EINSCHREIBEN

An die
Telekom-Control-Kommission
pA Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

vorab per E-Mail: konsultationen@rtr.at

Wien, 28. September 2007

KONSULTATION M 15/03 BZW M 13/06 - STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF VON VOLLZIEHUNGSHANDLUNGEN ISD § 128 ABS 1 TKG 2003

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezug nehmend auf die oben angeführten Entwürfe von Vollziehungshandlungen zu M 15/03 bzw M 13/06 erstatten wir gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 binnen offener Frist nachstehende

S T E L L U N G N A H M E :

Mit dem Bescheidentwurf M15c/03 bzw. M13c/06 stellt die Telekom-Control-Kommission (nachstehend kurz als „TKK" bezeichnet) fest, dass die ONE GmbH („ONE") auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung von Sprachrufen in das öffentliche Mobiltelefonnetz der ONE GmbH" iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 sowohl für den Zeitraum 29.10.2004 bis 19.12.2006 als auch seit dem 20.12.2006 über beträchtliche Marktmacht verfügt. Aus diesem Grunde werden der ONE mit den Spruchpunkten A.2. und B.2. dieses Bescheidentwurfes gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Entgegen § 59 AVG beinhaltet der Spruch des Bescheidentwurfes keinen normativen Abspruch über die von der ONE im Verfahren M15c/03 bzw. M13c/06 gestellten Anträge vom 1.6.2004, 16.8.2004, 4.10.2006, 11.10.2006, 3.5.2007, 24.7.2007, 7.8.2007 und 9.8.2007. Sollte der Marktanalysebescheid in der gegenwärtigen Form erlassen werden, so wäre dieser insoweit mit Rechtswidrigkeit behaftet.

ONE GmbH
Brünner Straße 52, Postfach 8, A-1210 Wien, Tel.: +43 1 277 28 0, Fax: +43 1 277 28 3300, info@one.at, www.one.at
Bankverbindung: RLB NÖ-Wien, Kontonummer: 00000699090, BLZ: 32000, Handelsgericht Wien, FN 140132b, DVR 0908177, UID ATU 41029105

104242

ONE verweist zunächst auf das bisherige im Verfahren M15c/03 bzw. M13c/06 erstattete Vorbringen, sowie die gestellten Anträge und hält dieses weiterhin aufrecht. Mit den nachfolgenden Ausführungen nimmt ONE zu den auf ihr bisheriges Vorbringen bezogene Gegenausführungen der TKK im gegenständlichen Bescheidentwurf Stellung.

I.) Zur Frage der marktbeherrschenden Stellung von ONE:

Aufgrund der in der TKMVO 2003 festgelegten engen Marktdefinition „Terminierung in das individuelle Mobilnetz der ONE" kommt die erkennende Behörde zu der Schlussfolgerung, dass es sich – zumindest solange es keine hinreichenden Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gibt (vgl Punkt 2.3, S 11 des Bescheidentwurfes) – bei Terminierungen in das mobile Netz der ONE um einen Monopolmarkt handelt. Inwieweit beispielsweise „Voice over Internet Protokoll" Gespräche auf mobile Endgeräte in Zukunft Substitute für klassische Terminierungen darstellen, wurde beispielsweise nicht untersucht.

Insoweit die erkennende Behörde feststellt, dass *„die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt entsprechen"* (Bescheidentwurf S.11), somit bei ONE etwa 20% des Marktes, ist festzuhalten, dass diese Feststellung mit der Marktdefinition des § 1 Z 15 TKMVO, die einen Monopolmarkt (100% des Marktes) definiert, in Widerspruch steht.

Zentral ist jedoch nicht die Frage der (aufgrund der TKMVO definitionsbedingten) Monopolleistung, sondern vielmehr die Feststellung, ob ein Unternehmen die Macht besitzt, Preise signifikant zu erhöhen ohne signifikante Umsatzverluste erleiden zu müssen und diese Macht beim Ausbleiben von regulatorischen Eingriffen auch missbrauchen würde. Die erkennende Behörde führt hierzu wiederholt an, dass der mobile Terminierungsmarkt von Anbeginn an regulatorisch angeordnet gewesen sei, wodurch sich die zu erwartenden Missbrauchseffekte nicht in der prognostizierten Weise dargestellt haben.

Bei Heranziehung der obig angeführten Definition von beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 ist auffällig, dass ONE seit Betriebsaufnahme ihre Terminierungsentgelte noch nie signifikant erhöht hat. In diesem Zusammenhang halten wir erneut fest, dass ONE erstmals mittels Bescheid M 15c/03

zum Unternehmen mit beherrschender Marktmacht erklärt wurde. In den Jahren 1998 bis (fast Ende) 2004 war ONE somit in der privatrechtlichen Gestaltung ihrer Zusammenschaltungsentgelte frei; der Terminierungsmarkt war nicht reguliert. Die bescheidmäßige Feststellung von Entgelten im Rahmen eines Zusammenschaltungsverfahrens ersetzt eine privatrechtliche Einigung zwischen zwei Parteien und hat per se keine (zwingende) Auswirkung auf die Gestaltung der Entgelte gegenüber anderen Betreibern. Von einer Entgeltregulierung wie in den Ausführungen der Behörde unter Punkt C 2. des Bescheidentwurfes (S. 51ff) zu sprechen, erachtet ONE jedenfalls als zu weit gehend, mag auch die Kostenbeurteilung der Regulierungsbehörde einen Einflussfaktor bei der Gestaltung des Marktpreises darstellen (der Terminierungsmarkt wurde im alten Rechtsrahmen nicht auf die betreiberindividuelle Gesprächszustellung beschränkt, weswegen für ONE auch keine Marktbeherrschung festgestellt wurde und somit insofern durchaus von einem Marktpreis gesprochen werden kann).

Folgt man den Ausführungen der Behörde unter Punkt C.2 des Bescheidentwurfes (S 52ff), so würde bereits die alleinige und unverbindliche Veröffentlichung der Kostenbeurteilung durch die Regulierungsbehörde einer Entgeltregulierung gleichzusetzen sein und somit selbst bei fehlender Gleichbehandlungspflicht geeignet sein, Marktmissbrauch effektiv entgegen zu wirken („... *der Umstand dass es in dieser Zeit zu keiner Wettbewerbsverzerrung gekommen ist, ist nämlich auf Regulierung* [Anmerkung: durch Festlegung von Entgelten in Zusammenschaltungsverfahren] *zurückzuführen.*"). Eine derartige Maßnahme wäre jedenfalls die am wenigsten eingriffsintensivste, welche iSd TKG 2003 der Vorzug zu geben wäre. Die erkennende Behörde (bzw die Amtssachverständigen) kommt aber gerade zu dem Schluss, dass eine *„Anrufungsmöglichkeit der Regulierungsbehörde"* nicht ausreichen würde, eine *„Marktmacht restringierende Wirkung"* zu entfalten (Punkt C.3.b, Seite 60 des Bescheidentwurfes). Schon alleine diese Feststellung verunmöglicht die Behauptung, dass es im alten Rechtsrahmen nur durch bestehende „Regulierung" zu keinem Marktmissbrauch kam. Warum eine andere normative Marktdefinition nun beim Betreiber andere Beweggründe bei der Preissetzung induzieren soll, bleibt für ONE unverständlich und behaftet die Begründung des gegenständlichen Bescheidentwurfes mit Widerspruch. Eine solche Fehlerhaftigkeit in der behördlichen Beweiswürdigung kann zur Aufhebung eines Bescheides führen (vgl. ua VwGH 29.6.2006, 2001/13/0171).

Grosso modo kommt die Behörde weiters zu dem Befund, dass es sich beim Terminierungsmarkt der ONE um einen resistenten Monopolmarkt handelt, auf dem aufgrund der Marktbesonderheiten sowohl

auf der Vorleistungsebene als auch auf der Endkundenebene keine ausreichende Nachfragemacht vorliegt, um disziplinierend auf die Preissetzung einzuwirken. Ursache hierfür sei (unter anderem) das „Calling-Party-Pays-Prinzip" (CPP), welches zu externen Effekten führe, da der Teilnehmer, welcher über seine Subskriptionsentscheidung die Kosten seiner passiven Erreichbarkeit (mit)entscheidet nicht derjenige ist, der die Kosten zu tragen hat.

Abgesehen davon, dass auch in allen anderen Abrechnungsvarianten massive externe Effekte auftreten können, misst die Behörde dem Phänomen der Internalisierung innerhalb von Teilnehmergruppen stets keine ausreichende Bedeutung bei. Ein wesentlicher Anteil der Kommunikationsbedürfnisse von Teilnehmern entsteht innerhalb von geschlossenen Gruppen („Communities" wie Firmen, Familien oder Lebensgemeinschaften); die Befriedigung der Kommunikationsbedürfnisse belastet somit zum Großteil das Gesamtbudget der Community. Etwaige durch CPP auftretende externe Effekte, werden innerhalb der Community internalisiert. Die unter Punkt C. „Beweiswürdigung" 2.c des Bescheidentwurf (S 53ff) angesprochene Untersuchung der Amtsgutachter stellte lediglich fest, dass die Kosten der passiven Erreichbarkeit bei jetziger Preislage von untergeordneter Bedeutung wäre. Dieser Umstand würde sich schlagartig ändern, würden Mobilterminierungspreise marktadäquate Größenordnungen verlassen. Insofern liegt jedenfalls eine disziplinierende Marktwirkung vor. Das Argument, dass eine Preiserhöhung durch Regulierung verhindert werden würde und dieser disziplinierende Faktor daher nicht beachtenswert sei, als Begründung für die Regulierung heranzuziehen (Punkt C.2.d des Bescheidentwurfes), stellt einen Zirkelschluss dar.

Der zweite, von ONE angeführte, disziplinierende Faktor, nämlich die kumulative Endkundennachfrage auf dem individuellen Markt der ONE, wurde von der Behörde unserer Ansicht nach nicht hinreichend untersucht. Zwar analysieren die Amtsgutachter über mehr als 30 Seiten die theoretische Nachfragemacht einzelner Gruppen, insbesondere kamen sie bei der Frage der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung zu dem Schluss, dass Mobilbetreiber bei gleichen Verkehrsströmen und symmetrischen Entgelten indifferent in Bezug auf den Preis sein würden, sich aufgrund der Vorteile aus der Fest-Mobil-Zusammenschaltung jedoch auch in diesem Falle für den höheren Preis entscheiden würden. Ein Vergleich von eingehenden und ausgehenden Minuten zeige ein (relativ) ausgeglichenes Bild. In absoluten Werten schlagen sich aufgrund der hohen Verkehrsmengen jedoch schon wenige Prozentpunkte in erheblichen Zahlungsströmen wieder.

ONE GmbH
Brünner Straße 52, Postfach 8, A-1210 Wien, Tel.: +43 1 277 28 0, Fax: +43 1 277 28 3300, info@one.at, www.one.at
Bankverbindung: RLB NÖ-Wien, Kontonummer: 00000699090, BLZ: 32000, Handelsgericht Wien, FN 140132b, DVR 0908177, UID ATU 41029105

Naheliegend erscheint die von den Amtsgutachtern vertretene These, dass Mobilbetreiber natürlich bestrebt sind, die Kosten der Terminierung in andere Netze zu minimieren und die eigenen Terminierungskosten hoch zu halten. Die Verhandlungen der beiden Entgelte werden in der Praxis jedoch nicht getrennt geführt werden können. Selbst bei einer Einigung auf asymmetrische Entgelte werden die beiden Preise in einem engen Konnex zueinander stehen. Nicht untersucht wurde die unseren Erachtens nach zentrale Frage, ob es aufgrund der künftigen - insbesondere in den nächsten 2 Jahren zu erwartenden - Verkehrsströme für ONE überhaupt rational wäre, hohe Zusammenschaltungsentgelte durchzusetzen oder ob ONE aufgrund der zu erwartenden Verkehrssaldi nicht vielmehr den unteren Bereich des möglichen Preisbandes suchen würde.

Mobilnetzbetreiber befinden sich bei der bilateralen Verhandlung von Terminierungsentgelten in annähernd gleichgestellter Position. Beide Betreiber haben de facto keine Alternative zur Zusammenschaltung. Dies bedeutet aber auch, dass Mobilbetreiber untereinander Entgelterhöhungen für Terminierungsleistungen nur dann durchsetzen werden können, wenn beide Parteien von der Erhöhung profitieren oder anders ausgedrückt, wenn die Parteien ein einheitliches Interesse an einer beidseitigen Erhöhung der Terminierungsentgelte haben. Hat ein Betreiber jedoch wesentlich mehr ausgehende als eingehende Minuten, so wird er auf eine Senkung der Entgelte drängen, der nachfragende Zusammenschaltungspartner mit seiner Forderung nicht durchdringen. Auch insoweit ist ein disziplinierendes Moment gegeben.

Aus diesen Gründen sieht ONE immer noch keine schlüssige Beweisführung, dass es im Falle ausbleibender Regulierung zu einem tatsächlichen Marktmissbrauch kommen würde. Vielmehr würde die Vornahme einer tiefergehenden betreiberindividuellen Betrachtung hinsichtlich des Indikators „nachfrageseitige Gegenmacht", die – wie die erkennende Behörde selbst feststellt – mangels Notwendigkeit unterlassen wurde (vgl. Bescheidentwurf S 48ff), zu einem gegenteiligen Ergebnis, nämlich dem Fehlen von Wettbewerbsproblemen für den Fall der Nicht-Regulierung der Terminierungsleistung führen. Mangels konkreter Feststellungen zum Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht bzw. zu den vorstehend dargestellten weiteren disziplinierenden Faktoren auf dem individuellen Terminierungsmarkt der ONE hat die TKK weder ausreichend noch nachvollziehbar dargelegt, warum sie zu der Annahme gelangt, dass Wettbewerbsprobleme für den Fall der Nicht-Regulierung bestehen.

II.) Zur Frage der Auflage konkreter Entgelte iSd Spruchpunkte A.2.6 und B.2.6 des Bescheidentwurfes:

Zu unserem Vorbringen betreffend die hinreichende Festlegung des gegenständlich heranzuziehenden Kostenrechnungsmodells verweist die Behöre in ihrer Begründung unter C.3.a des Bescheidentwurfes auf dasVwGH-Erkenntnis 2004/03/0210 vom 28.2.2007. Im gegenständlichen Erkenntnis rügt der VwGH die nicht ausreichende Bestimmtheit der bescheidmäßigen Verpflichtung zur Kostenorientierung („LRAIC eines effizienten Betreibers"). Insbesondere ist aufgrund der Unbestimmtheit der Verpflichtung zur Kostenorientierung der genaue Umfang der auferlegten Verpflichtung nicht erkennbar, wodurch den Marktteilnehmern die Erzielung einer Einigung deutlich erschwert bzw verunmöglicht wird.

Dies war sicherlich für den aufgehobenen Bescheid zutreffend, jedoch darf aus dem Erkenntnis keinesfalls auf die grundsätzliche Unzulässigkeit der Auflage zur Kostenorientierung geschlossen werden. Die konkrete Kritik richtet sich nämlich darauf, dass die Berechnung von LRAIC-Kosten auf methodisch unterschiedliche Weisen durchgeführt werden kann, was demzufolge auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Auch ließ die Wortwahl „sich an Kosten orientieren" einen enormen Interpretationsspielraum zu. Genau dieser Interpretationsspielraum führte zu gänzlich unterschiedlichen Erwartungshaltungen der einzelnen Betreiber im Rahmen der privatrechtlichen Verhandlungen, was eine privatautonome Einigung – auch im Verhältnis zu Vorperioden, in welchen keine Auflagen vorherrschten – nahezu verunmöglichte. Wäre die Methodik der Berechnung der LRAIC-Kosten hingegen hinreichend genau gewesen, hätte jeder Betreiber seine Entgelte nach gleichem Modell ermitteln und seinen Zusammenschaltungspartner anbieten können. Dadurch wären auch die Angebote für den jeweiligen Zusammenschaltungspartner leicht plausibilisierbar, wodurch der überwiegende Teil der Zusammenschaltungsverhandlungen wohl mit einer bilateralen Einigung enden dürfte und nur in einzelnen Konstellationen zur Anrufung der Regulierungsbehörde und Durchführung eines Zusammenschaltungsverfahrens führt. Auf diese Weise könnte das vom Gesetzgeber im TKG 2003 festgelegte Primat der Privatautonomie beibehalten werden, ohne dass es durch das zweistufige Verfahren per se zu zeitlichen Verzögerungen kommen würde. Die Kritik der Europäischen Kommission an der mangelnden zeitlichen Effizienz zweier getrennt geführter Verfahren („M" und „Z") würde somit für den überwiegenden Teil der Fälle ins Leere gehen.

§ 50 TKG 2003 gewährt jedem öffentlichen Kommunikationsnetz- oder -dienstebetreiber im Falle von Zugangs- und Zusammenschaltungsstreitigkeiten das subjektive Recht, unter bestimmten Voraussetzungen die Regulierungsbehörde anzurufen. Für den Fall, dass im Rahmen eines durch die RTR GmbH durchzuführenden Streitschlichtungsverfahrens innerhalb von sechs Wochen ab Einlangen eines Antrags keine einvernehmliche Lösung erzielt wird, ist das Verfahren vor der TKK fortzusetzen, die letztendlich bei Nichteinigung der Parteien einen vertragsersetzenden Bescheid zu erlassen hat.

Vor allem in Hinblick auf Netzzusammenschaltungsentgelte machte der Gesetzgeber durch die Schaffung zweier unterschiedlicher Verfahrenstypen den von ihm gewünschten Vorrang der Privatautonomie gegenüber hoheitlichem Eingreifen deutlich. Die Marktanalyse soll potentielle Wettbewerbsprobleme aufzeigen und durch die etwaige Anordnung notwendiger Vorabverpflichtungen einen gesunden Raum schaffen, in welchem sich die Marktteilnehmer begegnen und privatautonom zusammenwirken können. Nur in jenen Fällen, in denen es den Marktteilnehmern nicht gelingen sollte, eine zivilrechtliche Einigung über einen Themenkreis zu erzielen, welcher – wie beispielsweise die Netzzusammenschaltung - aufgrund des öffentlichen Interesses jedenfalls einer Lösung zugeführt werden muss, tritt die Regulierungsbehörde in schiedsrichterlicher Funktion auf, um – insbesondere auch in Hinblick auf Entgelte – einen fairen Interessensaustausch zwischen den beiden Parteien herzustellen. An diesem eindeutigen gesetzlichen Primat der Privatautonomie mag wohl auch die allgemeine Kritik einer „Stellungnahme" der Europäischen Kommission wenig ändern, zumal sich die Kritik der Europäischen Kommission wie oben dargelegt auch bei Beibehaltung eines zweigeteilten Systems berücksichtigen lässt.

Wenn daher der VwGH mit gegenständlichem Erkenntnis darauf hinweist, dass den Stellungnahmen der Europäischen Kommission im Koordinationsverfahren gemäß § 129 Abs 2 TKG 2003 weitgehend Rechnung zu tragen ist, so ist in concreto festzuhalten, dass diesem Umstand auch – wie obig ausgeführt – mit der behördlichen Anordnung eines hinreichend spezifizierten Kostenrechnungsmodells Rechnung getragen wäre. Eine konkrete Festlegung von Terminierungsentgelten in einem Marktanalysebescheid würde jedenfalls den im TKG 2003 verankerten Vorrang einer privatrechtlichen Vereinbarung über Zusammenschaltungsbedingungen gegenüber regulierungsbehördlichen Anordnungen, worunter auch die privatrechtliche Vereinbarung von (kostenorientierten) Terminierungsentgelten zu subsumieren ist, unterlaufen.

Wie der VwGH weiters in seinem Erkenntnis zu § 129 Abs 2 TKG 2003 ausführt, hat sich die Regulierungsbehörde mit der Stellungnahme der Europäischen Kommission inhaltlich auseinander zu setzen und abzuwägen, ob der Entwurf einer Vollziehungshandlung aufrechterhalten oder abgeändert wird, und gegebenenfalls ausreichend zu begründen, warum der Stellungnahme nicht Rechnung getragen wird. § 129 Abs 2 TKG 2003 setzt Art 7 Abs 5 der Rahmenrichtlinie um. § 129 TKG 2003 steht in einem Spannungsfeld zwischen der europarechtlichen Umsetzungsverpflichtung und dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG. Zur Frage, ob die Rahmenrichtlinie für die betreffende nationale Regulierungsbehörde nur eine Orientierung an der Auffassung der Europäischen Kommission vorsieht oder eine Bindung anordnet, ist festzuhalten, dass, da nach dem Verfahren gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie auch ein verpflichtendes Unterlassen einer Maßnahme vorgesehen ist (vgl. Art. 7 Abs 4 der Rahmenrichtlinie), e contrario wohl in allen anderen Fällen ein begründetes Ignorieren der Auffassung der Kommission keine Verletzung des TKG oder der Rahmenrichtlinie darstellt (Stratil, Singer in Stratil: TKG 2003³, Anm 2 u.3 zu § 129). Wenn daher die TKK der Stellungnahme der Kommission unter Hinweis auf die Regelung des § 50 TKG 2003 entgegnet hat, dass das TKG 2003 unter anderem im Bereich des Netzzugangs vom Primat der Privatautonomie ausgeht und eine vorwegnehmende Festlegung von Mobilterminierungsentgelten in einem Marktanalysebescheid einen deutlich härteren Eingriff darstellt und diesfalls eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht ausgeschlossen ist, so sind wohl mit diesen von der TKK dargelegten Gründen unter Hinweis auf die im TKG 2003 verankerten Prinzipien die Bedenken der Europäischen Kommission hinreichend entkräftet.

Aus diesen Gründen sollte von der mit dem gegenständlichen Bescheidentwurf vorgesehenen Festlegung konkreter Entgelte jedenfalls Abstand genommen werden. Entgegen der nunmehrigen Rechtsansicht der TKK (vgl. Bescheidentwurf S 100ff) ist daher nach Ansicht von ONE ein Festhalten an der Anordnung einer (hinreichend konkretisierten) Kostenorientierungsverpflichtung unter Berücksichtigung unterschiedlicher betreiberindividueller kostenrelevanter Parameter (vgl. dazu ua Pkt. III.) durchaus gerechtfertigt und eine Anpassung der Spruchpunkte A.2.6. bzw. B.2.6. des Bescheidentwurfes in diesem Sinne notwendig. Im Übrigen ist wohl betreffend die Frage der Bestimmtheit von Bescheiden iSd § 59 Abs 1 AVG im Hinblick auf einen Leistungsbefehl, der – wie im gegenständlichen Fall - Leistungen der ONE auf Nachfrage regelt, die aufgrund der Bestimmungen des TKG 2003 grundsätzlich einer privatautonomen Gestaltung unterliegen, ein anderer Maßstab anzuwenden, als bei sonstigen eine Verwaltungssache erledigenden Leistungsbescheiden. Festzuhalten

ist, dass auf Basis der in den Spruchpunkten A.2.6. und B.2.6. nunmehr periodisch festgelegten verfahrensgegenständlichen Entgelten nicht ohne weiteres Ermittlungsverfahren bzw. behördliche Entscheidung eine Vollstreckungsverfügung im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VVG) ergehen kann. Das VVG regelt die zwangsweise Durchsetzung von individuellen – in Bescheiden oder gleichgestellten Vollstreckungstiteln auferlegten – Verpflichtungen. Voraussetzung für ein Vollstreckungsverfahren ist ein Vollstreckungstitel, primär formell rechtskräftige Leistungsbescheide, die eine Verpflichtung zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung beinhalten. Zweifelsohne entspricht der gegenständliche Entwurf eines Marktanalysebescheides im Hinblick auf die Spruchpunkte A.2.6. und B.2.6. - im Falle seiner Rechtskraft - nicht dem Erfordernis eines tauglichen Vollstreckungstitels iSd VVG, auf Basis dessen die Behörde eine Vollstreckungsverfügung, in der bestimmt wird, was auf welche Art durch welche berechtigten Personen (betreibende Gläubiger) vollstreckt wird, erlassen kann. Vielmehr wird ein weiters Ermittlungsverfahren bzw. eine behördliche Entscheidung notwendig sein, um die anspruchsberechtigten Zusammenschaltungspartner bzw. die Höhe einer einzutreibenden Geldleistung festzustellen. Es ist daher evident, dass die Grundlage für ein etwaiges Vollstreckungsverfahren ausschließlich ein Zusammenschaltungsbescheid bilden kann, der die konkreten Rechte und Pflichten zwischen bestimmten Zusammenschaltungspartnern regelt.

Im Ergebnis wird daher aufgrund der Eigenheit und des Zweckes des Marktanalyseverfahrens, nämlich potentielle Wettbewerbsprobleme aufzuzeigen und durch die etwaige Anordnung von Vorabverpflichtungen einen Raum für ein privatautonomes Zusammenwirken der Marktteilnehmer zu schaffen, weder die im Bescheidentwurf vorgesehene Festlegung periodisch zu verrechnender Entgelte noch eine von ONE geforderte Festlegung einer (konkretisierteren) Kostenorientierungsverpflichtung der in § 59 Abs 1 AVG geforderten Deutlichkeit, iS einer Bestimmtheit, Rechnung tragen können. Aufgrund der Besonderheit dieses Verfahrenstypes steht dies wohl nicht mit den Bestimmungen des AVG in Widerspruch.

ONE GmbH
Brünner Straße 52, Postfach 8, A-1210 Wien, Tel.: +43 1 277 28 0, Fax: +43 1 277 28 3300, info@one.at, www.one.at
Bankverbindung: RLB NÖ-Wien, Kontonummer: 00000699090, BLZ: 32000, Handelsgericht Wien, FN 140132b, DVR 0908177, UID ATU 41029105

III.) Zur Frage der Betreiberindividualität:

Die TKK führt im Rahmen ihrer Beweiswürdigung (Punkt C des Bescheidentwurfes) vielerorts aus, dass sich auf Wettbewerbsmärkten (in der Theorie), ungeachtet der tatsächlichen Kosten eines Betreibers, stets einheitliche Entgelte einstellen würden, welche sich eben an den Kosten der effizienten Leistungserbringung orientieren. In diesem Zusammenhang sei nochmals auf den Umstand verwiesen, dass es sich beim gegenständigen Markt um den individuellen Terminierungsmarkt in das Mobilnetz der ONE handelt.

Stellen wir uns – quasi als Gedankenexperiment – vor, es bestünde (in Anlehnung an die Ausführung von Prof. Jörn Kruse in Schriftenreihe der RTR: 10 Jahre Telekommunikations-Liberalisierung in Österreich, Kapitel 3, Seite 63) die technische Möglichkeit, Terminierungswettbewerb durch die gleichzeitige Subskription zweier Netzanbieter zu gewährleisten. Stellen wir uns weiters vor, ein zweiter Netzbetreiber („NewCo") würde ein Netzwerk errichten, um genau diesen konkreten Markt (Terminierung zu den mobilen ONE Teilnehmern) zu bedienen. So würden sich im Wettbewerb Preise ergeben, welche sich an den langfristigen Grenzkosten des effizienteren Betreibers (ONE oder NewCo) bei gegebener Nachfrage (der ONE Teilnehmer) ergeben. Weder ONE noch NewCo würden bei der Preissetzung von unerklärbaren Mengensteigerungen ausgehen oder sich gar an Mengengerüsten auf anderen Märkten orientieren.

Übermäßige Mengensteigerungen erscheinen für einen der ONE vergleichbaren Betreiber auch im internationalen Vergleich äußerst unwahrscheinlich. Nachstehende Abbildung gibt einen Überblick über die Marktanteilsentwicklung aller Netzwerkanbieter in der EU in den letzten 5 Jahren, welche als Dritter mindestens 3 Jahre nach dem ersten Netzwerk gestartet sind. Beachtlich ist, dass es mit Ausnahme von Cosmote in Griechenland keinem Betreiber in den letzten 5 Jahren gelungen ist, seine Marktanteile über 30 % zu erhöhen. Vergleicht man Länder mit ähnlichen zeitlichen Abfolgen wie in Österreich, etwa Spanien oder Italien, so fällt auf, dass sich die Marktanteile der dritten Betreiber in den letzten 5 Jahren – ähnlich wie im Falle von ONE – kaum verändert haben. In Gegensatz dazu fiel der Marktanteil keines als erster startenden Netzes, welches vor 5 Jahren mehr als 40 % Marktanteil hatte, auf unter 35 % ab. (Quelle: Wireless Intelligence, ein Joint Venture der GSM-A und OVUM, Vergleich Marktanteile Q3 / 2007 und Q3 / 2002). Innerhalb der ganzen EU zeichnet sich somit das Bild ab, dass große Betreiber ihre Marktanteile und die dadurch induzierten Verkehrsmenge zementieren, während für kleine

Betreiber der Anschluss in Hinblick auf Marktanteil auch langfristig kaum realistisch ist. Am konkreten Markt eines kleinen Betreibers auf Verkehrsmengen anderer Märkte (großer Betreiber) abzustellen, ist somit verfehlt.

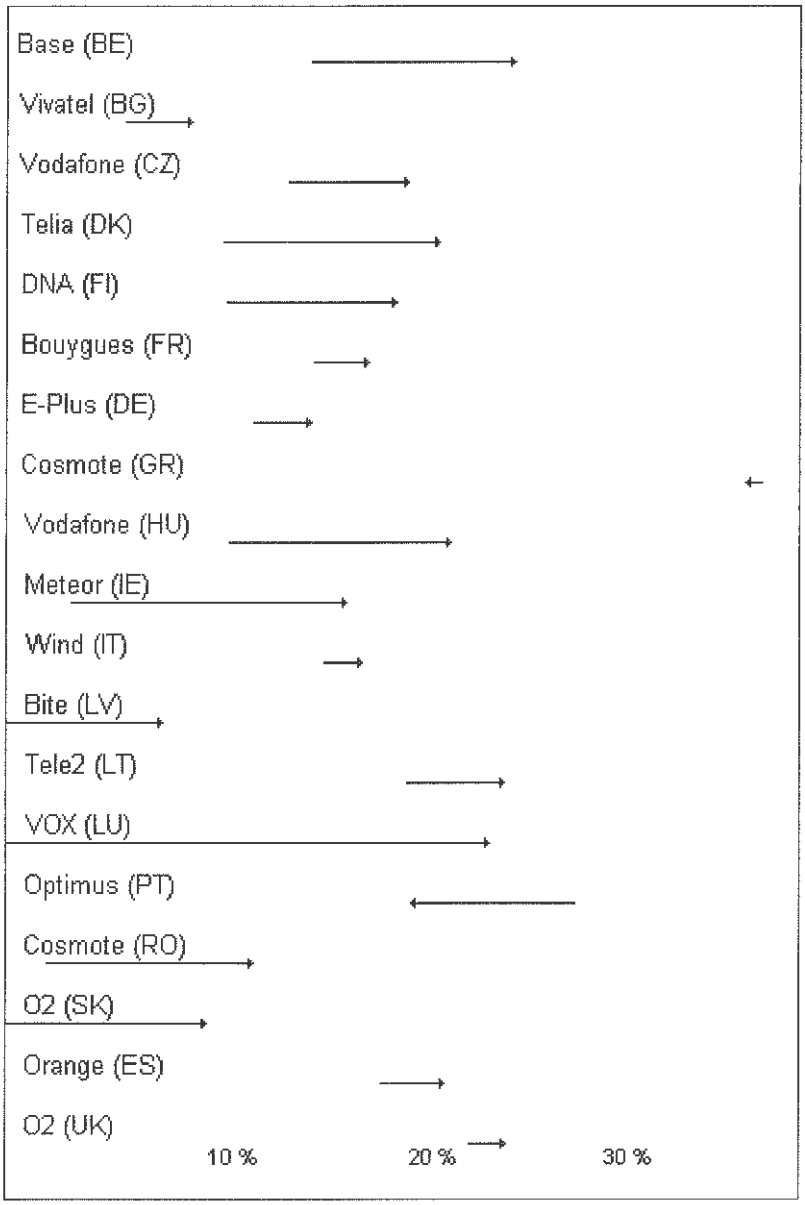

Abb. 1: Marktanteilsverschiebungen in den letzten 5 Jahren von Betreibern, welch mindestens 3 Jahre nach dem ersten Betreiber als Dritter in den Mobilfunkmarkt eintraten; Quelle: Wireless Intelligence, ein Joint Venture der GSM-A und OVUM

Bezüglich der anderen exogenen strukturellen Nachteile von ONE gegenüber mobilkom austria AG und T-Mobile Austria GmbH verweisen wir nochmals auf unser Vorbringen in den vorhergehenden Stellungnahmen in den Verfahren M 15c/03, M13c/06, Z 18/06 bzw Z 24/06.

Eine Orientierung der Terminierungsentgelte von ONE an jene von mobilkom austria AG kommt einer behördlichen Auflage zur Wertvernichtung gleich. Dies widerspricht nicht nur dem klaren Wortlaut des § 42 Abs 1 TKG 2003, wo es heißt: „*Hierbei* [Anm: Bei der Festlegung von Entgelten] *hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital* [...] *zu erwirtschaften*" [Anm: Hervorhebung nur hier], sondern würde vielmehr einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Vermögen von ONE darstellen. Da es den großen Betreibern jedoch bei gleicher Auflage möglich wäre, ihr Vermögen zu erhalten bzw eine angemessene Rendite zu erwirtschaften, wäre ein solches Vorgehen auch nicht in Einklang mit dem grundsätzlichen rechtlichen Gebot der Gleichbehandlung zu bringen und ist somit abzulehnen. Die Begründung einer „one price rule" auf unterschiedlichen Märkten ist unserer Ansicht nach weder aus dem Gutachten der Amtssachverständigen noch aus dem festgestellten Sachverhalt der Behörde zwingend schlüssig.

IV.) Zur Höhe der Entgelte:

Bei der Berechnung des Zielwertes sieht ONE nach wie vor zwei grobe Problemkreise. Neben den bereits ausgiebig thematisierten Kritikpunkten bei der Berechnung des Kapitalzinssatzes führt insbesondere die von den Gutachtern gewählte Allokation des Daten- und Sprachverkehrs zu einem verzerrten Bild:

Der Großteil der getätigten Investitionen in UMTS war bzw. ist notwendig, um (auch in Zukunft) eine flächendeckende Versorgung mit mobiler Sprachtelefonie zu gewährleisten. Die Feststellung, dass in einer nicht vollständig genutzten Basisstation ein gewisser Anteil an Datenverkehr produziert wird, gibt per se noch keinen hinreichenden Aufschluss über die Kosten die entstehen, wenn man eine flächendeckende Netzabdeckung für das Produkt „Sprache" gewährleisten möchte.

Die Behörde zitiert in Punkt C.4.b des Bescheidentwurfes die Amtssachverständigen, welche auf Seite 37 des ETWG feststellten, dass Mobilfunknetze im Wettbewerb errichtet und betrieben werden und daher die Netze auch so dimensioniert sind, dass sie den Kapazitäts- und Qualitätsanforderungen des Marktes entsprechen. Dies ist natürlich grundsätzlich richtig, jedoch übersieht die Behörde in diesem Zusammenhang zwei wesentliche Faktoren. Zum einen sind die Funknetzbetreiber aufgrund der Lizenzbedingungen rechtlich verpflichtet, einen gewissen Mindestausbau innerhalb vorgegebener Fristen sicherzustellen. Dass hierbei auch einzelne Regionen zu versorgen sind, in welchen sich die Errichtung von Basisstationen umgelegt auf die generierten Verkehrsmengen erst nach wirtschaftlich kaum noch vertretbaren Zeiträumen amortisiert, ist naheliegend. Zum anderen können Netzelemente nicht für beliebige Kapazitäten gebaut werden. Auch Gebiete mit sehr geringem Verkehrsaufkommen müssen mit einer (ganzen) Basisstation versorgt werden; Kapazitätsinkremente können nur sprungfix erfolgen und haben entsprechende Vorlaufzeiten. Es ergibt sich daher selbst bei effizientester Planung jedenfalls ein gewisses Maß an freien Kapazitäten, ohne dass die flächendeckende Sprachversorgung nicht gewährleistet werden könnte. Würde an diesen Basisstationen kein Datenverkehr abgeführt werden, wäre sie in aller Regel trotzdem in selbiger Form notwendig. Somit sind jedenfalls all jene Kosten zu berücksichtigen, welche in einem Netzwerk mit gleicher Netzabdeckung und gleicher Auslastung für einen alleinigen Sprachbetrieb anfallen würden.

ONE tritt somit nicht - wie unter Punkt C.4.b des Bescheidentwurfes beschrieben - dafür ein, alle GSM- und UMTS-Kosten bei der Berechnung der Terminierungsentgelte zu berücksichtigen, sonder all jene Kosten die anfallen würden, würde ONE ihre Mobilfunknetze nur zur Sprachversorgung bei gegebener Ausbauverpflichtung und technischen Restriktionen nutzen. All jene Kostenblöcke, welche nur für die Bereitstellung von Datendiensten anfallen (dass sind im Groben hauptsächlich die Investitionen in HSDPA und eventuelle Netzverdichtungen bzw durch den Datenverkehr induzierte Investitionen in die hochbitratige Anbindung der Basisstationen) sind natürlich bei der Kalkulation der Sprachentgelte nicht zu berücksichtigen.

Würde man den im Bescheidentwurf vorgezeichneten Weg einschlagen, so wären die Kosten eines Betreibers nicht nur von der Produktionsmenge eines Betreibers auf einem anderen Mobilterminierungsmarkt, sondern vom Endkundenerfolg der mobilkom austria AG betreffend eines gänzlich anderen Produktes abhängig. Entschiede sich mobilkom beispielsweise für ein unbegrenztes Datenvolumen am mobilen Breitbandmarkt, so hätte das ein Absenkung der Terminierungskosten von

ONE zu folge, würde mobilkom hingegen auf diesem gänzlich anders gelagerten Markt wenig erfolgreich sein oder ihr Datenprodukt einstellen, so würde das die Terminierungsentgelte der ONE positiv beeinflussen. Eine Verknüpfung von Sprach- und Datenmärkten ist auch schon aus diesem Grund mehr als bedenklich.

Jedoch auch die Operationalisierung des Gleitpfades lässt Fragen offen. Die Behörde führt im Bescheidentwurf aus, dass es sich bei dem Gleitpfad um ein generisches Modell handle. Aufgrund des nunmehr niedrigeren Zielwertes müsse der alte Gleitpfad jedoch hinsichtlich der absoluten Absenkungsschritte adaptiert werden, da sich bei einer Beibehaltung von Absenkungen in der Höhe von 1 Eurocent pro Halbjahr der Zielzeitpunkt verschieben würde, wogen sich die TKK aus für ONE nicht nachvollziehbaren Gründen ausspricht. Das generische Gleitpfadmodell sah vor, dass der Unterschied zwischen dem (nach Hutchison) zweithöchsten Terminierungsentgelt und dem Zielwert über lineare Absenkungsschritte abgebaut werden soll. Diese Schritte sollen (in absoluter Höhe) mit Ausnahme von Hutchison auch von allen anderen Betreibern bis zur Erreichung des Zielwertes zur Anwendung gebracht werden. Hutchison hingegen soll ebenfalls ihr Terminierungsentgelt vom aktuellen Entgelt hin zum Zielwert in linearen Halbjahresschritten absenken. Aufgrund des Zusammenschlusses von tele.ring. und T-Mobile ist ONE nun der Betreiber mit dem zweithöchsten Terminierungsentgelt. Ausgehend von den Entgelten zum 31. Dezember 2006 ergeben sich bei 5 Absenkungsschritten folgende generische Werte:

	mobilkom	**T-Mobile**	**ONE**	**H3G**
per 31.12.2006	8,34	10,66	11,28	15,95
per 01.01.2007	7,23	9,55	10,17	13,90
per 01.07.2007	6,12	8,44	9,06	11,86
per 01.01.2008	5,72	7,32	7,94	9,81
per 01.07.2008	5,72	6,21	6,83	7,77
per 01.01.2009	5,72	5,72	5,72	5,72
per 01.07.2009	5,72	5,72	5,72	5,72

Mit einem halbjährlichen Absenkungsschritt von 1,11 Eurocent für ONE, mobilkom und T-Mobile bzw 2,05 Eurocent für H3G würde – dem generischen Modell des Gleitpfades entsprechend – der einheitliche Zielwert von 5,72 Eurocent zu Beginn des Jahres 2009 ebenso erreicht, wobei während der

Laufzeit weniger intensiv von den derzeitigen Absenkungsschritten abgewichen werden würde. Dies würde zur Rechts- und Planungssicherheit beitragen und einen weniger starken Eingriff darstellen.

V.) Zum Zusammenschluss von tele.ring. und T-Mobile:

Das TKG 2003 verpflichtet die Regulierungsbehörde zur Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheit bei der Behandlung von Betreibern. Dies bedeutet, dass Betreiber, deren exogene Rahmenbedingungen sich annähernd gleich darstellen, wie dies im Falle der mobilkom austria und T-Mobile der Fall ist, gleich zu behandeln sind, hingegen jene, welche aufgrund unbeeinflussbarer exogener Umstände gänzlich andere Voraussetzungen vorfinden, verhältnismäßig und entsprechend den individuellen Umständen reguliert werden müssen. Die Berechnung der Terminierungsentgelte durch die Regulierungsbehörde ist nur dann verhältnismäßig, wenn diese basierend auf der individuellen Situation jedes Betreibers und seiner spezifischen Kosten (Frequenz, Marktanteil, Markteintritt, etc.) erfolgt.

Sind für zwei Netze jedoch (annähernd) gleiche exogene Bedingungen (insbesondere betreffend Frequenzausstattung und der sich daraus ergebenden technischen Realisierungsvariante, Marktanteil am Endkundenmarkt und Produktionsmengen mit den entsprechend einhergehenden Skaleneffekten) feststellbar, wie dies für die Netze der mobilkom austria und der T-Mobile zu konstatieren ist - divergieren die berechneten Kosten der beiden Netze hingegen wesentlich - so ist dies ein starkes Indiz für die ineffiziente Betriebsführung des teureren Netzes. Da für T-Mobile und mobilkom austria aufgrund der Ähnlichkeit in Hinblick auf Größe, Marktanteil und Frequenzausstattung dieselben Rahmenbedingungen auf ihren Vorleistungsmärkten „Terminierung in das individuelle Mobiltelefonnetz" vorherrschen, sollten auch die gleichen Mobilterminierungsentgelte, nämlich aufgrund gleicher exogener Bedingungen jene des effizienteren Betreibers, der mobilkom austria, zur Anwendung kommen. Die Fusion zwischen T-Mobile und tele.ring sollte daher jedenfalls zu einer Anpassung des Gleitpfades der T-Mobile auf das Gleitpfadniveau der mobilkom austria führen.

Rechtzugeben ist den Ausführungen der TKK im Bescheidentwurf (S 113ff) dahingehend, dass mobilkom austria einen beachtenswert hohen Anteil an Geschäftskunden in ihrem Netzwerk hält. Dieser Umstand ist jedoch bei der Betrachtung von Produktionsmengen am Terminierungsmarkt ohne

Bedeutung. Mögen Geschäftskunden betreffend Endkundenumsätze auch besonders umsatzstarke Teilnehmer sein, die Kosten die für eine Terminierungsminute in diesem Segment anfallen unterscheiden sich jedoch nicht von jenen für Terminierungsminuten zu anderen Kunden. Die Ausführungen der TKK, dass dieser Umstand zu beachten sei, ist daher nicht nachvollziehbar.

Auch in Hinblick auf das an und für sich generische Modell des Gleitpfades erscheint eine Angleichung von T-Mobile und mobilkom austria zwingend notwendig. T-Mobile entspricht heute einem Betreiber, welchen es zum Zeitpunkt des Modelldesigns am österreichischen Markt in dieser Form nicht gab. Der damalige Betreiber T-Mobile (alt) entsprach weder in Hinblick auf Teilnehmer noch Verkehrsmengen der heutigen T-Mobile. Ein blindes Weiterführen des Gleitpfades der T-Mobile (alt) für einen Betreiber, der mit dem damaligen außer dem Namen wenig gemeinsam hat, benachteiligt alle anderen Betreiber im erheblichen Maße.

Vielmehr ist ein hypothetischer Betreiber zu konstruieren, welcher zu Beginn des Gleitpfades in Art und Größe jenem von T-Mobile entspricht. Für diesen Betreiber ist ein hypothetischer Startwert festzulegen. Da sich T-Mobile in Hinblick auf die Produktionsmengen nur unwesentlich von Mobilkom Austria unterscheidet, würde sich ein derartiger Startwert wohl sehr nahe an den zu Beginn des Gleitpfades für Mobilkom Austria angemessenen Kosten bewegen. Von diesem Startwert aus ist ist eine Berechnung des individuellen Gleitpfades für T-Mobile (neu) vorzunehmen und sind die sich so ergebenden Werte für den Zeitraum ab 2007 behördlich anzuordnen.

ONE GmbH
Brünner Straße 52, Postfach 8, A-1210 Wien, Tel.: +43 1 277 28 0, Fax: +43 1 277 28 3300, info@one.at, www.one.at
Bankverbindung: RLB NÖ-Wien, Kontonummer: 00000699090, BLZ: 32000, Handelsgericht Wien, FN 140132b, DVR 0908177, UID ATU 41029105

VI.) Anträge:

Aus den obigen Gründen halten wir unsere bisherigen Anträge aufrecht. Sollte die Regulierungsbehörde dennoch konkrete Entgelte anordnen, welche mit Beginn 2009 zu einem einheitlichen Terminierungsentgelt zwischen den Mobilbetreibern führen sollen, so beantragen wir in eventu, die Regulierungsbehörde möge diesen Gleitpfad wie in Kapitel IV dargestellt wie folgt operationalisieren:

	mobilkom	**T-Mobile**	**ONE**	**H3G**
per 31.12.2006	8,34	10,66	11,28	15,95
per 01.01.2007	7,23	9,55	10,17	13,90
per 01.07.2007	6,12	8,44	9,06	11,86
per 01.01.2008	5,72	7,32	7,94	9,81
per 01.07.2008	5,72	6,21	6,83	7,77
per 01.01.2009	5,72	5,72	5,72	5,72
per 01.07.2009	5,72	5,72	5,72	5,72

Mit freundlichen Grüßen

ONE GmbH

ONE GmbH
Brünner Straße 52, Postfach 8, A-1210 Wien, Tel.: +43 1 277 28 0, Fax: +43 1 277 28 3300, info@one.at, www.one.at
Bankverbindung: RLB NÖ-Wien, Kontonummer: 00000699090, BLZ: 32000, Handelsgericht Wien, FN 140132b, DVR 0908177, UID ATU 41029105