



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
DDR Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plesser
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 Grüller
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Farid Sigari-Majd
DDR Martina Antal-Barnert
Dr Stephan Pachinger, LL M
Dr Mario Züger
Dr Ulrich Tauböck, LL M
Dr Michael Raninger, LL M

Mag Alexander Operenyi, LL M
Dr Florian Klimscha, LL M
Mag Dr Hans-Jörgen Aigner
Dr Stephan Denk
Dr Sabine Prossinger
Mag Astrid Paiser, LL M
Dr Heinrich Kühnert, MJur
Mag Dr Michał Dobrowolski
Dr Beatrix Hornich, LL M
Dr Lutz Riede, 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 DAC6857926/5+

UNSER ZEICHEN BB/PAI

CLIENT MATTER NR 126460-0088

DVR 0114383

GZ: M 4/09, M 5/09

Per E-Mail (Vorab per Telefax)

(konsultationen@rtr.at)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstrasse 76-78
1060 Wien

Einschreiterin:

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

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
A-1010 WIEN, SEILERGASSE 16
Tel. 515 15-0
RA-Code/R 149569

(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

ERGÄNZENDE 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 wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. 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 Tokyo Washington Wien



In den umseits bezeichneten Rechtssachen erstattet Hutchison 3G Austria GmbH (**H3G**) durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter, die sich auf die erteilte Bevollmächtigung berufen¹, zu den Entwürfen der Vollziehungshandlungen (die **Entwürfe**) der Telekom-Control-Kommission (**TKK**) vom 8.2.2010 in den Verfahren zu M 4/09 und M 5/09 und insbesondere die Antwort der TKK/RTR GmbH (im folgenden TKK) zum "Request for Information" der Europäischen Kommission (**EK**) vom 2.3.2010 nachstehende

ERGÄNZENDE STELLUNGNAHME

H3G geht im Folgenden auf wesentliche Kritikpunkte ein, die die Antwort zum "Request for Information" aufweist:

I. Tariff Setting Method

Die TKK verzichtet im vorliegenden Verfahren auf die Anwendung einer Berechnungsmethode, da ihrer Meinung nach die Verwendung bisheriger Berechnungsmethoden zu höheren Terminierungskosten führen würde und schreibt daher die derzeitigen Tarife (am Preisniveau von 2004) fort. Dies obwohl den rechtlichen Vorgaben der Empfehlung der EK auch mit den bisher herangezogenen Modellen zumindest hilfsweise Rechnung getragen werden kann:

1. Bottom-Up Modell statt Hybridansatz

Bereits zum alten Regulierungsregime hat der VwGH ausgeführt, dass das Bottom-Up Modell als Ausgangspunkt für das FL-LRAIC Modell zu verwenden und durch die Erkenntnisse des Top-Down Modells zu verfeinern und umgekehrt das Top-Down Modell anhand des Bottom-Up Modells zu hinterfragen ist (VwGH 2000/03/0190). Stattdessen greifen die Entwürfe nun wieder auf ein Entgelt zurück, bei dem die Amtssachverständigen eine reine Mittelwertberechnung aus Top-Down und Bottom-Up durchgeführt haben. Die EK geht in ihrer Stellungnahme zu Z9/07 noch weiter als der VwGH und empfiehlt auf den von der TKK angewandten Hybridansatz zu verzichten und nur den Bottom-Up Wert heranzuziehen: „[...] die Kommission [ist] der Auffassung, dass das „Hybridmodell“, das die RTR anwendet, um das von TA entwickelte Top-Down Modell und ihr eigenes Bottom-Up-Modell in Einklang zu bringen, ebenfalls ein wichtiger Faktor für höhere Terminierungsentgelte sein könnte. [...] In dieser Hinsicht scheint das von der österreichischen Regulierungsbehörde angewandte „Hybridmodell“, das lediglich darin besteht,

¹ Mit Wirkung zum 1. Mai 2008 wurde der Geschäftsbetrieb von Freshfields Bruckhaus Deringer in die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP eingebracht, die nunmehr die beschwerdeführende Gesellschaft vertritt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP erstattet den vorliegenden Schriftsatz vertreten durch und im Einvernehmen mit Dr. Bertram Burtscher der sich auf die erteilte Bevollmächtigung beruft.



die Ergebnisse des Top-Down- und des Bottom-Up-LRAIC-Modells zu mitteln, nicht das zweckmäßigste Abstimmungsinstrument zu sein. Die Kommission hegt Zweifel an der Vereinbarkeit dieses Konzepts mit den Grundsätzen der vorausschauenden wirtschaftlichen Effizienzen, insbesondere angesichts des Umstands, dass das Bottom-Up-Modell Tarife ergab, die weit unter den von TA beantragten und von TKK bewilligten Sätzen lagen, welche zu erheblichen Preissteigerungen führten.“ (EK-Stellungnahme zu Z 9/07 vom 20.5.2009)

Vor diesem Hintergrund hätten allenfalls die aus dem Bottom-Up Modell ermittelten Werte herangezogen werden dürfen. Selbst im Verfahren zu GZ Z 9/07 wurden Bottom-Up LRAIC von 0,5606 €cent pro Minute (s. Tabelle 20 im Gutachten zu Z 9/07) ermittelt, die unter den nun empfohlenen Entgelten liegen (obwohl von sinkenden Sprachminuten ausgegangen und Verbundvorteile außer Acht gelassen wurden). Die Fortschreibung eines "alten" Hybridansatzes ist vor dem Hintergrund der Empfehlung der EK keinesfalls zu rechtfertigen.

2. Benchmarking als Alternative

Sollte die Verwendung des Bottom-Up Modells nicht möglich sein, so ist alternativ die Methode des Benchmarking heranzuziehen, um die Festsetzung zeitgemäßer Entgelte zu gewährleisten. Benchmarking ist jedenfalls einer Fortschreibung von Werten von 2004 vorzuziehen.

Der Vorteil von Benchmarking liegt darin, dass Referenzwerte aus anderen Ländern einfach zu ermitteln sind. Es ist für die TKK ein Leichtes zu erheben, welche europäischen Staaten das LRIC-Modell bereits anwenden und wie viele Referenzwerte vorliegen. Ob das Benchmarking (auf Basis der Recommendation) eine valide Berechnungsmethode zum jetzigen Zeitpunkt darstellt, kann erst beurteilt werden, wenn die konkrete Streuung der Referenzwerte eruiert wurde. Ist Benchmarking auf Basis der Recommendation der EK nicht durchführbar, ist alternativ auf das Benchmarking mit dem "EU-Mittelwert" auf Basis des 14. Implementierungsberichts der EK zurückzugreifen.

Die TKK lehnt Internationales Benchmarking ab, weil die Kostensituation von Betreiber in anderen Ländern nur bedingt mit jener in Österreich vergleichbar sei. Die TKK macht sich also nicht einmal die Mühe, sich mit Internationalem Benchmarking näher auseinanderzusetzen. Sie hätte aber konkret begründen müssen, warum Benchmarking generell und welche Werte im speziellen nicht verwendet werden können. Die TKK hat die Parameter für das Benchmarking zu ermitteln bevor sie deren Anwendung gänzlich ausschließt.



3. Fehlende Befristung

In ihrem Schreiben an die EK teilt die TKK mit, dass das Einfrieren der Terminierungsentgelt für zumindest ein Jahr geplant sei. Eine Befristung findet sich in den Entwürfen jedoch nicht.

Sollte es daher tatsächlich nicht möglich sein, ein Kostenrechnungsmodell zu verwenden, welches den zeitgemäßen Kostenrechnungsstandards entspricht, so ist die Höhe der Terminierungsentgelte mit einer maximalen Laufzeit von 12 Monaten zu befristen. Dieser Zeitraum sollte ausreichen, um ein empfehlungskonformes Kostenrechnungsmodell zu entwickeln.

II. Choice of Modalities

Die Frage zu den Choice of Modalities bleibt von der TKK mehr oder weniger unbeantwortet. Vielmehr verweist sie nur darauf, dass die Terminierungsentgelte am Preisniveau von 2004 eingefroren werden.

Sollte es tatsächlich nicht möglich sein eine zeitgemäße Kostenrechnungsmethode anzuwenden, kann dies nicht als Grund dafür verwendet werden, Entgelte einfach fortzuschreiben. Ein Abgehen von der LRIC-Methode wäre nur unter Umständen möglich (zB Ressourcenknappheit), die bei der österreichischen Regulierungsbehörde schlicht nicht vorliegen.

Bereits in ihrer Stellungnahme zu Z 9/07 vom 20.5.2009 stellte die EK fest, dass die Festnetz-Terminierungsentgelte in Österreich auf allen Zusammenschaltungsebenen deutlich über dem europäischen Durchschnitt liegen. Dies impliziert, dass es nicht im Interesse der EK ist, dass die Terminierungsentgelte am bisher verrechneten Niveau eingefroren werden. Vielmehr sind von der TKK neue Entgelte zu ermitteln.

Wie unter Punkt I bereits ausgeführt sind, um den Bedenken der EK Rechnung zu tragen, das bestehende Bottom-Up LRAIC Modell zur Berechnung der Terminierungsentgelte heranzuziehen, da die Fortschreibung eines "alten" Hybridansatzes vor dem Hintergrund der Empfehlung der EK keinesfalls zu rechtfertigen ist. Ist die Berechnung auf Basis eines Bottom-Up Modells nicht durchführbar, ist alternativ auf das Benchmarking zurückzugreifen. Zuerst ist zu prüfen, ob das in der Empfehlung der EK beschriebene Benchmarking durchführbar ist. Ist dies nicht der Fall, so ist auf das Benchmarking mit dem "EU-Mittelwert" auf Basis des 14. Implementierungsberichts der EK zurückzugreifen. Für die Fortschreibung von "alten" Entgelten besteht daher keine Rechtfertigung.



III. Symmetrie mit ANBs

Die TKK argumentiert, dass eine Symmetrie zwischen ANBs und der TA nur dann möglich sei, wenn die gleichen Leistungen verglichen werden. Eine Ungleichbehandlung sei gerechtfertigt, da aufgrund der verschiedenen Netzwerkhierarchien die ANB in der Regel lange Transportstrecken auf sich nehmen müssen (self-supply transit), um den Verkehr lokal übergeben zu können. Daher seien die Terminierungskosten auf der Höhe der single tandem Terminierungsentgelte der TA festzusetzen. Dies ist jedoch kein Grund, um von der Symmetrie abzugehen:

1. Gleitpfad statt single tandem

Bereits im wirtschaftlichen Gutachten zu M 5/09 vom September 2009 wurde darauf hingewiesen, dass die Festsetzung der Entgelte der ANB in der Höhe eines single tandem Terminierungsentgeltes der TA nicht mit der Empfehlung der EK vereinbar ist. Demnach ist im Festnetzbereich nur ein einziges Terminierungsentgelt, das für alle Betreiber gilt, gerechtfertigt; eine Abweichung ist nur in begründeten Fällen möglich. Die Gutachter konnten keine für die vorliegenden Märkte relevanten Kostenunterschiede identifizieren. Die Festsetzung eines einheitlichen Terminierungsentgeltes ist daher erforderlich.

Um disruptive Eingriffe durch eine plötzliche Absenkung der Terminierungsentgelte der Betreiber zu verhindern, empfehlen die Gutachter einen Gleitpfad zur Anpassung der Terminierungsentgelte (1.7.2010: Absenkung auf 1,23/0,64 €cent pro Minute; 1.1.2011: Absenkung auf 1,18/0,57 €cent pro Minute; 1.7.2011: Absenkung auf 1,12/0,50 €cent pro Minute). Eine Absenkung in Form eines Gleitpfades erscheint bereits jetzt eine valide Lösung zur Heranführung der ANBs an ein einheitliches Terminierungsentgelt. Vor diesem Hintergrund hätte die Behörde diesen Gleitpfad umzusetzen gehabt. Eine Fortschreibung der Entgelte vor dem Hintergrund der Empfehlung der EK ist jedenfalls nicht zu rechtfertigen.

Eine Absenkung der Terminierungsentgelte der ANB ist aber auch deshalb geboten, um keine falschen Anreizstrukturen bei den ANBs zu schaffen. Die Terminierungsleistung ist ein homogenes Produkt, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Nicht-reziproke Entgelte sind grundsätzlich dazu geeignet Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen. Eine starke Spreizung der Terminierungsentgelte verändert die Zahlungssalden der Betreiber untereinander und stellt daher einen Eingriff in die relativen Wettbewerbspositionen dieser Unternehmen dar, der nur in begründeten Ausnahmefällen und temporär zulässig ist.



2. Self-Supply Transit Services sind nicht Teil der Terminierung

Selbst wenn man der Argumentation der TTK folgt, dass die Terminierungsleistungen der ANB aufgrund der unterschiedlichen Netzhierarchie im Vergleich zur TA unterschiedlich und daher asymmetrische Terminierungsentgelte gerechtfertigt sind, sind die von der TTK festgesetzten (fortgeschriebenen) Entgelte generell nicht gerechtfertigt:

Dass der single tandem Tarif zwischen einem ANB und der TA aufgrund der längeren Transportwege für eine lokale Übergabe verrechnet wird, mag in der Vergangenheit als ANB noch nicht Marktbeherrscher waren argumentierbar gewesen sein. Unverhältnismäßig wird die Verrechnung einer solchen Transitleistung aber jedenfalls dann, wenn zwei ANBs (oder ein ANB mit einem Betreiber mit flacher Netzhierarchie) sich lokal (jeweils an der letzten zusammenschaltungsfähigen Vermittlungsstelle) zusammenschalten. Dieses Beispiel zeigt, dass eine entsprechende Differenzierung auch in Hinblick auf ANB vorzunehmen ist. In der Verkehrsbeziehung zwischen ANBs ist ein höheres Entgelt als das für lokale Terminierung vorgesehene Entgelt keinesfalls zu rechtfertigen.

Wien, 10. März 2010

Hutchison 3G Austria