



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Einschreiben
(vorab per E-Mail)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstrasse 77-79
1060 Wien

Einschreiterin: Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C
Guglgasse 12/10/3
A-1110 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
Rechtsanwälte 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.co
m

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DV325232/7

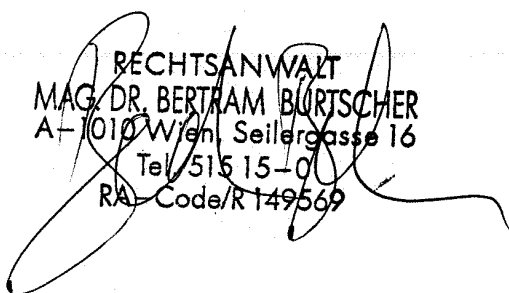
UNSER ZEICHEN BB/SES

CLIENT MATTER NR 126460-0040

DVR 0114383

GZ M 13f/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 ZUM ENTWURF DER VOLLZIEHUNGSHANDLUNG IM VERFAHREN ZU GZ M 13f/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 13f/06 betreffend Tele2UTA Telecommunication GmbH (**Tele2UTA**) zur Konsultation veröffentlicht. Die Einschreiterin, Hutchison 3G Austria GmbH (**H3G**) erstattet dazu in offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME.

I. Spruchpunkt 2.7 des Maßnahmenentwurfes

Gleichzeitig mit dem hier vorliegenden Maßnahmenentwurf hat die TKK auch eine Reihe von im Spruch nahezu gleichlautenden Entwürfen von Vollziehungshandlungen in den parallel anhängigen Verfahren zu den GZ M 13a-f/06 konsultiert. Der Maßnahmenentwurf zu M 13f/06 unterscheidet sich in Spruchpunkt 2.7 wesentlich von den Maßnahmenentwürfen zu den Verfahren M 13a-e/06:

"2.7. Tele2UTA Telecommunication 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“) in der Weise orientiert, dass das Entgelt für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Tele2UTA Telecommunication GmbH dem jeweils aktuellen Mobil-Terminierungsentgelt ihres National-Roaming-Partners entspricht." (Hervorhebung durch Fettdruck nur hier).

Die Gleichschaltung des Tele2UTA-Entgeltes mit jenem des National Roaming Partners erscheint aus nachstehenden Gründen im Verfahren nach § 37 TKG 2003 unzulässig:

- a) Im Verfahren gemäß § 37 TKG 2003, wie es von der TKK durchgeführt wird, können Zusammenschaltungsentgelte nicht abschließend festgelegt werden; (siehe unten Punkt II)
- b) eine endgültige Festlegung von Entgelten auf der Ebene der Marktanalyse gemäß § 37 TKG 2003 beraubt die Zusammenschaltungspartner der



Tele2UTA in einer auch durch Einräumung von Parteistellung nicht sanierbaren Weise ihres rechtlichen Gehörs; (siehe unten Punkt III)

- c) durch starre Verweisung auf das Terminierungsentgelt des National Roaming Partners übergeht die TKK wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen, die bei der Ermittlung kostenorientierter Entgelte berücksichtigt werden müssen (siehe unten Punkt IV), und
- d) die Begründung der TKK für die starre Verweisung auf das Terminierungsentgelt des National Roaming Partners ist unzureichend (siehe unten Punkt V ff).

Dazu im Einzelnen:

II. Keine finale Entgeltfestlegung im Marktanalyseverfahren

Die TKK analysiert und bewertet im vorliegenden Verfahren Anreizstrukturen für ein Marktverhalten, das sich auf dem hier betrachteten (resistenten Monopol-)Markt in Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung einstellen würde. Was konkret auf diesem Markt passiert, lässt die Behörde außer Acht, da sich die TKK der Anordnung von geeigneten Regulierungsinstrumenten konsequent über einen *Greenfieldansatz* nähert. Die Überlegungen der TKK im gegenständlichen Marktanalyseverfahren bleiben daher abstrakt und die TKK legt geeignete Regulierungsinstrumente fest, mit denen jenen potentiellen Wettbewerbsproblemen begegnet werden kann, die sich im unregulierten Zustand einstellen würden.

Vor diesem Hintergrund sieht die TKK offenbar keinen Bedarf, die konkrete Kostensituation des einzigen Betreibers am hier untersuchten (Monopol-)Markt in ihre Betrachtung einfließen zu lassen. Entsprechende Ausführungen in den Sachverhaltsfeststellungen oder der Beweiswürdigung fehlen daher.

Mit der Festlegung des LRAIC-Maßstabes für die Ermittlung des "korrekten Preises" wäre nach den ökonomischen Überlegungen der TKK bzw. der bestellten Gutachter der Preissetzungsspielraum des Monopolisten hinlänglich begrenzt, um den zentralen Wettbewerbsproblemen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entgegentreten zu können. Auf dieser Ebene bleibt die TKK in den übrigen Verfahren



zu M 13a-e/06 auch stehen. Mit der grundsätzlichen Festschreibung des LRAIC-Maßstabes für den "korrekten Preis" sind aber noch keine betraglich konkreten Entgelte für den im Verfahren M 13f/06 relevanten Markt determiniert.

Während die TKK in den Verfahren M 13a-e/06 die Festlegung eines konkreten und betraglich fixierten Entgeltes in den Bereich der Parteinäherung bzw. subsidiär in den Bereich nachfolgender Zusammenschaltungsverfahren verweist, trifft sie im Verfahren M 13f/06 eine abschließende Festlegung durch starren Verweis auf das Mobilterminierungsentgelt des Gastnetzbetreibers (National Roaming Partners). Einer Annäherung an die LRAIC der Tele2UTA bedarf es daher nicht mehr und es besteht dafür nach der hier getroffenen Festlegung auch kein Raum mehr.

Da die Bescheide der TKK in erster Instanz rechtskräftig werden, bindet die TKK mit der Festlegung der Mobilterminierungsentgelte im Marktanalyseverfahren M 13f/06 sich selbst ebenso wie die Tele2UTA und deren Zusammenschaltungspartner (auch die Einschreiterin). Der Maßnahmenentwurf lässt keinen Raum mehr für eine Ausrichtung kostenorientierter Entgelte der Tele2UTA an Kosteninformationen, welche aus dem im Verfahren M 13f/06 untersuchten Markt stammen. Maßgeblich ist allein das Terminierungsentgelt des Gastnetzbetreibers, weshalb sich jegliche Bemühungen erübrigen, die LRAIC der Tele2UTA bestmöglich zu ermitteln. Für die Ermittlung des "korrekten Preises" am Terminierungsmarkt der Tele2UTA sind nämlich nach dem vorliegenden Maßnahmenentwurf allein die LRAIC eines Dritten (nämlich des National Roaming Partners der Tele2UTA) maßgeblich.

Mit Ausnahme des Bescheides M 15f/03-49 vom 17.10.2005 ist die TKK weder in der bisherigen Regulierungspraxis noch in den Maßnahmenentwürfen zu M 13a-e/06 je so weit gegangen, dass für die Ermittlung kostenorientierter Entgelte sämtliche relevanten Kosteninformationen außer Acht gelassen wurden, die den eigentlich untersuchten Markt betreffen.

Was allerdings an der Situation eines MVNO so besonders wäre, dass dort die Kostenorientierung ohne jede Berücksichtigung von für den MVNO relevanten Kosten oder von Umständen, die für die Ermittlung der LRAIC relevant sind, vorgenommen werden kann, lässt die TKK offen. Die TKK entfernt sich damit in unzulässiger Weise vom gesetzlich gebotenen Grundsatz der Kostenorientierung (im Sinne einer Orientierung an LRAIC).



Dies deshalb, da selbst ein an den korrekt ermittelten LRAIC des Gastnetzbetreibers orientiertes Entgelt nicht die geringste Aussagekraft über die Kosten (und über den damit verbundenen "korrekten Preis") effizienter Leistungsbereitstellung der Tele2UTA am eigenen Terminierungsmarkt hat.

Unberücksichtigt bleibt etwa,

- a) dass Tele2UTA die Vorleistung des National Roaming weit unter dem Niveau des Zusammenschaltungsentgelts der One GmbH (*One*) einkauft, oder
- b) dass im Zusammenschaltungsentgelt der One, welche ein gemischtes UMTS/GSM-Netz betreibt, UMTS-Kosten anteilig berücksichtigt sind, die für die Leistungserbringung der One gegenüber der reinen GSM-Roamerin Tele2UTA nicht benötigt werden und dieser vom Gastnetzbetreiber auch nicht verrechnet werden, oder
- c) dass für One als vollwertiger UMTS/GSM-Netzbetreiber ein ganz anderer Kapitalkostenzinssatz als für Tele2UTA als MVNO zu veranschlagen ist.

Eine Entgeltfestlegung nach dem Grundsatz der Kostenorientierung muss zumindest theoretisch Raum dafür lassen, relevante Informationen über die Kosten (bzw. die LRAIC) eines effizienten Betreibers auf dem jeweils untersuchten Markt in Betracht zu ziehen. Dies erfolgt in der Phase der Marktanalyse aufgrund der abstrakten Greenfieldbetrachtung nicht und könnte später im Zusammenschaltungsverfahren aufgrund des hier konsultierten Maßnahmenentwurfes auch nicht mehr nachgeholt werden, weil starr auf das Gastnetzentgelt verwiesen wird.

Daher kann in der Phase der Marktanalyse – in der aufgrund des Greenfieldansatzes auf konkrete Kosten (auch auf die konkrete Höhe der LRAIC, an denen das Entgelt zu orientieren ist) noch kein Bezug genommen wird – keine konkrete Entgeltfestlegung stattfinden.

III. Kein rechtliches Gehör

In dem bereits zu RVST 21/06 bei der Regulierungsbehörde anhängigen Zusammenschaltungsverfahren zwischen H3G und Tele2UTA ist auch das Entgelt



für die Terminierung in das Netz der Tele2UTA strittig. Dieses Entgelt hätte sich nach Spruchpunkt 2.7 des Maßnahmenentwurfes eindeutig an den "*LRAIC eines effizienten Betreibers*" zu orientieren. Die etwas offene Formulierung "*eines ... Betreibers*" kann hier – da es sich schon aufgrund der Marktdefinition um einen resistenten Monopolmarkt handelt – dahingehend konkretisiert werden, dass es sich nur um die LRAIC der hinlänglich effizient produzierenden Tele2UTA handeln kann. Andere Betreiber gibt es auf diesem Markt nicht und kann es nicht geben.

Um im Zusammenschaltungsverfahren zwischen H3G und Tele2UTA den "korrekten Preis" ermitteln zu können, müssen daher die LRAIC der Tele2UTA ermittelt werden. Durch den Zusatz in Spruchpunkt 2.7 (zuvor schon inhaltsgleich Punkt 2.5 im Bescheid M 15f/03), wonach das Entgelt für die Terminierung in das Netz der Tele2UTA jenem des National Roaming Partners One zu entsprechen habe, wird die Ermittlung des strittigen Zusammenschaltungsentgeltes aber dem Ermittlungsverfahren im Zusammenschaltungsverfahren und damit der Wahrung von Parteirechten gänzlich entzogen.

Das rechtliche Gehör bei der Entgeltermittlung im Zusammenschaltungsverfahren zwischen Tele2UTA und H3G könnte nur gewahrt werden, indem die TKK der Einschreiterin schon im Verfahren M 13f/06 Parteistellung einräumt, weil dort der Verweis auf das Entgelt der One normiert wird. Das scheidet jedoch schon aufgrund § 37 Abs 5 TKG 2003 aus.

Es zeigt sich also, dass eine Entgeltfestlegung durch Verweis auf Entgelte Dritter das rechtliche Gehör der Zusammenschaltungspartner der Tele2UTA verletzt und daher zu unterbleiben hat. Aus Vorsicht stellt die Einschreiterin hiermit dennoch den

Antrag,

die TKK möge der Einschreiterin Parteistellung im Verfahren M 13f/06 einräumen, weil in diesem Verfahren eine Festlegung getroffen wird, die auch H3G direkt bindet.

IV. Hostentgelt spiegelt nicht die LRAIC der Tele2UTA wieder

Aufgrund der oben in Punkt II.a) bis II.c) dargestellten Umstände kann das LRAIC-Entgelt des National Roaming Partners nicht für die Ermittlung des LRAIC-Entgelts



der Tele2UTA in Betracht kommen. Eine völlige Loslösung der LRAIC-Betrachtung von den tatsächlichen Gegebenheiten der Tele2UTA widerspricht dem gebotenen Prinzip der Kostenorientierung.

V. Unzureichende Sachverhaltsermittlung und Begründung

Mit dem Argument, dass wettbewerbsverzerrende Arbitragemöglichkeiten (durch Gründung einer Tochtergesellschaft) ausgeschlossen werden müssen, liefert die TKK eine schlüssige Begründung dafür, dass das Terminierungsentgelt der Tele2UTA nicht höher als jenes des Gastnetzbetreibers angesetzt werden darf.

Ohne schlüssige Begründung bleibt die Festlegung, dass das Entgelt der Tele2UTA nicht auch niedriger als jenes des Gastnetzbetreibers liegen dürfe. Während die TKK noch im dritten Absatz der Seite 55 vorsichtig schreibt, dass bei einem solchen Entgeltgefälle "*möglicherweise*" der reine Wiederverkauf gegenüber dem MVNO wirtschaftlich attraktiver sein könnte, ist schon im darauffolgenden Absatz "*sichergestellt*", dass durch die Gleichsetzung von Gastnetz- und MVNO-Entgelt die LRAIC der Tele2UTA erreicht würden. Der Maßnahmenentwurf enthält aber weder in den Feststellungen noch in der Beweiswürdigung oder der rechtlichen Beurteilung Angaben, die diesen überraschenden Überzeugungsgewinn stützen würden.

Es mag schon sein, dass bei Anordnung eines weit unter dem Gastnetzentgelt liegenden Zugangspreises für die Terminierung in das Netz des MVNO die Gefahr besteht, dass die "*wirtschaftliche Attraktivität*" (siehe Seite 55 von M 13f/06) für den MVNO nicht mehr gegeben ist und die Tele2UTA dann aus diesem Markt austreten müsste und die Geschäftstätigkeit einstellen oder über den reinen Wiederverkauf organisieren müsste. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Situation des MVNO aber durch nichts von jener der vollwertigen Mobiltelefonnetzbetreiber, welche sich trotzdem am LRAIC-Entgeltmaßstab orientieren müssen.

Auch der vollwertige Netzbetreiber muss sich ständig überlegen, ob ein Geschäftsbetrieb als voller Netzbetreiber "*wirtschaftlich attraktiv*" wäre oder ob er (wie etwa die H3G in der Anfangsphase) zumindest partiell auf National Roaming ausweichen muss. Dennoch hat die TKK bei H3G – unter anderem ausdrücklich unter Hinweis auf den Bezug von National Roaming Leistungen – eine besonders eingriffsintensive Regulierung der Terminierungsentgelte für angemessen erachtet.



Umgekehrt will die TKK beim MVNO nicht einmal das Risiko eingehen, dass der MVNO-Betrieb im Bereich der Terminierung nicht mehr *"wirtschaftlich attraktiv"* sein könnte und daher nicht einmal eine Absenkung des Zugangspreises auf die LRAIC des MVNO zumutbar sein soll. Diese Differenzierung ist nicht nachvollziehbar und müsste begründet werden.

Auch unterhalb der Ebene des vollwertigen Netzbetreibers ist sauber zu differenzieren und es sind die identifizierten Wettbewerbsprobleme korrekt zu adressieren. Wenn der MVNO geringere Kosten hat, dann muss auch sein im Sinne von LRAIC kostenorientierter Zugangspreis entsprechend niedriger sein. Ein Entgelt unterhalb jenem des Gastnetzbetreibers muss nicht notwendigerweise zum Marktaustritt des MVNO führen. Es zwingt aber den MVNO dazu, sein Geld dort zu verdienen, wo es alle anderen Betreiber auch müssen, nämlich beim Endkunden. Wohl deshalb schreibt die TKK zunächst, dass die erwähnten Unattraktivität nur *"möglicherweise"* eintritt. Um zu den abgestuften Entgeltstufen eine ausreichend fundierte Aussage treffen zu können, die eine zwingende Gleichstellung von Gastnetz- und MVNO-Entgelt stützen würde, müsste die TKK bereits auf der Ebene des Marktanalyseverfahrens eine genaue Kostenbetrachtung anlegen, die über rein qualitative Überlegungen hinausgeht. Letztere reichen nicht aus, um eine derart weitreichende Festlegung zu stützen, wie sie die TKK in Spruchpunkt 2.7 trifft.

Denkbar ist aufgrund der vorliegenden Ermittlungsergebnisse und abstrakten Überlegungen der TKK allenfalls eine Festlegung dahingehend, dass das Terminierungsentgelt der Tele2UTA nicht höher als jenes ihres National Roaming Partners sein darf. Wie weit das Terminierungsentgelt der Tele2UTA aber das Gastnetzentgelt unterschreiten darf, ohne die Attraktivität des MVNO-Betriebs zu Gunsten des reinen Wiederverkaufs gänzlich zu vernichten, bedarf einer einzelfallbezogenen Kostenanalyse, die hier im Verfahren M 13f/06 bislang nicht vorgenommen wurde (dabei wären jedenfalls wieder die oben in Punkt II.a) bis II.c) dargestellten Umstände zu berücksichtigen).

VI. Rechtfertigung regulatorischer Eingriffe über erkannte Wettbewerbsprobleme

Wenn die TKK bei der Ableitung der Gleichsetzung von Gastnetz- und MVNO-Entgelt auf die unterschiedliche Wertigkeit von MVNOs einerseits und reinen Wiederverkäufern andererseits abstellt, so müsste sie auch darlegen, inwiefern diese



Unterscheidung für die Beseitigung der Verfahren M 13f/06 erkannten Wettbewerbsprobleme relevant sein soll. Nur darum geht es im vorliegenden Verfahren und eine Anordnung oder Ausgestaltung der Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 wäre unverhältnismäßig, wenn sie sich auf andere Gründe stützt.

Die TKK kann nicht einfach auf irgendwelche Argumente zurückgreifen, um den Einsatz dieses Regulierungsinstrumentes zu rechtfertigen. In welcher Beziehung die Wertung der TKK betreffend unterschiedlicher Wettbewerbsbeiträge von MVNOs und Wiederverkäufern zu den im Marktanalyseverfahren aufgezeigten Wettbewerbsproblemen steht, ist dem Maßnahmenentwurf aber nicht zu entnehmen. Damit fehlt es aber an einer tragfähigen Rechtfertigung für die Festlegung in Spruchpunkt 2.7, wonach das Terminierungsentgelt der Tele2UTA nicht auch deutlich niedriger sein kann, als jenes des Gastnetzbetreibers der Tele2UTA.

VII. Mangelnde Bestimmtheit

Überraschend sind die Ausführungen der TKK auf Seite 55 des Maßnahmenentwurfes, wonach die Wahl des Begriffes "Orientierung" schon mangels Bestimmtheit abzulehnen sei.

Einerseits verwendet die TKK diesen Begriff in Spruchpunkt 2.7 selbst (wenn auch in einem determinierten Zusammenhang), andererseits aber findet sie in allen Maßnahmenentwürfen zu M 13a-e/06 ohne weiteres das Auslangen damit, dass sich das gemäß verordneter Entgeltkontrolle zu verrechnende Entgelt "*an den LRAIC eines effizienten Betreibers zu orientieren hat*", ohne dass der Begriff der "Orientierung" oder der "LRAIC" klarer ausdifferenziert wäre. Woher dieser ungleich höhere Anspruch auf Wahl eindeutiger Begriffe im Verfahren M 13f/06 kommt, erschließt sich der Einschreiterin nicht.

VIII. Anregung

Die Einschreiterin regt an, im endgültigen Bescheid zu M 13e/06 von einer zwingenden Gleichsetzung des Gastnetz- und des MVNO-Entgeltes Abstand zu nehmen. Eine solche Anordnung wäre unverhältnismäßig und rechtswidrig.

Wien, am 4.12.2006

Hutchison 3G Austria GmbH