



## EINSCHREIBEN

Telekom Control Kommission  
 z.H. Herrn Dr. Eckhard Hermann  
 Mariahilferstraße 77-79  
 1060 Wien

Vorab per Fax  
 01/58058 9191

1. Oktober 2004

**Betreff: Verfahren M 15b/03 – Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender!  
 Sehr geehrter Damen und Herren!

Hiermit nimmt T-Mobile Austria GmbH („TMA“) zu dem Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 zu M 15b/03-10 binnen offener Frist Stellung. TMA hält alle bislang im Rahmen des Verfahrens M 15b/03 vorgebrachten Anträge aufrecht, und verweist insbesondere auf die Stellungnahme der TMA vom 18.08.2004 zum Amtsgutachten betreffend Regulierungsinstrumente.

Wir erlauben uns, unserer Stellungnahme eine Executive Summary voranzustellen.

#### A. Executive Summary

- Für TMA ist aufgrund der Ausführungen im vorliegenden Bescheidentwurf nicht nachvollziehbar, warum die in Punkt 2.5. des Bescheidentwurfes für TMA vorgesehene Vorabverpflichtung zu kostenorientierten Entgelten im Sinne der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (Long Run Average Incremental Cost – „LRAIC“) für TMA tatsächlich die am wenigsten beeinträchtigende Vorabverpflichtung darstellt. Wie allgemein bekannt ist, kann die Ausgestaltung ein und desselben Kostenrechnungsmodells im Detail erheblich variieren (welche Kostenblöcke werden mit einbezogen?, bottom up- oder top down-Ansatz?, etc.). TMA ist nicht bekannt, welche Kostenfaktoren in der LRAIC-Netzkostenrechnung (nach Ansicht der Regulierungsbehörde und anderer Betreiber) Berücksichtigung finden. Darüber hinaus wird im Bescheidentwurf kein alternatives Modell zur Berechnung kostenorientierter Terminierungsentgelte im Detail vorgestellt. TMA bezweifelt demnach die Verhältnismäßigkeit dieser Vorabverpflichtung. TMA fordert weiterhin, dass das im Bescheidentwurf genannte LRAIC-Kostenrechnungsmodell umgehend veröffentlicht wird und TMA Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des Verfahrens M 15b/03 als Partei eingeräumt wird. Diese Vorgehensweise hätte zur Folge, dass Zusammenschaltungspartner für die anstehenden Verhandlungen über deren Terminierungsentgelte eine gemeinsame Sichtweise zum Thema der Kostenorientierung im Sinne LRAIC hätten. Dies würde die Wahrscheinlichkeit von bilateralen Abschlüssen entsprechender Zusammenschaltungsentgeltvereinbarungen („Anhang 6“) erheblich erhöhen.
- Nach der Judikatur des VwGH (vgl. etwa VwGH-Erkenntnis ZI 2000/03/0195 vom 06.09.2001) haben sich kostenorientierte Zusammenschaltungsentgelte an den tatsächlichen Kosten des betroffenen Betreibers zu orientieren. In der zitierten Entscheidung hob der VwGH den Bescheid Z 26/99-85 unter anderem deshalb auf,



da "die Amtssachverständigen bei der Bestimmung des Zusammenschaltungsentgeltes anhand der FL-LRAIC-Berechnungsmethode somit nicht die tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin, sondern (lediglich) das Schema der ANB ... zu Grunde gelegt" hatten.

Die Telekom-Control-Kommission („TKK“) führt auf Seite 78 des Bescheidentwurfes aus, dass ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren sei, zur konkreten Umsetzung die Heranziehung eines längerfristigen Gleitpfades sinnvoll sein könne, und der Endwert des Gleitpfades in der Höhe des „korrekten Preises“, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung, liegen solle. Aus dem Bescheidentwurf ist nicht feststellbar, bis zu welchem Zeitpunkt dieser Zielwert erreicht werden soll (2005?, 2008?, 2015?). Die Festlegung eines reziproken „Wettbewerbspreises“ für Regulierung ist aufgrund der aktuellen höchstgerichtlichen Judikatur jedenfalls solange ausgeschlossen, als sich der „Wettbewerbspreis“ nicht durch die tatsächliche Kostensituation des betroffenen Mobilbetreibers rechtfertigen lässt.

Die Anwendung des von der TKK im Bescheidentwurf vorgesehenen Regulierungsmodells verletzt darüber hinaus § 42 Abs. 1 TKG 2003 sowie die Grundsätze des Art. 13 der Richtlinie 2002/19/EG („Zugangsrichtlinie“), da bei diesem Ansatz weder auf die tatsächlich getätigten Investitionen, noch auf die Möglichkeit, eine angemessene Rendite für eingesetztes Kapital zu erwirtschaften, abgestellt wird (vgl. dazu Punkt B.2. der gegenständlichen Stellungnahme).

- Die TKK lässt unbegründet, weshalb - entgegen den Ausführungen der Amtsgutachter im Juli 2004 - kein Markup auf die Netzkosten zur Abgeltung bestehender Externalitäten vorgenommen werden soll.
- Die TKK geht mit keinem Wort auf den Einwand der TMA ein, dass vor einem Regulierungseingriff in jedem Fall abzuwägen ist, ob die möglichen Vorteile, die durch die Eindämmung theoretischer Anreize zur Festlegung der Terminierungsentgelte auf/über Monopolprelniveau erzielt werden, die Nachteile überwiegen, die durch eine mögliche Fehlregulierung und die damit in Zusammenhang stehenden Wohlfahrtsverluste tatsächlich entstehen. Solche Überlegungen sind im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit aus Sicht von TMA jedenfalls unerlässlich.
- Der Bescheidentwurf der TKK lässt offen, ob die vorgesehene zukünftige Regulierungspraxis auf 2G- oder auch auf 3G-Terminierungsentgelte Anwendung findet. TMA verweist in diesem Zusammenhang auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission, SG (2003) D/231466 vom 29.08.2003, betreffend Case No UK/2003/0001, in der in Punkt III (2) ausgeführt wird, dass die Markdefinition grundsätzlich technologie-neutral sein solle (vgl. Art 8 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie), und „es den Anschein mache“, dass die 3G-Terminierungsleistung Teil desselben relevanten Produktmarktes sei. TMA weist in diesem Zusammenhang nochmals darauf hin, dass für den Fall, das die Anordnung von Terminierungsentgelten die Terminierungsleistung für 3G-Anrufe mitumfassen wird, die von den Mobilbetreibern getätigten UMTS-Investitionen bzw. die laufenden UMTS-Kosten angemessene Berücksichtigung bei Festsetzung der Terminierungsentgelte durch die TKK finden müssen.
- Generell ist festzuhalten, dass die TKK, wie im Detail unter Punkt B.1. bis B.5. gezeigt wird, jenes Prinzip der „ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework“ (ERG (03) 30rev1, Punkt 4.2.1, Seite 59f) verletzt, wonach Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen sollen.

## B. Stellungnahme im Detail

### B.1. Wissenschaftliche Theorie neben *Armstrong*

TMA hält ihre Kritik an dem dem Bescheidentwurf zugrundeliegenden Amtsgutachten zu M 15b/03 aufrecht. Wenn die Amtsgutachter bei Erarbeitung ihren theoretischen Erörterungen die Erkenntnisse von *Gans und King* (2000)<sup>1</sup>, *Carter und Wright* (2003)<sup>2</sup> und *Dessein* (2001)<sup>3</sup> gelesen haben, überrascht umso mehr, dass diese nicht in die

<sup>1</sup> Gans, J.S. und King, S.P. (2000), "Using 'Bill and Keep' Interconnection Arrangements to Soften Network Competition";

<sup>2</sup> Carter, M., Wright, J. (2003), "Asymmetric Network Interconnection", *Review of Industrial Organisation* 22, 37-46, 2003.

<sup>3</sup> Dessein, W. (2001), "Network competition in non-linear pricing";



Abwägung der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente und in die Begründung, weshalb die Amtsgutachter der Ansicht von *Armstrong*<sup>4</sup> folgen, eingeflossen sind. Die Ergebnisse des Wettbewerbsmodells von *Armstrong* beruhen – wie TMA bereits in ihrer Stellungnahme vom 18.08.2004 ausgeführt hat – auf einer Reihe von vereinfachenden Annahmen, sodass dieses Modell für Voraussagen von Wettbewerbsverhalten von einem realen Telekommunikationssektor ungeeignet ist.

Die wissenschaftliche Diskussion nach *Armstrong* (*Laffont, Rey und Tirole* (1998), *Gans und King* (2000), *Carter und Wright* (2003), *Schiff* (2001) und *Dessein* (2001)) kommt zu dem Ergebnis, dass Mobilbetreiber ihre Profite maximieren, wenn M2M-Terminierungsentgelte auf das Niveau der Kosten oder sogar darunter festgelegt werden.

Aufgrund dieser Erkenntnisse kann demnach bewiesen werden, dass keine Anreize bestehen, insbesondere M2M („mobile to mobile“)-Entgelte auf/über Monopolpreinsniveau zu setzen, wodurch auch keine Entgeltregulierung notwendig ist.

Aus diesem Grund muss man zu dem Ergebnis gelangen, dass die von den Amtsgutachtern vermuteten Probleme allokativer Marktverzerrungen auf Grund zu hoher M2M-Terminierungsentgelte sowie durch die Preisdiskriminierung von on-net und off-net calls unter analytischen und zum Teil auch unter empirischen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar sind.

Der vorliegende Bescheidentwurf der TKK greift die von TMA bislang vorgebrachte Kritik nur unzureichend auf, da auf Seite 39 lediglich auf die umfangreiche Bibliographie des Amtsgutachtens zu M 15b/03 verwiesen wird. Die TKK hat in Ihrem Bescheidentwurf mit keinem Wort begründet, warum die Amtsgutachter und die TKK die oben genannten Erkenntnisse der neueren Wirtschafts- und Wissenschaftstheorie nicht anwenden oder zu widerlegen versuchen. Der vorliegende Bescheidentwurf weist somit einen wesentlichen Begründungsmangel auf.

## B.2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht ausreichend beachtet

Aus dem vorliegenden Bescheidentwurf ist nicht ersichtlich, weshalb sich die TKK mit der von TMA in Punkt B.5 ihrer Stellungnahme vom 18.08.2004 angeführten Argumentation zum Thema der Verhältnismäßigkeit nicht auseinandersetzt. Es bleibt somit unbeantwortet, weshalb vor Anwendung der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente nicht abgeklärt wird, ob der Einsatz des jeweiligen Regulierungsinstrumentes nicht möglicherweise einen größeren Schaden (etwa durch Wohlfahrtsverluste) verursacht als eine „theoretisch mögliche“ Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Mobilbetreibern könnte – wie von TMA im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 18.08.2004 bereits ausgeführt – durch Einfluss der Regulierung auch längerfristig die Erzielung einer Rentabilität verwehrt werden, die erforderlich ist, um die Kapitalkosten zu decken.

Die TKK geht demgegenüber bei ihren Ausführungen zu LRAIC auf Seite 74 des Bescheidentwurfes darauf ein, dass bei Anwendung des LRAIC-Modells den Investitionen eines effizienten Betreibers Rechnung getragen würde sowie eine entsprechende Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen sei. So halte auch § 42 Abs. 1 TKG 2003 fest, dass den „Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen [ist], eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften.“

Die hohe Wettbewerbsintensität im Endkundenmarkt in Verbindung mit den tatsächlich in Österreich angewendeten Regulierungsmaßnahmen hat tatsächlich aber dazu geführt, dass es – wie im Rahmen der Stellungnahme von TMA vom 18.08.2004 bereits ausgeführt – in den letzten Jahren (bis einschließlich 2002) lediglich Mobilkom gelungen ist, durchwegs eine positive Rendite auf das eingesetzte Kapital zu erzielen. [Betriebs- und Geschäftsgeheimnis Anfang]

<sup>4</sup> *Armstrong, M.* (1998), „*Network Interconnection in Telecommunications*“, *Economic Journal*, 108 (May), pp 545-564;



[Redacted text block]

[Betriebs- und Geschäftsgeheimnis Ende]

Die mögliche Wirkung der Regulierung auf den Unternehmenserfolg lässt sich insbesondere an der Rentabilitätsentwicklung in Folge von Regulierungsentscheidungen erkennen. So entschied die TKK im Jahr 2000 auf Basis einer Kostenprüfung der Mobilkom, dass deren Terminierungsentgelte, aber zugleich auch - und ohne gesonderte Prüfung - die Terminierungsentgelte der TMA auf das Niveau von 13,8 €/Gesprächsmminute abgesenkt werden sollten<sup>6</sup>. Zu diesem Zeitpunkt (wie auch noch aktuell) profitierte Mobilkom im Vergleich zu TMA von Größendegressionseffekten. Sofern die Tariffestlegung gegenüber Mobilkom also kostenbasiert war, konnte sie für TMA nicht kostendeckend sein. Wie zu erwarten war, zeigte sich in der Renditeentwicklung von TMA im Jahr 2000 eine „Renditedelle“ (siehe nachfolgende Abbildung). [Betriebs- und Geschäftsgeheimnis: Anfang]

<sup>6</sup> TKK, Bescheid Z. 4/00 vom 31.07.2000.

■ ■ ■ ■ ■ **T** ■ ■ ■ ■ ■ **Mobile** ■ ■ ■ ■ ■

[Betriebs- und Geschäftsgemeinnis Ende].

Diese bisherige, durch die stattgefundene „Überregulierung“ mitverursachte Verunmöglichung für Mobilbetreiber, eine Rendite zu erzielen, die die Kapitalkosten deckt, wird durch das nunmehr vorgeschlagene Regulierungsmodell noch verstärkt. Das im Bescheidentwurf enthaltene Regulierungsmodell sieht beispielsweise nicht vor, dass die vom betroffenen Mobilbetreiber getätigten Anschaffungskosten (Investitionen) für Netzelemente, die bei Inanspruchnahme der Terminierungsleistung benutzt werden, über die Terminierungsentgelte wieder erwirtschaftet werden können. Wie TMA in diesem Fall eine Rendite erzielen soll, die die für den laufenden Netzausbau und die ständige Verbesserung der Dienstqualität bedingten Kapitalkosten decken soll, bleibt im Dunkeln. Durch die Verunmöglichung, eine angemessene Rendite auf eingesetztes Kapital zu erzielen, verletzt der vorliegende Bescheidentwurf neben § 42 Abs. 1 TKG 2003 insbesondere auch Art 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/19/EG („Zugangsrichtlinie“).<sup>7</sup> Darüber hinaus führt die Fortsetzung dieser Entwicklung auch zu einer Verletzung des in Art 8 Abs. 2 lit c. der RL 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“) angeführten Ziels, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und die Innovation zu unterstützen, da mangels Rendite die betroffenen Unternehmen primär bei Investitionen in neue Technologien und Infrastrukturoptimierung sparen werden.

Die TKK begründet auf Seite 74 weiters nicht, aus welchen Gründen das LRAIC-Modell die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an den „korrekten Preis“ ist. Es werden diesem Modell keine vergleichbaren Kostenrechnungsmodelle für kostenorientierte Preise gegenübergestellt, wodurch für TMA keineswegs nachvollziehbar ist, dass LRAIC die beste Annäherung an den „korrekten Preis“ sei. Die TKK führt auch nicht aus, wieso die vorgesehene Kostenorientierungsverpflichtung nicht über jene Maßnahme hinausgeht, die zur Erreichung des Zieles erforderlich ist. Insoweit liegt die Vermutung sehr nahe, dass die TKK das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verletzt.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die konkrete, von der TKK angestrebte Ausgestaltung des LRAIC-Kostenrechnungsmodells unbekannt ist (Welche Kostenblöcke finden Berücksichtigung?, etc.). Die genaue Kenntnis dieses zu veröffentlichenden Kostenrechnungsmodells ist für TMA zum Verständnis der vorgeschlagenen, zukünftigen Regulierungspraxis von grundlegender Bedeutung. TMA fordert demnach weiterhin, dass TMA das LRAIC-Kostenrechnungsmodell umgehend zur Verfügung gestellt wird, und TMA ausreichend Zeit eingeräumt wird, zu dem Gutachten als Partei IS des AVG Stellung zu nehmen!

### B.3., Zur möglichen Operationalisierung der Entgelt-/Kostenkontrolle, Seite 77 des Bescheidentwurfes

Die TKK führt auf Seite 77 des Bescheidentwurfes wie folgt aus: *„In einem Wettbewerbsmarkt sind Faktoren, wie unterschiedliche Technologien oder unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer, von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte*

<sup>7</sup> Art 13 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie hält fest, dass die nationalen Regulierungsbehörden den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital zu ermöglichen haben, wobei die damit verbundenen Risiken zu berücksichtigen sind.





*Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung nämlich als ein homogenes Produkt, ungeachtet der Technologie oder des Kundenstocks.*

*[...]*

*Vor diesem Hintergrund ist ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt folglich in der „Imitation“ des Wettbewerbsergebnisses.*

*Zur konkreten Umsetzung kann die Heranziehung eines längerfristigen Gleitpfades [...] sinnvoll sein, der ausgehend vom derzeitigen Terminierungsentgelt [...] zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft führt. [...] Der Endwert des Gleitpfades – die Höhe des Entgeltes am Ende des Gleitpfades – liegt sodann in der Höhe des „korrekten“ Preises, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung.“*

Für TMA geht aus dem vorliegenden Bescheidentwurf nicht hervor, aus welchem Grund die TKK von den feststehenden Leitsätzen der bisherigen Regulierungspraxis abweicht. Die TKK hat beispielsweise in der Entscheidung zu Z 2/03 vom 14.04.2003 wie folgt ausgeführt: „Die Telekom-Control-Kommission hat in ihrer bisherigen Regulierungspraxis durchgängig die Meinung vertreten, dass sich langfristig, bei identischen Netzen und bei Vorliegen vergleichbarer Wettbewerbspositionen ein einheitlicher Marktpreis einstellen muss (vgl. dazu exemplarisch die Streitschlichtungsanordnungen zu Z 7/00, Z 8/00). Auch in den letzten Anordnungen der Regulierungsbehörde zur Festlegung von Mobil-Zusammenschaltungsentgelten- vgl. etwa die Entscheidungen zu Z 5, 7/01, Z 8/01, Z 14, 15/01 sowie Z 1/02- ist die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich von dieser Position nicht abgewichen. Sie ist in diesem Zusammenhang jedoch zur Auffassung gelangt, dass die Verwirklichung des einheitlichen Marktpreises nicht in der anfänglich angenommenen Geschwindigkeit erreicht werden kann. Somit wurde im Regulierungszeitraum der genannten Entscheidungen (bis 31.12.2002 im Fall der Anordnungen zu Z 5, 7/01, Z 8/01, Z 14, 15/01 bzw. bis 30.09.2003 betreffend Z 1/02) kein einheitlicher, reziproker Preis festgelegt. Eine ausführliche Erhebung der (Voll-)Kosten, die den einzelnen Mobilnetzbetreibern für die Leistung der Zusammenschaltung entstehen, hat nämlich ein klares Bild von den sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen und Marktpositionen geworfen: Mobilkom als „first mover“ und mit der höchsten Zahl an Teilnehmern – ein Großteil an Geschäftskunden – hat folglich weit geringere durchschnittliche Kosten, während hingegen die zweit- und drittplatzierten Unternehmungen – T-Mobile sowie Connect – auf Grund der geringeren Teilnehmerzahl unbestritten höhere Kosten aufweisen.“

Aus dem vorliegenden Bescheidentwurf geht nicht hervor, aus welchem Grund die TKK von diesem, von ihr erarbeiteten Grundsatz der Regulierung von Mobil-Terminierungsentgelten offensichtlich abweichen will. Ein Abstellen auf unterschiedliche Kostenstrukturen und unterschiedliche Marktpositionen ist im Bescheidentwurf nicht zu finden. Wie die aktuellen Marktkennzahlen zeigen, sind die Marktanteile der österreichischen Mobilbetreiber weit davon entfernt, sich anzugleichen. Aus diesem Grund ist auch eine „stillschweigende Annahme ausgeglichener Marktpositionen“ durch die TKK auszuschließen. Zu der bisherigen Marktanteilsentwicklung verweisen wir auch auf Punkt B.7.2. der TMA-Stellungnahme vom 18.08.2004.

In diesem Zusammenhang ist auch auf das VwGH-Erkenntnis Zl. 2002/03/0164 betreffend Z 31/01, Z 3/02 zu verweisen, dessen Kernaussage wie folgt lautet (Seite 19): „Dass die Marktposition der beteiligten Unternehmen bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten berücksichtigt wird, ist vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG rechtlich nicht zu beanstanden, sondern vielmehr geboten.“

Der in Art 9. Abs. 5 RL 97/33/EG festgeschriebene Grundsatz fand sowohl in Art 13 der RL 2002/19/EG („Zugangsrichtlinie“) als auch in § 34 TKG 2003 Eingang. Aus diesem Grund ist die Aussage der TKK im Bescheidentwurf, Seite 78 oben, dass in den folgenden Jahren maximal Terminierungsentgelte in einer Höhe verrechnet werden können, die sich schrittweise auf einen reziproken Zielwert zubewegen, nur gerechtfertigt, wenn sich die Marktpositionen bzw. die Netzkosten der Betreiber tatsächlich angleichen würden. Alle Marktsignale sprechen gegen diese Annahme. Sofern die neue Regulierungspraxis diese Vorgaben nicht berücksichtigt, fördert



sie auch Wettbewerbsverzerrungen und steht dadurch auch im Widerspruch zu Art 8 Abs. 2 lit b der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie).

Letztendlich bietet dieses Regulierungsmodell aus Sicht der TMA auch keinen Anreiz für Investitionen in Infrastruktur und innovative Dienstleistungen, was auch gegen Art 8 Abs. 2 lit c. der Rahmenrichtlinie verstößt.

Die TKK führt auf Seite 78 weiters aus, dass das primäre Ziel regulatorischer Intervention in der „Imitation“ des Wettbewerbsergebnisses liege.

TMA widerspricht dieser Ansicht der TKK, da es für solch ein Ziel keine gesetzliche Grundlage gibt. Eines der Hauptziele der Regulierung ist gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 bekanntermaßen die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten. Durch das nunmehr vorgesehene Regulierungsmodell, das dem Ziel reziproker Entgelte ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Kostensituation der betroffenen Betreiber folgt, wird dieses Regulierungsziel verfehlt.

Wie in der Stellungnahme der TMA vom 18.08.2004 im Detail ausgeführt, ist die Anwendung reziproker Terminierungsentgelte vor tatsächlicher Angleichung der Marktanteile auch aus folgenden weitergehenden rechtlichen Gründen unzulässig:

Die von den Amtsgutachtern und der TKK präferierte (mittel- bis längerfristige) Einführung von reziproken Zusammenschaltungsentgelten ist nicht mit der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des VwGH zur behördlichen Bestimmung von Mobilterminierungsentgelten vereinbar. Wie der VwGH bereits in mehreren Judikaten aussprach (z.B. ZI 2000/03/0195 vom 6.9.2001), haben sich Zusammenschaltungsentgelte von marktbeherrschenden Betreibern an den tatsächlichen Kosten des jeweiligen Betreibers zu orientieren.

Für TMA ist – wie in der Stellungnahme der TMA vom 18.08.2004 bereits ausgeführt – auch kein Grund ersichtlich, warum vom Grundsatz der Festlegung von kostenorientierten Entgelten auf der Grundlage der betreiberindividuellen Kosten im neuen Rechtsrahmen abgewichen werden sollte (vgl. dazu die Empfehlung 98/195/EG der EU-Kommission vom 8.1.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte), ABI Nr L 073 vom 12.3.1998, S 42 ff).

#### B.4., Notwendigkeit der Berücksichtigung von Externalitäten

Die TKK führt auf Seite 74 des Bescheidentwurfes aus, dass der aus ökonomischer Sicht effiziente Preis für den Zugang in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines hinreichend effizienten Betreibers liege, wobei Aufschläge für Fixkosten (insbesondere gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten) zu berücksichtigen seien. Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten“ Preis wären die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten („Long Run Average Incremental Costs“, „LRAIC“). Die LRAIC wären somit die inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten.

Es bleibt bei den Ausführungen der TKK in Punkt 7.2.5., Seite 71 ff, zum Einen völlig im Dunklen, weshalb der effiziente Preis für den Zugang in der Höhe der LRAIC liegen sollte. Alternative Kostenrechnungssysteme werden – wie unter Punkt B.4. bereits erwähnt – im Bescheidentwurf nicht analysiert und bewertet. Zudem ist allgemein bekannt, dass auch ein konkretes Kostenrechnungssystem zahlreiche unterschiedliche Berechnungsvarianten aufweist, weshalb der lapidare Hinweis auf Seite 78, dass auch eine Modellierung eines Bottom-Up-Modells denkbar wäre, für TMA als zukünftigen Normunterworfenen wenig hilfreich ist.

Zum Zweiten wird mit keinem Wort begründet, weshalb zukünftig kein Markup für externe Effekte in Anrechnung gelangen soll und damit eine Abkehr von der bisherigen Regulierungspraxis vorgenommen wird. In der bisherigen Regulierungspraxis wurden weitere Aufwendungen, wie für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handsetsstützungen, die über die Berechnungsvariante K1 hinausgehen, als



zusammenschaltungsrelevant identifiziert, und den Netzkosten K1 als sogenannte „Externalitäten“ bei Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten hinzugerechnet (vgl. zuletzt TKK in Z 2/03 vom 14.04.2003, Seite 39, mwN). Diese Aufwendungen bewirken, dass die Anzahl der Mobilkunden steigt bzw. nicht abnimmt und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunimmt. Dadurch entsteht ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten ist.

Die Berücksichtigung externer Effekte wurde vom VwGH gebilligt, jedoch wurden – wie nicht anders zu erwarten war – entsprechende Anforderungen an den quantitativen Nachweis der Externalitäten gestellt. So führt der VwGH in dem Erkenntnis ZI 2002/03/0164, Seite 20, zu Z 31/01, Z 3/02 beispielsweise aus: „In Folge wird (Anm. TMA: von TKK in Bescheid Z 31/01, Z 3/02) ohne nähere Herleitung – insbesondere unter Außerachtlassung der im Gutachten der Amtssachverständigen dargelegten Berechnungsvariante „K2“ („K 1“ zusätzlich der Kosten für Marketing, Billing und Customer Care) und „K 3“ (zusätzlich zu „K2“ Berücksichtigung der Handset-Stützungen) – ausgeführt, dass durch die getroffene Festlegung die externen Effekte „angemessen berücksichtigt“ worden seien, wobei auf die von Ofel festgestellte Bandbreite für externe Effekte zwischen ein und drei Pence pro Terminierungsminute verwiesen wird.

[...] Dabei hat die belangte Behörde (Anm. TMA: TKK) jedoch nachvollziehbar darzulegen, auf welchen konkreten Überlegungen bzw. konkreten Rechenschritten die vorgenommene Entgeltfestlegung beruht. Indem im angefochtenen Bescheid bestimmte Kostenblöcke ausdrücklich als zusammenschaltungsrelevant identifiziert werden, wobei diese Kostenblöcke in der Folge jedoch offenbar nur zum Teil über eine „Abgeltung für externe Effekte“ berücksichtigt werden, hat es die belangte Behörde unterlassen, in nachvollziehbarer Weise anzugeben, auf welchen konkreten Überlegungen die schließlich vorgenommene Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte beruht. Der angefochtene Bescheid erweist sich somit im Hinblick auf die Berücksichtigung externer Effekte als mangelhaft begründet.“

Die allgemeinen Ausführungen der TKK in den bisherigen Entscheidungen, dass der durch die Aufwendungen für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handsetstützungen bewirkte positive externe Effekt vom rufenden Kunden abzugelten ist, sind weiterhin gültig. Selbst die Amtsgutachter führen in ihrem Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente von Juli 2004, Punkt 3.4.1.1, Seite 34, aus, dass im Falle der Existenz von Netzwerkexternalitäten aus wohlfahrtsökonomischen Überlegungen ein zusätzlicher Markup für externe Effekte berücksichtigt werden kann. Weshalb Netzwerkexternalitäten in Zukunft nicht mehr existent sein sollen, wird weder in den Amtsgutachten noch im Bescheidentwurf begründet.

Zwar hat die Penetrationsrate in Österreich mittlerweile nahezu ihren Höhepunkt erreicht. Wie im Kommunikationsbericht 2003, Seite 179, ausgeführt, ist seit 2002 aber jedenfalls wieder ein leichtes Marktwachstum festzustellen. Die genannten Aufwendungen dienen demzufolge weiterhin dazu, die Marktsättigung tatsächlich zu erreichen, sowie dass Kunden mehr telefonieren und die Kundenanzahl zumindest nicht abnimmt.

Dass TMA somit auch zukünftig eine Abgeltung für diese positiven externen Effekte zusteht, steht für TMA außer Zweifel. Mangels anderweitiger Begründung der TKK ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb von der bisherigen diesbezüglichen Regulierungspraxis abgegangen werden sollte.

- Abschließend ist festzuhalten, dass die Umlage von Fix- und Gemeinkosten derart erfolgen soll, dass die Nachfragestruktur hierdurch möglichst geringfügig verzerrt wird (sogenanntes „Ramsey-Pricing“). TMA verweist dazu im Detail auf Punkt 3.1. des Gutachtens von Frontier Economics, Anlage /2 der TMA-Stellungnahme vom 18.08.2004. Dieser Ansatz wird auch von den Amtssachverständigen verfolgt (vgl. Punkt 3.4.1.1. des Amtsgutachtens betreffend Regulierungsinstrumente von Juli 2004), was TMA sehr begrüßt.

#### B.5. Durchführung eines Verfahrens gemäß Art 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG

Der vorliegende Bescheidentwurf der TKK ist nach Ansicht der TMA geeignet, zum Gegenstand eines Verfahrens gemäß Art 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, eines sog. „Vetos“, der Kommission zu werden. Der





Bescheidentwurf richtet sich auf die Feststellung, dass die TMA über beträchtliche Marktmacht auf dem relevanten Markt verfügt. Diese Feststellung hat die TKK im Einzelnen nicht ausreichend begründet bzw. sie hat die einzelnen wettbewerblichen Faktoren nicht hinreichend gewürdigt.

Insbesondere führt die TKK nicht aus, aus welchen Gründen den von TMA in Punkt B.i. ihrer Stellungnahme vom 18.08.2004 angeführten neueren ökonomischen Erkenntnissen nicht gefolgt wird. Die TKK verweist auf Seite 39 lediglich auf die umfangreiche Bibliographie des Amtsgutachtens zu M 15b/03.

Die TKK liefert weiters keine Nachweise für ihren Schluss, dass in der Praxis am österreichischen Vorleistungsmarkt tatsächlich keine nachfrageseitige Gegenmacht besteht. Die TKK führt unter Punkt 6.5., Seite 56 des Bescheidentwurfes, aus, dass die bestehende Interoperabilitätsverpflichtung ISd § 22 TKG 2003 sowie die allgemeine Pflicht zur Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003 die Möglichkeit zur Durchsetzung nachfrageseitiger Verhandlungsmacht einschränkt, da die Drohung der Nicht-Zusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden kann. Diese Sichtweise ist insofern zu eingeschränkt, als es zwischen den Zusammenschaltungspartnern vielfach neben der Netzzusammenschaltung wesentliche wirtschaftliche Wechselwirkungen gibt (z.B. National Roaming, Host-Netzbetrieb für MVNOs, Mietleitungs-Geschäftsbeziehung, u.s.w.). Die Drohung der Nichtzusammenschaltung ist demnach nicht das einzige Argument, mit dem Verhandlungsdruck auf Zusammenschaltungspartner aufgebaut werden kann. Diese Möglichkeiten wurden von der TKK nicht berücksichtigt.

Darüber hinaus ist auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission SG-Greffe (2004) D/200489 vom 5. Februar 2004 zu Case UK/2003/0040, Punkt III (2), zu verweisen, in der die Europäische Kommission darauf hinweist, dass Öftel das Preissetzungsverhalten von Inquam in der Vergangenheit hätte mitberücksichtigen sollen. Obwohl TMA in ihren bisherigen Stellungnahmen im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens auf freiwillige Absenkungen der TMA hingewiesen hat (vgl. Seite 6 der TMA-Stellungnahme vom 02.06.2004), ist dies nicht in die Betrachtung der TKK eingeflossen. Gerade hinsichtlich TMA, die seit 1996 am österreichischen Markt tätig ist, ist eine Berücksichtigung des tatsächlichen Marktverhaltens durch die TKK unerlässlich. Insofern ist auch die Aussage der TKK in Punkt 3.4., 1.Absatz, Seite 7, unverständlich.<sup>8</sup> Für TMA ist auch die ablehnende Haltung der TKK gegenüber dem Vorbringen der TMA zu den ihren konkreten Verhaltensweisen auf Vorleistungsebene, insbesondere im Zuge der bilateralen Einigung mit allen Marktteilnehmern über die Höhe der Terminierungsentgelte im Herbst 2003, keineswegs nachvollziehbar. Selbst wenn die bilateralen Einigungen im Jahr 2003 unter dem Druck der Regulierung zustande gekommen sind (vgl. Aussage der TKK unter Punkt C.2.lit d, Seite 37), so spricht dies a priori noch nicht gegen eine ausreichende Verhandlungsmacht auf Vorleistungsebene. Darüber hinaus bestätigt dies die Ansicht der TMA, dass eine Androhung einer Regulierung ausreichend ist, um Mobilbetreiber in ihrer Preissetzungspolitik „zu disziplinieren“.

Aus den genannten Gründen ist TMA der Überzeugung, dass der vorliegende Bescheidentwurf somit gegen die allgemeinen Grundsätze der ausreichenden Begründung des Maßnahmenentwurfes verstößt (vgl. z.B. Empfehlung der Kommission vom 23.07.2003, 2003/561/EG, Rz 5 und 6d. und e.). Darüber hinaus steht der vorliegende Bescheidentwurf – wie in Punkt B. dieser Stellungnahme im Detail ausgeführt wurde – mit politischen Zielen und regulatorischen Grundsätzen im Sinne des § 1 TKG 2003 sowie des Art 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG im Widerspruch. Aus diesem Grund sind ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit Gemeinschaftsrecht angebracht.

<sup>8</sup> Bescheidentwurf, Punkt 3.4., 1.Absatz, Seite 7: „Die Mobilterminierungsleistung wird in Österreich beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG [1997] – reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „Marktverhalten“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung weitgehend entzogen, sodass deren Analyse auf Basis einer Ex-post-Betrachtung lediglich die Aussagen über die Regulierungstätigkeit nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen zu Tag fördern würde.“



## B.6. Klassenmodell

Den Vorwurf der TKK auf Seite 42, lit.f., dass das von TMA entworfene Klassenmodell jeglicher „ratio“ entbehre, weist TMA zurück. Wie die Marktentwicklung der vergangenen Jahre zeigt (vgl. Abb. 1 in Punkt B.7.2. der Stellungnahme der TMA vom 18.08.2004), ist die Annahme der TMA, dass sich primär die Marktanteile der privaten Betreiber angleichen, realistischer als die Annahme der Amtsgutachter, dass sich alle Marktanteile längerfristig angleichen und die „First-Mover“-Vorteile der Mobilkom erodieren.

## B.7. Schlussbemerkung

Abschließend möchte TMA noch auf folgende Aussage der TKK hinweisen, die für das den Marktteilnehmern bevorstehende Regulierungsmodell symptomatisch zu sein scheint. Auf Seite 38, lit.h, führt die TKK in Entgegnung der Forderung von TMA, keine weiteren Regulierungsmaßnahmen zu setzen, wie folgt aus: *„Eine gänzliche Entlassung aus der Wettbewerbsregulierung – wie von T-Mobile gewünscht – kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und folglich – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren ist.“*

Durch die amtsbekannte Märkteempfehlung der Europäischen Kommission, der die nationalen Regulierungsbehörden EU-weit gefolgt sind, ist eine Deregulierung bis auf Weiteres ausgeschlossen. Durch eine Marktdefinition, bei der die betroffenen Betreiber aufgrund des Umstandes, dass sie der einzige Marktteilnehmer auf dem individuellen Terminierungsmarkt sind, immer 100 % Marktanteil haben, wird effektiver Wettbewerb, wie er von der EU und den Regulierungsbehörden verstanden wird, nie eintreten können.

Eine gesamte Branche sieht sich demzufolge einer immerwährenden Preisregulierung gegenüber. Inwieweit in diesem Zusammenhang Anreize bestehen sollen, in den Markt einzutreten und in Netzinfrastruktur und neue Dienste zu investieren, bleibt unbeantwortet!

TMA hofft, dass dieser kritikwürdige Ansatz im Rahmen der regelmäßigen Überprüfung der TKMVO gem. § 36 Abs. 1 TKG 2003 Berücksichtigung findet.

Mit freundlichen Grüßen

T-Mobile Austria GmbH

n/recht/regulierung/regulierungsverfahren 2004/M 14,15\_03/2004 10 01 TMA-Stellungnahme Bescheidentwurf\_Clean\_2.doc