



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

GZ: / /

eingel.
am: 28. Okt. 2005

Einschreiben
(vorab per E-Mail)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
A-1060 Wien

GF - TK	TKK	GF - RF		
F	T	R	B	V

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H. Löber, MCJ
DDr Georg Bahn
Dr Günther J. Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plessner
Dr Maria Th. Pfügl
Dr Ulrike E. Rein
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöchlacker, MCL
Dr Stefan Köck, LL M
Dr Paul Luiki, JD
Mag Dr Axel Reidlinger, LL M
Dr Michael Sedlacek
Dr Thomas Kuston, LL M
Dr Friedrich Jergitsch
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Konrad Gröller
Dr Isabella Hartung, LL M
MMag Michael Strenitz

Mag Dr Bertram Burtscher
Dr Petra Meissner
Dr Birgit D. A. Leutmezer, LL M
Dr Elisabeth Weichselberger-Chlap, MA
Dr Andreas Zellhofer
Dr Herbert Buzanich, LL M
In Österreich nicht als
Rechtsanwälte zugelassen:
Jenny W. T. Power, JD
zugelassen in Florida, USA
Univ Prof Dr Claus Staringer
Steuerberater
James E. Castello, JD
zugelassen in NY und DC, US
Anne-Marie Fortier
zugelassen in Quebec, Kanada

Antragstellerin: Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C, Guglgasse 12/10/3
A-1110 Wien

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
A-1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515-15-0
RA-Code/R 149569

DOK NR DV287199/22+
UNSER ZEICHEN BUR
CLIENT MATTER NR 126460-0019
DVR 0114383

Z 11/05

Antragsgegnerin: mobilkom Austria AG & Co KG
Obere Donaustraße 29
A-1020 Wien

Stellungnahme zur Konsultation gemäß § 128 TKG

zweifach
1 Halbschrift

Freshfields Bruckhaus Deringer ist eine Sozietät von Rechtsanwälten, Solicitors und Foreign Lawyers nach englischem Recht; eine Liste aller Partner ist in jedem Büro erhältlich:

Amsterdam Barcelona Beijing Berlin Bratislava Brüssel Budapest Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg
Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom
Shanghai Singapur Tokyo Washington Wien



In umseits rubrizierter Rechtssache erstattet die Antragstellerin, Hutchsion 3G Austria GmbH (**H3G**), im Zusammenschaltungsverfahren gegen die mobilkom Austria AG & Co KG (**mobilkom**) in offener Frist nachstehende

Stellungnahme

im Konsultationsverfahren gemäß § 128 Abs 1 TKG über den Entwurf einer Vollziehungs-handlung im Verfahren Z 11/05 vor der Telekom-Control-Kommission (**TKK**).

Angesichts des umfangreichen Vorbringens aller in den bislang verbundenen Verfahren zu den GZ Z 2, 7, 8, 9, 11, 13 und 14/05 beteiligten Parteien beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme auf die wesentlichen Kritikpunkte am gegenständlichen Entwurf der Vollzie-hungshandlung.

1. Grundsätzliches zum Maßnahmenentwurf

Der vorliegende Maßnahmenentwurf der TKK basiert wesentlich auf einer Reihe von Annahmen, die weder begründet noch nachvollziehbar sind:

- a) Kostenorientierung auf Basis LRAIC rechtfertigt nicht, dass ein Betreiber mit mindestoptimaler Betriebsgröße auf ein Entgeltniveau reguliert wird, das sogar unter den für seine Größe effizientest möglichen Produktionskosten liegt.
- b) Wenn die TKK auf die Unangemessenheit "disruptiver" Eingriffe abstellt, so muss sie irgendwann qualifizieren und quantifizieren, was ein "disruptiver Eingriff" ist. Dies ist bislang nicht geschehen.
- c) Es reicht nicht aus, wenn irgendwann im Jahr 2011 die hier und heute identifi-zierten Wettbewerbsprobleme gelöst werden. Was immer die TKK anordnet, muss allen identifizierten Wettbewerbsproblemen bereits in dieser Anord-nungsperiode entschieden und in nichtdiskriminierender Weise entgegenwir-ken; so auch unmissverständlich Art 8 Abs 4 iVm Erwägungsgrund 15 der Zu-gangsrichtlinie (RL 2002/19/EG);
- d) Warum ein "linearer" Gleitpfad oder einheitliche Absenkungsschritte ange-messen sein sollen, bleibt ohne stichhaltige Begründung, ist aber wesentlich für die im Entwurf vorgeschlagene Maßnahme.
- e) Die Ergebnisse der Kostenrechnung der Amtssachverständigen weicht im Ergebnis signifikant von der von der TKK in den Verfahren M 15a-e/03 und auch noch im Konsultationsdokument erläuterten Gesamtkostenkurve ab. Anstatt dieser Inkonsistenz im Rahmen der Kostenrechnung auf den Grund zu gehen, blendet die TKK im Entwurf einfach die Gesamtkostenkurve aus.
- f) Die für das Jahr 2005 ermittelten Kosten der mobilkom sind als Zielwert für die Ermittlung der Gleitpfadwerte ungeeignet.



- g) Bilaterale Vereinbarungen zwischen Mobilnetzbetreibern können keinen Maßstab für einen "Marktpreis" darstellen, wenn gerade das Nichtfunktionieren des Marktes die Behörde veranlasst, Maßnahmen zur Entgeltkontrolle zu setzen.
- h) Gerade für die besondere Wettbewerbssituation zwischen Mobilfunkbetreibern sind auch die neben W1 identifizierten Wettbewerbsprobleme (insbesondere W3) von Bedeutung, weil diese selektiv den Wettbewerb zwischen diesen Mobilfunkbetreibern verzerren. Trotzdem wird der Abbau von Entgelten über Kosten zu Gunsten von der TKK nicht als wesentliches und damit regulatorisch zu forcierendes Ziel anerkannt.
- i) Aus der Versorgungspflicht der Betreiber lassen sich nach der von der TKK vorgenommenen Kostenermittlung keine Rückschlüsse auf betreiberindividuelle Kosten ziehen. Wenn aber zur Rechtfertigung der Zusammenschaltungsentgelte, wie dies für H3G der Fall ist, auf die Versorgungspflicht zurückgegriffen wird, dann dürfen auch bei allen anderen Betreibern nur jene Kosten berücksichtigt werden, die der Erreichung der Versorgungspflicht dienen. Darüber hinausgehende Netzkosten müssten – um eine völlige Verzerrung des Ergebnisses zu vermeiden – außer Betracht bleiben.

Vor diesem Hintergrund ist der von der TKK vorgeschlagene Gleitpfad und die daraus resultierende Entgeltanordnung nicht haltbar. Um den identifizierten Wettbewerbsproblemen adäquat begegnen zu können, müsste – wenn die TKK schon nicht dem von H3G beantragten Ansatz (rascher Abbau von Übergewinnen bis Ende 2006 und danach Annäherung der Entgelte an die LRAIC des effizientesten Betreibers) folgt – der Gleitpfad viel steiler sein (etwa alle Betreiber in der für H3G offenbar als angemessen erkannten Steilheit) oder es müsste das Enddatum von 2011 auf zumindest 2008 vorvergelegt werden.

2. Unzureichende Begründung des Gleitpfades

2.1 Formale Aspekte

In Punkt 2.1 des Entwurfes referiert die TKK zunächst die spezifischen Verpflichtungen des Spruches im Verfahren M 15a/03 und M 15e/03 wieder und ergänzt den Satz: *"Diese Orientierung wird über einen Gleitpfad operationalisiert."* Die Operationalisierung des Grundsatzes der Kostenorientierung über einen Gleitpfad ist aber in den Entscheidungen zu M 15a/03 und M 15e/03 gerade nicht angeordnet sondern nur als eine Möglichkeit (neben anderen) erwähnt worden. Wie der Gleitpfad auszustalten ist, war nicht Gegenstand der genannten Entscheidungen (siehe ausdrücklich M 15e/03, Seite 36 unten) und es umfasst weder deren Begründung noch deren Rechtskraft die konkrete Operationalisierung des Gleitpfades.

Wenn die Behörde daher im vorliegenden Maßnahmenentwurf zur Begründung dieser Vorgangsweise auf die Entscheidungen in den Marktanalyseverfahren verweist, so gehen diese Verweise ins Leere.



Erstmals dargelegt – wenn auch nicht schlüssig begründet – hat die TKK ihre Position zur Ausgestaltung des Gleitpfades in einer außerhalb der Marktanalyse durchgeführten und damit rechtlich unverbindlichen "sonstigen Konsultation" zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen, deren Ergebnisse am 9.3.2005 veröffentlicht wurden (**Konsultationsergebnisse**; amtsbekannt). Ein bloßer Verweis auf diese Konsultationsergebnisse genügt jedoch den Grundsätzen des AVG nicht und enthebt die TKK insbesondere nicht der Verpflichtung, die Ausgestaltung des Gleitpfades im gegenständlichen Verfahren schlüssig zu begründen.

2.2 Bloße Zielerreichung im Jahr 2011 reicht nicht

Die TKK legt zwar dar, dass bei Heranführung der Entgelte aller Betreiber an die LRAIC des effizientesten Betreibers im Jahr 2011 die (für die laufende Marktanalyseperiode) identifizierten Wettbewerbsprobleme (W1 bis W4) nicht mehr vorliegen würden. Abgesehen davon, dass dies zu jedem Zeitpunkt gültig ist, ab dem alle Betreiber Entgelte in der Höhe der LRAIC des effizientesten Betreibers anbieten müssen, ist damit für die Ausgestaltung des Gleitpfades nichts gewonnen. Art des Gleitpfades (linear, degressiv), Höhe oder Einheitlichkeit von Absenkungsschritte können allein über den Verweis auf das Ergebnis nicht plausibilisiert werden.

Die aktuelle Anordnungsperiode erstreckt sich nur bis Ende 2006 und kann bestenfalls einen ersten Schritt in Hinblick auf das Gesamtziel der TKK für das Jahr 2011 darstellen. Trotzdem werden sehr konkrete Eingriffe in die Entgeltsetzung vorgenommen, die für sich – und ohne Stützung auf ein Fernziel 2011 – rechtfertigbar sein müssen. Die mögliche Erreichung eines Regulierungsziels im Jahr 2011 ist keine schlüssige Begründung dafür, dass im gegenständlichen Anordnungszeitraum "*vier zentralen Wettbewerbsprobleme*" weitgehend ungelöst bleiben, die die TKK in den Marktanalyseverfahren ausdrücklich identifiziert hat.

Auch geht der Verweis auf angeblich "disruptive" oder unverhältnismäßige Eingriffe ins Leere, solange die TKK offen lässt, wann ein Eingriff als disruptiv zu qualifizieren ist (siehe unten 5) und worin konkret die Unverhältnismäßigkeit von (zB betreiberverindividuellen oder nicht linearen) Gleitpfaden liegt.

H3G stellt in Zusammenhang mit dem Jahr 2011 grundsätzlich in Frage, ob nach Abbau der von H3G aufgezeigten Wettbewerbsverzerrung durch Entgelte über Kosten überhaupt noch Bedarf bestünde, durch spezifische Maßnahmen im Sinne des § 37 Abs 2 TKG regulierend einzugreifen. Diese Frage wäre allenfalls im Rahmen der nächsten Marktanalyse zu prüfen. Zumindest muss ein regulatorischer Eingriff auch die für den Anordnungszeitraum erkannten Wettbewerbsprobleme beseitigen. Maßnahmen, die allein darin ihre Rechtfertigung finden, dass irgendwann im Jahr 2011 der Zustand der behördlichen Wettbewerbsfiktion erreicht wird, genügt nicht.



2.3 Keine Rechts- und Planungssicherheit bei Ausrichtung auf 2011

Die TKK leitet die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der im Entwurf dargestellten Anordnung auch daraus ab (siehe Seite 29), dass längerfristige Planungssicherheit gegeben sei. Diese Annahme ist nicht nachvollziehbar. Es besteht keinerlei Rechts- oder Planungssicherheit dahingehend, dass die TKK in aktueller oder nachfolgender Besetzung im Rahmen der nächsten Marktanalyse hinsichtlich der geeigneten, spezifischen Maßnahmen zum gleichen Ergebnis kommt, wie die TKK im Bescheid zu M 15e/03. Eine schlüssige Begründung, auf deren Basis eine solche Hoffnung geweckt werden könnte, wird weder mit dem vorliegenden Entwurf noch in den einschlägigen Dokumenten, auf die der Entwurf Bezug nimmt, geliefert. Auch entfällt ein auf Basis des vorliegenden Entwurfes ergangener Bescheid keinerlei Bindungswirkung für Folgeentscheidungen in weiteren Marktanalysezyklen.

Damit bleibt aber als Ergebnis nur bestehen, dass derzeit den identifizierten Wettbewerbsproblemen nicht adäquat begegnet wird und dass nicht einmal verbindlich festgelegt werden kann, dass das Fernziel für das Jahr 2011 in den folgenden Marktanalysezyklen erreicht wird. Von Planungssicherheit kann daher keine Rede sein und schon gar nicht kann darauf die Entscheidung gestützt werden, die erkannten Wettbewerbsprobleme nicht im gegenständlichen Anordnungszeitraum zu lösen.

3. **Kein einheitlicher (kostenorientierter) Markt- oder Wettbewerbspreis**

3.1 Unzulässige Fiktion eines Gesamtmarktes

Das Modell der TKK sieht (am Ende aller Gleitpfade) exakt reziproke Entgelte vor. Obwohl sich die einzelnen Betreiber auf unterschiedlichen Monopolmärkten bewegen, werden die Endwerte aller Gleitpfade an den niedrigsten betreiberindividuellen Kosten orientiert. Die Behörde führt dabei aus (siehe Seite 7 des Entwurfes):

"dass in einem Wettbewerbsmarkt Faktoren wie unterschiedliche Technologien oder unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer von untergeordneter Bedeutung seien, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen könne. Der Konsument betrachte die Terminierungsleistung nämlich als homogenes Produkt, ungeachtet der Technologie oder des Kundenstocks."

Diese Begründung geht aber davon aus, dass der "Wettbewerbsmarkt", auf den dieses Gedankenexperiment Bezug nimmt, ein Gesamt(Terminierungs-)markt und nicht ein betreiberindividueller Markt ist. Dass sich innerhalb eines betreiberindividuellen Marktes eine Preisdifferenzierung nicht darstellen lässt, wäre ja noch nachvollziehbar. Für unterschiedliche Märkte ist dieser Schluss aber auch in theoretischer Be trachtung unzulässig und wäre in diesem Bescheid ausführlich zu begründen, bevor die LRAIC des einen Betreibers zum Gleitpfadmaßstab eines anderen Betreibers (mit einem anderen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt) erhoben werden.



Warum sollen unterschiedliche Betreiber nicht auch unterschiedliche Kostenstrukturen rechtfertigen? Der banalste Unterschied, der mit der Gesamtmarktfiktion der TKK nicht abgebildet wird, sind unterschiedliche Größenverhältnisse und damit unterschiedliche Skaleneffekte in den einzelnen Netzen. Diese bestehen selbst dann, wenn alle Betreiber die mindestoptimale Betriebsgröße erreicht haben. Zumindest in dieser Hinsicht hat die Entgeltanordnung der TKK im Sinne der Judikatur des VwGH den tatsächlichen Kosten der Betreiber Rechnung zu tragen. Hier geht es nämlich nicht um den Schutz struktureller Ineffizienzen, sondern um selbst bei (theoretisch) effizientestem Betrieb unvermeidbare Kostenunterschiede. Zumindest diese Unterschiede müssen im Modell der TKK in Form unterschiedlicher Endwerte (innerhalb einer gewissen Bandbreite) berücksichtigt werden.

3.2 Vernachlässigung der Spürbarkeit von Wettbewerbsproblemen

Bei der Einführung eines fiktiven Gesamtmarktes (siehe oben 3.1) müsste die TKK zumindest begründen, ob diese Argumentationskrücke überhaupt notwendig und damit angemessen ist, um den im Sinne des § 37 Abs 2 TKG identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Wie kann den aus heutiger Sicht gesagt werden, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme weiter bestünden, wenn alle Mobilnetzbetreiber Entgelte in Orientierung an die in Abhängigkeit von ihrer Größe effizientest möglichen Kosten anbieten würden?

Die Problematik wird an einem einfachen Beispiel deutlich: Lägen etwa die Entgelte eines Mobilnetzbetreibers auch nur minimal (um einen "infinitesimalen Schritt") über dem auf LRAIC-Basis darstellbaren Niveau, so wären die abstrakten und theoretischen Überlegungen der TKK zu den identifizierten Wettbewerbsproblemen zwar noch immer "richtig", im Markt spürbar wären sie deshalb aber noch lange nicht, geschweige denn läge ein relevantes Verzerrungspotential vor. Die TKK blendet trotz mehrfacher Parteienanträge die Frage gänzlich aus, wie groß ein potentielles Wettbewerbsproblem sein muss, um effektiven Wettbewerb stören zu können.

Eine Entgeltüberhöhung, die so gering ist, dass sie von den Marktteilnehmern nicht wahrgenommen wird, ist auch nicht geeignet, den effektiven Wettbewerb zu stören, was am obigen Beispiel der nur minimal auseinanderliegenden Entgelte deutlich wird. Die TKK kann sich daher nicht allein darauf zurückziehen, dass überhaupt Entgeltunterschiede bzw. Entgelte über Kosten vorliegen, sondern sie muss in einem ersten Schritt begründen, wie groß diese Unterschiede sein müssen, um überhaupt eine Abweichung vom effektiven Wettbewerb hervorrufen zu können. In einem zweiten Schritt muss sie die Wettbewerbsprobleme quantifizieren, um festzustellen, ob die identifizierten Probleme diese Spürbarkeitsschwelle übersteigen. Es ist nicht ersichtlich dass die Regulierungsziele des TKG darauf gerichtet wären, schon rein theoretische und in der Praxis nicht spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen. Daher muss die TKK auch nachweisen und begründen, ob und warum die infolge unterschiedlicher Skaleneffekte geringfügig unterschiedlichen Kosten verschiedener Betreiber mit mindestoptimaler Betriebsgröße in der Entgeltregulierung außer Be-

tracht bleiben müssen. Hier wird es zu wenig sein, einfach darauf abzustellen, dass dieser Ansatz einfacher zu rechnen ist.

4. Zur Wesentlichkeit von Wettbewerbsproblemen

4.1 Sind allokativen Verzerrungen "wesentlichere" Probleme als Übergewinne?

Mit dem vorgestellten Gleitpfad lässt die TKK zumindest im gegenständlichen Anordnungszeitraum die auf Übergewinne zurückgehenden Wettbewerbsprobleme (W3 und W4) unberührt, und stellt auch für die auf allokativen Verzerrungen zurückgehenden Wettbewerbsprobleme (W1 und W2) erst für das Jahr 2011 eine Lösung in Aussicht. Auf Seite 31 des Entwurfes führt die TKK dazu aus:

Betreiberindividuelle Übergewinne (höhere Margen als die Mitbewerber) sind allerdings nicht nur auf überhöhte Preise (allokativen Ineffizienz) zurückzuführen, sondern können auch durch ein höheres Maß an technischer Effizienz (geringere Kosten) bedingt sein. Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativen Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden, weswegen auch keine konkreten Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne vorgenommen wurden. An dieser Stelle soll in Erinnerung gerufen werden, dass eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 in der konkreten Ausgestaltung "Orientierung an die LRAIC eines effizienten Betreibers" (und nicht etwa in Form einer "Beseitigung aller Übergewinne") als geeignete spezifische Verpflichtung auferlegt wurde, um den in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Genau dieser konkreten Verpflichtung ist mit gegenständlicher Anordnung Rechnung zu tragen, weswegen auch keine Quantifizierung von in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen vorzunehmen war.

Die möglichen Wettbewerbsprobleme wurden von der TKK in den Bescheiden zu M 15a-e/03 identifiziert und allesamt als zentral eingestuft (siehe etwa Seite 3 der Konsultationsergebnisse). Genauso wenig, wie in diesen Entscheidungen von einer bloßen Pflicht zur Beseitigung von "Übergewinnen" die Rede war, nehmen diese auf die Beseitigung von "allokativen Verzerrungen" Bezug. Daraus lässt sich argumentativ nichts gewinnen. Die entscheidende Frage, bleibt bestehen: Warum werden augenscheinlich wettbewerbsverzerrende Übergewinne unangetastet gelassen, obwohl diese nach der Analyse der TKK zweifelsfrei den Wettbewerb verzerren. Auf Seite 23 der Entscheidung zu M 15e/03 führt die TKK überdies aus:

"Da die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte resistente Monopolmärkte sind – und auch bei 'Markteintritt' eines weiteren Mobilfunkanbieters bleiben –, kann das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht die Förderung von Wettbewerb auf den Terminierungsmärkten



selbst sein, sondern die Beseitigung der identifizierten vier Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen [...]." (Unterstreichung nur hier)

Es ist auch gänzlich unbeachtlich, ob Übergewinne auf technische, allokativer oder sonstige Ineffizienzen zurückzuführen sind. Es besteht jedenfalls die Gefahr wettbewerbsverzerrender Quersubventionierung von Übergewinnen. Diese gilt es zu beseitigen und die TKK lässt offen, wie dies geschehen soll, wenn die Übergewinne nicht beseitigt werden. Ob das Problem nun als "Übergewinn" oder als "W1 bis W4" bezeichnet wird, ist unerheblich.

Nach der Auffassung der TKK (siehe Punkt D.6. in M 15e/03; Seite 50ff) führen die Übergewinne – neben den allokativen Verzerrungen – jedenfalls dazu, dass auf den betreiberindividuellen Terminierungsmärkten kein effektiver Wettbewerb herrscht. Eine geeignete spezifische Verpflichtung iSd § 37 Abs 2 TKG hätte daher auch dem identifizierten Problem der Übergewinne Rechnung zu tragen. Dies ist schlicht nicht erkennbar.

Die TKK hat die unbegründete Aussage der Amtssachverständigen übernommen, dass das aus allokativen Verzerrungen resultierende Wettbewerbsproblem W1 das "wesentlichste" Problem darstelle. Weder die Gutachter noch die TKK führen aus, warum das so sein soll oder dass aus diesem Postulat abzuleiten wäre, dass die übrigen erkannten Probleme vernachlässigt werden könnten. Dies stünde auch in Widerspruch zu Erwägungsgrund 15 iVm Art 8 Abs 4 der Zugangsrichtlinie (2002/19/EG):

(15) Die Auferlegung einer spezifischen Verpflichtung für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erfordert keine zusätzliche Marktanalyse, sondern eine Begründung dafür, dass die betreffende Verpflichtung im Verhältnis zum festgestellten Problem sinnvoll und angemessen ist.

[...]

(4) Die nach diesem Artikel auferlegten Verpflichtungen müssen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und müssen im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) angemessen und gerechtfertigt sein. (Unterstreichung nur hier.)

Weder ist eine derartige Begründung im vorliegenden Entwurf zu erkennen, noch beseitigt die vorgeschlagene Maßnahme im gegenständlichen Anordnungszeitraum die identifizierten Wettbewerbsprobleme. Den Anforderungen der zitierten Rechtsquellen mag zwar noch der recht allgemein gehaltene Spruch zu M 15a-e/03 genügen, jedoch müssen diese Anforderungen auch und gerade im Rahmen der Konkretisierung des Spruches zu M 15a-e/03 im Rahmen dieses Zusammenschaltungsverfahren weiterhin gewahrt bleiben, weil ansonsten die klare gemeinschaftsrechtliche Zielsetzung unterlaufen würde.



Für das vorliegende Verfahren ist zudem wesentlich, dass die Rechtskraft der Entscheidungen zu M 15a-e/03 sich nicht auf die Begründung dieser Entscheidungen erstreckt und dass eine im gegenständlichen Verfahren fehlende Begründung durch schlichten Verweis auf eine rechtskräftige Entscheidung über einen anderen Verfahrensgegenstand nicht substituiert werden könnte.

Immerhin bestätigt die von der TKK vorgenommene Priorisierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme die Notwendigkeit einer Bewertung der unterschiedlichen Relevanz von Problemen. Andernfalls könnte die TKK die identifizierten Probleme aus Übergewinnen wohl kaum unter Verweis auf die allokativen Verzerrungen unter den Tisch fallen lassen. Warum dies alles geschieht, lässt die TKK jedoch gänzlich unbegründet. Damit verweigert die TKK auch die Wahrnehmung ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht entscheidungswesentlicher Sachverhalte und ist außer Stande eine im Sinne des §37 Abs 2 TKG verhältnismäßige Entscheidung zu treffen.

4.2 Fehlende Quantifizierung von Wettbewerbsproblemen

Zur mehrfach von H3G geforderten Quantifizierung der Wettbewerbsprobleme führt die TKK aus (siehe Seite 31 des Entwurfes):

"Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativen Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden, weswegen auch keine konkreten Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne vorgenommen wurden."

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass H3G nie argumentiert hat, dass mit der Beseitigung von Übergewinnen auch allokativen Verzerrungen restlos beseitigt werden können. Sehr wohl ist aber richtig, dass die Beseitigung von Übergewinnen schon durch die Verringerung der Differenz zwischen Fest- und Mobilterminierungsentgelten zum Abbau allokativer Verzerrungen beiträgt.

H3G muss schon in Hinblick auf eindeutige gemeinschaftsrechtliche Regelungen (siehe oben Punkt 4.1) davon ausgehen, dass die TKK deshalb in der Entscheidung zu M 15e/03 als spezifische Verpflichtung angeordnet hat, die Terminierungsentgelte an den LRAIC eines effizienten Betreibers zu orientieren, weil damit das Ziel des Abbaus erkannter Wettbewerbsprobleme verfolgt werden soll. Daher müsste auch der Gleitpfad zur Erreichung dieses Ziels so ausgestaltet werden, dass die erkannten Probleme auch tatsächlich adressiert werden. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Völlig offen bleibt zudem, warum die TKK von ihrem eigenen Spruch in M 15e/03-30 abweicht und nicht mehr nur auf die Kosten eines effizienten Betreibers abstellt, sondern nunmehr nur noch die Kosten des effizientesten Betreibers heranzieht. Hoch effiziente Produktion der Terminierungsleistung kann nämlich (siehe oben Punkt 3.1) in Abhängigkeit von der Größe der Betreiber sehr wohl zu unterschiedlichen Kosten



führen. Auch vor diesem Hintergrund wäre das Konzept des (fiktiven) einheitlichen Gesamtmarktes zu hinterfragen oder zumindest plausibel zu begründen.

Im Übrigen sei festgehalten, dass mit dem von H3G vorgeschlagenen Modell allen erkannten Wettbewerbsproblemen in deutlich stärkerem Maß entgegengewirkt würde, als dies nach dem Ansatz der TKK der Fall ist. Zudem greift der Ansatz der H3G (rascher Abbau aller Übergewinne bis Ende 2006 und danach Angleichung der Entgelte an LRAIC) in einer Art in das Entgeltgefüge ein, die eine Diskriminierung einzelner Betreiber vermeidet und verhältnismäßig ist, weil zunächst primär die exzessive Ausnützung des aufgrund beträchtlicher Marktmacht gegebenen Preissetzungsspielraumes (in Form von Übergewinnen) unmöglich gemacht wird.

4.3 Zur besonderen Bedeutung von W3 zwischen Mobilnetzbetreibern

Die wesentliche Gefahr, die von Wettbewerbsproblem W3 ausgeht, liegt nach den Ausführungen der Amtssachverständigen und der TKK in dem Umstand, dass Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt zur Quersubventionierung von on-net-Tarifen eingesetzt werden können. Im gegenständlichen Verfahren sind mit H3G und mobilkom zwei Mobilfunkunternehmen im Fokus des regulatorischen Eingriffes. Die Auswirkung des Gleitpfades auf die von der TKK identifizierten Wettbewerbsprobleme – insbesondere W3 – ist daher für H3G von besonderer Bedeutung. Nur wenn es H3G gelingt, rasch seinen Marktanteil auszubauen, hätte H3G wenigstens teilweise eine Chance, der behördlich verordneten Kostenunterdeckung zu entgehen bzw. diese abzumildern. Genau daran – nämlich an der Erreichung höherer Marktanteile – wird H3G aber auch dadurch gehindert, dass die Regulierung nach dem im Entwurf vorgestellten Gleitpfad ausgerechnet dem schärfsten Konkurrenten und Marktführer mobilkom ein höheres und im Anordnungszeitraum nahezu unverändert hohes Quersubventionierungspotential (über W3) beläßt. H3G kann nicht erkennen, was daran verhältnismäßig sein soll und wie diese Vorgangsweise mit dem Gleichheitsgrundsatz zu vereinbaren wäre.

4.4 Unterschiedlicher Maßstab im M-Verfahren und im Z-Verfahren

Die Notwendigkeit des Abbaus von Übergewinnen im Zusammenschaltungsverfahren ergibt sich auch schlicht aus dem verfassungsgesetzlich gebotenen Gleichheitsgrundsatz. Während sich die TKK vielleicht noch in den *per definitionem* unilateralen M-Verfahren zu den betreiberindividuellen Mobilterminierungsmärkten mit einer Gewichtung der Wettbewerbsprobleme begnügen konnte, bleibt ihr diese Vorgangsweise im bilateralen Zusammenschaltungsverfahren verwehrt. Wenn die TKK eine Maßnahme anordnet, die es einem Betreiber erlaubt, weiterhin oder in viel höherem Maß als der andere Betreiber wettbewerbsverzerrende Übergewinne zu erzielen, so ist dies schlicht gleichheitswidrig und benachteiligt einen Betreiber in unverhältnismäßiger und sachlich nicht zu rechtfertigender und damit rechtswidriger Weise.

5. Disruptive Eingriffe

Unter Rückgriff auf die Begründung in Punkt 9 des Bescheides zu M 15e/03 führt die TKK auf Seite 8 des Entwurfes aus:

"Eine lineare Heranführung an die LRAIC eines effizienten Betreibers bis Ende 2011 ist geeignet, um disruptive Eingriffe zu verhindern und um Latecomer-Nachteile auszugleichen."

und weiter auf Seite 26 des Entwurfes:

"Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades disruptive Eingriffe zu vermeiden sowie darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird."

Ob überhaupt und wenn ja, welche disruptiven Eingriffe im Rahmen einer spezifischen Maßnahme gemäß § 37 Abs 2 TKG verhindert werden müssen, lässt TKK aber offen. Die TKK konstruiert die Eingriffsschranke des "disruptiven Eingriffes" unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Planungssicherheit. Ob ein Unternehmen in missbräuchlicher Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht überhaupt schützenswert ist, wird jedoch nicht hinterfragt.

Schon nach den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes wäre die Ausnützung beträchtlichen Marktmacht (100% Marktanteil) in Form des "Excessive Pricing" verpönt, wenn Entgelte erzwungen werden, die ein Vielfaches der in Form des WACC ermittelten, branchenüblichen Marge beinhalten. Dies ist etwa bei mobilkom konkret der Fall (ein Entgelt von €Cent 10,86 steht den behördlich ermittelten (noch immer viel zu hohen) Kosten von €Cent 6,79 gegenüber. Wenn die TKK also von einer Regulierung unter Vermeidung disruptiver Eingriffe spricht, so erreicht sie damit, dass die mobilkom weiterhin in der Ausübung von "Excessive Pricing" unter (rechtswidriger) Ausnützung beträchtlicher Marktmacht geschützt wird. Dieser Ansatz ist dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, dem auch die sektorspezifische Regulierung in Ermangelung abweichender Bestimmungen zu gehorchen hat, fremd. Erkannte und relevante Wettbewerbsprobleme sind mit Blick auf Art 8 Abs 4 iVm Erwägungsgrund 15 der Zugangsrichtlinie mit der hier konkret angeordneten Maßnahme und somit innerhalb der Anordnungsperiode (sei es nun mit oder ohne Gleitpfad) abzubauen.

Die TKK lässt in ihrer Begründung im Maßnahmenentwurf vollkommen offen, was einen disruptiven Eingriff als solchen qualifiziert und warum insbesondere der Abbau exzessiver Preissetzungsspielräume auf resistenten Monopolmärkten überhaupt etwas mit einem disruptiven Eingriff zu tun haben soll. Keine Bestimmung der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung des TKG sieht eine Prolongierung rechtswidrigen Missbrauchsverhaltens vor. Ein Schutzbedürfnis der mobilkom zur (nur) langsam Ausleitung eines in rechtswidriger Weise wettbewerbsverzerrenden Verhaltens ist nicht erkennbar. Dies lässt sich auch nicht unter dem Titel der "Planungssicherheit" argumentieren (siehe dazu Punkt 2.3).



6. Zur Kostenrechnung der Amtssachverständigen

Noch im Konsultationsdokument (siehe Seite 21) führt die TKK aus, dass sich die Gesamtkostenkurve zur Ermittlung der LRAIC eigne. Das Gutachten der Amtssachverständigen zeigt aber gravierende Abweichungen von dieser Gesamtkostenkurve dahingehend, dass Betreiber, die bereits lange am Markt sind und viele Kunden aufweisen, ein extrem hohes Kostenniveau aufweisen (Beispiel T-Mobile), während andere Betreiber (tele.ring) bei viel kürzerer Verweildauer am Markt und niedrigerer Kundenzahl ein verblüffend niedrigeres Kostenniveau aufweisen.

Die TKK unternimmt nicht einmal den Versuch, diesen Widerspruch aufzulösen, obwohl fundamentale Annahmen, die zur Bestimmung des maßgeblichen Richtwertes für den Gleitpfad (nämlich des LRAIC des effizientesten Betreibers) offenkundig inkonsistent sind. H3G hat Beispiele für unplausible Auffälligkeiten geliefert, die jedoch von der TKK nicht weiter verfolgt wurden. Der grundsätzlichen Inkonsistenz der Ergebnisse der Amtssachverständigen mit der Gesamtkostenkurve begegnet die TKK so, dass diese im gegenständlichen Verfahren schlicht "nicht herangezogen" wird (siehe unten 8.3).

Vor diesem Hintergrund ist die TKK gehalten, aufgezeigten Inkonsistenzen bei der Ermittlung der LRAIC fundiert nachzugehen (siehe etwa unten 12). Dies ist bislang trotz mehrfacher Aufforderung durch die Parteien nicht geschehen. Daher stellt das Gutachten der Amtssachverständigen keine tragfähige Grundlage für die Entscheidung im Verfahren dar. Die Abweichungen der Berechnungen der Amtssachverständigen von der Gesamtkostenkurve lassen vermuten, dass entweder die methodische Ansätze des Gutachtens zu hinterfragen sind, oder – was eher der Fall ist – dass die gelieferten Inputwerte der Betreiber zumindest teilweise nicht korrekt sind.

7. Die Kosten für 2005 sind als Zielwert ungeeignet

7.1 Der Gleitpfad endet 2006 bzw. 2011

Die TKK berechnet den linearen Gleitpfad einerseits ausgehend von den derzeit verrechneten Entgelten der Betreiber und andererseits ausgehend von einem Zielwert, der sich nach den Kosten der mobilkom bemisst, welche für das Jahr 2005 ermittelt wurden; dies obwohl der Anordnungszeitraum bis 31.12.2006 reicht und die Kosten der Betreiber bis einschließlich Ende 2006 ermittelt wurden. Trotzdem gelangt die TKK zum Ergebnis, dass "*die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers der für mobilkom für das Jahr 2005 ermittelte Wert gemäß "Szenario B" darstellt; dieser beträgt €Cent 6,79.*"

Dieser Schritt ist für H3G nicht nachvollziehbar. H3G hat mehrfach im Verfahren beantragt, dass als Zielwert eines ohnedies unbefriedigenden Gleitpfades zumindest jener Wert herangezogen wird, der für den effizientesten Betreiber am Ende des Anordnungszeitraumes ermittelt wird. Die Kosten der einzelnen Betreiber sinken (zumindest innerhalb dieses Marktanalysezyklusses) durch Skaleneffekte oder Effizienzgewinne. Auch für mobilkom hat die TKK eine weitere Kostensenkung von



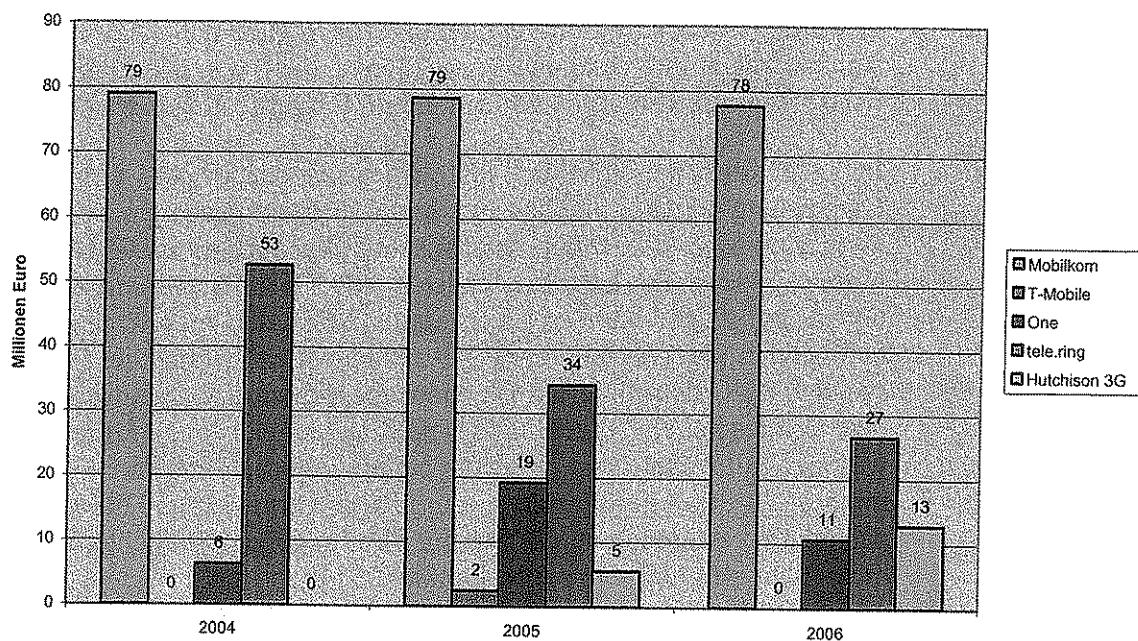
2005 auf das Ende des Jahres 2006 ermittelt (im Jahr 2006 €Cent 6,35). Selbst unter Berücksichtigung eines Aufschlages für die NÖ-Mastensteuer, bleiben die Kosten der mobilkom unter den von der TKK herangezogenen Kosten des Jahres 2005. Diese wurden mit der Begründung herangezogen, dass die Werte für 2006 lediglich einer summarischen Interessenabwägung dienen, die – was allerdings nicht begründet wurde – für die konkrete (zahlenmäßige) Entgeltfestlegung nicht relevant sei.

In einem konsistenten Modell hätte eigentlich der für 2011 ermittelte Wert für die Berechnung der Gleitpfadabsenkungsschritte herangezogen werden müssen. Es ist zwar noch nachvollziehbar, dass es schwierig wäre, einen Wert für das Jahr 2011 mit hinreichender Sicherheit abzuschätzen. Die TKK hat aber nicht einmal den Versuch unternommen, diesen Wert zu ermitteln. Selbst den auf sehr plausiblen Annahmen beruhenden Wert für das Jahr 2006 zieht sie nicht heran. Dies führt dazu, dass die von der TKK identifizierten Wettbewerbsprobleme noch langsamer abgebaut werden, als dies bei Heranziehung des niedrigsten plausibel ermittelten Wertes als Endwert der Fall wäre. Es ist jahrelang geübte Entscheidungspraxis, dass die TKK zumindest für den Anordnungszeitraum Kosten ermittelt und die Anordnung dann auch nach diesen ausgerichtet hat. Warum dies im gegenständlichen Verfahren plötzlich nicht mehr möglich sein soll, ist unklar.

7.2 Unverhältnismäßige Bevorzugung der mobilkom

Die verfahrensgegenständliche Entgeltregelung soll dem Anspruch gerecht werden, die einzelnen Betreiber adäquat zu regulieren und ihrer markteintrittsabhängigen Marktposition Rechnung zu tragen. Das Gegenteil wird erreicht. mobilkom, die nach den Berechnungen der TKK den LRAIC-Wert vorgibt kann trotz eines Gesamtanteils am Mobilterminierungsvolumen für das Jahr 2006 von knapp über 37% weiterhin höhere wettbewerbsverzerrende Übergewinne erzielen, als alle anderen Betreiber im Markt zusammen. So steigt der Anteil der mobilkom an den insgesamt im Bereich der Mobilterminierung erzielten Übergewinnen von 56,14% im Jahr 2005 auf 60,84% im Jahr 2006. Allein im Jahr 2006 erzielt die mobilkom somit Übergewinne in Höhe von € 78 mio. Gegenüber dem Jahr 2005 ergibt sich somit eine Reduktion von lediglich € 1 mio (sämtliche Berechnungen ergeben sich schlüssig aus den von den Amtssachverständigen ermittelten Werten). Dies verdeutlicht nachstehende Grafik:

Entwicklung der Übergewinne im Anordnungszeitraum



(Abbildung 1)

Dieses Ergebnis ist nicht nur systemwidrig im Sinne der Verpflichtung der TKK, eine verhältnismäßige Anordnung zu treffen, sondern es läuft auch sämtlichen in § 1 TKG normierten Zielen des TKG entgegen, die der Absicherung eines nachhaltigen, effektiven Wettbewerbes dienen.

Mit sektorspezifischen Regulierungsmaßnahmen im Sinne des § 37 Abs 2 TKG soll primär das Ziel erreicht werden, Störungen eines nachhaltigen und effektiven Wettbewerbes zu beseitigen. Diese Störungen hat die TKK klar und eindeutig identifiziert. Mit dem vorliegenden Gleitpfad werden die erkannten Störungen jedoch für den weitaus marktführenden Betreiber mobilkom prolongiert.

8. Mindestoptimale Betriebsgröße und LRAIC

8.1 Rechtfertigt LRAIC Kostenunterdeckung?

Nach der TKK sollen alle Betreiber auf die LRAIC der mobilkom angespannt werden, auch wenn diese nicht für jeden Betreiber erreichbar sind, der die "mindestoptimale Betriebsgröße" erreicht. Die daraus zwangsläufig resultierende Kostenunterdeckung wird von der TKK noch im Bereich des Kostenrechnungsmaßstabes LRAIC angesiedelt (siehe Seite 25 des Maßnahmenentwurfes). Dies geht viel zu weit und ist mit den Grundsätzen der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG nicht mehr in Einklang zu bringen.

Auch deckt die einschlägige Judikatur des VwGH diese Vorgangsweise nicht (anders die TKK auf Seite 29 des Entwurfs). Es mag sein, dass die "tatsächlich angefallenen Kosten" nicht allein ausschlaggebend für die Kostenorientierung sind. Hier geht die TKK jedoch einen Schritt weiter als der vom VwGH beurteilte Maßstab und impliziert auch noch eine gebotene Unterschreitung der theoretisch erreichbaren, niedrigsten Kosten eines für seine Größe maximal effizient arbeitenden Betreibers.

8.2 Gleichheitswidrige Berücksichtigung der mindestoptimalen Betriebsgröße

Die TKK lässt alle Betreiber ab Erreichen der mindestoptimalen Betriebsgröße auf den Gleitpfad einschwenken und unterstellt somit, dass diese ungeachtet ihrer Unternehmensgröße mittelfristig zu den LRAIC der mobilkom produzieren müssen. Andererseits hält die TKK auf Seite 9 des Maßnahmenentwurfs fest:

"die in früheren Verfahren ermittelten tatsächlichen Kosten der Mobiltermierung zeigen, dass erhebliche Größenvorteile sowie First-Mover Vorteile vorliegen (vgl. Endbericht zur Konsultation, S.7ff.)".

Die LRAIC der Mobilkom basieren jedoch – ungeachtet der mindestoptimalen Betriebsgröße – auf Größen- und First-Mover-Vorteilen, die auch von der TKK als Faktum anerkannt werden. Ein kleinerer Betreiber kann als *per definitionem* das Kosten niveau des Marktführers niemals erreichen, weil er eben selbst bei effizientester Produktion diese Größenvorteile nicht lukrieren kann. Diesen immanenten Widerspruch versucht die TKK dadurch aufzulösen, dass sie die unbegründete These aufstellt (siehe Seite 25 des Entwurfs):

"Dem angeordneten Kostenrechnungsmaßstab "LRAIC" ist die effiziente Leistungsbereitstellung immanent, die zur Folge haben kann, dass ein (Mobilfunk-) Unternehmen nicht alle seine für die Terminierungsleistung anfallenden Kosten ersetzt erhält."

H3G sieht keine gesetzliche Grundlage dafür, dass der Kostenrechnungsmaßstab gemäß § 42 TKG jeden Betreiber sogar bei effizientest möglicher Leistungsbereitstellung zur Bereitstellung der Terminierungsleistung unter den bestmöglich erreichbaren Kosten zwingen würde. Diese von der TKK durch nichts begründete Auffassung ist einer der Schlüssel des vorgeschlagenen Gleitpfadkonzeptes und bleibt dennoch völlig unbegründet.

Wenn sich die TKK einerseits dazu entschließt, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit des regulatorischen Eingriffes davon Abstand zu nehmen, selbst die klar erkannten Wettbewerbsprobleme rasch und konsequent zu beseitigen, so verwundert es umso mehr, dass sie gleichzeitig in Kauf nimmt, einzelne Betreiber systematisch und ohne jede Ausweichmöglichkeit (weil sie ja die LRAIC des größten Betreibers mangels Lukrierung entsprechender Größen- und First-Mover-Vorteile nie erreichen können) sogar unter Kosten zu zwingen. Diese Annahme ist unverhältnismäßig, unbegründet und findet im TKG keine Deckung.



8.3 Konzeptiver Widerspruch zur Gesamtkostenkurve

Die Unschlüssigkeit dieses Ansatzes ergäbe sich auch bei einer Plausibilitätsprüfung des Konzepts anhand der von der Behörde noch im Konsultationsdokument zur Konsultation zum Thema "Ermittlung der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen" (*Konsultationsdokument*) mehrfach referenzierten Gesamtkostenkurve. Auf Seite 19 des Entwurfes verweigert die TKK diese Plausibilitätsprüfung jedoch mit dem rechtlich unerheblichen Hinweis, dass die Gesamtkostenkurve im gegenständlichen Verfahren "*nicht herangezogen*" worden sei. Diese Argumentation greift einerseits zu kurz und ist überdies nicht richtig.

Auf das Konsultationsdokument referenziert die TKK auch im vorliegenden Maßnahmenentwurf mehrfach und es bleibt offen, warum gerade die dort erwähnte Gesamtkostenkurve hier plötzlich keine Rolle mehr spielen soll. Die von den Amtssachverständigen ermittelte Gesamtkostenkurve stellt ja nur den faktischen Zusammenhang zwischen Größe und Kostenstruktur her. Was auch immer die TKK im gegenständlichen Verfahren anordnet, muss zumindest auch faktisch plausibel sein. Dem kann sich eine Behörde, die dem amtsweigigen Ermittlungsgrundsatz verpflichtet ist, nicht dadurch entziehen, dass sie ein bekanntes Faktum einfach ausblendet.

Im übrigen hat H3G mehrmals Bedenken geäußert, dass die Amtssachverständigen konzerninterne Preise für Vorleistungen ungeprüft in ihre Kostenrechnung übernommen haben. Dies widerspricht der amtsweigigen Ermittlungspflicht der TKK insbesondere wenn offenkundig ist, dass die Vorleistungspreise einzelner Betreiber weit über jenen anderer Betreiber liegen und so auch in die Kostenrechnung eingehen.

9. **Zur Umrechnung Sprache/Daten**

Der für die Umrechnung von Sprach- in Datenvolumen nötige Umrechnungsfaktor ist in den Berechnungen für die Kosten von H3G von 16,6 kbit/s auf 49,7 kbit/s zu ändern. H3G hat bei der Angabe der Bitrate fälschlicherweise nur eine Verkehrsrichtung betrachteten. Außerdem ist zusätzlich zum bereits berücksichtigten Overhead (der in den 16,6 kbit/s für eine Richtung enthalten ist), für NodeB, RNC und Übertragungstechnik zusätzlicher Daten-Overhead zur Gewährleistung der Mobilität erforderlich. Dieser entsteht etwa durch den "Soft-Handover", für dem es erforderlich ist mehrere Verbindungen zu mehreren Sektoren eines NodeBs bzw. zu mehreren NodeBs parallel zu verwenden. Selbiges gilt für Uplink und Downlink.. Im übrigen ist die Luftschnittstelle betreffend der netto Bitrate standardisiert. Da die TKK aber auf die Anwendung dieser (amtsbekannten) Standards verzichtet, sind auch im Falle der H3G die von ihr bekanntgegebenen Werte, welche sich zweifellos in der üblichen Größenordnung bewegen, zu verwenden. Dieser offenkundige Mangel des Gutachtens ist zu korrigieren und auch relevant, weil bei dessen Berücksichtigung ein höherer Wert für die Kosten der H3G ermittelt werden müsste.

10. Zur Relevanz der mobilkom-Werte für das Jahr 2004

Die Kritik der Einschreiterin an der Kostenrechnung der mobilkom für das Jahr 2004 wird von der TKK als irrelevant zurückgewiesen (siehe Seite 18 des Entwurfes), weil eine Entgeltfestlegung in gegenständlicher Anordnung erst mit 2005 in Betracht komme. Dies ist nicht nachvollziehbar, zumal ja (siehe Seite 17 des Entwurfs) die Verkehrswerte der mobilkom für 2006 im Wege einer loglinearen Regression ermittelt wurden. Dabei wurden wohl auch die Werte für das Jahr 2004 einbezogen.

Wenn aber die Werte für das Jahr 2004 für die Berechnung der Kosten der mobilkom im Jahr 2005 eine Rolle spielen, so sind diese im vorliegenden Fall sehr wohl relevant, weil dadurch auch konkret der Gleitpfad für H3G (über den Zielwert) mitbestimmt wird.

11. Unterschiedliche Berücksichtigung von National Roaming

Im Rahmen der Kritik des wirtschaftlichen Gutachtens im gegenständlichen Verfahren hat Hutchison vor dem Hintergrund des Maßnahmenentwurfes im Verfahren zu M 15f/03 vorgebracht, dass der Bezug von Vorleistungen eines MVNO und eines Mobilnetzbetreibers inhaltlich ident und daher auch regulatorisch gleich zu behandeln seien. Diese Gleichsetzung erachtet die TKK als unrichtig, weil es sich im Fall von Hutchison um eine spezifische Verpflichtung handle, die eine Erhebung der Kosten erfordere, während die Gleichschaltung der Terminierungsentgelte des MVNO mit jenen seines Hostnetz-Betreibers auf einer Interessenabwägung beruhe.

Diese Begründung der TKK ist unschlüssig. Ausgehend von identischen Sachverhalten muss eine identische regulatorische Beurteilung erzielt werden. Zumindest müsste zur Rechtfertigung eines nicht nur abweichenden, sondern sogar diametral entgegenstehenden Ergebnisses aber dargelegt werden, welche Faktoren und Überlegungen eine abweichende Entscheidung stützen. Dies ist weder in der Begründung im Maßnahmenentwurf noch in der Begründung zu M 15f/03 erfolgt. Auf die Stellungnahme der H3G vom 14.9.2005 zum Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 (amtsbekannt) darf an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden.

12. Zur Berücksichtigung des IC-Billing Aufwandes

H3G hat in der Stellungnahme vom 21.7.2005 (siehe dort Punkt 1.5) zum wirtschaftlichen Gutachten festgehalten, dass der von den einzelnen Betreibern angesetzte Aufwand für IC-Billing extrem unterschiedlich in die Kostenrechnung eingegangen sei, obwohl die Betreiber den gleichen Hersteller (INTEC) verwenden.

Diesem Einwand begegnet die TKK damit, dass ein Blick auf die Homepage von INTEC gezeigt habe, dass es sich offenbar um ein sehr flexibles Produkt handle, welches in unterschiedlichen Ausgestaltungen angeboten werde und dass es vor diesem Hintergrund sehr wahrscheinlich sei, dass Billing-Systeme unterschiedliche Kosten verursachen.



Da gerade die Kosten der mobilkom auf Basis eines überproportional hohen IC-Billing-Anteiles (basierend auf INTEC) ermittelt wurden, bedarf diese Frage einer etwas tiefergehenden Analyse als ein Blick auf die Homepage von INTEC auf der auch eine Vielzahl von Funktionen angeboten werden, die mit der Terminierungsleistung in keinerlei Zusammenhang stehen (zB Endkundenbilling). Zweifel an der Plausibilität der vorgelegten Kostenblöcke müssen nicht auf irgendeiner Homepage, sondern durch Nachschau beim betroffenen Unternehmen ausgeräumt werden. Nach wie vor besteht Grund zur Annahme, dass die überproportional hohen IC-Billing-Kosten dadurch entstehen, dass mobilkom Billing-Aufwand berücksichtigt, der zwar über INTEC abgewickelt wird, aber für bzw. bei den Auslandstöchtern der mobilkom anfällt. Die unterschiedlichen Aufwendungen für IC-Billing fallen zwischen den einzelnen Betreibern derart gravierend aus (mobilkom hat – selbst wenn man eine Normalisierung der Berechnung nach unterschiedlichen Marktanteilen vornimmt – um einen Faktor 14 höhere IC-Billing-Kosten als H3G veranschlagt; gegenüber ONE sind die IC-Billing Kosten sogar um einen Faktor 25 höher), dass eine Aufklärung dieses Unterschiedes jedenfalls relevant und geboten ist. Dies zumal die Abrechnung in Österreich zwischen allen Betreibern einheitlich auf Basis der AK-TK-Empfehlung EP 010 erfolgt. Daher sollte der Aufwand für die Intercarrierabrechnung zwischen den einzelnen Betreibern bei Verwendung derselben Software keine unverhältnismäßigen Schwankungen aufweisen. Die überhöhten Werte bei mobilkom sind direkt relevant, weil sich der Gleitpfad für sämtliche Betreiber nach dem auch auf Basis dieses Kostenblockes ermittelten LRAIC-Wert der mobilkom richtet.

13. Unverhältnismäßigkeit durch gleiche Absenkungsschritte

Auf Seite 28 des Entwurfes führt die TKK ohne nähere Begründung aus, dass "*ein Gleitpfad mit gleichen Absenkungen (bis zur Erreichung des Ziellniveaus) für alle Betreiber fair und nicht diskriminierend ist. Alle Betreiber sind mit denselben Absenkungen konfrontiert.*"

Warum ein gleichmäßiger Absenkungsschritt fair und nicht diskriminierend ist, lässt die TKK offen, dies obwohl gleich hohe Absenkungsschritte die einzelnen Betreiber unterschiedlich stark treffen würden. Ob gleichmäßige Absenkungsschritte verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind, kann nur beurteilt werden, wenn man deren Auswirkungen überhaupt untersucht. Verhältnismäßigkeit kann nicht "am Reißbrett" sondern nur anhand der individuellen Betroffenheit beurteilt werden. Dafür fehlt der TKK jedoch als wesentliche Grundlage eine Quantifizierung dieser Auswirkungen.

Nominell gleich hohe Absenkungsschritte zwingen die einen Betreiber mittelfristig dazu, die Leistung unter Kosten bereitzustellen, während mobilkom als Marktführer nur ein geringes Stück vom Kuchen der Übergewinne verliert. Dies ist jedenfalls unverhältnismäßig. Zumindest müsst ein derartiger Schritt mit konkreten und plausiblen Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit unterlegt werden.

In Zusammenhang mit den von H3G als zu hoch beanstandeten Startwerten (weil einschließlich rechtswidriger exzessiver Preiskomponenten) hält die TKK auf Seite 29 des Entwurfes fest:

"ein geringerer Startwert (wie beispielsweise die tatsächlichen betreiberindividuellen Terminierungskosten) einen 'Gleitpfad' mit einheitlichen Absenkungsschritten, der Disruptivität vermeiden will, ad absurdum führen würde."

Zunächst ist nicht ersichtlich, was daran absurd sein sollte. Für H3G ist nicht erkennbar, warum der Gleitpfad selbst mehr oder weniger disruptiv werden sollte, wenn man von den zumindest um rechtswidrige exzessive Preiskomponenten bereinigten betreiberindividuellen Terminierungskosten als Startwerten ausgehen würde. Andererseits ist der TKK entgegenzuhalten, dass auch darüber nachgedacht werden könnte, ob ausgehend von den richtigen (nämlich an den betreiberindividuellen Kosten orientierten) Startwerten, vielleicht ein anderer Gleitpfad angebracht wäre. Die von der Behörde monierte Absurdität wird in einem ersten Schritt von der Behörde selbst geschaffen und kann keine Rechtfertigung dafür darstellen, dass von einer richtigen und plausiblen Entscheidung im zweiten Schritt abgesehen werden muss.

14. Bilaterale Vereinbarungen sind kein Maßstab

Die mit dem vorliegenden Maßnahmenentwurf angeordneten Absenkungsschritte bis Ende 2006 werden von der Behörde als verhältnismäßig erachtet, da sie eine nicht-disruptive Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers ermöglichen und den Betreibern Planungssicherheit gewähren. Darüber hinaus haben auch drei Mobilfunkbetreiber privatrechtlich Vereinbarungen geschlossen, die zwei Absenkungsschritte (zu im wesentlichen gleichen Zeitpunkten) im Jahr in etwa demselben Ausmass vorsehen, weswegen auch davon ausgegangen werden könnte, dass dieser eingriff verhältnismäßig im Sinne des § 34 TKG sei. Im übrigen seien diese Vereinbarungen in Übereinstimmung mit dem Gleitpfad der Telekom-Control-Kommission und die geringfügigen Abweichungen gründen sich auf der Heranziehung eines (angenommen) Zielwertes in der Höhe von €Cent 7.

Auch diesen Ausführungen kann H3G nicht nähertreten. Bilaterale Vereinbarungen der betroffenen etablierten Betreiber, welche in etwa in Höhe des von der TKK bereits in Konsultationsergebnissen vorgestellten Gleitpfades liegen, waren vorhersehbar. Unter dem Damoklesschwert deutlich weitergehender Schritte auf Basis einer konkreten Kostenermittlung war es nur logisch, dass die betroffenen Betreiber – im übrigen erstmalig ohne Druck laufender Regulierungsverfahren – durch Schaffung dieser (Schein-)Vereinbarungen Fakten zu schaffen versuchten.

Die TKK entfernt sich in ihrem hier vorgestellten Konzept in ganz anderen Bereichen von der Marktrealität (siehe etwa den Zwang zum Unterkostenangebot effizientester Leistungen infolge LRAIC). Es bleibt offen, warum gerade die vorgesetzten bilateralen Vereinbarungen der Betreiber jetzt ein Maßstab sein sollen.



Auch überrascht dies Referenzierung auf bilaterale Vereinbarungen vor dem Hintergrund der Ausführungen der Behörde auf Seite 19 des Entwurfes, wo gerade der Unterschied zwischen der Anordnung spezifischer Verpflichtungen im gegenständlichen Verfahren und einer Interessenabwägung herausgestrichen wurde. Die Relevanz und Berechtigung der Heranziehung privatrechtlicher Vereinbarungen in der gegenständlichen – auf dem Prinzip der LRAIC-Kostenorientierung basierenden – Entgeltanordnung bleibt völlig unbegründet. Bilaterale (Schein-)Vereinbarungen können gerade im gegenständlichen Verfahren keine Rolle spielen; dies auch nicht im Wege einer Interessenabwägung oder Beurteilung der Verhältnismäßigkeit. Solche Vereinbarungen haben keinerlei Beweiskraft.

15. **Zum besonderen Gleitpfad der H3G**

Die TKK sieht im Entwurf vor, dass angesichts einer sich abzeichnenden Unterschreitung der Kostenschwelle von €Cent 19,62 der H3G zum Ausgleich von Late-Comer-Nachteilen nur noch ein bedingter "Investitionsschutz" in Form eines verzögerten Beginns der Absenkung zugestanden werden soll. H3G habe geringere Versorgungsverpflichtungen als GSM-Betreiber zu erfüllen und habe gleichzeitig die Möglichkeit, die Netzinfrastruktur bestehender Betreiber zu nutzen. Nach Ablauf dieser Schutzfrist seien höhere Absenkungsschritte gerechtfertigt. Auch diese Argumentation ist aus nachfolgenden Gründen nicht zu halten:

15.1 Verzicht auf die Schutzfrist durch H3G

H3G hat bereits von sich aus mehrfach im Verfahren auf die Schutzfrist verzichtet. Wenn die TKK nunmehr der H3G eine Schutzfrist verordnet, so weicht sie damit nicht nur in unzulässiger Weise von dem von ihr selbst angewendeten Kostenorientierungsgebot ab, sondern geht auch über die Parteienanträge hinaus. Diese ohnedies nur zweimonatige Schutzfrist scheint allein der Rechtfertigung einer danach unverhältnismäßig stärkeren Absenkung zu dienen.

Wenn der TKK an einem Schutz der H3G gelegen ist, so soll sie die identifizierten Wettbewerbsprobleme, die für H3G hier und heute den Wettbewerb verzerren, beseitigen.

15.2 Versorgungsverpflichtung

Eine Rechtfertigung höherer Absenkungsschritte für H3G über geringere Versorgungspflichten scheidet schon deshalb aus, weil die nominelle Erreichung der Versorgungspflicht keinerlei Rückschluss auf die Kostenstruktur und den Investitionsaufwand eines Betreibers zulässt. Die TKK unterstellt, dass H3G infolge geringerer Versorgungspflicht auch geringere Kosten habe und hält es daher für gerechtfertigt, durch einen steileren Gleitpfad stärkeren Kostendruck auf H3G auszuüben. Umgekehrt unternimmt sie nicht einmal den Versuch, bei den etablierten Betreibern, die die mindestoptimale Betriebsgröße erreicht haben und insbesondere beim LRAIC-Betreiber mobilkom jene Kosten zu identifizieren, die mit der nominellen Erreichung der Netzabdeckung verbunden sind. Wenn H3G kostenmäßig keine freiwillige Zu-

satzinvestition in Verbesserung, Verdichtung und Ausweitung der Netzabdeckung zugestanden wird, dann müssten auch bei allen anderen Betreibern die für Zwecke dieses Verfahrens anerkennungsfähigen Kosten auf jene limitiert werden, die zur nominellen Erreichung der Versorgungspflicht notwendig sind. Davon ist jedoch weder in den Gutachten noch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Behörde die Rede und der Hinweis auf geringere Versorgungspflichten vermag daher eine unverhältnismäßige und gleichheitswidrig stärkere Absenkung der H3G nicht zu tragen.

Auch schon technologiebedingt erfordert der Ausbau von GSM-Netzen selbst bei identen Versorgungspflichten aufgrund der größeren Frequenzreichweite ungleich geringeren Mitteleinsatz als ein vergleichbarer UMTS-Ausbau. Dass die Erfüllung von bescheidmäßig auferlegten Versorgungspflichten auch mit vergleichsweise geringen Investitionen bewerkstelligt werden kann, hat tele.ring im UMTS-Netzausbau bewiesen. Schließlich ist H3G (wie jeder andere Betreiber), um im Markt bestehen zu können, faktisch gezwungen, weit über die behördlich angeordneten Versorgungspflichten hinaus Investitionen zur Verbesserung der Netzabdeckung oder Erschließung von Kunden zu tätigen.

H3G hat erhebliche Zusatzinvestitionen in den weiteren UMTS-Ausbau in der Phase der Erstellung der Gutachten allein deshalb nicht vorgelegt, weil diese bis zu diesem Zeitpunkt zwar projektiert aber schlicht noch nicht hinreichend konkret waren. Allein für den bis Ende 2006 vorgesehenen Ausbau auf einen Versorgungsgrad von 70% entstehen im Anordnungszeitraum Aufwendungen in Höhe von ca. € 56 mio. Diese blieben bislang unberücksichtigt. H3G wird diesbezüglich detaillierte Unterlagen im Verfahren vorlegen.

15.3 National Roaming

Es ist schlicht unrichtig, dass nur H3G die Möglichkeit hätte, Netzinfrastruktur bestehender Betreiber zu nutzen. Dies wird mittlerweile auch von einer Reihe von Service Providern und insbesondere von MVNOs am Markt praktiziert, die funktional exakt dieselbe Leistung wie H3G (National Roaming) in Anspruch nehmen. Bislang war es in keinem Fall erforderlich, die Regulierungsbehörde hinsichtlich der Bereitstellung des Zuganges zu diesen Leistungen zu bemühen. Auch dieser Umstand kann keinesfalls selektiv der H3G zum Nachteil gereichen.

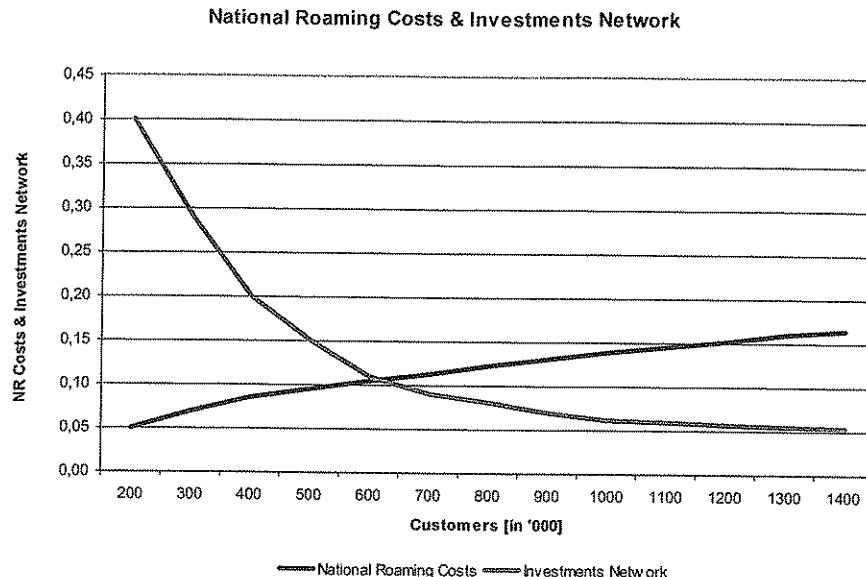
Nach den geänderten Definitionen des TKG 2003 stellt National Roaming zudem auch eine Form des Netzzuganges dar, der im Falle der Nichteinigung über vertragliche Bedingungen auch im Wege eines Verfahren gemäß § 48 iVm § 50 TKG erzwungen werden könnte, was bislang nie notwendig war. Im übrigen sei auf die diversen auch in den Medien kolportierten Bestrebungen der Betreiber auf Zusammenlegung von Netzinfrastruktur, insbesondere in ländlichen Gebieten verwiesen.



Auch verkennt die TKK bei ihrer Argumentation, dass die Inanspruchnahme von National Roaming als Vorleistung mittelfristig keinen Kostenvorteil darstellt; bestenfalls kann Infrastruktur temporär substituiert werden:

- (i) Der Rechtsanspruch von H3G auf 2G National Roaming läuft nach 4 Jahren, also im Mai 2007, ab (vgl. §133 Abs. 6 TKG 2003, § 10 der Konzessionsurkunde vom 20.11.2000);
- (ii) langfristiges Nutzen von National Roaming macht H3G abhängig von einem Mitbewerber und verwundbar für Abschottungsstrategien wie *prize squeeze*;
- (iii) langfristiges Nutzen von 2G National Roaming über eine eigene 3G Coverage von 50% hinaus erlaubt H3G keine Differenzierung im Wettbewerb. Ganz im Gegenteil, H3G würde auf dem einzigen Feld ("Mobile Multi Media" bzw. Breitbanddienste), das ihr eine Differenzierung erlaubt, gegenüber dem Mitbewerber zurückfallen;
- (iv) darüber hinaus schränkt National Roaming den Spielraum für aggressive Endkunden-Angebote, vor allem hinsichtlich inkludierter Sprach- und Daten-Volumina, dramatisch ein;
- (v) ohne Flächendeckung kann H3G den Service International Roaming nur sehr beschränkt (in den eigenen Versorgungsgebieten) anbieten. Damit steht H3G aber eine wesentliche Finanzierungsquelle von Mobilfunkanbietern quasi nicht zur Verfügung;
- (vi) die übt TKK mit ihrem nun angeordneten Gleitpfadkonzept für Mobiltermierungsentgelte, bei dem alle Anbieter zu der schon theoretisch unmöglichen Vorgabe verpflichtet werden, bis 2011 die Kostenbasis des größten Anbieters zu erreichen, enormen Wachstumsdruck aus, um wenigstens die "mindestoptimale Betriebsgröße" zu erreichen und die regulatorisch verordnete Kostenunterdeckung wirtschaftlich in Grenzen zu halten. Weiteres Wachstum kann in einem gesättigten Markt nur über Verdrängungswettbewerb erfolgen. Das Abwerben von Kunden von Mitbewerbern kann wiederum nur unter Betonung von Alleinstellungsmerkmalen (Breitbanddienste) gelingen. Dafür ist es unbedingt notwendig, diese Breitbanddienste flächendeckend anzubieten, was wiederum eine langfristige Stützung auf National Roaming ausschließt;
- (vii) aufgrund von divergierenden Netzwerk- und Handset-Einstellungen im UMTS-Bereich wären diverse 3G Dienste für roaminge Kunden in vertretbarer Qualität nicht nutzbar; National Roaming stellt daher im 3G-Bereich keine langfristig tragfähige Option dar.

Eine Optimierung der Kostenstruktur der H3G durch National Roaming wird seitens der TKK nicht einmal behauptet und ist, wie die nachfolgende Darstellung zeigt, zumindest mittelfristig schlichtweg falsch.



Außerdem gehen diese Vorleistungen in die Kostenrechnung der H3G nur mit dem tatsächlichen Aufwand (vertragliches Entgelt statt Host-Entgelt) ein und "drücken" das regulatorisch relevante Kostenniveau der H3G entsprechend. Dennoch wird unter Verweis auf National Roaming ein selektiv für H3G steilerer Gleitpfad angeordnet. Diese Vorgangsweise ist angesichts oder oben dargestellten Umstände weder sachlich zu rechtfertigen noch angemessen.

15.4 Gleitpfad der H3G als Maßstab

Die TKK führt auf Seite 30 des Entwurfes aus:

Diese grundlegenden Unterschiede zwischen GSM- und UMTS-Betreibern rechtfertigt es auch, die Absenkungsstufen der Hutchison nicht auch für die anderen GSM-Betreiber zur Anwendung zu bringen.

Die oben behandelten Gründe für eine selektiv stärkere Absenkung der H3G erweisen sich somit aber als unzutreffend und nicht stichhaltig. Umgekehrt zeigt die TKK am Beispiel der H3G eindrucksvoll, dass offenbar ein viel steilerer Verlauf der Gleitpfade noch als verhältnismäßig anzusehen ist und den nicht näher bezeichneten Maßstäben für die Disruptivität zu genügen scheint. Da die verfahrensgegenständliche Entgeltanordnung dem Ziel dient, erkannte Wettbewerbsprobleme abzubauen, ist die steilstmögliche Variante des Gleitpfades zu wählen, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit noch zulässig ist. Es sind daher alle anderen Gleitpfade in der Steilheit an jenen der H3G anzupassen und nicht umgekehrt.



15.5 Steilerer Gleitpfad als Alternative

Alternativ zur Ausrichtung des Gleitpfades an jenem der H3G wäre – wenn die TKK schon von einer adäquaten Adressierung aller Wettbewerbsprobleme im Sinne des Vorschlages von H3G absieht – eine wesentliche Vorverlegung der Zielerreichung nach dem Modell der TKK vorzunehmen. Zumindest bis zum Abschluss der nächstfolgenden Marktanalyseperiode (längstens also Ende des Jahres 2008) müssen die schon heute erkannten Wettbewerbsprobleme jedenfalls abgebaut werden.

16. **Ausgleich von Late-Comer-Nachteilen?**

Die ungleich höheren Absenkungsschritte für H3G sind nicht nur in besonderem Maße unverhältnismäßig und diskriminierend, sondern es zeigt sich anhand dieser Absenkungsschritte auch eine weitere Inkonsistenz der Argumentation der TKK. Auf Seite 28 des Maßnahmenentwurfes führt die TKK aus:

"Um Late-Comer-Nachteilen Rechnung zu tragen sieht der Gleitpfad vor, dass Betreiber, die später in den Markt eingetreten sind, später an das LRAIC-Niveau eines effizienten Betreibers herangeführt werden und damit länger Zeit haben, die mindestoptimale Betriebsgröße zu erreichen. Dies wiederum wird durch einen Gleitpfad mit gleichen Absenkungen für alle Betreiber erreicht." (Unterstreichung nur hier.)

Für die Erreichung der mindestoptimalen Betriebsgröße erachtet die TKK offenbar einen Zeitraum von sechs Jahren für ausreichend (siehe ebenfalls Seite 28 des Entwurfs) und hält fest, dass dies offenbar nun auch tele.ring gelungen sei. Damit bleibt außer H3G kein einziger Betreiber übrig, der überhaupt noch die mindestoptimale Betriebsgröße zu erreichen hat und daher im Sinne des oben zitierten Absatzes durch ein moderates Absenken auf einem Gleitpfad zu schützen wäre. Der einzige Betreiber, der die mindestoptimale Betriebsgröße offensichtlich und auch nach Ansicht der TKK noch nicht erreicht hat (und daher durch den für alle anderen geltenden Gleitpfad zu schützen wäre) ist H3G und genau dieser Betreiber wird auf dem Gleitpfad der TKK mit doppelt so hohen Absenkungsschritten wie alle übrigen Betreiber bestraft. Diese Anordnung ist nicht nachvollziehbar, unverhältnismäßig und gegenüber Hutchison als zuletzt in den Markt eingetretenes Unternehmen diskriminierend.