

Hutchison 3G Austria GmbH Tel.: +43 (0) 50660 - 0  
Gasometer C Fax: +43 (0) 50660 – 65009  
Guglgasse 12/10/3 www.drei.at  
1110 Wien



## Einschreiben

(vorab per e-mail)

An die  
Telekom-Control-Kommission  
Mariahilferstrasse 77-79  
1060 Wien

**Einschreiterin:** Hutchison 3G Austria GmbH  
Guglgasse 12/10/3  
1110 Wien

## STELLUNGNAHME

**Zur Konsultation betreffend Ermittlung der Kosten der effizienten  
Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen**

1-fach  
1 Halbschrift  
1 Beilage

Die Einschreiterin, Hutchison 3G Austria GmbH (in der Folge kurz: "Hutchison") erstattet in offener Frist nachstehende

## **Stellungnahme**

zur Konsultation der Telekom-Control-Kommission vom 23. November 2004 zur "Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen" (in der Folge kurz: "Konsultation").

### **1. Vorbemerkung**

Mit der gegenständlichen Konsultation greift die Telekom-Control-Kommission (in der Folge kurz: "TKK") eine Vorgangsweise auf, die sie in Spruchpunkt 9.3 des Bescheides M 15e/03-30, von 27.10.2004 vorgeschlagen hat, um den zu der Regelung in Spruchpunkt I.2.5. des genannten Bescheides (das ist die Regelung zur Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG in Anlehnung an ein LRAIC-Modell) vorgetragenen Bedenken Rechnung zu tragen. Demnach geht die TKK davon aus, dass mit Hilfe dieser Konsultation den Netzbetreibern mehr Anleitung bezüglich der Berechnung des Terminierungsentgeltes gegeben werden kann. Weiters soll mit der anstehenden Konsultation eine Spezifizierung der mit dem genannten Bescheid vorgenommenen grundsätzlichen Festlegung der Kostenorientierungsverpflichtung in Anlehnung an ein LRAIC-Kostenrechnungsmodell erfolgen.

Abgesehen davon, dass die Einschreiterin die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der Hutchison 3G Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt für Terminierung in ihr eigenes Mobilfunknetz für unrichtig hält und diese auch vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bekämpft, begrüßt Hutchison das Bemühen der TKK um Klärung der LRAIC-Kostenrechnung. Die Einschreiterin merkt jedoch an, dass diese Konsultation einen Regelungsbereich behandelt, der – wenn man schon von beträchtlicher Marktmacht ausgeht – eigentlich im Bescheid M 15e/03-30 verbindlich zu regeln gewesen wäre. Immerhin wird hier nun das wesentlichste und eingriffsintensivste Regulierungsinstrument konkretisiert, das der Einschreiterin im Verfahren M 15e/03 auferlegt wurde. Derzeit besteht für Hutchison nach dem rechtskräftigen Spruchpunkt I.2.5. des genannten Bescheides keine Rechtssicherheit darüber, wie die Entgeltkontrolle konkret und im Detail zu verstehen ist.

Den Ergebnissen einer Konsultation, die ohne Bezugnahme auf ein konkretes Verfahren erfolgt und damit auch keinen Entwurf einer Vollziehungshandlung zu Tage fördern wird, kommt keine einem rechtskräftigen Bescheid vergleichbare normative Wirkung zu. Auch ist derzeit völlig offen, in welcher Form die Ergebnisse dieser Konsultation aufbereitet oder nutzbar gemacht werden. Die Trennung dieser wesentlichen Frage vom (formalen) Marktanalyseverfahren resultiert für Hutchison in einem erheblichen Rechtsschutzdefizit. Ein wesentlicher Teil der im Verfahren M 15e/03 zu treffenden Regelung wird in dieser formlosen Konsultation gleichsam "immunisiert" bzw. bedarf es gesonderter bilateraler Verfahren zwischen Hutchison und deren Zusammenschaltungspartnern, um die Ergebnisse der Konsultation normativ zu konkretisieren. Weder die TKK noch die anderen Betreiber sind an die Ergebnisse der Konsultation selbst gebunden.

Die Einschreiterin hält es daher für erforderlich, dass die TKK amtswegig (iSd § 50 Absatz 2 TKG) tätig wird, und die Ergebnisse der Konsultation normativ konkretisiert, um für die nötige Rechtssicherheit zu sorgen. Die Europäische Kommission hat schon in ihrem Schreiben vom 7.10.2004 zutreffend angemerkt, dass es nicht zielführend wäre die notwendige Konkretisierung des Kostenrechnungsmodells auf eine Vielzahl von Zusammenschaltungsverfahren

gem. § 48 iVm § 50 TKG zu verschieben bzw. durch deren Nichtanordnung in einem formalen Verwaltungsverfahren (konkret der Marktanalyse) eine Vielzahl von Zusammenschaltungsverfahren notwendig werden zu lassen.

Weitere Ausführungen in einem allfälligen Verfahren bleiben ausdrücklich vorbehalten. Das Vorbringen in dieser Stellungnahme erfolgen ausdrücklich ohne den Rechtsstandpunkt der Einschreiterin, insbesondere hinsichtlich der Feststellung beträchtlicher Marktmacht und der im Verfahren M15e/03 vorgetragenen Bedenken, zu präjudizieren.

Weiters hegt Hutchison angesichts des völlig unklaren weiteren Verlaufes dieser Konsulation Bedenken, dass ihre Stellungnahmen angemessene Berücksichtigung finden wird. Daher ersucht Hutchison hiermit die TKK um Anberaumung einer öffentlichen Anhörung zum Gegenstand der Konsultation.

## **2. Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme**

Die in der Konsultation vorgestellte Gleitpfadregelung wird abschließend determiniert über die Festlegung (i) des Startwertes, (ii) des Endwertes und (iii) der Funktion zur Heranführung des Startwertes an den Endwert. Die vorliegende Stellungnahme behandelt in der Sache insbesondere diese drei Punkte:

- a) Investitionsschutz für neue Marktteilnehmer (Startwert; s unten Punkt 3);
- b) der Endwert der Gleitpfadregelung (s unten Punkt 4);
- c) Zulässigkeit disruptiver Eingriffe (Funktion; s unten Punkt 5);
- d) Vorstellung einer modifizierten Gleitpfadregelung (s unten Punkt 6)

Dazu im Einzelnen:

## **3. Investitionsschutz für neue Marktteilnehmer**

Die Konkretisierung der Investitionsschutzfrist ist für die Einschreiterin derzeit der einzige wirklich relevante Parameter, da sich während des Bestandes dieser Schutzfrist eine Kostenrechnung bzw. Berechnung des Gleitpfadentgeltes für Hutchison erübrigt. Sobald allerdings auch Hutchison – nach Ablauf der Investitionsschutzfrist – in die Gleitpfadregelung eintreten wird, müssen die in der gegenständlichen Konsultation diskutierten Ansätze ergänzt werden, da derzeit auf die Situation eines reinen 3G-Betreibers (zB.: die konkrete Berücksichtigung von National Roaming) im Kostenrechnungsmodell der TKK gar nicht eingegangen wird.

Die TKK geht in der Konsultation zutreffend davon aus (siehe Seite 8) dass "*der bisherige Wert der Investitionsschutz für Neueinsteiger von 3 Jahren auch bei der Entscheidung über den Weg zum einheitlichen Marktpreis im Sinn einer Gleichheit der Voraussetzungen berücksichtigt werden muss. Andernfalls besteht auch die Gefahr von Wettbewerbsverzehrungen.*". Dieser Gedanke findet sich auch in der abschließend in der Konsultation beschriebenen Gleitpfadregelung (siehe Seite 27) wieder und trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass es einige Zeit dauert, bis ein Betreiber jene mindestoptimale Betriebsgröße ("*minimum efficient scale*" MSE) erreicht, die für eine hinreichend effiziente Leistungsbereitstellung nötig ist.

Ein Abgehen von dieser Praxis des zeitlich begrenzten Investitionsschutzes wäre mit dem gebotenen Vertrauensschutz nicht vereinbar und stünde im Übrigen auch im Widerspruch zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatz (s.

dazu auch die Ausführungen der Einschreiterin in der Stellungnahme vom 18.8.2004, im Verfahren zu M 15e/03, Pkt 3.).

Das Wachstum neuer Markteinsteiger in Richtung MSE ist jedoch insbesondere bei später in den Markt eintretenden Betreibern gegenüber früher in den Markt eingestiegenen, etablierten Betreibern entscheidend verlangsamt. Dies lässt sich – wie die Einschreiterin bereits im Verfahren M 15e/03 anhand der Untersuchung von Dr. Hannes Leo (*"First Mover Advantages in der Mobilkommunikation: Der Einfluss des Markteintrittszeitpunktes auf die Marktanteilsentwicklung"*, amtsbekannt) gezeigt hat – auch empirisch nachweisen und hängt insbesondere in gesättigten Märkten wie Österreich damit zusammen, dass Marktanteilsverschiebungen aufgrund des stark abnehmenden Neukundenzstromes und der geringen Wechselbereitschaft bestehender Nutzer nur sehr langsam stattfinden. Aufgrund dieser "late comer Nachteile" ist auch eine Konvergenz der Marktanteile in absehbarer Zeit in Österreich nicht mehr zu erwarten. Immerhin ist jedoch absehbar, dass auch neue Marktteilnehmer (ungeachtet ihres relativen Marktanteils) nach einiger Zeit MSE und damit eine relativ symmetrische bzw. identische Kostenfunktion wie die etablierten Betreiber erreichen können. Die empirisch nachweisbaren "late comer Nachteile" sind es auch, die konkret bei Hutchison die geringere Fixkostendegression durch Variabilisierung von Fixkosten (etwa National Roaming) kompensieren und einer Verkürzung der Investitionsschutzperiode entgegenstehen. Im Gegenteil, Hutchison geht davon aus, dass der späte Markteintritt und insbesondere die von Beginn an konsequent verfolgte und im öffentlichen Interesse liegende Fokussierung auf eine neue Technologie mit alternativen Geschäftsmodellen sogar eine Ausdehnung der Investitionsschutzperiode auf dreieinhalb bis vier Jahre rechtfertigt und auch notwendig macht, um tatsächlich vergleichbare Situationen in Form von einigermaßen symmetrischen Kostenfunktionen zu schaffen.

Bis dieser Zustand vergleichbarer Kostenfunktionen erreicht ist bzw. von einem ernstzunehmenden Betreiber erreicht werden kann, muss der Investitionsschutz jedenfalls greifen, um allokativen Verzerrungen im negativen Sinn, nämlich durch Verpflichtung zur Leistungsbereitstellung unter Kosten, zu verhindern.

Gerade für die Einschreiterin als Neueinsteigerin auf dem Mobilfunkmarkt ist es von essenzieller Bedeutung, den Startzeitpunkt für den Eintritt in eine Gleitpfadregelung und damit die Investitionsschutzdauer exakt zu kennen. Nur so können mit entsprechender Planungssicherheit weitere Investitionen zum Netzausbau und zur Erhöhung des Marktanteils vorgenommen werden. Ohne hinreichende Planungssicherheit wäre Hutchison schon aus Gründen der Risikobegrenzung gezwungen, Fixkosten auch in solchen Bereichen (etwa Netzausbau) zu variabilisieren, die typischerweise bei Eigenerbringung ein höheres Optimierungspotential aufweisen und damit eine notwendige Kostenreduktion ermöglichen.

Keinesfalls in Frage kommt aus der Sicht der Einschreiterin eine Verkürzung der Investitionsschutzfrist. Dieses Argument taucht in der Diskussion (nicht aber in der gegenständlichen Konsultation) etwa vor dem Hintergrund unterschiedlicher Netzausbauverpflichtungen auf. Eine solche Verkürzung würde nämlich bedeuten, dass es Hutchison als einzigm der derzeit bestehenden Mobilnetzbetreiber verwehrt bliebe, MSE in einem regulatorisch gesicherten Umfeld zu erreichen, was zwangsläufig zum Marktaustritt der Einschreiterin führen muss. Dabei handelt es sich im Übrigen nicht um ein inhaltsleere Drohung, sondern um eine logische und unausweichliche Entwicklung, was eine einfache Überlegung zeigt: Jeder österreichische Mobilnetzbetreiber kann im Wesentlichen (i) am Endkundenmarkt oder (ii) am Vorleistungsmarkt für Terminierung operative Einnahmen erwirtschaften. Kaum ein Spielraum für die Preisgestaltung besteht am Endkundenmarkt. Für die

Kunden ist es schlicht einerlei, ob ein Betreiber früh oder spät in den Markt eingetreten ist oder ob er bereits die MSE-Schwelle erreicht hat und damit zur effizienten Leistungsbereitstellung in der Lage ist. Wesentlich ist allein die Qualität der Leistung und der dafür verlangte Preis. Ein zumindest temporäres Abweichen vom Marktpreisniveau des effizient(est)en Betreibers ist daher allein auf dem Vorleistungsmarkt möglich. Würde ein Neueinsteiger hier zu rasch auf ein effizientes Kostenniveau gedrückt, so könnte er schlicht nicht bestehen.

Mit einer Verkürzung der Investitionsschutzfrist würde somit grundsätzlich in Frage gestellt, ob die derzeitige Anzahl an Mobilfunkbetreibern in und für Österreich sinnvoll ist. Dies schon deshalb, weil die Verpflichtung zur Leistungsbereitstellung unter Kosten, bevor es einem Betreiber erstmals möglich war, die MSE zu erreichen und eine zum Mitbewerb symmetrische Kostenfunktion zu erzielen, synonym für einen erzwungenen Marktaustritt wäre. Die Grundsatzentscheidung, wie viele Mobilnetzbetreiber für Österreich sinnvoll erscheinen, hat die TKK jedoch bereits mit der UMTS-Auktion im Jahr 2000 getroffen. Jeder Neueinsteiger ist auf Gedeih und Verderb darauf angewiesen, dass diese regulatorische Grundsatzentscheidung aufrecht erhalten bleibt und zumindest die Zahl der Betreiber nicht "nach unten korrigiert" wird. Es ist ohnedies schwer genug für Hutchison, unter den geänderten Rahmenbedingungen und etwa vor dem Hintergrund einer weit über ein Jahr verzögerten Implementierung der Mobilnummernportierung Fuß zu fassen und sich an die MSE heranzukämpfen. Dies wird aus der Sicht von Hutchison selbst bei optimalem Geschäftsverlauf keinesfalls vor Ende des Jahres 2006 der Fall sein.

Eine konkrete bescheidmäßige Festlegung der Investitionsschutzperiode gemeinsam mit den Grundsätzen LRAIC ist aus der Sicht der Einschreiterin schon mit Blick auf ihre Kapitalgeber dringend erforderlich. Es erscheint weder zumutbar noch zweckmäßig, dazu selbst ein Zusammenschaltungsverfahren provozieren zu müssen.

#### **4. Zur Wahl des Endwertes für die Gleitpfadregelung**

Die von der TKK vorgestellte Gleitpfadregelung ruht im Wesentlichen auf drei Säulen: (i) dem Startwert, (ii) dem Endwert und (iii) der Funktion, welche die Heranführung des Startwertes an den Endwert beschreibt. Auf den ebenfalls sehr wichtigen Startzeitpunkt wurde oben unter Punkt 3 ausführlich eingegangen. Ausgehend von dem auch nach Ansicht von Hutchison wesentlichen Ziel der Vermeidung allokativer Verzerrungen durch Neutralisierung von Übergewinnen soll in der Folge insbesondere die von der TKK getroffene Wahl des Endwertes für den Gleitpfad kritisch hinterfragt werden.

Bei der Ableitung des Endwertes geht die TKK derzeit von einem Betrag von 8.5 bis 9.5 Eurocent aus, der sich gem. Punkt 3.2.2 der Konsultation als hypothetisches Wettbewerbsergebnis ergibt. An dieser Stelle sei auch darauf verwiesen, dass bei der Berechnung des hypothetischen Wettbewerbsresultates neuerlich auf einen "5-Betreiber-Markt" mit jeweils 20% Marktanteil (s Seite 24 der Konsultation) abgestellt wird. Hutchison hat bereits mehrfach (zuletzt auch unter Verweis auf die Analyse von Dr. Hannes Leo) darauf hingewiesen, dass dies keine geeignete Annahme ist und dass nicht einmal mittelfristig mit einer Konvergenz der Marktanteile bei 20% zu rechnen ist. Alternativ zur Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbsresultates wäre nach Ansicht der TKK eine Ermittlung des Endwertes über Benchmarking auf Basis der LRAIC eines effizienten Betreibers anzudenken. In der Conclusio in Punkt 3.3 der Konsultation schlägt die TKK schließlich vor, dass der Endwert der LRAIC als Bandbreite und unter Heranziehung beider Methoden ermittelt werden sollte, um ein robusteres Ergebnis erzielen zu können.

Bei der Operationalisierung des Gleitpfades in Punkt 3.4 der Konsultation weicht die TKK dann jedoch aus nicht nachvollziehbaren Gründen wieder von dieser Vorgangsweise ab. Mit der Orientierung des Endwertes am hypothetischen Wettbewerbsergebnis von 8,5 bis 9,5 Eurocent erübrigts sich eine Bezugnahme auf den Stand und die Entwicklung der tatsächlichen Kosten der Betreiber völlig. Nach Ansicht der Einschreiterin kann es sich hier nur um eine aufklärungsbedürftige Inkonsistenz der vorgeschlagenen Gleitpfadregelung handeln, da weitere Berechnungen bis ins Jahr 2010 nicht mehr notwendig wären, wenn bereits aus heutiger Sicht alles bestimmt ist. Schon aus diesem Grund müssen die tatsächlichen Kosten der Betreiber laufend in die Ermittlung der regulierten Entgelte einfließen. Die Art und Weise, wie dies zu erfolgen hat, ist von der TKK klar festzulegen.

Bereits heute ist amtsbekannt, dass die tatsächlichen Kosten etwa der Mobilkom Austria AG & Co KG (in der Folge kurz: "Mobilkom") deutlich unter der von der TKK angenommenen Bandbreite, nämlich unterhalb von 8 (acht) Eurocent liegen. Folgt man den Ausführungen der TKK in Punkt 3.2.1 der Konsultation, so müssten die (Benchmark-)LRAIC eines effizienten Betreibers sogar noch einmal weit unter diesem Wert liegen. Ein solcher Wert findet sich jedoch in der Operationalisierung des Gleitpfades nicht. Insofern lässt sich das konkret vorgeschlagene Modell mit dem theoretischen Konzept der TKK nicht in Einklang bringen. Ganz zu schweigen davon, dass sich diese aktuellen Kosten (und damit die Benchmark-LRAIC) auch bei der Mobilkom tendenziell nach unten bewegen werden. Es bleibt vollkommen unverständlich, wie die TKK vor diesem Hintergrund von einem Endwert im vorgeschlagenen Bereich von 8,5 bis 9,5 Eurocent ausgehen kann.

An dieser Stelle sei festgehalten, dass (was die TKK in der Konsultation auch nicht behauptet) die Wahl des Start oder Endwertes nicht der richtige Ort wäre, um einer Vermeidung disruptiver Eingriffe Rechnung zu tragen. Die Vermeidung disruptiver Eingriffe hat – soweit diese nicht sogar regulatorisch geboten sind – konsequent bei der Gestaltung der Gleitpfadfunktion zu erfolgen.

Dennoch, die Wahl eines zu hohen, nämlich über den tatsächlichen Kosten eines der betroffenen Betreibers liegenden Endwertes heißt nichts Anderes, als dass zumindest Mobilkom schon allein aufgrund der Wahl dieses Wertes während des gesamten Regulierungszeitraumes beträchtliche Übergewinne erwirtschaften kann. Dies muss nach der plausiblen Analyse der TKK zu dauerhaften allokativen Marktverzerrungen führen und kann nicht das Ziel des Regulierungsinstrumentes der Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG sein.

Einen klaren Eindruck davon, welches absolute Ausmaß allokativen Verzerrungen durch Übergewinne in Bezug zur Größe eines Betreibers erreichen, liefert die folgende Tabelle. Sie basiert auf der Annahme, dass ein durchschnittlicher Mobilfunkkunde pro Monat Anrufe im Ausmaß von 60 Minuten aus Fremdnetzen erhält, was am unteren Ende eines branchenweiten Erfahrungswertes liegt.

Kunden in Mio	Abweichung von tatsächlichen Kosten pro Min in €Cent				
	1	1,5	2	2,5	3
0,5	3,6	5,4	7,2	9,0	10,8
1,0	7,2	10,8	14,4	18,0	21,6
1,5	10,8	16,2	21,6	27,0	32,4
2,0	14,4	21,6	28,8	36,0	43,2
2,5	18,0	27,0	36,0	45,0	54,0
3,0	21,6	32,4	43,2	54,0	64,8

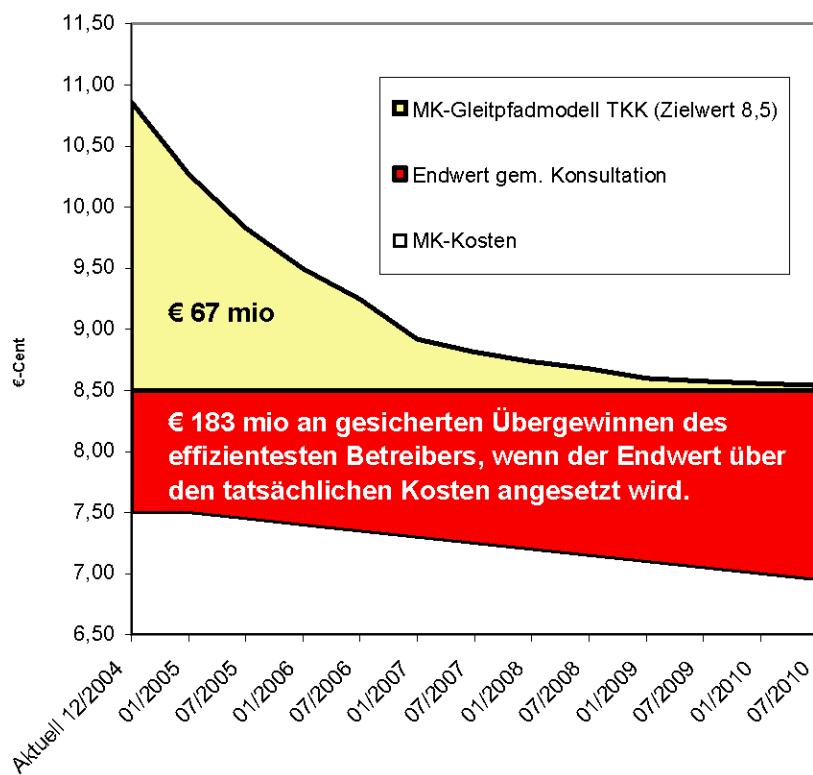
Tabelle: Allokative Verzerrungen im Mobilfunkmarkt in mio Euro

Wenn es aber das Ziel der Gleitpfadregulierung sein soll, allokativen Verzerrungen am Mobilfunkmarkt zu vermeiden, darf der Endwert des Gleitpfades nicht über den tatsächlichen Kosten des effizientesten Betreibers angesetzt werden. Denn liegen etwa die tatsächlichen Kosten eines Betreibers mit 3 mio Kunden auch nur einen Eurocent unter dem regulierten Endwert so kann dieser effizienteste Betreiber pro Jahr einen Übergewinn von rund € 21,6 mio (s die vorstehende Tabelle) lukrieren. Die absoluten Übergewinne anderer Marktteilnehmer, die deutlich geringere Kundenzahlen aufweisen, liegen deutlich unter diesem Wert, selbst wenn der Abstand zwischen tatsächlichen Kosten und reguliertem Entgelt deutlich größer wäre.

Die Einschreiterin stellt grundsätzlich in Frage, ob für die vorgeschlagene Gleitpfadregelung ein Endwert herangezogen werden kann, der nachweislich und bereits bei Einführung des Gleitpfades über den tatsächlichen Gestehungskosten zumindest eines (noch dazu des größten!) Mobilfunkbetreibers in Österreich liegt. Auch die Argumentation der TKK, wonach durch Hybridisierung der beiden Ansätze ein "robusteres Ergebnis" erzielt werden kann, überzeugen nicht. Immerhin liegt das so errechnete, angeblich robuste Ergebnis sowohl mit der unteren wie auch mit der oberen Grenze der aufgespannten Bandbreite für das Jahr 2010 über den tatsächlichen Kosten der Mobilkom im Jahr 2004! Diese Diskrepanz lässt sich auch mit Schwankungsbreiten oder Prognoseproblemen nicht erklären.

Mit dem Ansatz, den die TKK zur Festlegung des Endwertes vorschlägt, würde weiters eine strukturelle und in der Sache nicht rechtfertigbare Ungleichbehandlung der österreichischen Mobilfunkbetreiber regulatorisch festgeschrieben: Mobilkom ist derzeit in Österreich der effizienteste Betreiber und weist einen konkreten Kostenverlauf über den Regulierungszeitraum auf. Der Endwert, an den sich die regulierten Entgelte asymptotisch annähern sollen, liegt aber schon aufgrund der in Punkt 3.3 der Konsultation vorgeschlagenen Berechnungsmethode von Beginn an über den konkreten Kosten der Mobilkom. Das heißt, dass Übergewinne – zumindest in gewissem Umfang – für Mobilkom immer erhalten bleiben werden und dass ein Risiko zur verpflichtenden Leistungsbereitstellung unter Kosten für Mobilkom ausgeschlossen werden kann. Gänzlich anders ist die Situation freilich für die anderen Betreiber. Jeder Anbieter, dessen tatsächliche Kosten zu irgendeinem Zeitpunkt im Regulierungszeitraum über dem hypothetischen Endwert liegen, läuft konkret Gefahr und sieht sich dem Risiko ausgesetzt, dass er zur Leistungsbereitstellung unter Kosten gezwungen werden kann. Darin liegt eine gräßliche Benachteiligung der Wettbewerber der Mobilkom. Zumindest muss es theoretisch möglich bleiben, dass niemand Übergewinne erzielt; sprich, dass auch der effizienteste Betreiber nicht über seinen tatsächlichen Kosten anbieten darf. Dies kann jedoch nur erreicht werden, wenn der Endwert bei den tatsächlichen Kosten des effizientesten Betreibers (derzeit Mobilkom) angesetzt wird. Andernfalls müsste zumindest sichergestellt sein, dass jeder Betreiber ein gewisses Maß an Übergewinnen erzielen darf, was jedoch der Einschreiterin nicht zielführend erscheint.

Die nachstehende Grafik verdeutlicht, dass ein Endwert über den tatsächlichen Kosten der Mobilkom (bzw. des effizientesten Betreibers) zu einer regulatorischen Absicherung von Übergewinnen über die gesamte Regulierungsdauer führen würde. Der effizienteste Betreiber könnte jedenfalls die im mittleren Bereich (rot) dargestellten Übergewinne lukrieren. Insgesamt würden sich die Übergewinne über den dargestellten Regulierungszeitraum für die Mobilkom auf ca. € 250 mio belaufen (gesamter Bereich zwischen dem Gleitpfad und den tatsächlichen Kosten des effizientesten Betreibers; Details zur Berechnung der gesamten Übergewinne finden sich in Beilage /1):



Ein aus der Sicht auch nur eines einzigen Betreibers zu hoher Endwert wiegt umso schwerer, wenn zudem die Startwerte anderer Betreiber zu tief angesetzt werden und diese konstant zur Leistungsbereitstellung unter Kosten zwingen. Damit würde freilich die von der Behörde intendierte Regelung, nämlich die Beseitigung allokativer Marktverzerrungen, vollständig konterkariert. Die Festlegung eines Endwertes oberhalb der von der TKK in bisherigen Zusammenschaltungsverfahren für Mobilkom ermittelten LRAIC muss daher nach Ansicht der Einschreiterin grundsätzlich ausscheiden.

## 5. Zulässigkeit eines disruptiven Eingriffes

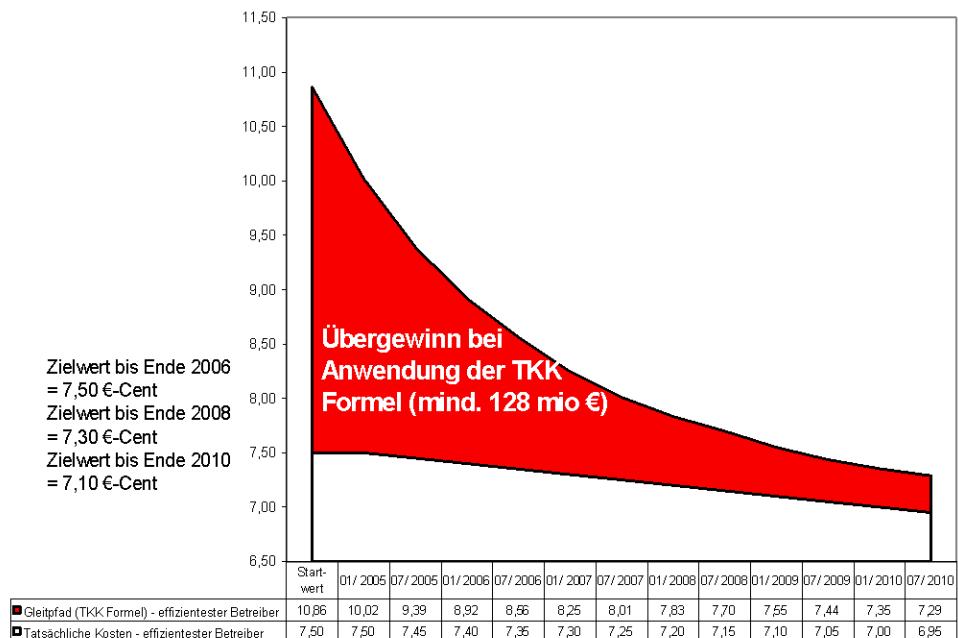
### 5.1 Grundsätzliches zur Vermeidung disruptiver Eingriffe

Unter dem Hinweis darauf, dass eine Absenkung der Terminierungsentgelte nach der Gleitpfadregelung unter Vermeidung eines "disruptiven Eingriffes" erfolgen müsse, nimmt die TKK eine relativ moderate Heranführung der Startwerte an den Endwert vor. Dabei nimmt sie jedoch in Kauf, dass, wie am Beispiel der Mobilkom evident wird, von Anfang an und sogar auf Dauer (wegen zu hohem Endwert) eklatante Übergewinne von manchen Betreibern erwirtschaftet werden können, während andere Betreiber geradezu gezwungen werden (insbesondere Marktneueinsteiger)

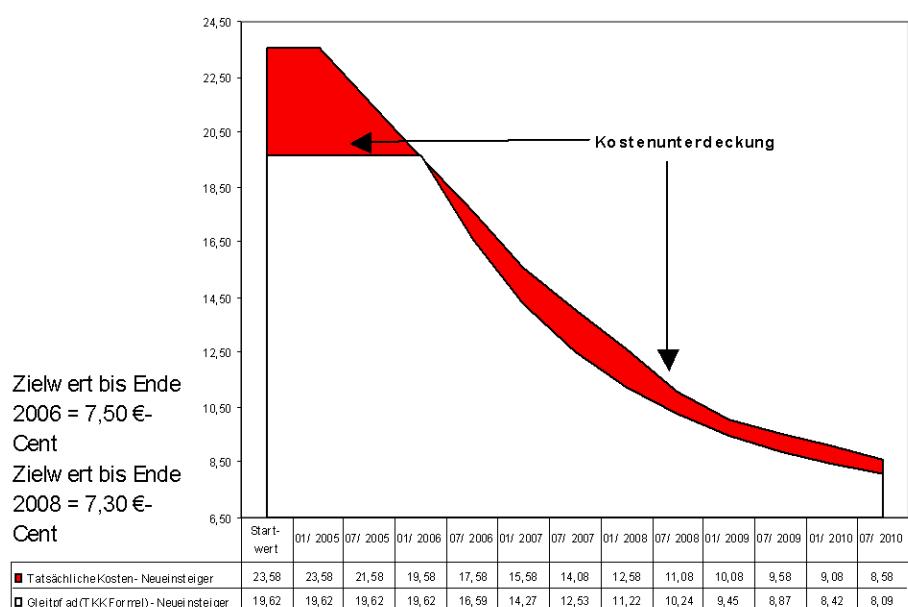
ihre Leistungen unter Kosten anzubieten. Wie bereits oben unter Punkt 3. ausgeführt, konterkariert diese Ausgestaltung der Gleitpfadregelung die eigentliche Intention der Entgeltkontrolle gem. § 42 TKG, nämlich die Vermeidung allokativer Verzerrungen und damit die Erzielung der beabsichtigten Wohlfahrtseffekte.

Die nachstehenden Grafiken verdeutlichen das Ausmaß an Übergewinnen bzw. Kostenunterdeckungen bei Anwendung des von der TKK vorgeschlagenen Gleitpfadmodell:

Selbst bei Orientierung des Endwertes des Gleitpfades an den tatsächlichen Kosten des effizientesten Betreibers (dzt. Mobilkom) kann dieser über den Regulierungszeitraum enorme Übergewinne lukrieren (Größenordnung mindestens € 128 mio).



Dagegen läuft etwa die Einschreiterin nach dem vorgeschlagenen Modell Gefahr, nicht nur keine Übergewinne erzielen zu können, sondern sogar einer Kostenunterdeckung ausgesetzt zu sein.



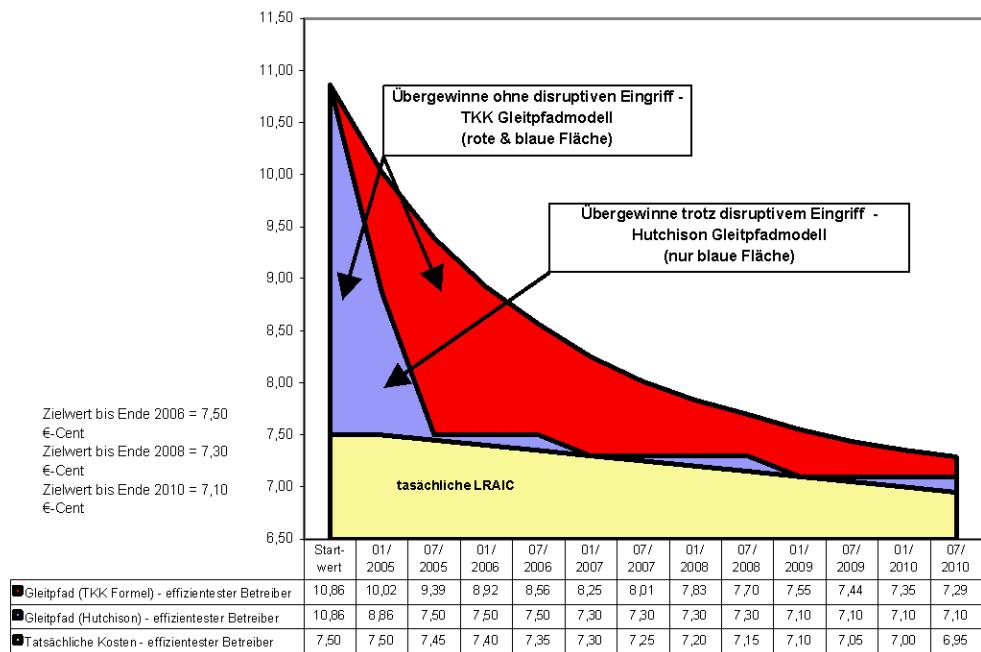
Auch nach Ansicht der Einschreiterin sind disruptive Eingriffe zu vermeiden, soweit dadurch den Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden kann. Allerdings kann die Vermeidung disruptiver Eingriffe nicht zitiert werden, wenn es darum geht, seit Jahren bestehende, unzulässige Wettbewerbsverzerrungen zu neutralisieren. Die Perpetuierung allokativer Wettbewerbsverzerrungen durch regulatorisch garantierter Übergewinne ist keinesfalls schützenswert und somit rasch, jedenfalls aber ohne Gewährung langer Übergangsfristen abzustellen. Auch ein "disruptiver Eingriff" ist nicht verpönt, wenn er der Abstellung eines augenscheinlichen Missstandes dient.

Hutchison übersieht nicht, dass Eingriffe in bestehende Rechtspositionen grundsätzlich nur innerhalb enger Grenzen und unter Wahrung schützenswerter Rechtspositionen zulässig sind. Im vorliegenden Fall wird durch die Vermeidung disruptiver Eingriffe jedoch keine schützenswerte Rechtsposition verteidigt, sondern ein Effekt erzielt, der mit den Zielen der sektorspezifischen Regulierung nicht in Einklang zu bringen ist. Geschützt wird durch die angebliche Vermeidung disruptiver Eingriffe nämlich insbesondere die Erzielung von Übergewinnen durch Mobilkom und alle jene Betreiber, deren tatsächliche Kosten bereits heute unter dem Startwert (dem derzeit angeordneten bzw. vereinbarten Terminierungsentgelt) liegen. Die TKK übersieht dabei, dass die Erzielung von Übergewinnen und damit die Schaffung allokativer Verzerrungen gerade nicht Gegenstand regulatorischer Stabilisierung sein können. Die an sich nachvollziehbare Sorge der TKK, dass disruptive Eingriffe zu vermeiden seien, muss also zumindest darin ihre Grenze finden, dass das regulatorische Ziel, welches mit einer Gleichpfadregulierung erreicht werden soll, verfehlt wird.

## 5.2 Rascher Abbau von Übergewinnpotential ist geboten

Hutchison pflichtet der TKK darin bei, dass Übergewinne und allokativen Verzerrungen, die damit verbunden sind, rasch abzubauen sind. Das Maß an Übergewinnen jedes einzelnen Betreibers, bestimmt sich jedoch nicht aus der von der TKK gewählten Differenz zwischen dem angeordneten Startwert einerseits und dem hypothetischen Endwert andererseits sondern vielmehr aus der Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten des individuellen Betreibers und dem ihm zugestandenen, regulierten Entgelt (auf dem Gleitpfad). Je größer diese Differenz ist, desto rascher muss die Absenkung des regulierten Entgeltes erfolgen. Von einer gleichmäßigen und moderaten Absenkung aller Betreiber würden insbesondere die bereits heute aufgrund frühen Markteintritts vergleichsweise effizienten Betreiber profitieren.

Den wesentlichen Unterschied gegenüber dem von der TKK vorgeschlagenen Modell wird anhand folgender Grafik deutlich:



Betreiber, die bereits bei Beginn der angeordneten Entgeltkontrolle hohe Übergewinne erwirtschaften, weil ihre tatsächlichen Kosten weit unter dem Startwert liegen, müssen sehr rasch auf den im Sinne des Punktes 4 oben modifizierten Endwert herangeführt werden. Jedenfalls muss dies unter schärferen Einschnitten geschehen, als etwa bei jenen Betreibern, deren tatsächliche Kosten ohnedies entweder über dem Startwert für die Gleitpfadregelung liegen, oder lediglich leicht darunter und die damit ein geringes Maß an Übergewinnen und allokativen Verzerrungen erwirtschaften.

Wie oben dargestellt, sind Übergewinne regulatorisch nur in bestimmten Ausnahmesituationen (etwa neuer Markteintritt) und auch dort nicht in unbegrenzter Höhe vertretbar. Hutchison vertritt daher den Standpunkt, dass allokativen Verzerrungen nur dann rasch und effizient abgebaut werden können, wenn die Terminierungsentgelte jener Betreiber, die unzulässige und volkswirtschaftlich nicht rechtfertigbare Übergewinne erzielen, sofort auf das Niveau ihrer tatsächlichen Kosten reduziert werden. Allenfalls sind Deckelungen der von der TKK vorgeschlagenen Anpassungen im Halbjahresrhythmus denkbar, die jedoch nicht unter einem Wert von 2 (zwei) Eurocent pro Anpassungsschritt liegen dürfen.

### 5.3 Disproportionale Marktverzerrung bei hohen Übergewinnen

Das Erfordernis einer raschen Reduktion hoher Übergewinnspotentiale ergibt sich auch noch aus einem anderen Grund, der in der konkreten Ausprägung der allokativen Marktverzerrung liegt.

Verzerrungen ergeben sich etwa daraus, dass Übergewinne re-investiert werden, um Kunden zu binden oder neu zu gewinnen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass gerade in einem saturierten Markt wie Österreich nur eine sehr begrenzte Menge an Neukunden und eine begrenzte Menge wechselwilliger Kunden vorhanden ist. Die aus Übergewinnen lukrierte Geldmenge wird also zur Gewinnung der immer gleichen (vergleichsweise kleinen) Zielgruppe aufgewendet. Zur effizienten "Bearbeitung"

dieser Zielgruppe ist aber nur eine begrenzte Geldmenge erforderlich. Wenn also die Übergewinne eines etablierten Betreibers, wie etwa der Mobilkom, nur moderat reduziert werden, so wird die kritische Grenze jener Geldmenge, die für die effiziente Bearbeitung der vakanten Zielgruppe notwendig ist, erst nach langer Zeit unterschritten.

Bei einem Betreiber, der über vergleichsweise geringe Übergewinne verfügt, ist diese kritische Grenze naturgemäß rascher erreicht. Schon aus diesem Grund ist eine stark asymmetrische Reduktion (allenfalls mit Deckelung zur Vermeidung von Extremen) geradezu geboten. Das Ziel muss es daher sein, in einer ersten Phase das Maß an Übergewinnen aller Betreiber (in absoluten Zahlen) auf ein vergleichbares Niveau zu bringen und dieses in einer zweiten Phase bzw. im weiteren Verlauf der Gleitpfadregulierung gänzlich abzubauen. Damit wird erreicht, dass – soweit die Gleitpfadregelung anwendbar sein soll (nicht während der Investitionsschutzfrist) allen Betreibern nahezu zeitgleich die Chance genommen wird, Übergewinne in stark unterschiedlichem Ausmaß zur allokativen Marktverzerrung zu re-investieren. Dies kann nur erreicht werden, wenn große Diskrepanzen zwischen reguliertem Entgelt und tatsächlichen Kosten rasch und kompromisslos abgebaut werden.

Anhand konkreter Zahlenwerte (siehe nachstehende Tabelle) zeigt sich außerdem, dass das absolute Ausmaß an allokativen Verzerrungen extreme Unterschiede zwischen den Betreibern aufweist. Selbst drastische (disruptive) Einschnitte ändern nur wenig daran, dass der effizienteste Betreiber trotz vergleichsweise geringem Abstand des regulierten Entgeltes von seinen tatsächlichen Kosten noch immer weit höhere Übergewinne lukriert, als ein kleiner Betreiber mit großem Abstand des regulierten Entgeltes von den tatsächlichen Kosten. Mit anderen Worten trifft selbst ein disruptiver Eingriff den effizientesten Betreiber kaum, da die absolute Geldmenge, die ihm zur allokativen Marktverzerrung verbleibt, ungleich größer als die seiner Wettbewerber ist.

Die nachstehende Tabelle stellt das absolute Ausmaß an allokativen Verzerrungen am österreichischen Mobilfunkmarkt (in mio €) pro Jahr und in Abhängigkeit von Kundenzahlen und dem jeweiligen Abstand der regulierten Terminierungsentgelte (in Eurocent) von den tatsächlichen Kosten dar.

Betreiber	Kunden in Mio (Stand: 11/2004, Quelle RTR)	bei einer Abweichung von tatsächlichen Kosten der Terminierung pro Min in €Cent				
		1	1,5	2	2,5	3
H3G	0,12	0,9	1,3	1,7	2,2	2,6
Telering	0,86	6,2	9,3	12,4	15,5	18,6
One	1,54	11,1	16,6	22,2	27,7	33,3
T-Mobile	2,00	14,4	21,6	28,8	36,0	43,2
Mobilkom	3,17	22,8	34,2	45,6	57,1	68,5

Annahme: 60 Minuten Terminierungsverkehr aus Drittnetzen pro Kunde und Monat

Besonders weist Hutchison auf die mit der vorgeschlagenen Regelung verbundene Gefahr hin, dass damit eine asymmetrische bzw. zeitlich gestaffelte Unterbindung von Übergewinnen verbunden wäre, die zuerst die kleineren und ineffizienteren Betreiber trifft und erst mit einiger Verzögerung (wenn überhaupt) auch der Mobilkom die Lukrierung von Übergewinnen unmöglich macht. Das hieße aber nichts anderes, als dass gerade die Wettbewerber der Mobilkom als erste gezwungen wären, ihre Endkundenentgelte – und dort aller Voraussicht nach die Onnet-Tarife – zu erhöhen,

um die notwendige Kostendeckung zu erreichen. Es bedarf keiner ausführlichen Erklärung, dass eine solche Entwicklung sämtlichen regulatorischen Bestrebungen zur Schaffung und nachhaltigen Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbes diametral entgegenstünde. Was hätte etwa die Einführung der Mobilportierung für einen Sinn, wenn über andere regulatorische Eingriffe eine Situation geschaffen würde, die einen Wechsel zu einem anderen Betreiber schon aufgrund des Preis-Leistungsverhältnisses ausschließt?

Selbst wenn die Übergewinne nicht nur auf Zielgruppen im Inland, sondern etwa für die grenzüberschreitende Marktkonsolidierung durch Akquisition neuer Netze oder Unternehmen im Ausland (billigere Auslands- oder Roamingtarife etc.) verwendet würde, wäre die Situation nicht anders zu beurteilen. Letztlich geht es immer darum, dass ein weit über Kosten operierendes Unternehmen "den längeren Atem" für allokativen Marktverzerrungen egal welcher Ausprägung hat. Dies ist insbesondere auch durch Vermeidung disruptiver Eingriffe nicht schützenswert.

## 6. Vorschlag für ein modifiziertes Gleitpfadmodell

### 6.1 Drei Gruppen individueller Gleitfade

Nach Ansicht von Hutchison sind drei Gruppen Betreibern zu unterscheiden, denen jeweils strukturell unterschiedliche Gleitfade zugewiesen werden müssen, um die regulatorischen Ziele des Abbaus von Übergewinnen und allokativen Marktverzerrungen zu erreichen:

- a) **Neueinsteiger**, deren Startwert erst nach Ablauf der Investitionsschutzfrist an die tatsächlichen Kosten der Leistungsbereitstellung bzw. an den Gleitfad herangeführt werden (dazu gehört Hutchison);
- b) **etablierte Betreiber**, deren tatsächliche Kosten über den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung liegen; und
- c) **der effizienteste Betreiber** (derzeit Mobilkom), an dessen Kosten sich der Endwert für die Gleitfadregelung als Benchmark orientieren muss, wenn dauerhafte Übergewinne und eine Perpetuierung allokativer Marktverzerrungen verhindert werden sollen.

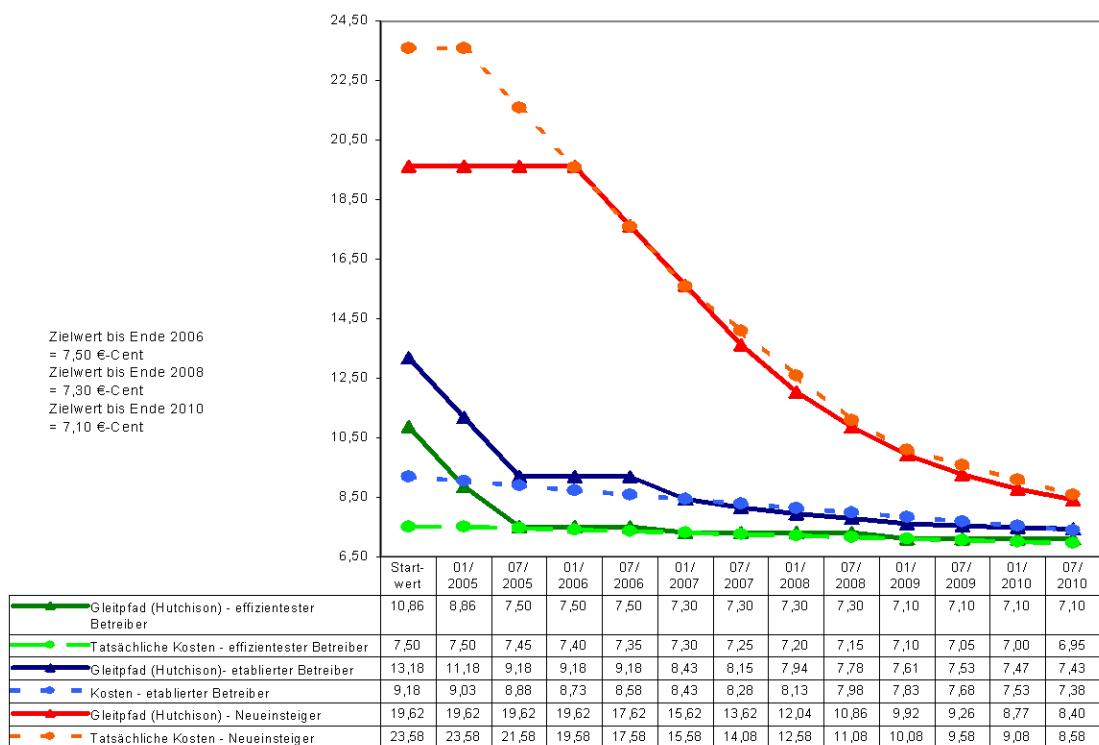
### 6.2 Ausgestaltung der betreiberindividuellen Gleitfade

Die betreiberindividuellen Gleitfade sind nach Ansicht von Hutchison unter Beachtung der folgenden Grundsätze zu gestalten:

- a) Der Startwert für den Gleitfad wird mit dem aktuell angeordneten bzw. niedrigsten, vertraglich vereinbarten Terminierungsentgelt festgesetzt;
- b) bis zum Ablauf einer vom Markteintritt an gerechneten Investitionsschutzfrist von vier Jahren erfolgt keine Absenkung des Startwertes;
- c) der Endwert bemisst sich jeweils für zwei Jahre an den tatsächlichen Kosten des jeweils effizientesten Betreibers am Beginn dieser Berechnungsperiode; auch der effizienteste Betreiber wird während dieser Berechnungsperiode nicht unter diesen Wert reguliert, was diesem einen Anreiz zu weiterer Effizienzsteigerung und Kostensenkung gibt;

- d) sofern der Startwert bzw. das nach diesen Grundsätzen regulierte Entgelt über den tatsächlichen Kosten des Betreibers liegt, wird das Entgelt rasch, in gedeckelten Schritten von maximal 2 (zwei) Eurocent auf das Niveau der tatsächlichen Kosten reduziert;
- e) ab Erreichung der tatsächlichen Kosten, welche alle 2 (zwei) Jahre für jeden Betreiber zu ermitteln sind, bilden diese den neuen Startwert für die Entgeltregulierung; die Absenkung des Entgeltes berechnet sich ab diesem Zeitpunkt nach der von der TKK in der Konsultation vorgeschlagenen Funktion.

Die nachstehende Grafik und Tabelle dient der Veranschaulichung der hier vorgeschlagenen Modifikationen zur Gleitpfadregelung der TKK (dargestellt werden (i) die jeweiligen Kostenverläufe für die oben in Punkt 6.1 genannten Gruppen von Betreibern sowie (ii) die sich daraus ergebenden modifizierten Gleitpfade):



Wien, am 15.12.2004

Hutchison 3G Austria GmbH