



RECHTSANWÄLTE  
GMBH

## EINSCHREIBEN

### **Telekom-Control-Kommission**

p.A. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Mariahilferstraße 77-79

**1060 Wien**

Dr Karl Lueger-Ring 10  
1010 Wien

T: (+43-1) 533 47 95-0

F: (+43-1) 533 47 97

office@dbj.at

www.dbj.at

vorab via E-Mail: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)

UID ATU 47842303

DVR 0724211

FN 188155 z

Handelsgericht Wien

Unser Zeichen  
TMOB-MARKTB;  
SP/Kü

Durchwahl  
(+43-1) 533 47 95-35

Direktes Fax  
(+43-1) 533 47 95-5035

Direkte E-Mail  
stephan.polster@dbj.at

Datum  
4.12.2006

GZ:  
M 13b/06  
M 13d/06

**Einschreiter:**

**T-Mobile Austria GmbH**

Rennweg 97-99

1030 Wien

vertreten durch:

DORDA BRUGGER JORDIS

Rechtsanwälte GmbH

Dr Karl Lueger-Ring 10

1010 Wien

(Vollmacht und SV erteilt)

Code P130040

## **STELLUNGNAHME**

einfach  
1 HS

**RECHTSANWÄLTE**  
Dr Christian Dorda  
Dr Theresa Jordis  
Dr Walter Brugger  
Dr Florian Kremslehner  
Mag Thomas Angermair  
Dr Martin Brodey, LL.M.  
Dr Andreas W. Mayr, LL.M.  
Dr Andreas Zahradnik

MMag Dr Stefan Günther  
Dr Tibor Varga  
Dr Stephan Polster, M.A.  
MMag Stefan Artner  
Mag Christoph Brogyányi  
Dr Christoph Stippl, LL.M.  
Dr Christoph Mager  
Dr Andreas Aigner, LL.M.  
Mag Katharina Nowotny

Dr Ingo Kapsch  
Dr Axel Anderl, LL.M.  
Mag Francine Zimmer  
Dr Jürgen Kittel, LL.M.  
MMag Dr Felix Hörlsberger  
Mag Andreas Traugott, LL.M.  
StB Dr Paul Doralt, LL.M.  
Dr Christian Marth

**IN KOOPERATION MIT**  
WP/StB Mag Martina Znidaric  
(nicht als Rechtsanwalt  
zugelassen)

Am 7.11.2006 übermittelte die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (im Folgenden "RTR") der Einschreiterin (im Folgenden auch "TMA") den Entwurf einer Vollziehungshandlung (im Folgenden auch "Bescheidentwurf") der Telekom-Control-Kommission (im Folgenden "TKK") in den Verfahren M 13b/06 und M 13d/06 betreffend die Marktanalyse und die Auferlegung von Vorabverpflichtungen für die Einschreiterin auf dem Vorleistungsmarkt "Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der T-Mobile Austria GmbH" iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003. TMA wurde die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 4.12.2006, 12.00 Uhr (einlangend), zu diesem Entwurf einer Vollziehungshandlung Stellung zu nehmen.

Binnen offener Frist erstattet TMA dazu folgende

## **STELLUNGNAHME:**

### **I. VORBEMERKUNG**

TMA verweist zunächst auf ihr in diesem Verfahren bereits erstattetes Vorbringen, und insbesondere auf ihre Stellungnahmen vom 4.10.2006 und vom 19.10.2006 zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend die Marktverhältnisse für die Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen (im Folgenden das "Gutachten SMP") bzw zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente (im Folgenden das "Gutachten Regulierungsinstrumente"). TMA verweist weiters auf ihre im Rahmen des ersten Marktanalyseverfahrens zu M 15b/03 und ihre zu den Verfahren Z 7/05, Z 8/06 und M 3/05 gemachten Äußerungen sowie auf ihre Beschwerden gegen die diesbezüglichen Bescheide vor den Höchstgerichten. Das entsprechende Vorbringen der TMA in den genannten Stellungnahmen bzw Beschwerden wird von TMA auch im Rahmen dieses Schriftsatzes vollinhaltlich aufrecht erhalten. Dies insbesondere auch deshalb, da die TKK in ihrem Bescheidentwurf im Ergebnis keine der Kritikpunkte der TMA an den wirtschaftlichen Gutachten und auch nicht das sonstige Vorbringen bzw die Anregungen von TMA in den genannten Schriftsätzen aufgegriffen hat.

Um Wiederholungen soweit als möglich zu vermeiden, nimmt TMA in diesem Schriftsatz im Wesentlichen zu den auf das Vorbringen der TMA bezogenen Gegenargumenten der TKK im Bescheidentwurf Stellung. Die folgenden Ausführungen sind daher lediglich als

Ergänzung des bzw eventualiter zum Vorbringen der TMA in diesem Verfahren sowie in den Verfahren zu M 15b/03, Z 7/05, Z 8/06 und M 3/05 (samt den jeweils dazu eingebrachten Höchstgerichtsbeschwerden) zu verstehen.

## **II. ZUR ANALYSE DES MARKTES "TERMINIERUNG IN INDIVIDUELLEN ÖFFENTLICHEN MOBILTELEFONNETZEN" (Punkte II.B.1., 2., II.C.1., 2. und II.D.2. bis 4., 6.)**

Wie schon im Schriftsatz vom 4.10.2006 zum Gutachten SMP ausführlich dargestellt, spricht sich TMA gegen die im Gutachten SMP (und diesem folgend) im Bescheidentwurf enthaltene Feststellung von SMP der TMA auf dem zu untersuchenden Markt aus. Zu den dazu vorgebrachten Gegenargumenten im Bescheidentwurf ist Folgendes zu sagen:

### **1. Zur Relevanz von SMP-Indikatoren**

TMA ist weiterhin der Auffassung, dass die Schlussfolgerung im Gutachten SMP und im Bescheidentwurf, wonach im Ergebnis eine nähere Prüfung sämtlicher SMP-Indikatoren mit Ausnahme der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht nicht erforderlich sei, in dieser Allgemeinheit unzutreffend ist. Vielmehr ist eine genaue Untersuchung geboten, ob und in welchem Ausmaß sonstige der in § 35 Abs 2 TKG 2003 genannten Kriterien für die Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht auf den mobilen Terminierungsmärkten relevant sind.

Die TKK hält dem im Bescheidentwurf im Wesentlichen lediglich entgegen, dass eine eingehende Prüfung aller in § 35 Abs 2 TKG 2003 angeführten Indikatoren nicht geboten sei, worauf die Formulierung "*insbesondere*" in § 35 TKG 2003 und auch die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 hindeuteten.

Dem ist nochmals entgegenzuhalten, dass nach den Erläuterungen zur Märkteempfehlung der Kommission vom 11.2.2003 (ABI L Abs 114/45 vom 8.5.2003) bei der Beurteilung von SMP neben der Kaufkraft auf Nachfrageseite ausdrücklich auch "*andere Faktoren, die diese Marktmacht einschränken können*" zu berücksichtigen sind. Wenn die Europäische Kommission diese Faktoren in der Märkteempfehlung ausdrücklich auch in Bezug auf die Mobilterminierung nennt, so ist nach Ansicht von TMA auch eine eingehende Auseinan-

dersetzung mit solchen Faktoren bei der Beurteilung von SMP geboten. Eine solche ausreichende Prüfung dieser Faktoren erfolgte aber weder im Gutachten SMP, noch im Bescheidentwurf (siehe die Punkte II.B.2.1. bis 2.4. sowie II.D.6.3. bis 6.5., die sich insgesamt auf etwa zwei Seiten beschränken).

Zum Beispiel läuft die Behandlung der Frage, inwiefern die absolute Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte für die Frage der SMP maßgeblich ist, auf die lapidare Feststellung hinaus, dass dieser Indikator für die Untersuchung des gegenständlichen Marktes "*von untergeordneter Bedeutung*" sei. Abgesehen von der Grundannahme, dass es sich bei den Terminierungsmärkten um Monopolmärkte handelt (und somit TMA auf dem betreibereigenen Terminierungsmarkt über einen Marktanteil von 100% verfügt), findet sich daher keine Begründung, warum nicht die signifikanten Unterschiede in der Größe der einzelnen Terminierungsmärkte – auch abgesehen von der damit verbundenen Nachfragemacht – für die SMP-Prüfung relevant sein könnten.

Für TMA ist auch weiterhin nicht nachvollziehbar, warum im Bescheidentwurf insbesondere der Indikator des "Marktverhaltens" (wie zB die Preissetzung) gemäß § 35 Abs 2 Z 13 TKG 2003 nicht näher geprüft wird. Die TKK gesteht im Bescheidentwurf zu, dass ihr der Umstand, dass es in der Vergangenheit – wenn auch nach Auffassung der TKK lediglich in vereinzelt Fällen – privatrechtliche Einigungen betreffend die Höhe von Mobilterminierungsentgelten gegeben habe, bekannt sei.

Dabei werden jedoch von der Behörde wichtige Tatsachen außer Acht gelassen:

- Zum Einen ist es TMA in den vergangenen Jahren idR gelungen, mit ihren rund 40 Zusammenschaltungspartnern bilaterale Zusammenschaltungsverträge bzw. Entgeltanhänge abzuschließen – nur dadurch ist zu erklären, dass TMA in den letzten 3 Jahren nur eine "Handvoll" Verfahren gem. §§ 48,50 TKG 2003 anhängig hatte.
- Zum Anderen verweist TMA nochmals darauf, dass im Jahre 2005 die drei größten Mobilfunkbetreiber bilaterale Verträge (Entgelt-Anhänge) vor dem Hintergrund der schwierigen Diskussion über eine konkrete Ausgestaltung der von der TKK den Mobilfunknetzbetreibern am 27.10.2004 auferlegten LRAIC-Verpflichtung abgeschlossen haben. Diese sahen entsprechende Absenkungen der Mobilterminierungsentgelte mit-

tels eines Gleitpfades vor; zum Zeitpunkt der Einigungen war die endgültige Ausgestaltung des "TKK-Gleitpfades" noch nicht absehbar. Darüber hinaus wären diese Entgelte gemäß des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (§ 38 TKG 2003 iVm M 15a-c/03 vom 27.10.2004, Spruchpunkt 2.2) auch Dritten mit demselben Wirksamkeitsdatum angeboten worden.

Der Bescheidentwurf (und das Gutachten SMP) lässt aber gänzlich eine Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, warum es zu einem solchen Marktverhalten (dh, zu freiwilligen Senkungen der Terminierungsentgelte) gekommen ist und welche Schlussfolgerungen sich diesbezüglich auf die Frage der Nachfragemacht und allgemein auf die Erforderlichkeit von Regulierungsmaßnahmen im gegebenen Zusammenhang ziehen lassen. TMA ist der Auffassung, dass die TKK diesbezüglich ihrer Ermittlungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist und der Bescheidentwurf außerdem an einem entsprechenden Begründungsmangel leidet.

## **2. Zur nachfrageseitigen Gegenmacht**

In ihrer Stellungnahme vom 4.10.2006 kam TMA zusammenfassend zum Ergebnis, dass TMA (und alle anderen Mobilfunknetzbetreiber) zumindest nicht über SMP bezüglich aller relevanten Nachfragegruppen verfügen. Nach Auffassung der Einschreiterin hält TMA im F2M-Bereich zumindest gegenüber der Telekom Austria und im M2M-Bereich zumindest gegenüber den bereits am Markt tätigen Mobilfunkbetreibern keine SMP, weil die genannten Nachfrager nach Terminierungsleistungen über ausreichende disziplinierende Nachfragemacht verfügen. Zumindest im Verhältnis zu den genannten Nachfragern ist folglich auch die Auferlegung von Vorabverpflichtungen (mangels SMP) nach Auffassung von TMA unzulässig.

Im Bescheidentwurf hält dem TKK zunächst entgegen, dass die Ausführungen der TMA "*eine plausible Begründung nicht erkennen*" lassen. Diese Behauptung ist für TMA nicht nachvollziehbar; zum Zwecke deren Widerlegung fasst TMA ihr diesbezügliches Vorbringen nochmals kurz wie folgt zusammen:

- Zum F2M-Bereich ist Folgendes zu sagen:

Bei einem richtigen Verständnis des Greenfield-Ansatzes ist die Nachfrageposition der Telekom Austria ohne regulierte Zusammenschaltungsentgelte heranzuziehen. Dabei ergibt sich, dass Mobilfunkbetreibern keinesfalls ein unkontrollierter Verhaltensspielraum gegenüber Telekom Austria zur Verfügung steht; Telekom Austria könnte überhöhten Entgeltforderungen der Mobilfunkbetreiber vielmehr entsprechend hohe Gegenforderung für die Terminierung ins eigene Netz entgegensetzen. Beiden Betreibern (TA und einem Mobilfunkprovider) fehlt es daher entgegen den Ausführungen der Behörde unter Pkt. 2.5.3.3. keineswegs "schlicht an Alternativen, um Nachfragemacht durchzusetzen". In einer synallagmatischen Beziehung, welche idR auf dem Terminierungsmarkt zu beobachten ist, können zwischen beiden (ähnlich "starken") Vertragsparteien durchaus gemeinsame (gem dem Grundsatz "do ut des") Interessen bestehen, die IC-Entgelte analog abzusenken, wie ein (vereinfachtes Beispiel) zeigt: Anbieter A hat ein IC-Entgelt von 10 €/Min, die TA ein IC-Entgelt von 2 €/Min. Bei identen Verkehrsströmen in beiden Netze ist es rechnerisch irrelevant ob diese Entgelte oder symmetrisch geringere (zB: A: 9 €/Min, TA: 1 €/Min) verrechnet werden – das Ergebnis bleibt aufgrund des identen Deltas ( $A - TA = 8 \text{ €/Min}$ ) unverändert. Geänderte IC-Entgelte könnten aber aus anderen Gründen (Bilanzstruktur, Umsatz-/Kosten-Faktoren) für die betroffenen Betreiber interessant werden.

Abgesehen davon fehlt im Bescheidentwurf (und im Gutachten SMP) jede Analyse der Auswirkungen der strukturellen Verbindung der Telekom Austria (als größter Festnetzanbieter) mit dem größten Mobilfunkanbieter Mobilkom Austria. Diese Eigentumsverschränkung zwischen den beiden Ex-Monopolisten auf dem Fest- und dem Mobilnetzmarkt führt zu einer "gebündelten Nachfragemacht" der beiden Unternehmen, deren Auswirkungen auf die SMP der anderen Mobilfunkbetreiber (wie TMA) jedenfalls näher zu untersuchen ist. Nach Auffassung von TMA erhöht diese Eigentumsverschränkung das Drohpotential von Telekom Austria/Mobilkom beträchtlich.

Schließlich übersieht der Bescheidentwurf, dass sich das Drohpotential der nachfragenden Festnetzbetreiber nicht nur auf die Verweigerung der Zusammenschaltung und die Retaliation über einen eigenen hohen Terminierungstarif beschränkt, son-

dern auch sonstige Gegenmaßnahmen (wie zB Nachteile bei der Lieferung von Mietleitungen, etc) möglich sind.

- Für den Bereich der M2M-Zusammenschaltung möchte TMA nochmals betonen, dass es selbst nach dem Gutachten SMP (und ihm folgend nach dem Bescheidentwurf) unter der Voraussetzung einigermaßen symmetrischer Verkehrssalden und ähnlicher Netzgrößen (ähnlicher Kosten) durchaus denkbar ist, dass sich die Betreiber auf ein kosteneffizientes Niveau der Terminierungsentgelte verständigen. TMA leitet daraus ab, dass bei Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen gute Argumente gegen eine SMP von Terminierungsbetreibern im M2M-Bereich bestehen und somit auch keine Vorabverpflichtungen zulässig sind. Dies könnte mit einem Beispiel illustriert werden: Anbieter A hat ein IC-Entgelt von 10 €/Min, Anbieter B von 15 €/Min. Bei identen Verkehrsströmen in beiden Netze ist es rechnerisch irrelevant ob diese Entgelte oder symmetrisch geringere (zB: A: 8 €/Min, B: 13 €/Min) verrechnet werden – das Ergebnis bleibt aufgrund des identen Deltas ( $B - A = 5$  €/Min) unverändert. Die Gründe für eine solche Vorgehensweise sind dem oben angeführten Beispiel zu entnehmen.

Die TKK hält dem im Bescheidentwurf lediglich entgegen, dass für diese Schlussfolgerung beide genannten Kriterien, also auch "*ähnliche Netzgrößen (ähnliche Kosten)*" gegeben sein müssen; TMA hätte dies in ihrer Stellungnahme nicht ausdrücklich herausgestrichen.

Für TMA bedeutet dies, dass die TKK im Bescheidentwurf somit nochmals bestätigt, dass bei Vorliegen der beiden genannten Voraussetzungen starke Argumente gegen eine SMP im M2M-Bereich (wegen ausreichender Nachfragemacht) bestehen. Für TMA ist es vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, warum die TKK (bzw das Gutachten SMP) bei dieser Feststellung stehen bleibt bzw lediglich festhält, dass "das Potential für Preisdifferenzen zwischen Mobil-zu-Mobil- und Fest-zu-Mobil-Terminierungsentgelten aufgrund von Arbitragemöglichkeiten relativ eingeschränkt" sei (Bescheid S 16), ohne dies näher zu begründen oder zu erläutern. Im Bescheidentwurf (und im Gutachten SMP) fehlen daher ausreichend begründete Feststellungen zu den beiden genannten Kriterien, obwohl den Gutachtern bzw der TKK nach Auffassung der TMA die dafür notwendigen Daten vorliegen müssten. Auch diesbe-

züglich ist der Bescheidentwurf nach Auffassung von TMA daher unvollständig und nicht ausreichend begründet.

Im Ergebnis vermisst TMA im Bescheidentwurf somit eine eingehende Auseinandersetzung der TKK mit dem von TMA vorgeschlagenen Ansatz einer differenzierten Betrachtungsweise des Vorliegens von SMP. Wie TMA in ihren Stellungnahmen darlegte, besteht SMP der Einschreiterin – wenn überhaupt – im F2M-Bereich nur gegenüber Verbindungsbetreibern und im M2M-Bereich nur gegenüber neuen Markteinsteigern.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang nochmals eindringlich darauf, dass die unterschiedliche regulatorische Behandlung von verschiedenen Nachfragern eines Produktes bzw Dienstes auch nach Auffassung der ERG bei Vorliegen entsprechender Marktstrukturen zulässig bzw erforderlich ist (siehe Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS Regulatory Framework, final version May 2006 (ERG (06) 33), Punkt 5.6.1).

### **III. ZU DEN FESTGESTELLTEN WETTBEWERBSPROBLEMEN (Punkt II.A.2.6.3.)**

Zu den diesbezüglichen Ausführungen der TMA in der Stellungnahme vom 4.10.2006 vermeint die TKK, dass es TMA verabsäumt habe darzulegen, zu welcher Schlussfolgerung sie gelange. Die betreffenden Ausführungen könnten daher, so die TKK, unberücksichtigt bleiben. Für TMA ist nicht verständlich, warum die TKK den diesbezüglichen Ausführungen der TMA nicht folgen kann bzw daraus keine Schlussfolgerungen der TMA für die in diesem Zusammenhang zu prüfende Frage – nämlich die Identifizierung jener Wettbewerbsprobleme, die die Grundlage für die Auferlegung von Vorabverpflichtungen bilden sollen – erkennen kann. TMA möchte deshalb ihr entsprechendes Vorbringen nochmals wie folgt zusammenfassen:

Zur F2M-Zusammenschaltung gilt Folgendes: Das Gutachten SMP und der Bescheidentwurf gehen davon aus, dass überhöhte Terminierungsentgelte in der Mobilterminierung zu überhöhten Preisen für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze und somit zu allokativen Verzerrungen zum Nachteil von Konsumenten führen würden. TMA ist der Auffassung, dass diese Schlussfolgerungen im Gutachten SMP bzw im Bescheidentwurf nicht



ausreichend begründet bzw empirisch unterlegt sind sowie wesentliche Strukturmerkmale der Telekommunikationsmärkte dabei nicht ausreichend berücksichtigt wurden:

Erstens ist dazu darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen von Mobilterminierungsentgelten auf Festnetzbetreiber (insbesondere im Bereich des auch im Bescheidentwurf konstatierten "*eingeschränkten*" Wettbewerbs zwischen Fest- und Mobilnetz) auch die vielfältigen Belastungen, die ein Mobilfunkbetreiber im Vergleich zu einem Festnetzbetreiber (zB erhöhte Netzinvestitionen, Frequenznutzungsgebühren, etc) zu tragen hat, zu berücksichtigen sind. Bevor von "allokativen Verzerrungen" zu Lasten der Festnetzbetreiber gesprochen werden kann, müssten diese Unterschiede in der wirtschaftlichen Belastung von Fest- und Mobilnetzbetreibern – und folglich auch die allenfalls daraus ableitbare wirtschaftliche Rechtfertigung von höheren Mobilterminierungsentgelten – eingehender untersucht werden.

Für TMA ist es weiterhin nicht verständlich, warum eine "Verstärkung/Beschleunigung" der Substitution des Festnetzes durch das Mobilnetz bzw ein Vordringen von Mobilfunkbetreibern in die "Kerngeschäftsbereiche von Festnetzbetreibern" im Prinzip als negativ zu beurteilen ist. Es ist nicht Aufgabe der Regulierung, das Festnetz grundsätzlich vor der – hauptsächlich durch die höhere Attraktivität (räumliche Flexilibität) der Mobiltelefonie begründeten – Substitution durch das Mobilnetz zu schützen.

Schließlich wiederholt TMA ihre Kritik, dass im Gutachten SMP (und ihm folgend im Bescheidentwurf) lapidar festgestellt wird, dass überhöhte Terminierungsentgelte zu überhöhten Preisen für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze führen. Wie im Bescheidentwurf selbst an mehreren Stellen ausgeführt wird, schlagen sich Erhöhungen von mobilen Terminierungsentgelten keineswegs immer in höheren Endkundenpreisen im Festnetz nieder (siehe zB Bescheidentwurf Punkt 2.6.1., wonach unter bestimmten Umständen "*die Festnetzbetreiber ihrerseits Unterschiede in den Terminierungsentgelten nicht in den Endkundertarifstrukturen abbilden*"). TMA kann auch der Auffassung der TKK, dass es "*einem wirtschaftlichen Verständnis*" entspreche, "*dass die Vorleistungskosten durch Endkundenentgelte (zumindest) gedeckt werden müssen*" (Bescheidentwurf Punkt II.C.2. f) nicht näher treten. Erhöhungen von Terminierungsentgelten erhöhen selbstverständlich die Kosten der Festnetzbetreiber. Da Festnetzbetreiber (wie vor allem Telekom Austria) aber selbst – auch nicht entgeltregulierte – Leistungen auf Vorleistungsmärkten anbieten

(zB die Bereitstellung von Mietleitungen gerade gegenüber Mobilfunkbetreibern) können Festnetzbetreiber diese erhöhten Kosten auch durch erhöhte Vorleistungspreise (und nicht notwendigerweise auf dem Festnetzendkundenmarkt) decken. Dies stellt nicht nur ein wesentliches Argument gerade für die Nachfragemacht der Telekom Austria gegenüber Mobilfunkbetreibern dar (siehe dazu bereits oben), sondern belegt auch, dass nicht – wie von den wirtschaftlichen Gutachtern und im Bescheidentwurf - ungeprüft davon ausgegangen werden kann, dass sich Erhöhungen von Mobilterminierungsentgelten auf Grund allokativer Verzerrungen gegenüber Festnetzbetreibern zum Nachteil von Endkunden iSv § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003 auswirken müssen.

Zusammengefasst ist zu den im Bescheidentwurf identifizierten Wettbewerbsproblemen somit Folgendes auszuführen:

- Das Wettbewerbsproblem 1 (allokative Verzerrungen für F2M-Anrufe) ist wegen der bestehenden Nachfragemacht der Telekom Austria – wenn überhaupt – nur eingeschränkt, namentlich für das Zusammenschaltungsverhältnis zu Verbindungsnetzbetreibern und zu sonstigen sehr kleinen Festnetzbetreibern, relevant.
- Da – wie oben ausgeführt – im M2M-Bereich im Verhältnis zwischen bereits etablierten Mobilfunkbetreibern die Voraussetzungen für SMP nicht (mehr) vorliegen, bestehen die Wettbewerbsprobleme 2 (allokative Verzerrungen für M2M-Anrufe) und 3 (*Foreclosure*-Strategien großer gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern) allenfalls nur im Verhältnis zwischen einem etablierten Betreiber und einem absoluten Neueinsteiger in den Markt.
- Auch das Wettbewerbsproblem 4 (Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte und konvergente Märkte) besteht nach Ansicht von TMA schon deshalb nicht, weil ein Eindringen von Mobilfunkbetreibern in den völlig von Telekom Austria/Mobilkom beherrschten Festnetzendkundenmarkt gerade zur Belebung des Wettbewerbs im Sinne der Zielsetzungen des TKG 2003 beitragen würde. Vor dem Hintergrund der kleinen Marktanteile von TMA im Festnetzendkundenbereich wäre es – zumindest zum derzeitigen Zeitpunkt – völlig überschießend, von einem Risiko einer spürbaren Übertragung einer allfälligen SMP von TMA auf dem mobilen Terminierungsmarkt auf Festnetzendkundenmärkte zu sprechen. Darüber hinaus ist auch in diesem Zusam-

menhang auf die ohnehin bestehende nachfrageseitige Gegenmacht zumindest der größeren Festnetz-Teilnehmernetzbetreiber (wie insbesondere Telekom Austria) hinzuweisen.

#### **IV. ZU DEN AUFERLEGTEN VORABVERPFLICHTUNGEN (Punkte II.B.4., II.D.7.)**

##### **1. Allgemeines**

Nach Auffassung der Einschreiterin verfügt TMA – aus den oben angeführten Gründen – im F2M-Bereich zumindest gegenüber den größeren Teilnehmernetzbetreibern (vor allem Telekom Austria) und im M2M-Bereich zumindest gegenüber den bereits am Markt tätigen Mobilfunkbetreibern über keine SMP. Jedenfalls im Verhältnis zu den genannten Nachfragern ist folglich auch die Auferlegung von Vorabverpflichtungen (mangels SMP) nach Auffassung von TMA von vornherein unzulässig.

Selbst wenn man aber – wie die TKK im Bescheidentwurf (dem Gutachten SMP folgend) – von einer SMP auch gegenüber großen Teilnehmernetzbetreiber und bereits etablierten Mobilfunkbetreibern ausginge, würde es der die Richtschnur jeglicher Regulierungstätigkeit bildende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebieten, bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen nach der Relevanz bzw Wesentlichkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu differenzieren. Bei der Auswahl von verhältnismäßigen Regulierungsinstrumenten ist daher jedenfalls die Gewichtung der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu berücksichtigen. Wie bereits oben ausgeführt, bestehen insbesondere bei der Zusammenschaltung von Mobilbetreibern untereinander (M2M; allenfalls mit der Ausnahme der Zusammenschaltung mit Neueinsteigern) bzw mit großen Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz (vor allem der Telekom Austria) keine bzw geringe wettbewerbliche Bedenken. Zumindest bei diesen Zusammenschaltungsverhältnissen ist daher auf regulatorische Eingriffe zu verzichten bzw reichen wenig eingriffsintensive Regulierungsinstrumente aus.

In diesem Zusammenhang ist nochmals eindringlich auf die "Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework" (Final Version May 2006; ERG (06) 33) zu verweisen, wonach die unterschiedliche regulatori-

sche Behandlung von verschiedenen Nachfragern eines Produkts bzw Dienstes bei Vorliegen entsprechender Marktstrukturen zulässig bzw sogar erforderlich ist. Die ERG führte dazu wie folgt aus (siehe Punkt 5.6.1):

*"[...] variations may be appropriate within a market for various reasons including geographical variations and variations arising from differences in the amount and supply factors. [...] The varying of remedies within an SMP market may be required in order to achieve the objectives set out in Article 8 of Framework Directive [...] The result is that certain product users may need less regulatory intervention to protect their interests from the exertion of SMP than others, justifying such asymmetrical remedies. From this perspective variations in remedies to reflect the variations within the market can be justified."*

Für TMA ist es gänzlich unverständlich, warum die TKK im Bescheidentwurf auf diesen Aspekt mit keinem Wort Bezug nimmt. Dies umso mehr, als im Gutachten SMP und im Bescheidentwurf selbst eine Gewichtung der identifizierten Wettbewerbsprobleme vorgenommen wird. In diesem Zusammenhang sei beispielsweise auf die Ausführungen der Gutachter zum M2M-Bereich verwiesen, wo die Gutachter zwischen dem Verhältnis von großen zu kleinen Mobilfunkbetreibern, einerseits, und von etablierten Mobilfunkanbietern untereinander, andererseits, unterscheiden. Auch im F2M-Bereich differenzieren die Gutachter aus gutem Grund zwischen der Zusammenschaltung mit Verbindungsnetzbetreibern und Teilnehmernetzbetreibern, da eben die Nachfragemacht und damit auch die Wettbewerbsproblematik im Verhältnis zu diesen beiden Betreibergruppen unterschiedlich sind.

Bei richtiger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müsste daher zumindest eine Gewichtung der identifizierten Wettbewerbsprobleme vorgenommen und die auferlegten Vorabverpflichtungen entsprechend angepasst werden. Dies müsste aus den dargestellten Gründen im Ergebnis dazu führen, dass jedenfalls im M2M-Bereich zwischen etablierten Betreibern und bei der F2M-Zusammenschaltung im Verhältnis zu Teilnehmernetzbetreibern (insbesondere Telekom Austria) nur wenig eingriffsintensive Regulierungsinstrumente erforderlich und somit verhältnismäßig bzw zulässig sind; keineswegs ist aber die im Bescheidentwurf vorgeschlagene Entgeltkontrolle gerechtfertigt.

## 2. Zu den Regulierungsoptionen **Transparenzverpflichtung, getrennte Buchführung und Gleichbehandlungsverpflichtung**

In ihrer Stellungnahme vom 19.10.2006 begründete TMA auf der oben dargestellten Grundlage ausführlich, warum bei richtiger Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedenfalls – selbst unter der von TMA bestrittenen Annahme einer "allgemeinen" SMP für Terminierungsnetzbetreiber – die Auferlegung gelinderer Vorabverpflichtungen als jene der Entgeltkontrolle ausreichend wäre. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweist TMA auf ihre diesbezüglichen Ausführungen im Schriftsatz vom 19.10.2006 (Punkt III.2.).

Nicht nachvollziehbar ist für TMA die Auffassung der TKK im Bescheidentwurf, dass es TMA unterlassen habe, Gründe anzuführen, dass eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung ausreichen könnte, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. TMA hat in ihren Schriftsätzen vom 4.10.2006 und 19.10.2006 ausführlich dargelegt, welche Wettbewerbsprobleme bei richtiger Betrachtung bestehen und daraus den Schluss gezogen, dass eine Entgeltkontrolle nicht erforderlich ist, um diesen potentiellen Defiziten zu begegnen. Zur Klarstellung fasst TMA diese Argumentation nochmals wie folgt zusammen:

- Selbst nach Auffassung der wirtschaftlichen Gutachter können die Wettbewerbsprobleme 3 (*Foreclosure*-Strategien) und 4 (Marktmachtübertragung auf Festnetzmärkte) im Wesentlichen durch eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung (allenfalls in Kombination mit einer Transparenzverpflichtung und einer getrennten Buchführung) ausreichend adressiert werden (zB Gutachten Regulierungsinstrumente 26).
- Bezüglich der Wettbewerbsprobleme 1 und 2 (allokative Verzerrungen aufgrund überhöhter Entgelte) ist nach Auffassung von TMA zumindest eine differenzierte Betrachtung erforderlich: Die Gutachter selbst führen mehrfach aus, dass sich unter bestimmten – nach Auffassung von TMA vorliegenden und im Bescheidentwurf nicht näher geprüften – Voraussetzungen in der M2M-Zusammenschaltung (allenfalls mit der Ausnahme der Zusammenschaltung mit völligen Neueinsteigern in den Markt) auch ohne Entgeltregulierung Wettbewerbspreise bilden. Eine Entgeltkontrolle ist daher zumindest im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen etablierten Mobil-

funkbetreibern nicht erforderlich. Vielmehr wäre ein (externes) Diskriminierungsverbot ausreichend.

- Da sich somit bei richtiger Betrachtung Wettbewerbspreise im M2M-Bereich auch ohne Entgeltregulierung bilden (was auch die Gutachter in Aussicht stellen), ist folglich eine Nichtdiskriminierungspflicht auch völlig ausreichend, um allfälligen Wettbewerbsdefiziten in der F2M-Zusammenschaltung entgegenzutreten. Über die externe Gleichbehandlungspflicht würden die Wettbewerbspreise aus dem M2M-Sektor "zwangsläufig" auch in die F2M-Zusammenschaltung übertragen.
- Ein dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechender Raum für eine Entgeltkontrolle verbleibt somit – wenn überhaupt – nur im Verhältnis zu Verbindungsnetzbetreibern und zu völligen Neueinsteigern in den Mobilfunkmarkt. Da höhere Zusammenschaltungsentgelte solcher Neueinsteiger somit gerechtfertigt sein könnten, wäre diesbezüglich auch keine Nichtdiskriminierungspflicht im Verhältnis zu den anderen Betreibern vorzusehen (ansonsten würden die erhöhten Entgelte gegenüber Neueinsteigern für alle Zusammenschaltungspartner gelten, was wiederum dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspräche). Die Darstellung der TKK im Bescheidentwurf, dass TMA in ihrer Argumentation Markt-Neueinsteiger übersehen habe, geht somit ins Leere.

### **3. Zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung**

TMA verweist dazu auf ihre obigen Ausführungen und ihre Stellungnahme im Schriftsatz vom 19.10.2006 (Punkt 3.).

Abgesehen von den dargestellten materiell-rechtlichen Bedenken gegen die Auferlegungen einer (insbesondere "allgemeinen") Entgeltkontrolle weist TMA nochmals auf die Begründungsmängel in diesem Zusammenhang hin. Weder das wirtschaftliche Gutachten noch (diesem folgend) der Bescheidentwurf legt nach Auffassung von TMA in ausreichender Weise dar, warum gerade ein kostenbasierter Maßstab und innerhalb dessen jener der LRAIC für eine Entgeltkontrolle heranzuziehen ist.

Hinsichtlich der von der TKK vorgenommenen Aufklärung der TMA, dass „bottom up“- und „top down“-Berechnungsmodelle keine Alternativen zu „LRAIC“, sondern konkrete Ausgestaltungen derselben darstellen, ist seitens TMA darauf hinzuweisen, dass es die TKK – wie auch im Bescheid M 15b/03 vom 27.10.2004 - unterlassen hat, die genaue Ausgestaltung des LRAIC-Modells vorzustellen. Es ist demnach nicht auszuschließen, dass es in der Branche, so wie bereits 2004/2005, aufgrund keineswegs näher substantiiertes Vorabverpflichtungen zu Unklarheiten und Missverständnissen kommt. Darüber hinaus ist die TKK gehalten, die nähere Ausgestaltung der Vorabverpflichtung zur Entgeltkontrolle nicht in einer „unverbindlichen Konsultation“ wie 2005 vorzunehmen, in denen die betroffenen Unternehmen keine Parteistellung haben, sondern im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse.

Darüber hinaus führt die TKK auf Seite 57 aus, dass davon auszugehen sei, bereits derzeit „produktive Effizienz“ sichergestellt sei, weshalb die TKK auch davon ausgeht, dass eine Heranziehung des Standards FL-RAIC hinsichtlich des Parameters „Forward Looking“ zur Zielerreichung nicht notwendig sei. In diesem Zusammenhang verwundert, dass die TKK dennoch im Rahmen der Verfahren Z 7/05 u.a. hinsichtlich der „Overhead-Kosten“ nicht die tatsächlich anfallenden Kosten berücksichtigt hat, sondern eine „Mittelwertbetrachtung“ vornahm. Diese Vorgehensweise ist gerade vor dem Hintergrund der Ausführungen der TKK im ggst. Bescheidentwurf nicht zulässig.

#### **4. Sonstige Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Vorabverpflichtungen**

##### **a) Zur Gleichbehandlungspflicht betreffend Terminierung für das Produkt "Replace" (Spruchpunkt Punkt 2.3)**

TMA spricht sich aus den bereits genannten Gründen auch gegen diese Vorabverpflichtung aus. Darüber hinaus verweist TMA dazu im Besonderen auf ihr Vorbringen im Verfahren M 3/05 und der dazu von TMA eingebrachten Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. TMA hält dieses Vorbringen auch in diesem Verfahren vollinhaltlich aufrecht.

Zusammengefasst bestehen folgende Sonderargumente gegen diese Vorabverpflichtung:

- Das Produkt Replace der TMA ist ein Festnetzangebot, dh eine Dienstleistung, die TMA für Business-Kunden im Festnetzmarkt bereitstellt. Die Festnetzendkunden-

märkte werden – wie auch die TKK zuletzt in den Bescheiden M 4/03-59 sowie M 6/03-60 feststellte – eindeutig und alleine von Telekom Austria beherrscht. Der Anteil von TMA auf diesen Märkten ist dagegen verschwindend klein.

- Das wirtschaftliche Gutachten (und der Bescheidentwurf) rechtfertigen die Auferlegung dieser ex ante-Verpflichtung mit dem Argument, dass ansonsten der Mobilbetreiber in der Lage sei, "Marktmacht aus dem Terminierungsmarkt auf den Festnetzmarkt bzw auf Fest-Mobil-Konvergenz-Leistungen zu übertragen". Ein solcher wettbewerbsverzerrender Marktmachttransfer ist aber – nach den derzeitigen und absehbaren – Marktverhältnissen ausgeschlossen:

Wie bereits dargestellt, hält TMA auf den Festnetzendkundenmärkten nur einen minimalen Anteil. Die Einführung des Produkts Replace kann nach den derzeitigen Marktverhältnissen – mit oder ohne der vorgeschlagenen Nichtdiskriminierungsverpflichtung – daher keinen spürbar wettbewerbsverzerrenden Effekt zu Lasten der Festnetzbetreiber verursachen. Schon deshalb ist ein Eingriff in die Entgeltgestaltung (über eine Nichtdiskriminierungsverpflichtung) in einen Vorleistungsmarkt für das Produkt Replace, der sich auch auf die Preisgestaltung für den Endkundendienst Replace selbst auswirken muss, nicht zulässig: Es gibt kein Wettbewerbsproblem, das einen solchen Eingriff rechtfertigen könnte.

- Eine entsprechende Vorabverpflichtung wäre auch deshalb unverhältnismäßig, da der darin normierte regulatorische Eingriff im Lichte der eben dargestellten Marktverhältnisse im Festnetzbereich jedenfalls zu früh erfolgt. Gemäß § 37 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Marktanalyse durchzuführen. Die TKK hätte daher die Möglichkeit, allfällige Auswirkungen des Produkts "Replace" im Hinblick auf eine von ihr befürchtete Marktabschottung von Festnetzbetreibern im Rahmen der nächsten Marktanalyse (dh, in zwei Jahren) wieder zu untersuchen. Sollten sich bis zu diesem Zeitpunkt – entgegen der Überzeugung von TMA – tatsächlich ein spürbarer Marktanteil von TMA im Festnetzbereich und somit die theoretische Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung ergeben haben, könnte die TKK dann die Auferlegung einer Vorabverpflichtung überlegen. Zum jetzigen Zeitpunkt kommt diese



Regulierungsmaßnahme aber jedenfalls zu früh und hemmt die Entwicklung von Wettbewerb im ohnehin von Telekom Austria dominierten Festnetzmarkt.

- Abschließend ersucht TMA aufgrund der mit der Übernahme der tele.ring verbundenen Erweiterung ihres Festnetzangebotes auf die ehemaligen tele.ring-Festnetzprodukte um Klarstellung, dass sich die Vorabverpflichtung des Punktes 2.3. des vorliegenden Bescheidentwurfes eben auf die im 2. Satz des Punktes 2.3. angeführten Leistungen beschränkt.

#### **b) Zur Verpflichtung der Veröffentlichung eines Standardangebotes auf der Unternehmenshomepage**

TMA hält diese Vorabverpflichtung bzw insbesondere die Erweiterung der bislang in diesem Zusammenhang bestehenden Vorabverpflichtung für überschießend und somit unverhältnismäßig. TMA war bereits aufgrund des Spruchpunktes 2.3. des Bescheides M 15b/03 vom 27.10.2004 zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes verpflichtet.

Einzig mit dem Verweis, dass die Veröffentlichung des Standardangebotes auf der Unternehmenshomepage die Effektivität der Gleichbehandlungsverpflichtung sicherstelle und die Transaktionskosten des Nachfrager senke, wird von der TKK die bislang bestehende, entsprechende Vorabverpflichtung ausgedehnt. Die TKK hält dazu fest, dass davon auszugehen sei, dass der konkret vorgenommene Eingriff nicht unverhältnismäßig wäre, da ein SZA (Standardzusammenschaltungsangebot) bereits existiere.

Die Implementierung eines SZA auf der Homepage verursacht entsprechende, wenn auch geringe Aufwände. TMA hätte sich erwartet, dass die TKK mehr zur Begründung der Ausdehnung der entsprechenden Vorabverpflichtung vorbringt, als das oben Angeführte und dass mit einem auf der Homepage veröffentlichtem SZA etwaigen Verzögerungstaktiken – "wie festgestellt" – entgegengewirkt würde. TMA verwehrt sich gegen den implizierten Vorwurf, dass TMA bislang – auf Grundlage der entsprechenden Vorabverpflichtung in Punkt 2.3. des Bescheides M 15b/03 – gegenüber Nachfragern nach Zusammenschaltung eine Verzögerungstaktik angewendet hätte. Wenn der TKK ein diesbezügliches Vorbringen

vorliegt, ersucht TMA um Mitteilung. Wenn nicht, fordert TMA die Aufhebung der nunmehr vorgenommenen Ausdehnung der Vorabverpflichtung.

**c) Zur Verpflichtung der Einräumung eines generellen Kündigungsrechts mit einer Frist von 2 Monaten (Spruchpunkt 2.5)**

TMA hält auch diese Vorabverpflichtung für überschießend und somit unverhältnismäßig.

Wie die TKK im Bescheidentwurf richtig ausführt, ist auch bei der Gestaltung bzw beim Abschluss privatautonomer Vereinbarungen den auferlegten Verpflichtungen Rechnung zu tragen. Wenn nun TMA gemäß den Spruchpunkten 2.1 bis 2.3 ohnehin einer Verpflichtung unterliegt, allen anderen Betreibern Zusammenschaltungsleistungen in Bezug auf den Preis bzw die Qualität zu denselben Bedingungen – nach Kündigung des entsprechenden Entgeltanhangs durch den Zusammenschaltungspartner – anzubieten, die TMA anderen oder verbundenen Unternehmen bzw dem eigenen Festnetzbereich bereitstellt, so ist diese Verpflichtung nach Auffassung von TMA ausreichend, den in diesem Zusammenhang dargestellten Bedenken der Regulierungsbehörde Rechnung zu tragen. Ändern sich die Bedingungen eines Zusammenschungsverhältnisses, so ist der Terminierungsnetzbetreiber schon aufgrund der genannten Gleichbehandlungspflichten dazu angehalten, diese Änderungen auch den anderen Zusammenschaltungspartnern anzubieten.

Selbst wenn man nicht von einer solchen Auslegung der Nichtdiskriminierungspflicht ausginge, wäre die entsprechende Vorabverpflichtung jedenfalls überschießend: Es besteht jedenfalls keine Notwendigkeit, ein unbedingtes Kündigungsrecht (mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten) aufzuerlegen. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass die Regulierungsbehörde eine jederzeitige Kündbarkeit unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist, aus welchem Grund auch immer, anordnet. Für einen solchen Eingriff in die Privatautonomie besteht aber keinerlei rechtliche Grundlage.

## **V. FAZIT UND ANTRÄGE**

TMA spricht sich aus den dargestellten Gründen gegen den Erlass einer Vollziehungshandlung mit dem Inhalt des Bescheidentwurfs aus und beantragt die Feststellung, dass TMA auf dem Markt für die Terminierung in ihr betreibereigenes, öffentliches Mobiltelefonnetz,

über keine beträchtliche Marktmacht verfügt; folglich ist auch die Auferlegung von Vorabverpflichtungen für TMA unzulässig.

In eventu beantragt TMA die Feststellung, dass TMA nur im Zusammenschaltungsverhältnis zu Verbindungsnetzbetreibern und neu in den Markt einsteigenden Mobilfunknetzbetreibern SMP zukommt. Folglich beantragt TMA eventualiter weiters, dass ihr verhältnismäßige Vorabverpflichtungen gemäß § 37 TKG – wenn überhaupt – nur im Verhältnis zu Verbindungsnetzbetreibern und zu neu in den Markt eintretenden Mobilfunkbetreibern auferlegt werden.

T-Mobile Austria GmbH