

Entwurf einer Vollziehungshandlung

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 TKG 2003 gegenüber mobilkom Austria AG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, nach erfolgter Durchführung eines Verfahrens gemäß §§ 121 Abs. 3 TKG 2003 in der Sitzung vom 13.10.2008 einstimmig folgenden Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 iVm. §§ 117 Z 7, 121 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“) werden für die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“) sowie der mobilkom Austria AG (im Folgenden „mobilkom“) in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 14.1.2003 mit Wirksamkeit ab 1.6.2005 folgende Anhänge angeordnet:

A. 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:

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

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.

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

Anhang 6e enthält eine Auflistung jener Verkehrsarten, die für die Originierung 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, Punkt 5.4)

Kurzbezeichnung	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Verkehrsentgelt pro Minute (peak und off-peak) in €c
V 26 _{H3G}	Zugang Dienst regional (mobile Originierung) Hutchison Mobilnetz → mobilkom <small>Dienst</small>	Ab 1.6.2005 bis zum letzten Tag des Monats der Rechtskraft dieser Entscheidung: Cent 19,62
	Zugang aus dem Mobilnetz des Quellnetzbetreibers Hutchison zu Diensterufnummern im Netz der mobilkom auf Basis der Trägerdienste POTS oder ISDN-Speech/3,1 kHz audio	Ab dem auf die Rechtskraft dieser Entscheidung folgenden Monatsersten: Cent 9,5
V 26 _{mk}	Zugang Dienst regional (mobile Originierung) mobilkom Mobilnetz → Hutchison <small>Dienst</small>	Ab 1.6.2005 bis zum letzten Tag des Monats der Rechtskraft dieser Entscheidung: Cent 10,28
	Zugang aus dem Mobilnetz des Quellnetzbetreibers mobilkom zu Diensterufnummern im Netz der Hutchison auf Basis der Trägerdienste POTS oder ISDN-Speech/3,1 kHz audio	Ab dem auf die Rechtskraft dieser Entscheidung folgenden Monatsersten: Cent 9,5

Ab Wirksamwerden der Kündigung dieser Anordnung werden die hier angeordneten Bedingungen vorläufig weiter angewandt, bis eine Nachfolgevereinbarung getroffen wird oder diesbezüglich ein rechtskräftiger Bescheid der zuständigen Regulierungsbehörde ergeht.

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Hutchison 3G Austria GmbH (Hutchison) hat mit Schriftsatz vom 6.2.2008 einen Antrag auf Erlass einer Anordnung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 an die Telekom-Control-Kommission gegenüber mobilkom Austria AG (mobilkom) übermittelt. Die Antragstellerin begehrt die Anordnung von „Verrechnungsgrundsätzen“ (Anhang ./6) und der wechselseitigen Entgelte für die Zusammenschaltungsleistung der Mobil-Originierung (Anhang ./6e) für den Zeitraum ab 1.6.2005, eventualiter ab Rechtskraft der Entscheidung im gegenständlichen Verfahren.

In dem von der RTR-GmbH geführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien herbeigeführt werden. Die Verfahrensunterlagen zu RVST 1/08 wurden zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

In ihrer Sitzung am 26.05.2008 erteilte die Telekom-Control-Kommission einen Gutachtensauftrag zur Erstattung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Ermittlung der Kosten der antragsgegenständlichen Leistung der Mobil-Originierung sowie zur Darlegung alternativer Preismaßstäbe. Im August 2008 wurde das Gutachten vorgelegt und an die Parteien übermittelt. Darüber hinaus wurde der Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 5.7.2004 zu M 14/03 (Einstellung des Verfahrens gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen wegen Vorliegens effektiven Wettbewerbs) zum gegenständlichen Akt genommen und die Verfahrensparteien darüber in Kenntnis gesetzt.

Zum wirtschaftlichen Gutachten haben die Parteien Stellungnahmen übermittelt.

Am 22.9.2008 wurde eine mündliche Verhandlung abgehalten. Im September 2008 haben die Amtssachverständigen eine gutachterliche Replik 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 mobilkom über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

2. Beträchtliche Marktmacht:

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 5.7.2004 zu M 14/03 wurde das Marktanalyseverfahren betreffend den Vorleistungsmarkt für „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ eingestellt, da kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 festgestellt wurde.

Wettbewerbsdefizite betreffend die Leistung der Mobil-Originierung liegen derzeit nicht vor (ON 14).

3. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Verfahrensparteien:

Das Rechtsverhältnis der Parteien betreffend Zusammenschaltung ihrer Kommunikationsnetze beruht auf einem Vertrag über die Zusammenschaltung vom 14.1.2003 (ON 1). Dieser Vertrag sieht in seinem Punkt 11.2. des allgemeinen Teiles unter anderem vor, dass eine ordentliche Kündigung von einzelnen Anhängen unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zu jedem Monatsletzten möglich ist (ON 22).

In einer Ergänzungsvereinbarung vom 29.7.2003 wurden in einem Anhang 6 Zusammenschaltungsentgelte vereinbart (ON 1, Seite 2).

Mit Schreiben vom 7.4.2005 wurde dieser Anhang 6 zum 31.5.2005 von Hutchison gekündigt. Gleichzeitig wurde der Wunsch nach Anpassung und Neufestlegung der Entgelte zum Ausdruck gebracht (ON 1, Seite 2, Beilage ./1).

Am 14.4.2006 übermittelte Hutchison an mobilkom einen Vorschlag einer Regelung von Entgelten für die Originierung in Mobilnetze und fragte diese wiederholt nach (ON 1, Seiten 2f, Beilage ./2). Dieser Vorschlag enthält Entgelte in Höhe der weiterhin verrechneten Minutentarife (ON 8, Punkte 1, 2).

Am 29.10.2007 übermittelte Hutchison abermals einen (neuen) Vorschlag einer Regelung von Entgelten für die Originierung in Mobilnetze (ON 1, Seite 3, Beilage ./3). Dieser Vorschlag sah eine „versetzte Anwendung des Terminierungsgleitpfades“ vor (ON 8, Punkt 1).

Verhandlungen fanden am 1.3.2007 und 26.11.2007 statt (ON 1, Seite 3; ON 6, Seite 2).

4. Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen:

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist eine Zusammenschaltungsleistung iSd. § 3 Z 25 TKG 2003

5. Zu den Kosten der Verfahrensparteien für Originierung in den Mobilnetzen der Verfahrensparteien:

Unter Berücksichtigung der reinen technischen Netzkosten (K1), den Kosten für Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik (K2) sowie den Kosten für Handsetstützungen (K3) ergeben sich folgende Kosten pro Minute in Cent für Originierung in den Mobilfunknetzen der Verfahrensparteien:

5.1. Hutchison:

	Ist-2005	Ist-2006	Ist-2007	Plan-2008
Kosten der Originierung	32,23	24,94	11,18	4,78

5.2. mobilkom:

	Ist-2005	Ist-2006	Ist-2007	Plan-2008	Prognose 2008
Kosten der Originierung	10,49	8,77	7,49	7,69	6,41

Der „Prognose 2008“ liegt eine Verkehrsmengensteigerung von 2007 auf 2008 von 20% zu Grunde (ON 14).

6. Originierungsentgelte der österreichischen Mobilfunkbetreiber:

a. Seit 1.6.2005 verrechnen sich die Verfahrensparteien Entgelte für die Leistung der Mobil-Originierung in der Höhe von Cent 10,28 (mobilkom) bzw. Cent 19,62 (Hutchison) (ON 4, 14).

b. Die Durchschnittswerte (in Eurocent, pro Minute) über alle von den österreichischen Mobilfunkbetreibern verrechneten Mobil-Originierungsentgelten sowie die Spanne zwischen dem niedrigsten und höchsten Entgelt (je Betreiber) zeigen sich wie folgt:

	mobilkom	Hutchison	Orange	T-Mobile
Durchschnitt	10,46	18,96	12,89	12,38
Spanne [max - min]	3,67	3,67	k.A.	3,7

c. Nachfolgend finden sich der Branchendurchschnitt sowie das geringste und höchste Mobil-Originierungsentgelt:

	Alle MNOs
Durchschnitt über alle MNOs	13,67
Geringstes verrechnetes Entgelt	8,83
Höchstes verrechnetes Entgelt	19,62

7. Preisvergleich mit anderen nationalen Mobilfunkleistungen:

7.1. Mobil-Terminierung:

Die betreiberindividuellen Leistungen der Mobilterminierung, die ähnliche Netzelemente wie die Originierungsleistung verwendet, wurden von der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 35, 37, 42 TKG 2003 einer Regulierung nach dem Kostenrechnungsmaßstab „LRAIC“ unterworfen.

Mit den vom Verwaltungsgerichtshof behobenen Entscheidungen vom 15.10.2007 (M 15a-e/03, M 13a-e/06; Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2008 zu Zl. 2007/03/0211 u.a.) wurden folgende Entgelte zum 1.7.2008 festgelegt:

Mobilterminierung	Eurocent
mobilkom	5,72
T-Mobile	5,80
Orange (vormals one)	6,42
Hutchison	7,76

Die LRAIC-Kosten der Mobil-Terminierung wurden mit Cent 5,72 festgestellt.

7.2. Airtime-Reselling / National Roaming:

Andere Vorleistungen, wie Airtime-Reselling oder National Roaming, könnten grundsätzlich auch als Vergleich herangezogen werden. Ein Preisvergleich mit diesen Leistungen ist aber nicht möglich: einerseits sind deren Preise nicht transparent und andererseits stehen dem methodische Schwierigkeiten entgegen, da die vertraglichen Vereinbarungen zu diesen Leistungen in der Regel eine (höhere) Einmalzahlung mit entsprechend geringen, meist über einen längeren Zeitraum konstanten variablen Entgelten, vorsehen (ON 14, FN 14).

8. Alternative Kostenmaßstäbe:

Telekommunikationsbetreiber sind Mehrproduktunternehmen, die eine Vielzahl an Leistungen im Verbund produzieren, die sie auf unterschiedlichen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen vertreiben.

Die Aufteilung der Fixkosten (Gemeinkosten und gemeinsame Kosten) ist eine zentrale Frage bei der Darstellung von Kosten: Im Idealfall würden die Fixkosten nach dem Ramsey-Prinzip aufgeteilt, dh. Gemeinkosten werden im Mehrproduktfall umgekehrt proportional zu den jeweiligen Nachfrageelastizitäten der Produkte aufgeschlagen. Die Anwendung dieses Prinzips erfordert zahlreiche Informationen (Schätzung von Elastizitäten und Superelastizitäten), die jedoch der Regulierungsbehörde nicht in einem ausreichenden Maß vorliegen.

Neben Ramsey-Pricing gibt es eine Vielzahl an weiteren Möglichkeiten, Fixkosten auf die Leistungen zu verteilen. Die Spannweite reicht von „inkrementellen Kosten“, dh. der Dienst trägt keine Fixkosten, bis zu den „Stand-Alone Kosten“, dh. die Fixkosten werden zur Gänze von dem Dienst getragen. Eine grobe Schätzung dieser Kosten ergibt, dass die „inkrementellen Kosten“, die eine Untergrenze der Kostenorientierung darstellen, bei weniger als Eurocent 1,5, die „Stand-Alone Kosten“ demgegenüber bei mehreren Euros liegen (ON 14, Punkt 6.1.4.).

9. Sonstiges:

a. Die Preisdynamik im Bereich der Originierung zu Dienstenummern ist weniger vom Wettbewerb unter den Mobilfunkbetreibern geprägt als vielmehr von der Diensteanbieterseite.

b. Für das Geschäftsmodell Anrufe zu zielnetztarifierten Mehrwertnummern haben die Originierungsentgelte nicht nur die Funktion der reinen Abgeltung von Netzkosten, sondern auch der Sicherstellung eines gewissen Erlösanteils. Der Anteil der mobilkom an den Erlösen aus Anrufen zu zielnetztarifierten Rufnummern (inklusive 0800-Nummern) ist von 22,63% im Jahr 2005 auf 25,37% im Jahr 2008 gestiegen. Der Anteil der Erlöse aus Originierungsentgelten am Endkundenumsatz ist von ca. 12,5% auf 15,5% gestiegen (ON 14, 18, 19).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines:

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln bzw. sind amtsbekannt. So ergeben sich die Feststellungen zum Zusammenschungsverhältnis, zur Nachfrage sowie den geführten Verhandlungen aus dem unwidersprochenen und glaubwürdigen Vorbringen der Hutchison im verfahrenseinleitenden Antrag ON 1 sowie den Ausführungen der mobilkom in ON 8. Die Bestimmungen über die Kündigungsmöglichkeit einzelner Anhänge ergeben sich aus dem der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission gemäß § 48 Abs. 3 TKG 2003 in Kopie vorgelegten Vertrag betreffend Zusammenschaltung vom 14.1.2003 zwischen den Verfahrensparteien (ON 22).

Der jeweilige Betreiberstatus und die Qualifizierung der verfahrensgegenständlichen Leistung als Zusammenschaltung iSd. §§ 3 Z 25, 48, 49 TKG 2003 sind unstrittig.

2. Marktanalyse:

Auf dem Vorleistungsmarkt für „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 14 TKMVO 2003 verfügt kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003. Das Marktanalyseverfahren M 14/03 wurde mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 5.7.2004 gemäß § 37 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 eingestellt (amtsbekannt). Den Amtssachverständigen folgend (ON 14) können derzeit auch keine Indizien für Wettbewerbsprobleme erkannt werden, denen entweder nach Feststellung eines oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht mit Maßnahmen iSd. §§ 37 Abs. 2, 38ff TKG 2003 oder aber im Rahmen von Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 begegnet werden müsste.

Dieser Befund wird auch durch die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund 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 (ABl. L 344/65 vom 28.12.2007; „neue Märkteempfehlung“) erhärtet: Diese Empfehlung, auf die gemäß §§ 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 TKG 2003 Bedacht zu nehmen ist, sieht den verfahrensrelevanten Markt („Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“) nicht mehr als für eine Vorabregulierung in Betracht kommend vor. Dieser Markt (bzw. die verfahrensgegenständliche Leistung) erfüllt damit nach der neuen Märkteempfehlung nicht mehr die 3 Relevanzkriterien (vgl. Erwägungsgrund 5, Z 2 sowie den Anhang der neuen Märkteempfehlung).

Zwischen den Verfahrensparteien ist unstrittig, dass kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung verfügt (vgl. ON 1, Punkt 2.1; ON 4: Protokoll des Streitschlichtungsgespräches vom 13.2.2008; ON 8, Punkt 3).

Die von Hutchison vorgetragene Ausführungen zu wettbewerblichen Fragestellungen können die Feststellung, dass keine regulierungsrelevanten wettbewerblichen Defizite am gegenständlichen Markt bestehen, nicht erschüttern:

So sind Entgelte, die über betreiberindividuellen Kosten liegen (ON 4, Protokolle der Streitschlichtungsverhandlungen am 13.2. und 27.2.2008), nicht per se wettbewerbsverzerrend (vgl. dazu auch die Feststellungen zu „Ramsey-Pricing“). Auch die

selektiven Verweise der Hutchison auf das wirtschaftliche Gutachten sowie den Beschluss zu M 14/03 (ON 10, Punkte 2, 3 und 4) können nicht darlegen, dass es derzeit Wettbewerbsprobleme hinsichtlich der Mobil-Originierung gibt, denen unter dem Titel der Angemessenheit zu begegnen wäre. So haben die Amtssachverständigen die Unterschiede der Monopolleistungen der Mobil-Terminierung im Verhältnis zu den Wirkungszusammenhängen bei der Mobil-Originierung dargelegt (ON 14, insb. Punkt 6.2). Auch bleibt Hutchison jeden Beleg schuldig, dass es „unübersehbare“ Markteintrittsbarrieren in den Dienstemarkt geben würde; die Aussagen der Hutchison (ON 10, Punkt 2) erweisen sich als bloße Behauptung.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es unterschiedliche Intensitäten an Wettbewerb geben kann; so führen die Amtssachverständigen aus (ON 14, Punkt 6.2), dass im Bereich der Originierung keine mit dem Endkundenmarkt vergleichbare (preisliche) Wettbewerbsdynamik zu beobachten ist, schließen jedoch in weiterer Folge aus, dass erhebliche strukturelle Wettbewerbsdefizite gegeben sind, die besondere hoheitliche Eingriffe erfordern würden. So kann es auch auf Märkten, die grundsätzlich durch wettbewerbliche Verhältnisse gekennzeichnet sind, die Notwendigkeit geben, mit Mitteln des Kartellrechts (ex post) einzugreifen.

Darüber hinaus vermag auch die Argumentation der Hutchison, dass wettbewerbsverzerrend hohe Mobil-Originierungsentgelte Eintrittshürden für Betreiber in den Dienstemarkt darstellen würden (ON 4 und ON 10, Punkt 7), nicht zu überzeugen, da die festgestellten privatautonom vereinbarten Entgelte zwar die Kosten („K1“ bis „K3“) der konkreten Leistung der Mobil-Originierung decken, aber auch die Fixkosten der Betreiber umgelegt werden müssen. Die Amtssachverständigen gehen dabei von Kosten in der Höhe von Cent 10 bis 11 aus, die sich aus einer Allokation der nicht-technischen Gemeinkosten nach einer groben Annäherung an das Ramsey-Prinzip ergeben; auch diese Werte können als „kostenorientiert“ angesehen werden, weswegen nicht (wie von Hutchison) von Entgelten über Kosten ausgegangen werden muss. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass Originierungsentgelte lediglich einen geringen Teil der Dienstentgelte ausmachen (vgl. wirtschaftliches Gutachten, Tabelle 18), weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Originierungsentgelte ein „Eintrittshindernis in den Dienstemarkt“ darstellen.

Vor diesem Hintergrund sieht es die Telekom-Control-Kommission als erwiesen an, dass keine wettbewerblichen Defizite hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung gegeben sind. Die zur Entscheidung angerufene Regulierungsbehörde hat entschieden, keine weiteren Ermittlungen hinsichtlich der wettbewerblichen Verhältnisse zu führen.

Ungeachtet dieser materiellen Bewertung der wettbewerblichen Verhältnisse am Vorleistungsmarkt für „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ ist weiters festzuhalten, dass der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgend (Zahl 2007/03/0211 vom 25.6.2008) für einen Zeitraum, der vor Erlassung einer (neuen) Entscheidung iSd. § 37 TKG 2003 liegt, keine spezifischen Verpflichtungen auferlegt werden können. Mit einer Maßnahme gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 können damit weder für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum noch für den Zeitraum bis zur Rechtskraft einer Entscheidung iSd. § 37 Abs. 2 TKG 2003 spezifische Verpflichtungen iSd. §§ 38ff TKG 2003 auferlegt werden, denen im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren (für den genannten Zeitraum) Rechnung zu tragen wäre.

3. Zu den Kosten der Verfahrensparteien für Originierung in den Mobilnetzen der Verfahrensparteien:

Die Feststellungen zu den Kosten der Verfahrensparteien für Originierung in ihren Mobilnetzen, zu den Vergleichen mit anderen Leistungen sowie die Darlegung alternativer Kostenmaßstäbe gründen ebenso wie die ökonomischen Überlegungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung auf

einem wirtschaftlichen Gutachten vom August 2008 (ON 14; samt Änderung ON 18, 19) samt einer gutachterlichen Replik vom September 2008 (ON 33).

Die Amtssachverständigen führen in den Kapiteln 2 und 3 des wirtschaftlichen Gutachtens in die Grundlagen der Kalkulation ein, nennen die zugrundeliegenden Daten (Anhänge) und die Berechnungsschritte, die zum Ergebnis (Kapitel 5) führen; in einem weiteren Kapitel stellen die Amtssachverständigen nachvollziehbar alternative Preismaßstäbe zur Ermittlung von Originierungsentgelten dar (Kapitel 6.1.) und führen darüber hinaus eine ökonomische Diskussion zur verfahrensgegenständlichen Leistung (Kapitel 6.2.). Abschließend legen die Amtssachverständigen ihre Schlussfolgerungen dar und begründen ihre Empfehlung.

Einigen der von Hutchison vorgetragene Einwendungen (ON 26, 29), wie die doppelte Verrechnung von IT-/IC-Billing-Kosten oder der Heranziehung unterschiedlicher Aufteilungsschlüssel für Kosten „K2“ und „K3“ (Netzkosten- oder Endkundenschlüssel), haben die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Replik Rechnung getragen.

Im Zusammenhang mit der doppelten Verrechnung von IT-/IC-Billing-Kosten ist darauf zu verweisen, dass die Amtssachverständigen lediglich eine Korrektur für die Jahre 2007 und 2008 vorgenommen haben. Die erscheint der Telekom-Control-Kommission grundsätzlich ausreichend, da die Entscheidung im gegenständlichen Verfahren für die Jahre 2005 und 2006 nicht auf die zugrundeliegenden (im Fall der Hutchison sehr hohen) Kosten abgestellt.

Auch wurden Klarstellungen vorgenommen, wie hinsichtlich des „Kopierfehlers“ in Tabelle 2 des wirtschaftlichen Gutachtens sowie den herangezogenen Daten und deren Konsistenzprüfung.

Das wirtschaftliche Gutachten sowie die gutachterliche Replik sind damit schlüssig und nachvollziehbar und können den gegenständlichen Feststellungen zu Grunde gelegt werden, wobei festgehalten wird, dass die konkreten Kosten im Rahmen der Festlegung angemessener Originierungsentgelte lediglich einen von mehreren Parameter darstellt, 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). Diese ergeben sich im Regelfall aus unterschiedlichen Herangehensweisen hinsichtlich der Aufteilung einzelner Kosten; so können Kosten [K2, K3] sowohl auf der Grundlage eines Netzkostenschlüssels als auch über einen Endkundenschlüssel aufgeteilt werden, wobei beide Herangehensweisen sowie deren Ergebnisse als valide angesehen werden können. Auch hinsichtlich der diskutierten IT-/IC-Billing-Kosten könnte eine Aufnahme in die Mobil-Originierungs-Kostenrechnung erfolgen. Auf diesen Umstand weisen die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Replik (ON 33, Seite 8) nachvollziehbar hin.

Gegen das Gutachten vorgebrachte Ausführungen vermögen in Summe nicht zu überzeugen:

a. Im Rahmen einer Stellungnahme vom 10.9.2008 (ON 24) führt mobilkom zum wirtschaftlichen Gutachten vom August 2008 aus und erachtet eingangs (Punkt 1) die „*Methode des Rechenmodells zur Ressourcenaufteilung zwischen Daten und Sprache*“ als „*verbesserungswürdig*“: Zusammengefasst spricht sich mobilkom für die Heranziehung eines Szenarios aus, in welchem die gesamten GSM- und UMTS-Kosten berücksichtigt werden, ungeachtet ob diese Kosten für Sprach- oder Datendienste anfallen („*Szenario 1*“, ON 14, Seiten 7f).

Demgegenüber wurde der Kostenbetrachtung ein Szenario zu Grunde gelegt, in dessen Rahmen ein gemischter Faktor sowohl für die UMTS- als auch für die GSM-Kosten zur Anwendung gebracht wird („*Szenario 3*“; ON 14, Seiten 9f). Dieses Szenario wird von den Amtssachverständigen favorisiert (ON 14, Seite 10: „*schlüssigere Variante*“, „*verursachungsgerecht*“). Mit „*Szenario 3*“ wird sichergestellt, dass sämtliche für die Erbringung von Sprache relevanten Kosten, unbeschadet davon, ob die Leistung im GSM-

oder im UMTS-Netz erbracht wird, berücksichtigt werden. Darüber hinaus wird verhindert, dass die Aufteilung von Sprache und Daten auf der Grundlage einer einzelnen Aufnahme eines Ist-Zustandes (Momentaufnahme) vorgenommen wird. Eine grundsätzliche Gleichbehandlung unterschiedlicher Technologien (GSM, UMTS) entspricht einem technologie-neutralen Ansatz iSd. sektorspezifischer Regulierung (§ 1 Abs. 3 Satz 1 TKG 2003) und steht darüber hinaus auch in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 2 lit. c TKG 2003 („Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen“).

Aus diesem Grund konnte „Szenario 1“ – wie von mobilkom begehrt – nicht näher getreten werden, da in diesem Szenario sämtliche Kosten für GSM und UMTS, unabhängig davon, ob sie für Sprache oder für Daten anfallen, berücksichtigt werden. Dieses Szenario würde somit bedeuten, dass nicht verfahrensgegenständliche Leistungen, nämlich der Transport von Daten in Mobilnetzen, in nicht unerheblichem Ausmaß in eine Kostenberechnung der verfahrensgegenständlichen Leistung der Originierung von Sprache in Mobilnetzen Eingang finden.

Dass durch diese Herangehensweise ein negativer Anreiz für Investitionen in mobile Breitbanddienste geschaffen wird, wird von mobilkom lediglich behauptet (ON 24, Seite 2); ein Beleg wird nicht angeführt. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass das Anbieten neuer Endkundenprodukte (wie „mobile Datenkarten“) in einem wettbewerblichen Umfeld von statten geht und der Mobilbetreiber auf Grund dieses Druckes zu Innovation und zum Anbieten neuer Mobil-Produkte gezwungen ist. Ob er diese Leistungen, wie etwa „Mobile TV“ über „UMTS-Streaming“ oder eine andere Technologie (etwa „DVB-H“) erbringt (wie von mobilkom als Beispiel angeführt), obliegt dem jeweiligen Unternehmen, kann auf eine Reihe einzelner Gründe zurückgeführt werden und ist an dieser Stelle somit nicht zu berücksichtigen.

Soweit mobilkom weiters darauf hinweist, dass der Endkunde bzw. der Zusammenschaltungspartner auch von den Skalenerträgen aus dem Datenvolumen in Form geringerer Entgelte profitiert, obwohl nur die Leistung „mobiler Sprachdienst“ bzw. die „Originierung von Sprache“ in Anspruch genommen wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Verfahrenspartei in ihrem mobilen Netz unterschiedliche Dienste erbringt, die aus regulatorischer Sicht unterschiedlich behandelt werden. Es ist sicherzustellen, dass der Zusammenschaltungspartner bzw. dessen Endkunden lediglich die Leistung des mobilen Sprachdienstes bezahlt, nicht jedoch auch für andere Dienste. Dass der Zusammenschaltungspartner bzw. der rufende Kunde einen Vorteil dadurch hat, dass der Netzbetreiber sein mobiles Netz umfassend (dh. auch für andere Dienste) nützt und deswegen die Kosten geringer sind, ist eine Begleiterscheinung unter Ausnützung der „economies of scope“, der jedoch aus regulatorischer Sicht nicht entgegenzuwirken ist. Gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 ist nämlich unter anderem die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile (auch) in Bezug auf Preis eines der Ziele des TKG 2003; diesem Ziel wird damit entsprochen.

b. An einer Heranziehung des „Szenario 3“ vermag auch das weitere Vorbringen der mobilkom (ON 24, Seite 3, Punkt 1.2.) nichts zu ändern: Auch wenn Datendienste als „best-effort-Dienst“ erbracht werden und im Fall eines Ressourcenkonfliktes hinter den Sprachdienst zurücktreten, ist doch evident, dass in ein und demselben Mobilfunknetz auch Datendienste erbracht werden, die ebenso Kosten generieren. Dass zur Ermittlung der Kosten durchschnittliche Daten-/Sprachmengen herangezogen werden, dient der sorgfältigen Aufteilung der Dienste. Kosten, die durch Dienste verursacht werden, die nicht verfahrensgegenständlich sind, sollen nicht vom Zusammenschaltungspartner bzw. dessen Endkunden abgegolten werden.

c. Unter Punkt 2 ihrer Stellungnahme vom 10.9.2008 kritisiert mobilkom die „Verkehrsmengenschätzungen der RTR-Gutachter für das Jahr 2008“. In weiterer Folge führt mobilkom jedoch zur angeblichen Verkehrsmengenentwicklungen für „2009“ aus, die jedoch nicht vorgenommen wurden (vgl. ON 14, Seiten 20ff). Das Vorbringen ist damit verfehlt.

Sofern sich jedoch das Vorbringen der mobilkom aus das Jahr 2008 beziehen soll und kritisiert wird, dass die Amtssachverständigen – in Abweichung von den Plandaten der mobilkom für 2008 – eine eigene Prognose für 2008 erstellt und der Kostenberechnung (alternativ) zu Grunde gelegt haben, ist festzuhalten, dass aus einem Vergleich der Verkehrsmengensteigerungen seit 2005 bei mobilkom mit einem höheren Wachstum gerechnet werden kann, als der von mobilkom angegebene Wert, der nur im unteren einstelligen Prozentbereich liegt. Der von den Amtssachverständigen herangezogene Wert von 20% liegt im Bereich der letztjährigen Steigerungen, weswegen die Telekom-Control-Kommission davon ausgeht, dass dieser Wert valide ist. Die Ausführungen der mobilkom zum „gesättigten Markt“, weswegen mit geringeren Mengensteigerungen zu rechnen sei, bleiben ohne jeden Beleg und können damit nicht nachvollzogen werden.

Der Verweis der mobilkom auf die Kostenberechnung der Verfahrensgegnerin Hutchison, insbesondere, dass die Amtssachverständigen dazu keine eigenen Schätzungen vorgenommen hätten, sondern den Angaben der Hutchison gefolgt wären („*von einer einheitlichen und objektiven Vorgangsweise abgewichen*“), ist darauf zurückzuführen, dass die von Hutchison angegebenen Werte für 2008 im nachweisbaren Trend von (über die Jahre seit 2005) stetig abnehmenden Zuwachsraten lagen (vgl. ON 14, Kapitel 4.7 „*Verkehrsmengenentwicklung 2008*“). Aus diesem Grund haben die Amtssachverständigen keinen Grund gesehen, eigene Prognosen anzustellen, was aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nachvollziehbar ist.

d. Die antragstellende Gesellschaft hat am 17.9.2008 eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten übermittelt (ON 26) und geht darin eingangs unter dem Titel „*Formales*“ (Punkt 1) auf einzelne Elemente des wirtschaftlichen Gutachtens ein. Dabei unterlässt es Hutchison darzulegen, inwieweit ihre Ausführung die Schlüssigkeit des wirtschaftlichen Gutachtens zu erschüttern vermag:

Eingangs weist Hutchison zu Recht unter Punkt 1.1 darauf hin, dass die Werte für 2008 in Tabelle 2 des Gutachtens mit jenen aus dem Jahr 2007 ident sind. Hutchison zieht jedoch den richtigen Schluss aus dem Gutachten sowie aus den übermittelten (dem Gutachten zu Grunde liegenden) Daten und Berechnungen (vgl. Beilagen zum wirtschaftlichen Gutachten), dass mit unterschiedlichen Werten für die Jahre 2007 und 2008 gerechnet wurde. Die Darstellung der Werte des Jahres 2008 in Tabelle 2 ist unrichtig, die Berechnungen basieren jedoch auf den korrekten Werten des Jahres 2008.

Diesen Umstand haben die Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 22.9.2008 aufgeklärt und dies in der gutachterlichen Replik wiederholt dargelegt.

In weiterer Folge (Punkt 1.2) geht Hutchison auf die von den Amtssachverständigen vorgenommene Plausibilitätskorrektur beim Originierungsvolumen für Sprache ein. Offenbar möchte Hutchison eine Korrektur auch beim Daten-Sprache-Faktor erwirken.

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem unbegründeten Vorbringen nicht anzuschließen, da sich aus dem Gutachten ergibt, dass die Amtssachverständigen nach einer Konsistenzprüfung (vgl. Punkte 4.2. und 4.7 des Gutachtens) lediglich dort eine Korrektur vorgenommen haben, wo eine solche notwendig erschien; eine solche hat sich lediglich im Zusammenhang mit dem Originierungsvolumen für Sprache bei mobilkom ergeben.

Zu dieser Ausführung haben die Amtssachverständigen in der mündlichen Verhandlungen sowie in ihrer gutachterlichen Replik Stellung genommen und festgehalten (Gutachterliche Replik, Seiten 7f), dass sich die im wirtschaftlichen Gutachten erwähnte Konsistenzprüfung der Werte auf die Zeitreihen der zugrunde liegenden Daten über die Zeiträume IST 2005, 2006, 2007 und PLAN 2008 bezog. Gegenstand der Prüfung war demgegenüber nicht, ob die Planwerte aus 2006 für das Jahr 2008 mit der Planung Mitte 2008 für das gesamte Jahr 2008 massiv voneinander abweichen.

Im Sinne des § 39 Abs. 2 AVG wurden die Betreiber aufgefordert, einen Sprache-Datenfaktor für 2007 und 2008 (auf Basis der im Verfahren Z 12-24/06 dargelegten Methodik) im Rahmen der Datenlieferung abzugeben, der die Basis für die weiteren Berechnungen darstellte. Sämtliche Daten basieren somit auf IST-Werten 2007 (oder IST-Werten aus Vorjahren aus den Verfahren Z 12-24/06) bzw. PLAN-Werten 2008.

Soweit Hutchison die fehlenden Daten zu den Tabellen 16 und 17 kritisiert, ist festzuhalten, dass die konkreten Werte nicht Eingang in die Entscheidung finden und damit keine Beweismittel darstellen; eine weitere Offenlegung von Daten ist damit nicht notwendig. Es kann jedoch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass die Endkundenpreise für Mobilfunkdienstleistungen in den letzten Jahren deutlich gesunken sind, was von Hutchison in ihrer Stellungnahme im Grundsatz nicht bestritten wird.

Unter Punkt 1.5 nimmt Hutchison auf die Darstellung „möglicher Preismaßstäbe“ auf Seite 28 des wirtschaftlichen Gutachtens Bezug (Punkt 6.1.5); Hutchison vermag die Bedeutung dieser Übersicht nicht zu erkennen. Im Besonderen kritisiert Hutchison, dass die Ermittlung von Durchschnittswerten nicht angegeben wird. Dazu ist auszuführen, dass die angesprochene Tabelle keine neuen Daten ausweist, sondern sich diese vielmehr als Zusammenfassung der vorigen Kapitel versteht und insofern als „Conclusio“ bezeichnet wurde. Die zur Verrechnung gelangenden Mobil-Originierungsentgelte werden in Punkt 6.1.1 betrachtet, wobei ausgeführt wird, dass je Mobilfunkbetreiber ein „*Durchschnittswert über alle verrechneten Originierungsentgelte*“ sowie „*die Spanne zwischen dem niedrigsten und höchsten Entgelt*“ dargestellt werden. In Ermangelung weiterer Angaben erscheint es nachvollziehbar, dass die Amtssachverständigen eine arithmetische Mittelung der zur Verrechnung gebrachten Entgelte vorgenommen haben.

e. Unter Punkt 2 geht Hutchison auf den „*Aufteilungsschlüssel der K2 und K3-Kosten*“ ein und erachtet die Heranziehung von unterschiedlichen Aufteilungsschlüsseln – für mobilkom ein „*Netzkostenschlüssel*“, bei Hutchison ein „*Endkundenschlüssel*“ – als inkonsistent.

Diesem Hinweis wurde Rechnung getragen: Die Amtssachverständigen haben in ihrer gutachterlichen Replik bei der Ermittlung der Kosten der Mobil-Originierung für beide Verfahrensparteien einen einheitlichen Aufteilungsschlüssel herangezogen, damit ein „*konsistentes Modell*“ geschaffen bzw. eine „*einheitliche Methodik*“ zu Grunde gelegt und die so ermittelten Werte ausgewiesen. Diese wurden den Feststellungen zu Grunde gelegt.

Dabei kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen (vgl. die Ausführungen der Hutchison in der Stellungnahme vom 6.10.2008, Punkt 5), dass der von den Amtssachverständigen konkrete herangezogene Schlüssel – ein Netzkostenschlüssel – untauglich wäre. Wie bereits ausgeführt, können Kosten nach unterschiedlichen Gesichtspunkten umgelegt werden, wobei auch unterschiedliche Varianten zu verursachungsgerechte Lösung führen (ON 33, Seite 8). Da bereits in früheren Verfahren zur Ermittlung von zusammenschaltungsrelevanten Kosten ein Netzkostenschlüssel herangezogen wurde, um eine Aufteilung von Sprache und Daten vorzunehmen, folgt die Telekom-Control-Kommission den Ergebnissen, die sich aus einem einheitlichen Netzkostenschlüssel ergeben. Unter Zugrundelegung dieses Aufteilungsschlüssels für beide Verfahrensparteien ergeben sich K3-Kosten für Hutchison für 2007 in der Höhe von Cent 11,18 und Cent 4,78 für 2008. Demgegenüber liegen die Kosten unter Zugrundelegung des von Hutchison thematisierten Schlüssel in der Höhe von Cent 14,9 (für das Jahr 2007) und Cent 7,79 (für das Jahr 2008). Die festgestellten Kosten der Mobilkom wurden auf der Grundlage eines Netzkostenschlüssels ermittelt.

An dieser Stelle soll wieder darauf hingewiesen werden, dass eine Abschätzung der Kosten ausreichend ist und damit unterschiedliche Kalkulationsvarianten zur Kenntnis genommen werden können, da die Entgelte nicht exakt in der Höhe der festgestellten (K3-)Kosten angeordnet werden.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines:

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Weiters ist Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd. § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

Die Antragsvoraussetzungen für ein Verfahren nach § 50 TKG 2003 sind gegeben.

2. 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.

3. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission:

Die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission zu (§ 117 Z 7 TKG 2003).

4. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003:

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

5. Zur Anordnung im Konkreten:

5.1. Gleichlautende Anträge:

Soweit übereinstimmende Anträge der Parteien vorliegen, wurden die Regelungen in diesem Sinn angeordnet, sodass diesbezüglich weitere Begründungen entfallen können (§ 58 Abs. 2 AVG). Dies bezieht sich insbesondere auf den angeordneten Anhang 6 „Verrechnungsgrundsätze“ (ON 1 und ON 8, Punkt 4).

Strittig ist damit die Höhe der wechselseitigen Mobil-Originierungsentgelte. Auch hinsichtlich des Geltungszeitraumes sowie der „Weiteranwendungsklausel“ war eine Entscheidung zu treffen.

5.2. Zu den angeordneten Mobil-Originierungsentgelten:

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Originierungsentgelte zu erlassen (§§ 48, 50 TKG 2003). Ist das Entgelt für eine im Rahmen der Zusammenschaltung zu erbringende Leistung eines Unternehmens ohne beträchtliche 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).

Wie festgestellt, verfügt keine der Verfahrensparteien auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht, weswegen für die verfahrensgegenständliche Leistung kein „kostenorientiertes“ Entgelt (iSd. einer spezifischen Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003) festzulegen ist. Auch wurden keine Indizien für Wettbewerbsprobleme festgestellt, denen mit besonderen Maßnahmen begegnet werden muss, weswegen grundsätzlich von einem „gelinderen“ Maßstab auszugehen sein wird.

Dazu bringt Hutchison zum Ausdruck, dass den konkreten wettbewerblichen Verhältnissen am verfahrensgegenständlichen Markt – ungeachtet der Ergebnisse iSd. §§ 36, 37 TKG 2003 – Rechnung zu tragen ist, weswegen die wettbewerblichen Umstände im Detail zu prüfen sind. Damit wäre im Wesentlichen eine umfassende Marktuntersuchung vorzunehmen.

Mit diesem Vorbringen interpretiert Hutchison die einschlägigen Bestimmungen des sektorspezifischen Rechtsrahmens fehl: Ausgangspunkt für die sektorspezifische ex-ante Regulierung sind die Schritte der Marktdefinition iSd. § 36 TKG 2003, die Analyse dieser relevanten Märkte iSd. 37 TKG 2003 mit dem Ergebnis, dass ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht (§ 35 TKG 2003) verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Dem bzw. den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht werden in weiterer Folge spezifische Verpflichtungen iSd. §§ 38ff TKG 2003 auferlegt. Im Rahmen der Verfahren nach § 36 und § 37 TKG 2003 werden umfangreiche Untersuchungen der wettbewerblichen Verhältnisse vorgenommen; dazu sind umfangreiche Datenabfragen bei Kommunikationsnetz- und -dienstebetreibern iSd. § 15 TKG 2003 notwendig („Betreiberabfrage“). Auf dieser Grundlage werden Feststellungen getroffen und eine wettbewerbliche zukunftsgerichtete Einschätzung vorgenommen. Dieser langwierige Prozess wird regelmäßig (alle 2 Jahre) wiederholt. Mit den im Rahmen einer Marktanalyseentscheidung getroffenen Festlegungen werden „Verhaltensregeln“ pro futuro angeordnet, die den Ergebnissen der Verfahren nach §§ 36, 37 TKG 2003 Rechnung tragen.

Demgegenüber ist ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 subsidiär möglich, wenn Kommunikationsnetzbetreiber eine privatautonome Lösung über Fragen der Zusammenschaltung auf privatrechtlichem Weg nicht zu Stande bekommen. Diesfalls entscheidet die Telekom-Control-Kommission als „Schiedsrichter“ und hat in ihrer vertragsersetzenden (subsidiären) Entscheidung einen fairen Interessensausgleich herbeizuführen. Bei dieser Entscheidung ist allfälligen spezifischen Verpflichtungen iSd. §§ 37, 38ff Rechnung zu tragen; gibt es keine konkreten Vorgaben (wie im gegenständlichen Verfahren), kommt der Regulierungsbehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Diese Entscheidung ist „schnellstmöglich, auf jeden Fall aber innerhalb von vier Monaten“ zu treffen (Art. 20 RL 2002/21/EG). Gemäß § 121 Abs. 3 TKG 2003 „entscheidet [die Telekom-Control-Kommission] binnen vier Monate ab Einlangen des Antrages.“

Während die Verfahren gemäß §§ 36ff TKG 2003 eine umfassende vorausschauende Wettbewerbsbeurteilung zum Ziel haben, bezweckt das Verfahren gemäß §§ 48, 50, 121 TKG 2003 die rasche Beilegung von Streitfällen, wobei in diesen Fällen den (zuvor gemäß §§ 36, 37 TKG 2003 identifizierten) wettbewerblichen Umständen und gegebenenfalls Verpflichtungen Rechnung zu tragen ist.

Diesem Konzept der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 widerspricht Hutchison insofern, als sie für jede einzelne Entscheidung der Telekom-Control-Kommission (nach §§ 48, 50 TKG 2003, zumindest in den derzeit parallel anhängigen Verfahren Z 1/08, Z 2/08) eine umfassende Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse fordert und damit das Wesen der ex-ante Regulierung iSd. §§ 36, 37 TKG 2003 negiert; die Ausführungen der Hutchison fortgesetzt, wäre somit keine Marktdefinition und Marktanalyse gemäß den Bestimmungen des §§ 36ff TKG 2003 (mehr) durchzuführen, sondern es wäre in jedem einzelnen Streitfall eine Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse vorzunehmen, um sodann angemessene, den wettbewerblichen Verhältnissen entsprechende Zusammenschaltungsbedingungen anzuordnen. Diesem Verständnis der sektorspezifischen Rechtsvorschriften kann sich die Telekom-Control-Kommission nicht anschließen, zumal auch der Richtlinien- bzw. Gesetzgeber für die Beilegung von Streitfällen eine kurze Frist vorsieht, in deren Rahmen bloß die wesentlichsten Ermittlungsschritte (und keine umfassende Marktuntersuchung) gesetzt werden können.

Der antragstellenden Gesellschaft ist aber insofern beizupflichten, als den Umständen des Einzelfalls sowie den Regulierungszielen des TKG 2003 Rechnung zu tragen ist: Im Rahmen einer Entscheidung über Zusammenschaltungsbedingungen ist ein fairer Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2004/03/0204, 2004/03/0151); dabei sind die Ziele des § 1 TKG 2003 zu verwirklichen und der Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren (vgl. § 34 TKG 2003 sowie die Art. 5 der Richtlinie 2002/19/EG und Art. 8 der Richtlinie 2002/21/EG).

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 beispielsweise Z 1/02, Z 28/02, Z 14,15/01, Z 5,7/01, Z 7/00 bzw. Z 23/03).

Zum Begriff des „angemessenen Entgelts“ ist festzuhalten, dass von dem – sich aus § 1152 ABGB ergebenden – Grundsatz ausgegangen werden kann, dass in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien ein Entgelt in angemessener Höhe als vereinbart gilt. Den einschlägigen Kommentaren folgend ist jenes Entgelt angemessen im Sinne des § 1152 ABGB, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt. Herangezogen werden könnten nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes Tarifsysteme, wie Kollektivverträge oder etwa die „autonomen Honorarrichtlinien“ der Rechtsanwaltschaft (SZ 35/33) oä. Im allgemeinen Wettbewerbsrecht wird für marktbeherrschende Unternehmen eine genauere Determinierung des angemessenen Preises darin gesehen, dass der angemessene Preis jener ist, der sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte – der so genannte „Als-ob-Wettbewerbspreis“.

Die Verfahrensparteien begehren jeweils Entgelte in „angemessener“ Höhe (ON 1, 8); Mobilkom begehrt für den Zeitraum ab 1.1.2009 Entgelte in reziproker Höhe; auch Hutchison hat sich anfänglich für reziproke Entgelte ausgesprochen (ON 4, 8, 40). Es herrscht jedoch Dissens über deren Ausgestaltung: Während die antragstellende Hutchison ein Entgelt in der maximalen Höhe der Kosten (K1) der Mobil-Terminierung (Verkehrsart V25) als angemessen erachtet und dies im Wesentlichen auf die Vergleichbarkeit der Leistungen der Terminierung und Originierung zurückführt (ON 1) bzw. Wettbewerbsverzerrungspotential verringern möchte (ON 4), sieht mobilkom ein Entgelt in der Höhe von Cent 9,5 (ab Rechtskraft der

Entscheidung für sich bzw. ab 1.1.2009 reziprok) als angemessen an und führt dies unter anderem auf den Umstand zurück, dass dieses Entgelt „marktüblich“ ist (ON 4, 8).

Während Hutchison somit eine deutliche Senkung der wechselseitigen Mobil-Originierungsentgelte auf ein reziprokes Niveau (Reziprozität für den Fall, dass nicht auf das Ramsey-Pricing-Prinzip zurückgegriffen wird, ON 40) erreichen möchte (Hutchison hat im Rahmen der Streitschlichtung vor der RTR-GmbH einen Betrag „von maximal Cent 4“ genannt, ON 4), wünscht mobilkom eine geringfügige Reduktion ihres Entgeltes, das sie bislang verrechnet hat, sowie eine deutliche Reduktion des bisher von Hutchison verrechneten Entgeltes auf ein, zumindest ab 1.1.2009, reziprokes Niveau.

Im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens wurden neben den betreiberindividuellen Kosten der Mobil-Originierung (vgl. zur Relevanz der Kosten bei der Festsetzung angemessener Entgelt die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2000/03/0285, 2001/03/0170, 2002/03/0164 und 2002/03/0188) auch weitere Parameter ermittelt, die für eine Festlegung von angemessenen Entgelten eine Rolle spielen (können): So wurden die zur Verrechnung gelangenden, vereinbarten Originierungsentgelte der österreichischen Mobilbetreiber erhoben (Durchschnitt sowie Spanne) und diese in Relation zu anderen Leistungen gesetzt (Mobil-Terminierung). Auch wurde eine Abschätzung der inkrementellen Kosten sowie der „Stand-Alone“ Kosten der Originierung vorgenommen. Weiters wurden nicht-technische Gemeinkosten nach einer groben Annäherung an das Ramsey-Pricing-Prinzip umgelegt.

Im Konkreten wurden Vollkosten der jeweiligen Mobil-Originierungsleistung ermittelt, wobei alle Kosten der Mobil-Originierung ausgewiesen sind: Neben den reinen technischen Netzkosten (K1) wurden zusätzliche Kostenelemente (K2, K3) ermittelt, die der Leistung der Mobil-Originierung zugerechnet werden können: Dabei handelt es sich um Kosten für Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik sowie für Handsetstützungen. Dabei zeigt sich, dass die Kosten der Hutchison in den letzten Jahren deutlich – von über Cent 32 im Jahr 2005 auf unter Cent 5 im Jahr 2008 (vgl. jedoch die unterschiedlichen Ergebnisse der Kostenrechnung in Abhängigkeit vom herangezogenen Aufteilungsschlüssel) – gesunken sind. Demgegenüber sind die Kosten der mobilkom in einem geringeren Ausmaß gesunken, und zwar von über Cent 10 im Jahr 2005 auf über Cent 6 im Jahr 2008. Nachdem keine Indizien für Wettbewerbsprobleme festgestellt werden konnten, war dem Begehren der Hutchison auf Nichtberücksichtigung der Kostenblöcke K2 und K3 nicht zu folgen (ON 10, Punkt 4).

Diese Kosten stellen lediglich einen Parameter für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte dar, da – wie bereits ausgeführt – die Verfahrensparteien keine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierter Mobil-Originierungsentgelte trifft. Eine Verpflichtung zur Verrechnung von Entgelten in der (maximalen) Höhe der festgestellten Kosten (bzw. Maximal-Entgelte, die bloß einzelne Kostenelemente, wie „K1“ widerspiegeln) könnte angebracht sein, wenn wettbewerbliche Defizite identifiziert werden und als überhöht erkannte Entgelte reduziert werden müssen (vgl. dazu Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 betreffend betreiberindividuelle Terminierungsmärkte). Dies ist jedoch im gegenständlichen Kontext nicht gegeben. Die tragende Begründung der Hutchison im verfahrenseinleitenden Antrag, warum das Entgelt für die Mobil-Originierungsleistung unter den Netzkosten der Mobil-Terminierung zu liegen kommen müsse, nämlich die grundsätzliche Vergleichbarkeit dieser Leistungen (ON 1, Punkt 2.1), ist verfehlt: Diese Leistungen mögen zwar in technischer Hinsicht Gemeinsamkeiten haben, unterscheiden sich jedoch etwa in der regulatorischen Behandlung: Während für die Leistung der Terminierung betreiberindividuelle Monopolmärkte definiert wurden (§ 1 Z 15 TKMVO 2003) und beträchtliche Marktmacht iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 festgestellt wurde (ungeachtet der Aufhebung dieser Entscheidungen durch den Verwaltungsgerichtshof – vgl. das Leiterkenntnis zur Zahl 2007/03/0211 – gehen die Amtssachverständigen davon aus, dass „aus ökonomischer Sicht die SMP-Stellung zweifelsfrei gegeben ist“, vgl. ON 14), gibt es bei der Leistung der Mobil-Originierung einen einheitlichen Markt, auf dem kein Unternehmen

mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wurde und auf dem es damit keine wettbewerblichen Defizite gibt. Dass in früheren Zusammenschaltungsverfahren iSd. § 41 TKG (1997) die Telekom-Control-Kommission die Leistungen der Terminierung und der Originierung ähnlich behandelt hat (Vorbringen der Hutchison in ON 10, Punkt 4), ist auf die damalige Rechtslage mit dem früheren Konzept von vorgegebenen vier Telekommunikationsmärkten (darunter ein einheitlicher „Zusammenschaltungsmarkt“) und der Marktbeherrschung zurückzuführen. Auf diesem Zusammenschaltungsmarkt wurde nur zeitweise ein Mobilbetreiber als marktbeherrschend iSd. § 33 TKG (1997) festgestellt (vgl. die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu M 1/98, M 1/99 sowie M 2/99 vom 14.5.98, 23.7.99 sowie 31.7.2000).

Auch unterscheiden sich die Leistungen der Mobil-Terminierung und der Originierung zu zielnetztarifierten Diensten hinsichtlich ihrer Nachfragefunktionen erheblich, was deutliche Auswirkungen auf die Umlegung von Fixkosten nach dem Ramsey-Pricing-Prinzip hat (vgl. ON 14).

Darüber hinaus ist der Anreiz, für die Leistung Originierung überhöhte Entgelte zu setzen, deutlich geringer, als dies für die Leistung Terminierung der Fall ist. Der Wirkungszusammenhang hoher Terminierungsentgelte ist eindeutig: hohe Terminierungsentgelte wirken preistreibend auf die Endkumentarife der mobilen Mitbewerber bzw. Festnetzbetreiber (raise each others cost) und preissenkend auf die eigenen Endkumentarife, sie entfalten direkt oder indirekt Wirkung auf den gesamten Retailmarkt; darüber hinaus sind Terminierungsentgelte für einen hohen Anteil der Vorleistungserlöse verantwortlich und sie sind ein geeignetes Mittel für große Betreiber, um Neueinsteiger am Markteintritt und kleine Betreiber an der Expansion zu behindern. Es gibt also einen eindeutigen unilateralen Anreiz überhöhte Terminierungsentgelte zu verrechnen.

Demgegenüber ist im Falle der Originierung dieser Wirkungszusammenhang nicht zweifelsfrei gegeben. Die Originierungsentgelte eines Betreibers wirken nicht nur auf die Retailtarife (in dem Segment der Anrufe zu Mehrwertnummern) der Mitbewerber, sondern auch auf die eigenen. Wenn die Originierungsentgelte eines Betreibers in signifikantem Ausmaß steigen, hat der Diensteanbieter höhere Kosten (auf Grund der Auszahlungen an diesen Originierungsbetreiber) zu gewärtigen, die wiederum von seiner Seite Tarifierungen bei den Endkumentarifen für Anrufe zu zielnetztarifierten Rufnummern erfordern können. Auf Grund eines (über alle Betreiber) einheitlichen Endkumentarif für Dienstenummern, wirken sich diese Tarifierungen auf die Retail-Tarife aller Betreiber aus. Zudem sind die Umsätze aus Anrufen zu zielnetztarifierten Rufnummern (und auf diese haben die Originierungsentgelte primär einen Einfluss) für gerade einmal 2% des gesamten Retail-Umsatzes verantwortlich. Der Anteil der Umsätze aus Originierungsentgelten auf der Vorleistungsebene liegt deutlich unter 2% aller Vorleistungsumsätze. Originierungsentgelte haben auf die Wettbewerbsdynamik der zentralen Mobilfunkmärkte (Retail, große Vorleistungsmärkte) also de facto keinen Einfluss (ON 14).

Vor diesem Hintergrund ist es auch von Bedeutung, in welcher Höhe Kommunikationsnetzbetreiber Entgelte für die verfahrensgegenständliche Leistung vereinbart haben, wobei anzumerken ist, dass diese Entgelte ohne regulatorische Vorgaben in den letzten Jahren zu Stande gekommen sind:

Während mobilkom einen Durchschnittswert in der Höhe von Cent 10,46 verrechnet, erhält Hutchison im Durchschnitt Cent 18,96. Im konkreten bilateralen Verhältnis werden seit der Kündigung des Vertrages weiterhin Cent 10,28 (mobilkom) bzw. Cent 19,62 (Hutchison) verrechnet.

Der von mobilkom im Verfahren „angebotene“ Wert liegt damit um etwa Cent 1 unter ihrem Durchschnittswert und um etwa Cent 4 unter dem Durchschnittswert (in der Höhe von Cent 13,67) über alle Mobilfunkbetreiber.

Vor diesem Hintergrund kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass der von mobilkom (pro futuro) angebotene Wert in einer reziproken Höhe von Cent 9,5 zumindest für den zukünftigen Zeitraum unangemessen wäre, weswegen die Telekom-Control-Kommission erwogen hat, ab der Rechtskraft der gegenständlichen Entscheidung bzw. aus abrechnungstechnischen Gründen (Zusammenschaltungsentgelte werden auf Monatsbasis abgerechnet) im Konkreten ab dem auf die Rechtskraft dieser Entscheidung folgenden Monatsersten ein reziprokes Entgelt für die Leistungen der Mobil-Originierung in den öffentlichen Mobiltelefonnetzen der Verfahrensparteien in Höhe von Cent 9,5 anzuordnen.

Der Umstand, dass die Entgelte reziprok sind, gründet zum Einen auf den den Anträgen der Verfahrensparteien: Mobilkom begehrt die Anordnung von (jedenfalls ab 1.1.2009) reziproken Entgelten. Hutchison hat ihre ursprünglichen Anträge auf Festlegung reziproker Entgelte (vgl. etwa ON 4) mit Schriftsatz vom 10.10.2008 (ON 4) „für den Fall, dass die TKK bei der Entgeltfestsetzung [] ganz oder teilweise auf das Ramsey-Pricing-Prinzip zurückgreift“, zurückgezogen. Dazu ist festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission ihre Entscheidung auf eine Reihe von Umständen (Kosten, Marktüblichkeit, Vergleichswerte) gründet, die in ihrer Gesamtheit bewertet werden und zur gegenständlichen Anordnung angemessener Entgelte führen. Die Ermöglichung der Umlegung von Fixkosten nach dem Ramsey-Pricing-Prinzip ist dabei auch ein Umstand, auf den Bedacht zu nehmen war.

Ungeachtet der Frage der Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen (wie eine Antragsrückziehung „für den Fall, dass...“, ON 40), kann die Telekom-Control-Kommission zum Anderen nicht erkennen, dass die Festlegung von reziproken Entgelten (für den zukünftigen Zeitraum) unangemessen wäre. Wie die Feststellungen zu den Kosten und den zur Verrechnung gelangenden Mobil-Originierungsentgelten zeigen, liegt der angeordnete Wert über den Kosten der Verfahrensparteien, wobei – unter Zugrundelegung eines einheitlichen Kosten-Aufteilungsschlüssels – die Kosten der antragstellenden Gesellschaft, deren Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistung weit über jenen der mobilkom lag, nun unter den Kosten der mobilkom liegen. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine Heranführung des (bislang) hohen Entgeltes der Hutchison an jenes der mobilkom gerechtfertigt ist. Auch kann aus einem Vergleich des festgelegten reziproken Wertes mit den anderen Vergleichsmaßstäben nicht abgeleitet werden, dass die Reziprozität der Entgelte unangemessen ist.

Darüber hinaus steht die Anordnung reziproker Entgelte in Übereinstimmung mit dem Antrag der Verfahrensgegnerin, ab 1.1.2009 reziproke Entgelte festzulegen, sowie der bisherigen Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission.

Mit einem (reziproken) Wert von Cent 9,5 ist jedenfalls sichergestellt, dass die betreiberindividuellen Voll-Kosten im Jahr 2008, die im Zusammenhang mit der jeweiligen Mobil-Originierungsleistung anfallen, gedeckt werden. Dabei erscheint es auch unbeachtlich, ob die ausgewiesenen Kosten in exakt dieser Höhe anfallen, oder ob diese Kosten auf Grund unterschiedlicher Verteilschlüssel oder Mengensteigerungen (so wurden für mobilkom in Abhängigkeit von der zu Grunde gelegten Verkehrsmengensteigerung von 2007 auf 2008 unterschiedliche Werte für das Jahr 2008 festgestellt) 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.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der von mobilkom angebotene Wert mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern ohne regulatorische Intervention und in einem Umfeld ohne Wettbewerbsdefizite vereinbart wurde und somit als marktüblich bezeichnet werden kann. Hätten andere Kommunikationsnetzbetreiber diesen Wert als unangemessen angesehen, hätten sie ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 anstrengen, ihre Bedenken hinsichtlich dieses Wertes vortragen und ein anderes Entgelt beantragen können. Dass dies nicht geschehen ist, indiziert die Angemessenheit dieses Entgeltes.

Auch der Vergleich dieses Wertes mit dem von den Amtssachverständigen zusammengestellten „Preisband“ möglicher Mobil-Originierungsentgelte (vgl. dazu im Einzelnen die Feststellungen) zeigt die Angemessenheit dieses Wertes dadurch, dass der angeordnete Wert von Cent 9,5 im Wesentlichen in der Mitte dieses „Preisbandes“ zu liegen kommt: Die inkrementellen Kosten der Mobil-Originierung, die zuletzt ermittelten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten („LRAIC“) der Mobil-Terminierungsleistung in der Höhe von Cent 5,72 sowie die betreiberindividuellen Mobil-Terminierungsentgelte, für die eine Verpflichtung iSd. §§ 37, 42 TKG 2003 zur Anwendung kam, liegen unter dem vorgesehenen Wert in der Höhe von Cent 9,5. Über diesem Wert liegen die Durchschnittswerte der Originierungsentgelte der Mobilfunkbetreiber, der höchste Wert für die Mobil-Originierung (in der Höhe von Cent 19,62, der von Hutchison verrechnet wird) sowie die „Stand-Alone Kosten“ der Mobil-Originierung.

Darüber hinaus ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass der Unterschied zwischen den festgestellten Kosten der Verfahrensparteien im Jahr 2008 (mobilkom „Plan 2008“: Cent 7,69, „Prognose 2008“: Cent 6,41; Hutchison „Plan 2008“: Cent 4,78) und dem von mobilkom angebotenen Entgelt nicht so groß ist, dass der für die Leistung der Mobil-Originierung verlangte marktübliche Preis zur Gegenleistung bzw. den zu Grunde liegenden Kosten außer Verhältnis steht, wobei zu beachten ist, dass Fixkosten auch anders umgelegt werden können (vgl. die weiter unten folgenden Ausführungen zu Ramsey Pricing).

Demgegenüber hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, für den antragsgegenständlichen Zeitraum ab 1.6.2005 bis zur Rechtskraft der gegenständlichen Entscheidung bzw. aus abrechnungstechnischen Gründen (Zusammenschaltungsentgelte werden auf Monatsbasis abgerechnet) im Konkreten bis zum letzten Tag des Monats der Rechtskraft dieser Entscheidung jene Entgelte für die wechselseitige Leistung der Mobil-Originierung festzulegen, die seit 1.6.2005 zur Verrechnung gelangen: Cent 10,28 für mobilkom und Cent 19,62 für Hutchison.

Auch diese Entgelte können nicht als grundsätzlich unangemessen erkannt werden, da diese zwischen den Verfahrensparteien – offenbar ungeachtet der zu Grunde liegenden Kosten (vgl. die Feststellungen zu den Kosten der Mobil-Originierung insbesondere bei Hutchison in den Jahren 2005 bis 2007) – frei vereinbart worden sind und der beachtlich lange Zeitraum der Verhandlungen über eine Nachfolgeregelung sowie die Intensität derselben offenbart, dass die (seit 1.6.2005) laufend und unbeeinträchtigt bezahlten Entgelte als tragbar angesehen worden sind: Wie festgestellt, wurde die erste Nachfrage nach einer Neuregelung der Entgelte im April 2005 übermittelt. Im April 2006, dh 12 Monate später, wurde die Nachfrage unter Vorlage eines Vorschlages wiederholt. Im Oktober 2007, dh 18 Monate später, wurde abermals ein Vorschlag übermittelt. Der Antrag gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 wurde im Februar 2008, dh fast 3 Jahre nach der ersten Nachfrage (April 2005) gestellt. Vor dem Hintergrund dieses Verlaufes sieht die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung, andere Entgelte als angemessene festzulegen als jene, die vereinbart worden sind und seit Vertragskündigung zur Verrechnung gelangt sind. Einer möglichen Festlegung von Cent 9,5 ab Antragstellung, dh ab etwa März 2008, wird nicht näher getreten, da es lediglich zu Rückverrechnungen zwischen den Betreibern kommen würde, die jedoch keine wettbewerbliche Wirkung mehr haben.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission bei ihrer Entscheidung auch zu berücksichtigen hat, dass die Verfahrensparteien Mehrproduktunternehmen sind, die eine Vielzahl an Leistungen im Verbund produzieren, und diese auf unterschiedlichen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen vertreiben. Ein gewinnmaximierender Betreiber wird Fixkosten (Gemeinkosten und gemeinsame Kosten) nach dem (wohlfahrtseffizienten) Ramsey-Prinzip auf die einzelnen Produkte bzw. Märkte aufteilen: Leistungen, die auf einem Markt verkauft werden, dessen Nachfrage sehr elastisch ist, tragen einen geringeren Teil der Fixkosten, wohingegen Leistungen auf Märkten mit unelastischer Nachfrage einen höheren Teil tragen. Insofern erscheinen frei vereinbarte

Entgelte für Leistungen, in deren Zusammenhang keine wettbewerblichen Defizite festgestellt wurden, als im Einklang mit Ramsey Pricing zu stehen, weswegen auch spruchgemäß angeordnet wurde.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher im Ergebnis zur Auffassung gelangt, dass dem Verlangen der Hutchison nach einer deutlichen Absenkung des Mobil-Originierungsentgeltes auf ein Niveau, das unter den technischen Netzkosten der Mobil-Terminierung zu liegen kommt, nicht entsprochen werden kann, da zusammengefasst einerseits die Leistungen der Mobilterminierung und der Mobiloriginierung eben nicht vergleichbar sind und andererseits keine wettbewerblichen Defizite erkannt worden sind, denen mit besonderen Maßnahmen des sektorspezifischen Regulierungsrechts (5. Abschnitt des TKG 2003) zu begegnen wäre.

5.3. Zum Geltungszeitraum:

5.3.1. Zum Wirkungsbeginn:

Hutchison beantragt die Festlegung der beantragten Bedingungen für einen Zeitraum ab 1.6.2005 (ON 1). Demgegenüber begehrt mobilkom die Zurückweisung des Antrages für den Zeitraum bis zur Rechtskraft wegen Vorliegens einer konkludenten Vereinbarung (ON 8).

Die Telekom-Control-Kommission folgt dem Antrag der Hutchison und ordnet Zusammenschaltungsbedingungen für den beantragten Zeitraum ab 1.6.2005 an, da seit diesem Zeitpunkt zwischen den Verfahrensparteien keine aufrechte schriftliche Vereinbarung iSd. § 48 Abs. 3 TKG 2003 (vgl. dazu auch § 6 Abs. 2 Zusammenschaltungsverordnung, ZVO, BGBl. II Nr. 14/1998,) über die (sodann beantragten) Zusammenschaltungsbedingungen besteht.

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. Dazu ist auch 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 Zeitraum seit 1.6.2005 „strittig“ ist, ergibt sich bereits aus den divergierenden Anträgen der Verfahrensparteien.

Darüber hinaus 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 Zieles 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, Zahl 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.

5.3.2. Zur Laufzeit:

Im verfahrenseinleitenden Antrag begehrt Hutchison grundsätzlich eine Festlegung der beantragten Zusammenschaltungsbedingungen bis 31.12.2008 (ON 1, Anhang ./6e). In ihrer Stellungnahme vom 13.6.2008 (ON 10) spricht sich Hutchison – als Reaktion auf die Stellungnahme der mobilkom – explizit nicht (mehr) gegen eine Geltungsdauer über den

31.12.2008 bzw. eine unbefristete Geltungsdauer aus. mobilkom spricht sich gegen eine Befristung der gegenständlichen Anordnung bis Ende 2008 aus (ON 8) und begehrt eine unbefristete Anordnung.

Konsens besteht zwischen den Parteien, dass eine Möglichkeit zur Kündigung des angeordneten Anhangs gegeben sein muss (Hutchison in ON 10, Punkt 9.4) bzw. eine solche bereits auf Grund des allgemeinen Teiles des bestehenden Zusammenschaltungsvertrages besteht (mobilkom in ON 8, Punkt 4).

Vor dem Hintergrund der Antragslage wird diese Anordnung grundsätzlich unbefristet angeordnet, wobei darauf hingewiesen wird, dass den Verfahrensparteien die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung gemäß Punkt 11.2. des allgemeinen Teiles des Vertrages über die Zusammenschaltung vom 14.1.2003 frei steht.

Soweit Hutchison darauf verweist, dass die Entgeltfestlegung bei einer Laufzeit über den 31.12.2008 hinaus auf „*fundierte Prognosen*“ zu stellen sein wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung lediglich ein Parameter für die Festlegung angemessener Entgelte darstellt und es den Parteien frei steht, bei (beträchtlichen) Änderungen der wettbewerblichen Verhältnisse bzw. der Sach- oder Rechtslage (etwa nach einem allfälligen Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend den gegenständlichen Markt) eine Kündigung der gegenständlichen Anordnung vorzunehmen.

5.4. Sonstiges:

5.4.1. Zur „Weiteranwendungsklausel“:

Hutchison begehrt in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag (ON 1, Anhang /6e) folgende zusätzliche Bestimmung: „Ab Beendigung dieser Vereinbarung werden die hier vereinbarten Entgelte weiter angewandt, bis eine Nachfolgevereinbarung getroffen oder diesbezüglich ein rechtskräftiger Bescheid der zuständigen Regulierungsbehörde ergeht.“

Dieser Klausel widerspricht Mobilkom (ON 8, Punkt 4), weil eine vertragliche Verpflichtung zur weiteren Anwendung „*der Natur der Kündigung bzw. Beendigung einer Vereinbarung widerspricht.*“

Die Telekom-Control-Kommission folgt dem Begehren der Hutchison und hat den diesbezüglichen Antragstext lediglich an den Umstand angepasst, dass gegenständliche Anhänge im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 von der Telekom-Control-Kommission festgelegt worden sind.

Diese Anordnung gründet auf der Überlegung, dass allfällige (zeitliche) Regelungslücken für die Zeit zwischen Beendigung der Regelungen und Wirksamwerden einer neuerlichen Vereinbarung oder Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vermieden werden sollen. Diese Bestimmung schafft einen Ausgleich zwischen den Interessen der Verfahrensparteien, da beide Parteien in Übereinstimmung mit den Regelungen im allgemeinen Teil ihres Zusammenschaltungsvertrages diese Anordnung kündigen können, ohne dabei Gefahr zu laufen, in einen regelungslosen Zustand zu gelangen.

Diese Regelung besagt jedoch nicht, ab wann geänderte Bedingungen, insbesondere andere Entgelte für die Mobil-Originierung, wirksam werden sollen.

Diese Bestimmung ist darüber hinaus Ausfluss der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung iSd. § 48 TKG 2003 sowie der Verpflichtung zur Interoperabilität iSd. § 22 TKG 2003, weswegen diese Regelung weder als unverhältnismäßig noch als überschießend angesehen werden kann.

Eine solche Regelung kann zweifellos auch in eine Zusammenschaltungsanordnung Eingang finden, nachdem eine solche Klausel auch privatrechtlich vereinbart werden kann

und notwendiger Bestandteil einer solchen ist. Soweit mobilkom ausführt, dass keine Rechtsgrundlage für die Anordnung dieser Weiteranwendungsklausel gegeben ist, soll mobilkom auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.10.2004, Zahl 2000/03/0300, verwiesen werden, in dem der Verwaltungsgerichtshof ausführt, dass die Telekom-Control-Kommission *„nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung jeweils einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (bedarf), vielmehr müssen die in einer Zusammenschaltungsanordnung enthaltenen einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs ... gerecht werden.“*

5.4.2. Zum Antrag auf Übermittlung des Beschlusses M 14/03:

In ihrer Stellungnahme vom 18.6.2008 (ON 10) stellt Hutchison im gegenständlichen Verfahren den Antrag, *„die Telekom-Control-Kommission möge den Einstellungsbeschluss M 14/03-34 vom 5.7.2004 als Partei zustellen und die Antragstellerin in eine allfällig laufende Überprüfung des Originierungsmarktes iSd. § 1 Z 14 TKMVO als Partei einbeziehen.“*

a. Die Telekom-Control-Kommission hat dem ersten Antrag insofern entsprochen, als der Beschluss M 14/03-34 zum gegenständlichen Akt genommen wurde (ON 13) und Hutchison (sowie mobilkom) über diesen Umstand samt Hinweis, dass Akteneinsicht genommen werden kann, in Kenntnis gesetzt wurden (Schreiben vom 19.8.2008, ON 15, 16). Darüber hinaus wurde darauf hingewiesen, dass dieser Beschluss auf der Webseite der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission (unter Angabe des konkreten Links) veröffentlicht wurde.

b. Dem zweitgenannten Antrag der Hutchison auf Beziehung in eine allfällig laufende Überprüfung des Originierungsmarktes iSd. § 37 TKG 2003 als Partei wird Rechnung getragen, sobald ein solches Verfahren eingeleitet wird.

III. Hinweis

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

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 13.10.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé