

Dr. Norbert Wiesinger

Dr. Norbert Wiesinger, LL.M.
(Columbia University)
Rechtsanwalt
R134985
also admitted in New York
A-1010 Wien
Rudolfsplatz 3
Tel: +43 1 533 32 49- 0
Fax: +43 1 533 32 49-10
email: wiesinger@wai-law.at

An die
Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
A-1060 Wien
PER E-MAIL

M1.9/12

Wien, am 1. Februar 2012

Mitbeteiligte Partei: atrms Telefon- und Marketing Services GmbH
Saturn Tower
Leonard Bernstein Straße 10
1220 Wien

vertreten durch: Dr. Norbert Wiesinger
Rechtsanwalt
Rudolfsplatz 3
1010 Wien
Vollmacht erteilt

**Stellungnahme im Konsultationsverfahren
Festnetz-Originierung**

1-fach

In umseits näher bezeichneter Rechtssache erstattet die mitbeteiligte Partei nachstehende

Stellungnahme

zum Maßnahmenentwurf vom 17.12.2012¹.

1. Zusammenfassung

Die Anordnung einer Entgeltobergrenze von

Peak 2,135 Cent Off Peak 1,321 Cent

für die Festnetzoriginierungsleistung der A1 Telekom Austria wirkt **wettbewerbszerstörend**. Sie ist daher im Sinne des TKG keine geeignete Abhilfemaßnahme. **Die Anordnung wäre daher gesetzwidrig.**

2. Zur besonderen Rolle der atms

Die mitbeteiligte Partei ist ein **Dienstnetzbetreiber**. Ihre Kunden sind in erster Linie Dienstanbieter, denen atms Rufe aus Drittnetzen zuführt und Plattformdienste anbietet. Der **wesentlichste Kostenfaktor** bei dieser Art der Dienstleistung sind die **Originierungskosten**, die an die Netzbetreiber (Festnetz und Mobilnetz) zu bezahlen sind. Bislang bezahlte atms für diese Leistung bei der A1 Telekom Austria auf der Basis von M4/09:

Peak 1,28 Cent Off Peak 0,71 Cent

Mit der nunmehr angeordneten Entgeltobergrenze würde sich dieser Betrag um **mehr als 66% bzw. 86% erhöhen**. Diese Entgelterhöhung würde bei atms nahezu voll durchschlagen und zu einer **massiven Verschlechterung der wettbewerblichen Position der atms** führen.

3. Unzulässigkeit der geplanten Anordnung

¹ Entwurf einer Vollziehungshandlung zu M1/12-87 M1.9/12-42

3.1 A1 Telekom Austria ist in ihrer Marktmacht nicht eingeschränkt

Die **Marktanteile der A1 Telekom Austria** betragen im Dezember 2010 auf dem relevanten Markt **rund 78%**. Der alternative Betreiber mit dem höchsten Originierungsaufkommen lag bei nur 10%. Die Marktanteile der A1 Telekom Austria haben sich über die Jahre **kaum verändert**.

Die **Marktzutritts- und Expansionsbarrieren** sind nach wie vor sehr hoch. Neue Markteintritte sowie Expansionen im signifikanten Ausmaß werden nicht erwartet. Das Netz der A1 Telekom Austria ist eine **nicht leicht ersetzbare Infrastruktur**. Die **vertikale Integration** der A1 Telekom Austria setzt überdies ökonomische Anreize, alternative Betreiber zu **benachteiligen**. Die **nachfrageseitige Gegenmacht** ist nicht in der Lage, ausreichend disziplinierend auf A1 Telekom Austria zu wirken.

An der Marktsituation und den grundlegenden Feststellungen zu den Marktverhältnissen hat sich **seit vielen Jahren kaum etwas geändert**. Die **aufzuerlegende Entgeltkontrolle** hat sich an diesen Marktverhältnissen und **nicht an anderen Zielrichtungen der Telekom-Control-Kommission zu orientieren!**

3.2 Verwendung des FL-LRAIC Maßstab wäre geboten

Die Europäische Kommission hat bereits vor **mehr als einem Jahrzehnt(!)** in einer Empfehlung vom 8. Jänner 1998 erklärt, dass Entgelte für die Zusammenschaltung am geeignetsten auf der **Grundlage der zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (also FL-LRAIC)** zu **ermitteln** sind, da dies mit einem wettbewerbsorientierten Markt am besten vereinbar wäre. Dieser Zugang wurde von der Europäischen Kommission zwar mittlerweile für die Terminierungsentgelte auf einen FL-LRIC Standard geändert. **Für die Originierungsleistung gilt die alte Empfehlung jedoch nach wie vor**. Solange der Originierungsmarkt keinen wesentlichen Änderungen unterworfen ist, muss hier nach wie vor der FL-LRAIC Maßstab zur Anwendung kommen.

3.3 Keine Betrachtung der Auswirkungen auf Dienstnetzbetreibern

Die TKK schätzt die Auswirkungen der geplanten Anordnung auf die Dienstnetzbetreiber völlig falsch ein. Sie geht ausschließlich von dem Verständnis aus, dass es sich bei den Originierungsentgelten für die Dienstnetzbetreiber um einen **Durchlaufposten** handeln würde, der letztlich dem Diensteanbieter in Rechnung gestellt wird.

Die TKK übersieht dabei vollständig, dass die Dienstnetzbetreiber im **unmittelbaren Wettbewerb mit der A1 Telekom Austria** stehen. Die A1 Telekom Austria ist selbst ein großer Dienstnetzbetreiber, der mit der mitbeteiligten Partei regelmäßig im unmittelbaren Wettbewerb (etwa bei Ausschreibungen) steht.

Die A1 Telekom Austria kann die geplanten Entgelterhöhungen ohne weiteres dazu verwenden, um im Wettbewerb mit der mitbeteiligten Partei günstigere Preise anzubieten. Damit müsste die mitbeteiligte Partei ihren eigenen Wettbewerb finanzieren. Die A1 Telekom Austria könnte diese zusätzlichen Entgelte nützen, um ihre Wettbewerber aus dem Markt zu drängen.

Hat die A1 Telekom Austria auf diese Art ihren Wettbewerb aus dem Markt verdrängt, könnte sie Preise wieder anheben und letztlich zu Lasten der Endkunden eine **Monopolrendite kassieren**.

3.4 Zerstörung bestehender Geschäftsmodelle

Die geplante Anordnung würde überdies das „Aus“ für **verschiedene Geschäftsmodelle** wie zB das **Calling Card Business** bedeuten. Dieser Geschäftszweig zielt vor allem auf gesellschaftliche Randgruppen ab, die aus verschiedenen Gründen über keinen Festnetzanschluss verfügen; meist weil die damit verbundenen Kosten zu hoch sind.

Bei Calling Cards wird das Dienstnetz meist über eine **quellnetztarifizierte Rufnummer** erreicht und von dort eine Weitervermittlung zu den **angewählten geographischen Rufnummern** durchgeführt. Die Preise für diese Verbindungen müssen sich an den Teilnehmerentgelten der A1 Telekom Austria orientieren, da sie sonst nicht wettbewerbsfähig wären. Der Call ist somit aus Sicht der Vorleistung

einmal als Originierung zur Dienstnummer und einmal als Terminierung zu verrechnen.

Mit der geplanten Erhöhung der Originierungsentgelte würde der Call für den Calling Card Betreiber drastisch teurer werden. Bei Preisen, die ohnedies nur knapp über den Zusammenschaltungsentgelten liegen, käme dies einer **de facto Untersagung** dieser Dienstart gleich.

4. **Begründungsmängel**

Der Maßnahmenentwurf ist überdies an zahlreichen relevanten Stellen mangelhaft begründet. Dies wird insbesondere bei der Begründung des Vollkostenmaßstabs augenfällig:

4.1 **Begründung des Vollkostenmaßstabs unschlüssig**

Die TKK gründet die Anwendung der historischen Vollkosten der A1 Telekom Austria im Wesentlichen darauf, dass

- 1) es durch den Wettbewerbsdruck von Seiten der Mobilfunkbetreiber zu einem Anreiz der A1 Telekom Austria kommt, in effizientere Systeme zu investieren und
- 2) sonst die CPS Betreiber belohnt würden und das von der Behörde favorisierte VoB Produkt nicht angenommen werden könnte.

Beide Argumente liegen neben den eigentlichen Marktproblemen. Der im gegenständlichen Verfahren relevante Markt ist der **Originierungsmarkt**. Dieser ist – wie die Amtssachverständigen selbst zu Beginn des Gutachtens ausführen – ein von den übrigen Märkten getrennt zu betrachtender, eigenständiger Markt. Es ist zwar richtig, dass die Originierungsleistung von CPS-Betreibern angekauft wird, um auch Terminierungsleistungen zu verkaufen, das ist aber nicht der gesamte Markt. Originierungsleistungen werden – insbesondere von Dienstenetzbetreibern wie der mitbeteiligten Partei – völlig losgelöst von der Terminierungsleistung genutzt. Der Originierungsmarkt muss daher als **eigenständiger Vorleistungsmarkt** betrachtet und auch so behandelt werden.

Überdies ist die Ausführung, wonach die Telekom Austria aufgrund des Wettbewerbsdrucks durch den Mobilfunk zu effizienten Investitionen gedrängt würde, eine **reine Scheinbegründung**. A1 Telekom Austria ist selbst **der größte Mobilfunkbetreiber**. Sie kann autonom entscheiden, wie sie als Unternehmen am ehesten erfolgreich ist. Aus dem bloßen Umstand, dass es auf den Endkundenmärkten Wettbewerbsdruck vom Mobilfunk gibt, kann nicht automatisch geschlossen werden, dass die Festnetzinvestitionen der A1 Telekom Austria effizienter werden.

4.2 Unzulässige Verquickung von Originierung und VoB-Produkt

Telekommunikationsrechtlich unzulässig ist auch die von der Behörde geschaffene Verquickung mit der CPS Leistung bzw. dem VoB-Produkt.

Beim VoB-Vorleistungsprodukt und der Originierungsleistung handelt es sich um **zwei voneinander unabhängige Vorleistungsprodukte** der A1 Telekom Austria. Das VoB-Produkt ist nur für jene Kundengruppen interessant, die auch einen Breitbandanschluss wünschen. Nicht erreicht werden mit solchen Produkten Personen, die an Breitbandanschlüssen über das Netz der A1 Telekom Austria kein Interesse haben. **Diese noch immer sehr großen Kundengruppen (wohl um die 50% der Haushalte) sind vom VoB Produkt nicht erreichbar**. Die geplante Anordnung zielt auf eine Re-Monopolisierung dieser Haushalte durch die A1 Telekom Austria ab.

4.3 Weitere Scheinbegründungen

Die mitbeteiligte Partei hat sich im Verfahren sorgfältig mit den insbesondere von den Amtssachverständigen gebrachten Argumenten auseinandergesetzt. Sie hat sich dabei unter anderem mit der **offensichtlich unrichtigen WACC Berechnung** und der **völligen Intransparenz der Gutachten** auseinandergesetzt.

4.3.1 Scheinbegründung zum WACC

Zu den Kritikpunkten der atms am WACC führt die Behörde im Maßnahmenentwurf aus:

„Die Amtssachverständigen konnten darauf nachvollziehbar und überzeugend replizieren: Bis zum Marktanalyseverfahren M 1/08 wurde die Marktrisikoprämie mit 5%

angenommen, sie lag zu dieser Zeit zwischen 4% und 6% (vgl. <http://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/>). Im Zuge der Wirtschaftskrise des Jahres 2008 wurde in der wissenschaftlichen Literatur erstmals die Frage nach einer Erhöhung der Marktrisikoprämie aufgegriffen (vgl. Barclays, 2009, Equity Gilt Study 2009, Barclays Capital), weswegen die Amtssachverständigen dieser Sichtweisen Rechnung getragen haben und eine Erhöhung der Marktrisikoprämie auf bis zu 12% für angebracht gehalten haben“.

Die Begründung sagt letztlich nur aus, dass die Amtssachverständigen die Erhöhung der Marktrisikoprämie auf 12% für angebracht hielten, weil im Zuge der Wirtschaftskrise des Jahres 2008 in der wissenschaftlichen Literatur erstmals die Frage nach einer Erhöhung der Marktrisikoprämie aufgegriffen wurde. **Das ist - streng genommen - nicht einmal eine ernsthaft versuchte Scheinbegründung.**

4.3.2 Scheinbegründung zur Intransparenz

Vergleichbar ist die Begründung der Behörde zu der von der atms relevierten Intransparenz.

Die Behörde führt auf recht breitem Raum aus, dass die Gutachter die Kosten und Kostengruppen der A1 Telekom Austria und die Zuordnung im Rahmen des Kostenmodells darstellten. Nichtsdestotrotz ist es für die mitbeteiligte Partei gänzlich unmöglich, die Kostenermittlung der Amtssachverständigen nachzuvollziehen, da weder das Kostenmodell an sich noch die Inputparameter zur Verfügung standen. Folgt man der Rechtsprechung des VwGH zur Akteneinsicht der Parteien nach dem AVG wäre hingegen genau das erforderlich gewesen.

5. Resümee

- Die Anordnung von Originierungsentgelten in Höhe der historischen Vollkosten der A1 Telekom Austria entspricht nicht dem Europäischen Regulierungsrahmen und **widerspricht dem Sinn und Zweck des TKG.**
- Die geplante Anordnung würde zu massiven Kostenerhöhungen bei der mitbeteiligten Partei führen, die ausschließlich ihrem Hauptkonkurrenten A1 Telekom Austria zu Gute kommen würde.

- Eine solche Anordnung würde dazu führen, dass sich die **Eintrittsbarrieren in den Endkundenmarkt für Sprachtelefondienstleistungen weiter erhöhen würden**. Damit würde das Gegenteil dessen erzielt, was nach § 37 TKG durch die Regulierungsbehörde anzuordnen ist, nämlich die Behebung von bestehenden Wettbewerbsproblemen.

- Eine Anordnung von Originierungsentgelten gemäß den Gutachten wäre **eindeutig TKG-widrig**.

atms Telefon- und Marketing Services GmbH