wie T-Mobile in weiterer Folge zugesteht, stehen die Ausführungen der Amtssachverständigen in Übereinstimmung mit dem be-

reits dargelegten „modified greenfield“-Ansatz der Europäischen Kommission. Auf die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs wird wiederum verwiesen.

Soweit T-Mobile bloß festhält, dass die strukturelle Verbindung zwischen großen Fest- und Mobilnetzbetreibern (wie Telekom Austria und mobilkom Austria) nicht ausreichend berücksichtigt worden sei, darf zum Einen festgehalten werden, dass T-Mobile ihre Ausführungen nicht belegt (der Verweis auf bereits vorgenommene Ausführungen kann nicht überzeugen, da diese bereits widerlegt wurden; vgl obige Ausführungen zu „*Multimarketkontakte*“, „*verbundene Unternehmen*“ und „*Bündelung von Nachfragemacht*“). Zum Anderen ist auf die Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten sowie auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshof zu verweisen.

Zur Untersuchung der „*Verhandlungsmacht von Mobilnetzbetreibern vs Mobilnetzbetreibern*“ vermeint T-Mobile, dass die Amtssachverständigen unter Punkt 4.4.3.3.4. ihres Gutachtens „*zum falschen Ergebnis*“ gekommen wären (Stellungnahme vom 27.7.2007, Punkt III.1.c.ii. sowie Punkt IV.3; Stellungnahme vom 4.10.2006). Unter Verweis auf das wirtschaftliche Gutachten gelangt T-Mobile zum Ergebnis, dass bei der Zusammenschaltung von Mobilnetzbetreibern kein Anreiz zur Durchsetzung überhöhter Terminierungsentgelte bestehen würde und damit auch keine Notwendigkeit eines regulatorischen Eingriffs. Allerdings räumt T-Mobile ein, dass das Verhältnis eines etablierten Mobilnetzbetreibers zu einem Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt „*wettbewerblich problematisch*“ sein könnte.

Das Vorbringen der T-Mobile überzeugt nicht, da die Verfahrenspartei ihre Argumentation im Wesentlichen auf das Vorliegen symmetrischer Verkehrssalden zwischen den drei größten Mobilfunkbetreibern stützt und dabei das wirtschaftliche Gutachten zu ihrer eigenen Begründung bloß selektiv heranzieht.

Im Zusammenhang mit dieser Konstellation führen die Amtssachverständigen in Kapitel 4.4.3.3.4 nachvollziehbar aus, dass nicht nur eine „*Terminierungsbilanzsymmetrie*“ sondern auch eine „*ähnliche Netzgröße bzw ein ähnliches Verkehrsaufkommen (und damit ähnliche Kosten)*“ vorliegen müssen, damit „*Betreiber unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts*“ sind. Dabei ist weiters eine „*ähnliche Interessenslage*“ der Betreiber notwendig sowie, dass die vereinbarten Entgelte nur zwischen den Mobil-Betreibern zur Anwendung gelangen und nicht auch Festnetzbetreibern eingeräumt werden müssen.

Die Darstellungen der T-Mobile bezüglich der Verkehrssymmetrie zwischen mobilkom, T-Mobile und One erweisen sich vor dem Hintergrund des von T-Mobile selbst zitierten Gutachtens als verkürzt.

Wie das zum gegenständlichen Akt genommene technisch-wirtschaftliche Gutachten über die Kosten der Mobil-Terminierungsleistungen zeigt, sind die Netzkosten der drei größten Mobil-Betreiber nicht ähnlich. Eine weitere (aber nicht letzte) notwendige Voraussetzung für kosteneffiziente Entgelte ist damit nicht gegeben.

Soweit sich T-Mobile gegen das Gutachten wendet und meint, dass die Amtssachverständigen der Frage nicht nachgehen würden, ob und in welchem Ausmaß es „*tatsächlich zu solchen Arbitragegeschäften kommen würde*“, ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen im Rahmen ihrer Untersuchungen – soweit keine Daten vorliegen – auf Prognosen und Hypothesen angewiesen sind und damit nicht „*Tatsächliches*“ untersuchen (können). Auch diese Vorgangsweise wurde vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt.

Auch kann nach Meinung der Telekom-Control-Kommission nicht sichergestellt werden, dass die „*Interessenslage*“ der drei etablierten Mobilbetreiber „*ähnlich*“ ist und dass die vereinbarten

Entgelte – vor dem Hintergrund der aufzuerlegenden Nichtdiskriminierungsverpflichtung – nicht dritten Netzbetreibern (insbesondere Festnetzbetreibern) angeboten werden.

c.6. In weiterer Folge der Stellungnahme vom 27.7.2007 – wie bereits in den Vorbringen vom 4.10. und 4.12.2006 – geht T-Mobile auf die festgestellten Wettbewerbsprobleme ein (Punkt IV.): Unter Punkt IV.2. nimmt T-Mobile auf die von den Amtssachverständigen angeführten wettbewerblichen Defizite im Bereich der „Fest-Mobil-Zusammenschaltung“ Bezug und versucht, diesen Ausführungen Folgendes entgegenzuhalten:

Wie auch in der Stellungnahme der T-Mobile vom 4.10.2006 führt T-Mobile (wie auch die damalige tele.ring in ihrer Stellungnahme vom 25.5.2004) wiederholt aus, dass es Unterschiede zwischen den Leistungen der Festnetz- und der Mobilnetz-Terminierung gibt. Da diese Ausführungen jedoch nicht auf die Ausführungen im Gutachten Bezug nehmen und auch nicht als Kritik am selben gewertet werden kann, können diese Ausführungen, die die Telekom-Control-Kommission im Übrigen weitgehend teilt, unberücksichtigt bleiben. T-Mobile vermag nicht dazulegen, zu welcher Schlussfolgerung sie gelangt bzw welche Bedeutung diese Ausführung haben soll.

Soweit T-Mobile auf die Substitution des Festnetzes durch das Mobilnetz eingeht (Stellungnahmen vom 4.10.2006, 4.12.2006 und 27.7.2007; Stellungnahme der damaligen tele.ring vom 25.5.2004) soll zum Einen festgehalten werden, dass das Vorliegen einer eingeschränkten Substitution in Übereinstimmung mit der Markdefinition der RTR-GmbH steht (TKMV0 2003 bzw TKMV 2008, an die die Telekom-Control-Kommission gebunden ist) und zum Anderen, dass die Amtssachverständigen ausführen, dass die vorhandene Substitution durch „*überhöhte, über den Kosten liegende F2M-Mobilterminierungsentgelte verstärkt/beschleunigt*“ wird; gerade dies wurde als (weiterer) negativer Effekt von überhöhten Entgelten festgestellt und nicht – wie T-Mobile offenbar vermeint – die Substitution als solche. Diese überhöhten Entgelte sind auch der Grund, warum die Amtssachverständigen es als negativ betrachten, wenn Mobilfunkbetreiber in die „*Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern*“ vordringen.

T-Mobile widerspricht den Ausführungen der Amtssachverständigen, dass überhöhte Terminierungsentgelte zu überhöhten Preisen führen würden, da sich die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte nicht immer auf die Höhe von Endkundenentgelten auswirken würde.

Diesem Vorbringen ist bereits damit zu begegnen, dass die Telekom-Control-Kommission keinen Hinweis im Gutachten finden kann, dass die Amtssachverständigen davon ausgehen, dass sich jedes einzelne Entgelt auf Vorleistungsebene im korrespondierenden Endkundenentgelt widerspiegelt. Es entspricht jedoch einem wirtschaftlichen Verständnis, dass die Vorleistungskosten durch Endkundenentgelte (zumindest) gedeckt werden müssen; in welcher konkreten Art diese Deckung stattfindet ist, dh in jedem einzelnen Tarif oder in der Gesamtheit aller Tarife, erscheint grundsätzlich gleichgültig. Daraus folgt jedoch auch, dass überhöhte Vorleistungskosten sich in überhöhten Endkundenentgelten widerspiegeln.

Soweit in diesem Kontext von T-Mobile auf „Marktprobleme des Festnetzes“ verwiesen wird, kann ausgeführt werden, dass allfällige wettbewerblichen Defizite auf anderen Märkten in entsprechenden Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 behandelt werden (vgl dazu die unter www.rtr.at veröffentlichten Bescheide gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003).

Im Rahmen eines weiteren Vorbringens im Fest-Mobil-Kontext erachtet T-Mobile es als „*unverständlich*“, warum die Amtssachverständigen das Vordringen von Mobilfunkanbietern in den Festnetzbereich sowie eine beschleunigte Substitution von Fest- durch Mobilfunkleitungen als negativ bezeichnen. Wie die Amtssachverständigen ausführen, ist der negative Effekt, dass dies mittels „*überhöhter, über den Kosten liegender F2M-Mobilterminierungsentgelte*“ geschieht. Die

Substitution per se erweist sich nicht als Problem. Auf diese nachvollziehbaren Ausführungen geht T-Mobile im Rahmen ihrer Stellungnahmemöglichkeiten nicht ein.

c.7. Unter Punkt IV.4. ihrer Stellungnahme vom 27.7.2007 bringt T-Mobile zur „*Mobil-Festnetz-Konvergenz*“ vor, dass die Festnetzendkundenmärkte „*von Telekom Austria beherrscht*“ werden, weswegen Produkte wie „*Replace*“ „*keinen spürbar wettbewerbsverzerrenden Effekt zu Lasten der Festnetzbetreiber verursachen*“ würde. Die Ausführungen der T-Mobile erweisen sich als unbegründet; auf einem fachlich gleichen Niveau begegnet T-Mobile den Ausführungen der wirtschaftlichen Amtssachverständigen nicht.

So ist an dieser Stellen auf die nachvollziehbaren Ausführungen im wirtschaftlichen Gutachten zu verweisen, in welchen ausgeführt wird, dass das Quersubventionierungspotenzial durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte von Mobilfunkbetreibern genutzt werden kann, um spezifische Produkte zu schnüren, die es ihnen erlauben, in die Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern vorzudringen. Mit dem Produkt „*mobile Nebenstellenanlage*“ versuchen die Mobilfunkbetreiber für bestimmte Zielgruppen ein dem Festnetz ähnlicheres Produkt anzubieten. Ein Geschäftsmodell, das sich insbesondere dann rechnet, wenn die Differenz aus Fest- und Mobilterminierungsentgelten mittels überhöhten F2M-Mobilterminierungsentgelten (dh durch das Festnetz) subventioniert werden kann.

c.8. Nachdem T-Mobile auch ihre früheren Stellungnahmen zum wirtschaftlichen (Erst-) Gutachten aufrecht erhält, wird in weiterer Folge auf die Ausführungen zur Stellungnahme der T-Mobile vom 2.6.2004 eingegangen, soweit sie sich auf die aktuellen Feststellungen beziehen und nicht durch obige Ausführungen bereits entkräftet wurden:

Eine weitere, grundsätzlich gehaltene Kritik der T-Mobile in der Stellungnahme vom 2.6.2004 bezieht sich darauf, dass die Amtssachverständigen primär eine theoretische Sichtweise an den Tag legen, vereinfachte Annahmen treffen und keine Empirie in die Marktanalyse haben einfließen lassen. Im Rahmen einer weiteren Stellungnahme unterstreicht T-Mobile ihr Vorbringen unter Hinweis auf eine Stellungnahme der mobilkom.

Diesem Vorbringen ist grundsätzlich zu entgegnen, dass eine ex-ante Betrachtung von Gegebenheiten auf einem relevanten Markt vorzunehmen ist, die von der Prämisse ausgeht, dass keine Regulierung gegeben ist. Unter diesen Vorgaben können wohl primär nur Annahmen getroffen werden, deren Konsequenzen theoretisch durchgespielt werden können. So hält auch die Europäische Kommission in ihren „*Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*“ (ABl C 165, S 6 vom 11.7.2002) wie folgt fest: „*Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen.*“ (Rz 70, vgl auch Fn 73). In der spezifischen österreichischen Situation würde eine Betrachtung der aktuellen Umstände lediglich Aufschluss über die bisherige Regulierungstätigkeit geben.

Neben den von den Amtssachverständigen – im Einklang mit dem Rechtsrahmen – getroffenen Annahmen wurden von den Amtssachverständigen dennoch auch auf eine Reihe von empirischen Fakten (zB Symmetrie der Verkehrsströme, internationaler Tarifvergleich) zurückgegriffen, die die theoretischen Ausführungen belegen.

c.9. Ein Kritikpunkt sub titulo „*Vermischung von Märkten*“ bezieht sich auf die mangelnde Berücksichtigung von Kuppelprodukten (Stellungnahme der T-Mobile vom 2.6.2004): Der Kritikpunkt lautet im Wesentlichen, dass Terminierung Teil eines Kuppelproduktes (gemeint wohl

Bündel) sei und dass dies Einfluss auf die Marktabgrenzung habe. Die Telekom-Control-Kommission kann insoweit zustimmen, dass unter bestimmten Bedingungen Bündelprodukte einem Markt zuzurechnen sind; dies geschieht dann, wenn immer das gesamte Bündel (und nicht Teilleistungen davon) von den Konsumenten bezogen werden, diese die Kaufentscheidung treffen und das gesamte Bündel einer gemeinsamen Preisrestriktion unterliegt. Dann sind alle Produkte einem Markt zuzurechnen. Diesem Prinzip der Marktabgrenzung hat die RTR-GmbH beispielsweise bei der Abgrenzung der beiden anderen Märkte der TKMVO 2003 betreffend Mobiltelefonie (Zugang und Originierung, Internationales Roaming iSd § 1 Z 14, 16 TKMVO 2003) Rechnung getragen. Bei einer Abweichung von den obigen Annahmen liegen im Regelfall getrennte Märkte vor; so auch im Falle der Terminierung. Endkundenleistungen bzw andere Vorleistungen und Terminierung sind nicht Bündelprodukte in dem oben genannten Sinne: Sie unterliegen nicht einer gemeinsamen „Pricing-Constraint“ des Endkunden, der das Netz wählt. Darüber hinaus hat der Nachfrager auf der Vorleistungs-Ebene, der gegebenenfalls andere Vorleistungen vom Terminierungsbetreiber bezieht, wiederum keinen Einfluss auf die Produktentscheidung (dh Netzwahl).

Zur Stellungnahme der T-Mobile zum Regulierungsinstrumente-Gutachten:

d.1. Die Kritik der T-Mobile richtet sich im Wesentlichen darauf, dass die Netzkosten des „billigsten“ Mobilfunkbetreibers als „Zielwert“ herangezogen werden; dieses Modell erachtet T-Mobile als ökonomisch verfehlt und als rechtlich „fragwürdig“.

Zu den ökonomischen Hintergründen für die Heranziehung von Kosten, die einem Mobilfunkbetreiber real für die Erbringung der Mobil-Terminierungs-Leistung anfallen, nämlich der „*einheitliche Markt- oder Wettbewerbspreis*“, führt T-Mobile nicht aus, sondern hält lediglich fest, dass das Modell erfordern würde, dass alle Mobilfunkbetreibern einen (Gesamt-)Marktanteil von 160% erreichen müssten. Mit dieser Aussagen verkennt T-Mobile das Wesen des einheitlichen Marktpreises: Für alle Betreiber ist es erforderlich, ungeachtet ihrer eigenen Kosten und Technologien, sich dem wettbewerblichen Gegebenheiten und dem Druck auf einem Markt, der durch Wettbewerb gekennzeichnet ist, auszusetzen, dh der Kostenführer bestimmt den Marktpreis. Auf einem Monopolmarkt (ohne ausreichende nachfrageseitige Gegenmacht) ist T-Mobile diesem Druck nicht ausgesetzt, weswegen es die Telekom-Control-Kommission als Aufgabe sieht, diesen Druck regulatorisch zu „simulieren“. So hat auch T-Mobile in den Medien kommuniziert (Die Presse, 10.8.2007: „T-Mobile-Chef Chvatal: „Es wird hart““), dass „*der Markt [uns] zwingt [], die Effizienz weiter zu steigern.*“ Dabei geht es nicht (nur) um die Frage der Erhöhung von Marktanteilen.

Auf die weiteren detaillierten Ausführungen zum einheitlichen Marktpreis ist auf die rechtliche Beurteilung zu verweisen.

Festzuhalten ist, dass T-Mobile auf die ökonomischen Grundlagen nicht eingeht, und diese damit unbegründet als „*verfehlt*“ bezeichnet. Auch das von T-Mobile vorgelegte Gutachten von „CRA“ widerspricht nicht dem einheitlichen Marktpreis, sondern bestätigt die Ausführungen der Telekom-Control-Kommission, dass es „*vom Ergebnis her richtig [ist], dass sich die betreiberindividuellen Terminierungsentgelte tendenziell angleichen sollen*“ und „*dass mit erheblichen Anreizproblemen zu rechnen ist, würden Betreiber mit geringerem Markterfolg oder mit geringerer produktiver Effizienz geschützt werden*“. Auch vor dem Hintergrund unterschiedlicher Technologien („*exogene Unterschiede*“) führen die Privatgutachter von T-Mobile aus, dass „*eine deutliche Angleichung der Terminierungsentgelte von 900MHz und 1800MHz Betreibern vor(genommen)*“ wird. (vgl Gutachten von „CRA“, Seite 7).

Die Ausführungen der T-Mobile, dass die Festlegung von Mobil-Terminierungsentgelten zwingend zu Verlusten aus Mobil-Terminierungsentgelten bei sämtlichen Betreibern, die nicht die

gleiche Größe wie mobilkom erreichen, führen muss, sind bereits vor dem Hintergrund verfehlt, dass bei einem Vergleich der für T-Mobile angeordneten Entgelte und der für T-Mobile konkret festgestellten Kosten (der effizienten Leistungsbereitstellung) kein „Verluste“ gegeben sind; im Regulierungszeitraum genießt T-Mobile eine Netzkostenüberdeckung.

Das Argument, das gegen eine Heranziehung der geringsten Kosten für die Leistungserberingung der Mobilterminierung von T-Mobile angeführt wird, ist im Wesentlichen jenes der „negativen Anreizwirkung“: Sinken Terminierungsentgelte bei zunehmender Verkehrsmenge, so mindert sich der Anreiz zur Gewinnung neuer Kunden (vgl. Stellungnahme der T-Mobile vom 10.8.2007, Punkt 3.4., Gutachten CRA, Seiten 14f): Mit diesem Vorbringen verkennt T-Mobile (bzw. CRA), dass nicht-kostenorientierte Terminierungsentgelte die Wirkung haben, dass Verkehrsmengen aus dem Festnetz geringer sind. Soweit T-Mobile in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 (Punkt 2.3) die Frage aufwirft, warum die Teilnehmer-Zahlen und Verkehrsmengen aus dem Festnetz nicht zurückgegangen sind als die Mobil-Terminierungsentgelte auf einem erheblich höheren Niveau lagen, ist T-Mobile zu entgegnen, dass der ökonomische Zusammenhang zwischen Mengen und Kosten untersucht wurde und nicht, wie Mengen aussehen hätten können bzw. sollen, wenn die Mobil-Terminierungsentgelte bereits früher auf kostenorientiertem Niveau gelegen wären. Die Telekom-Control-Kommission geht auf Grund dieses ökonomischen Zusammenhangs davon aus, dass die Verkehrsmengen in der Vergangenheit höher gewesen wären, wären die Mobil-Terminierungsentgelte auf deutlich niedrigerem Niveau gelegen.

Weiters gilt es festzuhalten, dass die Anreizstruktur sich in erster Linie an die eigenen Kunden wenden sollte und nicht von dritten Kunden – wie Festnetzkunden – bezahlt werden soll.

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass das eigene Vorbringen der T-Mobile widersprüchlich ist: Wenn ein einheitlicher Marktpreis (der zu keiner Netzkostenunterdeckung führt) gegen §§ 1, 34, 42 TKG 2003 verstoßen soll, dann bleibt unerklärlich, warum T-Mobile ein Modell begehrt, in dessen Rahmen ebenfalls ein für alle Mobilbetreiber einheitliches Entgelt (auf Basis eines hypothetischen Betreibers mit einer Marktanteil von 25%) festgelegt werden soll. Damit belegt T-Mobile gerade wieder, dass die Anordnung eines einheitlichen Entgeltes für alle Betreiber in Übereinstimmung mit den einschlägigen nationalen und europarechtlichen Bestimmung steht.

Eine weitere Widersprüchlichkeit im Vorbringen der T-Mobile besteht darin, dass T-Mobile zum Einen begrüßt, dass keine anderen als die im Zeitraum 2004 bis 2006 verrechneten Entgelte festgelegt werden sollen (Punkte 1.1., 3.6. der Stellungnahme vom 10.8.2007) und zum Anderen sich unter Punkt 3 „Operationalisierung: Modellspezifikation für die Jahre 2004 bis 2006“ gegen diese Entgelte wendet. Nachdem dieses Vorbringen im Wesentlichen wiederholt auf den einheitlichen Marktpreis eingeht, darf auf die diesbezüglichen Ausführungen der Telekom-Control-Kommission verwiesen werden.

Darüber hinaus erweist sich das Vorbringen der T-Mobile auch aus diesem Grund als widersprüchlich, als sie eine schnellere Absenkung ihres Entgeltes mit der Begründung ablehnt, dass dies dem generischen Gleitpfad widersprechen würde (Punkte 1.1., 5. der Stellungnahme vom 10.8.2007, Privatgutachten von CRA, Punkt 1.2.) und währenddessen eine betreiberindividuelle Betrachtung als rechtlich und ökonomisch geboten erachtet.

Das von T-Mobile favorisierte Modell, bei dem von den Netzkosten eines hypothetischen Betreibers mit einem Marktanteil von 25% ausgegangen wird, würde für T-Mobile im Jahr 2006 eine Netzkostenüberdeckung von etwa 30% und für das Jahr 2007 eine Überdeckung von etwa 50% bedeuten (Netzkosten 2006: Cent 7,12; Netzkosten 2007: Cent 6,04; von T-Mobile vorgeschlagener Zielwert: bis zu Cent 8,9), was nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission dem wett-

bewerblichen Defizit der überhöhten Entgelte (Entgelte über Kosten) bei T-Mobile nicht entsprechend begegnet und auch keinen Anreiz darstellen würde, die Effizienz weiter zu steigern; die Argumente erfahren bei Betreibern mit geringeren individuellen Kosten eine größere Bedeutung (vgl Ausführungen der Europäische Kommission, Pressemeldung der T-Mobile sowie „CRA“, Seite 7). Die Heranziehung eines 25%-Betreiber-Modells bringt T-Mobile als ein Unternehmen mit einem weit höheren Endkundenmarktanteil in eine deutlich bessere Position. Vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass ein 25%-Betreiber-Modell“ eine rein hypothetische Konstruktion darstellt, während die Heranziehung des geringsten realen Kostenwertes in Übereinstimmung mit dem einheitlichen Wettbewerbspreis steht, war dem Begehren der T-Mobile (Punkt 6 der Stellungnahme vom 10.8.2007) nicht zu folgen.

Nichts Anderes gilt für das Begehren der T-Mobile nach Beibehaltung des früheren Zielwertes in der Höhe von Cent 6,79 (vgl etwa Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007, Punkt 3.2.2.; Punkt 2) oder Cent 5,72 (vgl. die aktuellen Stellungnahmen, etwa vom 16.12.2008). Eine Beibehaltung dieses früheren Zielwertes bringt T-Mobile beachtliche Aufschläge auf ihre Kosten (um teilweise mehr als 50% im Jahr 2007) und wäre damit keine „geeignete“ konkrete Verpflichtung, um dem Wettbewerbsdefizit zu begegnen. Zusammenschaltungspartner und deren Endkunden würden weiterhin weit überhöhte Entgelte bezahlen müssen.

T-Mobile legt ihrer Kalkulation der Kosten eines 25%-Betreibers die Kosten des Jahres 2006 zu Grunde; dies steht jedoch im Widerspruch zum Privatgutachten der T-Mobile, denn CRA geht auf Seite 15 ihres Gutachtens selber davon aus, dass *„für eine sinnvolle Ermittlung des Gleitpfades die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eines durchschnittlichen Betreibers in dem Jahr, in dem der Zielwert erreicht werden soll, ermittelt werden müssen“*. Wenn nun die Kosten eines hypothetischen 25%-Betreibers – unter Zugrundelegung von für das Jahr 2008 prognostizierten Werten – ermittelt werden, gelangt die Telekom-Control-Kommission zu einem Wert, der unter jenem gelegen ist, der als Zielwert angeordnet wird.

Soweit T-Mobile bzw ihre Gutachter ausführen, dass *„hohe Deckungsbeiträge aus Terminierungsleistungen wohlfahrtsoptimal sind“*, ist festzuhalten, dass es wohlfahrtsoptimal ist, wenn Gemeinkosten so umgelegt werden, dass ein entsprechend höherer Anteil auf preisunelastische Leistungen aufgeschlagen wird (*„Ramsey Pricing“*). Das Problem im gegenständlichen Kontext ist jedoch, dass diese Leistungen von Dritten bezahlt werden, die nicht von den anderen im Ausgleich dazu günstigere Leistungen profitieren.

In diesem Zusammenhang unterlässt es CRA, darzulegen, dass die Nachfrage nach „interner“ Terminierungsleistung anders ist als die „externe“ Nachfrage nach Terminierung, wenn die Mobilfunkbetreiber ihre Preise nach dem Ramsey Preis-Prinzip gestalten würden.

Dass der Nachteil höherer Festnetzentgelte im Vergleich zur hohen Deckungsbeiträgen aus Terminierungsleistungen geringer sein soll, wird zwar von CRA behauptet, jedoch nicht begründet. Die Telekom-Control-Kommission vermag sich dieser bloßen Aussagen nicht anzuschließen.

Der Verweis auf eine Entscheidungen einer andere Regulierungsbehörde (OPTA), die ein „25%-Betreiber“-Modell gewählt hat, sowie auf einen internationalen Benchmark von Mobil-Terminierungsentgelte, kann die Telekom-Control-Kommission nicht überzeugen, die konkreten nationalen Gegebenheiten, die im Wege einer umfassenden Marktanalyse erhoben wurden, außer Acht zu lassen. Abhilfemaßnahmen, die konkrete Entscheidungen anderer Regulierungsbehörden in Österreich einfach umsetzen, können nicht ohne Weiteres als „geeignet“ iSd § 37 Abs 2 TKG 2003 angesehen werden.

Im Besonderen vermag die Telekom-Control-Kommission dem so genannten „Wasserbett-Effekt“ nicht näher zu treten; dabei wird berücksichtigt, dass eine Senkung der Terminierungsentgelte zu höheren Preisen für andere Mobilfunkdienste oder Produkte führt.

In einem dynamischen Umfeld mit hoher Innovation, hohem Wachstum und zahlreichen Änderungen, wie im Bereich der Telekommunikation, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ein solcher Effekt nur schwer messbar. T-Mobile hat es zu diesem Zweck unternommen, eine Studie von Genakos und Valletti vorzulegen, mit der dieser „Wasserbett-Effekt“ nachgewiesen werden soll („Testing the Waterbed Effect in Mobile Telephony“, Juni 2007). T-Mobile unterlässt es jedoch, konkret darzulegen, inwieweit dieser Effekt bei der Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung zu berücksichtigen wäre bzw. um welchen konkreten für Österreich anwendbaren Betrag das Mobil-Terminierungsentgelt regulatorisch zu erhöhen wäre.

Die Telekom-Control-Kommission widerspricht diesem Effekt (dem Grunde nach) nicht, kann jedoch nicht erkennen, dass dieser Effekt bei der Regulierung einer einzelnen Leistung (und nicht eines Sektors mit zahlreichen Produkten) zu berücksichtigen ist. Es geht um die Regulierung der Mobil-Terminierungsleistung und nicht um die Beachtung, dass „Handset-Subventionen“ (wie von T-Mobile angesprochen) gesenkt oder die Preise anderer Mobilfunkleistungen erhöht werden müssen, sondern, dass Wohlfahrtsverluste und Wettbewerbsverzerrungen am gegenständlichen Vorleistungsmarkt reduziert werden.

Mit dem Argument eines „Wasserbett-Effekts“ lässt sich nämlich jeder regulatorische Eingriff zum Schutz vor Monopolpreisen eines Mehrproduktunternehmens hinterfragen, wenn nicht sogar wegargumentieren. Wenn Gemeinkostenaufschläge von den (nach unten) regulierten Terminierungsentgelten auf andere, vielleicht preiselastischere Leistungen aufgeschlagen würden, so würde das auch im Sinn der Verteilungswirkungen bedeuten, dass die Gemeinkosten des Mobilfunkbetriebes dann verstärkt von Mobilkunden getragen würden. Dies bedeutet, dass jene Kunden, die die Mobilsprachtelefonie in Anspruch nehmen, auch Leistungen des Mobil-Unternehmens bezahlen. Demgegenüber soll durch gegenständliche Maßnahme insbesondere dem erstgenannten Wettbewerbsproblem, das als das wesentlichste festgestellt wurde (überhöhte Entgelte für Rufe aus dem Festnetz), begegnet werden. Würde man dem „Wasserbett-Effekt“ folgen und so etwa einen Aufschlag auf Mobil-Terminierungsentgelte akzeptieren, würden Festnetz-Kunden weiterhin überhöhte Entgelte entrichten, damit Mobil-Kunden nicht andere Mobil-Leistungen zu höheren Preisen kaufen müssen. Dieser Zusammenhang zeigt, dass eine Berücksichtigung des „Wasserbett-Effektes“ eine als grundsätzlich geeignet identifizierte spezifische Verpflichtung, wie jene der Kostenorientierung, zu einer ungeeigneten Verpflichtung werden lässt.

d.2. Nachdem T-Mobile die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Auferlegung spezifischer Verpflichtung skizziert hat, vermeint sie, dass im Bereich der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung und im Verhältnis zu Telekom Austria keine Verpflichtungen aufzuerlegen wären, da – wie in der Stellungnahme vom 4.10.2006 ausgeführt – T-Mobile in diesen Konstellationen keine wettbewerblichen Probleme verursache.

Diese Ausführungen gründen auf der verfehlten Annahme der T-Mobile, dass sie in einzelnen Konstellationen keinen Preissetzungsspielraum hat. Wie bereits gezeigt wurde, ist diese Annahme verfehlt, weswegen auch die Ausführungen zur (Un-)Notwendigkeit der Auferlegung einzelner Verpflichtungen nicht überzeugen können.

Soweit T-Mobile in diesem Zusammenhang Foreclosure-Strategien ausschließt, da alle bestehenden Mobilbetreiber eine Größe erreicht haben, die dazu führt, dass keiner der Mobilbetreiber den anderen (bestehenden) Mobilbetreiber ausschließen würde, ist festzuhalten, dass T-Mobile in ihrer Argumentation Markt-Neueinsteiger übersieht; gerade über das Geschäftsmodell eines

„Mobile Virtual Network Operators“ ist der Markteintritt relativ einfach, da kein kostenintensiver und langwieriger Bau eines Funknetzes benötigt wird. Die bestehenden Betreiber hätten – bei fehlender Regulierung – Anreize (und Möglichkeiten), diesen Markteintritt zu verhindern bzw zu erschweren („Foreclosure-Strategien“).

Auch an dieser Stelle ist auf die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen.

d.3. Im Kontext der Verpflichtung zur Kostenorientierung der Mobil-Terminierungsentgelte verweist T-Mobile wiederholt auf ihre Ansicht, dass im Bereich der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung sowie im Verhältnis zur Telekom Austria keine Verpflichtung, auch keine zur Kostenorientierung, anzuordnen sei. Auch an dieser Stelle unternimmt T-Mobile keinen Versuch, ihre diesbezügliche Behauptung zu untermauern.

Die Amtssachverständigen legen nachvollziehbar dar, dass eine Verpflichtung zur Kostenorientierung der Entgelte zur Beseitigung der preislichen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden kann. Der Vorwurf der mangelnden Begründung ist von der Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehbar.

d.4. Mit 18.8.2004 übermittelt T-Mobile im Verfahren M 15b/03 eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen (Zweit-)Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente; diesem Dokument ist als Anlage ./1 eine Zusammenfassung der Kernpunkte beigelegt. Weiters ist der Stellungnahme ein Gutachten von „Frontier Economics“ – „Terminierung im Mobilfunknetz – Regulierungsinstrumente“ (Anlage ./2) beigelegt.

Soweit die Ausführungen der T-Mobile die Feststellungen bzw die Festlegungen im Spruch dieses Bescheides betreffen, wird in der Folge auf die einzelnen Punkte der vorgelegten Dokumente – zusammengefasst – eingegangen:

Vorab soll festgehalten werden, dass die pauschalen Feststellungen der T-Mobile zum (Zweit-) Gutachten, dieses weise erhebliche Mängel auf und sei nicht „state of the art“, nicht nachvollziehbar sind. Soweit T-Mobile sich nicht auf konkrete Elemente bezieht, werden Aussagen dieser Art für wenig konstruktiv erachtet.

d.5. Im Zusammenhang mit dem Privatgutachten der T-Mobile, insbesondere zu den Kernthesen – „Keine Regulierung von Terminierungsentgelten für Gespräche von Mobil zu Mobil“ und eine „leichtere Regulierung von Terminierungsentgelten für Gespräche von Fest zu Mobil“ – desselben, wird wie folgt festgehalten:

„Frontier Economics“ führt aus, dass keine Regulierung von Terminierungsentgelten für Gespräche von Mobil zu Mobil notwendig sei, da die neuere theoretische Literatur zeige, dass es keinen Anreiz gebe, überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte für Gesprächen von Mobil zu Mobil festzusetzen. In diesem Punkt wird das (Zweit-)Gutachten der Amtssachverständigen dahingehend kritisiert, dass neuere Erkenntnisse nicht berücksichtigt worden seien: So werden vier Publikationen angeführt, die relevant und nicht berücksichtigt worden seien.

Dieses Vorbringen hat der Verwaltungsgerichtshof bereits als nicht zielführend erachtet: Da es sich um einen einheitlichen Markt handelt, ist auch eine gesamthafte Abwägung vorzunehmen und eine einheitliche Beurteilung vorzunehmen, weswegen keine Differenzierung zwischen Gesprächen von „Mobil zu Mobil“ und „Fest zu Mobil“ geboten ist.

Weiters sei an dieser Stelle angemerkt, dass wesentliche Schlussfolgerungen für die Regulierung, die aus den Publikationen von *Dessein, Wright & Carter, Gans* und *King* abzuleiten sind, in

fundamentalem Widerspruch zum Vorbringen der Verfahrenspartei stehen. Nicht nur, dass in den theoretischen Modellen üblicherweise von reziproken Entgelten ausgegangen wird, lässt sich zB aus *Carter* und *Wright* (2003) ganz klar ableiten, dass die Regulierungsbehörde im Falle einer Nichteinigung der Zusammenschaltungspartner die vom Marktführer vorgeschlagenen Terminierungsentgelte – da in dem Modell mit asymmetrischen Netzen lediglich dieser einen Anreiz hat, die Mobil-Terminierungsentgelte auf kostenorientiertem Niveau zu setzen – für alle anderen Unternehmen reziprok anordnen sollte. Eine solche Vorgangsweise steht aber im Widerspruch zu den Grundsätzen der Verfahrenspartei (nicht-reziproke betreiberindividuelle Entgelte).

d.6. Im Zusammenhang mit der von „Frontier Economics“ vorgeschlagenen „leichteren“ Regulierung der Terminierungsentgelte für Gespräche von Fest zu Mobil, an Stelle einer „ex-ante-Preisregulierung“, wird eine Beobachtung der Entgeltentwicklung vorgeschlagen. Gegebenenfalls sollte man sich auf die Disziplinierungskraft drohender Regulierung verlassen.

Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit und Ernsthaftigkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist eine weitergehende Minderung des Regulierungseingriffes nicht angebracht, da man Gefahr laufen würde, dass ein solches Instrumentarium nicht mehr geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

d.7. Die von „Frontier Economics“ immer wieder zitierten Unterschiede zwischen dem ERG-Dokument betreffend Regulierungsinstrumente und den beiden wirtschaftlichen Gutachten können nicht nachvollzogen werden. Von (sehr) wenigen Ausnahmen abgesehen decken sich Argumente, Schlussfolgerungen und vorgeschlagene spezifische Verpflichtungen. Die Ausnahmen sind nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission jedoch unbedeutend.

Zur Stellungnahme der T-Mobile zur Kostenrechnung:

Zur Frage der konkreten Kostenberechnung nimmt T-Mobile mit Schreiben vom 16.12.2008 Stellung.

e.1. Eingangs führt T-Mobile aus, dass das Ergebnis – die Netzkosten des Mobilfunkbetreiber mit den drittwenigsten Verkehrsmengen sind die niedrigsten – „denkbarmöglich“ sei und verweist auf frühere gutachterliche Aussagen zur Kostenfunktion; im Konkreten führt T-Mobile, dass „*sich Kosten in Mobilfunknetzen verschiedener Betreiber bei steigenden Verkehrsmengen im Allgemeinen ähnlich entwickeln, wenn vorerst nicht zwischen Daten- und Sprachdiensten unterschieden wird.*“ Unverständlich für T-Mobile ist, dass dieser Zusammenhang nicht mehr gelten soll, wenn zwischen Daten- und Sprachdiensten unterschieden wird.

Eine nähere Begründung für diesen behaupteten Widerspruch wird von T-Mobile 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 die hohen Sprachverkehrsmengen der mobilkom können nicht darlegen, dass das wirtschaftliche Gutachten fehlerbehaftet ist und die Netzkosten der Orange nicht die geringsten sind. T-Mobile tritt dem wirtschaftlichen Gutachten nicht auf gleichem fachlichen Niveau entgegen, wenn sie auf „Anomalien“ im Gutachten oder auf ein nicht nachvollziehbares „*Das liebe Augustin*“-Prinzip verweist.

Soweit T-Mobile aus diesem Ergebnis den Schluss zieht, dass die Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilnetzen grundsätzlich unzulässig ist bzw anders vorgenommen werden sollte, ist T-Mobile 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 ge-

nannten 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 (sprach-)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 Telekom-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).

Soweit T-Mobile darauf verweist (etwa in ihrer Stellungnahme vom 21.10.2008), dass Effizienzgewinne aus der Datennutzung nun für die Kosten der Sprachterminierung ausschlaggebend sind, weswegen auch Aufwendungen, die zu diesem Effizienzgewinn berücksichtigt werden müssen (wie Endgerätestützungen), ist festzuhalten, dass diesem Vorbringen nicht gefolgt werden kann. Diese Vorgangsweise hätte wiederum zur Folge, dass sich Datendienste in den Kosten (und sodann in den Entgelten) der Sprach-Terminierung niederschlagen; dies steht im Widerspruch zu § 1 Z 9 TKMV 2008 sowie der gebotenen Kostengerechtigkeit. Dem Antrag der T-Mobile vom 21.10.2008 auf Berücksichtigung der „Kosten für die Einführung, Vermarktung und Stützung von Datenprodukten“ war daher nicht zu folgen.

Der Umstand, dass die Mobilbetreiber, die unterschiedliche Sprachverkehrsmengen in ihren Mobilfunknetzen transportieren, nun auch unterschiedliche Datenvolumina transportieren, führt zu den festgestellten unterschiedlichen Kosten; in der derzeitigen Marktphase, in der insbesondere kleinere Betreiber bestrebt sind, mit neuen (Daten-)Diensten Kunden zu gewinnen, bedeutet dies, dass der „größte“ Betreiber nicht die geringsten Kosten ausweist.

Zum Verweis der T-Mobile auf frühere Kostenrechnungen, in deren Rahmen auch die Leerkapazitäten berücksichtigt worden sind, ist festzuhalten, dass auch im gegenständlichen Verfahren diese Kapazitäten in die Kalkulation miteinbezogen werden, soweit diese anteilmäßig der Sprachterminierung zugerechnet werden können. Im Unterschied zu früheren Verfahren werden aktuell in einem deutlichen Ausmaß auch andere Dienste über Mobilfunknetze erbracht, die in einer Erhebung der sprachrelevanten Kosten keine Berücksichtigung finden können. Aus dieser geänderten Sachlage kann jedoch keine Unschlüssigkeit des wirtschaftlichen Gutachtens dargelegt werden.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen war dem Begehren der T-Mobile nicht weiter Rechnung zu tragen.

e.2. In weiterer Folge bringt T-Mobile vor, dass als Alternative die Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach dem „Tragfähigkeits- oder Deckungsprinzip“ erfolgen sollte, bei dem die Kosten (Daten/Sprache) nach der Höhe der jeweiligen Bruttogewinne oder Deckungsbeiträge verteilt werden sollen. Damit soll eine Aufteilung nach „Endkundenumsätzen“ erfolgen (vgl die Ausführungen der T-Mobile im rahmen der mündlichen Verhandlung am 26.1.2009).

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 T-Mobile auf eine Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach Endkundenumsatz war damit nicht zu folgen.

e.3. Zur Aufteilung der Sprach- und Datendienste merkt T-Mobile in ihrer Stellungnahme vom 21.10.2008 an, dass Datendienste lediglich auf „best effort“-Basis erbracht werden würden; offenbar möchte T-Mobile daraus ableiten, dass sich dieser Umstand in der Bewertung der Datendienste niederschlagen müsse.

Diese Ausführung vermag jedoch 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.

e.4. In weiterer Folge meint T-Mobile, dass der HSDPA-Faktor geändert werden müsse, da nunmehr HSDPA mit einer Datenrate von 7,2 Mbit/s vorhanden sei.

Diesem 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. Im Besonderen wird auf die Ausführungen der Amtssachverständigen zu den Ansichten der T-Mobile verwiesen (wirtschaftliches Gutachten, Seiten 127ff).

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); auch wenn T-Mobile ausführt, dass sie im Rahmen eines Projektes den Ausbau der Standortbindungen betreiben und T-Mobile für ein persönliches Gespräch zur Verfügung steht, konnten die Amtssachverständigen von T-Mobile keine Antworten zu diesbezüglich konkret gestellten Fragen erhalten (Wirtschaftliches Gutachten, Seite 129). Auch kann dem Vorbringen der T-Mobile nicht gefolgt werden, dass ein bestimmter Abstand der Funkstationen eine Erhöhung des HSDPA Faktors um 1,8 rechtfertigen kann, da die Effizienzsteigerung bereits über das Modulationsverfahren erreicht wird und diese auch berücksichtigt wird; eine zusätzliche Berücksichtigung kann daher nicht erfolgen.

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

e.5. Auch im Zusammenhang mit der Kostenrechnung verweist T-Mobile auf ihr früheres Vorbringen, weswegen auch auf diese Ausführungen eingegangen wird, soweit diese Deckung im verfahrensgegenständlichen wirtschaftlichen Gutachten vom November 2008 finden.

Mit Schreiben vom 10.8.2007 nimmt T-Mobile zu einem technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 Stellung und verweist eingangs auf ihre Stellungnahme vom 15.3.2007 zum technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Februar 2007:

Im Zusammenhang mit der Kostenaufteilung in Sprache und Daten begehrt T-Mobile, nur jene Kosten als nicht terminierungsrelevant anzusehen, die nachweislich ausschließlich für Datendienste investiert wurden (Stellungnahme vom 10.8.2007, Punkt 2, Stellungnahme vom 15.3.2007, Punkt 3.6.1., wiederholt in der Stellungnahme vom 28.9.2007).

Diesem Vorbringen wird nicht gefolgt, da eine Reihe von Netzelementen sowohl für Sprache als auch für Daten verwendet wird. Auf Grund dieses Umstandes würde eine solche Aufteilung zu einem verzerrten Bild führen, da kein Mobilnetz ausschließlich für den einen oder den anderen Dienst errichtet wurde; dem Begehren der T-Mobile war damit nicht zu folgen.

Demgegenüber kann eine Aufteilung nach der Nutzung einzelner Netzwerkelemente in Verkehrsaufkommen eine Trennung zwischen dem terminierungsrelevanten Sprachteil (iSd § 1 Z 9 TKMV 2008) und dem Datenanteil darlegen. Diesen Zugang haben die Amtssachverständigen verfolgt und unterschiedliche Szenarien zur Berücksichtigung des GSM und des UMTS-Netzes thematisiert und einzeln gegeneinander abgewogen.

e.6. Im Zusammenhang mit der Kostenaufteilung hinsichtlich Sprach- und Datenanteil hat T-Mobile im Rahmen ihrer Stellungnahmen zu den wirtschaftlichen Gutachten Stellung genommen und ihr Vorbringen im Rahmen einer weiteren Stellungnahme vom 28.9.2007 wiederholt und erweitert:

Für die Kostenaufteilung eines Mobilfunknetzes hinsichtlich Daten- bzw Sprachanteil ist es notwendig, die Gesamtheit der entsprechend genutzten Infrastrukturelemente zu betrachten. Es ist zielführend, sowohl für Sprache als auch für Daten Overhead nicht zu berücksichtigen. So ist auf der Funkseite der Basisstation der Protokoll-Overhead stark von der Konfiguration der Zelle und der dynamischen Teilnehmerverteilung bzw Teilnehmerbewegung innerhalb der Zelle abhängig, es gibt auch dort keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Sprache und paketerorientierten Daten.

T-Mobile hingegen schränkt ihre Betrachtung in unzulässiger Weise auf die Anbindung der (UMTS-)Basisstationen – also auf die IuB Schnittstelle zwischen RNC und Node-B ein. Sie argumentiert, dass an dieser Stelle der Overhead bei Sprache höher als bei Daten wäre und bezieht sich dabei auf ihr vorliegende Messwerte des Systemlieferanten (zuletzt in der Konsultationsstellungnahme), wobei angemerkt wird, dass keine Originaldokumente des Systemlieferanten vorgelegt werden, welche eine konkrete Messdurchführung bzw die relevanten Randbedingungen darstellen. Im Besonderen wird jedoch nicht plausibilisiert, worauf ein höherer U-Plane Voice-Overhead gegenüber U-Plane Daten-Overhead am ATM-basierten IuB Interface im Detail beruhen könnte.

Ein komplexes System, wie jenes des UMTS-Netzes, verwendet eine Vielzahl von Schnittstellen. Eine Extrapolation der Situation an einer Schnittstelle auf das gesamte UMTS-Netz, insbesondere auf die Node-B (Basisstation selbst) ist nicht zulässig, da in diesen Netzelementen die Overheads andere sind (weil zB. an diesen Stellen Overheads, wie sie durch die Zellenstruktur von ATM an der Anbindung entstehen, überhaupt nicht abwendbar sind).

T-Mobile hatte ihre Kritik bereits zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten übermittelt und ignoriert die diesbezüglichen Argumente bezüglich PDP-Kontext der Amtssachverständigen. T-Mobile bleibt insbesondere den Beleg schuldig, dass die von ihr angeführten Overheads für das gesamte im wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten betrachtete Mobilfunknetz gelten sollten.

Bei der Berücksichtigung von Overheads ist hinaus auch zu bedenken, dass gewisse Overheads zwar grundsätzlich immer notwendig sind, um zB übertragene Daten gegen Fehler zu schützen, es sich dabei jedoch aus System Sicht um Ineffizienzen handelt, dh tendenziell gering gehalten werden sollten. Eine generelle Berücksichtigung von nur pauschal behaupteten Overhead an einer Schnittstelle für das Gesamtsystem würde also dazu führen, dass ineffiziente Implementierungen (also eine mit besonders hohen Overheads) mit hohen Terminierungsentgelten „belohnt“ würden. Die Ablöse von veralteten Übertragungssystemen durch effizientere, also solche mit geringerem Overhead (zB Ersatz von ATM durch Ethernet), könnte dadurch gegebenenfalls verzögert werden.

Das von T-Mobile angeführte Rechenmodell ist auch grundsätzlich unplausibel bzw fehlerhaft. T-Mobile vergleicht die Nutzdatenmenge eines Telefonats mit der Dauer von 10 Minuten mit einer Datenübertragung, bei der dasselbe Nutzdatenvolumen übertragen wird. Dabei wählt T-Mobile ohne weitere Begründung eine Datenrate von 384 kBit/s aus. Diese Datenrate war die höchste vor der Einführung von HSDPA im UMTS-Netz verfügbare Datenrate; bei einer niedrigeren Datenrate wäre der von T-Mobile behauptete Effekt deutlich geringer.

Aus der Rechnung von T-Mobile ergibt sich, dass es mit dieser Datenrate möglich wäre, das Datenvolumen innerhalb einer bestimmten Zeit zu übertragen. Diese Überlegung der TMA berücksichtigt aber nicht das Nutzungsverhalten in Mobilnetzen. Die mittlere Datenrate – also über die „Lebensdauer“ einer Datensession hinweg – entspricht keineswegs der maximalen Datenrate.

Dadurch berücksichtigt T-Mobile in unzulässiger Weise den Control-Plane-Overhead (also jenen Overhead, der für die Steuerung der Datensession unabhängig von tatsächlicher Datenübertragung notwendig ist) nur für eine fiktive Dauer, anstelle für die reale mittlere Datensessiondauer. Damit ergibt sich, dass der von T-Mobile berücksichtigte Control-Plane-Overhead zu klein ist.

Darüber hinaus stellt T-Mobile in ihrer Konsultationsstellungnahme unplausible Annahmen an: In dem für die Festlegung des Terminierungsentgelts herangezogenen Jahr 2006 (für das sich T-Mobile auch ausgesprochen hat) wurde HSDPA erst eingeführt, die Anbindung der Basisstationen erfolgte in der Regel mit nur einer E1 (2048 kBit/s). Bei den Darstellungen auf den Seite 16 und 17 der Konsultationsstellungnahme berechnet T-Mobile für eine HSDPA-Nutzdatenrate von 1800 kBit/s eine Brutto-Datenrate von 2346,09 kBit/s, was bei einer E1 Anbindungen offensichtlich unmöglich ist. Die (bei nur einer E1) zusätzlich über dieselbe Anbindung abzuwickelnde Übertragung von Sprache ist dabei noch überhaupt nicht berücksichtigt.

Das Vertrauen in Messwerte des Systemlieferanten (Seite 14 der Stellungnahme Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007) wird durch derartige Widersprüche erschüttert, weswegen der Eindruck entsteht, dass das Vorbringen der T-Mobile nicht intendiert, reale Verhältnisse im Mobilfunknetz darzustellen.

T-Mobile behauptet in ihrer Stellungnahme vom 15.3.2007, dass es notwendig sei, sowohl die Datenübertragung im Uplink wie auch im Downlink zu berücksichtigen. In der Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung hingegen erklärt T-Mobile, dass sie den Ansatz der Amtssachverständigen, den Downlink heranzuziehen, unterstützt. Genauso widersprüchlich ist die Tatsache, dass T-Mobile in der Stellungnahme vom 15.3.2007 (in Kapitel 3.6.3.3., Seite 12) von einer symmetrischen Datennutzung ausgeht, während sie in der Konsultationsstellungnahme behauptet, dass es sich dabei nicht um absolutes Verkehrsaufkommen handle, sondern um eine vom Übertragungssystem zur Verfügung gestellte Trägerkapazität.

T-Mobile schlägt zu den berechneten Werten für Sprache einen zusätzlichen Aufschlag für „die Berücksichtigung von Qualitätsparametern“ auf. Die Verfahrenspartei erkennt zwar die Zielset-

zung der Gutachter nach Betrachtung tatsächlich genutzter Kanäle, verkennt aber, dass die von ihr als Qualitätsreserve gesehenen Kapazitäten für die Datenübertragung zur Verfügung stehen, wenn sie nicht gerade für (priorisierte) Sprache genutzt werden. Die Argumentation würde also höchstens dann relevant, wenn das Übertragungssystem ausschließlich für Sprache verwendet würde. Darüber hinaus zeigen die tatsächlich ermittelten Busy-Hour-Faktoren eindeutig, dass die UMTS-Netze keineswegs ausgelastet waren, da es in der Busy-Hour im Vergleich zur Nutzung während der restlichen Tageszeit zu keiner Verkleinerung des Datenanteils kommt, was aber im Fall von Kapazitätsengpässen in der Busy Hour auf Grund der dann schlagend werdenden Priorisierung von Sprache gegenüber Daten zu erwarten wäre.

Außer Acht lässt T-Mobile in Ihrer Betrachtung die für HSDPA mit einem Faktor 3 erfolgte Berücksichtigung des Effizienzgewinns für die Basisstation. Da T-Mobile den Overheadfaktor zwischen Sprache und Daten an der Anbindung der Basisstation generell als Maß für alle Netzelemente anwenden möchte, würde bei HSDPA (vgl. das Rechenbeispiel mit einer Datenrate von 1800 Mbit/s in der Konsultationsstellungnahme) anstelle des Faktors 3 nur der Faktor 1,9 zu Lasten von Sprache zur Anwendung kommen. T-Mobile meint zwar einerseits, dass aus ihrer Sicht Sprache zu wenig berücksichtigt wäre, hat aber offenbar die diesbezüglichen Ausführungen der Gutachter im wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten lediglich punktuell aufgegriffen.

Das widersprüchliche und unplausible Vorbringen der T-Mobile vermag damit nicht die schlüssigen Ausführungen der Amtssachverständigen hinsichtlich der Aufteilung von Sprache und Daten zu erschüttern.

e.7. T-Mobile weist in weiterer Folge wiederholt auf die Notwendigkeit hin, dass neben dem Netz der T-Mobile auch jenes der damaligen tele.ring zu betreiben war, weswegen „doppelte Netzkosten“ entstanden bzw. die Aufwendungen für die Netzzusammenführung als „effizienzsteigernde Maßnahme“ als terminierungsrelevant anzusehen wären. Im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 27.9.2007 wiederholt T-Mobile ihr Vorbringen zu ihren angeblich höheren Netzkosten (vgl. dazu auch den Verweis in der Stellungnahme vom 16.12.2008).

Diesem Vorbringen kann die Telekom-Control-Kommission bereits dem Grunde nach nicht folgen: Die Entscheidung, ein anderes Unternehmen zu erwerben und zusammenzuführen, hat T-Mobile getroffen. Dass ein Betrieb zweier Netze möglicherweise nicht als effizient bezeichnet werden kann, wird zur Kenntnis genommen, doch die konkrete Umsetzung einer allfälligen Netzzusammenführung ist in der Gestalt der T-Mobile gelegen: Ob nun eine Zusammenführung zweier Netze, der vollständige oder teilweise Verkauf eines der beiden Netze oder eine Mischform gewählt wird, entscheidet T-Mobile. Einen Nutzen von dieser Netzzusammenführung haben aber nicht jene, die die Kosten der Terminierungsleistung zu bezahlen haben. Würden Kosten der Netzzusammenführung von Zusammenschaltungspartnern und letztlich von einzelnen Endkunden im Wege der Terminierungs- bzw. Endkundenentgelte bezahlt werden, käme das einer Situation gleich, in der die Fusion von Dritten (und nicht von T-Mobile) bezahlt wird; dies würde einer verursachungsgerechten Verteilung von Kosten widersprechen.

Die ausführlichen Darlegungen der T-Mobile zu den Schritten der Netzzusammenführung (Stellungnahme vom 15.3.2007, Punkt 3.9.) vermögen obige grundsätzlichen Überlegungen nicht zu erschüttern.

Darüber hinaus kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass Kosten der Netzzusammenführung in einem ursächlichen Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Leistung der Mobil-Terminierung stehen. Dem Hinweis der T-Mobile in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007, dass die Investitionen für die Integration des tele.ring-Netzes der Erreichbarkeit der (bisherigen) tele.ring-Kunden dienen würde und deswegen diese Kosten „zusammenschaltungsrelevant“ wären, kann nicht gefolgt werden, da – ungeachtet der Verpflich-

tung zur Interoperabilität iSd § 22 TKG 2003 – tele.ring-Kunden gerade ohne Netzzusammenführung und auch ohne Erwerb durch T-Mobile weiterhin erreichbar wären. Darüber hinaus kann diesem Vorbringen auch deswegen nicht näher getreten werden, da T-Mobile als Erwerber ein Interesse an der aktiven und passiven Erreichbarkeit ihrer „neuen“ Endkunden, den früheren tele.ring-Kunden, hat.

Vor diesem Hintergrund haben die Amtssachverständigen im technisch-wirtschaftlichen Gutachten vom Februar 2007 einen differenzierten Ansatz verfolgt und dabei die Kosten der T-Mobile für 2007 herangezogen; dabei wurden einzelne Positionen durch die Kosten von T-Mobile (ohne tele.ring) aus dem Jahr 2006 ersetzt. Weiters wurden auch die von tele.ring übernommenen Standorte berücksichtigt. Durch diese Kalkulation werden die Kosten des laufenden Betriebes berücksichtigt, nicht jedoch die Um- oder Rückbau-Kosten des Netzes (vgl. technisch-wirtschaftliches Gutachten vom Februar 2007, Seiten 50f). Dieser Ansatz wurde von dem Amtssachverständigen im Ergänzungsgutachten weiter verfolgt (Seite 70), wobei Kosten für Frequenzen und für IT/IC-Billing von tele.ring in die Kalkulation zusätzlich Eingang gefunden haben. Auch wenn die Amtssachverständigen eine Rechnung im Sinne des Begehrens der T-Mobile durchgeführt haben (Ergänzungsgutachten, Seite 70, Tabelle 13) bringen sie doch in Kapitel 6 („Zusammenfassung“) zum Ausdruck, dass der von ihnen angestellten Kalkulation der Netzkosten der T-Mobile – unter Ausblendung terminierungsfremder Netzausbau-Kosten – der Vorzug zu geben wäre.

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten grundsätzlichen Überlegungen war dem Begehren der T-Mobile auf Berücksichtigung effizienzsteigernder Maßnahmen nicht zu folgen und niedrigere Kosten für T-Mobile festzustellen. Diese Kosten decken jedoch den laufenden Betrieb des um zahlreiche tele.ring-Standorte erweiterten T-Mobile-Netzes.

e.8. Im Zusammenhang mit der Ermittlung der Kapitalkosten führt T-Mobile aus, dass die Ergebnisse der Amtssachverständigen zum „unlevered beta“ und dem „risikofreien Zinssatz“ weder der gegenwärtigen Höhe noch der aktuellen Erwartung entsprechen; T-Mobile verweist auf ein vorgelegtes „Gutachten“ der KPMG Financial Advisory Services GmbH (Stellungnahme vom 10.8.2007, Seite 11; Stellungnahme vom 16.3.2007, Seite 13 sowie Beilage ./3 „Replikative Stellungnahme zum Netzkostengutachten der RTR-GmbH“ vom 15.3.2007).

Eingangs ist festzuhalten, dass KPMG als Privatgutachter von T-Mobile ausführt, dass das vorgelegte Dokument „*kein vollständiges neues Gutachten bzw keine vollständige gutachterliche Stellungnahmen dar(stellt)*“ (Seite 1). Darüber hinaus führt KPMG auf Seite 2 aus, dass „*Elemente der Ermittlung, welche () vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, nicht überprüft und daher unverändert übernommen (wurden).*“ Um welche Daten es sich dabei handelt, bleibt offen. Weiters bezieht sich diese Stellungnahme nicht auf das technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom Juli 2007, welches die Grundlage für die Feststellungen der Behörde darstellt. So verliert dieses Dokument vor diesem Hintergrund stark an Aussagekraft; dennoch soll in weiterer Folge auf die „*Replikative Stellungnahme*“ eingegangen werden:

Über weite Strecken bestätigen die Privatgutachter von T-Mobile in ihrer Stellungnahme die Annahmen der Amtssachverständigen hinsichtlich der angesetzten Inputparameter zu Berechnung der WACC; im Besonderen handelt es sich dabei um die Marktrisikoprämie, die Fremdkapitalkosten und den realen Steuersatzes der T-Mobile. Abweichungen bzw Kritik gibt es nur hinsichtlich des risikolosen Zinssatzes, der Einschätzung des unlevered Beta-Faktors und der Abstellung auf Buchwerte und nicht – wie von T-Mobile gefordert – auf Marktwerte. Auf diese Punkte soll in weiterer Folge im Detail eingegangen werden:

Hinsichtlich des risikolosen Zinssatzes ist anzumerken, dass die Amtssachverständigen im technisch-wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten eine Adaptierung des risikolosen Zinssatzes

insoweit durchgeführt wurde, als in die Durchschnittsberechnung auch das 1. Halbjahr 2007 (steigende Zinsen) einbezogen wurde. Das Ergebnis ist eine Erhöhung des risikolosen Zinssatzes von 3,83% auf 3,97%, wobei im Gegensatz zu KPMG nicht auf eine 30-jährige österreichische Bundesanleihe abgestellt wurde, sondern auf den „Euro-Swap-Zinssatz“ mit 10 Jahren Laufzeit. Diese Vorgangsweise ist plausibel, da zu beachten ist, dass gerade im Telekommunikationsbereich die Kapitalbeschaffung (auch aufgrund der Konzernverflechtungen; vgl dazu gerade die Verfahrenspartei T-Mobile) auf den internationalen (zumindest europäischen) Kapitalmärkten erfolgt, weswegen auf den „Euro-Swap-Zinssatz“ und nicht auf eine österreichische Bundesanleihe abgestellt wurde. Darüber hinaus erscheint diese Vorgangsweise auch aus Konsistenzgründen zu bevorzugen, da auch in vergangenen Verfahren zur Ermittlung von Kosten der Zusammenschaltung auf einen Bezugszeitraum von 10 Jahren abgestellt wurde; dadurch ist eine bessere Vergleichbarkeit der Ergebnisse gewährleistet.

Hinsichtlich der Heranziehung des aktuellen Zinssatzes als Untergrenze für die Bandbreite eines angemessenen risikolosen Zinssatzes durch KPMG und der Kritik, dass die von den Amtssachverständigen durchgeführte Mittelwertberechnung auch eine Phase einer 2-jährigen Periode von historischen Niedrigzinsen umfasst, ist festzuhalten, dass diese Periode gerade auch die Jahre 2005 und 2006 betrifft, welche eben auch den hier zu regulierenden Anordnungszeitraum betrifft. Eine Nichtberücksichtigung der direkt vom Kapitalmarkt abgeleiteten Werte, würde für diesen Anordnungszeitraum zu einem überhöhten WACC führen. Auch eine signifikante Erhöhung des täglichen Euro-Zinsswapsatzes in nächster Zukunft wird als unwahrscheinlich erachtet.

Zum „unlevered Beta-Faktor“ ist anzumerken, dass die Amtssachverständigen wie von KPMG korrekt dargestellt, für T-Mobile – wie im Übrigen auch für die anderen integrierten GSM-/UMTS-Betreiber mobilkom und One – ein Beta von 1 angenommen haben. Dieser Wert liegt innerhalb der Bandbreite (1,0 bis 1,3), die T-Mobile selbst in ihren Berechnungen zum WACC angeben hat und auch innerhalb der Bandbreite, die alle Anbieter angegeben haben. KPMG meint jedoch, dass für T-Mobile ein höheres Risiko als für mobilkom anzusetzen ist, da T-Mobile ein nicht börsennotiertes Unternehmen ist und daher bei der Verwendung von „Multiples“ ein Wertabschlag zu berücksichtigen ist, T-Mobile nicht Marktführer ist und daher einem operativ größeren Risiko ausgesetzt ist und T-Mobile in den Jahren 2005 und 2006 Verluste gemacht hat. Hierzu ist anzumerken, dass die Amtssachverständigen die WACC-Berechnung auf Buchwerte stützen (dazu sogleich) und daher „Multiples“ nicht zur Anwendung gelangen bzw die Mutter der T-Mobile, dh die Deutsche Telekom börsennotiert ist und daher auch hinsichtlich der weiteren angeführten Argumente weder die Marktsituation noch die Verlustsituation von Relevanz sind.

Hinsichtlich der Heranziehung von Marktwerten anstelle von Buchwerten für die Berechnung des WACC, sei darauf hingewiesen, dass dies der langjährigen Praxis zur Berechnung des Kapitalkostenzinssatzes entspricht. Diese Berechnung gründet dabei auf die Methode von Univ.-Prof. Dr. Dockner und Univ.-Prof. Dr. Zechner. Bereits vor dem Hintergrund einer größeren Kontinuität zur Kalkulation von Kapitalkostenzinssätzen und zur besseren Vergleichbarkeit mit früheren Ergebnissen bzw Kalkulationen wird die Heranziehung von Buchwerten als geeignet erachtet.

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 ver-

schiedener 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

Im Verfahren gemäß § 121 Abs 2 und 3 TKG 2003 vor der RTR-GmbH konnte zwischen den Verfahrensparteien keine einvernehmliche Lösung erzielt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzusetzen war.

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 Festlegung der verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbedingungen

Die Anträge der Verfahrensparteien beziehen sich auf die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Anhang 6b) sowie Verrechnungsgrundsätze (Anhang 6). Unstrittig sind die Bedingungen der Verrechnungsgrundsätze, weswegen diese antragsgemäß angeordnet wurden. Eine diesbezügliche Begründung kann entfallen (§ 58 Abs 2 AVG). Da die von Hutchison (zu Z 21/06) beantragte Teilung in einen Anhang betreffend Verrechnungsgrundsätze und Entgelte nachvollziehbar und unbedenklich erscheint sowie die Verständlichkeit einer Zusammenschaltungsvereinbarung erhöht bzw deren Komplexität reduziert, wird dem diesbezüglichen Antrag der Hutchison gefolgt. Darüber hinaus spricht sich T-Mobile gegen diese Aufteilung nicht aus.

Die weiteren in Spruchpunkt A. vorgenommenen Festlegungen, insbesondere hinsichtlich der wechselseitigen Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte (Anhang 6a) sowie des Verbots des

netzinternen Refilings (Anhang 6b, Punkt 2) gründen auf übereinstimmende Parteienanträge im Verfahren zu Z 8/06 (vgl. Stellungnahme der T-Mobile zu Z 8/06, ON 3, Punkt 5.3) bzw hat Hutchison dem Gegenantrag der T-Mobile vom 26.1.2007 zu Z 21/06 (Punkt 6. des von T-Mobile beehrten Anhang 6) nicht widersprochen.

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

5.1. Zur Frage 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.

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 potentiell, für den Fall der Nicht-Regulierung bestehendes Wettbewerbsproblem erneut identifiziert. Um die-

sem 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 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 (mittlerweile behobene) Maßnahmen iSd §§ 37 Abs 2, 42 TKG 2003 festgelegt und zum Anderen tatsächlich verrechnet (bzw angeboten) worden sind: Die Mobil-Terminierungsentgelte wurden zumindest 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 Anrufzustel-

lung, 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 näm-

lich 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, ABI 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) Monopolleistung 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. Zur Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte

Zur Frage des „Einheitlichen Marktpreises“ bzw der Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte zueinander ist wiederholt darauf hinzuweisen, dass aus ökonomischer Sicht ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben ist, da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind („einheitlicher Marktpreis“, „one price rule“, „law of one price“; vgl etwa M 15a-e/03, M 13a-e/06 vom 15.10.2007 sowie „Ergebnisse der Konsultation - Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen“, März 2005, Kapitel 2 „Einheitliche Mobilterminierungsentgelte“, veröffentlicht unter www.rtr.at)

Diese Sichtweise wird auch von der Europäischen Kommission vertreten: In Stellungnahmen gemäß Art 7 RL 2002/21/EG führt die Europäische Kommission regelmäßig aus, dass Mobil-Terminierungsentgelte normalerweise symmetrisch sein sollen und dass eine Asymmetrie eine adäquate Rechtfertigung erfordert. Gemäß den Ausführungen der Europäischen Kommission vermögen unter gewissen außergewöhnlichen Umständen lediglich objektive Gründe in der Kostenrechnung, die außerhalb der Kontrolle des Betreibers gelegen sind, eine Asymmetrie der Entgelte zu rechtfertigen. Eine weitere mögliche Rechtfertigung könnte auch in einem wesentlich unterschiedlichen Markteintrittszeitpunkt gelegen sein. Ein kleiner Marktanteil kann jedoch nur für einen begrenzten Zeitraum höhere Entgelte rechtfertigen. Die Beibehaltung höherer Terminierungsentgelte könnte dazu führen, dass kleinere Betreiber nicht ermutigt werden, ihre Marktanteile bzw Volumina zu erhöhen. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3.10.2007 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 in den Verfahren M 15a-e/03, M 13a-e/06 ausdrücklich begrüßt, dass die Telekom-Control-Kommission symmetrische Entgelte festlegt (vgl die veröffentlichten Dokumente unter <http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/home>). Auch im Entwurf der Europäischen Kommission zu einer Empfehlung betreffend Terminierungsentgelte führt sie klar aus, dass (Mobil-) Terminierungsentgelte grundsätzlich symmetrisch sein sollen (wobei sie diesfalls auf eine spezifische Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 abstellt).

In einem wettbewerblichen Umfeld sind Faktoren, wie unterschiedliche Kosten pro Leistungseinheit oder unterschiedlicher Technologien, von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie (wie zB die Frequenzausstattung 900/1800 MHz) noch seine höheren (Anfangs-) Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Die Terminierungsleistung ist nämlich ein homogenes Produkt. So zeigt sich auch am Mobilendkundenmarkt, der keiner ex ante Regulierung unterworfen ist und der sich durch wettbewerbliche Verhältnisse auszeichnet, dass ein Neueinsteiger, dessen Kosten auf Grund der geringeren Mengen höher sind als jene der etablierten Betreiber, mit ähnlichen, wenn nicht sogar mit günstigeren Preisen im Wettbewerb um Endkunden auftritt. Bei Vorliegen wettbewerblicher Verhältnisse (wie zum Beispiel auf End-

kundenebene) richten Unternehmen ihre Preise an jenen der Mitbewerber und nicht an den eigenen Kosten aus.

In einem wettbewerblichen Umfeld sind die Anbieter Preisnehmer und gezwungen, hinreichend effizient zu sein (Erwägungsgrund 20 RI 2002/19/EG nennt die Förderung wirtschaftlicher Effizienz), um bei gegebenem Marktpreis positive Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Andernfalls sind sie gezwungen aus dem Markt auszutreten; unter Umständen tritt in der Folge ein effizienteres Unternehmen ein. Dieser (Wettbewerbs-) Marktmechanismus stellt sicher, dass die Unternehmen hinreichend effizient sind und die Gesamtwohlfahrt (und damit auch der Nutzen für die Konsumenten) maximiert wird (vgl dazu die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003). Die die Terminierung bezahlenden Zusammenschaltungspartner würden in weiterer Folge die Kosten einer effizient erbrachten Leistung bezahlen und an ihre Endkunden als Teil der Endkundenentgelte zur Verrechnung bringen (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a, c TKG 2003).

Demgegenüber besteht bei einer Preisdifferenzierung, die auf betreiberspezifische Kosten zurückgeht, die Gefahr, dass falsche Anreizstrukturen für die Unternehmen entstehen, in dem Betreiber mit geringerem Markterfolg geschützt (bzw subventioniert) werden. Weiters sind nicht-reziproke Entgelte grundsätzlich geeignet, längerfristig Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen: Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar (vgl Entwurf einer Empfehlung der Europäischen Kommission zu Terminierungsentgelten, Endbericht zur Konsultation Mobil-Terminierung, Seiten 7ff).

Die gegenständliche Maßnahme sieht nun vor, dass bereits mit 1.7.2008 (zwischen den Mobilfunkbetreibern) symmetrische Entgelte festgelegt werden; damit wird den obigen Ausführungen besser entsprochen, als mit einer Anordnung, die eine zeitlich verzögerte Herstellung symmetrischer Entgelte vorsieht.

5.3. Zur Laufzeit der angeordneten Mobil-Terminierungsentgelte

a. Auf Grund der Kündigung der Entgeltbestimmungen sowie der Behebung der vorgehenden Bescheide durch den Verwaltungsgerichtshof besteht seit 1.5. bzw 1.8.2005 keine Regelung über die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte, weswegen – antragsgemäß (insbesondere Z 8/06, ON 15, Beilage ./2) – rückwirkend Entgeltfestlegungen vorgenommen wurden.

Dem Begehren der Hutchison im Verfahren Z 8/06, die beantragten Entgelte „*mit Wirksamkeit ab Rechtskraft der hier antragsgegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung*“ anzuordnen, wurde somit nicht gefolgt. Den Ausführungen der Hutchison (insbesondere Z 8/06, ON 13, Punkt 4) ist dabei wie folgt entgegen zu treten:

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

Dazu ist auf folgende Ausführung des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 25.6.2008 zur Zahl 2007/03/0211 zu verweisen: „*Es steht nicht in Zweifel, dass im Falle einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen – einschließlich der Entgelte – die von der belangten Behörde zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume erfassen kann.*“ Dass der in der Vergangenheit liegende Zeitraum „strittig“ ist, ergibt sich bereits aus den divergierenden Anträgen der Verfahrensparteien.

Die von Hutchison angeführten verfassungsrechtlichen Überlegungen, weswegen eine rückwirkende Anordnung nicht vorgenommen werden darf, können nämlich vor dem Hintergrund der zitierten Bestimmungen nicht überzeugen: Wie bereits ausgeführt, ist es Aufgabe der Telekom-Control-Kommission, nach Anrufung durch einen Betreiber eine Anordnung zu treffen, die die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung ersetzt. Die Regulierungsbehörde wird als Schiedsrichter tätig und entscheidet über die Zusammenschaltung (siehe dazu auch Verwaltungsgerichtshof zur Zahl 2000/03/0377-6 vom 26.2.2003); weiters hat ein fairer Ausgleich der Interessen der beteiligten Parteien zu erfolgen (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof zur Zahl 2004/03/0151 vom 31.1.2005). Der angerufenen Telekom-Control-Kommission kommt eine Entscheidungspflicht zu. Bei der Entscheidungsfindung ist – ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien – eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG 2003 festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 34 TKG 2003 angeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht. Dabei hat die Regulierungsbehörde den „Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren“ (§ 34 Abs 1 S 2 TKG 2003) sowie gegebenenfalls auferlegte spezifische Verpflichtungen iSd §§ 38 TKG 2003 zu beachten.

Bereits vor dem Hintergrund der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes, dass ein fairer Interessenausgleich zwischen den Parteien stattzufinden hat, kann dem Begehren der Hutchison nicht näher getreten werden, dass eine rückwirkende Anordnung – gestützt auf übereinstimmende Parteienanträge – lediglich bezüglich der Entgelte der T-Mobile, nicht jedoch betreffend die Entgelte der Hutchison vorgenommen werden möge (Z 8/06, ON 13, Seite 6).

Darüber kann die Telekom-Control-Kommission Bedingungen für die Zusammenschaltung festlegen, die auch im Rahmen einer privatautonomen Vereinbarung zustande gekommen wären, wobei diese Anordnung auf jene Inhalte beschränkt zu bleiben hat, die zur Erreichung des Ziel der Zusammenschaltungsanordnung geeignet und erforderlich ist (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2005/03/0200 vom 19.12.2005). Die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ist als Essentialia einer Vereinbarung bzw vertragsersetzenden Anordnung zweifellos „erforderlich“ (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.3.2004, Zl. 2002/03/064: *„Die für die vertragstypischen Leistungen zu entrichtenden Entgelte sind Essentialia jedes Vertrages und müssen daher [] auch in einer behördlichen Anordnung, die nach dem Gesetz an die Stelle eine vertraglichen Vereinbarung treten soll, geregelt werden.“*). Auch eine Anordnung von Entgelten, die sich als (teilweise) rückwirkend darstellt, kann vor dem Hintergrund des vertragsersetzenden Charakters einer Anordnung hoheitlich festgelegt werden, da dies auch im Rahmen der Privatautonomie möglich und zulässig ist.

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

b. Die Befristung der gegenständlichen Anordnung gründet 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.

5.4. Weitere Begehren

a. Entgegen dem Vorbringen der T-Mobile (Stellungnahme vom 16.12.2008) wurden Aufwendungen für externe Effekte nicht berücksichtigt, da die durch Berücksichtigung externer Effekte entstehenden höheren Terminierungsentgelte dazu führen können, dass es zu einem Rückgang an Nachfrage nach Anrufen in Mobilfunknetze kommt und daher wiederum allokativer Verzerrungen verursacht werden würden.

Ein weiteres Argument gegen einen Aufschlag für Netzwerkexternalitäten ist die hohe Penetrationsrate von über 110%. Externe Effekte verlieren mit der Annäherung an die Marktsaturierung stark an Bedeutung, der marginale Nutzen (ein zweites Mobilfunkendgerät für die Erreichbarkeit) wird vernachlässigbar; bei gegebener Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunk-Endkundenmärkten und dem daraus resultierenden Preisniveau ist nicht davon auszugehen, dass es durch eine Heranführung der Mobilterminierungsentgelte an die Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zu einer Reduktion der Penetrationsrate kommt. Es ist auch zweifelhaft, ob sich auf Grund eines solcherart zuerkannten Aufschlags automatisch effiziente Preisstrukturen einstellen, die diese Externalitäten auch tatsächlich internalisieren. Die Beurteilung der gesamtwohlfahrtsökonomischen Wirkung fällt insbesondere vor dem Hintergrund eines zunehmend saturierten Marktes von externen Effekten nicht (eindeutig) positiv aus, so dass eine Berücksichtigung dieser nicht angemessen ist.

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

Soweit auf das Modell der britischen Regulierungsbehörde Ofcom hingewiesen wird, ist anzumerken, dass sich die Situation im Vereinigten Königreich nicht auf Österreich umlegen lässt. Die Telekom-Control-Kommission vertritt die Auffassung, dass der marginale Mobilfunkkunde in Österreich nicht nur durch die Stützung der Endgeräte und Tarife durch erhöhte Terminierungsentgelte im Markt gehalten wird. Vielmehr ist hier auch das in Österreich weitreichend entwickelte System an Grundentgeltbefreiungen für unterschiedliche Anspruchsberechtigte, das auch für einen mobilen Anschluss verwendet werden kann, zu berücksichtigen (vgl Fernsprechentgeltzuschussverordnung, BGBl. II Nr. 90/2001 idgF sowie Information der Obersten Post- und Fernmeldebehörde betreffend Gewährung eines Zuschuss zu den Fernsprechentgelten, www.bmvit.gv.at)

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

Eine Berücksichtigung dieser Effekte in Form höherer Mobil-Terminierungsentgelte scheidet damit aus.

b. Bei der Kalkulation der betreiberindividuellen Kosten wurden Aufwendungen für Marketing, Customer Care, Handset-Subventionen nicht berücksichtigt; dies gründet auf folgenden Überlegungen:

Neben Kosten für den Netzbetrieb fällt bei den Mobilfunkbetreibern eine Reihe von weiteren Aufwendungen an, die jedoch nur in einem (sehr) weiten Sinn in Verbindung mit der Leistung der Mobilterminierung: Die verfahrensgegenständliche Frage – basierend auf der Marktabgrenzung iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 – bezieht sich auf die Ermittlung der ausschließlich für die Leistung Terminierung notwendigen Kosten im Sinne einer effizienten Leistungsbereitstellung richtet. Ein direkter Zusammenhang der Kosten für Marketing, Endkundenbilling, Customer Care, Handsetsubventionen und ähnlichen mit dem Produkt Mobilterminierung trotz Vorbringen der Parteien nicht gegeben. Auch ohne diese Aufwendungen kann die Leistung der Mobilterminierung iSd TKMV 2008 erbracht werden.

Darüber hinaus würde eine Berücksichtigung derselben dem Verursachungsprinzip widersprechen: Diese Kosten werden bereits vom jeweiligen rufenden Endkunden im Rahmen der ihm verrechneten Tarife bei seinem Netzbetreiber abgegolten. Würden diese Kosten über höhere (überhöhte) Terminierungsentgelte dem Kunden ein weiteres Mal verrechnet, würde es unvermeidlich zu wettbewerblichen Verzerrungen kommen, da die Kunden eines anderen Netzes nicht nur die Kosten für diese Leistungen des eigenen Netzbetreibers, sondern auch indirekt (über die Zusammenschaltungsentgelte) die des gerufenen Fremdnetzes bezahlen. Eine solche „Doppelverrechnung“ steht klar im Widerspruch zu den Zielbestimmungen des TKG 2003.

Zum Vorbringen der T-Mobile, dass bei der Festlegung „angemessener SMS-Terminierungsentgelte“ (Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 24.11.2008, Z 2/08) neben den technischen Netzkosten auch andere Kostenelemente berücksichtigt wurde, ist festzuhalten, dass hinsichtlich dieser Leistung keine wettbewerblichen Defizite festgestellt wurden; auch ist die Leistung der SMS-Terminierung keinem Markt iSd TKMV 2008 zugerechnet, weswegen die Vergleichbarkeit dieser Leistungen und damit des regulatorischen Umgangs nicht gegeben ist; eine unterschiedliche Regulierung dieser Leistungen ist sogar geboten.

c. Bei der Ermittlung der Kosten der Leistung Mobil-Terminierung waren keine Kosten für „working capital“ anzusetzen, da nicht erkannt werden kann, dass diese Kosten in einem unmittelbaren und notwendigen Zusammenhang mit der Leistung der Zustellung eines Anrufes in ein öffentliches Mobiltelefonnetz entstehen. Diese „Kosten“ entstehen durch die – aufgrund von vertraglich vereinbarten Zahlungszielen – zeitlich spätere Zahlung der Zusammenschaltungsleistungen zwischen den Betreibern. Der rufende Teilnehmer, dessen Entgelte nicht überhöht sein sollen, hat keinen Einfluss auf die vereinbarten Zahlungsbedingungen. Diese Bedingungen liegen im Regelfall in der Privatautonomie der Betreiber, weswegen der Mobilbetreiber in der Lage ist, diese „Kosten“ frei zu gestalten.

Im Rahmen der Vereinbarungen über „Zahlungsziele“ wird im Regelfall auch nicht singulär die Leistung der Mobil-Terminierung erfasst, sondern auch weitere Zusammenschaltungsleistungen, wie beispielsweise die (derzeit unregulierte) (Mobil-) Originierung, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass diesfalls keine singuläre Betrachtung der Terminierung zu erfolgen hat. Auch in anderen Bereichen werden den Mobilfunkbetreibern Zahlungen im Voraus erstattet (zB Grundentgelt) und auch diese Form von zinsenlosen Krediten an das Unternehmen findet keine Berücksichtigung in der Kalkulation. Nachdem diese Vorteile aus unterschiedlichen Zahlungsbedingungen nicht berücksichtigt werden, erscheint es als gerechtfertigt, auch allfällige „Nachteile“ dieser Bedingungen nicht zu berücksichtigen.

Auch werden die Kosten für „working capital“ im Rahmen der Ermittlung der Höhe des Kapitalkostenzinssatzes bereits berücksichtigt, weswegen es zu einer Doppelverrechnung dieser Kosten kommen würde.

d. Zum Gegenantrag der T-Mobile (vom 26.1.2007) im Verfahren zu Z 21/06 auf Anordnung einer Regelung zur Kündigung des Entgeltanhangs (Punkt 5.1. des von T-Mobile begehrten Anhang 6) ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission von der Anordnung einer Kündigungsmöglichkeit abgesehen hat, da sich eine solche bereits aus dem dem Anhang zu Grunde liegenden Zusammenschaltungsvertrag (Allgemeiner Teil) ergibt.

6. Zum Antrag der T-Mobile 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 T-Mobile vom 3.12.2008 auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme bis 23.12.2008 wurde nicht gefolgt.

Diesem Antrag der T-Mobile 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 T-Mobile der Inhalt des gegenständlichen Gutachtens bereits aus anderen Verfahren (wie etwa M 15b, d/03, M 13b, d/06) weitgehend bekannt ist. Vor diesem Hintergrund konnte von einer Stellungnahme binnen 3 Wochen ausgegangen werden.

Darüber hinaus hat T-Mobile im Rahmen des gegenständlichen Ermittlungsverfahrens weitere Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie etwa am 26.1.2009 Gebrauch gemacht hat.

7. 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.

8. 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 hat beschlossen, diesem Begehren nicht zu folgen, da eine jeweils aktuelle Ermittlung der neuesten Daten dazu führen würde, dass nach Erhebung und Bewertung der neueren Datenlage durch die Amtssachverständigen und Telekom-Control-Kommission wiederum neue Werte (ad infinitum) heranzuziehen wären, was eine endgültige

Entscheidung der Sache verhindern würde. Ein Verstoß gegen das Gebot der Berücksichtigung der aktuellen Sachlage ist darin nicht zu erkennen.

Im Konkreten ist damit zu rechnen, dass eine neue Datenerhebung ungefähr ein Monat Zeit in Anspruch nehmen würde; danach sind der Verfahrenspartei die neuen Umstände mit einer Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kenntnis zu bringen (§ 45 Abs 3 AVG). Dieser Prozess würde sich im Anschluss wiederholen, da nach diesem Zeitablauf wieder neue Daten vorliegen werden. Eine solche „Endlos-Schleife“ steht nicht in Übereinstimmung mit einer einfachen, zweckmäßigen und raschen Verfahrensführung gemäß § 39 Abs 2 AVG.

Auch vor dem Hintergrund der zeitlichen Vorgaben an die Telekom-Control-Kommission für die Durchführung von Zusammenschaltungsverfahren – § 121 Abs 2 TKG 2003 – ist dem Begehren der Hutchison nicht zu folgen.

Entgegen dem Ausführungen der Hutchison wäre mit der von ihr beantragten Neuerhebung eine Verfahrensverzögerung verbunden, da die Datenanforderung zu konkretisieren ist, die Parteien zur Datenlieferung binnen angemessener Frist aufzufordern, die eingelangten Daten auf ihre Plausibilität zu prüfen und allfälligen Inkonsistenzen nachzugehen wären. Sodann wäre das wirtschaftliche Gutachten samt Beilagen zu adaptieren.

Darüber hinaus ist den Ausführungen der Hutchison insofern nicht zu folgen, als aus einzelnen neuen Daten kein eindeutiger Trend für das Jahr 2009 abgeleitet werden kann, sind doch saisonale Schwankungen oder besondere, zeitlich befristete Aktionen der Mobilfunkbetreiber zu berücksichtigen, die zwar kurzfristig zu einem Peak führen, jedoch keinen (besonderen) Niederschlag in einer längerfristigen Betrachtung finden müssen (vgl. Stellungnahmen der Hutchison vom 15., 23.1.2009).

9. 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.

10. 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