

# Mobile Zusammenschaltung gemäß TKG 2003

von Philipp Lust

## Trotz niedrigerer Tarife profitiert weiterhin der Mobilfunk

Die Telekom-Control-Kommission (TCK) hat am 19.12.2005 ihre ersten Bescheide zu den Terminierungsentgelten bei der Zusammenschaltung mit mobilen Kommunikationsnetzen erlassen, bei denen das neue Telekommunikationsgesetz (TKG) aus 2003 anzuwenden war.<sup>1)</sup> Sie hat dabei die neue Rechtslage zum Anlass genommen, einige Unstimmigkeiten in der alten Regulierungspraxis zu bereinigen, aber gleichzeitig weiterhin Maßnahmen gesetzt, um für eine nachhaltige Bevorzugung von Mobilfunkbetreibern gegenüber Festnetzbetreibern und Endkunden zu sorgen.

### 1. Übergang zur neuen Rechtslage

Das alte TKG 1997 hat für marktbeherrschende Unternehmen eine Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang und Zusammenschaltung einschließlich Kostenorientierung vorgesehen (§§ 34 ff). Um den Anforderungen nach Verhältnismäßigkeit und Auferlegung der geringstmöglichen regulatorischen Maßnahmen gerecht werden zu können, sind nach dem neuen TKG 2003 erst nach mehrstufigen Vorverfahren (§§ 36 f, 128 f) gezielte Maßnahmen zum Abstellen von Wettbewerbshindernissen zu verfügen. Die einzelnen möglichen Maßnahmen gemäß §§ 38 ff sind inhaltlich jedoch praktisch ident mit der alten Rechtslage.

Umso positiver fällt es auf, dass die TCK trotz materiell vergleichbarer Bestimmungen manche ihrer aus dem Gesetz nicht herauslesbarer Konstruktionen, die teils auch teleologisch nur beschränkt nachvollzogen werden konnten,<sup>2)</sup> mit der neuen Rechtslage endlich abgestellt hat.

So wurde seit 2001 angeordnet, dass derjenige, der ein Gespräch in ein mobiles Netz führt, dem Betreiber des angerufenen Mobilnetzes weit mehr als die tatsächlichen Kosten zu bezahlen hat: Zusätzlich hat die Regulierungsbehörde nämlich einen Betrag für externe Effekte sowie zur Kundenbetreuung, zum Mailbox-Betrieb und zur Handset-Subvention des Netzbetreibers, der angerufen wird, vorgeschrieben.<sup>3)</sup> Im Klartext: Wenn A den B anruft, hat A gemäß Bescheid der unabhängigen Regulierungsbehörde TCK dafür mitzuzahlen, dass B vergünstigte „Handies“ bekommt und weniger für seine Anrufbeantworterdienste sowie seinen Kundendienst zu zahlen hat. Der Aufschlag für externe Effekte sollte die Migration zum Mobilfunk beschleunigen. Eine schlüssig aus dem TKG ableitbare Begründung ist die Behörde bis auf einen Verweis auf ähnliche Vorgänge im Vereinigten Königreich schuldig geblieben.

Immerhin hat sie diese damals für „angemessen“ gehaltene Praxis nun aufgegeben,<sup>4)</sup> da sie sich nicht mit

der Kostenorientierung marktmächtiger Unternehmen vereinbaren lässt und mittlerweile ohne jeden Zweifel eine wesentliche – auch vom Regulator maßgeblich mitverursachte – Migration vom Festnetz zum Mobilfunk stattgefunden hat.

### 2. Neu: Der Gleitpfad

Auch in einem anderen Bereich machen die aktuellen Entscheidungen Hoffnung: Während man bislang kaum mehr mit einer Vereinheitlichung der Mobilfunktarife im Sinne der Kostenwahrheit auf Betreiberseite und der Transparenz auf Kundenseite rechnen konnte, hat die Regulierungsbehörde nun festgelegt, dass sich die Preise der Mobilfunkterminierung bei sämtlichen Betreibern mittelfristig anzuleichen haben.<sup>5)</sup> Nachdem die TCK ursprünglich 2012 ins Auge fassen wollte, hat sie nach Intervention der Europäischen Kommission festgelegt,

Dr. Philipp Lust, LL.M. (Brügge), ist Lehrbeauftragter an der Universität Wien.

- 1) Es handelt sich um folgende Bescheide der TCK vom 19.12.2005: Z 2/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05, Z 13/05 und Z 14/05. Da die Bescheide inhaltlich weitestgehend ident sind, wird in der Folge jeweils exemplarisch auf Z 14/05 zwischen UPC Telekabel und Mobilkom eingegangen. Diesen Bescheiden zugrunde liegen folgende Bescheide vom 27.10.2004 zur Feststellung der Marktbeherrschung bei der Terminierung in öffentliche Mobiltelefonnetze: M 15a/03, M 15b/03, M 15c/03, M 15d/03, M 15e/03. Auch bei diesen weitgehend identen und sehr umfassend beschreibenden Bescheiden wird im Folgenden jeweils exemplarisch auf den Bescheid der Mobilkom, M 15a/03, eingegangen.
- 2) S zB Lust, Telekommunikationsrecht im Überblick (2003), 117 ff mwH.
- 3) S erstmals zB TCK 5.11.2001, Z 5/07, Z 7/01, Pkt 4.2.4, 32, und Z 14/01, Z 15/01, Pkt 7.2.3, 61, in weiterer Folge zB TCK 14.4.2003, Z 30/02, Pkt 5.2.3, 15 ff.
- 4) S zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt D.9., 34 f.
- 5) Das ergibt sich schon aus der Pflicht zur Kostenorientierung gemäß den Marktbeherrschungsbescheiden, s zB TCK 27.10.2004, 2, 79 ff, wobei 86 bereits die Idee der Sachverständigen von einem Gleitpfad erwähnt. Diese zur verpflichtenden Kostenorientierung in einem Spannungsverhältnis stehende Idee wurde in die Zusammenschaltungsbescheide aufgenommen und großzügig angeordnet, s zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt D.7., 25 ff. Da Regulierungsbehörden ihre Ideen im Sinne eines Benchmarking teilen, finden sich ähnliche Ansätze zu Gleitpfadmodellen auch in anderen Ländern; s zB die Zusammenfassung der Stellungnahmen zum Entwurf einer Regulierungsverfügung im Bereich der Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze (BK4-06-001 bis 004/R) seitens der deutschen Bundesnetzagentur, 14 f, 20 ff, 33 (Stellungnahmen Deutschland).

dass ab 2009 sämtliche Mobilfunkbetreiber nur mehr einheitlich maximal 6,79 Cent pro Minute zzgl USt für die Terminierungsleistung verrechnen dürfen. Dieser Wert entspricht nach Ansicht der TCK den 2005 bestehenden Kosten der Mobilkom samt Gemeinkostenaufschlägen und angemessenem Gewinn. Er stellt ihrer Meinung nach die Kosten eines effizienten Mobilfunkbetreibers im Wettbewerb dar.<sup>6)</sup> Bis 2009 sollen sich die bislang recht unterschiedlichen Tarife – zwischen 10,86 Cent bei Mobilkom und 19,62 Cent bei Hutchison 3G – langsam im Sinne eines sogenannten „Gleitpfades“ in mehreren Stufen an den Wert von 6,79 Cent angleichen.

Somit kann der Kunde spätestens ab 2009 damit rechnen, dass sich die Kosten für Telefonate in unterschiedliche Mobilfunknetze nicht mehr groß unterscheiden.<sup>7)</sup>

### 3. Garantierte Monopolrente auf Jahre hinaus

So weit so gut. Es gibt jedoch zwei grundsätzliche Faktoren, die dazu führen, dass auch dieses langfristig zu erreichende einheitliche Entgelt zu hoch ist.

#### 3.1. Kostenmaßstäbe

Zum einen wendet die Regulierungsbehörde im Mobilfunkbereich weiterhin andere Kostenmaßstäbe als im Festnetz an, obwohl spätestens im aktuellen Telekommunikationsrecht, das sich ausdrücklich der Technologieutralität verschreibt (s zB § 1 Abs 3 TKG), keinerlei Anhaltspunkte für eine Ungleichbehandlung dieser beiden Techniken mehr zu finden sind. Ähnlich wie bisher wird auf tatsächliche Kosten<sup>8)</sup> abgestellt, anstatt wie im Festnetzbereich die tendenziell niedrigeren fiktiven zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) zu berücksichtigen.<sup>9)</sup> Letzteres stellt im Festnetzbereich selbst bei einseitigem Netzzugang die gängige Regulierungspraxis dar. Die Argumentation, dass im Mobilfunk ohnehin so viel Wettbewerb herrscht und die real angegebenen Kosten ohnehin weitgehend den idealen Kosten entsprechen,<sup>10)</sup> ist angesichts der auch von der Regulierungsbehörde festgestellten Wettbewerbsprobleme und marktbeherrschenden Stellungen<sup>11)</sup> nicht vollständig überzeugend.

Gerade bei der Gesprächsterminierung, die in einem „Calling Party Pays“-System nun einmal kaum wettbewerbliche Kräfte verspürt und von Kollusionsgefahr samt überhöhten Preisen geprägt ist, wäre das Abstellen auf fiktive, nicht überhöhte Kosten ein Mittel, mit dem die Regulierungsbehörde entsprechend ihrem Auftrag zur Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zum Schutz der Nutzer (§ 34 iVm § 1 Abs 2 TKG) einen Wettbewerbspreis simulieren könnte.<sup>12)</sup> Außerdem sind weiterhin nicht gerade geringe Gemeinkosten und fragwürdige Aufschläge zur Förderung des UMTS-Marktes miteinberechnet, die in einem effizienten Netz nicht unbedingt weiterverrechnet werden müssten.<sup>13)</sup> Schließlich ist nicht verständlich, wieso sich die Regulierungsbehörde weigert, die frei vereinbarten und tendenziell niedrigeren Endkundenpreise für Gespräche innerhalb desselben Mobilfunknetzes wenigstens als Richtschnur für die Angemessenheit der zu verfügbaren Zusammenschaltungsentgelte heranzuziehen.<sup>14)</sup>

#### 3.2. Die Zeit als entscheidender Faktor

Zum anderen spielt der zeitliche Faktor in dynamischen Märkten wie der Telekommunikationsbranche eine wesentliche Rolle. Die Kosten fallen stetig, da das regel-

- 6) S zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt D.7.2., 26, sowie erläuternd TCK, Ergebnisse der Konsultation: Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen (2005), 11 (Konsultation).
- 7) Vermutlich werden Mobilfunkgespräche innerhalb eines Netzes weiterhin tendenziell günstiger als Gespräche zu anderen Netzen bleiben.
- 8) Die Regulierungsbehörde spricht zwar von LRAIC als long run average incremental costs auf Basis der Mobilkom als effizientestem Betreiber, bezieht aber neben diversen Gemeinkostenanteilen auch Übergewinne zur Förderung von UMTS-Kosten ein, sodass sie im Ergebnis zu Kosten deutlich über LRAIC-Niveau gelangt (s FN 15, 19, 23 und TCK, Konsultation, 17 ff).
- 9) Die aktuelle Kapitalverzinsungshöhe geht aus den veröffentlichten Bescheiden nicht hervor, jedoch wird sie wohl nach wie vor höher als im Festnetzbereich angenommen sein. S auch TCK, Konsultationspapier, 24, sowie zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, 13.
- 10) S zB TCK M 15a/03, 82.
- 11) Der VwGH hat in seiner Entscheidung 2005/03/0088 bestätigt, dass jeder Netzbetreiber gemäß TKG 2003 im eigenen Netz marktbeherrschend bei Terminierung ist. Leider hat er gleichzeitig die Ansicht bekräftigt, dass von festgestellter Marktbeherrschung direkt auf die Notwendigkeit sektorspezifischer Regulierung geschlossen werden kann, womit das vom neuen Rechtsrahmen intendierte Auspendeln der Regulierung in Richtung Kartellrecht erschwert wird (s *Lust*, Telekommunikationsrecht, 52 ff).
- 12) Freilich senken die Betreiber ihre Preise nicht freiwillig unter den regulatorisch angeordneten Höchstpreis (es sei denn, sie möchten einer strengeren hoheitlichen Entscheidung zuvor kommen), zumal gerade die Gesprächsterminierung den Bereich darstellt, in dem Wettbewerb nicht funktioniert und daher das sektorspezifische Regulierungsrecht eine langfristige Rechtfertigung hat (gäbe es das „Receiving Party Pays“-System oder im Rahmen des aktuellen „Calling Party Pays“-Prinzips wechselseitig einheitliche Zusammenschaltungsentgelte zwischen festen und mobilen Netzen, wäre das Problem ebenfalls weitgehend gelöst). S *Lust*, Mobile Interconnection, IJCLP 7/2002, 33 (kostenlos unter [www.ijclp.org](http://www.ijclp.org)), 30 ff, sowie *Lust*, Telekommunikationsrecht, 111 ff.
- 13) S zB TCK 14.4.2003, Z 30/02, 12 f, 16 f, 32, sowie FN 19 und TCK, Konsultation, 17 ff.
- 14) S zB TCK 27.10.2004, M 15a/03, 78, aber auch TCK 6.2.2006, M 7/05-30, 10. Die große und langfristig bestehende Diskrepanz zwischen diesen beiden Preisen signalisiert geradezu Markt- und in weiterer Folge auch Regulierungsversagen. Gäbe es fairere und ausgeglichene Tarife, wären Ergänzungsverfahren wie die am 6.2.2006 beschlossenen Bescheide M 2/05 bis M 7/05 vermutlich gar nicht erst notwendig gewesen. S auch *Lust*, Externe Effekte bei Zusammenschaltung, MR 2002, 122 (126).
- 15) Bereits bei den letzten Bescheiden der TCK vom 14.4.2003, s zB Z 30/02, Pkt 5.2.3, 15 ff, hat die Behörde beispielsweise verfügt, dass nur die Hälfte der Kostensenkung – und auch diese nur verzögert – weitergegeben werden müsse. Die andere Hälfte durfte gemäß TCK als Monopolrente einbehalten werden, um den Betreibern eine Belohnung bzw. pauschale Beihilfe am an sich getrennten Markt für UMTS-Dienste zu gewähren. Diese Vorgehensweise ist bereits kartellrechtlich bedenklich, sodass die explizite – jedoch rechtlich nicht eindeutig nachvollziehbar begründete – Anordnung aufgrund dem strikteren sektorspezifischen TKG umso mehr erstaunte. S *Lust*, Telekommunikationsrecht, 120 (FN 208).

mäßig wachsende Gesprächsvolumen nur geringfügige zusätzliche Kosten verursacht, aber zugleich die Verteilung der überwiegenden Fixkosten auf eine größere Zahl von Gesprächsminuten ermöglicht. Darüber hinaus sorgt die technische Entwicklung dafür, dass Hard- und Software regelmäßig günstiger werden, und schließlich sollte auch eine Optimierung der Geschäftsprozesse tendenziell zu einer Verringerung der Kosten führen.

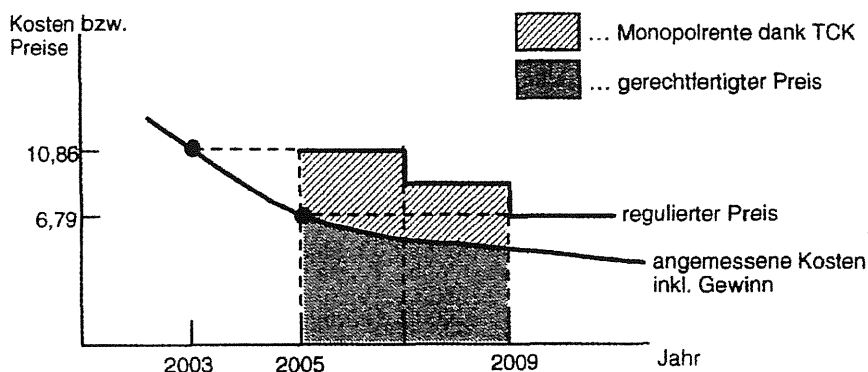
Dieses Ergebnis wird auch von der unabhängigen Regulierungsbehörde bestätigt, da sie bislang bei jeder Marktuntersuchung geringere Kosten als bei der jeweils vorigen Bewertung festgestellt hat. Dennoch ignoriert sie diese Tatsache zugunsten der Mobilfunkbetreiber regelmäßig<sup>15)</sup> und versucht, über im Gesetz nicht verankerte Argumente der Vermeidung „disruptiver Eingriffe“<sup>16)</sup> den Preis nur sehr zögerlich den verringerten Kosten anzupassen.

Im aktuellen Verfahren aus 2005 hat die Errechnung eines wettbewerbsähnlichen Preises auf Basis der tatsächlichen Kosten der Mobilkom bei sekundengenauer Berechnung einen Wert von 6,79 Eurocent pro Minute zzgl USt ergeben. Zweieinhalb Jahre davor ist man bei der Mobilkom noch zu einem angemessenen Preis von 10,86 Eurocent gekommen, während man anderen

Wenn nach einigen Jahren dann tatsächlich nur mehr 6,79 Eurocent verrechnet werden dürfen, wird damit aller Voraussicht nach – ähnlich der Phase von 2003 bis 2005 – wiederum ein Monopolgewinn möglich sein, zumal sich die Kostenstruktur der Mobilfunkbetreiber je Minute bis dahin verbessert haben müsste.<sup>19)</sup>

### 3.3. Konsequenzen

ME ist dem TKG auch teleologisch kein Hinweis zu entnehmen, wieso ein heute in einem Verfahren festgestellter angemessener Preis nicht bereits morgen gelten soll und stattdessen erst nach Jahren im Sinne eines „Gleitpfades“ einzuhalten ist.<sup>20)</sup> Es ist dem Gesetz kein Hinweis zu entnehmen, wieso die unabhängige Regulierungsbehörde den Mobilfunkbetreibern per Bescheid eine Monopolrente vorschreiben sollte, wenn das TKG doch technologieneutralen, chancengleichen Wettbewerb im Interesse der Bevölkerung zu erreichen sucht. Dass die Mobilfunkbranche gut mit Übergewinnen aus der Gesprächsterminierung leben kann und diese Erträge teilweise zur Finanzierung unüberschaubarer Geschäftsmodelle mit Gratismobiltelefonen und kostenlosen Intern- bzw. Festnetzgesprächen nützt, sollte wohl keine Rechtfertigung darstellen können. Es ist nicht



Marktteilnehmern die Verrechnung von bis zu 19,62 Eurocent erlaubt hat.<sup>17)</sup>

Das Problem lässt sich vereinfacht<sup>18)</sup> wie folgt graphisch veranschaulichen:

Wie man anhand der Graphik erkennen kann, haben die Mobilfunkbetreiber, deren Kosten regelmäßig sinken (Kurve „angemessene Kosten inkl. Gewinn“), durch die verzögerte Inkraftsetzung der Tarife (stufenförmig „regulierter Preis“) einen signifikanten Vorteil. Sie können ihren Konkurrenten jeweils weit über den angemessenen Wettbewerbspreisen (eng schraffierter „gerechtfertigter Preis“) liegende Tarife verrechnen. Bereits die sich aus der Graphik ergebenden monopolbedingten Übergewinne der Mobilkom sind dabei signifikant (60 % Monopolrente bei 10,86 statt 6,79 Eurocent in der ersten Phase; siehe oberen, weiter schraffierten Bereich), wobei andere Marktteilnehmer anfangs gut 13 oder gar 19,62 Eurocent verrechnen dürfen!

16) S zB TCK 27.10.2004, Pkt D.9.1., 15a/03, 86, sowie TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt D.7.1., 25, aber auch bereits TCK 14.4.2003, Z 30/02, Pkt D.5.2.3.1, 18.

17) S TCK 14. 4. 2003, Z 30/02, 2 f, sowie allfällige Tarifabellen der Regulierungsbehörde unter [www.rtr.at](http://www.rtr.at).

18) Vereinfachungen wurden insoweit vorgenommen, als nur eine anstatt sieben Stufen bis 2009 dargestellt wurde und bei der Mobilkom als einzigem Anbieter bereits 2007 maximal 6,79 Eurocent verrechnet werden dürfen.

Weiters wird vorerst davon ausgegangen, dass 10,86 Eurocent im Jahr 2003 einem Wettbewerbspreis entsprochen haben, obwohl darin die unter Punkt 2 erwähnten Externalitäts- und Marketingaufschläge enthalten sind, die heute auch von der Regulierungsbehörde nicht mehr als sachlich gerechtfertigt angesehen werden.

19) Gemäß den Berechnungen der TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt B.5., 12, sinken die Referenzkosten der Mobilkom bereits 2006 um 0,44 Eurocent gegenüber dem auf Basis 2005 festgelegten Zielwert von 6,79 Eurocent, der jedoch gemäß dem Gleitpfadmodell erst in der Zukunft einzuhalten ist. Wäre man mit der Verrechnung von Gemeinkosten weniger großzügig gewesen, hätten sich gemäß den aktuellen Gutachten bereits für 2006 bloß 6,01 Eurocent als angemessene Zusammenschaltungsentgelte inklusive Gewinn ergeben.

20) Grundsätzlich dürfte auch die Europäische Kommission dieser Ansicht sein, wenn sie in ihrer Stellungnahme anführt, dass „der erwartbaren Entwicklung des Verkehrsaufkommens Rechnung“ zu tragen ist. S zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt D.10.3., 36. Die TCK hat diesem Erfordernis wie oben geschildert jedoch gerade nicht Rechnung getragen.

nachzuvollziehen, wieso derartige Geschäftsmodelle, die ohnehin jederzeit angepasst werden könnten, einen höheren Schutz genießen sollten<sup>21)</sup> als die Masse der Kunden der jeweils anderen Netze, die konkrete mobile Teilnehmer erreichen möchten, dafür aber nicht mehr als einen angemessenen Preis zahlen möchten. Leider hat die TCK jedoch auch in ihren Bescheiden vom 19.12.2005 wiederum das Interesse der Oligopolisten am Mobilfunkmarkt an hohen Erträgen im strukturell wettbewerbsarmen Bereich der Gesprächsterminierung höher bewertet als das Interesse der Vertragspartner und Endkunden an fairen oder gar kostenorientierten Preisen, wie sie gemäß den Marktbeherrschungsbescheiden und dem aktuellen TKG vorzuschreiben gewesen wären.

Zum aktuellen Zeitpunkt ist die Entscheidung sogar innerhalb der Logik der Regulierungsbehörde unschlüssig: Einerseits stellt sie klar, dass externe Effekte keinen zusätzlichen Aufschlag mehr rechtfertigen können.<sup>22)</sup> Andererseits geht sie jedoch über den Gleitpfad von den bisherigen Tarifen aus, die diesen Aufschlag von etwa 3 Cent sehr wohl enthalten. Entsprechend muss zB T-Mobile über den Ende 2005 verfügten Gleitpfad erst im Jahr 2007 einen Wert einhalten, der den 2003 (!) gemessenen Kosten einschließlich angemessenem Gewinn und fragwürdigem Aufschlag zur UMTS-Quersubventionierung, jedoch ohne Abgeltung für externe Effekte entspricht!<sup>23)</sup> Insoweit kann beim besten Willen nicht nachvollzogen werden, wieso eine prompte Absenkung auf unter 10 Cent „disruptiv“ und unverhältnismäßig gewesen wäre und aktuell 11,66 Cent zugelassen werden mussten.

Im Ergebnis neutralisieren sich die Effekte der überhöhten Preise innerhalb des Mobilfunks in gewissem Maße,<sup>24)</sup> sodass vor allem die Festnetzanrufer einseitig durch die überhöhten Preise „draufzahlen“, ohne bei umgekehrten Gesprächen entsprechend profitieren zu können.<sup>25)</sup> Damit wird entgegen der im TKG 2003 vorgeschriebenen Technologieneutralität und entgegen der Ankündigung der TCK<sup>26)</sup> auch durch die aktuelle Regulierungspolitik der Umstieg vom Festnetz zum Mobiltelefon wohl weiter gefördert und ist eine Angleichung der Preise von Festnetz- und Mobiltelefonaten nicht in Sicht.

Innerhalb des Mobilfunks könnte die aktuelle Entscheidung jedoch langfristig zu mehr Transparenz führen: Einerseits könnten einheitliche und niedrigere – wenn auch noch immer überhöhte – Mobilzusammenschaltungsentgelte das Budget für Quersubventionen bei Mobiltelefonen und Gesprächen innerhalb des Netzes reduzieren, und andererseits könnten sie zu einer Angleichung von Gesprächen innerhalb und außerhalb des jeweiligen Netzes führen. Gleichzeitig ist auch darauf hinzuweisen, dass bei den an sich wünschenswerten einheitlichen Mobilterminierungsentgelten – wie bei Oligopolen üblich – eher große Anbieter profitieren, die ihre Fixkosten auf eine größere Kundenzahl verteilen können. Die bislang von der TCK unter dem Titel „Investitionsschutz“<sup>27)</sup> bevorzugten kleineren Mobilfunkbetreiber, die für die gleiche Leistung teilweise fast das Doppelte verlangen durften, verlieren hingegen dieses Privileg ab 2009 zugunsten eines schon längst fälligen, einheit-

lichen, vom Regulator für angemessen erachteten Marktpreises.

#### 4. Ausblick

Soweit die Höchstgerichte nicht über allfällige Klarstellungen zu älteren Mobilfunkzusammenschaltungsbescheiden inhaltlich Position beziehen, steht zu befürchten, dass sich die weitere Praxis der unabhängigen Regulierungsbehörde zum TKG 2003 nicht mehr allzu stark ändern wird. Entsprechend werden die Kosten für Telefonate in mobile Netze sinken, jedoch weiterhin deutlich überhöht bleiben. Die gesetzlich nicht nachvollziehbare Förderung der Mobilfunkbetreiber zu Lasten von Festnetzbetreibern und Endkunden wird sich daher vermutlich fortsetzen.

Umgekehrt bietet sich durch den nunmehr kartellrechtlich genehmigten Zusammenschluss von T-Mobile und Teling vielleicht ein Anlass, die Logik der Zusammenschaltung über ein amtswegiges Zusammenschaltungsverfahren (§ 50 Abs 2 TKG) etwas zu verfeinern. Da beide Unternehmen nun eine wirtschaftliche Einheit mit 36,4 % Marktanteil darstellen und auch die Mobilkom nur einen um drei Prozentpunkte höheren Marktanteil hat,<sup>28)</sup> lassen sich wohl höchstens Zusammenschaltungsentgelte in der Größenordnung der Mobilkom rechtfertigen, nicht jedoch die bisher im Bereich T-Mobile um 25 % höher festgelegten Tarife.

Abschließend bleibt wie bei den bisherigen Zusammenschaltungsverfahren<sup>29)</sup> darauf hinzuweisen, dass der Wettbewerb alternativer Anbieter und Wiederverkäufer im Festnetzbereich offensichtlich nicht funktioniert: Die aktuellen, am 19.12.2005 erlassenen Bescheide haben die mobilen Zusammenschaltungsent-

23) S FN 15 zur UMTS-Förderung sowie TCK 14. 4. 2003, Z 30/02, Pkt D.5.2.3, 15 ff, wonach bereits damals die Anpassung von 13,80 Cent auf 13,18 Cent nur stufenweise erfolgt ist und selbst bei den 13,18 Cent nur die Hälfte der gemessenen Kostenreduktion von 1,24 Cent weitergegeben werden musste. Zieht man auch die vom Vereinigten Königreich übernommenen 3 Cent Externalitätsaufschlag ab, so kommt man zu dem Ergebnis, dass die Kosten von T-Mobile bereits im Jahr 2003 einschließlich angemessenem, jedoch nicht überschießendem Gewinn bloß 9,56 Cent betragen haben.

24) S zB *Lust*, IJLCP 2002/2003, 23 ff, oder *Lust*, MR 2002, 122 (123).

25) Außerdem wurden vergünstigt angebotene Festnetztelefone der Telekom Austria im Gegensatz zu den allgegenwärtigen Gratishandies beliebiger Mobilfunkbetreiber bereits vom OGH als KOG als wettbewerbswidrig eingeschätzt: OGH 17.11.2003, 16 Ok 11/93 (s auch *Stratil/Lust*, Kohärenz und Inkohärenz zwischen Kartellgerichten und Regulierungsbehörden, in *Lichtenberger/Ruhle* (Hrsg.), *Die Regulierung der österreichischen Telekommunikationsmärkte im neuen Rechtsrahmen* (2005), 205 (226 ff)).

26) So zB TCK 19.12.2005, Z 14/05, Pkt 9.1., 34 f, sowie TCK, Konsultation, 20 ff.

27) S zB *Lust*, IJLCP 2002/2003, 42 ff mwH.

28) S die unter [www.rtr.at](http://www.rtr.at) für 1.12.2005 angeführten Marktanteile und Teilnehmerstände.

29) S *Lust*, Netzzugang im neuen EU-Telekomrecht, ÖZW 2002, 33 (FN 21), sowie *Lust*, Telekommunikationsrecht, 81.

gelte ab November 2005 um 7 bis 14 % gesenkt. Auch heute – gut ein halbes Jahr danach – hat jedoch kaum ein Anbieter diese Kostenreduktionen von gut 1 Eurocent pro Minute zzgl USt an seine Privatkunden weitergegeben.<sup>30)</sup> Ganz im Gegenteil werden die Endkundertarife im Festnetz seit Jahren kaum mehr günstiger, sondern tendenziell teurer, da immer mehr Anbieter die Abrechnungsmodalitäten (Taktung) zu Lasten der Kunden einseitig verschlechtern. Die Regulierungsbehörde lässt derartiges, im Festnetz wie im Mobilfunkbereich zu beobachtendes Verhalten der Betreiber bislang ohne weiteres zu.

Die Tatsache, dass alternative Anbieter Kostenvorteile auf Vorleistungsseite nicht an die Endkunden weitergeben, stellt dem europarechtlich initiierten Dienstleistungswettbewerb ohne hinreichendem Infrastrukturwettbewerb leider ein trauriges Zeugnis aus. Dass größere alternative Anbieter nicht einmal den positiven Preisvorgaben der regulierten Telekom Austria folgen deutet darüber hinaus auf kartellähnliches Verhalten alternativer Anbieter und schwindende Marktmacht des Ex-Monopolisten hin. Es wäre daher höchste Zeit, dass zumindest die Regulierungsbehörde, die bislang peinlich genau auf „angemessen“ angenehme Margen für Wiederverkäufer achtet (im Festnetz sind das zB bis zu 200 % Aufschlag!)<sup>31)</sup> und der Telekom Austria allzu günstige Tarife untersagt, ihr Augenmerk endlich auf günstige Verbraucherpreise verlegt.

Entsprechend gibt es offenbar nur zwei Wege für die Zukunft der Regulierung: Entweder könnte man wie zu Monopolzeiten die gesamte Wertschöpfungskette einschließlich Endkunden in die Regulierung einbezie-

hen.<sup>32)</sup> Alternativ könnte man die Regulierung so weit wie möglich zurückdrängen, um sich nur mehr mit dem zentralen nicht wettbewerbsfähigen Bereich der wechselseitigen Zusammenschaltung zu beschäftigen.<sup>33)</sup> In diesem Bereich müsste dann aber härter und transparenter als in den vorliegenden Bescheiden gegen überhöhte Preise vorgegangen werden.

30) Unter den größeren Anbietern hat lediglich die Telekom Austria nach einigen Monaten mit April 2006 ihre Tarife angepasst (und im Gegenzug die Taktung verschlechtert, obwohl Vorleistungspreise weiterhin sekundengenau abgerechnet werden). Sie hat jedoch seit 1999 die regulatorische Pflicht, Kostensenkungen an Endkunden weiterzugeben (s zuletzt TCK 14.3.2006, G 132/05, 3 und 21; s auch *Lust*, Telekommunikationsrecht, 81) und daher schon bislang zu den günstigsten Anbietern bei Gesprächen zum Mobilfunk gezählt. Eigentlich sollten Anpassungen der Tarife an die Vorleistungsentgelte auch bei anderen Anbietern ohne regulatorische Auflagen selbstverständlich sein, da sich die Geschäftsgrundlage entsprechend ändert, wenn die Vorleistungspreise markant sinken. Offenbar sieht die Situation in Deutschland jedoch nicht viel anders aus: s Stellungnahmen Deutschland, 28 und 46.

31) S die Pressemitteilung der RTR vom 21.5.2004 zum Bescheid G 30/04 vom 10.5.2004, wonach „den Alternativen immer noch Spannen von 15 % in der Freizeit bis zu 200 % in der Geschäftszeit“ verbleiben.

32) Dann würde aber – wie damals – ein einziger Anbieter genügen.

33) Einseitiger Netzzugang könnte dann über das Zivilrecht abgewickelt werden, wobei „normale“ Wettbewerbsprobleme wie in anderen Sektoren auch von den Kartellbehörden gelöst werden könnten.

## Literatur

**Robert Dittrich** (Hg), **Beiträge zum Urheberrecht VIII**, Band 33 der österreichischen Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht (ÖSGRUM), Verlag MANZ, Wien 2005. VIII + 181 Seiten.

Wie schon zahlreiche andere Bände der ÖSGRUM vereint auch dieser mehrere, teilweise kaum zusammenhängende Beiträge zu aktuellen urheberrechtlichen Fragen. **Robert Dittrich** ist mit drei Untersuchungen vertreten, einmal zur Frage, ob die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch voraussetzt, dass sie mit Hilfe eines rechtmäßig erworbenen und rechtmäßig hergestellten Werkstücks erfolgt ist, dann mit einer grundlegenden Untersuchung zum geistigen Eigentum aus österreichischer Sicht und schließlich einem Beitrag zum 3-Stufen-Test.

Diese drei Beiträge sind auch die bei weitem umfangreichsten und dogmatisch fundiertesten. Im verbleibenden letzten Drittel dieses Bandes fragt sich **Helmut Gamerith**, ob eine Verwertungsgesellschaft am Urheberrechtsverstoß des Vertragspartners aus dem Wahrnehmungsvertrag beteiligt ist, und arbeitet genau die Unter-

schiede in der Rechtsprechung in Deutschland und Österreich heraus. **Alfred J. Noll** untersucht stark öffentlich-rechtlich orientiert die Unternehmerhaftung im Urheberrecht. Daran schließt sich **Theo Öhlingers** Beitrag „Die Benützung von nicht legalen Vorlagen bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch aus verfassungsrechtlicher Sicht“ an, in dem er insbesondere den verfassungsrechtlichen Schutz des Urheberrechts und die private Vervielfältigung im Licht des Staatsgrundgesetzes beleuchtet. Er kommt zum Schluss, dass sich weder aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie noch aus der Kunstfreiheit ableiten lässt, dass die Verwendung einer nicht legalen Kopie zur Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch verfassungswidrig wäre. **Bettina Stomper-Rosam** kommentiert die „Megasex“-Entscheidung des OGH. Sehr aktuell und vor allem praxisrelevant ist **Andreas Wiebes** Darstellung der Enforcement-Richtlinie, in der er klar die Harmonisierungsziele, den Anwendungsbereich, Beweisfragen, das Auskunftsrecht, einstweilige Maßnahmen, Schadenersatz, Klagslegitimation und andere Details erklärt.