

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien
konsultationen@rtr.at

Betreff: *Stellungnahme zur Konsultation nach § 128 TKG –
Mobilterminierungsentgelte*

28.10.2005

Sehr geehrte Damen und Herren,

UPC Telekabel Wien GmbH (UPC) nimmt innerhalb offener Frist die Gelegenheit wahr, zu den gegenständlichen Entwürfen von Vollziehungshandlungen nachfolgende

Stellungnahme

im Konsultationsverfahren gemäß § 128 Abs 1 TKG am konkreten Beispiel des Entwurfs einer Vollziehungshandlung zu Z 14/05 vor der Telekom-Control-Kommission (TKK) zu erstatten.

Angesichts des umfangreichen Vorbringens aller in den bis vor kurzem verbundenen Verfahren zu den GZ Z 2, 7, 8, 9, 10, 11, 13 und 14/05 beteiligten Parteien beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme auf die wesentlichen Kritikpunkte am gegenständlichen Entwurf der Vollziehungshandlung.

1. Grundsätzliches zum Maßnahmenentwurf

Der vorliegende Maßnahmenentwurf der TKK basiert wesentlich auf einer Reihe von Annahmen, die weder begründet noch nachvollziehbar sind. Diese sind aus der Sicht von UPC zumindest teilweise auch nicht haltbar, was in der folgenden Stellungnahme noch einmal dargestellt werden soll:

- a) Wenn die TKK auf die Unangemessenheit "disruptiver" Eingriffe abstellt, so muss sie irgendwann qualifizieren und quantifizieren, was ein "disruptiver Eingriff" ist. Dies ist bislang nicht geschehen.

- b) Es reicht nicht aus, wenn irgendwann im Jahr 2011 die hier und heute identifizierten Wettbewerbsprobleme gelöst werden. Was immer die TKK anordnet, muss allen identifizierten Wettbewerbsproblemen in nicht diskriminierender Weise möglichst schnell entgegenwirken.
- c) Warum ein "linearer" Gleitpfad oder einheitliche Absenkungsschritte angemessen sein sollen, bleibt ohne Begründung, ist aber wesentlich für die im Entwurf vorgeschlagene Maßnahme.
- d) Die für das Jahr 2005 ermittelten Kosten der Mobilkom sind als Zielwert für die Ermittlung der Gleitpfadwerte ungeeignet.
- e) Bilaterale Vereinbarungen zwischen Mobilnetzbetreibern können keinen Maßstab für einen "Marktpreis" darstellen, wenn gerade das Nichtfunktionieren des Marktes die Behörde veranlasst, Maßnahmen zur Entgeltkontrolle zu setzen.

Vor diesem Hintergrund ist der von der TKK vorgeschlagene Gleitpfad und die daraus resultierende Entgeltanordnung nicht haltbar. Um den identifizierten Wettbewerbsproblemen adäquat begegnen zu können, müsste – wenn die TKK schon nicht dem von UPC beantragten Ansatz (rascher Abbau von Übergewinnen bis Ende 2006 und danach Annäherung der Entgelte an die LRAIC des effizientesten Betreibers) folgt – der Gleitpfad viel steiler sein (etwa alle Betreiber in der für H3G als angemessen erkannten Steilheit) oder es müsste das Enddatum von 2011 auf zumindest 2008 vorverlegt werden.

2. Unzureichende Begründung der Anordnung

2.1 Fehlende Begründung der konkreten Ausgestaltung des Gleitpfades

In Punkt 2.1 des Entwurfes referiert die TKK zunächst die spezifischen Verpflichtungen des Spruches im Verfahren M 15a/03 wieder und ergänzt den Satz: *"Diese Orientierung wird über einen Gleitpfad operationalisiert."* Die Operationalisierung des Grundsatzes der Kostenorientierung über einen Gleitpfad ist aber in den Entscheidungen zu M 15a-e/03 gerade nicht angeordnet, sondern bestenfalls als eine Möglichkeit (neben anderen) erwähnt worden. Wie der Gleitpfad auszugestaltet ist, war nicht Gegenstand der genannten Entscheidungen (siehe ausdrücklich etwa M 15a/03, Seite 36 unten) und es umfasst weder deren Begründung noch deren Rechtskraft die Operationalisierung des Gleitpfades.

Wenn die Behörde daher im vorliegenden Maßnahmenentwurf zur Begründung dieser Vorgangsweise auf die Entscheidungen in den Marktanalyseverfahren verweist, so gehen diese Verweise ins Leere.

Erstmals dargelegt – wenn auch nicht schlüssig begründet – hat die TKK ihre Position zur Ausgestaltung des Gleitpfades in einer außerhalb der Marktanalyse durchgeführten und damit rechtlich unverbindlichen "sonstigen Konsultation" zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen, deren Ergebnisse am 9.3.2005 veröffentlicht wurden (*Konsultationsergebnisse*). Ein bloßer Verweis auf diese Konsultationsergebnisse genügt jedoch den Grundsätzen des AVG nicht und enthebt die TKK insbesondere

nicht von der Verpflichtung, die Ausgestaltung des Gleitpfades im gegenständlichen Verfahren schlüssig zu begründen.

2.2 Unverhältnismäßigkeit durch gleiche Absenkungsschritte

Auf Seite 26 des Entwurfes führt die TKK ohne nähere Begründung aus, dass "*ein Gleitpfad mit gleichen Absenkungen (bis zur Erreichung des Zielniveaus) für alle Betreiber fair und nicht diskriminierend ist. Alle Betreiber sind mit denselben Absenkungen konfrontiert.*"

Warum ein gleichmäßiger Absenkungsschritt fair und nicht diskriminierend ist, lässt die TKK offen. Ob gleichmäßige Absenkungsschritte verhältnismäßig und nicht diskriminierend sind, kann nur beurteilt werden, wenn man deren Auswirkungen überhaupt untersucht. Verhältnismäßigkeit kann nicht "am Reißbrett" sondern nur anhand der individuellen Betroffenheit beurteilt werden. Dafür fehlt der TKK jedoch als wesentliche Grundlage eine Quantifizierung dieser Auswirkungen. Zumindest müsste ein derartiger Schritt mit konkreten und plausiblen Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit unterlegt werden.

2.3 Disruptive Eingriffe

Unter Rückgriff auf die Begründung in Punkt 9 des Bescheides zu M 15a/03 führt die TKK auf Seite 7 des Entwurfes aus:

"Eine lineare Heranführung an die LRAIC eines effizienten Betreibers bis Ende 2011 ist geeignet, um disruptive Eingriffe zu verhindern und um Late-comer-Nachteile auszugleichen."

und weiter auf Seite 24 des Entwurfes:

"Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sind bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades disruptive Eingriffe zu vermeiden sowie darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird."

Ob überhaupt und wenn ja, welche disruptiven Eingriffe im Rahmen einer spezifischen Maßnahme gemäß § 37 Abs 2 TKG verhindert werden müssen, lässt die TKK aber offen. Die TKK konstruiert die Eingriffsschranke des "disruptiven Eingriffes" unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Planungssicherheit. Ob ein Unternehmen in missbräuchlicher Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht überhaupt schützenswert ist, wird jedoch nicht hinterfragt.

Schon nach den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts wäre die Ausnützung beträchtlicher Marktmacht (100% Marktanteil) in Form des "Excessive Pricing" verpönt, wenn Entgelte erzwungen werden, die ein Vielfaches der in Form des WACC ermittelten, branchenüblichen Marge beinhalten. Dies ist etwa bei mobilkom konkret der Fall (ein Entgelt von €Cent 10,86 steht den behördlich ermittelten (noch immer viel zu hohen) Kosten von €Cent 6,79 gegenüber. Wenn die TKK also von einer Regulierung unter Vermeidung disruptiver Eingriffe spricht, so erreicht sie damit, dass die mobilkom weiterhin in der Ausübung von "Excessive Pricing" unter (rechtswidriger) Ausnützung beträchtlicher Marktmacht geschützt wird. Dieser

Ansatz ist dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, dem auch die sektorspezifische Regulierung in Ermangelung abweichender Bestimmungen zu gehorchen hat, fremd. Erkannte und relevante Wettbewerbsprobleme sind möglichst schnell unter Berücksichtigung der Angemessenheitsschranke ohne Gleitpfad abzubauen.

Die TKK lässt in ihrer Begründung im Maßnahmenentwurf vollkommen offen, was einen disruptiven Eingriff als solchen qualifiziert, und warum insbesondere der Abbau exzessiver Preissetzungsspielräume auf resistenten Monopolmärkten überhaupt etwas mit einem disruptiven Eingriff zu tun haben soll. Keine Bestimmung der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung des TKG sieht eine Prolongierung rechtswidrigen Missbrauchsverhaltens vor. Ein Schutzbedürfnis der Mobilkom – und ganz allgemein der Mobilfunkbetreiber – zur (nur) langsamen Ausleitung eines in rechtswidriger Weise wettbewerbsverzerrenden Verhaltens ist nicht erkennbar. Dies lässt sich auch nicht unter dem Titel der "Planungssicherheit" argumentieren.

Auch geht der Verweis auf angeblich "disruptive" oder unverhältnismäßige Eingriffe ins Leere, solange die TKK offen lässt, wann ein Eingriff als disruptiv zu qualifizieren ist und worin die Unverhältnismäßigkeit von (zB betreiberindividuellen oder nicht linearen) Gleitpfaden liegt.

2.4 Bloße Zielerreichung im Jahr 2011 reicht nicht

Die TKK legt zwar dar, dass bei Heranführung der Entgelte aller Betreiber an die LRAIC des effizientesten Betreibers im Jahr 2011 die (für die laufende Marktanalyseperiode) identifizierten Wettbewerbsprobleme (W1 bis W4) nicht mehr vorliegen würden. Damit ist aber für die Ausgestaltung des Gleitpfades nichts gewonnen. Art des Gleitpfades (linear, degressiv), Höhe oder Einheitlichkeit von Absenkungsschritten können nicht allein über den Verweis auf das Ergebnis plausibilisiert werden.

Die aktuelle Anordnungsperiode erstreckt sich nur bis Ende 2006 und kann bestenfalls einen ersten Schritt in Hinblick auf das Gesamtziel der TKK für das Jahr 2011 darstellen. Die Begründung für ein im Jahr 2011 zu erreichendes Ziel kann eine Begründung für unmittelbar wirksame Maßnahmen im gegenständlichen Anordnungszeitraum nicht ersetzen.

2.5 Keine Rechts- und Planungssicherheit bei Ausrichtung auf 2011

Die TKK leitet die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der im Entwurf dargestellten Anordnung auch daraus ab (siehe Seite 27), dass längerfristige Planungssicherheit gegeben sei. Diese Annahme ist nicht nachvollziehbar. Es besteht keinerlei Rechts- oder Planungssicherheit dahingehend, dass die TKK in aktueller oder nachfolgender Besetzung im Rahmen der nächsten Marktanalyse hinsichtlich der geeigneten, spezifischen Maßnahmen zum gleichen Ergebnis kommt, wie die TKK im Bescheid zu M 15a/03. Eine schlüssige Begründung, auf deren Basis eine solche Hoffnung geweckt werden könnte, wird weder mit dem vorliegenden Entwurf noch in den einschlägigen Dokumenten, auf die der Entwurf Bezug nimmt, geliefert. Auch entfaltet ein auf Basis des vorliegenden Entwurfes ergangener Bescheid keinerlei Bindungswirkung für Folgeentscheidungen in weiteren Marktanalysezyklen.

Damit bleibt aber als Ergebnis nur bestehen, dass derzeit den identifizierten Wettbewerbsproblemen nicht adäquat begegnet wird und dass auch nicht verbindlich festgelegt werden kann, dass dies in folgenden Marktanalysezyklen geschehen wird.

2.6 Sind allokativer Verzerrungen "wesentlichere" Probleme als Übergewinne?

Mit dem vorgestellten Gleitpfad lässt die TKK zumindest im gegenständlichen Anordnungszeitraum die auf Übergewinne zurückgehenden Wettbewerbsprobleme (W3 und W4) unberührt, und stellt auch für die auf allokativer Verzerrungen zurückgehenden Wettbewerbsprobleme (W1 und W2) erst für das Jahr 2011 eine Lösung in Aussicht. Auf Seite 29 des Entwurfes führt die TKK dazu aus:

Betreiberindividuelle Übergewinne (höhere Margen als die Mitbewerber) sind allerdings nicht nur auf überhöhte Preise (allokative Ineffizienz) zurückzuführen, sondern können auch durch ein höheres Maß an technischer Effizienz (geringere Kosten) bedingt sein. Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativer Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden, weswegen auch keine konkreten Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne vorgenommen wurden. An dieser Stelle soll in Erinnerung gerufen werden, dass eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 in der konkreten Ausgestaltung "Orientierung an die LRAIC eines effizienten Betreibers" (und nicht etwa in Form einer "Beseitigung aller Übergewinne") als geeignete spezifische Verpflichtung auferlegt wurde, um den in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Genau dieser konkreten Verpflichtung ist mit gegenständlicher Anordnung Rechnung zu tragen, weswegen auch keine Quantifizierung von in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen vorzunehmen war.

Die möglichen Wettbewerbsprobleme wurden von der TKK in den Bescheiden zu M 15a-e/03 identifiziert. Genausowenig wie in diesen Entscheidungen von einer bloßen Pflicht zur Beseitigung von "Übergewinnen" die Rede war, nehmen diese auf die Beseitigung von "allokativen Verzerrungen" Bezug. Daraus lässt sich also argumentativ nichts gewinnen.

Die entscheidende Frage bleibt bestehen: Warum werden augenscheinlich wettbewerbsverzerrende Übergewinne unangetastet gelassen, obwohl diese nach der Analyse der TKK zweifelsfrei den Wettbewerb verzerren?

Dabei ist gänzlich unbeachtlich, ob Übergewinne auf technische, allokativer oder sonstige Ineffizienzen zurückzuführen sind. Nach der Auffassung der TKK (siehe Punkt D.6. in M 15a/03; Seite 55ff) führen die Übergewinne – neben den allokativen Verzerrungen – jedenfalls dazu, dass auf den betreiberindividuellen Terminierungsmärkten kein effektiver Wettbewerb herrscht. Eine geeignete spezifische Verpflichtung iSd § 37 Abs 2 TKG hat daher auch dem identifizierten Problem der Übergewinne Rechnung zu tragen.

Für das vorliegende Verfahren ist zudem wesentlich, dass sich die Rechtskraft der Entscheidungen zu M 15a-e/03 nicht auf die Begründung dieser Entscheidungen erstreckt, und dass eine im gegenständlichen Verfahren fehlende Begründung nicht durch schlichten Verweis auf eine rechtskräftige Entscheidung über einen anderen Verfahrensgegenstand substituiert werden kann.

Jedenfalls bestätigt die von der TKK in den Verfahren M 15a-e/03 vorgenommene Priorisierung der identifizierten Wettbewerbsprobleme die Notwendigkeit einer Bewertung der unterschiedlichen Relevanz von Problemen. Andernfalls könnte die TKK die identifizierten Probleme aus Übergewinnen wohl kaum unter Verweis auf die allokativen Verzerrungen unter den Tisch fallen lassen. Warum dies alles geschieht, lässt die TKK jedoch gänzlich unbegründet. Damit verweigert die TKK auch die Wahrnehmung ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht entscheidungswesentlicher Sachverhalte und ist außer Stande eine im Sinne des §37 Abs 2 TKG verhältnismäßige Entscheidung zu treffen.

2.7 Fehlende Quantifizierung von Wettbewerbsproblemen

Zur mehrfach von UPC geforderten Quantifizierung der Wettbewerbsprobleme führt die TKK aus (siehe Seite 29 des Entwurfes):

"Daher sind betreiberindividuelle Übergewinne zwar ein gewisser Indikator für allokativen Verzerrungen, die Bekämpfung des Wettbewerbsproblems der allokativen Verzerrungen kann allerdings nicht mit der Eliminierung von betreiberindividuellen Übergewinnen gleichgesetzt werden, weswegen auch keine konkreten Erhebungen betreffend die Höhe der Übergewinne vorgenommen wurden."

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass UPC nie argumentiert hat, dass mit der Beseitigung von Übergewinnen auch allokativen Verzerrungen restlos beseitigt werden können. Sehr wohl ist aber richtig, dass die Beseitigung von Übergewinnen schon durch die Verringerung der Differenz zwischen Fest- und Mobilterminierungsentgelten zum Abbau allokativen Verzerrungen beiträgt.

Auch ist davon auszugehen, dass die TKK deshalb in den Entscheidungen zu M 15a-e/03 jeweils als spezifische Verpflichtung angeordnet hat, die Terminierungsentgelte an den LRAIC des effizientesten Betreibers zu orientieren, weil damit ein bestimmtes Ziel, nämlich der Abbau erkannter Wettbewerbsprobleme verfolgt werden soll. Daher muss auch der Gleitpfad zur Erreichung dieses Ziels so ausgestaltet werden, dass die erkannten Probleme tatsächlich möglichst schnell adressiert werden.

Auf Seite 29 des Entwurfes führt die TKK aus:

"An dieser Stelle soll in Erinnerung gerufen werden, dass eine Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 in der konkreten Ausgestaltung 'Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers' (und nicht etwa in Form einer 'Beseitigung aller Übergewinne') als geeignete spezifische Verpflichtung auferlegt wurde, um den in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Genau dieser konkreten Verpflichtung ist mit gegenständlicher Anordnung Rechnung zu

tragen, weswegen auch keine Quantifizierung von in den Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 identifizierten Wettbewerbsproblemen vorzunehmen war."

Dem ist entgegenzuhalten, dass UPC nicht grundsätzlich die Orientierung an LRAIC in Frage stellt, sondern nur, ob die im Entwurf dargestellte Regulierungsmaßnahme den erkannten Wettbewerbsproblemen adäquat begegnet. Um dies beurteilen zu können, muss die TKK die erkannten Probleme quantifizieren.

Es sei daher noch einmal festgehalten, dass mit dem von UPC vorgeschlagenen Modell allen erkannten Wettbewerbsproblemen in deutlich stärkerem Maß entgegengewirkt wird, als dies nach dem Ansatz der TKK der Fall ist. Zudem greift der Ansatz der UPC (rascher Abbau aller Übergewinne bis Ende 2006 und danach Angleichung der Entgelte an LRAIC) in einer Art in das Entgeltgefüge ein, die eine Diskriminierung einzelner Betreiber vermeidet und überdies verhältnismäßig ist, weil zunächst primär die exzessive Ausnutzung des aufgrund beträchtlicher Marktmacht gegebenen Preissetzungsspielraumes (in Form von Entgelten über Kosten) unmöglich gemacht wird.

2.8 Zur besonderen Bedeutung von W4

Die wesentliche Gefahr, die vom Wettbewerbsproblem W4 ausgeht, liegt nach den Ausführungen der Amtssachverständigen und der TKK in dem Umstand, dass Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt zur Quersubventionierung von on-net-Tarifen eingesetzt werden können. Daher ist auch die unzureichende Auswirkung des Gleitpfades auf das von der TKK identifizierte Wettbewerbsproblem W4 für UPC von Bedeutung.

Mit Blick auf das zuletzt etwa von T-Mobile beworbene Produkt "Replace" wird deutlich, dass die in W4 problematisierten Substitutionseffekte (fix to mobile) nicht nur in Form von Quersubventionierungen günstiger on-net Tarife stattfinden, sondern auch durch neue Produkte unterstützt werden, die sich ohne Stützung aus anderen Einnahmequellen (zB überhöhte Terminierungsentgelte) kommerziell nicht realisieren ließen.

2.9 Die Kosten für 2005 sind als Zielwert ungeeignet

Die TKK berechnet den linearen Gleitpfad einerseits ausgehend von den derzeit verrechneten Entgelten der Betreiber und andererseits ausgehend von einem Zielwert, der sich nach den Kosten der mobilkom bemisst, welche für das Jahr 2005 ermittelt wurden; dies obwohl der Anordnungszeitraum bis 31.12.2006 reicht und die Kosten der Betreiber bis einschließlich Ende 2006 ermittelt wurden. Trotzdem gelangt die TKK zum Ergebnis, dass "*die beste Annäherung an die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers der für mobilkom für das Jahr 2005 ermittelte Wert gemäß "Szenario B" darstellt; dieser beträgt €Cent 6,79.*"

Dieser Schritt ist für UPC nach wie vor nicht nachvollziehbar. UPC hat mehrfach im Verfahren beantragt, dass als Zielwert eines ohnedies unbefriedigenden Gleitpfades zumindest jener Wert herangezogen wird, der für den effizientesten Betreiber am Ende des Anordnungszeitraumes ermittelt wird. Die Kosten von Betreibern sinken durch Skaleneffekte oder Effizienzgewinne.

Auch für mobilkom hat die TKK eine weitere Kostensenkung von 2005 auf das Ende des Jahres 2006 ermittelt (im Jahr 2006 €Cent 6,35). Selbst unter Berücksichtigung eines Aufschlages für die NÖ-Mastensteuer – welche aktuellsten Presseberichten zufolge nun ohnedies nicht kommen wird –, bleiben die Kosten der mobilkom unter den von der TKK herangezogenen Kosten des Jahres 2005. Diese wurden mit der Begründung herangezogen, dass die Werte für 2006 lediglich einer summarischen Interessenabwägung dienen, die – was allerdings nicht begründet wurde – für die konkrete (zahlenmäßige) Entgeltfestlegung nicht relevant sei.

In einem konsistenten Modell hätte eigentlich der für 2011 ermittelte Wert für die Berechnung der Gleitpfadabsenkungsschritte herangezogen werden müssen. Es ist zwar noch nachvollziehbar, dass es schwierig wäre, einen Wert für das Jahr 2011 mit hinreichender Sicherheit abzuschätzen. Die TKK hat aber nicht einmal den Versuch unternommen, diesen Wert zu ermitteln. Selbst den auf sehr plausiblen Annahmen beruhenden Wert für das Jahr 2006 zieht sie nicht heran. Dies führt dazu, dass die von der TKK identifizierten Wettbewerbsprobleme erkennbar langsamer abgebaut werden, als dies bei Heranziehung des niedrigsten plausibel ermittelten Wertes als Zielwert der Fall wäre. Es ist jahrelang geübte Entscheidungspraxis, dass die TKK zumindest für den Anordnungszeitraum Kosten ermittelt und die Anordnung dann auch nach diesen ausgerichtet hat. Warum dies im gegenständlichen Verfahren plötzlich nicht mehr möglich sein soll, ist unklar.

2.10 Zur Berücksichtigung des IC-Billing Aufwandes

UPC hat in der Stellungnahme vom 5.8.2005 zum wirtschaftlichen Gutachten festgehalten, dass der von den einzelnen Betreibern angesetzte Aufwand für IC-Billing extrem unterschiedlich in die Kostenrechnung eingegangen sei, obwohl die Betreiber den gleichen Hersteller (INTEC) verwenden.

Diesem Einwand begegnet die TKK damit, dass ein Blick auf die Homepage von INTEC gezeigt habe, dass es sich offenbar um ein sehr flexibles Produkt handle, welches in unterschiedlichen Ausgestaltungen angeboten werde und dass es vor diesem Hintergrund sehr wahrscheinlich sei, dass Billing-Systeme unterschiedliche Kosten verursachen.

Da gerade die Kosten der mobilkom auf Basis eines überproportional hohen IC-Billing-Anteiles (basierend auf INTEC) ermittelt wurden, bedarf diese Frage einer etwas tiefergehenden Analyse als einem Blick auf die Homepage von INTEC. Zweifel an der Plausibilität der vorgelegten Kostenblöcke müssen nicht auf irgendeiner Homepage, sondern durch Nachschau beim betroffenen Unternehmen ausgeräumt werden. Nach wie vor besteht Grund zur Annahme, dass die überproportional hohen IC-Billing-Kosten dadurch entstehen, dass mobilkom Billing-Aufwand berücksichtigt, der zwar über INTEC abgewickelt wird, aber für bzw. bei den Auslandstöchtern der mobilkom anfällt. Die unterschiedlichen Aufwendungen für IC-Billing fallen zwischen den einzelnen Betreibern derart gravierend aus (mobilkom hat – selbst wenn man eine Normalisierung der Berechnung nach unterschiedlichen Marktanteilen vornimmt – um einen Faktor 14 höhere IC-Billing-Kosten als H3G veranschlagt; gegenüber ONE sind die IC-Billing Kosten sogar um den Faktor 25 höher), dass eine Aufklärung dieses Unterschiedes jedenfalls relevant und geboten ist. Immerhin richtet sich der Gleitpfad für sämtliche Betreiber nach dem auch auf Basis dieses Kostenblockes ermittelten LRAIC-Wert der mobilkom.

Eine Anpassung der Kostenrechnung anhand überprüfter Werte ist also schon deshalb notwendig, weil der auf Basis der LRAIC der mobilkom ermittelte Zielwert des Gleitpfades dadurch sinken würde.

2.11 Geringerer Startwert des Gleitpfades

In Zusammenhang mit den von UPC als zu hoch beanstandeten Startwerten (weil einschließlich rechtswidriger exzessiver Preiskomponenten) hält die TKK auf Seite 29 des Entwurfes fest, dass

"ein geringerer Startwert (wie beispielsweise die tatsächlichen betreiberindividuellen Terminierungskosten) einen 'Gleitpfad' mit einheitlichen Absenkungsschritten, der Disruptivität vermeiden will, ad absurdum führen würde."

Zunächst ist nicht ersichtlich, was daran absurd sein sollte. Für UPC ist nicht erkennbar, warum der Gleitpfad selbst mehr oder weniger disruptiv werden sollte, wenn man von den zumindest um rechtswidrige exzessive Preiskomponenten bereinigten betreiberindividuellen Terminierungskosten als Startwerten ausgehen würde.

Andererseits ist der TKK entgegenzuhalten, dass auch darüber nachgedacht werden könnte, ob ausgehend von den richtigen (nämlich an den betreiberindividuellen Kosten orientierten) Startwerten, vielleicht ein anderer Gleitpfad angebracht wäre. Die von der Behörde monierte Absurdität wird in einem ersten Schritt von der Behörde selbst geschaffen und kann keine Rechtfertigung dafür darstellen, dass von einer richtigen und plausiblen Entscheidung im zweiten Schritt abgesehen werden muss.

2.12 Bilaterale Vereinbarungen sind kein Maßstab

Die mit dem vorliegenden Maßnahmenentwurf angeordneten Absenkungsschritte bis Ende 2006 werden von der Behörde als verhältnismäßig erachtet, da sie eine nicht-disruptive Orientierung an den LRAIC eines effizienten Betreibers ermöglichen und den Betreibern Planungssicherheit gewähren. Darüber hinaus haben auch drei Mobilfunkbetreiber privatrechtliche Vereinbarungen geschlossen, die zwei Absenkungsschritte (zu im wesentlichen gleichen Zeitpunkten) im Jahr in etwa demselben Ausmass vorsehen, weswegen auch davon ausgegangen werden könne, dass dieser Eingriff verhältnismäßig im Sinne des § 34 TKG sei. Im Übrigen seien diese Vereinbarungen in Übereinstimmung mit dem Gleitpfad der Telekom-Control-Kommission und die geringfügigen Abweichungen gründen auf der Heranziehung eines (angenommen) Zielwertes in der Höhe von €Cent 7.

Auch diesen Ausführungen kann UPC nicht nähertreten. Bilaterale Vereinbarungen der betroffenen etablierten Betreiber, welche in etwa in Höhe des von der TKK bereits in den Konsultationsergebnissen vorgestellten Gleitpfades liegen, waren vorhersehbar. Unter dem Damoklesschwert deutlich weitergehender Schritte auf Basis einer konkreten Kostenermittlung war es nur logisch, dass die betroffenen Betreiber versuchen würden, durch Abschluss dieser (Schein-)Vereinbarungen Fakten zu schaffen.

Die Relevanz und Berechtigung der Heranziehung privatrechtlicher Vereinbarungen in der gegenständlichen – auf dem Prinzip der LRAIC-Kostenorientierung basierenden – Entgeltanordnung bleibt völlig unbegründet. Bilaterale (Schein-) Vereinbarungen können gerade im gegenständlichen Verfahren keine Rolle spielen; dies auch nicht im Wege einer Interessenabwägung oder Beurteilung der Verhältnismäßigkeit. Solche Vereinbarungen haben keinerlei Beweiskraft.

Des Weiteren erhellt aus dem Umstand, dass sämtliche der geschlossenen Vereinbarungen die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung im Fall der Anordnung höherer Entgelte vorsehen, dass die Vereinbarungen nicht zur Untermauerung einer Marktüblichkeit oder –verträglichkeit herangezogen werden können.

Insbesondere auch die Aufschläge, die die Vereinbarung zwischen mobilkom und ONE für die Terminierung im Netz der mobilkom vorsieht, sind ein Beleg dafür, dass der eigentliche Zweck nicht die Vereinbarung von niedrigeren Entgelten war, sondern ausschließlich die Schaffung scheinbarer Marktpreise in den anhängigen Verfahren.

3. Alternativen zum Gleitpfad der TKK

Als Alternativen zu dem von der Regulierungsbehörde vorgestellten Gleitpfad sieht UPC die folgenden Möglichkeiten, die zur Heranführung der Terminierungsentgelte sämtlicher Mobilfunkbetreiber an die LRAIC des effizientesten Betreibers herangezogen werden können:

- Linearer Gleitpfad zu den LRAIC des effizientesten Betreibers, wobei die jeweiligen betreiberindividuellen Kosten, die durch die derzeit verrechneten Terminierungsentgelte gedeckelt sind, als Startwerte herangezogen werden.
- Anwendung eines steileren linearen Gleitpfades, der gerade nicht disruptiv ist

3.1 Betreiberindividuelle Startwerte für einen linearen Gleitpfad zu den LRAIC des effizientesten Betreibers

Zunächst gilt es, jene Ursachen zu bekämpfen, die zu den wesentlichsten Wettbewerbsproblemen führen, nämlich den Entgelten über Kosten, die die Ursache für wettbewerbsverzerrende Übergewinne darstellen.

Richtig wäre es, in einem klaren Schritt sofort mit Beginn der Anordnung jegliche Übergewinnmöglichkeit durch Entgelte über Kosten abzubauen, indem alle Mobilnetzbetreiber sofort auf ihre jeweiligen individuellen Kosten – mit Deckelung durch die derzeit verrechneten Terminierungsentgelte – reguliert werden, welche dann als Startwert für den von der TKK vorgeschlagenen Gleitpfad herangezogen werden.

Lediglich um disruptive Eingriffe (was von der TKK noch zu spezifizieren wäre) zu vermeiden, soll dies in wenigen, dafür aber entschlossenen Schritten im Zeitraum vom 1.8.2005 bis zum 31.12.2006 erfolgen. Als eine Möglichkeit dieser effektiven und raschen Beseitigung von Wettbewerbsproblemen schlägt UPC vor, den Abstand zwischen dem über Kosten liegenden, zuletzt angeordneten oder vereinbarten (je

nachdem, welches niedriger ist) Entgelt und den tatsächlichen Kosten eines Mobilnetzbetreiber wie folgt zu reduzieren:

- a) zum 1.8.2005 auf die Hälfte;
- b) am 1.1.2006 auf die Hälfte des verbleibenden Abstandes;
- c) am 1.7.2006 auf die Hälfte des verbleibenden Abstandes; und
- d) am 31.12.2006 soll der verbleibende Abstand gänzlich beseitigt werden.

In weiterer Folge ist dann die Heranführung der Terminierungsentgelte der Mobilnetzbetreiber an die LRAIC des effizientesten Mobilnetzbetreibers in Form des von der TKK vorgestellten linearen Gleitpfades herzustellen.

3.2 Steilerer Gleitpfad als Alternative

Alternativ dazu wäre nach Ansicht von UPC auch eine Ausrichtung am Gleitpfad der H3G möglich. Bei diesem Modell wird die Differenz zwischen dem derzeit von H3G verrechneten Terminierungsentgelt und dem LRAIC des effizientesten Betreibers herangezogen, um die Höhe der jeweiligen Absenkungsschritte zu berechnen. Die einzelnen Betreiber senken ihre Terminierungsentgelte schrittweise um die so errechneten Absenkungsschritte bis sie den vorgegebenen Zielwert erreichen.

Unter der Voraussetzung, dass die festgelegten Absenkungsschritte für H3G angemessen sind (wovon die TKK offenbar ausgeht, auch wenn sie es im Detail noch begründen muss), ist durch dieses System gewährleistet, dass die Eingriffe auch für die anderen Mobilfunknetzbetreiber nicht unverhältnismäßig sind. Dies deshalb, da eine Maßnahme, die für – nach den Ausführungen der TKK im Maßnahmenentwurf auf Seite 28 *besonderen "Investitionsschutz" genießende* – H3G verhältnismäßig ist, auch für die etablierten Betreiber angemessen sein muss.

Der Vorteil dieses Vorgehens für UPC und den gesamten Telekommunikationsmarkt liegt auf der Hand: sämtliche Terminierungsentgelte jener Betreiber, die für den überwiegenden Anteil am gesamten Mobilfunkverkehr verantwortlich sind, würden in einigen wenigen energischen Schritten auf dem Niveau der LRAIC des effizientesten Betreibers zu liegen kommen.

Sollte die TKK auch dieser Forderung von UPC nicht nachkommen, so müsste sie als Alternative zur Ausrichtung des Gleitpfades an jenem der H3G zumindest eine wesentliche Vorverlegung der Zielerreichung vornehmen. Zumindest bis zum Abschluss der nächstfolgenden Marktanalyseperiode (längstens also Ende des Jahres 2008) müssen die schon heute erkannten Wettbewerbsprobleme jedenfalls abgebaut werden und die Kosten für Mobilterminierung auf dem Niveau der LRAIC des effizientesten Betreibers liegen.

Mit dem Ersuchen um Berücksichtigung dieser Stellungnahme verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

UPC Telekabel Wien GmbH