



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
 DDr Georg Bahn
 Dr Günther J Horvath, MCJ
 Mag Dr Willibald Plessner
 Dr Maria Th Pflügl
 Mag Dr Thomas Zottl
 Dr Christof Pöchhacker, MCL
 Dr Stefan Köck, LL M
 Mag Dr Axel Reidlinger, LL M
 Dr Michael Sedlaczek
 Dr Thomas Kustor, LL M
 Dr Friedrich Jergitsch
 Mag Dr Bertram Burtscher
 Dr Konrad Gröller
 Dr Farid Sigari-Majd
 Dr Alfred Zehner, LL M
 Dr Stephan Pachinger, LL M
 Dr Mario Züger
 Dr Michael Raninger, LL M
 Mag Alexander Operenyi, LL M
 Dr Florian Klimscha, LL M
 Dr Stephan Denk
 Dr Sabine Prossinger

Mag Dr Michal Dobrowolski
 Dr Lutz Riede, LL M
 Dr Karin Buzanich-Sommeregger
 Dr Ludwig Hartenau
 Mag Johannes Lutterotti
 Dr Renata Bobkova
 Dr Felix Neuwirther
 Dr Lukas Bauer
 Dr A Katharina Zechner
 Mag Dr Lars Gläser
 Dr Erika Rittenauer, LL M
 Dr Eva Katharina Strunz, LL M
 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.com

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DAC12717454/3

UNSER ZEICHEN BB

CLIENT MATTER NR 126460-0119

DVR 0114383

GZ: M 1.10/12

Per E-Mail

Telekom-Control-Kommission
 Mariahilferstraße 77-79
 1060 Wien

Einschreiter:

1. Hutchison 3G Austria GmbH
 Gasometer C
 Guglgasse 12/10/3
 1110 Wien

2. Orange Austria Telecommunication GmbH
 Brünner Straße 52
 1210 Wien

beide vertreten durch:

RECHTSANWALT
 MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
 A-1010 Wien, Seilergasse 16
 Tel: 515 15-0
 Fax: 515 15-1

wegen:

Marktanalyse gemäß § 26 FK G 2003

STELLUNGNAHME

1-fach

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie ist von der Solicitors Regulation Authority zugelassen und wird von dieser reguliert. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.

Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Barcelona Beijing Berlin Brüssel Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York Paris Rom Shanghai Singapore Tokyo Washington Wien

In umseits rubriziertem Marktanalyseverfahren haben die Einschreiter, Hutchison 3G Austria GmbH (*H3G*) und Orange Telecommunication GmbH (*Orange*) die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP vertreten durch und im Einvernehmen mit RA Dr. Bertram Burtscher mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung betraut.

Am 4.12.2012 hat die Telekom-Control-Kommission (*TKK*) im Marktanalyserverfahren zu GZ M 1/12 die Maßnahmenentwürfe zu GZ M 1.10/12 betreffend die Märkte für Mobilnetz-Terminierung (*Maßnahmenentwürfe*) veröffentlicht.

Dazu erstatten die Einschreiter nachstehende

STELLUNGNAHME

1. Vorbemerkung

Die Einschreiter begrüßen die seitens der TKK in den Maßnahmenentwürfen vorgesehenen Maßnahmen und halten diese für richtungsweisend und nachhaltig wettbewerbsfördernd.

Der Umstand, dass die Terminierungsleistung zu einem Teilnehmer ausschließlich durch jenen Mobilfunknetzbetreiber (*MNO*) erbracht werden kann, mit dem der Teilnehmer unter Vertrag steht (natürliches Monopol mit 100% Marktanteil), rechtfertigt und erfordert geradezu die Feststellung, dass der hier gegenständliche Markt ein der sektorspezifischen Regulierung unterliegender, relevanter Markt ist. Insbesondere die bei A1 Telekom aber auch die bei den anderen MNOs festgestellten, potentiellen Wettbewerbsprobleme auf einem unregulierten Terminierungsmarkt in Verbindung mit den Spezifika des österreichischen Telekommunikationsmarktes lassen auch nach Ansicht der Einschreiter die auferlegten Verpflichtungen plausibel erscheinen.

2. **Technologieneutrale Anordnung entspricht Marktstandard**

- 2.1 Positiv in den Maßnahmenentwürfen hervorzuheben ist die technologieneutrale Anordnung zur Verkehrsübergabe. Damit folgt die TKK der überzeugenden Argumentation der Amtssachverständigen, dass IP-Zusammenschaltungen die Marktzutrittsbarrieren senken. Aufgrund der technisch einfacheren Realisierung, die auch anderen Diensten zugute kommt (vgl zB GSMA Projekt IPX) und der deutli-



- chen Kostenersparnis¹ gegenüber herkömmlichen TDM-Links ist IP-Zusammenschaltung nun auch in Österreich im Markt etabliert.
- 2.2 H3G unterhält mehrere IP-Zusammenschaltungen mit nationalen und internationalen Partnern. IP-Zusammenschaltungen haben auch im Zuge der Orange-Integration eine wesentliche Bedeutung, und es finden mit allen wesentlichen Zusammenschaltungspartnern konstruktive Gespräche betreffend der Umstellung von TDM- auf IP-Zusammenschaltung statt. Teilweise steht die Umstellung kurz bevor.
- 2.3 Sofern dies nicht zur Abschottung des Zugangs dient, kann es vereinzelt sinnvoll sein, über den gesamten gegenständlichen Marktanalysezyklus TDM-Zusammenschaltungen aufrecht zu halten. Daher erscheint es verhältnismäßig, dass die IP-Zusammenschaltung nicht zwingend und ausschließlich, sondern eben technologieneutral angeordnet wird.
- 2.4 Die von der TKK getroffene Festlegung steht auch in Einklang mit der Zielbestimmung des § 1 Abs 3 TKG 2003, wonach insbesondere auch die hier gegenständlichen Regulierungsmaßnahmen weitestgehend technologieneutral zu gestalten sind.

3. Zur Höhe der ermittelten Entgelte

Das in den Maßnahmenentwürfen vorgesehene Entgelt erscheint geeignet, den identifizierten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken und den Wettbewerb in Österreich nachhaltig auf die Endkundenmärkte zu verlagern:

3.1 Zum Geschehen in anderen europäischen Ländern

Das von Mitbewerbern strapazierte Geschehen in anderen europäischen Ländern ist für die am österreichischen Markt auftretenden Wettbewerbsprobleme irrelevant. Im gegenständlichen Verfahren sind nicht Wettbewerbsprobleme am Binnenmarkt, sondern jene in Österreich zu adressieren.

Die Referenz auf andere Binnenmärkte muss sinnentleert bleiben, wenn und solange die aus regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten "richtigen"

¹ Die Kostenersparnis liegt vorwiegend im Bereich der Interface- und "Wartungskosten". Unter Wartungskosten im weiteren Sinn versteht H3G auch Aufwände für Verkehrsplanung, Schalten von zusätzlichen Leitungen, aufwendige Redundanz- bzw Ausfallskonzepte etc.

Entgelt-niveaus nicht erreicht sind. Am Beispiel von Österreich selbst zeigt sich im Zuge dieser Marktanalyse, dass trotz bereits jahrelanger Regulierung weiterhin erheblicher Regulierungsbedarf besteht. Ein Blick auf Österreich (aus anderen Binnenmärkten) würde daher keine geeignete Referenz liefern. Selbiges gilt auch umgekehrt für die in Österreich stattfindende Regulierungstätigkeit und es lässt sich daraus kein gesicherter Hinweis auf das korrekte Kostenniveau eines effizienten Betreibers gewinnen. Dieser Ansatz wird daher von der TKK zu Recht verworfen und vermag auch keinen Bezug zu den von der Behörde zu berücksichtigenden Regulierungszielen herzustellen.

3.2 Zur Ermittlung der Kosten

A1 Telekom und andere Verfahrensparteien üben teils heftige Kritik an dem von den Amtssachverständigen verwendeten Kostenrechnungsmodell des WIK (*WIK Modell*) und hält dieses für intransparent und fehlerhaft.

Das WIK-Modell ist zweifellos aufwendig und komplex. Bei derartigen Modellen ist auch aus der Sicht der Einschreiter keine 100%ige Fehlerfreiheit erzielbar. Das ist aber auch nicht notwendig, da es sich eben um ein Modell handelt, das die Situation eines am österreichischen Mobilfunkmarkt effizient agierenden MNO hinlänglich genau zu modellieren hat. Weiters soll eine Verprobung der Ergebnisse der Kostenrechnung mit den tatsächlichen Gegebenheiten bei Netzbetreibern möglich sein, was auch der Fall ist:

- (a) Bei den Inputparametern stellt das WIK-Modell auf die 2011 transportierten Verkehrsmengen, beim Equipment und den zugehörigen Anschaffungskosten sowie den zugehörigen Abschreibungen auf real am Markt zu beobachtende Tatsachen ab. Dazu mag es Auffassungsunterschiede geben (so etwa im Bereich der Abschreibungsdauern), aber Fehler könnten von jeder Verfahrenspartei bei gewissenhafter Durchsicht der von den Amtssachverständigen bereitgestellten Unterlagen leicht identifiziert werden; diesbezüglich gab es aber keine Beanstandungen.
- (b) Fehler in den weiterführenden Berechnungen insbesondere bei der Modellierung des Netzes sind, soweit sie nur zu geringfügigen Abweichungen führen, für Zwecke eines Modells nicht relevant und kaum zu erkennen. Grobe Abweichungen und unplausibles Verhalten des Modells sind aufgrund der Erfah-

rung der Marktteilnehmer leicht zu erkennen und auch ohne detaillierte Kenntnis der EDV-technischen Umsetzung des WIK-Modells ergebnisorientiert zu bewerten. So hat etwa H3G das modellierte Netz mit seinem tatsächlichen Netz abgeglichen und nur geringfügige und in weiterer Folge durch die Amtssachverständigen plausibel erklärte Abweichungen festgestellt.² Das im WIK-Modell ermittelte Netzdesign im Mobilfunk entspricht – soweit ersichtlich –im Wesentlichen der von H3G gelebten Praxis (dies gilt insbesondere für Controllerstandorte, Kernnetzstandorte und Mindestentfernungen)³. Das WIK-Modell bringt somit aus der Sicht der Einschreiter eine für Zwecke eines Kostenrechnungsmodells überraschend präzise Annäherung an reale Netzverhältnisse zuwege. Selbst A1 Telekom releviert lediglich die Gefahr von möglichen Abweichungen und theoretisch möglichen Fehlern. Konkrete oder systematische Modellfehler werden auch von A1 Telekom nicht mehr vorgebracht, nachdem das Modell in Hinblick auf die von den Betreibern aufgezeigten, augenscheinlichen Unstimmigkeiten korrigiert und angepasst wurde. Eine Reihe vermeintlich systematischer Anomalien konnte von den Amtssachverständigen plausibel erklärt und relativiert werden.

- (c) Bei der Vielzahl von Annahmen und Parametern, die von den Amtssachverständigen erhoben und mit den Marktteilnehmern verprobt wurden, ehe sie in das Modell inkorporiert wurden, sind partielle Anomalien vorprogrammiert und rechtfertigen keinesfalls einen pauschalen "Sicherheitsaufschlag", wie er etwa von A1 gefordert wird. Mit derselben Berechtigung wie der (auf Vermutungen basierende) Aufschlag könnte ein ebensolcher Abschlag argumentiert werden. Substantielle oder systematische Fehlergebnisse der Modellrechnungen wurden im Verfahren nicht aufgezeigt bzw. konnten solche Ergebnisse plausibilisiert, relativiert oder überhaupt durch Modellkorrekturen beseitigt werden. Jede weitere Modellkorrektur – insbesondere in Form von Pauschalzuschlägen – bedarf einer dem Grunde und der Höhe nach mindestens gleichermaßen überzeugenden oder besseren Begründung als die entsprechende

² H3G kritisierte vor allem die geringfügige Dimensionierung einzelner Netzelemente, welche sich aber in weiterer Folge durch die zu ermittelnden Wegfallkosten erklären ließ; würden die Netzelemente wie im praktischen Einsatz dimensioniert werden, wären die Wegfallkosten immer Null

³ H3G kritisierte vor allem die geringfügige Dimensionierung einzelner Netzelemente, welche sich aber in weiterer Folge durch die zu ermittelnden Wegfallkosten erklären ließ; würden die Netzelemente wie im praktischen Einsatz dimensioniert werden, wären die Wegfallkosten immer Null.

Gestaltung und Parametrisierung des Modells. Ansonsten wäre es unverhältnismäßig, erhebliche Aufwendungen in eine hinreichend exakte Modellierung zu stecken, wenn im Nachgang aufgrund lediglich theoretisch möglicher Anomalien in Einzelbereichen pauschale und in der Granularität weiterreichende Korrekturen an den Modellergebnissen vorgenommen würden.

- (d) Die von manifesten Eigeninteressen einzelner Betreiber getragenen Schutzbehauptungen auf Basis nicht systematischer "Ausreißer" oder partieller Anomalien des WIK-Modells sind gegen die Erreichung der Regulierungsziele und gegen eine hinreichende Verfahrenseffizienz abzuwägen und zu diesen ins Verhältnis zu setzen. Letzteren ist bei einer überwiegend Abwägung der Relevanz marginaler Unstimmigkeiten ganz klar der Vorzug zu geben.
- (e) Hinzu kommt, dass der gesamte im Netz des hypothetischen Betreibers transportierte Sprachverkehr weniger als 5 % an dem dort transportierten Gesamtverkehr⁴ ausmacht und dass der auf diesen geringen Prozentsatz entfallende Anteil der terminierenden Minuten davon wiederum nur einen Bruchteil ausmacht. Auch das ist bei der Relevanz aufgezeigter, möglicher Detailfehler verhältnismäßig zu berücksichtigen. Dies ist nach Ansicht der Einschreiter durch die Wahl eines Wertes am oberen Rand des berechneten Sampels gelungen und wird den im TKG 2003 normierten Regulierungszielen sowie den allgemeinen im Verwaltungsverfahrenrecht in Hinblick auf eine effiziente Verfahrensführung zu beachtenden Grundsätzen gerecht.

4. Zur Entgelthöhe

- 4.1 Die im Wesentlichen aus der Kostenrechnung resultierenden Mobilterminierungsentgelte in der Höhe von 0,8049 €Cent liegen im Bereich der bisher mittels Pure LRIC vorgenommenen Entgeltanordnungen und erscheinen schon aufgrund dieses Umstandes plausibel.
- 4.2 Darüber hinaus hat H3G basierend auf der von den Amtssachverständigen im Verfahren zu GZ M 1/08 verwendeten LRAIC Kostenrechnung eine "Kontrollrechnung" durchgeführt und festgestellt, dass sich auch nach dieser – noch deutlich weniger

⁴ Es wurden sowohl für Sprach- als auch für Datenverkehr die tatsächlich im Jahr 2011 transportierten Verkehrsmengen herangezogen

"strengen" (weil eine breitere Kostenbasis zulassenden) – Berechnungsmethode die Kosten deutlich an den Wert von 1 €Cent angenähert haben.⁵ Diese Möglichkeit zur Plausibilitätskontrolle anhand eines bekannten Modelles stand jedem Betreiber zur Verfügung.

4.3 Kein Gleitpfad und zeitgleiche Absenkung der FTR und MTR

Von einigen Verfahrensparteien wurde vorgebracht, dass eine (allfällige) Senkung des gegenständlichen Terminierungsentgeltes schrittweise und über einen Gleitpfad erfolgen solle.

Die Einschreiter sehen hierfür keinen Raum und schließen sich der diesbezüglichen Argumentation der TKK vollinhaltlich an. Es wird jedoch angeregt, die Absenkung der Fest- und Mobilterminierungsentgelte zeitgleich durchzuführen.

5. Zum Wunsch nach symmetrischen Mobil- und Festnetzterminierungsentgelten

5.1 Nach Ansicht der Einschreiter ist aus der Empfehlung 2009/396/EG der Europäischen Kommission nicht abzuleiten, dass die Festnetz- und Mobilfunkterminierungsentgelte *per se* symmetrisch anzuordnen wären. Schon gar nicht ergibt sich aus dieser Empfehlung, dass die Festnetzterminierungsentgelte über ein effizientes Kostenniveau anzuheben oder die Mobilterminierungsentgelte unter ein solches zu senken wären. Beides würde zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen.

5.2 Darüber hinaus ist der TKK in beizupflichten, dass bei einer Entgeltermittlung im Rahmen des Pure LRIC Standards sowohl bei der Ermittlung der Mobil- wie auch der Festnetzterminierungsentgelte nur die auf das letzte Inkrement Terminierung entfallenden Kosten zu berücksichtigen sind. Da aber – anders als in Mobilfunknetzen – im Festnetz ein dem Teilnehmer allein und ausschließlich zuordenbarer Zugang (über die Teilnehmeranschlussleitung) vorliegt, sind die Kosten des festen Zugangsnetzes verkehrsunabhängig und haben somit entsprechend der Terminierungsempfehlung bei der Kostenrechnung ohne Berücksichtigung zu bleiben.

⁵ Verwendet wurden die Verkehrswerte von 2011, welche im Vergleich zu den von den Amtssachverständigen damals verwendeten Daten aus dem Jahr 2010 (die noch zu Kosten von 2,01 €Cent führten) nochmals eine deutliche Verkehrsmengensteigerung aufwiesen und daher eine weitere Kostendegression bewirkten.

6. Auswirkungen auf Investitionen

Von mehreren Verfahrensparteien wurde die Befürchtung geäußert, dass die von der TKK als notwendig erachtete Entgeltregulierung und die damit verbundene Absenkung der Mobilterminierungsentgelte auf das Niveau der Pure LRIC, negative Auswirkungen auf Investitionen haben könnte.

Im Bereich des Mobilfunkes gibt es nun schon über viele Jahre einen Trend zu niedrigeren Vorleistungsentgelten und die Befürchtung ist nicht neu. Die Einschreiter teilen diese Befürchtung nicht zuletzt aufgrund eigener Erfahrungen und vor dem Hintergrund der amtsbekannten Markt- und Investitionsentwicklung im österreichischen Telekommunikationsmarkt nicht. Das Gegenteil hat sich gezeigt:

Im Mobilfunk werden seit Jahren Senkungen der Vorleistungsentgelte in Aussicht gestellt und tatsächlich umgesetzt; dennoch ist der Wettbewerb auf den österreichischen Endkundenmärkten schärfer als kaum in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union. In kaum einem anderen Mitgliedstaat werden im Mobilfunk derart hohe, durch schwierige Topographie und geographische Umstände bedingte Investitionen pro Kunde getätigt, wie in Österreich.

Gleichzeitig zeichnet sich die Regulierung der Terminierungsentgelte im Festnetz durch besonders hohe, A1 Telekom freundliche Entgelte aus⁶. Diese hätten – würden die geäußerten Befürchtungen stimmen – im Festnetz enorme Investitionen und Wettbewerbsimpulse auslösen müssen. Dies war und ist aber nicht der Fall. Anstelle von positiven Impulsen kam es zu drastischen Erhöhungen der Endkundenpreise⁷ und der medial gern betonte Ausbau der Infrastruktur erfolgt zumeist nur iVm "staatlichen" Förderungen.

⁶ Die aktuell zur Verrechnung gelangenden Festnetzterminierungsentgelte waren im Oktober 2011 die fünf höchsten innerhalb der EU27. Höhere Entgelte kamen bzw kommen (sofern unverändert) nur in Tschechien, Litauen, Rumänien und Finnland zur Verrechnung (Quelle: Wirtschaftswissenschaftliches Gegengutachten auf die wirtschaftlichen Gutachten der RTR-GmbH für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/12 (Festnetzterminierungsmärkte und betreiberindividuelle Anrufzustellung in Mobilfunknetzen) im Auftrag von A1 Telekom Austria AG

⁷ zB erhöhte der Marktführer A1 Telekom seine Tarife ab 1. April 2012 für die Festnetztelefonie sowie damit verbundene Services wie folgt: Festnetzanschluss 16,70 Euro statt 15,98 Euro pro Monat; Festnetz plus ISDN-Basisanschluss 28,68 statt 26,59 Euro pro Monat. Noch deutlicher fallen die Steigerungen bei den Dienstleistungen aus: So kostet die Rufnummernänderung künftig 20 statt 13,08 Euro, eine eingeschriebene Mahnung 15 statt 10,90 Euro, die Sperre eines Internetanschlusses 30 statt 20 Euro

Historie und aktuelle Situation zeigen klar, dass nur durch die nun in Aussicht genommenen Maßnahmen gemäß den vorliegenden Maßnahmenentwürfen wettbewerbs- und investitionsfördernde Impulse gesetzt werden können.

Wien, 25. Januar 2013

Hutchison 3G Austria GmbH
Orange Austria Telecommunication GmbH