

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Mag. Mathias Grandosek und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien gegenüber Orange Austria Telecommunication GmbH (vormals One GmbH), Brünnerstraße 52, 1210 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm § 117 Z 7 TKG 2003, in der Sitzung vom 20.4.2009 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“), wird für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der Hutchison 3G Austria GmbH („Hutchison“) mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der Orange Austria Telecommunication GmbH (vormals One GmbH; „Orange“) Folgendes angeordnet:

Anhang 6 und Anhang 6b des Zusammenschaltungsvertrages vom 5.3.2003 zwischen Hutchison und Orange lauten ab 1.1.2007 wie in den nachfolgenden Punkten dargestellt:

Anhang 6 – Verrechnungsgrundsätze

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

1. Peak-Off-Peak-Zeiten

- 1.1. Als "Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 08.00 Uhr bis 18.00 Uhr.
- 1.2. Als "Off-Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von
 - Montag bis Freitag (werktags) von 00.00 Uhr bis 08.00 Uhr;
 - Montag bis Freitag (werktags) von 18.00 Uhr bis 24.00 Uhr;
 - Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 00.00 Uhr bis 24.00 Uhr.

2. Entgeltgrundsätze

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

3. Verrechnung der Entgelte

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

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

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

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

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

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

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

Kurzbez	Verkehrsart / Verkehrsrichtung	EUR/100
V 25 _{H3G-MN}	Terminierung Mobilnetz Orange → Hutchison Mobilnetz	01.01.2007 - 30.06.2007 13,90
	Terminierung vom Netz der Orange in das Mobilnetz der Hutchison 3G	01.07.2007 - 31.12.2007 11,86
		01.01.2008 - 30.06.2008 9,81
		01.07.2008 - 31.12.2008 5,72
		Ab 01.01.2009 4,5
V 25 _{ONE-MN}	Terminierung Mobilnetz Hutchison 3G → Orange Mobilnetz	1.1.2007 – 30.06.2007 10,07
	Terminierung vom Netz der Hutchison 3G in das Netz der Orange	1.7.2007 – 31.12.2007 8,85
		1.1.2008 – 30.6.2008 7,64
		1.7.2008 – 31.12.2008 5,72
		Ab 1.1.2009 4,5

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

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Hutchison 3G Austria GmbH brachte am 11.10.2006 einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gegenüber Orange gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 bei der Telekom-Control-Kommission ein. Darin begehrt die antragstellende Gesellschaft die Erlassung von Anhängen betreffend „Verrechnungssätze“ (Anhang 6) und die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Anhang 6b) ab 1.1.2007.

Dieser Antrag wurde der RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs 2 TKG 2003 weitergeleitet (Verfahren zu RVST 19/06). Eine einvernehmliche Lösung iSd § 121 Abs 3 TKG 2003 konnte nicht herbeigeführt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzuführen war (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu Z 18/06).

Im Verfahren Z 18/06 übermittelten die Parteien verschiedene Schriftsätze.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien

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

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

2. Zum Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hutchison:

Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 13,90
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 11,86
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 9,81
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 7,76
Vom 1.1.2009 bis 30.6.2009	Cent 5,72

Orange:

Vom 1.1.2007 bis 30.06.2007	Cent 10,07
Vom 1.7.2007 bis 31.12.2007	Cent 8,85
Vom 1.1.2008 bis 30.6.2008	Cent 7,64
Vom 1.7.2008 bis 31.12.2008	Cent 6,42
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 betreffend Orange). 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 zur Antragslegitimation

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen Hutchison und Orange beruht im Wesentlichen auf einem Zusammenschaltungsvertrag vom 5.3.2003 (ON 1). Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 10.7.2006 zu Z 9/06 wurden Zusammenschaltungsentgelte festgelegt (ON 1).

Mit Schreiben vom 26.9.2006 kündigte Hutchison die die Entgelte regelnden Bestimmungen und brachte den Wunsch der Anpassung der Entgelte ab 1.1.2007 zum Ausdruck (ON 1, Beilage /1).

Verhandlungen zwischen den Parteien fanden ab Mitte August 2006 statt (ON 1).

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Nachfrage, der Ablauf der Verhandlungen sowie die Vertragssituation zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin (ON 1). Dieses Vorbringen wird von Orange explizit bestätigt (Schriftsatz vom 20.10.2006), weswegen die Telekom-Control-Kommission keine diesbezüglichen Bedenken hat.

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

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

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

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die konkreten Kosten im Rahmen der gegenständlichen Anordnung vor dem Hintergrund der konkreten Situation nicht der einzige aus-

schlaggebende Parameter ist, weswegen allfällige geringfügige Unschärfen in der Darstellung der Kosten zur Kenntnis genommen werden können (vgl dazu auch das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12).

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

2. Zum Vorbringen der Verfahrensparteien Hutchison und Orange zum wirtschaftlichen Gutachten

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

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

b. Demgegenüber nimmt Orange im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 auf einzelne Aspekte des wirtschaftlichen Gutachtens vom November 2008 Bezug und geht eingangs auf das „überraschende“ Ergebnis der Kostenrechnung ein, das „jeglicher kostenrechnerischen Logik“ widersprechen würde (vgl auch Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009).

Die Verweise der Orange auf unterschiedliche Produktionsmengen und Netzwerkkosten können nicht darlegen, dass das wirtschaftliche Gutachten fehlerbehaftet ist und die Netzkosten der Orange nicht die geringsten sind: Soweit Orange aus diesem Ergebnis den Schluss zieht, dass die Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilnetzen grundsätzlich unzulässig ist bzw anders vorgenommen werden sollte, ist sie darauf zu verweisen, dass lediglich die Terminierung mobiler Sprachdienste dem Markt iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 zugerechnet wird und damit der Regulierung unterliegt. In den GSM- und UMTS-Netzen werden jedoch auch andere Leistungen erbracht, nämlich der Transport von Daten (mobile Datendienste wie zB ein mobiler Internetzugang; „economies of scope“, Verbundvorteile). Diese gehören nicht dem genannten Markt an. Bei einer Ermittlung der Kosten der Mobil-Terminierung von Sprache („voice call termination“) sind damit auch nur jene Elemente bzw jene Anteile von Elementen einzubeziehen, die terminierungsrelevant iSd § 1 Z 9 TKMV 2008 sind. Würden auch jene Kosten berücksichtigt, die für andere Dienste anfallen (nämliche Datendienste), dann würde der Zusammenschaltungspartner und in letzter Konsequenz der Endkunde, Kosten für Leistungen abgelten, die er nicht bezieht. Durch die von der Telekom-Control-Kommission verfolgten Berücksichtigung (lediglich) der Sprachanteile wird somit eine Kosten- und Verursachungsgerechtigkeit hergestellt; dies bringt auch mit sich, dass der Mobilbetreiber mit sinkenden Terminierungskosten (und damit im Regelfall auch Terminierungsentgelten) zu rechnen hat, wenn er erfolgreich zusätzliche Produkte über das Mobilfunknetz anbietet. Für diese Dienste erhält jedoch der Mobilbetreiber wiederum von Endkunden ein eigenes Entgelt, welches der anteiligen Deckung der Netz-Kosten dient. In der

konkreten Konstellation wirken sich die Verbundvorteile deutlicher aus, weswegen Verweise auf empirische Untersuchungen hinsichtlich des Einprodukt-Falles „Sprache“ nicht überzeugen können; Orange blendet in ihrer Argumentation aus, dass sie in ihrem Netz neben Sprache auch einen weiteren Dienst (Daten) abführt und dass Orange hinsichtlich der Erbringung von Datendienste erfolgreich ist. Dies findet ihren Niederschlag in der Berechnung der Kosten der Sprach-Terminierung sowohl über die absoluten Mengen als auch über die Relation von Sprach zu Datenverkehr, weswegen eine Kostenkalkulation zum Ergebnis haben kann, dass ein „kleineres“ Unternehmen geringere Kosten ausweist als ein (am Endkundenmarkt) „größerer“ Betreiber (vgl dazu auch das Beispiel der Orange in Punkt II.A. ihrer Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009).

c. In weiterer Folge bringt Orange vor, dass als Alternative die Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach Endkundenumsätzen erfolgen sollte („*Tragfähigkeitsprinzip*“).

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

Dem diesbezüglichen Begehren der Orange auf eine Korrektur des wirtschaftlichen Gutachtens hinsichtlich der Berechnung des Daten- bzw Sprachanteils nach Endkundenumsatz war damit nicht zu folgen.

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

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

e. Soweit Orange in diesem Kontext meint, dass eine Allokation der Kosten nach „Szenario 4“, dh unter Heranziehung unterschiedliche Faktoren (für GSM- bzw für UMTS-Netzkosten), besser geeignet wäre, ist festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der gegenständlichen Entscheidung offen bleiben kann, ob das den Feststellungen zugrunde liegende Szenario 3 (ein gemischter Faktor für die Aufteilung von Sprache und Daten) oder Szenario 4 besser geeignet ist, da jedenfalls (sowohl nach Szenario 3 oder 4) die betreiberindividuellen Kosten der Orange gedeckt sind (vgl Stellungnahme der Orange vom 16.12.2008, Konsultationsbeitrag vom 24.3.2009).

Soweit Orange in diesem Zusammenhang jedoch ein Inkonsistenz der Kostenberechnung im Verfahren M 1/08 darlegen möchte (vgl Konsultationsstellungnahme, Punkt C), ist festzuhalten,

dass die im Verfahren M 1/08 festgestellten Kosten der Mobil-Terminierungsleistung auf einem Szenario gründen, in dessen Rahmen getrennte Faktoren für die UMTS- und GSM-Kosten zur Anwendung gebracht wurde. Dieses Szenario („Szenario 4“), das für einen zukünftigen Reguliungszeitraum schlagend wird, wird von den Amtssachverständigen im Verfahren M 1/08 für den zukünftigen Zeitraum als die schlüssigere Variante angesehen. In den Verfahren zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 sowie der gegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung wurde demgegenüber das Szenario 3 herangezogen (ein einheitlicher Faktor für UMTS- und GSM-Kosten), da damit verhindert werden konnte, dass die Aufteilung von Sprache und Daten auf der Grundlage einer einzelnen Aufnahme eines Ist-Zustandes (Momentaufnahme) vorgenommen wird. Dieses Argument überzeugt jedoch für die Zukunft nicht mehr, da mehr Informationen vorhanden sind, weswegen ein Trend der Sprache-Daten-Relation für jedes der beiden Netze erkannt werden kann. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich die Rahmenbedingungen dahingehend geändert haben, als ein starkes Wachstum bei UMTS-Datendiensten gegeben ist

Soweit das gegenständliche Zusammenschaltungsverfahren betroffen ist, muss berücksichtigt werden, dass ein anderer, primär in der Vergangenheit liegender Zeitraum umfasst ist, weswegen die Vergleichbarkeit mit den bisherigen, ebenfalls auf der Grundlage von Szenario 3 (im Erst-Verfahren) ermittelten Kosten besser gegeben ist. Aus oben erwähnten Umständen überzeugt jedoch für den in der Zukunft liegenden Zeitraum das Szenario 4 mehr, weswegen den Ergebnissen dieser Kalkulation pro futuro (im Verfahren M 1/08) gefolgt wird. Bloß auf der Grundlage, dass für unterschiedliche Zeiträume unterschiedliche Berechnungen vorgenommen werden, kann keine Inkonsistenz aufgezeigt werden.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen und des Umstandes, dass die Privat-Gutachten auf ein anderes Gutachten mit einem anderen Zeithorizont eingehen, war keine Notwendigkeit, die Amtssachverständigen mit einer Ergänzung ihres Gutachtens zu beauftragen. Ungeachtet der Bestimmung des § 128 Abs 3 TKG 2003 war dem Begehren der Orange vom 24.3.2009 nicht zu folgen.

f. Im Zusammenhang mit der Berechnung der Kapitalkosten kritisiert Orange das Ergebnis, dass Ihre Kapitalkosten mit jenen von mobilkom und T-Mobile ident sind. Im Konkreten kritisiert Orange, dass dieses Ergebnis auf Grund einer Betrachtung der Kapitalzusammensetzung zu Buchwerten entstanden sei. Laut Orange wäre von einer „effizienten Zielkapitalstruktur“ auszugehen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Amtssachverständigen im Einklang mit der „Capital Asset Pricing Methode“ das aktuelle Eigenkapital der einzelnen Mobilfunkbetreiber für die Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes (WACC) herangezogen haben.

Ein Abstellen auf eine Zielkapitalstruktur ist für gegenständliches Verfahren nicht geboten, zumal deren Ausgestaltung unklar ist und mangels klarer Vorgaben schwer zu operationalisieren ist; so begründet auch Orange die von ihr begehrte „effiziente Zielkapitalstruktur“ nicht. Würde – wie Orange begehrt – ein fiktiv höherer Eigenkapitalanteil berücksichtigt, so würde ein höherer WACC berechnet werden. Da aber real ein geringerer Eigenkapitalanteil vorliegt und auch der Fremdkapitalzinssatz, der extern vorgegeben ist, unverändert bleibt, führt eine derartige Berechnung zu einem zu hohem Zinssatz für das real eingesetzte Eigenkapital. Ein solches Ergebnis wäre schlicht falsch.

Auch bleibt offen, wie Orange die „effiziente Zielkapitalstruktur“ innerhalb der Anordnungsperiode erreichen möchte.

g. In weiterer Folge thematisiert Orange, dass MVNO Vorleistungspreise (national Roamingentgelte) einen Rückschluss auf angemessene Terminierungspreise zulassen und die Leis-

tungen „Terminierung“ und „Netzzugang für MVNOs“ vergleichbare Leistungen darstellen würden.

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden, da diese Leistungen insbesondere hinsichtlich ihrer wettbewerblichen Beurteilung nicht miteinander vergleichbar sind: Während die Leistung der Terminierung einen für die sektorspezifische Regulierung relevanten Markt iSd TKMV 2008 konstituiert und hierzu wettbewerbliche Defizite festgestellt werden können, ist die Leistung „Netzzugang für MVNOs“ keinem Markt iSd TKMV 2008 zuzurechnen.

Darüber hinaus ist die Netzzugangsleistung für MVNOs Teil eines Gesamtarrangements, das auch andere Leistungen, wie etwa National Roaming Originierung bzw. -SMS einschließt. Als solche erfordert die Inanspruchnahme der Leistung ein längerfristiges Vereinbarung, die regelmäßig mit Einmalzahlungen („upfront payments“), die kaum einzelnen Leistungen direkt zurechenbar sind, Mindestvolumen und auch weitergehenden technischen Abstimmungen einhergeht.

Überdies ist nicht sichergestellt, dass die im Rahmen eines National-Roaming Vertrages erbrachten Teilleistungen auch jeweils zu Kosten erbracht bzw. verrechnet werden (vgl. dazu das wirtschaftliche Gutachten, Seiten 174f).

h. Unter dem Titel „Zur Frage des Wettbewerbs“ verweist Orange auf ihr Vorbringen im Verfahren M 15/03, M 13/06 „zum (fehlenden) Wettbewerb am Terminierungsmarkt“, weswegen auch auf dieses „frühere“ Vorbringen zu den wettbewerblichen Verhältnissen insoweit eingegangen wird, als diese Deckung im gegenständlichen wirtschaftlichen Gutachten vom November 2008 finden, wobei festzuhalten ist, dass gegenständliches Verfahren nicht zum Ziel hat, nach der Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt iSd § 36 TKG 2003 ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen (§§ 38 TKG 2003) zu verfügen (§ 37 TKG 2003).

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

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

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

sen sei. Auch die Regulierung der Telekom Austria auf deren SMP-Märkten sei im Rahmen des modifizierten Green-Field-Ansatzes zu berücksichtigen.

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

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

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

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

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

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

h.1. Am 24.7.2007 übermittelt die damalige One (nunmehr Orange, aber in diesem Kontext weiterhin One) in weiterer Folge in den verbundenen Verfahren M 15c/03, M 13c/06 eine Stellungnahme zum Marktanalysegutachten vom Juli 2007 und verweist eingangs auf Ihre Kritik hin, die sie bereits in den (Erst-)Verfahren zu M 15c/03 und M 13c/06 geäußert hat. Damit wird auch auf dieses Vorbringen eingegangen, soweit dieses von Relevanz für gegenständliches Verfahren ist.

One erachtet die Ausführungen der Amtssachverständigen über die „*mit 1999 beginnende Regulierung der Terminierungsleistung*“ als unrichtig und nicht nachvollziehbar. Im Besonderen verweist One auf den Umstand, dass „*erstmal mittels Bescheid M 15c/03 vom 27. Oktober 2004 behördlich festgestellt wurde, dass One [] über beträchtliche Marktmacht verfügt.*“ Weiters

merkt One an, dass sie in der Gestaltung ihrer Zusammenschaltungsentgelte frei war und sie entsprechende privatrechtliche Einigungen erzielen konnte. Daraus will One ableiten, dass „funktionierender Wettbewerb (wohl am gegenständlichen Mobil-Terminierungsmarkt) auch ohne Auferlegung von regulatorischen Vorabverpflichtungen bestand“ (Stellungnahme vom 24.7.2007).

Diese Ausführungen sind verfehlt: Eingangs soll festgehalten werden, dass es definitionsgemäß auf einem Monopolmarkt (iSd § 1 Z 9 TKMV 2008) keinen Wettbewerb geben kann, da Wettbewerb Konkurrenz, dh mehr als ein Unternehmen, voraussetzt.

Darüber hinaus ist dem Vorbringen der One wie folgt zu entgegnen: Die Leistung der Mobil-Terminierung unterlag auch vor der (erstmaligen) Feststellung beträchtliche Marktmacht (der One) im Oktober 2004 einer „Regulierung“. Dies geschah zum Einem im Wege von Verfahren gemäß § 33 TKG (1997), in dessen Rahmen auch ein Mobilbetreiber als marktbeherrschend (auf dem „Sprachtelefonie- oder Zusammenschaltungsmarkt“) festgestellt werden konnte, weswegen auch die Mobilbetreiber einer regelmäßigen regulatorischen Beobachtung unterlagen; im Rahmen dieser Verfahren wurden (auch) Mobilbetreiber (mobilkom sowie die damalige max.mobil.) zeitweilig als marktbeherrschend iSd § 33 TKG (1997) eingestuft. Zum Anderen unterlag auch die One über die Möglichkeit aller Netzbetreiber, die Regulierungsbehörde gemäß § 41 TKG (1997) bzw §§ 48, 50 TKG 2003 zur Streitschlichtung anzurufen, einer „Regulierung“. Konnte keine Einigung erzielt werden, weil One beispielsweise die Zusammenschaltung verweigert oder (aus Sicht des Zusammenschaltungspartners) zu hohe Zusammenschaltungsentgelte in Rechnung stellen wollte, konnte die Regulierungsbehörde angerufen werden. Im Rahmen der Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission wurden insbesondere die Mobil-Zusammenschaltungsentgelte geregelt und Senkungen derselben herbeigeführt. So wurden die Entgelte der One über Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu Z 7/00 (Entscheidung vom 31.7.2000) auf Cent 16 und in weiterer Folge auf Cent 13,8 gesenkt. Das zuletzt genannte Entgelt wurde mit der Entscheidung zu Z 1/02 (3.6.2002) bestätigt, wobei One im Rahmen dieses Verfahrens höhere Entgelte (Cent 16) beantragt hat (Antragsänderung der One vom 8.5.2005 im Verfahren Z 1/02). Der Hinweis der One, dass One ihre „Terminierungsentgelte noch nie signifikant erhöht hat“, ist vor dem Hintergrund der Stellung eines Antrages auf Festlegung höherer Entgelte und den untersuchten Anreizstrukturen nicht überzeugend. Auch im Lichte der ökonomischen Theorie zeigt sich, dass eine Erhöhung eines Monopolpreises auch nicht möglich ist. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass One ihre Entgelte freiwillig auch nicht gesenkt hat, obwohl die Feststellungen zeigen, dass die terminierungsrelevanten Kosten kontinuierlich gesunken sind.

Regelmäßige privatrechtliche Senkungen des Mobil-Terminierungsentgeltes der One sind der Telekom-Control-Kommission damit nicht bekannt. Der Verweis der One auf eine Reihe von Vertragsabschlüssen ist insofern zu relativieren, als One lediglich die in einem Zusammenschaltungsverfahren in einem bilateralen Verhältnis behördlich festgelegten Entgelte auch anderen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt hat; dies erfolgt nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erwartungshaltung der One hinsichtlich des Ausgangs eines neuerlichen Streitschlichtungsverfahrens; es stand nämlich zu erwarten, dass die zuletzt angeordneten Entgelte wieder festgelegt werden.

Darüber hinaus ist auf oben zitiertes Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen.

h.2. In Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 geht One auf die (internalisierten) Kosten der Erreichbarkeit ein und geht dabei der hypothetischen Frage nach, wie sich eine massive Erhöhung der Preise der Mobilbetreiber auswirken würde.

Eingangs ist darauf zu verweisen, dass die Amtssachverständigen mit einem empirischen Befund belegen, dass der Preis aus anderen Netzen angerufen zu werden, kein ausschlaggebendes Kriterium für die Wahl eines Netzbetreibers darstellt; diesem Vorbringen tritt One nicht entgegen.

Die von One angesprochenen Ausweichszenarien der Endkunden für den Fall der massiven Erhöhung der Vorleistungsentgelte sind vor dem Hintergrund der Abgrenzung des Mobil-Terminierungsmarktes, den Substitutionsüberlegungen auf Angebots- und Nachfrageseite zu Grunde liegen, nicht relevant (vgl dazu die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zur Bindung der Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition).

Darüber hinaus existieren geeignetere Möglichkeiten, eine günstige Erreichbarkeit sicherzustellen (wie zB tariffreie Rufnummern bzw solche mit Tarifobergrenzen, Produkte wie „Mobile Nebenstellenanlage“).

Abschließend ist festzuhalten, dass gerade über die Auferlegung von kostenorientierten Entgelten sichergestellt wird, dass eine „massive Erhöhung der Vorleistungsentgelte“, die den Ausgang der Überlegungen der One darstellt, hintangehalten wird. Das Vorbringen der One ist damit bereits vor diesem Hintergrund verfehlt.

Eine weitere Kritik der One richtet sich in diesem Kontext darauf, dass dem „*Phänomen der Internalisierung innerhalb von Teilnehmergruppen keine ausreichende Bedeutung*“ beigemessen worden sei. Dies ist unrichtig, da die Amtssachverständigen die Verhandlungsmacht durch Endkunden in verschiedenen Konstellationen untersucht haben und letztlich feststellen konnten, dass diese aus ökonomischer Sicht keinen Einfluss auf die Marktmacht ausüben können. Gerade „Communities“ wenden sich an Mobilfunkbetreiber mit besonders günstigen On-net-Tarifen, die jedoch keinen Effekt auf die Höhe der Mobil-Terminierungsentgelte haben.

h.3. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 24.7.2007 kritisiert One, dass der „*Einfluss der kumulierten Endkundennachfrage auf die Entgeltverhandlungen auf der Vorleistungsebene*“ weitestgehend negiert wurde.

Nachdem weitere Ausführungen fehlen, die diesen Vorwurf erhellen könnten, ist darauf hinzuweisen, dass der entscheidungswesentliche Marktmachtindikator der nachfrageseitigen Gegenmacht von den Amtssachverständigen umfassend und auf unterschiedlichen Ebenen (Endkunden- und Vorleistungsebene, betreiberindividuelle Konstellationen) untersucht wurde. In diesem Rahmen wurde auch auf die Frage eingegangen, welche Auswirkungen eine Kumulation der Endkundennachfrage hat: Selbst die größten Kunden der One gemeinsam können keinen glaubwürdigen Druck ausüben.

Das Vorbringen, dass die kumulierten Endkundennachfrage „*negiert*“ bzw „*nicht hinreichend untersucht*“ wurde, ist damit verfehlt. Darüber hinaus soll darauf hingewiesen werden, dass auch der Umstand der Bündelung von Nachfragemacht auf Vorleistungsebene (und der Umstand „*verbundener Unternehmen*“) einer Untersuchung unterzogen wurde.

Das weitere Vorbringen der One in diesem Zusammenhang (Stellungnahme vom 24.7.2006, Seite 5) kann seitens der Telekom-Control-Kommission nicht als Einwand gegen das wirtschaftliche Gutachten identifiziert werden, zumal One einzelne Ausführungen im Gutachten bestätigt bzw wiederholt. Auf den Umstand (a-)symmetrischer Verkehrsalden sind die Amtssachverständigen – unter Angabe konkreter Daten – detailliert eingegangen und haben nachvollziehbar ihre Schlussfolgerungen vorgenommen.

Zu diesem Kontext ergänzt One in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007, dass den zukünftigen asymmetrischen Verkehrsströmen von One (vermutlich wegen Endkundenprodukte wie „4:0“) nicht Rechnung getragen wird und dass ein Betreiber, der wesentlich mehr ausgehenden Verkehr hat, sehr wohl ein Interesse hat, niedrigere Preise („unterer Bereich des möglichen Preisbandes“) zu verhandeln und dadurch ein disziplinierendes Moment gegeben sei.

Das Vorbringen ist verfehlt: Im wirtschaftlichen Gutachten wurde – neben anderen Konstellationen – sehr wohl auch der Fall asymmetrischer Verkehrssalden untersucht. Es wird von den Amtssachverständigen nicht bezweifelt, dass ein Betreiber mit negativem Verkehrssaldo im bilateralen Verhandlungsfall einen Anreiz hätte, niedrige Terminierungsentgelte zu verhandeln. Zwar wäre in dieser Konstellation besagter Betreiber im bilateralen Verhältnis (im Gesamtkontext mit dem Festnetz relativiert sich dieser Anreiz erheblich) sogar dazu bereit, für einen niedrigen Tarif die eigenen Entgelte zu senken (er profitiert von niedrigen reziproken Entgelten). Nur ist dieser „Zusatzanreiz“ alleine nicht ausreichend, um eine Preissenkung auch durchsetzen zu können. Dies umso mehr, als der Verhandlungspartner auf Grund des positiven Verkehrssaldos einen umso größeren Anreiz hat, hohe (auch reziprok hohe) Entgelte zu verrechnen.

Im konkreten Fall ist zu bezweifeln, dass One, nur weil das Unternehmen durch die Einführung eines neuen Tarifsystems einen Abfluss an Verkehrsminuten zu gewärtigen hat, nunmehr in der Lage wäre, einen stärkeren Preisdruck auf etwa mobilkom auszuüben. Wenn nun aber One nicht in der Lage ist, Druck auf die Entgelte der mobilkom auszuüben, bleibt fraglich, warum One ihrerseits die (mobilkom verrechneten) Terminierungsentgelte senken sollte.

h.4. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 zum wirtschaftlichen Erst-Gutachten im Verfahren M 13c/06, das die Grundlage für das wirtschaftliche Gutachten vom Juli 2007 darstellt, bestätigt One eingangs die Feststellung, dass der Bereitsteller einer Monopoleistung auf seinem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. In weiterer Folge thematisiert One, dass der Frage nachzugehen wäre, ob es ohne regulatorische Eingriffe zu einem „*Missbrauch der Marktmächte kommen würde oder nicht*“.

Diese Argumentation verkennt den sektorspezifischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, da die einschlägigen Normen (§ 37 TKG 2003) – im Gegensatz zur ex post-Aufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts – nicht vorsehen, dass ein „*Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung*“ vorliegen muss, damit spezifische Verpflichtungen auferlegt werden können. In den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (ABI Nr C 165/6 vom 11.7.2002) führt die Europäische Kommission explizit aus, dass „*die NRB [nationale Regulierungsbehörde] keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.*“ (Fn 73).

h.5. Weiters vermeint One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 im Wesentlichen, dass nicht nur das „*Vorhandensein einer beträchtlichen Marktmacht*“ sondern auch das „*Fehlen wirksamer Wettbewerbs*“ festzustellen bzw zu untersuchen ist, bevor eine spezifische Verpflichtung auferlegt werden kann.

One ist wiederum auf die einschlägigen Rechtsgrundlagen zu verweisen: Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „*beträchtlicher Marktmacht*“ iSd § 35 TKG 2003 und „*effektivem Wettbewerb*“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „*Gleichsetzungsthese*“, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf

diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt.

Darüber hinaus vermag One ihr Vorbringen auch nicht plausibel darzulegen: Existiert auf einem Markt – diesfalls ein Terminierungsmarkt – ein Unternehmen, das über beträchtliche Marktmacht verfügt – diesfalls One –, kann auf diesem Markt kein effektiver Wettbewerb bestehen. Umgekehrt existiert auf einem Markt mit effektivem Wettbewerb kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Diese beiden Elemente – beträchtliche Marktmacht und effektiver Wettbewerb – definieren sich im sektorspezifischen Kommunikationsrecht sohin wechselseitig und werden im TKG 2003 sowie in Art 16 Rahmenrichtlinie einheitlich, sich bedingend verwendet (vgl zB *Stratil*, TKG 2003, Rz 5 zu § 37).

h.6. In weiterer Folge verweist One in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 auf disziplinierende Einflüsse von Substituten der verfahrensgegenständlichen Leistung. Die Telekom-Control-Kommission kann sich diesem Vorbringen nicht anschließen, da die Frage der Austauschbarkeit von Leistungen für die Marktabgrenzung relevant ist und diese Frage durch die Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 der RTR-GmbH beantwortet wurde. Wie auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu M 15a/03 ausgeführt hat, ist die Telekom-Control-Kommission an die Marktdefinition gebunden.

h.7. Über weitere Strecken kann die Telekom-Control-Kommission auch den allgemeinen Ausführungen der One zum Behinderungsmissbrauch in der Stellungnahme vom 1.6.2004 folgen, decken sich diese doch grundsätzlich mit den Ausführungen der Amtssachverständigen im Kontext der „Strukturelle Besonderheiten“. Die Schlussfolgerung der One vermag jedoch nicht zu überzeugen, wurden doch die einzelnen Konstellationen zwischen verschiedenen Betreiber-typen (Mobilbetreiber, Festnetzbetreiber, Teilnehmer- oder Verbindungsnetzbetreiber) eingehend untersucht und dabei die unterschiedlichen Anreizstrukturen herausgearbeitet. Im Besonderen wurde unter Zugrundelegung empirischer Daten auf die Verhältnisse einzelner Betreiber(-gruppen) zueinander eingegangen.

h.8. Die Ausführungen der One zum Ausbeutungsmissbrauch (Stellungnahme vom 1.6.2004) erfassen im Wesentlichen die von den Amtssachverständigen angeführten Wettbewerbsprobleme; so zielt One gerade auf das erstgenannte Problem ab, wenn sie festhält, dass höhere Zusammenschaltungsentgelte auch tendenziell höhere Endkumentarife im Quellnetz bewirken. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission gibt es jedoch – wie von One in weiterer Folge behauptet – keine Substitute für die Terminierung von Sprache in ein öffentliches Mobiltelefonnetz, da die TKMVO 2003 – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend relevante Märkte – einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung von Sprache definiert hat, der keine weiteren Leistungen umfasst.

h.9. Unter dem Titel „Zur Verhandlungsmacht“ vermeint One, dass *„der Mobilbetreiber auch und gerade gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten [wird]“*. Die wirtschaftlichen Amtssachverständigen haben demgegenüber in ihrer eingehenden Untersuchung festgestellt, dass ein (profitmaximierender) Monopolbetreiber die Höhe des Terminierungsentgeltes auf Höhe des Monopolpreises setzten würde und gründen diese Erkenntnis auch auf die einschlägige ökonomische Literatur. Das Vorbringen vermag vor diesem Hintergrund genauso wenig überzeugen wie vor der Überlegung, dass es für One – ihren eigenen Ausführungen folgend – wohl rational sein müsste, ihre Terminierungsentgelte zu senken. Dies ist jedoch auf freiwilliger Basis nicht geschehen, vielmehr hat One gegen (Streitschlichtungs-) Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission, mit denen ihre Entgelte gesenkt wurden, Rechtsmittel ergriffen und damit ihre Position – entgegen dem jetzigen Vorbringen – klar zum Ausdruck gebracht.

Eine Wiederholung dieses Vorbringens unter Hinweis auf Verhandlungsmacht kann daran nichts ändern, dass die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit regelmäßig betreffend die Höhe der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte in Anspruch genommen wurde. Im Rahmen dieser Verfahren hat auch One – entgegen ihrer einleitenden Behauptung, dass der Mobilbetreiber gegenüber dem Festnetzbetreiber das niedrigst-mögliche Terminierungsentgelt anbieten wird – ein höheres Entgelt beantragt, als es zuvor von der Telekom-Control-Kommission festgelegt wurde (vgl dazu die Anträge der One im Verfahren Z 1/02, im Besonderen die Antragsänderung der One vom 8.5.2002, derzufolge One Cent 16 begehrte).

h.10. Im Zusammenhang mit dem Vorbringen der One vom 1.6.2004 zum „*Bestehen von Verhandlungsmacht am Terminierungsmarkt*“ im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf, insbesondere zur neueren wissenschaftlichen Literatur bzw Diskussion ist festzuhalten, dass diese berücksichtigt wurde:

Vorab soll darauf hingewiesen werden, dass diese Literatur ausschließlich im Kontext „*mobile to mobile*“, nicht jedoch für die „*fixed to mobile*“-Zusammenschaltung relevant ist. Damit ist das wesentlichste von den Amtssachverständigen identifizierte Wettbewerbsproblem (allokative Ineffizienzen in Zusammenhang mit „*fixed to mobile*“ Anrufen) nicht tangiert.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof die Frage einer möglichen unterschiedlichen Regulierung von „Mobil zu Mobil“ und „Fest zu Mobil“-Gesprächen bereits ausgeführt hat: Da es sich um einen einheitlichen Markt handelt, ist auch eine gesamthafte Abwägung und eine einheitliche Beurteilung vorzunehmen, weswegen keine Differenzierung zwischen Gesprächen von „Mobil zu Mobil“ und „Fest zu Mobil“ geboten ist.

h.11. Im Rahmen ihrer Konsultationsstellungnahme vom 28.9.2007 vermeint One einen Widerspruch in den Feststellungen erkennen zu können. So würde ein Widerspruch darin bestehen, dass festgestellt wurde, dass „*die Größe der einzelnen Terminierungsmärkte im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt entsprechen*“ würde, während hingegen die Marktanteile auf den jeweiligen Märkten bei 100% liegen würden.

Diese Aussagen widersprechen sich nicht, sondern behandelt unterschiedliche Themen: die Größe des Terminierungsmarktes geht im Wesentlichen der Frage nach, welche Volumina auf diesem Markt gegeben sind, während die Frage nach dem Marktanteil des Unternehmens auf einem Markt thematisiert, welche Größe das Unternehmen am Markt einnimmt. Im Fall des Monopolmarktes Mobilterminierung ist dies 100%.

h.12. Auch das Vorbringen der One in ihrer Stellungnahme vom 16.12.2008 hinsichtlich der Berücksichtigung von Interdependenzen kann nicht überzeugen, da sich die Amtssachverständigen ausführlich mit den Wechselwirkungen auf verschiedenen Märkten auseinandergesetzt haben und diese in ihre Würdigung der wettbewerblichen Verhältnisse einfließen haben lassen (vgl dazu das wirtschaftliche Gutachten vom November 2008, insbesondere die Kapitel 4.4.3.4.f).

h.13. Mit Schreiben vom 21.1.2009 legt Orange ein Gutachten von SBR Juconomy Consulting (in weiterer Folge „SBR-Gutachten“) vor („*Regulierungsökonomische Analyse des Wirtschaftlichen Gutachtens zur Mobilfunkterminierung aus dem November 2008*“, 19.1.2009). Darin sollen zum Einen „*die Ergebnisse der Kostenermittlung des Gutachtens im Vergleich zu früheren Gutachten von Amtssachverständigen und Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission*“ und zum Anderen „*die Geeignetheit des methodischen Ansatzes, vor allem betreffend die Aufteilung der Kosten für Sprach- und Datenprodukte im Modellansatz der Amtssachverständigen, und im Hinblick auf die Schlüssigkeit und Konsistenz der Ergebnisse*“ geprüft werden. In einem ergänzenden Gutachten („*Ergänzungsgutachten zu den Verfahren Z 18/06 u.a. betreffend Mo-*

bilfunkterminierung“) von SBR Juconomy werden einzelne Aspekte vertieft; dieses Gutachten wurde mit der Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009 vorgelegt.

Im Rahmen des Gutachtens werden technisch-wirtschaftliche und wirtschaftliche Gutachten für die Telekom-Control-Kommission aus den Jahren 2005, 2007 und 2008 dargestellt, miteinander verglichen und Differenzen herausgearbeitet. In weiterer Folge wird auf Modelle zur Aufteilung von Sprache und Daten eingegangen.

Soweit das SBR-Gutachten unterschiedliche Gutachten miteinander vergleicht, ist festzuhalten, dass kein tiefer Sinn in dieser Übung gesehen werden kann, da den verfahrensgegenständlichen Feststellungen lediglich das wirtschaftliche Gutachten vom November 2008 zu Grunde gelegt wurde. Allein auf der Grundlage, dass in anderen Gutachten, die sich unter anderem auf andere Leistungen und Zeiträume beziehen, andere Ergebnisse ausgewiesen sind, kann eine Unschlüssigkeit oder eine mangelnde Nachvollziehbarkeit des gegenständlichen Gutachtens nicht begründet werden. Lediglich das wirtschaftliche Gutachten vom November 2008 hat Eingang in das gegenständliche Verfahren gefunden.

Soweit sich das Vorbringen auf den Vergleich der Gutachten zum gegenständlichen Verfahren und dem Gutachten im Verfahren M 1/08 bezieht, ist auf obige Ausführungen (insbesondere zu den unterschiedlichen Szenarien zur Aufteilung von Netzelementen für Daten- und Sprachdienste) zu verweisen. Darüber hinaus zeigt die Tabelle 14 im Ergänzungsgutachten SBR, dass in den primär miteinander verglichenen Gutachten (das verfahrensgegenständliche sowie jenes zu M 1/08), dass die einzelnen Prozentsätze der Kostenzuteilung für einzelne Elemente ident sind; eine Inkonsistenz liegt damit nicht vor.

Die diesbezüglichen Schlussfolgerung im SBR-Gutachten sind primär deswegen unrichtig, da die variierenden Ergebnisse einerseits auf Datenstände zu unterschiedlichen Zeitpunkten (Anfang 2007, Ende 2008) beruhen und andererseits auch Berechnung mit unterschiedlichen Kostenrechnungsstandards (Gutachten September 2008: Mobiloriginierung zu historischen Vollkosten bzw sonst Terminierung zu LRAIC) durchgeführt wurden. Auch übersieht das SBR-Gutachten, dass einzeln Berechnungen etwa im Ergänzungsgutachten vom Juli 2007 korrigiert wurden und diese berichtigten Daten den Entscheidungen zu Grunde gelegt wurden; auf diese korrigierten Daten geht das Privatgutachten nicht ein. Im SBR-Gutachten hat eine unzureichende Auseinandersetzung mit den Inhalten, Datengrundlagen und Analysen der Gutachten für die Telekom-Control-Kommission stattgefunden, weswegen die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung sieht, dem Begehren der Orange auf Korrektur und Ergänzung des wirtschaftlichen Gutachtens vom November 2008 zu folgen.

Soweit im Ergänzungsgutachten SBR auf unterschiedliche Ressourcenaufteilungen in einem Gutachten vom September 2008 (Verfahren Z 4/08) verwiesen wird (Ergänzungsgutachten, Seite 9ff), ist festzuhalten, dass diese Daten auf Angaben von Orangen beruhen und dass in diesem Gutachten die Kosten einer anderen Zusammenschaltungsleistung (Originierung im öffentlichen Mobiltelefonnetz) zu ermitteln waren. Darüber hinaus hatte sich die Telekom-Control-Kommission mit diesem Gutachten nicht auseinanderzusetzen, da die Verfahrensparteien zu Z 4/08 eine privatrechtliche Lösung gefunden haben. Eine hoheitliche Entscheidung, basierend auf dem erwähnten Gutachten, wurde daher nicht getroffen.

Weiters ist festzuhalten, dass eine etwaige Änderung der Input-Parameter aufgrund geänderter Werte auf den Kapitalmärkten im Zeitablauf geboten ist, was zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

Die unterschiedlichen Rechenergebnisse im Zeitablauf sind in den Gutachten überwiegend auf unterschiedliche Informationsstände der Amt sachverständigen bzw Betreiber hinsichtlich Kosten

und Verkehrsmengen zurückzuführen. Weitere Unterschiede ergeben sich aus dem zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung herrschenden Marktgegebenheiten (wie zB die Berücksichtigung von Sprache oder auch Datendienste) und Diskussionen der Verfahrensparteien. Die Informationen hinsichtlich der Datenlage sind in den Gutachten für die Telekom-Control-Kommission angegeben, wobei im Fall von Plandaten die Datenlage für einzelne Datenpunkte unterschiedlich sein kann.

Zur behaupteten unterschiedlichen Sprach-/Datenaufteilung in festen und mobilen Netzen kann ausgeführt werden, dass entgegen den Ausführungen im SBG-Gutachten im verfahrensgegenständlichen Gutachten keine einfache Umrechnung von Daten- in Sprachkapazität mittels eines Umrechnungsfaktors stattfindet, sondern es werden Gesprächsminuten – unter Berücksichtigung unterschiedlicher technischer Faktoren (zB Verkehrsverteilung zur Busy-Hour, Soft-Handover-Faktor, ...) – jeweils getrennt für Zugangs- und Kernnetz sowie getrennt für GSM und UMTS in transportierte, bewertete Datenvolumina umgerechnet und zu den transportierten Datenvolumina aus Datendiensten hinzugerechnet.

Darüber hinaus ist der im SBR-Gutachten angestellte Vergleich mit der Regulierung im Festnetz verfehlt, da unterschiedliche technische Realisierungen und Abhängigkeiten im Zusammenhang mit der gemeinsamen Realisierung von Sprach- und Datenverkehr über die Teilnehmeranschlussleistung („TASL“) auftreten. Im Fall von Line-Sharing wurde bisher im Festnetz eine Kostenteilung von 50:50 angesetzt. Im Gegensatz zum Mobilfunknetz steht einerseits die TASL exklusiv einem Kunden zur Verfügung (dh 100% der physikalisch möglichen Kapazität) und andererseits ist nicht benötigte Kapazität auch im Falle der Unterauslastung oder Nichtbenutzung verloren; weiters gibt es in der Regel (von Störungen abgesehen) keine Beeinflussung zwischen dem Sprach- und dem Datendienst, dh mehr Sprachtelefonie hat keinen Einfluss auf die technisch mögliche Bandbreite des Breitbanddienstes und umgekehrt.

Zu den aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Möglichkeiten zur kostenrechnerischen Aufteilung von Sprache und Daten in Mobilfunknetzen („Szenario 3“ oder Szenario 4“) wird darauf hingewiesen, dass grundsätzlich beide Ansätze vertretbar erscheinen. Vor dem Hintergrund der gegenständlichen Entscheidung kann jedoch offen bleiben, ob das zugrunde gelegte Szenario 3 (ein gemischter Faktor für die Aufteilung von Sprache und Daten) oder Szenario 4 (unterschiedliche Faktoren für die Aufteilung von Sprache und Daten) besser geeignet ist, da nach beiden Szenarien die betreiberindividuellen Kosten der Orange gedeckt werden (vgl Stellungnahme der Orange vom 16.12.2008, Seite 6, vgl die diesbezüglichen Ausführungen weiter oben).

Die festgestellten Kosten basieren auf Szenario 3. Dies ist für das gegenständliche Verfahren insoweit geeigneter, als mit gegenständlicher Anordnung die Entgelte für einen (primär) in der Vergangenheit liegenden Zeitraum festgelegt werden. Damit ist die Vergleichbarkeit mit den bisherigen, ebenfalls auf der Grundlage von Szenario 3 ermittelten Kosten gegeben.

Soweit auch (vgl dazu die Ausführungen der Orange) im Ergänzungsgutachten von SBR darauf verwiesen wird, dass der Zusammenhang zwischen Größe und Kosten nicht mehr gegeben ist und es damit einen „Ergebnis- und Erklärungseinbruch mit den Berechnungen der Vergangenheit“ gibt, ist darauf zu verweisen, dass erst in jüngerer Vergangenheit dem Umstand Rechnung getragen wird, dass in den Mobilfunknetzen neben dem Produkt Sprache auch Datendienste erbracht werden. Dies wird nunmehr in der Kostenrechnung berücksichtigt, woraus sich eine Änderung im Vergleich zu früheren Kostenberechnungen ergibt, die jedoch durch neuere Entwicklungen (erfolgreiche Datenprodukte, „mobiles Breitband“) notwendig geworden sind. Bei den Netzen handelt es sich somit um Multiprodukt-Produktionseinheiten und auch diese Netzleistungen müssen als Kostentreiber berücksichtigt werden. Für die Darstellung wurde eine Minute mit 12,2 kbit/s umgerechnet. Als erklärende Variable wurde die Summe aus Sprachminuten

in GByte und Datenvolumina verwendet. Aus diesem Gesamtvolumen von Daten und Sprache erklärt sich die Kostendegression.

i.1. Das auch im Marktanalyseverfahren M 1/08 vorgelegte Gutachten von Ovum Consulting: „*Mobile Termination Rates in Austria, A review of RTR's cost model, A Report for Mobilkom Austria, Orange Austria and T-Mobile Austria*“, März 2009, wurde im Rahmen der Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009 auch im gegenständlichen Verfahren vorgelegt, obwohl sich das Gutachten auf ein anderes Gutachten mit einem anderen Zeithorizont bezieht. Soweit die Feststellungen betroffen sind, wird auch einzelne Punkte im Gutachten Ovum eingegangen:

Ovum kritisiert einzelne Aspekte der Kostenrechnungsmethode und erachtet diese als im Hinblick auf das Vorgehen anderer europäischer Regulierungsbehörden inkonsistent. Zusammengefasst kommt Ovum zur Schlussfolgerung, dass eine Preisfestsetzung, wie im Gutachten der wirtschaftlichen Amtssachverständigen vorgesehen, der Mobilfunkindustrie, der gesamten Wirtschaft sowie den Mobilfunkkunden schaden würde.

Eine eigene Berechnung der Mobil-Terminierungsentgelte in Österreich mit einem anderen Kostenrechnungsmodell wurde nicht vorgenommen. Ovum führt aus, dass ihre Analyse nicht umfassend, nicht detailliert und das Ergebnis einer Untersuchung innerhalb einer kurzen Zeit ist (vgl. Punkte 1.2. und 4.5. „*Limitations of analysis*“ im Gutachten Ovum).

Auf der Grundlage von zahlreichen, kaum begründeten Annahmen, die im Wesentlichen aus Beobachtungen der Regulierung in anderen Ländern gründen, unternimmt Ovum den Versuch, die Mobil-Terminierungskosten der mobilkom abzuschätzen. Ovum gelangt dabei zu höheren Kosten der mobilkom als die Amtssachverständigen. Diese sind jedoch nicht verfahrensgegenständlich, auch Orange legt nicht dar, welche Bedeutung die Netzkosten der mobilkom im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren haben.

Aus dem allgemeinen Vorbringen, dass andere Regulierungsbehörde (teilweise) andere Kalkulationsansätze verfolgen, kann – entgegen der Intention der Auftraggeber des Gutachtens – nicht abgeleitet werden, dass das Kostenrechnungsmodell der Amtssachverständigen keine tragfähige Grundlage der Feststellungen ist.

i.2. Im Zusammenhang mit den Abschreibungen von Investitionen weist das Gutachten Ovum darauf hin, dass andere Regulierungsbehörden bei der Kalkulation regulierter Entgelte eine ökonomische (an der Stelle einer linearen) Abschreibung vornehmen würden.

Laut Ovum würde eine ökonomische Abschreibung, basierend auf einem skandinavischen Modell und einem solchen aus Großbritannien, die Mobil-Terminierungskosten der mobilkom um ca. Cent 0,3 bis etwa Cent 0,8 erhöhen.

Im Konkreten wurde von Ovum ausgeführt, dass die Amtssachverständigen bei der Berechnung der Abschreibungskosten eine lineare Abschreibungsmethode zugrunde legen und daher die in den Stückkosten eingehenden Kosten für Abschreibungen und Kapitalzinsen für das eingesetzte Kapital als zu niedrig angesetzt wurden. Dies sei insbesondere hinsichtlich der Buchwerte, welche die Basis für die Zinsberechnung bilden, der Fall. Ovum schlägt daher vor, Abschreibungen und Zinsen mittels einer Spezialvariante der ökonomischen Abschreibung zu berechnen, welche die Höhe der jährlichen Abschreibung eines Investitionsgutes in Abhängigkeit von den damit in Zukunft während des Lebenszyklus produzierten Outputmengen ermittelt. Dazu ist auszuführen, dass bei Verwendung dieses Ansatzes einerseits Prognosen sämtlicher Outputmengen, dh. Minuten aller Verkehrsarten, Datenmengen für SMS, MMS und mobiler Breitbandzugang, über den gesamten Produktlebenszyklus notwendig sind. Andererseits würde es bei einer solchen Betrachtung, wie auch in der Abbildung im Gutachten Ovum auf Seite 49 dargestellt, im Gegensatz zur

linearen Abschreibung bis etwa für den Zeitraum der ersten Hälfte des Lebenszyklus (in etwa heute) zu substantiell wesentlich geringeren Abschreibungen und Zinsen kommen. Würde eine Umstellung des Modells zum heutigen Zeitpunkt vom linearen Abschreibungsmodell auf eine mengenbasierte ökonomische Abschreibung erfolgen, bleibt ungeklärt, wie mit den überhöhten Abschreibungen der Vergangenheit umgegangen wird. Da über den Gesamtlebenszyklus eines Investments nicht mehr als der abgezinste Anschaffungswert als Kosten angesetzt werden darf, ist eine Korrektur der zukünftigen ökonomischen Abschreibungswerte unumgänglich, was zu einem Ergebnis in gleicher Höhe (abgesehen von Zinseffekten) führen würde. An dieser Stelle ist weiters anzumerken, dass in dem von Ovum angeführten demonstrativen Rechenbeispiel von einer Einmalinvestition ausgegangen wird. In der Realität erfolgen die Investments jedoch nicht alle gleichzeitig in einer Periode, sondern die benötigten Kapazitäten werden entsprechend der vom Markt geforderten Nachfrage aufgebaut bzw erfolgen Reinvestitionen rollierend.

Da ein Wechsel der Abschreibungsmethode die Vergleichbarkeit bisher ermittelter Terminierungskosten mit aktuell erhobenen Kosten nicht mehr sicherstellt und Investitionen durch einen plötzlichen Wechsel der Abschreibungsmethode über den Zeitverlauf falsch bewertet erscheinen, kann eine Änderung der Abschreibungsmethodik nicht überzeugen. Eine (weitgehende) Kontinuität der Regulierungspraxis wäre mit einem Methodenwechsel nicht mehr gegeben. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass es hinsichtlich der anzuwendenden Abschreibungsmethode keine zwingenden Vorgaben bestehen.

i.3. Im Zusammenhang mit der Ermittlung des Kapitalkostenzinssatzes kritisiert Ovum im Wesentlichen, dass die aktuelle wirtschaftliche Situation nicht ausreichend berücksichtigt worden sei.

So wäre für mobilkom, deren Kosten aber gerade nicht verfahrensgegenständlich sind, ein höherer Kapitalkostenzinssatz anzusetzen. Im Besonderen meint Ovum, dass der Wert für β_e in der von den Amtssachverständigen festgelegten Höhe als zu niedrig angesetzt wurde. Wie bereits im Gutachten ausgeführt wurde, basiert die zugrunde gelegte Berechnung des WACC auf CAPM („*capital asset price*“-Methode).

Bei diesem Ansatz wird das Gesamtrisiko, welches ein Investor trägt, in zwei Komponenten geteilt. Die erste Komponente ist ein systematischer (nichtdiversifizierbarer), die zweite Komponente ein unsystematischer (diversifizierbarer) Teil. Das CAPM impliziert, dass ein funktionierender Kapitalmarkt erwartete Renditen produzieren wird, welche die Investoren ausschließlich für das nichtdiversifizierbare Risiko entschädigen. Das unsystematische Risiko kann in einem effizienten Portefeuille wegdiversifiziert (durch entsprechende Mischung von Wertpapieren im Portefeuille) werden und ist deshalb den Investoren auch nicht zu entgelten. Das Maß für nichtdiversifizierbares Risiko ist das Beta (β_e) eines Investitionsprojektes. Während der Wert von β_e im Falle einer risikolosen Kapitalanlage bei Null liegt, besitzt das Marktportefeuille ein β_e von Eins (ein β_e von Eins wurde im Amtsgutachten für alle GSM/UMTS-Betreiber unterstellt). Ein Projekt mit einem β_e von über Eins würde daher mehr nichtdiversifizierbares Risiko auf als der Marktdurchschnitt bedeuten. Im Gegensatz zum Banken- und Immobiliensektor werden die Risiken an den Finanzmärkten im Bereich der Telekombranche bzw die IKT-Wirtschaft als relativ gering eingeschätzt. Dies würde bedeuten, dass entgegen den Gutachten Ovum das β_e eigentlich unter 1 angesetzt werden könnte.

i.4. Zu den Ausführungen von Ovum zur Aufteilung der Netzkosten auf Sprach- und Datendienste wird auf obiges Vorbringen verwiesen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Stellungnahmen der One vom 1.6.2004, 4.10.2006, 24.7.2007, 28.9.2007, 16.12.2008 21.1.2009 sowie vom 24.3.2009 keine Unschlüssigkeit der den Feststellungen zugrundeliegenden Beweismittel darlegen vermag.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

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

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

2. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zu, in Verfahren gemäß §§ 41, 48 iVm 50 TKG 2003 eine Entscheidung zu treffen.

3. Zum Streitschlichtungsverfahren

Anträge betreffend § 117 Z 7 TKG 2003 – sohin auch der gegenständliche Antrag zu Z 18/06 auf Zusammenschaltung – sind an die RTR-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weiterzuleiten. Die RTR-GmbH hat in diesen Fällen zu versuchen, binnen sechs Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen.

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

4. Antragslegitimation

Nach § 50 Abs 1 TKG 2003 ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass die Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wurde, dass zumindest sechs Wochen über die gegenständlichen Leistungen verhandelt wurde, dass beide Parteien selbst ein öffentliches Kommunikationsnetz betreiben und dass weder eine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung noch eine diesbezügliche Zusammenschaltungsvereinbarung vorliegt. Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen erfüllt.

5. Zur Begründung der Anordnung

Die Anträge der Verfahrensparteien beziehen sich auf die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte (Anhang 6b) sowie Verrechnungsgrundsätze (Anhang 6). Unstrittig sind die Bedingungen der Verrechnungsgrundsätze, weswegen diese antragsgemäß angeordnet wurden. Eine diesbezügliche Begründung kann entfallen (§ 58 Abs 2 AVG).

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

5.1. Zur Frage der Mobil-Terminierungsentgelte

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung (primär) über die Höhe der wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte zu erlassen (§§ 48, 50 TKG 2003). Ist das Zusammenschaltungsentgelt eines Unternehmens ohne (bescheidmäßig festgestellter) beträchtlicher Marktmacht (iSd §§ 35, 37 TKG 2003) betroffen, so fehlt es an einer Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008 zu den Zahlen 2006/03/0079, 0081 ausführt, kommt der Telekom-Control-Kommission bei der konkreten Ausgestaltung der Zusammenschaltungsbedingungen ein „weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen“ (vgl dazu auch die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes zum Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde bei der Marktanalyse im Erkenntnis zur Zahl 2007/03/0211 sowie zur Entscheidungsbefugnis nach Art 20 der Richtlinie 2002/21/EG sowie Art 5 Abs 4 der Richtlinie 2002/19/EG das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12).

Nachdem der Verwaltungsgerichtshof die Marktanalysebescheide betreffend Mobilterminierung aufgehoben und ausgeführt hat, dass für Zeiträumen, die vor Erlassung des Bescheides gemäß § 37 TKG 2003 liegen, keine spezifischen Verpflichtungen (§§ 38ff TKG 2003) auferlegt werden dürfen, verfügt keiner der Verfahrensparteien auf den relevanten Märkten für Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze (§ 1 Z 9 TKMV 2008) über eine (mit Bescheid iSd § 37 TKG 2003 festgestellte) beträchtliche Marktmacht. Deswegen bestehen für die Leistung der Mobilterminierung (zumindest) im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch keine spezifischen Verpflichtungen (mehr).

Auf Grund der gesetzlichen Pflicht zur Entscheidung ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung Zusammenschaltungsentgelte in „angemessener“ Höhe anzuordnen sind (vgl dazu zuletzt in den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 24.11. und 9.12.2008, Z 2/08 und Z 1/08), wobei sich die Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 aus einer hoheitlichen Entscheidung ergeben hat.

Im konkreten Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum wettbewerbliche Defizite festgestellt wurden.

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

Im Zusammenhang mit dem Preis der Mobilterminierungsleistung wurden allokativer Verzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe in ein Mobilnetz als potentiell, für den Fall der Nicht-Regulierung bestehendes Wettbewerbsproblem erneut identifiziert. Um 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 Verwaltungsgerichtshofes 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 darstellen, 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 geän-

dernten 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 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 – wie die Feststellungen zeigen - Hutchison in den letzten Jahren deutlich höhere Mobil-Terminierungsentgelte erhalten als ihre Mitbewerber, weswegen sich eine Reduktion derselben auf ein symmetrisches Niveau nun stärker auswirkt.

Gleichzeitig war zu berücksichtigen, dass die betreiberindividuellen Kosten der Verfahrensparteien deutlich gesunken sind (vgl dazu die Feststellungen unter Punkt 4), 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 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). Allokative Verzerrungen, die auf unterschiedlich hohe Mobil-Terminierungsentgelte zurückzuführen sind, werden mit dieser Maßnahmen 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 betreiberindividuellen Kosten der Mobilterminierung sind jedenfalls gedeckt (vgl dazu die Ausführung der Orange, dass „angemessene“ Mobil-Terminierungsentgelte nicht die Kosten unterschreiten dürfen, Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009 Punkt D.). Dabei erscheint es unbeachtlich, ob die ausgewiesenen Kosten in exakt dieser Höhe anfallen, oder ob diese Kosten auf Grund unterschied-

licher Parameter (wie etwa unterschiedliche Szenarien und Inputparameter bei der Aufteilung von Sprach- und Datendiensten 3 oder 4, vgl die von Orange erwähnten Kosten der Mobil-Terminierungsentgelte entsprechend den Szenarien 3 und 3, Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009) 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.

Soweit Orange in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009 ausführt, dass die Telekom-Control-Kommission „für ein kleineres Problem“ ein „stärkeres remedy“ vorsehen würde, in dem sie den „Gleitpfad“ vorverschiebt, ist Orange darauf zu verweisen, dass die – aus ex-post-Sicht – festgestellten Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung deutlich gesunken sind, weswegen nicht davon ausgegangen werden kann, dass das wettbewerbliche Defizit „kleiner“ geworden ist; vielmehr hat sich gezeigt, dass der im Rahmen des Marktanalyseverfahrens M 15c/03, M 13c/06 (aus ex-ante Sicht) angeordnete Gleitpfad im Nachhinein betrachtet die gebotene Orientierung an den Kosten (iSd LRAIC) nicht in einem ausreichend Ausmaß sichergestellt hat.

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 jedoch auch die Antragsänderung vom 27.3.2009, derzufolge sich Hutchison für die Anordnung gleich hoher Entgelte für die Terminierung in ihr Netz ausspricht, vgl die parallel anhängigen Zusammenschaltungsverfahren betreffend Mobil-Terminierung und die gemeinsam konsultierten Zusammenschaltungsverfahren), 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 wettbewerblichen 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 vorgetragen wird, 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-Terminierungsentgelte 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) oder sie können gekündigt werden, 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 darauf, dass es im Fall einer Anordnung von Mobil-Terminierungsentgelten, die niedriger sind, als jene, die privatrechtlich vereinbart worden sind, zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte, kann eine Anordnung des „alten“ Gleitpfades (über den 1.7.2008 hinaus) nicht rechtfertigen. Im Besonderen würde durch diese Überlegung ein fairer Ausgleich der Interessen der Verfahrensparteien vereitelt und § 1 TKG 2003 (insbesondere deren Abs 2 Z 2 lit 2a, Abs 3 TKG 2003) nicht Rechnung getragen; auch die Streitschlichtungskompetenz der Telekom-Control-Kommission wäre ausgehöhlt.

Eine Beibehaltung des „früheren“ Zielwertes in der Höhe von Cent 5,72 bzw eine geringere Senkung des Mobil-Terminierungsentgeltes kann aber auch weder mit Belastungen aus dem regulierten Bereich „*Internationales Roaming*“ (vgl die Verordnung (EG) Nr 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABI L 171/32 vom 29.6.2007, sowie deren Änderungsvorschläge insbesondere zur Erweiterung der Regulierung um Datendienste und SMS) noch mit einem Hinweis auf eine allgemein wirtschaftlich schwierige Zeit („Wirtschafts-, Finanzkrise“) oder einem Geldabfluss aus Österreich wegen dem unterschiedlichen Niveau der Mobil-Terminierungsentgelte zwischen Österreich und dem restlichen Europa begründet werden. Verfahrensgegenständlich ist lediglich die (nationale) Monopolleistung der Anrufzustellung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen iSd § 1 Z 9 TKMV 2008, wobei gleichgültig ist, wo das Gespräch originiert. Den Überlegungen, lediglich jene Mobil-Terminierungsleistungen zu regulieren, die in Österreich originieren, kann vor dem Hintergrund der vorgenommenen Marktdefinition, die eine gesamthafte und einheitliche Beurteilung erfordert, nicht näher getreten werden (vgl dazu etwa das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.06.2008 zur ZI 2007/03/0211 zum Kontext einer möglichen Differenzierung zwischen Fest-zu-Mobil- und Mobil-zu-Mobil-Terminierung). 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.

Dabei wird übersehen, dass es nicht Sache des rufenden Kunden bzw dessen Netzbetreiber ist, eine möglicherweise schwierige Phase eines Mobilfunkbetreibers durch weit überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte auszugleichen.

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).

Auch ist das Vorbringen der Orange verfehlt (Konsultationsstellungnahme vom 24.3.2009), dass die im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren angeordneten Entgelte auch jene Entgelte determinieren, welche ein Betreiber für Gespräche aus dem Ausland erhält. Gegenständliche Anordnung legt ausschließlich die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte zwischen den Verfahrensparteien fest.

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

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

5.2. Zur Symmetrie der Mobil-Terminierungsentgelte

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

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

<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/home>). Auch im Entwurf der Europäischen Kommission zu einer Empfehlung betreffend Terminierungsentgelte führt sie klar aus, dass (Mobil-) Terminierungsentgelte grundsätzlich symmetrisch sein sollen (wobei sie diesfalls auf eine spezifische Verpflichtung iSd § 42 TKG 2003 abstellt).

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

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

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

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

5.3. Zur Laufzeit der angeordneten Mobil-Terminierungsentgelte

Auf Grund der Kündigung der Entgeltbestimmungen besteht seit 1.1.2007 keine Regelung über die wechselseitigen Mobil-Terminierungsentgelte.

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).

6. Zum Antrag der Orange auf Fristerstreckung

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

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

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

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

Darüber hinaus hat Orange im Rahmen des gegenständlichen Ermittlungsverfahrens weitere Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie etwa am 21. und 26.1.2009 Gebrauch gemacht hat.

7. Zum Verbot geheimer Beweismittel

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

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

8. Zum Antrag auf Erhebung neuer Daten

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

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

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

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

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

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

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

9. Zur Berücksichtigung des Anrufempfängernutzens

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

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

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

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

10. Verfahren gemäß §§ 128f TKG 2003

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

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

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

b. 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
Orange Austria Telecommunication GmbH, z Hd der Geschäftsführung, Brünner Straße 52, 1210 Wien, per RSb