

**DORDA  
BRUGGER  
JORDIS**

**RECHTSANWÄLTE  
GMBH**

1010 Wien  
Dr Karl Lueger-Ring 10  
T: (+43-1) 533 47 95-0  
F: (+43-1) 533 47 97  
office@dbj.at  
www.dbj.at

UID ATU 47842303  
DVR 0724211  
FN 188155 z  
Handelsgericht Wien

GZ:

eingel.  
amt: 02. Jan. 2005

GF-TK	TKK	GF-RF	KOA
-------	-----	-------	-----

EINSCHREIBEN	F	T	R	B	V	FM
--------------	---	---	---	---	---	----

**Telekom-Control-Kommission**

p.A. Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH

Mariahilfer Straße 77-79

**1060 Wien**

**vorab via email: rtr@rtr.at**

**Unser Zeichen**  
TMOB-PABX;  
PK/Wa,Rup

**Durchwahl**  
(+43-1) 533 47 95-35

**Direktes Fax**  
(+43-1) 533 47 95 56

**Direkte E-Mail**  
stephan.polster@dbj.at

**Datum**  
29.12.2005  
**GZ: M 3/05**

**Einschreiter:**

**T-Mobile Austria GmbH**

Rennweg 97-99

A-1030 Wien

vertreten durch:

DORDA BRUGGER JORDIS  
Rechtsanwälte GmbH  
Dr Karl Lueger-Ring 10  
1010 Wien

Code P130040

(Vollmacht und SV erteilt, auch zum Empfang von Zustellungen und Geld; KV  
begehrt nach § 19a RAO Kostenzahlung zu seinen Händen)

**STELLUNGNAHME**

einfach  
1 HS

**RECHTSANWÄLTE**  
Dr Christian Dorda  
Dr Theresa Jordis  
Dr Walter Brugger  
Dr Florian Kremslehner  
Mag Thomas Angermair  
Dr Martin Brodey, LL.M.  
Dr Andreas W. Mayr, LL.M.  
Dr Andreas Zahradnik

MMag Dr Stefan Günther  
Dr Winfried Schwarz, LL.M.  
Dr Tibor Varga  
Dr Stephan Polster, M.A.  
MMag Stefan Artner  
Mag Christoph Brogyányi  
Dr Christoph Stippel, LL.M.  
Dr Johannes Hysek  
Mag Martin Reinisch

Dr Florian Keschmann  
Dr Christoph Mager  
Dr Andreas Aigner, LL.M.  
Mag Katharina Nowotny  
Dr Ingo Kapsch  
Dr Axel Anderl, LL.M.  
Mag Francine Zimmer

<b>RTR - GmbH</b>					
GZ: / /					
eingelegt am: 02. Jan. 2005					
GF - TR	TKK	GF - NF	KOA		
F	T	R	B	V	FM

**D O R D A  
B R U G G E R  
J O R D I S**

**RECHTSANWÄLTE  
G M B H**

**EINSCHREIBEN**

**Telekom-Control-Kommission**

p.A. Rundfunk- und Telekom-Regulierungs-GmbH  
Mariahilfer Straße 77-79  
**1060 Wien**

**vorab via email: rtr@rtr.at**

1010 Wien  
Dr Karl Lueger-Ring 10  
T: (+43-1) 533 47 95-0  
F: (+43-1) 533 47 97  
office@dbj.at  
www.dbj.at

UID ATU 47842303  
DVR 0724211  
FN 188155 z  
Handelsgericht Wien

<b>Unser Zeichen</b> TMOB-PABX; PK/Wa,Rup	<b>Durchwahl</b> (+43-1) 533 47 95-35	<b>Direktes Fax</b> (+43-1) 533 47 95 56	<b>Direkte E-Mail</b> stephan.polster@dbj.at	<b>Datum</b> 29.12.2005 <b>GZ: M 3/05</b>
---	--	---	---	---

**Einschreiter:**

**T-Mobile Austria GmbH**  
Rennweg 97-99  
A-1030 Wien

vertreten durch:

**DORDA BRUGGER JORDIS**  
Rechtsanwälte GmbH  
Dr Karl Lueger-Ring 10  
1010 Wien

Code P130040

(Vollmacht und SV erteilt, auch zum Empfang von Zustellungen und Geld; KV begehrt nach § 19a RAO Kostenzahlung zu seinen Händen)

**STELLUNGNAHME**

einfach  
1 HS

**RECHTSANWÄLTE**  
Dr Christian Dorda  
Dr Theresa Jordis  
Dr Walter Brugger  
Dr Florian Kremslehner  
Mag Thomas Angermair  
Dr Martin Brodey, LL.M.  
Dr Andreas W. Mayr, LL.M.  
Dr Andreas Zahradnik

MMag Dr Stefan Günther  
Dr Winfried Schwarz, LL.M.  
Dr Tibor Varga  
Dr Stephan Polster, M.A.  
MMag Stefan Artner  
Mag Christoph Brogyányi  
Dr Christoph Stippl, LL.M.  
Dr Johannes Hysek  
Mag Martin Reinisch

Dr Florian Keschmann  
Dr Christoph Mager  
Dr Andreas Aigner, LL.M  
Mag Katharina Nowotny  
Dr Ingo Kapsch  
Dr Axel Anderl, LL.M.  
Mag Francine Zimmer

Die Telekom-Control-Kommission (im Folgenden "TKK") übermittelte T-Mobile Austria GmbH ("TMA") den Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003. TMA wurde die Möglichkeit eingeräumt, zu diesem Entwurf bis zum 2.1.2006 Stellung zu nehmen.

Sohin erstattet TMA binnen offener Frist folgende

### **Stellungnahme:**

#### **1. Vorbemerkung**

Gegenstand dieses Verfahrens ist das von TMA vertriebene Festnetzprodukt "Replace". Replace ist als innovatives Produkt konzipiert und soll dem Kunden die Annehmlichkeiten aus den Welten Fest- und Mobilnetz mit dem Vorteil vereinen, alles aus einer Hand zu bekommen und nur einen Ansprechpartner zu haben. Die Intention von Replace ist es, den Wettbewerb am österreichischen Telekommunikationsmarkt (insbesondere am weiterhin vom Incumbent Telekom Austria dominierten Festnetzmarkt) stärker zum Vorteil der Kunden zu beleben.

#### **2. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen gemäß dem § 34 ff TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde die Ziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 unter Wahrung des Maßstabs der Verhältnismäßigkeit zu verwirklichen.

Das bedeutet, dass eine von der Regulierungsbehörde verhängte spezifische Verpflichtung ein berechtigtes, in § 1 Abs 2 TKG 2003 normiertes Ziel zu verfolgen hat, zur Erreichung des Ziels notwendig sein muss sowie keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers vorliegen darf (*Polster in Stratil, TKG 2003, § 34 Rz 3*). Unter mehreren zur Zielerreichung geeigneten Mitteln muss daher das gelindeste Mittel ausgewählt werden.

Zu den im TKG 2003 ausdrücklich angeführten Regulierungszielen zählen unter anderem die Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für al-

le Nutzer, die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a bis c TKG 2003).

### **3. Zum vorliegenden Entwurf einer Vollziehungshandlung**

Nach dem vorliegenden Bescheidentwurf soll TMA der (zusätzlichen) Verpflichtung unterworfen werden, in Bezug auf den Preis der Leistung "Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz" dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die TMA ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt.

Die TKK begründet diese Verpflichtung im wesentlichen damit, dass sie geeignet und notwendig wäre, dem von der TKK identifizierten "Wettbewerbsproblem Nr 4" vor dem Hintergrund der Einführung des Produkts Replace (und vergleichbarer neuer Endkundenprodukte) zu begegnen. Das Wettbewerbsproblem Nr 4 ist wie folgt definiert:

*"Unter Umständen Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (zB Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von Virtual Private Networks) bzw durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für on-net calls und jenen, die für off-net calls verrechnet werden, verstärkt." Die neuen Endkundenprodukte der Mobilfunkbetreiber können, so die TKK, "als Foreclosure-Strategien gegenüber Festnetzbetreibern gewertet werden". Durch Produkte dieser Art "erfahren Festnetzbetreiber deutliche Wettbewerbsnachteile, da sie vergleichbare Produkte (möglicherweise) nicht anbieten können, da sie direkt von der Mobil-Terminierung abhängig sind, und das dafür zu entrichtende Mobilterminierungsentgelt zu entrichten haben". Der Gleichbehandlungsgrundsatz solle garantieren, "dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren".*

TMA vermag diese Schlussfolgerung der TKK keineswegs zu teilen. Tatsächlich würde eine entsprechende Vorabverpflichtung sowohl dem in § 34 Abs 1 TKG 2003 normierten Verhältnismäßigkeitsprinzip, als auch den Zielsetzungen gemäß § 1 Abs 2 TKG 2003 zuwiderlaufen.

Dazu ist im einzelnen folgendes auszuführen:

**a) Zu den Marktverhältnissen:**

Die TKK legt ihrem Bescheidentwurf die Annahme zugrunde, dass TMA auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt. TMA weist darauf hin, dass sie die entsprechende Feststellung der TKK im Bescheid M 15b/03 im Rahmen einer Bescheidbeschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof bekämpft. TMA hält diesen Beschwerdepunkt auch in diesem Verfahren ausdrücklich aufrecht; schon aus diesem Grund wäre die Auferlegung der im Bescheidentwurf vorgesehenen zusätzlichen ex ante-Verpflichtung unzulässig. Dasselbe gilt aber – wie im folgenden aufzuzeigen ist – wenn man im Sinne des Bescheides M 15b/03 von einer entsprechenden marktbeherrschenden Stellung der TMA im Bereich der Mobilterminierung ausginge.

Wie bereits ausgeführt ist das Produkt Replace der TMA ein Festnetzangebot, dh eine Dienstleistung, die TMA für Business-Kunden im Festnetzmarkt bereitstellt. Die vom Produkt Replace primär betroffenen Märkte sind daher der Markt "Inlandsgespräche für Nicht-Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)" gemäß § 1 Z 4 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 ("TKMVO 2003") sowie der Markt für Auslandsgespräche für Nicht-Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 6 TKMVO 2003<sup>1</sup>. In den Bescheiden M 4/03-59 sowie M 6/03-60 stellte die TKK fest, dass Telekom Austria AG ("TA") auf diesen Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügt und unterwarf TA bestimmten spezifischen Vorabverpflichtungen gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003. Unter Punkt 2.1.1. von Bescheid M 4/03-59 führte die TKK aus, dass sich die Umsatzmarktanteile der TA *"auf einem Niveau von rund 60% bei Nicht-Privatkunden eingependelt"* haben. Der Anteil von TMA auf diesem Markt (wie auf allen Festnetzmärkten) ist dagegen verschwindend klein und beläuft sich nach Schätzungen der TMA deutlich unter 5 % (genauer bei rund 2 %). Gleiches gilt für den Markt für Auslandsgespräche für Nicht-Privatkunden. Auch hier verfügt TA über beträchtliche Marktmacht mit stabilen Marktanteilen von über 60% (siehe Bescheid M 6/03-60), während TMA minimale Marktanteile hält.

---

<sup>1</sup> Auch bezüglich des Festnetzterminierungsmarktes wurde bereits ein Marktanalyseverfahren eingeleitet.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Entgegen ihrer Rechtsauffassung geht TMA für Zwecke dieses Schriftsatzes von einer marktbeherrschenden Stellung der TMA auf dem Markt für die Terminierung in ihrem Mobilnetz aus. Auf den vom Produkt Replace betroffenen Festnetzmärkten hält TMA nur verschwindend kleine Marktanteile. Auf diesen Märkten kommt vielmehr TA eine überragende Marktstellung zu.

#### **b) Kein Foreclosure-Risiko für Festnetzbetreiber**

Die rechtliche Begründung des Bescheidentwurfs beruht auf der Annahme der TKK, dass das Produkt Replace (und ähnliche Dienstleistungen) als "Foreclosure-Strategien" gegenüber Festnetzbetreibern zu werten seien und somit unter das von der Regulierungsbehörde identifizierte Wettbewerbsproblem Nr 4 fiele. Diese Auffassung der TKK hält einer näheren Betrachtungsweise aber nicht stand.

Auszugehen ist davon, dass eine wettbewerbsverzerrende "Foreclosure-Strategie" begrifflich die Abschottung eines Marktes für Wettbewerber mit dem Ziel bzw dem Effekt voraussetzt, dass der Wettbewerb auf diesem Markt zu Lasten der Konsumenten spürbar verzerrt bzw eingeschränkt wird. Konkret setzt die TKK im gegebenen Zusammenhang somit offenbar voraus, dass Mobilfunkbetreiber wie TMA durch die Einführung von Produkten wie Replace in die Lage versetzt werden könnten, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Mobilterminierung zur Beschränkung bzw Verzerrung des Wettbewerbs auf anderen Märkten auszunützen. Da sich das Produkt Replace – wie ausgeführt – an Business-Festnetzkunden richtet, können diese "anderen Märkte" im gegebenen Zusammenhang nur die genannten Inlands- bzw Auslandsmärkte für Nicht-Privatkunden im Festnetz sein. Die von der TKK vorgeschlagene Vorabverpflichtung kann daher nur dann gerechtfertigt (dh verhältnismäßig) sein, wenn das Produkt Replace tatsächlich zu einer wettbewerbsbeschränkenden Abschottung ("Foreclosure") der genannten Märkte für Festnetzbetreiber (wie insbesondere dem Incumbent TA) führen könnte und überdies mit den Zielen des TKG 2003 vereinbar wäre.

Dies ist aber nicht der Fall:



(i) Keine ausreichende Substituierung des Festnetzes durch das Mobilnetz

In ihrer Definition des Wettbewerbsproblems Nr 4 geht die TKK selbst davon aus, dass dieses Problem grundsätzlich nur "*im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (zB Fest-Mobil-Konvergenz [...]) bzw durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen*" auftreten könne. Die Frage, ob es eine solche "Fest-Mobil-Konvergenz" bzw erhöhte Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen bereits gibt, wird im Bescheidentwurf aber nicht beantwortet bzw behandelt, sondern offenbar als gegeben vorausgesetzt. Ob ein solcher Effekt aber tatsächlich nachhaltig vorliegt, ist empirisch keineswegs belegt. Dagegen spricht erstens, dass die Märkte für Festnetz- und Mobilkommunikation sowohl telekommunikationsrechtlich (siehe dazu die TKMVO 2003) als auch kartellrechtlich weiterhin durchgehend als getrennte Märkte qualifiziert werden. Auch in ihrem 10. Umsetzungsbericht 2004 (KOM(2004) 759 endgültig) vom 2.12.2004 erwähnte die Kommission lediglich die Möglichkeit eines "Fest-durch-Mobil-Ersatzes", ohne diese Entwicklung aber als sicher anzunehmen. Im Gegenteil scheint die Kommission auch Tendenzen für eine Stärkung des Festnetzes zu erkennen. Die Kommission im Wortlaut (siehe Punkt 2.4 des "Final Reports"):

*"Trotz des anhaltenden langsamen Rückgangs der Einnahmen in der Festnetzbranche hat es zum ersten Mal nach mehreren Jahren eine Zunahme der geschätzten Anzahl von Teilnehmern gegeben, die in diesen Markt eintreten".*

Und weiters:

*"Angesichts der Zunahme von Einnahmen aus dem mobilen Bereich könnte der Rückgang der Einnahmen im Festnetzbereich teilweise Folge eines "Fest-durch-Mobil-Ersatzes" sein. Für viele der neuen Mitgliedsstaaten, wo der Versorgungsgrad beim Festnetz relativ niedrig ist, würden sich neue Teilnehmer unmittelbar für die Mobiltelefonie entscheiden. Es gibt jedoch Hinweise, dass die Innovation, einschließlich des Aufkommens neuer Technologien wie zB der Sprache über das Internet-Protokoll (VoIP) und konvergierter Festnetz-Mobil-Produkte, den Rückgang der Einnahmen aus der Festnetzsprachtelefonie aufhalten mag".*

Festzuhalten ist daher: Ein allgemeiner Trend für eine verstärkte Substitution von Fest- durch Mobilnetze ist empirisch nicht belegt. Das Vorliegen einer wesentlichen Voraussetzung des Wettbewerbsproblems Nr 4 (welches wieder die Grundlage für die vorgeschlagene Entscheidung der TKK bildet) ist daher keineswegs gesichert. TMA verweist hierzu auch auf die Ausführungen in Punkt 5.2.2.1.1., Seite 187, des Kommunikationsberichtes 2004.

(ii) Kein Marktmachttransfer durch TMA

Wie die TKK im Bescheidentwurf richtig ausführt, soll der Gleichbehandlungsgrundsatz garantieren, "*dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren.*" Da es sich bei dem Produkt Replace um ein Festnetzprodukt handelt, ist im gegebenen Zusammenhang vor diesem Hintergrund zu untersuchen, ob diese Dienstleistung eine Verzerrung des Wettbewerbs im Festnetzendkundenbereich, genauer gesagt des Wettbewerbs zwischen reinen Festnetzanbietern (wie TA) und integrierten Mobil- und Festnetzanbietern (wie TMA) auf den Festnetzendkundenmärkten bewirken könnte.

Eine solche Wettbewerbsverzerrung könnte nur dann entstehen, wenn TMA ihre (angenommene) marktbeherrschende Stellung im Bereich der mobilen Terminierung ausnutzen könnte, um den Wettbewerb im Festnetzbereich spürbar zum Nachteil der Festnetzbetreiber zu beschränken. Ein solcher wettbewerbsverzerrender Marktmachttransfer ist aber aus folgenden Gründen ausgeschlossen:

- Wie oben dargestellt ist der Marktanteil von TMA auf den Festnetzmärkten verschwindend klein, während TA auf diesen Märkten eine überragende Marktposition zukommt. Auch die übrigen Festnetzbetreiber haben eine gefestigte Stellung. Sie haben sich als alternative bzw Nischenanbieter am Markt etabliert und bieten zum Teil – wie Tele2 – selbst ähnliche Produkte wie Replace gegenüber Endkunden an. Die Einführung des Produkts Replace kann nach den derzeitigen Marktverhältnissen – mit oder ohne der vorgeschlagenen Nichtdiskriminierungs-



verpflichtung – keinen spürbar wettbewerbsverzerrenden Effekt zu Lasten der Festnetzbetreiber verursachen. Die überragende Marktstellung der TA und vor allem die minimalen Marktanteile der TMA im Festnetzbereich schließen eine Übertragung von Marktmacht durch TMA vom Markt für die mobile Terminierung in den Festnetzbereich nach derzeitigem Stand von vornherein aus.

- Auch im Kartellrecht (siehe zB EuGH "*Tetrapak II*", C-333/94P, Slg 1996 I-5951) bzw gemäß § 35 Abs 5 TKG 2003 setzt die Übertragung von Marktmacht auf einen benachbarten Markt voraus, dass das betroffene Unternehmen nicht nur am Vorleistungsmarkt (hier die mobile Terminierung), sondern auch am Sekundärmarkt (hier der Festnetz-Endkundenmarkt) entweder über Marktmacht, oder zumindest über eine starke Marktposition verfügt. Die Europäische Kommission anerkennt die Möglichkeit des Marktmachttransfers in diesem Sinne lediglich dann, wenn "*ein bestimmter Betreiber auf Infrastrukturmärkten und auf den Märkten, die dieser Infrastruktur nachgeordnet sind, eine außerordentlich starke Stellung hat*" (Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl C 265/2 vom 22.8.1998). TMA ist aber – wie bereits angeführt – auf den Festnetz-Endkundenmärkten de facto noch kaum präsent.

Als weiteres Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Aufgrund der überragenden Dominanz der TA und insbesondere der verschwindend kleinen Marktstellung der TMA im Festnetzbereich besteht das von der Regulierungsbehörde offenbar identifizierte Risiko eines wettbewerbsverzerrenden Marktmachttransfers der TMA nicht. Die Auferlegung der vorgeschlagenen Nichtdiskriminierungsverpflichtung ist auch aus diesem Grund nicht verhältnismäßig und somit unzulässig.

### **c) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Ziele des TKG 2003**

Im Gegenteil würde die Auferlegung der vorgeschlagenen Vorabverpflichtung in Widerspruch zu den Zielen des TKG 2003 stehen:

- Die Nichtdiskriminierungsverpflichtung auch für intern verrechnete Leistungen zwischen dem Festnetz- und dem Retailarm der TMA könnte diese zum Nachteil der Konsumenten in ihrer Tarifgestaltung beschränken und somit gegen § 1 Abs 2 Z 2 lit a TKG 2003 verstoßen.
- Die Vorabverpflichtung würde weiters die Vermarktung des neuen Produkts Replace behindern und somit der Förderung innovativer Dienste (§ 1 Abs 2 Z 2 lit c) widersprechen.
- Schließlich würde die Nichtdiskriminierungsverpflichtung die ohnehin überragende Marktstellung der TA im Festnetzbereich verstärken und den Einstieg der TMA in diesen Markt behindern; dies stünde in Widerspruch zur Zielsetzung des § 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003.

Insgesamt hält die von der TKK vorgeschlagene Maßnahme somit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von ex ante-Verpflichtungen gemäß § 34 Abs 1 TKG 2003 nicht stand. Die Maßnahme wäre weder vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des TKG 2003 berechtigt, noch zur Erreichung eines solchen Ziels notwendig. Sie würde im Gegenteil eine unzumutbare Belastung für TMA darstellen.

TMA beantragt daher, dass die TKK den Bescheidentwurf zu M/3-05-13 nicht in einem Bescheid gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 umsetzt.

Wien, am 29.12.2005

T-Mobile Austria GmbH