

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der UPC Telekabel Wien GmbH, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003 gegenüber der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seiler-gasse 16, 1010 Wien, in der Sitzung vom 20.4.2009 einstimmig folgenden Be-scheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 Telekommunikations-gesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idGF (im Folgenden „TKG 2003“), wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der UPC Telekabel Wien GmbH (im Folgenden „UPC“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6b des zwischen UPC und Hutchison bestehenden Zusammenschal-tungsvertrages vom 04.02.2003 lautet ab 01.01.2008 wie folgt:

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

Anhang 6b enthält eine Auflistung jener Verkehrsarten, die für die Terminierung in das Mobilnetz basierend auf den Trägerdiensten

- POTS
- 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)

| Kurz-bez. | Verkehrsart / Verkehrsrichtung | EUR/100 |
|----------------------------|--|-----------------------------------|
| V 25 _{H3G} -MN | Terminierung Mobilnetz UPC → Hutchison Mobilnetz | 01.01.2008 bis 30.06.2008 9,81 |
| | | 01.07.2008 bis 31.12.2008 5,72 |
| | Terminierung vom Netz der UPC in das Mobilnetz der Hutchison 3G | Ab 01.01.2009 4,5 |

Vorstehende Entgelte für die Terminierung in das Mobilnetz der Hutchison sind befristet mit einer Entscheidung gemäß § 37 TKG 2003 hinsichtlich des Marktes für Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G.

2. Aufhebung durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts

Sollte gegenständlicher Bescheid durch das Erkenntnis eines Gerichtshof des öffentlichen Rechts ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenden die Parteien die Regelungen und Entgelte der gegenständlichen Anordnung bis zur Erlassung eines entsprechenden Ersatzbescheides vorläufig weiter an.“

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

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

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

2. Zum Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen ist in § 1 Z 9 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008, BGBl II Nr 505/208 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 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die auf Grund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

3. Zu den wettbewerblichen Verhältnissen auf dem Markt für Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison

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

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

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

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

Auch die Berücksichtigung von Multimarketkontakten bzw der Verbundenheit von Unternehmen ändert an diesen Feststellungen nichts. Hinsichtlich ersterer besteht allein schon deshalb keine Auswirkung auf die Verhandlungssituation bei Terminierungsentgelten, da Marktmacht auf anderen Märkten entweder der Regulierung unterworfen ist, oder aber auf diesen Märkten effektiver Wettbewerb besteht und es daher Alternativen für den Anbieter von Mobilfunkterminierung (im Sinn von outside options) gibt. Überdies ist nicht plausibel, warum die Marktmacht auf anderen Vorleistungsmärkten auf die Terminierung übertragen werden sollte. Für verbundene Unternehmen und ihre Möglichkeit, den Druck in der 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 Wettbewerbers 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 Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden. (2) Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses, als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsysteem, 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 das Netz der Hutchison zu erwarten:

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

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

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

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

4. Zu den Kosten der Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison

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

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| H3G | 0,1606 | 0,1245 | 0,0832 | 0,0452 | 0,0271 |

5. Zu den verrechneten Entgelten für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison

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

Hutchison:

| | |
|-----------------------------|-----------|
| Vom 1.1.2008 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 |

Die Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 15.10.2007 zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 wurden mit Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.2008 (Zahlen 2007/03/0208, 2007/03/0211, 2007/03/0210, 2007/03/0214) aufgehoben (mit Ausnahme des Spruchpunktes A des Bescheides M 15c/03, M 13c/06). Diese Marktanalyseverfahren wurden in weiterer Folge eingestellt.

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

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

6. Sonstige Feststellungen

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

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

a. Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen UPC und Hutchison beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 04.02.2003 samt Ergänzungsvereinbarung vom 23.03.2006.

Am 29.09.2006 kündigte UPC schriftlich den die Mobilterminierungsentgelte regelnden Anhang 6 dieses Vertrages unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist mit Wirkung zum 31.12.2006 (Beilage ./1 zu ON 1).

b. In weiterer Folge wurde über die Entgelte verhandelt (Beilagen ./2 bis ./4 zu ON 1).

c. Hinsichtlich der Entgelte, welche in den Anhängen 6 und 6a geregelt waren, wurde eine Vereinbarung getroffen, so dass der diesbezügliche Antrag zurückgezogen wurde (ON 4, Beilage ./1 zu ON 4). Auch konnte über das Mobil-Terminierungsentgelt für das Jahr 2007 ein Vertrag (vom 24./25.11.2008) geschlossen werden (Stellungnahme der UPC vom 27.11.2008). Eine Vereinbarung über die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte für den Zeitraum ab 01.01.2008 wurde nicht erreicht.

B. Beweiswürdigung

Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Parteien ergeben sich aus dem unbestrittenen Vorbringen (sowie der Beilagen) im verfahrenseinleitenden Antrag sowie aus dem Schriftsatz ON 6 zu RVST 12/07.

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

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

Die Kosten sowie die alternativen Preismaßstäbe für die Leistung der Mobil-Terminierung in den verfahrensrelevanten Zeiträumen ergeben sich ebenfalls aus dem wirtschaftlichen Gutachten. Das Gutachten samt Beilagen nennt die zu Grunde gelegten Ausgangswerte in den umfangreichen Anhängen und führt die konkreten Überlegungen und Berechnungsschritte an, denen die angeführten Ergebnisse zugrunde liegen. Schließlich haben die amtlichen Sachverständigen diese Überlegungen und Berechnungsmethoden angewandt und dies nachvollziehbar dargelegt.

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

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

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.

Auch UPC stimmt weiten Teilen des Gutachtens zu (Stellungnahme vom 16.12.2008): Soweit UPC die Berücksichtigung von GSM- und UMTS-Netzen (für die Erhebung der Kosten der Sprach-Terminierung) releviert, ist zum Einen festzuhalten, dass diese Unterscheidung bei der Verfahrensgegnerin Hutchison, die ein reiner UMTS-Betreiber ist, ohne Bedeutung ist und zum Anderen, dass eine Berücksichtigung beider Technologien dem gebotenen technologieneutralen Ansatz der Regulierung (§ 1 Abs 3 TKG 2003) entspricht.

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

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

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

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

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 Begründung der Anordnung

Die Anträge der Verfahrensparteien betreffend den beantragten Anordnungstext (UPC in ON 1 samt Anhang, Hutchison in ON 6 zu RVST 12/07) stimmen größtenteils überein und differieren lediglich hinsichtlich der Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte und des Geltungszeitraums. Die Telekom-Control-Kommission folgt im Wesentlichen den insofern übereinstimmenden Anträgen der Parteien, da aufgrund der Ausgestaltung einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 50 TKG 2003 als gegenüber den Parteienvereinbarungen subsidiärer Rechtsbehelf den übereinstimmenden Parteienanträgen zu folgen ist, soweit sie nicht gegen zwingende gesetzliche Normen verstoßen.

5.1. Zum Geltungszeitraum der Anordnung

Die Parteien thematisieren in ihrem Vorbringen ausführlich den möglichen Beginnzeitpunkt der gegenständlichen Anordnung. Während UPC eine Anordnung der Mobilterminierungsentgelte ab dem 01.01.2008 (Stellungnahme vom 27.11.2008) beantragt, da seit diesem Zeitpunkt keine diesbezügliche vertragliche Regelung zwischen den Parteien in Kraft ist und daher den Antrag für rechtlich zulässig hält, spricht sich Hutchison gegen eine rückwirkende Anordnung der Mobilterminierungsentgelte aus, da nach Ansicht der Hutchison eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 nur ab Rechtskraft der Entscheidung möglich sei.

Dabei beruft sich Hutchison insbesondere darauf, dass durch die nachvertragliche Weitergeltung des zuletzt verrechneten Entgeltes eine vertragliche Einigung zwischen den Parteien vorliege und daher eine rückwirkende Anordnung von Entgelten durch die Telekom-Control-Kommission entgegen § 50 Abs 1 TKG 2003 erfolgen würde. Nach Ansicht der Hutchison könne eine rückwirkende Regelung von Zusammenschaltungsentgelten nur im Falle dem Grunde und der Höhe nach übereinstimmender Parteienanträge erfolgen. Weiters würde dies der Systematik des TKG 2003 und den darin festgelegten Zuständigkeiten und möglichen Anordnungsgegenständen der Telekom-Control-Kommission widersprechen. Auch sei durch die Bindung an das Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG eine rückwirkende Anordnung über zivilrechtliche Ansprüche nicht möglich (ON 6 zu RVST 12/07 und ON 19).

UPC brachte dazu vor, dass die von Hutchison als solche bezeichnete „nachvertragliche Weitergeltung“ keinesfalls nachvollziehbar sei, zumal Punkt 11.3 des Zusammenschaltungsvertrages vom 04.02.2003 ausdrücklich die Möglichkeit einer „Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung über den Zusammenschaltungstermin hinaus, wenngleich unter geänderten Bedingungen“ vorsehe. Dies löse aus, dass die Parteien ihre gegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen weiter erbringen, bis eine neue Vereinbarung abgeschlossen oder eine neue das Zusammenschungsverhältnis regelnde Anordnung getroffen werde. Diese Regelung sei im vorliegenden Fall angewendet worden, das bis zur Wirksamkeit der Kündigung geltende Entgelt als Verrechnungsentgelt vorläufig weiterbezahlt worden und löse somit nach Ansicht der UPC keine „nachvertragliche Vereinbarung“ aus, da UPC im Kündigungsschreiben bereits ausdrücklich den Wunsch nach geänderten Mobilterminierungsentgelten geäußert habe.

Die Telekom-Control-Kommission hat dazu Folgendes erwogen: Das Verfahren nach §§ 48 und 50 TKG 2003 sieht vor, dass im Falle des Nichtzustandekommens einer Vereinbarung die Telekom-Control-Kommission eine Anordnung zu treffen hat, die diese nicht zu Stande gekommene Vereinbarung zwischen den Parteien ersetzt. Im Zeitraum ab dem 01.01.2008 hat keine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung hinsichtlich der Mobilterminierungsentgelte zwischen den Parteien bestanden.

Der Rechtsmeinung der Hutchison, wonach eine Anordnung nach §§ 48, 50, 121 TKG 2003 nur im Fall entsprechender übereinstimmender Parteienanträge oder ausdrücklicher gesetz-

licher Regelungen rückwirken könne, ist nicht zu folgen. Nach § 121 Abs 2 TKG 2003 ersetzt eine Entscheidung der Telekom-Control-Kommission in derartigen Verfahren vielmehr eine zu treffende Vereinbarung. Eine derartige Vereinbarung der Parteien kann unzweifelhaft auch Regelungen enthalten, die teilweise auch für bereits in der Vergangenheit liegende Zeiträume gilt. Es ist nicht ersichtlich, warum für die vertragsersetzende Anordnung der Telekom-Control-Kommission diesbezüglich Anderes gelten sollte, zumal wenn wie im vorliegenden Fall ein entsprechender, ausdrücklich auf Rückwirkung gerichteter Antrag einer Partei vorliegt. Insbesondere ist aus den einschlägigen Rechtsgrundlagen kein Grund für die von Hutchison vorgebrachte Verwirkung der Möglichkeit der Anrufung der Telekom-Control-Kommission bzw. einer Anordnung durch diese für bestimmte Zeiträume zu entnehmen, wenn und soweit die grundsätzlichen Antrags- und Verfahrensvoraussetzungen eingehalten werden.

Dem weiteren Vorbringen der Hutchison, es sei durch die weitere Anwendung des gekündigten Zusammenschaltungsvertrages eine „nachvertragliche Vereinbarung“ entstanden, kann auch nicht gefolgt werden: Die Regelung zu Punkt 11.3 des Zusammenschaltungsvertrages vom 04.02.2003 sieht vor, dass mit Ausspruch der Kündigung der ausdrückliche Wunsch nach Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung über den Kündigungstermin hinaus, wengleich unter geänderten Bedingungen, geäußert werden kann. Sofern diese geänderten Bedingungen vorgebracht und begründet werden, so erbringen die Zusammenschaltungspartner die gegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen bis zum Abschluss einer Vereinbarung bzw. einer das Zusammenschungsverhältnis regelnden Anordnung der zuständigen Regulierungsbehörde weiter.

Genau diese Voraussetzungen erfüllt die am 29.09.2006 ausgesprochene Kündigung des Anhangs 6 durch UPC, zumal bereits im Kündigungsschreiben ausdrücklich der Wunsch nach Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung geäußert wurde, der Wunsch nach geänderten Bedingungen (Höhe der Mobilterminierungsentgelte) ausdrücklich genannt und auch begründet (festgestellte Mobilterminierungsentgelte in aufgezählten Bescheiden) wurde (Beilage ./1 zu ON 1).

Schon allein durch die von UPC verwendete Wortwahl („*UPC kündigt hiermit unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist den zwischen UPC und H3G bestehenden Anhang 6 (Mobil-Terminierung) mit Wirkung zum 31.12.2006, und äußert gleichzeitig den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung auch über den 31.12.2006 hinaus, jedoch mit kostenorientierten Terminierungsentgelten, die auf dem Niveau anzusiedeln sein werden, dass der effizienteste Mobilnetzbetreiber – das ist derzeit die mobilkom Austria AG (zuletzt festgestellt durch die Bescheide Z 2/05, Z 10/05, Z 11/05 und Z 14/05) – seinen Zusammenschaltungspartnern für die Zeit nach dem 31.12.2006 zu verrechnen berechtigt ist.*“) kann kein Parteiwille zum automatischen Zustandekommen einer „nachvertraglichen Vereinbarung“ im Sinne eines schlüssigen Vertragsabschlusses entnommen werden. Würde man der vorläufigen Weiteranwendung der zuletzt geltenden Mobilterminierungsentgelte eine vertragliche Vereinbarung unterstellen, wäre die gesamte Regelung des Punktes 11.3 des Zusammenschaltungsvertrages vom 04.02.2003 als solche zwecklos. Eine Kündigung zum Zwecke einer Neuverhandlung würde somit keinen Sinn machen, da die zur Veränderung anstehenden Bedingungen durch die von Hutchison behauptete Weiteranwendung „zementiert“ würden.

Es liegt daher seit dem 01.01.2008 keine aufrechte Vereinbarung zwischen den Parteien zur Höhe der Mobilterminierungsentgelte vor, und es konnte trotz Verhandlungen für diesen Zeitraum keine Einigung getroffen werden. Es kann daher im Sinne der §§ 48, 50, 121 TKG 2003, wie von UPC beantragt, eine diese Vereinbarung ersetzende Anordnung der Mobilterminierungsentgelte durch die Telekom-Control-Kommission erfolgen. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist daher grundsätzlich eine dem Antrag der UPC entsprechende Rückwirkung anzuordnen.

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. Da mit einer Entscheidung zu M 1/08 in der Mitte des Jahres 2009 gerechnet wird, war dem Begehren der Hutchison auf Anordnung eines weiteren Absenkungsschrittes zum 1.7.2009 nicht zu folgen (vgl auch die Stellungnahme der Tele2).

5.2. Zur Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

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 chan-

cengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, zu verwirklichen, ist den festgestellten Wettbewerbsdefiziten bei der Monopolleistung der Mobil-Terminierung Rechnung zu tragen:

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

Wie die Feststellungen zeigen, sind die Kosten der Mobil-Terminierung in den letzten Jahren deutlich gesunken und liegen unter jenen Entgelten, die zur Verrechnung gelangt sind. Die zumindest bis zur Behebung der entsprechenden Marktanalysebescheide der Telekom-Control-Kommission verrechneten (bzw angebotenen) Entgelte wurden aus einer ex ante-Sicht als eine spezifische Verpflichtung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den jeweiligen Mobilterminierungsmärkten festgelegt (§§ 35, 37, 42 TKG 2003). Der Umstand, dass aus einer ex-post Sicht die angeordneten Entgelte nun (deutlich) über den Kosten liegen, bedeutet jedoch nicht, dass die damalige Marktanalyseentscheidung unzutreffend war. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, („Leitlinien“, Amtsblatt Nr C 165/6 vom 11.7.2002) wie folgt fest: *„Der Umstand, dass sich die ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“* (Rz 70, 71).

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

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, jene Entgelte (für die Vergangenheit) anzuordnen, die zum Einen über eine (mittlerweile behobene) Maßnahmen iSd §§ 37 Abs 2, 42 TKG 2003 festgelegt und zum Anderen tatsächlich verrechnet (bzw angeboten) worden sind: Die Mobil-Terminierungsentgelte wurden 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.

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

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

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. Soweit Hutchison im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme darauf verweist, dass sie „*selektiv*“ benachteiligt werde und ihre Absenkung (am 1.7.2008) Cent 4,09 beträgt, während – in anderen parallel anhängigen Zusammenschaltungsverfahren – mobilkom keine und andere Mobilbetreiber eine geringere Absenkung vornehmen müssen, ist Hutchison auf ihr deutlich höheres Ausgangsniveau (in der Höhe von Cent 9,81) zu verweisen. Darüber hinaus hat Hutchison in den letzten Jahren deutlich höhere Mobil-Terminierungsentgelte erhalten als ihre Mitbewerber (amtsbekannt), weswegen sich eine Reduktion derselben auf ein symmetrisches Niveau nun stärker aus-

wirkt. Gleichzeitig war zu berücksichtigen, dass die betreiberindividuellen Kosten der Hutchison deutlich gesunken sind und im Jahr 2009 sogar unter jenen der mobilkom liegen (vgl dazu die Feststellungen unter Punkt 4 sowie die unter www.rtr.at veröffentlichten Maßnahmenentwürfe etwa zu Z 11/05, Z 19/06), woraus der Schluss zu ziehen ist, dass diese stärkere Absenkung und damit eine Heranführung an die Mobil-Terminierungsentgelte der anderen Mobilfunkbetreiber nicht unverhältnismäßig ist.

Mit dieser konkreten 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), weswegen dem Begehren der UPC auf weitere Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes der Hutchison (um etwa Cent 2,05) an der Stelle von Cent 1,22 nicht gefolgt wurde (vgl Stellungnahme vom 24.3.2009). Allokative Verzerrungen, die auf unterschiedlich hohe Mobil-Terminierungsentgelte zurückzuführen sind, werden mit dieser Maßnahmen (und jenen in den parallel anhängigen Zusammenschaltungsverfahren) beseitigt. Die diesbezüglichen wettbewerblichen Verzerrungen bestehen unabhängig von der absoluten Höhe der Entgelte. Im Rahmen der Marktanalyse – ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend Mobil-Terminierung (M 1/08) ist anhängig – werden in weiterer Folge den weiter bestehenden wettbewerblichen Verzerrungen begegnet, die sich aus Entgelte ergeben, die über dem kosteneffizienten Niveau liegen. Das Vorbringen der Hutchison, dass nur symmetrische Entgelte auf dem Niveau der effizienten Leistungsbereitstellung Wettbewerb sicherstellt, ist in dieser konkreten Ausformung verfehlt; Symmetrie per se beseitigt Verzerrungen auf Grund unterschiedlich hoher Entgelte (vgl Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009). So begehrt auch Hutchison mit Antragsänderung vom 27.3.2009, dass die Entgelte für die Terminierung in ihr Netz in allen parallel anhängigen Zusammenschaltungsverfahren in gleicher Höhe angeordnet werden sollen.

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

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

Ein Vergleich der (ab 1.7.2008) festgelegten Mobil-Terminierungsentgelte mit den zugrundeliegenden Kosten zeigt die Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003, Art 5 RI 2002/19/EG, Art 8 RI 2002/21/EG) und Angemessenheit der gegenständlichen Anordnung: Die betreiberindivi-

duellen 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. Gleichzeitig wird mit einer Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes den festgestellten wettbewerblichen Defiziten Rechnung getragen.

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“, vgl auch Antragsänderung vom 27.3.2009), 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 und Tele2 Telecommunication GmbH, derzeit Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zur Frage der Mobil-Terminierungsentgelte führen; auch der größte Festnetzbetreiber in Österreich, Telekom Austria TA AG, hat einen Antrag auf Festlegung von ua Mobil-Terminierungsentgelten gestellt. Damit erweist sich das Vorbringen der mobilkom als falsch; Festnetzbetreiber haben nämlich ein vitales Interesse an geringeren Mobil-Terminierungsentgelten und damit an geringeren eigenen Kosten (vgl dazu die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vom 26.1.2008).

Auch der Hinweis darauf, dass Mobilbetreiber mit ihre Zusammenschaltungspartnern den „alten“ Gleitpfad vertraglich (über den 1.7.2008 hinaus) vereinbart hätten, kann nicht dessen Angemessenheit und Marktüblichkeit darlegen und veranlasst nicht dazu, den alten Gleitpfad bis zum Abschluss des Verfahrens M 1/08 anzuordnen. Zum Einen beinhalten diese Vereinbarungen Öffnungsklauseln (vgl dazu das Vorbringen der T-Mobile in der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission), weswegen die privatrechtlichen Vereinbarungen keine abschließenden Regelungen enthalten, sondern nachträglich angepasst werden können. Zum Anderen ist zu beachten, dass hinsichtlich der gegenständlichen Monopolleistung Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden (wie foreclosure), die einen Einfluss auf

allfällige Vertragsabschlüsse haben können. Weiters könnte eine Vereinbarung von Entgelten zwischen Mobilbetreibern – auf der Grundlage eines „Gleichklangs an Interessen“ (vgl dazu die Feststellungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen) – auf einem überhöhten Niveau (Monopolniveau) dazu missbraucht werden, Fakten zu schaffen und damit die „Marktüblichkeit“ zu belegen. Einem solchen Vorgehen muss der Erfolg versagt bleiben.

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

Eine Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 bzw eine geringere Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes kann aber auch weder mit Belastungen aus dem regulierten Bereich „*Internationales Roaming*“ (vgl die Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABl L 171/32 vom 29.6.2007, sowie deren Änderungsvorschläge insbesondere zur Erweiterung der Regulierung um Datendienste und SMS) noch mit einem Hinweis auf eine allgemein wirtschaftlich schwierige Zeit („Wirtschafts-, Finanzkrise“) oder einem Geldabfluss aus Österreich wegen dem unterschiedlichen Niveau der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa begründet werden. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopoleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobilfunknetzen 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.

6. Zum Antrag der UPC 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 UPC vom 3.12.2008 auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme bis 15.1.2009 wurde nicht gefolgt.

Diesem Antrag 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 UPC der Inhalt des gegenständlichen Gutachtens bereits aus anderen Verfahren (wie etwa dem Erstverfahren zu Z 12/07, in dessen Rahmen der Bescheid M 15e/03, M 13e/06 zum Akt genommen wurde) weitgehend bekannt ist. Vor diesem Hintergrund konnte von einer Stellungnahme binnen 3 Wochen ausgegangen werden.

Auch hat UPC nicht dargelegt, eine weitere Frist zur Einholung eines Gegengutachtens zu benötigen.

Darüber hinaus hat UPC im Rahmen des gegenständlichen Ermittlungsverfahrens weitere Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie etwa im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission 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 sowie UPC begehren die Erhebung vollständiger IST-Daten für das Jahr 2008 und eine Anpassung der für das Jahr 2009 erstellten Prognosen (Stellungnahme vom 15.1.2009, Vorbringen im Rahmen der mündlichen Anhörung am 26.1.2009).

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 diesem Begehren 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. So dann 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

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

unterwerfen war.

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

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

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

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

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

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

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 20.4.2009

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

ZV:
Hutchison 3G Austria GmbH, z Hd Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt, Seilergasse 16, 1010 Wien, per RSb
UPC Telekabel Wien GmbH, z Hd der Geschäftsführung, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien, per RSb