



Freshfields Bruckhaus Deringer

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

Per E-Mail

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
em. DDr Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plessner
Dr Maria Th Pflügl
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöchlhacker, 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 Florian Klimscha, LL M
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Stephan Pachinger, LL M
Dr Mario Züger
Dr Michael Raninger, 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 Felix Neuwirther
Dr Lukas Bauer
Dr A Katharina Herdenfeldt
Mag Dr Lars Gläser
Dr Erika Rittenauer, LL M
Dr Eva Katharina Strunz, LL M
Dr Franz Stenitzer, LL M
Dr Erik Hödl
Dr Sandra Jedinger, LL M
Mag Niamh Leinwather
Dr Maria Dreher
Dr Maximilian Jacob
Als europäische Rechtsanwältin niedergelassen:
Dr Anna K Wolf-Posch, LL M
Lic iur Eliane Fischer, MIA
In Österreich nicht als Rechtsanwalt zugelassen:
Univ Prof Dr Claus Staringer, Steuerberater
Jenny W T Power, JD (Florida, USA)
Courtney E Lotfi, JD (Virginia, USA)
Christopher J Hall, JD
(Virginia, Washington, DC, USA)
Amanda Neil, LL B (England und Wales,
New South Wales, Australien)
dr Agnes Molnar (England und Wales, Ungarn)
Blair Day, LL B (Victoria, Australien)

Einschreiterin: Hutchison Drei Austria GmbH
(vormals Hutchison 3G Austria
GmbH)
Brünner Straße 52
1210 Wien

Seilergasse 16
1010 Wien
T+ 43 1 515 15 0
F+ 43 1 512 63 94
E bertram.burtscher@
freshfields.com
W freshfields.com

DOK NR DAC15353243/1+
UNSER ZEICHEN BB
CLIENT MATTER NR 126460-0119
DVR 0114383

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
A-1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515 15 0
RA-Code/R 149369

GZ: M 1.5/12

wegen: Marktanalyse gemäß § 36 TKG 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 Singapur Tokyo Washington Wien
DAC15353243/1+

Am 11.3.2014 hat die Telekom-Control-Kommission (*TKK*) im Marktanalyseverfahren zu GZ M 1/12 den Maßnahmenentwurf zu GZ M 1.5/12 betreffend den Markt für Terminierende Segmente von Mietleitungen (*Maßnahmenentwurf*) veröffentlicht.

Die Einschreiterin teilt und begrüßt in wesentlichen Teilen die seitens der TKK im Verfahren M 1.5/12 vorgesehenen Maßnahmen und hält diese für richtungsweisend und nachhaltig wettbewerbsfördernd. Jedoch legt der Maßnahmenentwurf nicht schlüssig dar, wie die TKK zu den für die monatlichen Entgelte hochgradig ergebnisrelevanten Belegungsgraden kommt. Auch finden sich im Maßnahmenentwurf offensichtliche Berechnungsfehler in Zusammenhang mit der Aufsummierung des Belegungsgrades. Daneben wurden auch die Kosten für das Glasfaserkabel in unbebautem Gebiet unzulässigerweise doppelt berücksichtigt.

Dazu erstattet die Einschreiterin als interessierte Person gemäß § 128 TKG 2003 sowie als Partei binnen offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME

1. **Der angenommene Belegungsgrad ist falsch berechnet und unschlüssig**

Eine schlüssige Herleitung des wahrscheinlichen Belegungsgrades von 2-7 Fasern in bebautem und 2-5 Fasern in unbebautem Gebiet war weder der gutachterlichen Stellungnahme vom Jänner 2014 (veröffentlicht und zugestellt am 11.2.2014; *gutachterliche Stellungnahme*) noch ist sie dem gegenständlichen Maßnahmenentwurf zu entnehmen. Es gibt auch mehrere Berechnungsfehler bei der Herleitung des geringsten Belegungsgrades.

Somit liegt ist ein wesentlicher Punkt der Berechnung der kostendeckenden Entgelte mit einem hochgradig ergebnisrelevanten Mangel belastet, stellt doch der Belegungsgrad gleichsam den „Divisor“ für die kostendeckenden Entgelte dar.

2. **Geringste Belegung wurde falsch berechnet**

Die TKK stellt hinsichtlich des Belegungsgrades folgendes fest: „*Zentrales Element der Kostenbestimmung ist jedoch der Belegungsgrad der jeweiligen Leitung. Dabei ist von einer Belegung durch A1 Telekom von 1-3 Fasern (eigenes Netz + 1-2 Endkunden), 1-2 Fasern durch Festnetzbetreiber (Entbündler, Kabelnetzbetreiber, vor-*

wiegend in bebautem Gebiet) und durch 1-2 Mobilfunkbetreiber, auch in unbebautem Gebiet (bedingt durch den LTE-Rollout) auszugehen. Die gewonnenen Mittelwerte betragen 4,5 Fasern in bebautem und 3,5 Fasern in unbebautem Gebiet.“ (vgl Maßnahmenentwurf, Seite 48).

In der scheinbar mathematischen Herleitung des Belegungsgrades finden sich gleich mehrere Berechnungsfehler:

- (a) Zunächst ist bei der Aufsummierung der geringsten Belegung in bebautem Gebiet ein Berechnungsfehler unterlaufen. So ergeben die Aufsummierung der geringsten Belegungsgrade in bebautem Gebiet durch A1 Telekom (also „1“), Festnetzbetreiber (also „1“) und Mobilfunkbetreiber (also „1“) bereits bei Heranziehung der von der TKK angegebenen Zahlenwerte (welche jedoch ebenfalls unrichtig berechnet wurden, vgl dazu Punkt 2(b)) eine geringste Belegung von drei Fasern und nicht wie fälschlich für die Mittelwertbildung angenommen zwei.
- (b) Danbeben ist der erste „Summand“ ist wie folgt angegeben: „*Belegung durch A1 Telekom von 1-3 Fasern (eigenes Netz + 1-2 Endkunden)*“. Nach den schlüssigen Erläuterungen in der Klammer ergeben sich daher 2-3 Fasern ($1 + [1 \text{ oder } 2] = 2 \text{ oder } 3$) und nicht, wie fälschlich angegeben 1-3 Fasern.

Somit ergibt sich schon durch Korrektur der falsch summierten Angaben bereits ein Belegungsgrad von 4-7 (Mittelwert: 5,5) in bebautem und 3-5 (Mittelwert: 4) in unbebautem Gebiet und folglich ein monatliches Entgelt von 22,7 Eurocent in bebautem Gebiet und 11,7 Eurocent in unbebautem Gebiet.

Dass die TKK in der rechtlichen Beurteilung davon ausgeht, dass „*in sehr dünn besiedelten Gebieten auch eine Belegung von nur 2 Fasern (bzw. Faserpaaren) wahrscheinlich ist*“ (vgl Maßnahmenentwurf, Seite 91), widerspricht augenscheinlich dem (eben zitierten) festgestellten Sachverhalt und den diesbezüglichen Ausführungen der Amtsachverständigen in der gutachterlichen Stellungnahme.

3. **Höchste Belegung ist unschlüssig**

Wie bereits in der Stellungnahme vom 28.2.2014 ausgeführt, ist gerade in ländlichen Gebieten anzunehmen, dass höhere Belegungsgrade vorliegen. Aktives Equipment (*DWDM*) zur Erhöhung der Datenrate pro Faser und damit Verringerung der Anzahl der belegten Fasern kommt in unbebautem Gebiet in der Praxis kaum vor. Multiple-



xing ist daher in ländlichen Gebieten auch bei optischen Leitern mit wenigen Fasern weder erforderlich noch wirtschaftlich. Schon allein aus dieser Tatsache muss ein höherer Belegungsgrad in unbebautem Gebiet folgen, als von den Amtsachverständigen in der gutachterlichen Stellungnahme behauptet und von der TKK im Maßnahmenentwurf festgestellt wurde.

Bei realistischer Durchschnittsbetrachtung ist – konservativ betrachtet – bei momentan unreguliertem Markt von einer Belegung mit zumindest 4 bis 6 Fasern auszugehen. Wie in den Stellungnahmen vom 22.1.2014 sowie 28.2.2014 bereits ausgeführt, wird sich mit Einführung einer Zugangsverpflichtung zu unbeschalteter Glasfaser der Belegungsgrad weiter erhöhen. Das ist insbesondere aus dem Umstand abzuleiten, dass neben den Mobilfunknetzbetreibern im Rahmen des hier gegenständlichen Verfahrens auch eine Reihe von Festnetzbetreibern (etwa Tele2 und UPC) und Internetserviceprovidern bzw deren Interessenvertretung auf den dringenden Bedarf an unbeschalteten Glasfasern hingewiesen haben (amtsbekannt) und die von A1 zur Verfügung zu stellenden unbeschalteten Glasfasern nutzen würden.

Weiters ist davon auszugehen, dass in Zukunft alle am Markt befindlichen Mobilfunkbetreiber im Zuge des LTE-Rollouts die von A1 zur Verfügung zu stellenden unbeschalteten Glasfasern nutzen werden. Neben der Eigennutzung durch A1 (welche bereits im ersten Summanden abgedeckt ist) werden jedenfalls die momentan zwei weiteren am Markt befindlichen Mobilfunkbetreiber (T-Mobile und die Einschreiterin) die von A1 zur Verfügung zu stellenden unbeschalteten Glasfasern nutzen. Im Sinne der gebotenen „*zukunftsgerichteten Betrachtungsweise*“ (vgl Maßnahmenentwurf, Seite 91) ist aber nicht auszuschließen, dass ein vierter Mobilfunkbetreiber in den Markt eintritt, der dann ebenfalls großen Bedarf an der Nutzung der von A1 zur Verfügung zu stellenden unbeschalteten Glasfasern hat. Daraus ergibt sich ein Belegungsgrad (hinsichtlich Nutzung durch Mobilfunkbetreiber exklusive A1) von 2-3. Unter Berücksichtigung dieser bei zukunftsgerichteter Betrachtungsweise voraussichtlichen Nutzung durch Mobilfunkbetreiber und Richtigstellung der in Punkt 2 aufgezeigten Berechnungsfehler ergibt sich bereits ein Belegungsgrad von 5-8 (Mittelwert: 6,5) in bebautem und 4-6 (Mittelwert: 5) in unbebautem Gebiet und damit ein monatliches Entgelt von 19,2 Eurocent in bebautem Gebiet und 9,4 Eurocent in unbebautem Gebiet.

Weiters ist auf Grund der oben geschilderten großen Nachfrageabsichten von einem deutlich größeren Anteil an Festnetzbetreibern und Internetserviceprovidern auszugehen, jedenfalls deutlich höher als 1-2 (wie von den Amtsachverständigen ange-

nommen und von der TKK im Maßnahmenentwurf festgestellt). Die TKK führt hier begründend aus, dass „selbst in dichter besiedelten Gebieten von Markt 2 nur von ein bis zwei Betreibern auszugehen [ist], die als Nachfrager in Frage kommen“ (vgl. Maßnahmenentwurf, Seite 91). Weder die TKK, noch die Amtsachverständigen führen aus, wie sie zu dieser – mit einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise unvereinbaren und den amtsbekannten dringenden Bedarf an reguliertem Zugang zu unbeschalteter Glasfaser negierenden – Behauptung gelangen. So ist gerade bei gebotener zukunftsgerichteter Betrachtungsweise anzunehmen, dass sich der Belegungsgrad mit Einführung einer Zugangsverpflichtung signifikant erhöhen wird. Die Einschreiterin geht hier bei konservativer Schätzung (gerade vor dem Hintergrund des im gegenständlichen Verfahren geäußerten konkreten Bedarfs und amtsbekannter Nutzungsabsichten) von einem Belegungsgrad durch Festnetzbetreiber von 2 bis 6 Fasern aus, dies jedenfalls im bebauten Gebiet. Weiters ist aus der gutachterlichen Stellungnahme sowie aus dem Maßnahmenentwurf nicht nachvollziehbar abzuleiten, warum Festnetzbetreiber ausschließlich in bebautem Gebiet unbeschaltete Glasfaser nachfragen sollten. Seitens der Einschreiterin sind auch keine Gründe erkennbar, die gegen die Annahme eines derartigen Belegungsgrades in unbebautem Gebiet sprechen würden. Die Ausführung der TKK, es handle sich bei Markt 2 hauptsächlich um dünn besiedelte Gebiete, wonach in diesen Regionen in aller Regel nur wenige Entbündler und Kabelnetzbetreiber vorhanden sind (vgl. Maßnahmenentwurf, Seite 91), ist vor den amtsbekannt geäußerten Nachfrageabsichten nicht haltbar.

Unter Anwendung der zukunftsgerichteten Betrachtungsweise (voraussichtlichen Nutzung durch Mobilfunkbetreiber) und nach Richtigstellung der aufgezeigten Berechnungsfehler ergibt sich – insbesondere wenn man bei zukunftsgerichteter Betrachtungsweise auch die voraussichtlichen Nutzung durch Festnetzbetreiber beachtet – nun ein Belegungsgrad von 6-12 (Mittelwert: 9) in bebautem und 6-12 (Mittelwert: 9) in unbebautem Gebiet und damit ein monatliches Entgelt von 13,8 Eurocent in bebautem Gebiet und 5,2 Eurocent in unbebautem Gebiet.

4. Kosten für Glasfaserkabel wurden doppelt berücksichtigt

Die Gutachter führen hinsichtlich der Herstellungskosten für unbebautes Gebiet in der gutachterlichen Stellungnahme folgendes aus: „Für unbebautes Gebiet können aus Sicht der Gutachter die von Hutchison eingebrachten Kosten von € 40,- pro Meter verwendet werden“ (vgl. gutachterliche Stellungnahme, Seite 3). Wie aus der Stellungnahme der Einschreiterin vom 22.1.2014 hervorgeht (vgl. Seite 3 der Stellungnahme der Einschreiterin vom 22.1.2014), umfassen die dort angegebenen



(und von den Gutachtern übernommenen) EUR 40,- aber bereits die Herstellungskosten für das Glasfaserkabel. Sohin sind die Kosten für das Glasfaserkabel bereits in den EUR 40,- berücksichtigt. Die TKK schlägt jedoch im Maßnahmenentwurf die Kosten für das Glasfaserkabel nochmals den EUR 40,- hinzu (vgl Maßnahmenentwurf, Seite 48), womit sie die Kosten für das Glasfaserkabel im unbebauten Gebiet unzulässigerweise doppelt berücksichtigt.

5. Ergebnis

Wie eben dargelegt, sind der TKK bei der Berechnung des Belegungsgrades Berechnungsfehler unterlaufen und überdies die von den Amt sachverständigen angesetzten (und von der TKK im Maßnahmenentwurf übernommenen) Belegungsgrade un schlüssig und verfehlt. Daneben wurden auch die Kosten für das Glasfaserkabel in unbebautem Gebiet unzulässigerweise doppelt berücksichtigt. Diese Fehler sind im endgültigen Bescheid jedenfalls zu korrigieren.

Bei gebotener zukunftsgerichteter Betrachtungsweise ist ersichtlich, dass der Belegungsgrad deutlich höher als von den Amt sachverständigen angenommen angesetzt werden muss. Die Einschreiterin geht unter Berücksichtigung obiger Ausführungen in einer konservativen Schätzung von einem Belegungsgrad von 6 – 12 aus.

Wien, 7. April 2014

Hutchison Drei Austria GmbH