



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Einschreiben
(vorab per E-Mail)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstrasse 77-79
1060 Wien

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
DDr Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plesser
Dr Maria Th Pflügl
Dr Ulrike E Rein
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöchhacker, MCL
Dr Stefan Köck, LL M
Dr Paul Luiki, JD
Mag Dr Axel Reidlinger, LL M
Dr Michael Sedlaczek
Dr Thomas Kustor, LL M
Dr Friedrich Jergitsch
Mag Dr Bertram Burtscher
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Konrad Gröller
MMag Michael Strenitz
Dr Petra Meissner

Dr Andreas Zellhofer
Dr Herbert Buzanich, LL M
Dr Farid Sigari-Majd
DDr Martina Antal
Dr Stephan Pachinger, LL M
Dr Christian W Konrad, LL M
Dr Mario Züger

Als europäischer Rechtsanwalt in Österreich niedergelassen:

Dr Attila K Csongrády, LL M, MSc
Solicitor, England und Wales

In Österreich nicht als Rechtsanwältin zugelassen:

Jenny W T Power, JD
zugelassen in Florida, USA

Univ Prof Dr Claus Staringer
Steuerberater

Seilergasse 16
1010 Wien

T+43 1 515 15 0

F+43 1 512 63 94

E bertram.burtscher@freshfields.com

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DV325298/5

UNSER ZEICHEN BB/SES

CLIENT MATTER NR 126460-0040

DVR 0114383

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

GZ M 13a-e/06

vertreten durch:

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

Vollmacht erteilt (§ 8 RAO bzw. § 10 AVG)

STELLUNGNAHME ZU DEN ENTWÜRFEN VON VOLLZIEHUNGSHANDLUNGEN IN DEN VERFAHREN ZU DEN GZ M 13a-e/06

1-fach
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 Dubai 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



Die Telekom-Control-Kommission (**TKK**) hat am 8.11.2006 den Entwurf einer Vollziehungshandlung (in der Folge kurz: **Maßnahmenentwurf**) gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 im Marktanalyseverfahren zu GZ M 13e/06 betreffend Hutchison 3G Austria GmbH (**H3G**) zur Konsultation veröffentlicht. In dem für die gegenständliche Stellungnahme wesentlichen Spruchpunkt 2.7 sinngleiche Maßnahmenentwürfe wurden in den Verfahren M 13a-d/06 konsultiert. Die Einschreiterin erstattet dazu in offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME

Mit der gegenständlichen Stellungnahme geht H3G ausschließlich auf die in Spruchpunkt 2.7 des Maßnahmenentwurfes zu M 13e/06 und die sinngleichen Entwürfe in den Verfahren M 13a-d/06 für die konsultierte(n) Anordnung(en) der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 ein. Eine weitere Stellungnahme im Verfahren M 13e/06 zu den übrigen Regulierungsinstrumenten, zum Verfahren und zu den Ausführungen der TKK im Rahmen der Beweiswürdigung bleibt vorbehalten.

I. Zur Entgeltkontrolle in Spruchpunkt 2.7 des Maßnahmenentwurfes

Die TKK formuliert das Regulierungsinstrument der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 im Maßnahmenentwurf zu M 13e/06 wie folgt:

"2.7. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert.

Diese Anordnung erweist sich aus nachstehende Gründen – ebenso wie die sinngleichen Anordnungen in den Verfahren M 13a-d/06 – als unverhältnismäßig und unzulässig:

- a) Die TKK lässt im Spruch des Entwurfes offen, was sie unter dem Begriff "orientiert" versteht und welches für die verfahrensgegenständlichen (marktdefinitionsgemäß resistenten) Monopolmärkte der "effiziente Betreiber" sein soll. Es ist daher nicht feststellbar, wie ein bescheidkonformes Verhalten von H3G operationalisiert werden soll;



- b) die TKK lässt im gesamten Maßnahmenentwurf offen, wie die LRAIC des "effizienten Betreibers" ermittelt werden sollen und insbesondere, ob dabei – zumal die TKK ausdrücklich von produktiver Effizienz der Betreiber ausgeht – auf die konkrete Situation bei den einzelnen Betreibern abzustellen ist;
- c) soweit die Verpflichtung des Spruchpunktes 2.7 im Sinne der Zusammenschaltungsbescheide vom 19.12.2005 zu lesen ist, und alle Betreiber mittelfristig einen einheitlichen (wenn auch – für alle Betreiber – laufend anzupassenden) Zielwert zu erreichen hätten, ist die Anordnung unverhältnismäßig.

Dazu im Einzelnen:

II. Zum Begriff der "Orientierung"

Wenn die TKK in Spruchpunkt 2.7 der Maßnahmenentwürfe zu M 13a-e/06 anordnet, dass ein Entgelt zu verrechnen ist, welches sich an den LRAIC eines effizienten Betreibers orientiert, so muss davon ausgegangen werden, dass die TKK diese Anordnung im Sinne eines rechtskonformen Bescheides für hinreichend bestimmt hält. Zu einer exakt gegenteiligen – aber zutreffenden! – Beurteilung gelangt sie allerdings gegenüber der Tele2UTA im Entwurf zu M 13f/06 (siehe dort Seite 55), indem sie dem Begehren der Tele2UTA auf Adaptierung des Spruchpunktes 2.7 im Sinne einer "Orientierung" (statt einer "Gleichsetzung") entgegen hält, dass eine bloße "*Orientierung auch mangels Bestimmtheit abzulehnen*" sei. Dieses Argument der TKK ist auch nicht etwa aus dem Zusammenhang gerissen, sondern steht ausdrücklich für sich allein und neben anderen Argumenten im dort relevanten Zusammenhang (*arg*: "darüber hinaus...").

In den Maßnahmenentwürfen zu M 13a-e/06 ist der Begriff der "Orientierung" freilich um nichts bestimmter, als im Entwurf zu M 13f/06 und bedarf, hier wie dort, einer Konkretisierung.

Wenn die TKK von "Orientierung" spricht, so bleibt zweierlei offen: Einerseits ist unklar, innerhalb welcher Bandbreite der "korrekte Preis" von den LRAIC eines effizienten Betreibers abweichen kann und andererseits ist unklar, ob diese Abweichung bei allen Betreibern identisch sein soll.



Vor dem Hintergrund der bisherigen Regulierungspraxis muss davon ausgegangen werden, dass sich (i) alle Betreiber an den LRAIC eines einzigsten (konkreten) Betreibers zu "orientieren" haben werden, und dass (ii) diese Orientierung bei allen Betreibern – mittelfristig – im Sinne einer exakten "Gleichsetzung" (bei Erreichen des Zielwertes des Gleitpfades) auszufallen hat. Zu diesem Schluss muss man auch angesichts der Einschätzung der TKK auf Seite 25 des Maßnahmenentwurfes zu M 13e/06 kommen:

In den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05, Z 13/05, Z 14/05 wurde die auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung über einen „Gleitpfad“ operationalisiert; dieser sieht vor, dass bis spätestens Ende des Jahres 2008 alle Mobilfunkbetreiber den Zielwert, der in der Höhe der „LRAIC eines effizienten Betreibers“ liegt, erreichen. Aus ökonomischer Sicht gibt es keinen Grund von diesem „Gleitpfadmodell“ abzuweichen.

Als Anordnung eines Gleitpfades (und damit eines konkreten Ergebnisses) ist dieser Bescheid angeblich trotzdem nicht zu werten; so schreibt die TKK ausdrücklich auf Seite 33 des Maßnahmenentwurfes zu M 13e/06: *"Im Besonderen wird mit gegenständlichem Bescheid weder ein „Gleitpfad“ angeordnet, noch das Verhältnis der Terminierungsentgelte der Mobilbetreiber zueinander geregelt."* Um aber als Rechtsunterworfenem dem rechtskräftigen Bescheid der TKK entsprechen zu können, müsste zumindest bekannt sein, wie der Spruchpunkt 2.7 zu verstehen ist, ansonsten bleibt der Rechtsunterworfene buchstäblich "orientierungslos".

Dieses Manko der Marktanalyseverfahren zu den betreiberindividuellen Mobilterminierungsmärkten war schon in den Verfahren und Entscheidungen zu M 15a-e/03 bekannt und diskutiert. Es ist unverständlich, warum die Betreiber weiterhin in dieser Rechtsunsicherheit belassen werden. Würde sich die TKK allerdings mit dieser augenscheinlichen Unbestimmtheit auseinandersetzen, so sähe sie sich wohl auch gezwungen, den kritischen Ausführungen der H3G (siehe dazu auch unten III) zu dem von der TKK vertretenen Erfordernis eines einheitlichen Zielwertes im Gleitpfadmodell ("*one price rule*") inhaltlich entgegenzutreten. Dieser Diskussion ist die TKK bislang ausgewichen.



III. Zum Begriff des effizienten Betreibers

Aus Spruchpunkt 2.7 geht nicht hervor, wer der "Effiziente Betreiber" sein soll, an dessen LRAIC sich H3G bei der Festsetzung des korrekten Preises konkret zu orientieren hat. Immerhin liefert die TKK in der Beweiswürdigung ein Indiz dafür, dass es sich – egal welchen Terminierungsmarkt man betrachtet – für alle Betreiber um denselben "effizienten Betreiber" handeln muss (siehe Seite 29): *"Soweit Hutchison in diesem Kontext ausführt, dass die Leistung der Mobil-Terminierung in ihr Netz im Mittelpunkt des Verfahrens steht, ist ihr recht zu geben, wobei aber festzuhalten ist, dass die Leistung der Mobil-Terminierung aus ökonomischer Sicht immer die selbe Leistung ist, **unabhängig davon, in welches konkrete Netz terminiert wird.**"* (Hervorhebung nur hier). In dieselbe Richtung weist auch der im vorstehenden Punkt genannte Hinweis auf den einheitlichen Zielwert des Gleitpfades (siehe Seite 25 des Maßnahmenentwurfes).

Wenn der normative Charakter dieser impliziten Konkretisierung des Begriffes "effizienter Betreiber" (ebenso wie jener des Begriffes "Orientierung") für den gegenständlichen Bescheidentwurf mangels Festlegung im Spruch in Abrede gestellt wird, so wäre der Bescheid mangels Bestimmtheit nicht vollziehbar und schon daher rechtswidrig. Wenn die Begriffe der TKK aber so zu verstehen sind, wie es sich aus der oben angeführten Zusammenschau mit der Begründung ergibt, so erweist sich der Maßnahmenentwurf insbesondere in seinem Spruchpunkt 2.7 als unverhältnismäßig:

Auf Seite 60 des Maßnahmenentwurfes legt die TKK – wiederum unter Verweis auf den "effizienten Betreiber" dar, dass die beste Annäherung an den "korrekten Preis" für Terminierung in die individuellen Mobiltelefonnetze anhand der LRAIC eines effizienten Betreibers (unter Berücksichtigung der Ausführungen auf Seite 29 ist das immer derselbe Betreiber!) erfolgt. Die LRAIC dieses effizienten Betreibers berücksichtigen nach den Ausführungen der TKK (i) einen Markup für Gemeinkosten und (ii) tragen angeblich der Rendite für das eingesetzte Kapital samt dem damit verbundenen Risiko Rechnung.

Was in abstrakter Darstellung noch nachvollziehbar klingt, erweist sich in der konkreten Handhabung durch die TKK als unverhältnismäßig, denn es ist nicht nachvollziehbar, warum die Gemeinkosten und damit die aliquoten Gemeinkostenaufschläge für alle Betreiber – noch dazu bei sehr unterschiedlichen



Terminierungsvolumina – identisch sein sollen. Diese können bei der Vorgangsweise der TKK (LRAIC eines einzigen konkreten Betreibers für alle anderen Als Zielwert) nur für einen einzigen Betreiber – nämlich für den "effizientesten Betreiber" selbst – richtig sein. Auch liegt auf der Hand, dass die Eigenkapitalisierung und die individuellen Risikoaufschläge für die in Österreich am Markt befindlichen Mobilfunkbetreiber stark divergieren. Wenn aber Gemeinkosten und risikoadäquate Kapitalverzinsung in den LRAIC bereits berücksichtigt sein sollen (so die TKK auf Seite 60), dann kann schon deshalb keine Verallgemeinerung der LRAIC eines bestimmten Betreibers in der Form vorgenommen werden, dass diese LRAIC als Grundlage für die Orientierung des korrekten Zugangspreises anderer Betreiber herangezogen werden aus; die individuell unterschiedlichen Gemeinkostenaufschläge und die definitiv unterschiedlichen Kapitalkostenrenditen wären dann nicht mehr berücksichtigt.

Außerdem ist auch aus rein ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar, warum ausgerechnet im Bereich der Mobilterminierung die "one price rule" vorbehaltlos gelten müsste. Dem ist H3G durch ausführliches Vorbringen im Verfahren und durch eine ökonomische Studie entgegengetreten, worauf die TKK jedoch bislang unter Vorhalt formaler Gründe nicht eingegangen ist. Gegen die Anwendung der "one price rule" sprechen eine Reihe von Gründen:

- (i) sie ist ökonomisch keinesfalls zwingend; im Gegenteil, in der von der TKK angewendeten Reinkultur ist die "one price rule" weder konkret zu beobachten noch empirisch zwingend ableitbar;
- (ii) völlig unterschiedliche Gemeinkostenstrukturen und Terminierungsvolumina bei der Zurechnung von Gemeinkosten bleiben unberücksichtigt; und
- (iii) der je nach Kapitalisierung und Marktrisiko der einzelnen Betreiber am Markt stark unterschiedlichen Kapitalverzinsung wird nicht ausreichend Rechnung getragen.

Nun kann man all diesen Argumenten kritisch gegenüberstehen oder dazu eine andere Auffassung vertreten, das bleibt der TKK freilich unbenommen. Jedenfalls hat die TKK aber darzulegen und schlüssig zu begründen, warum dennoch eine Operationalisierung der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG einzig und allein unter



Anwendung der "one price rule" erfolgen kann. Wäre etwa – was die ökonomische Analyse von H3G klar ergibt – eine Annäherung der Terminierungsentgelte aller Betreiber innerhalb einer gewissen Bandbreite ebenfalls vorstellbar, so hätte die TKK – schon zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit – von der Anwendung der "one price rule" abzusehen.

Dieser Problematik und diesem Begründungsmanko kann sich die TKK aber auch dadurch nicht entziehen, dass sie sich im Marktanalyseverfahren einer unklaren Begrifflichkeit bedient (LRAIC, effizienter Betreiber, Orientierung...). Nach Ansicht von H3G sind die Maßnahmenentwürfe zu M 13a-e/06 jedenfalls ergänzungsbedürftig. Entweder sind die unklaren Begriffe in Spruchpunkt 2.7 in einer Weise zu konkretisieren, die eine verhältnismäßige Regelung sicherstellen, oder zumindest hat die TKK zu begründen, warum die Anordnung im Maßnahmenentwurf trotz der o.a. Gegenargumente als verhältnismäßig zu beurteilen ist.

IV. Rechtliches Gehör

Wenn die TKK davon ausgeht, dass die LRAIC eines bestimmten Betreibers als Maßstab für den korrekten Zugangspreis auf den individuellen Terminierungsmärkten herangezogen werden, so muss sichergestellt werden, dass H3G (sofern es sich beim Referenzbetreiber um ein anders Unternehmen handelt) bei der Ermittlung dieser LRAIC volle Parteienrechte wahrnehmen kann. Aufgrund der auf nachfolgende Zusammenschaltungsverfahren ausstrahlenden Rechtskraft der Marktanalysebescheide, die auch die TKK selber bindet, hat diese Einbeziehung schon auf der Ebene der Marktanalyse stattzufinden.

Der Einschreiterin ist bewusst, dass § 37 Abs 5 TKG 2003 der Einräumung von Parteistellung im Marktanalyseverfahren einschränkt. Die TKK darf schon aus diesem Grund keine Anordnung treffen, die H3G zwingend ihrer Parteienrechte bei der Festlegung von Mobilterminierungsentgelten berauben würde. Für den Fall, dass die TKK darauf bei ihren Marktanalyseentscheidungen keine Rücksicht nimmt, stellt H3G aus Vorsicht dennoch den

Antrag,

die TKK möge H3G Parteistellung in den Verfahren zu M 13a-d/06 einräumen.



V. Individuelle Betrachtung geboten

Auf Seite 60 des Maßnahmenentwurfes zu M 13e/06 bringt die TKK unmissverständlich zum Ausdruck, dass aufgrund des Wettbewerbsdruckes, in dem die Betreiber stehen, produktive Effizienz bei der Erstellung von Mobilfunkleistungen sichergestellt ist. Vor diesem Hintergrund erachtet es die TKK auch nicht für notwendig, den Kostenrechnungsmaßstab FL-LRAIC anzuwenden. Wenn produktive Effizienz aller Betreiber auf ihren jeweils individuellen Märkten gegeben ist (und dies statuiert die TKK in allen Maßnahmenentwürfen zu M 13a-f/06), so können Wettbewerbsprobleme zunächst eigentlich nur noch durch allokative Ineffizienz entstehen, die sich daraus ergibt, dass die Betreiber Entgelte über dem Niveau der Kosten für die effiziente Leistungserbringung setzen. Diese Wettbewerbsprobleme gilt es nach den Ausführungen der TKK abzubauen.

Im Zuge der mit Bescheiden vom 19.12.2005 erledigten Verfahren zu den GZ Z 2/05, 10/05, Z 7/05, Z 8/05, Z 9/05, Z 11/05, Z 13/05, Z 14/05 hat die TKK die tatsächlichen Kosten der Betreiber erhoben und dabei erhebliche Unterschiede festgestellt. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich diese Unterschiede in den Kosten der einzelnen Betreiber mittlerweile vollständig nivelliert hätten. Dennoch geht die TKK davon aus, dass produktive Effizienz sichergestellt ist (siehe oben).

Ein Potential zur Verzerrung des Wettbewerbs im Sinne der von der TKK erkannten Wettbewerbsprobleme ist allenfalls erkennbar, wenn die Betreiber ihre Zugangspreise oberhalb des Niveaus der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung (einschließlich Gemeinkosten und risikoadäquate Kapitalverzinsung) ansetzen. Vor diesem Hintergrund wäre nicht von der Hand zu weisen, dass die TKK eine Anordnung trifft, die jeden Betreiber (es liegt ja in der Natur der Sache, dass auf resistenten Monopolmärkten nur ein Betreiber besteht) mit seinem Entgelt auf das Niveau seiner individuell effizienten Leistungsbereitstellung reguliert. Das Zielniveau für diese Regulierung ergibt sich unter der Annahme festgestellter produktiver Effizienz aller Betreiber anhand der aus den o.a. Verfahren bekannten Kosten, die allenfalls aktualisiert werden müssen. Damit wäre ein Zustand erreicht, in dem jeder Betreiber effizient produziert und in dem kein Betreiber überhöhte Entgelte verrechnen würde, die zur Verzerrung des Wettbewerbes geeignet wären.



Die TKK geht aber noch einen Schritt weiter, wobei dieser Schritt in den Maßnahmenentwürfen – wohl aufgrund der Unbestimmtheit zentraler Begriffe – noch nicht begründet ist:

Die Entgelte der Betreiber sollen nicht nur auf das individuell effiziente Niveau reguliert werden, sondern auf das Niveau des "effizientesten Betreibers" abgesenkt werden (nach dem Verständnis der TKK ist das jener Betreiber, der auf seinem Terminierungsmarkt die Terminierungsleistung mit den – im Vergleich zu den auf anderen Märkten tätigen übrigen Betreibern – geringsten Kosten produzieren kann; siehe Seite 24 in M 13e/06). Die TKK wird in den endgültigen Bescheiden zu den Verfahren M 13a-e/06 nachzuweisen haben, warum es im Zuge einer verhältnismäßigen Entgeltregulierung erforderlich ist, alle Betreiber (bis auf einen) zu zwingen, den Zugangspreis für Mobilterminierung unter das Niveau der produktiv effizienten Leistungsbereitstellung abzusenken.

Mit anderen Worten – und hier kommt wiederum die von der TKK bislang nicht hinreichend begründete Anwendung der "one price rule" ins Spiel – wird die TKK zu begründen haben, welche Wettbewerbsprobleme nach einer Absenkung aller Entgelte auf das Niveau der produktiv effizienten Leistungsbereitstellung jedes Betreibers auf seinem individuellen Zugangsmarkt noch bestehen, die eine weitere Absenkung (welche damit neuerlich das Wettbewerbsproblem der allokativen Ineffizienz – diesmal aber in die andere Richtung – schaffen würde) rechtfertigen. Für die Beantwortung dieser Frage ist möglicherweise nicht einmal die bislang von der TKK verweigerte Quantifizierung von Wettbewerbsproblemen erforderlich. Es ist schon qualitativ nicht nachvollziehbar, welchen ökonomischen oder wettbewerblichen Sinn es machen könnte, eine Leistung unterhalb des Kostenniveaus der produktiven Effizienz anzubieten.

VI. Anregung

H3G regt daher an, die TKK möge die Maßnahmenentwürfe zu M 13a-e/06 im Sinne der obigen Ausführungen, insbesondere aber in ihrem Spruchpunkt 2.7, hinreichen konkretisieren oder zumindest zur Aufklärung der oben angeführten Aspekte in ihrer Begründung ergänzen.

Wien, am 4.12.2006

Hutchison 3G Austria GmbH