



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

# Fax

VON Dr. Bertram Burtscher

Direkt T+43 1 515 15-252

Direkt F+43 1 515 15-404

E bertram.burtscher@freshfields.com

DATUM 14. September 2005

UNSER ZEICHEN BUR

DOK NR DV285105/2

SEITEN 7

WIEN  
Seilergasse 16  
1010 Wien

T+43 1 515 15 0

F+43 1 512 63 94

w freshfieldsbruckhaus  
deringer.com

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

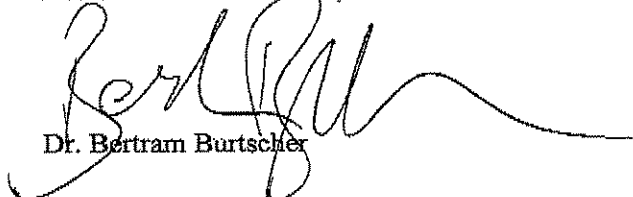
Dieses Telefax enthält vertrauliche Informationen. Bitte benachrichtigen Sie uns umgehend, falls Sie nicht der beabsichtigte Empfänger sein sollten. Das Telefax darf in diesem Falle weder vervielfältigt noch auf andere Weise verwendet werden.

M 15f/03

Sehr geehrter Herr Dr. Serentschy,

In der Anlage übermitteln wir vorab per Telefax eine Stellungnahme unserer Mandantin Hutchison 3G Austria GmbH in o.a. Konsultationsverfahren.

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 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**

**Einschreiben**  
(vorab per Telefax)

**Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH**  
Mariahilferstraße 77-79  
1060 Wien

**Einschreiterin:** Hutchison 3G Austria GmbH  
Gasometer C, Guglgasse 12/10/3  
1110 Wien

vertreten durch:

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

**RECHTSANWÄLTE**

em. Dr. Heinz H. Löber, MCJ  
DDr. Georg Bahn  
Dr. Günther J. Horvath, MCJ  
Mag. Dr. Willibald Plessner  
Dr. Maria Th. Pflügl  
Dr. Ulrike E. Rein  
Mag. Dr. Thomas Zottl  
Dr. Christof Pöschhaacker, MCL  
Dr. Stefan Köck, LL.M.  
Dr. Paul Luiki, JD  
Mag. Dr. Axel Reidlinger, LL.M.  
Dr. Michael Sedlaczek  
Dr. Thomas Kuster, LL.M.  
Dr. Friedrich Jergitsch  
Dr. Alfred Zehner, LL.M.  
Dr. Konrad Gröller

Dr. Isabella Hartung, LL.M.  
MMag. Michael Strenitz  
Mag. Dr. Bertram Burtscher  
Dr. Petra Meissner  
Dr. Birgit D. A. Leutmezer, LL.M.  
Dr. Elisabeth Weichselberger-Chlap, MA  
Dr. Andreas Zellhofer

In Österreich nicht als  
Rechtsanwälte zugelassen:  
Jenny W. T. Power, JD  
zugelassen in Florida, USA  
Univ. Prof. Dr. Claus Staringer  
Steuerberater  
James E. 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 freshfieldsbruckhaus  
deringer.com

DOK NR DV284708/9  
UNSER BUR  
ZEICHEN  
CLIENT 126460-0019  
MATTER NR  
DVR 0114383

Verfahren zu: **M 15f/03**

**STELLUNGNAHME**

**zum Konsultationsverfahren zu M 15f/03**

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 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 umseits rubriziertem Konsultationsverfahren zu M 15f/03 betreffend Tele2 Telecommunication Services GmbH (*Tele2*) erstattet die Einschreiterin, Hutchison 3G Austria GmbH (*H3G*), zu dem von der Telekom-Control-Kommission (*TKK*) veröffentlichten Entwurf der Vollziehungshandlung (in der Folge kurz: *Maßnahmenentwurf*) in offener Frist nachstehende Stellungnahme.

## 1. Konnex zwischen Marktanalyse und laufenden Terminierungsverfahren

In Maßnahmenentwurf stellt die TKK fest, dass Tele2 über beträchtliche Marktmacht im Vorleistungsmarkt "Terminierung in das öffentliche Mobilnetz der Tele2" verfügt und dass "Tele2 gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung "Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz" ein Entgelt zu verrechnen hat, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv "LRAIC" ("Long Run Average Incremental Cost") in der Weise orientiert, dass das Entgelt für die Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Tele2 dem jeweils aktuellen Mobil-Terminierungsentgelt ihres National-Roaming-Partners entspricht."

Derzeit sind eine Reihe von Zusammenschaltungsverfahren gemäß § 48 iVm 50 TKG zur Festlegung von Mobilterminierungsentgelten vor der TKK anhängig, in denen sämtliche Mobilfunkbetreiber sowie UPC Telekabel Wien GmbH als Festnetzbetreiber beteiligt sind. Diese Verfahren zu den GZ Z 2, 7, 8, 9, 11, 13 und 14/05 wurden von der TKK gemäß § 39 Abs 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden.

Ihre Vorstellung von einem Gleitpfadmodell zur Festlegung der Terminierungsentgelte stellte die TKK in dem am 09.03.2005 veröffentlichten "Ergebnis der Telekom-Control-Kommission zur Öffentlichen Konsultation 'Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen'" (*Konsultationsergebnisse*) vor. Die Konkretisierung dieses Gleitpfadmodells erfolgt nun in den o.a. verbundenen Verfahren vor der TKK.

Tele2 ist vom Ausgang dieser anhängigen Verfahren insofern betroffen, als sich das Terminierungsentgelt der Tele2 nach jenem der an den verbundenen Verfahren beteiligten ONE GmbH (*ONE*) zu richten hat. Was für ONE angeordnet wird, ist unmittelbar auch für Tele2 wirksam.

In den genannten verbundenen Verfahren vor der TKK, wie auch im Marktanalyseverfahren M 15f/03 muss daher nach einheitlichen Grundsätzen und unter Vermeidung von Diskriminierung anderer Betreiber vorgegangen werden.

Dies ist nicht der Fall, was in der vorliegenden Stellungnahme näher dargelegt wird.

## 2. Inkonsistenz bei der kostenorientierten Berücksichtigung von Vorleistungen

Im Rahmen des *Wirtschaftlichen Gutachten in den verbundenen Verfahren zu Z 02, 07, 08, 09, 11, 13/05 (Wirtschaftliches Gutachten)* wurde bei der Berechnung der Kosten für die Terminierungsleistung der H3G jener Aufwand berücksichtigt, der



H3G im Zuge der Anrufzustellung über National Roaming tatsächlich, nämlich aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem Gastnetzbetreiber, entsteht. Dem Antrag der H3G, dass diese Vorleistungen in Einklang mit den Entscheidungen zu Z 25/01 und Z 19/03 nicht mit dem vertraglich vereinbarten (tatsächlichen Aufwand), sondern mit dem (höheren) regulierten Terminierungsentgelt des Gastnetzbetreibers anzusetzen sind, wurde nicht gefolgt.

Dennoch musste H3G daraufhin im Maßnahmenentwurf der Vollziehungshandlung zu M 15f/03 die schlüssige Begründung der TKK zur Kenntnis nehmen, dass ein MVNO das Entgelt seines Gastnetzbetreibers erhalten müsse, weil er gegenüber einem *"reinen Wiederverkäufer, der [...] auf der Mobilfunkwertschöpfungskette unterhalb von Anbietern mit Infrastruktur steht"* (siehe Seite 71) nicht benachteiligt werden dürfe.

H3G sieht sich natürlich sehr wohl – und zwar mindestens mit derselben Berechtigung wie ein MVNO – als Anbieter von Infrastruktur. H3G hat neben den im Wege des National Roaming von mobilkom bezogenen 2G-Netzleistungen zusätzlich ein vollständiges 3G-Netz inklusive Luftschnittstelle und unterliegt zudem – anders als Tele2 als MVNO – einer Ausbaupflichtung. Damit ist H3G wohl unzweifelhaft ein vollwertiger Infrastrukturbetreiber. Damit ist eine Schlechterbehandlung der Einschreiterin gegenüber einem MVNO in keiner Weise nachvollziehbar.

Eine Schlechterstellung wäre aber auch ohne Bezugnahme auf das 3G-Netz der Einschreiterin nicht gerechtfertigt, da der MVNO und ein Betreiber, der Teile seiner Luftschnittstelle über National Roaming substituiert, funktional idente Leistungen von ihrem jeweiligen Gastnetzbetreiber in Anspruch nehmen. Daher müssen die Infrastrukturvarianten MVNO und National Roaming regulatorisch zumindest gleich behandelt werden. Trotzdem gesteht die TKK der Tele2 als MVNO das (deutlich über den eigenen Kosten der Tele2 liegende) Gastnetzentgelt zu, während H3G die identen Vorleistungen nur in Höhe des tatsächlichen Aufwandes (kostenorientiert) berücksichtigen kann. Diese Differenzierung ist sachlich nicht gerechtfertigt und daher diskriminierend.

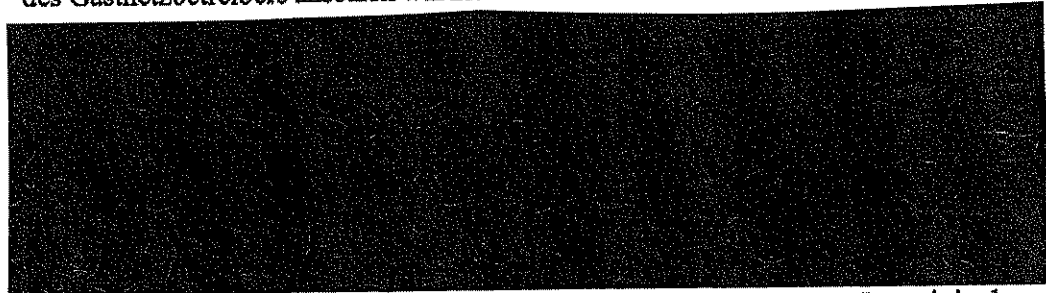
Nachdem die TKK dem Antrag der H3G auf Berichtigung des Berechnungsansatzes für die National Roaming-Leistungen nicht nachgekommen ist, musste H3G davon ausgehen, dass die TKK die noch in den Verfahren zu Z 25/01 und Z 19/03 vertretene Auffassung zur Berücksichtigung der in Rede stehenden Vorleistungen geändert hatte. Dies wohl im Lichte der gemäß § 42 TKG gebotenen Kostenorientierung. Das ist auch für H3G nachvollziehbar, wenn auch nur unter der Voraussetzung, dass auch die Mobilterminierungsentgelte der Mitbewerber – hier insbesondere Tele2 – kostenorientiert berechnet werden.



Das Terminierungsentgelt des Gastnetzbetreibers, das im Fall von Tele2 angeordnet wird, lässt aber gerade keinerlei Rückschluss auf die Kosten der Tele2 für die Terminierungsleistung zu und darf daher im Rahmen der kostenorientierten Entgeltkontrolle "gemäß § 42 TKG", den die TKK im Spruch zu M 15f/03 ausdrücklich zitiert, nicht herangezogen werden.

### 3. Diskriminierung durch unterschiedliche Gleitpfade

Wendet man die von der TKK im Verfahren M 15f/03 dargestellte Vorgangsweise auf den in den Konsultationsergebnissen vorgestellten Gleitpfad an, so zeigt sich zudem, dass H3G jedenfalls gegenüber Tele2 diskriminiert würde; dies selbst dann, wenn man auch in der Kostenrechnung von H3G die Vorleistungen aus National Roaming (entgegen dem Kostenorientierungsgebot des § 42 TKG) mit dem Entgelt des Gastnetzbetreibers ansetzen würde.



Im Vergleich zum aktuellen Terminierungsentgelt der ONE käme Tele2 somit in den Genuß einer erheblichen Kostenüberdeckung und würde trotzdem auf dem in Relation zu H3G vergleichsweise flachen Gleitpfad der ONE reguliert, während H3G auf einem sehr steilen Gleitpfad auf den Zielwert in Höhe der LRAIC des effizientesten Betreibers zusteuert. Dies trotz gravierender Kostennachteile von H3G gegenüber Tele2. Diese Inkonsistenz ist für H3G aus regulatorischer Sicht nicht zu rechtfertigen und stellt eine unzulässige Diskriminierung von H3G dar.

### 4. Keine Orientierung an "Revenue Sharing Modellen"

Die TKK trägt mit dem Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 offenbar diversen Revenue-Sharing Modellen von Wiederverkäufern Rechnung und geht sogar soweit, diese auf die Anordnung von Terminierungsentgelten durchschlagen zu lassen. Diese Vorgangsweise ist nach Ansicht der Einschreiterin grundsätzlich verfehlt.

Die TKK übersieht dabei, dass die erwähnten Revenue-Sharing-Modelle genau deshalb im Markt kursieren, weil die Terminierungsentgelte erheblich über den (tatsächlichen) Kosten der (Gast-)Netzbetreiber liegen. Genau genommen teilen sich Reseller und Gastnetzbetreiber nicht die Revenues sondern die vielzitierten Übergewinne. Die Teilung eines langfristig im Zuge der Entgeltregulierung angestrebten Kostendeckungsbeitrages auf LRAIC-Basis wäre ja ökonomisch widersinnig und würde wohl von keinem Gastnetzbetreiber angeboten werden (können).



Vor diesem Hintergrund erweckt der im Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 verfolgte Ansatz den Eindruck, als werde das Pferd von der falschen Seite aufgezümt. Anstatt unter Bezugnahme auf wettbewerbsverzerrende Revenue-Sharing-Modelle eine Wettbewerbsverzerrung fortzuschreiben, sollte vielmehr durch eine adäquate Beseitigung erkannter Wettbewerbsprobleme genau solchen wettbewerbsverzerrenden Modellen und Vereinbarungen die Grundlage entzogen werden.

Ein reiner Wiederverkäufer soll seine Daseinsberechtigung in regulierten Märkten allenfalls aus Skaleneffekten, nicht aber aus einer an den identifizierten Wettbewerbsproblemen vorbeigehenden Regulierungspraxis ableiten können. Alles Andere käme einer nicht zu rechtfertigenden Torpedierung der Investitionen und Bemühungen ernsthafter (Infrastruktur-)Betreiber gleich und stünde in direktem Widerspruch mit den Zielen des § 1 Abs 2 TKG.

#### 5. Wettbewerbsverzerrungen bleiben erhalten

Vor dem Hintergrund der Kostenstruktur der Tele2 und den im Wirtschaftlichen Gutachten zu den Terminierungsverfahren ermittelten Kosten der Betreiber liegt auf der Hand, dass Tele2 mit einem Terminierungsentgelt in Höhe des Gastnetzbetreibers ein erheblich über den tatsächlichen Kosten liegendes Entgelt bekäme und damit ein erhebliches Potential für das Lukrieren von Übergewinnen (siehe die in den Konsultationsergebnissen dargestellten Wettbewerbsprobleme W3 und W4) sowie für allokativen Verzerrungen (Wettbewerbsprobleme W1 und W2) hätte.

Da nach dem Ansatz der TTK im Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 die Tele2 aber im Ergebnis dem Gleitpfad für ONE folgt, wird ausgerechnet jener Betreiber ohne eigene Funknetz-Infrastruktur signifikant besser gestellt als einerseits ONE und andererseits die Einschreiterin welche beide erhebliche Funknetzinvestitionen tätigen.

Schon eine Gleichbehandlung von MVNOs einerseits und echten Mobilnetzbetreibern (mit Luftschnittstelle und eigenem Mobilfunknetz) andererseits ist nicht zu rechtfertigen, wenn man – was die TTK im Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 vor-exerziert – den unterschiedlichen Beitrag der einzelnen Betreibertypen zum Wettbewerb (insbesondere unter dem sogar ausdrücklichen Hinweis auf § 1 Abs 2 TKG) in Betracht zieht.

Keinesfalls zu rechtfertigen ist vor diesem Hintergrund aber, dass H3G als echter und vollwertiger Netzbetreiber (mit eigenem Funknetz) gegenüber dem MVNO sogar noch schlechter gestellt wird.

#### 6. Notwendige Anpassungen des Maßnahmenentwurfes

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen sind daher folgende Anpassungen am Maßnahmenentwurf zu M 15f/03 vorzunehmen:

- a) Spruchpunkt 2.5 des Maßnahmenentwurfes muss an die Textierung der Entscheidungen zu M 15a-e/03 angepasst werden, sodass dieser lautet: " 2.5. Tele2



616

*hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung 'Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz' ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv 'LRAIC' ('Long Run Average Incremental Cost') orientiert."*

- b) Die Kosten der Tele2 für die Leistung "Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz" sind zu berechnen und die TKK hat dazu ein entsprechendes Gutachten einzuholen;
- c) Die TKK müsste gemäß § 50 Abs 2 TKG amtswegig ein Verfahren gegen Tele2 eröffnen und dieses mit den laufenden Verfahren zu den GZ Z 2, 7, 8, 9, 11, 13 und 14/05 verbinden.

#### 7. Veröffentlichung der Stellungnahme

Die Einschreiterin stimmt der Veröffentlichung dieser Stellungnahme mit Ausnahme des in Punkt 3 ausdrücklich als **Betriebs- und Geschäftsgeheimnis** gekennzeichneten Abschnittes zu. Die gekennzeichnete Passage ist nach dem Kenntnisstand der Einschreiterin bislang nur den Verfahrensparteien in den verbundenen Verfahren zu den GZ Z 2, 7, 8, 9, 11, 13 und 14/05 bekannt. Die Einschreiterin ersucht daher um vertrauliche Behandlung des Punktes 6.1.

Wien, 14. September 2005

Hutchison 3G Austria GmbH