


FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Fax

VON **Mag. Dr. Bertram Burtscher**
 Direkt T+ **43 1 515 15-253**
 Direkt F+ **43 1 515 15-404**
 E **bertram.burtscher@freshfields.com**
 DATUM **29. November 2004**

WIEN
 Seilergasse 16
 1010 Wien
 T+43 1 515 15 0
 F+43 1 512 63 94
 W **freshfieldsbruckhaus
 deringer.com**

UNSER ZEICHEN

DOK NR DV256654/1+

SEITEN

4

	NAME, FIRMA	ORT	FAX
AN	Herr Dr. Georg Serentschy Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH	Wien	58058 9191

Dieses Telefax enthält vertrauliche Informationen. Bitte benachrichtigen Sie uns umgehend, falls Sie nicht der beabsichtigte Empfänger sein sollten. Das Telefax darf in diesem Falle weder vervielfältigt noch auf andere Weise verwendet werden.

Telekabel Wien GmbH – M 8/03

Sehr geehrter Herr Dr. Serentschy,

in der Anlage übermitteln wir vorab per Telefax die Stellungnahme unserer Mandantin Telekabel Wien GmbH an die Telekom-Control-Kommission in o.a. Verfahren.

Mit freundlichen Grüßen


 Dr. Bertram Burtscher

Beilage (erwähnt)

Freshfields Bruckhaus Deringer ist eine Sozietät von Rechtsanwälten, Solicitors und Foreign Lawyers nach englischem Recht; eine Liste aller Partner ist in jedem Büro erhältlich:

Amsterdam Bangkok Barcelona Beijing Berlin Bratislava Brüssel Budapest Düsseldorf Frankfurt am Main
 Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York
 Paris Rom Shanghai Singapur Tokyo Washington Wien


FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER
**Mit Boten
(vorab per Fax)**

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
A-1060 Wien

RECHTSANWÄLTE

Hon Prof Dr Kurt Heller
Dr Heinz H Löber, MCJ
DDr Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plessner
Dr Maria Th Pflügl
Dr Ulrike F Rein
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöschhacker, MCL
Dr Stefan Köck, LL.M
Dr Paul Luiki, JD
Mag Dr Axel Reidlinger, LL.M
Dr Michael Sedlaczek
Dr Thomas Kustor, LL.M
Dr Friedrich Jergitsch
Dr Alfred Zehner, LL.M

Dr Dieter Thalhammer, LL.M
Dr Konrad Gröller
Dr Isabella Hartung, LL.M
MMag Michael Strenitz
Mag Dr Bertram Burtscher
Dr Roland Parzmayr
Dr Petra Meissner

In Österreich nicht als
Rechtsanwälte zugelassen:
Jenny W T Power, JD
zugelassen in Florida, USA
Univ Prof Dr Claus Staringer
Steuerberater
James F Castello, JD
zugelassen in NY und DC, USA

Seilergasse 16
1010 Wien

T+43 1 515 15 0

F+43 1 512 63 94

E bertram.burtscher@freshfields.com

W www.freshfields.com

DOK NR DV256615/3+

UNSER ZEICHEN 349/445

CLIENT MATTER NR 115881-0012

DVR 0114383

Einschreiterin: Telekabel Wien GmbH
Wolfganggasse 58-60
A-1120 Wien

GZ M 8g/03

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
A-1010 Wien (Seilergasse 16)
Tel. 515 15-0
RA-Code R 149569

(Vollmacht erteilt)

STELLUNGNAHME

zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gem. § 128 Abs 1 TKG 2003

1-fach
1 Halbschrift

Freshfields Bruckhaus Deringer ist eine Sozietät von Rechtsanwälten, Solicitors und Foreign Lawyers nach englischem Recht; eine Liste aller Partner ist in jedem Büro erhältlich:

Amsterdam Bangkok Barcelona Beijing Berlin Bratislava Brüssel Budapest Düsseldorf Frankfurt am Main
Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hongkong Köln London Madrid Mailand Moskau München New York
Paris Rom Shanghai Singapur Tokyo Washington Wien



In umscits rubrizierter Rechtssache erstattet die Einschreiterin, Telekabel Wien GmbH (in der Folge kurz: "Telekabel") in offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME

zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 betreffend die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für Telekabel auf dem Vorleistungsmarkt "Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der Telekabel Wien GmbH" und betreffend die daraus erfließenden Regulierungsinstrumente (in der Folge kurz: "Entwurf").

I. Telekabel Wien Ges.m.b.H.

Telekabel hält derzeit bei ca. 152.000 Sprachtelefoniekunden. Dies entspricht weniger als 5% des gesamtösterreichischen Marktes für Anrufzustellung in Festnetze. Telekabels jährliches Anrufzustellungsvolumen beläuft sich auf ungefähr 270 Mio. Minuten. Im Vergleich dazu terminiert Telekom Austria AG ("TA") 7,5 Mrd. Minuten. Telekabels Anteil am Gesamtmarkt der Anrufzustellung in Festnetze in Österreich ist daher bedeutend geringer als jener der TA.

Telekabel hegt ernste Bedenken gegen den Entwurf und insbesondere gegen die Feststellung, dass Telekabel über beträchtliche Marktmacht verfüge. Im Vergleich zur TA ist Telekabel bedeutend kleiner und unterliegt beträchtlicher nachfrageseitiger Gegenmacht seitens ihrer großen Zusammenschaltungspartner. Dies ist insbesondere der Fall, da Telekabel bereits zu groß ist, um noch vom sogenannten "Free Rider Bonus" profitieren zu können, der im Allgemeinen sehr kleinen Netzen zugeschrieben wird.

II. SMP-Verfahren vor der österreichischen NRB

Die Telekom-Control-Kommission (in der Folge kurz: "TKK") legt im vorliegenden Entwurf fest, dass Telekabel über beträchtliche Marktmacht ("SMP" – *Significant Market Power*) auf dem individuellen Terminierungsmarkt verfüge. Basierend auf der SMP-Feststellung wird der Telekabel die spezifische Verpflichtung gemäß § 42 TKG auferlegt, für die Terminierung in ihr eigenes Netz ein Entgelt zu verrechnen, das sich an der Methode des Vergleichsmarktkonzepts ("Benchmarking" orientiert, wobei als Ausgangswert das derzeit aktuelle Entgelt der TA für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (V3) herangezogen wird.

Bei der SMP-Feststellung unterlässt es die TKK, die spezifischen Charakteristika des österreichischen Marktes in Betracht zu ziehen und erklärt Telekabel zum SMP-Betreiber obwohl diese bedeutender nachfrageseitiger Marktgegenmacht seitens der TA ausgesetzt ist. Selbst wenn die SMP-Feststellung zu Recht erfolgt wäre, bliebe noch immer, dass die auferlegte Regulierungsmaßnahme konkret für Telekabel unverhältnismäßig ist.



III. Keine Vereinbarkeit des Entwurfs mit der Rahmenrichtlinie

a) Der Entwurf der TKK

Die TKK stellte fest, dass Telekabel am individuellen Terminierungsmarkt über SMP verfüge und damit die Möglichkeit und auch einen Anreiz habe, die Terminierungsentgelte über dem Wettbewerbsniveau festzusetzen. Daher entschied die TKK, dass Telekabel die genannte regulatorische Verpflichtung auferlegt werden müsse. Faktisch werden Telekabel aber die Terminierungsentgelte der TA auferlegt.

b) Der Entwurf auf europarechtlicher Sicht

Nach Ansicht von Telekabel wurde die SMP-Festlegung nicht unter korrekter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben vorgenommen.

(i) *Der Ansatz der Europäischen Kommission*

In den erläuternden Anmerkungen zur Empfehlung der Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (die "erläuternden Anmerkungen") hält die Kommission folgendes fest: *"eine Definition [des relevanten Marktes der Anrufzustellung über Einzelnetze] bedeutet nicht automatisch, dass jeder Netzbetreiber über beträchtliche Marktmacht verfügt; sie richtet sich weitgehend nach der entsprechenden Kaufkraft und anderen Faktoren, die diese Marktmacht einschränken können. Kleine Netze sind in der Regel mit einer gewissen Kaufkraft konfrontiert, die die entsprechende Marktmacht weitgehend einschränken. In Ermangelung von Zusammenschaltungsvorschriften kann es sein, dass ein kleines Netz im Vergleich zu einem größeren bei der Anrufzustellung über sehr wenig Marktmacht verfügt."*¹

Darüber hinaus hat die Kommission richtig angemerkt, dass Kaufkraft bzw. nachfrageseitige Gegenmacht im vorliegenden Fall auch von Netzen ausgehen kann, die auf anderer Technologie basieren (hier etwa über ein Mobilnetz, welches denselben Teilnehmer erreicht).

Telekabel vertritt die Auffassung, dass die Beurteilung der TKK betreffend die beträchtliche Marktmacht hinsichtlich kleiner Netzbetreiber mit den Feststellungen der Kommission, wie sie in den erläuternden Anmerkungen zusammengefasst sind, unvereinbar ist. TKK stützt die SMP-Festlegung im wesentlichen auf ein rein theoretisches Konzept, ohne die individuelle Situation des einzelnen Netzbetreibers entsprechend in Betracht gezogen zu haben.

¹ Erläuternde Anmerkungen, S. 20 (Hervorhebung nur hier).

(ii) *Marktbedingungen in Österreich*

In den letzten Jahren wurde die Infrastruktur von Kabelnetzen laufend erweitert und die Betreiber der Kabelnetze begannen auch Sprachtelefonie und Breitband-Internet anzubieten. Der österreichische Kabelmarkt ist, traditioneller Weise und nicht wie in vielen anderen europäischen Ländern, stark zersplittert und es gibt keinen einzigen bundesweiten Kabelnetzbetreiber. Hinsichtlich der Sprachtelefonie hat keiner dieser traditionell regionalen Kabelnetzbetreiber (Telekabel eingeschlossen) ein im Verhältnis zur TA beträchtliches Umsatzvolumen erreicht. Dies wurde nicht adäquat berücksichtigt.

(iii) *Unterbewertung der nachfrageseitigen Marktgegenmacht der TA*

Abschließend zur Beurteilung der nachfrageseitigen Marktgegenmacht hält die TKK fest:

*"Zusammenfassend verfügt – unabhängig von seiner Größe – in keinem Fall ein Netzbetreiber über Gegenmacht gegenüber der Vertragspartei. Vielmehr können die Terminierungsentgelte erhöht werden ohne dass einer der Handlungspartner eine preisdisciplinierende Wirkung entfalten kann."*²

Telekabel ist der Auffassung, dass diese Beurteilung durch den österreichischen Regulator weder die spezifische Marktsituation in Österreich, noch die Tatsache, dass Telekabel ein kleiner Betreiber ist, angemessen widerspiegelt. Trotz der Zusammenschaltungsverpflichtungen der TA bleibt ein wesentliches Ungleichgewicht zwischen TA und Telekabel bestehen. Sollte Telekabel das Entgelt für die Terminierung gegenüber TA unangemessen erhöhen, so hätte TA die Möglichkeit, diese überhöhten Vorleistungskosten an seine Endkunden weiterzugeben.

Während dieser Effekt wahrscheinlich nicht gegenüber sehr kleinen Netzen ("Free Rider Bonus") eintreten würde, verfügt doch Telekabel über ein so beträchtliches Terminierungsvolumen seitens TA, dass diese Reaktion aller Voraussicht nach hervorgerufen würde.

Solch eine Erhöhung der Endkundenpreise würde sich dann sofort bei den Endkunden von TA bemerkbar machen. Die Verbraucher würden auf einen Preisanstieg dadurch reagieren, dass man als Anrufer bemüht sein wird, Anrufe in teure Netze zu vermeiden oder zumindest solche Anrufe kürzer zu halten. Kunden der TA würden Telekabel-Kunden nicht mehr oder nur kürzer anrufen, oder sie weniger häufig anrufen. Alternativ würden sie überhaupt andere Mittel verwenden, um diese zu erreichen (z.B. Mobiltelefon oder Rückrufeinrichtungen).

² S. 19 des Entscheidungsentwurfs vom 27. Oktober 2004.



(iv) *Die nachfrageseitige Marktgegenmacht der TA*

Die Entscheidung der TA, höhere Terminierungsentgelte an ihre Endkunden weiterzugeben, zwingt Telekabel aus wettbewerblicher Sicht, die Terminierungsentgelte eben nicht exzessiv anzusetzen, wenn das Unternehmen weiterhin kommerziell erfolgreich operieren möchte. Vielmehr hat Telekabel sicherzustellen, dass Teilnehmer anderer Netze (insbesondere jener der TA, die über 90% der Festnetztelefonieteilnehmer umfasst) weiterhin Gespräche ins Netz der Telekabel führen. Andernfalls wäre es sehr wahrscheinlich, dass sich ihre eigenen Kunden dazu entschließen, zu anderen Netzbetreibern zu wechseln. Telekabel verfügt über nicht über die Möglichkeit, seine Terminierungsentgelte nach eigenem Ermessen festzusetzen. Telekabel kann sich weder unabhängig von seinen Verbrauchern noch von seinen Wettbewerbern im Endkundenmarkt (die selben Betreiber) verhalten. Die Voraussetzungen für eine SMP-Festlegung sind daher nicht gegeben.

(v) *Keine beträchtliche Marktmacht für Telekabel*

Die oben beschriebenen Eigenschaften des österreichischen Festnetzmarktes zeigen deutlich, dass Telekabel weder gegenüber TA noch gegenüber anderen großen (insb. Mobil-)Betreibern, über entsprechende Verhandlungsmacht verfügt. Die Schlussfolgerung der TKK zur SMP-Festlegung scheint sich auf die Behauptung zu stützen: *"insbesondere wenn es sich bei A um einen kleinen Netzbetreiber handelt, werden Betreiber anderer Netze ihre Endkundenentgelte kaum an die veränderten Terminierungsentgelte anpassen."*

TKK begründete diese – im Hinblick auf die obigen Ausführungen zentrale – Behauptung nicht, obwohl konkrete Indizien für das Gegenteil vorliegen. Den Vorgaben der Europäischen Kommission in den Erläuternden Bemerkungen wird daher ebenfalls nicht adäquat Rechnung getragen.

Dagegen stützte sich die TKK auf abstrakte und theoretische Überlegungen berücksichtigte somit weder die Größe der Betreiber noch die individuelle Marktsituation von Telekabel oder anderen kleinen Anbietern. Dieser Ansatz muss zwingend dazu führen, dass jeder Festnetzbetreiber unabhängig von seiner Größe und der individuellen Marktsituation als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bezeichnet wird, was auch nicht dadurch kompensiert werden kann, dass kleinen Anbietern nur "leichtere" regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden.

IV. **Zur Verhältnismäßigkeit der Regulierungsinstrumente**

Basierend auf der SMP-Feststellung wurde Telekabel die spezifische Verpflichtung auferlegt, für die Terminierung in ihr eigenes Netz ein Entgelt zu verrechnen, das sich an der Methode des Vergleichsmarktkonzepts ("Benchmarking" orientiert, wobei als Ausgangswert das derzeit aktuelle Entgelt der TA für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (V3) herangezogen wird. Abgesehen davon, dass Telekabel



nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist nicht ersichtlich, wie diese vorgeschlagene Entgeltkontrolle tatsächlich durchgeführt werden soll

Die TKK verpflichtet Telekabel (270 Mio. Minuten) faktisch zu denselben Terminierungsentgelten, wie die TA (7,5 Mrd. Minuten) obwohl die Europäische Kommission erst kürzlich in mehreren Stellungnahmen zu nationalen Vollziehungshandlungen betonte, dass bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen für potentielle Wettbewerbsverzerrungen auf die Größe der Netze Bezug genommen werden muss.

Würde Telekabel verpflichtet, seine Terminierungsentgelte an jene der TA anzupassen, so verliert Telekabel jeden Ermessensspielraum, um seine Terminierungsentgelte innerhalb eines gewissen Rahmens festzusetzen. Die Einführung des Kostenrechnungssystems der TA wurde selbst von der TKK als unverhältnismäßig erachtet. Um dies zu vermeiden, bleibt Telekabel letztlich aber nichts anderes übrig, als seine Entgelte an jenen der TA zu orientieren.

Telekabel vertritt die Auffassung, dass das hier vorgeschlagene Vergleichsmarktkonzept letztlich nichts Anderes darstellt, als eine Fortführung der hinlänglich bekannten Entscheidungspraxis der TKK zur Reziprozität, wenn auch in etwas anderem Gewand.

V. Wirtschaftliche Auswirkungen der Entwurfsmaßnahmen

Telekabel steht im internationalen Verband der UPC-Gruppe. Die SMP-Feststellung und die Auferlegung strenger und unangemessener regulatorischer Verpflichtungen, führt sehr wahrscheinlich dazu, dass weitere Infrastrukturinvestitionen der UPC-Gruppe in Österreich verhindert werden, da eine angemessene Investitionsrendite nicht mehr gesichert ist.

Wien, 29. November 2004

Telekabel Wien Ges.m.b.H.