



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ
DDr Georg Bahn
Dr Günther J Horvath, MCJ
Mag Dr Willibald Plesser
Dr Maria Th Pflügl
Mag Dr Thomas Zottl
Dr Christof Pöchhacker, MCL
Dr Stefan Köck, LL M
Mag Dr Axel Reidlinger, LL M
Dr Michael Sedlaczek
Dr Thomas Kustor, LL M
Dr Friedrich Jergitsch
Mag Dr Bertram Burtscher
Dr Konrad Gröller
Dr Alfred Zehner, LL M
Dr Andreas Zellhofer
Dr Herbert Buzanich, LL M
Dr Farid Sigari-Majd
DDr Martina Antal
Dr Stephan Pachinger, LL M
Dr Christian W Konrad, LL M
Dr Mario Züger
Mag Ulrike Sehrschön
Dr Philipp Maier, LL M

Dr Ulrich Tauböck, LL M
Dr Michael Raninger, LL M
Mag Alexander Operenyi, LL M
Dr Florian Khimscha, LL M
Dr Thomas Schobel, LL M
Mag Dr Hans-Jörgen Aigner
Dr Stephan Denk
Dr Sabine Prossinger
Mag Astrid Paiser, LL M
Dr Heinrich Kühnert, MJur
Mag Dr Nidal Karaman
Mag Dr Michal Dobrowolski

Als europäischer Rechtsanwalt in Österreich niedergelassen:

Dr Attila K Csongrády, LL M, MSc Solicitor, England und Wales

In Österreich nicht als Rechtsanwälte zugelassen:

Jenny W T Power, JD zugelassen in Florida, USA

Univ Prof Dr Claus Staringer Steuerberater

Seilergasse 16
1010 Wien

T+ 43 1 515 15 0

F+ 43 1 512 63 94

E bertram.burtscher@freshfields.com

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DAC4913439/11+

UNSER ZEICHEN BB/ERL

CLIENT MATTER NR 126460-0088

DVR 0114383

GZ: M 9/09

Per Telefax

(gleichzeitig per E-Mail)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

Einschreiterin:

Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C
Guglgasse 12/10/3
1110 Wien

vertreten durch:

Handwritten signature and stamp: RECHTSANWALT, MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER, A-1010 Wien, Seilergasse 16, Tel. 51515-0, RA-Codic/R 147869

(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

STELLUNGNAHME und ANTRAG

einfach
1 Halbschrift

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.

Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

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



Zu dem von der Telekom-Control-Kommission (TKK) vorgeschlagenen Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 9.2.2009 (*Entwurf*) erstattet Hutchison 3G Austria GmbH (H3G) durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter, die sich auf die erteilte Bevollmächtigung berufen¹, in offener Frist nachfolgende

STELLUNGNAHME

1. Keine Prüfung von Wettbewerbsproblemen

Die Behörde hat im gegenständlichen Verfahren keine Untersuchung in Hinblick auf das Bestehen von Wettbewerbsproblemen vorgenommen. Insbesondere wurde nicht geprüft, ob die im Bescheid der TKK vom 2.4.2007 zur GZ M 3/06-64 festgestellten Wettbewerbsprobleme nach wie vor bestehen. Die Behörde begründet die Aufhebung der spezifischen Verpflichtungen auf dem Markt für *"Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten"* im Wesentlichen damit, dass weder die TKMV 2008 einen solchen Markt vorsehe noch die Europäische Kommission (EK) in ihrer Märkteempfehlung vom 17.12.2007 den Markt definiert habe. Diese Begründung greift aber zu kurz:

- 1.1 Der Umstand, dass Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten keinem für Vorabregulierung in Betracht kommenden Markt (mehr) zugerechnet werden (Entwurf, Seite 3) enthebt die Behörde nicht der Verpflichtung, bestehende Wettbewerbsprobleme zu identifizieren und diesen gegebenenfalls entgegenzuwirken. Es mag schon sein, dass die drei Kriterien für die Anordnung einer ex-ante Verpflichtung nicht mehr kumulativ vorliegen (was die Behörde nicht prüft, sondern ohne Prüfung impliziert), jedoch sagt dies nichts darüber aus, ob noch immer erhebliche Wettbewerbsprobleme bestehen, die einen regulatorischen Eingriff erforderlich machen. Die Entlassung der Telekom Austria TA AG (TA) aus dem hier verfahrensgegenständlichen Aspekt der Wettbewerbsregulierung darf sich also nicht auf eine abstrakt-theoretische Überlegung reduzieren, während die erkannten Wettbewerbsprobleme womöglich noch immer und konkret weiter bestehen.
- 1.2 Die TKK hat bei jeder regulatorischen Anordnung den Zielen des TKG 2003, insbesondere also auch des § 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003 (*"Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen"*) zu entspre-

¹ Mit Wirkung zum 1. Mai 2008 wurde der Geschäftsbetrieb von Freshfields Bruckhaus Deringer in die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP eingebracht, die nunmehr die Einschreiterin vertritt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP erstattet den vorliegenden Schriftsatz vertreten durch und im Einvernehmen mit Dr. Bertram Burtscher der sich auf die erteilte Bevollmächtigung beruft.



chen. Diesem Ziel kann aber nur entsprochen werden, wenn sich die Behörde auch mit den erkannten Problemen, die ursprünglich zur ex-ante Regulierung geführt haben, auseinandersetzt. Eine entsprechende Prüfung wurde unterlassen womit die amtswegige Ermittlungspflicht verletzt wurde. Die Unterlassung einer Prüfung auf Wettbewerbsprobleme mangels Definition eines eigenen Marktes und/oder mangels Feststellung beträchtlicher Marktmacht ergibt sich nach Ansicht der Einschreiterin aus einer rechtlichen Fehlbeurteilung und würde den zu erlassenden Bescheid mit einem sekundären Verfahrensmangel belasten. Ungeachtet der Marktdefinition oder der Feststellung beträchtlicher Marktmacht ist nämlich schon in Hinblick auf § 1 Abs 2 Z 2b TKG 2003 der auch im Verfahren gemäß § 36ff TKG 2003 zu beachten ist, eine Prüfung auf das Vorliegen von Wettbewerbsproblemen vorzunehmen.

- 1.3 Der hier vorliegende Entwurf ermöglicht letztlich wettbewerbsverzerrende Bündelprodukte von TA. So haben gerade die Erfahrungen aus der Vergangenheit (zB Triple-Play; Kombipaket; Tik-Tak-Privat) gezeigt, dass eine (gänzliche) Deregulierung von TA nicht in Betracht kommen kann, zumal mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts hier nicht das Auslangen gefunden werden kann; die Verfahren sind zu lange und die Marktverzerrungen längst (und irreversibel) geschehen, bis die Entscheidungen der allgemeinen Wettbewerbsbehörden einem wettbewerbsverzerrenden Tarif Einhalt gebieten. Gerade im Bereich der Tarifgenehmigung hat die teilweise Deregulierung von TA durch Einführung eines Widerspruchsrechtes gegen angezeigte Entgelte durch den Bescheid M 3/06-64 nicht den gewünschten Erfolg gezeigt. In Hinblick darauf, dass die Einführung dieses Konzeptes als Evaluierungswerkzeug für künftige Regulierungsmaßnahmen zu sehen war, muss daher vielmehr überlegt werden den betreffenden Markt wieder stärker zu regulieren anstatt zu deregulieren (vgl. hierzu *Briglauer/Ertl*, Dynamische und marktespezifische Übergänge zwischen Ex-ante und Ex-post am Beispiel der Festnetzregulierung, NR 3/2007, S 103ff insb S 109), anderenfalls die Behörde einen Anreiz zu antikompetitivem Verhalten von TA schafft und eine Remonopolisierung von TA droht (vgl hierzu auch die Stellungnahme der Tele2 vom 29.1.2009).
- 1.4 Die konkreten Unterschiede der Wettbewerbssituationen zwischen definierten SMP-Märkten und Nicht-SMP-Märkten sind graduell und nicht prinzipiell. Würde man dem formalistischen Zugang des vorliegenden Entwurfes folgen, dass mangels Marktdefinition im Zuge als Voraussetzung einer Deregulierung keine Wettbewerbsprobleme zu prüfen sind, dann wäre etwa auch in jenen Fällen, in denen ein vormals reguliertes Unternehmen aufgrund von Formalfehlern der Behörde bei der Erlassung von Bescheiden in die Angemessenheitsregulierung rutscht, den zweifellos bestehenden Wettbewerbsproblemen



ebenfalls keine Beachtung zu schenken. Soweit ist aber auch die TKK selbst in den derzeit noch laufenden Zusammenschaltungsverfahren zur Mobilterminierung (Z 9/05-210, Z 8/06-72, Z 18/06-111, Z 20/06-120, Z 21/06-115, Z 2/07-47, Z 11/05-213, Z 19/06-132, Z 9/06-60, Z 12/07-45) nicht gegangen (amtsbekannt).

- 1.5 Selbst die EK geht ausdrücklich und unter Hinweis auf die entsprechenden Quellen des Gemeinschaftsrechts davon aus (Konsultationstellungnahmen der EK vom 19.11.2008 zu den Maßnahmenentwürfen zu Z 1/08 und Z 2/08, Fußnote 5), dass auch Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht in angemessenen Fällen spezifische Verpflichtungen auferlegt werden können, solange diese objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sind. Zumindest nach diesem aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Kriterienkatalog wäre wohl auch die Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen zu prüfen und zu rechtfertigen.
- 1.6 Auch die von der Behörde angenommene "planwidrige Lücke" (Entwurf, S 4) liegt nicht vor. De lege lata kann die Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen nur in einem Marktanalyseverfahren erfolgen. Zur Aufhebung spezifischer Verpflichtungen steht aber aus gutem Grund nur das Regime des § 37 Abs. 3 TKG 2003 zur Verfügung, wonach eine solche Aufhebung zunächst die Feststellung effektiven Wettbewerbes erfordert. Eine solche Feststellung setzt aber zwingend eine Prüfung auf das Bestehen von Wettbewerbsproblemen voraus, was die Behörde hier bislang unterlassen hat. Der Größenschluss der Behörde (Entwurf, Seite 4) geht unzulässig davon aus, dass effektiver Wettbewerb umso mehr vorliegen muss, wenn gar kein Markt definiert ist. Die Marktdefinition per se gibt ja noch keinen Aufschluss darüber, ob auf einem Markt Wettbewerbsprobleme bestehen und selbst wenn konkrete Wettbewerbsprobleme bestehen, würde de lege lata kein Markt definiert, wenn auch nur eines der beiden anderen kumulativ verlangten Kriterien nicht vorliegt. Aus dem Fehlen der Marktdefinition lässt sich daher schließen, dass jemand zur Auffassung gelangt ist, dass die drei Kriterien nicht kumulativ vorliegen, über das konkrete Vorliegen von Wettbewerbsproblemen (die immerhin vor gar nicht allzu langer Zeit zur Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen geführt haben) lässt sich daraus aber nichts gewinnen.
- 1.7 Die sozusagen implizite Analyse – oder besser gesagt die Nicht-Analyse – eines allfälligen Bestehens von Wettbewerbsproblemen führt also zu einer unzulässigen und letztlich fatalen Vermischung von Marktdefinition und Marktanalyse unter Einschränkung des Rechtsschutzes der Mitbewerber. Es würde nämlich die Aufhebung spezifischer Verpflichtungen faktisch in das Marktdefinitionsverfahren und somit in die Kompetenz der dafür gar nicht zuständigen Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH verschoben, zumal sich



die TKK offensichtlich materiell gar nicht mehr mit Bestand oder Aufhebung spezifischer Verpflichtungen auseinandersetzt. Erschwerend tritt hinzu, dass damit Mitbewerbern das Parteienrecht und der Rechtsschutz im Marktanalyseverfahren genommen würde, da diesen im Verfahren nach § 37 Abs 3 TKG 2003 keine Möglichkeit zur Erörterung der Frage des Bestehens von Wettbewerbsproblemen offen steht und da gegen einen zu erlassenden Einstellungsbeschluss (welcher eine Entscheidung iSd Art 4 Abs 1 Rahmen-RL darstellt) de lege lata kein Rechtsbehelf besteht.

Würde die Behörde eine eingehende Prüfung bestehender Wettbewerbsprobleme vornehmen, müsste sie zu einer anderslautenden Entscheidung gelangen, insbesondere, dass eine weitere Deregulierung von TA auf dem verfahrensgegenständlichen Markt nicht in Frage kommt. Andernfalls kann die marktführende TA im Konzernverbund mit der ebenfalls marktführenden mobilkom unbeschränkt mit entsprechenden Kombiangeboten im Markt agieren und diesen zu ihren Gunsten verzerren.

2. Marktanalyse zu M 3/06-64

Der guten Ordnung halber weist H3G darauf hin, dass ihr zumindest nachträglich Parteistellung im Verfahren M 3/06 zu gewähren ist und beantragt daher die Zustellung des Bescheides GZ M 3/06-64 sowie die ehest mögliche Gewährung der Akteneinsicht in die entsprechenden Verfahrensakten und Gutachten, um die weitere Berechtigung der seinerzeit auferlegten spezifischen Verpflichtungen vollinhaltlich beurteilen zu können.

3. Anträge

Unter Verweis auf die obigen Ausführungen stellt die Einschreiterin in Ansehung der hier mangels Einleitung des Verfahrens über Antrag einer Partei nicht bestehenden Beschränkung des § 128 Abs 3 TKG 2003 den

Antrag,

- 3.1 die TKK möge von der im Entwurf zu M 9/09 vom 09.02.2009 vorgeschlagenen Deregulierung der Telekom Austria TA AG Abstand nehmen und die bestehenden spezifischen Verpflichtungen nicht aufheben; und
- 3.2 die TKK möge der Hutchison 3G Austria GmbH volle Einsicht in die Verfahrensakten zu M 3/06 gewähren sowie ihr den dieses Verfahren abschließenden Bescheid als Partei zustellen.

Wien, am 3.3.2009

Hutchison 3G Austria GmbH



Fax

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Seilergasse 16
1010 Wien

T+43 1 515 15 0

F+43 1 512 63 94

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DVR 0114383

VON Dr. Bertram Burtscher

Direkt T+43 1 515 15 119

Direkt F+43 1 515 15 419

E bertram.burtscher@freshfields.com

DATUM Wien, 3. März 2009

UNSER ZEICHEN 126460-0088

DOK NR DAC4925894/1+

SEITEN 6

NAME, FIRMA	ORT	FAX
AN Telekom-Control-Kommission z.Hd. Herrn Dr. Georg Serentschy	Wien	01/ 58 0 58 9191

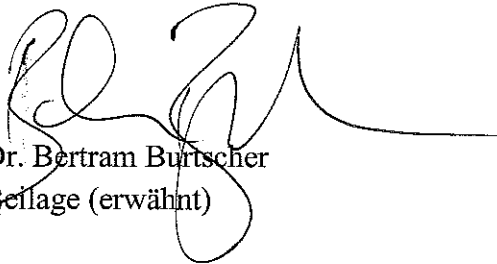
Dieses Telefax enthält vertrauliche Informationen. Bitte benachrichtigen Sie uns umgehend, falls Sie nicht der beabsichtigte Empfänger sein sollten. Das Telefax darf in diesem Falle weder vervielfältigt noch auf andere Weise verwendet werden.

Stellungnahme iS M 9/09

Sehr geehrter Herr Dr. Serentschy,

In der Anlage übermitteln wir vorab per Telefax einen Schriftsatz unserer Mandantin Hutchison 3G Austria GmbH in obigen Rechtsangelegenheiten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Bertram Burtscher
Beilage (erwähnt)

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.

Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

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

* * * SENDEBERICHT (3. MÄR. 2009 21:49) * * *

FAX HEADER:

GESENDET/ABGESPEICHERT : 3. MÄR. 2009 21:46

DAT. MODUS	OPTION	ADRESSE	ERGEBN.	SEITE
242	SPEICHER SENDEN	0580589191	OK	6/6

FEHLERURSACHE
 E-1) ÜBERTRAGUNGSFEHLER
 E-3) KEINE ANTWORT

E-2) BESETZT
 E-4) KEINE FAX-VERBINDUNG

**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER**

Fax

VON **Dr. Bertram Burtscher**

Direkt T+43 1 515 15 119

Direkt F+43 1 515 15 419

E bertram.burtscher@freshfields.comDATUM **Wien, 3. März 2009**UNSER ZEICHEN **126460-0088**DOK NR **DAC4925894/1+**SEITEN **6**

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

Seilergasse 16

1010 Wien

T+43 1 515 15 0

F+43 1 512 63 94

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DVR 0114383

NAME FIRMA	ORT	FAX
AN Telekom-Control-Kommission z.Hd. Herrn Dr. Georg Serentschy	Wien	01/58 0 58 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.

Stellungnahme iS M 9/09

Sehr geehrter Herr Dr. Serentschy,

In der Anlage übermitteln wir vorab per Telefax einen Schriftsatz unserer Mandantin Hutchison 3G Austria GmbH in obigen Rechtsangelegenheiten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Bertram Burtscher
Beilage (erwähnt)

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit dem Sitz in 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, England, registriert beim Companies House, Registrar of Companies for England and Wales unter der Company Number OC334789. Sie wird von der Solicitors Regulation Authority beaufsichtigt. Die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien ist im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien unter FN 311246 s eingetragen.

Eine Liste der Gesellschafter von Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (und der Personen, die nicht Gesellschafter der LLP sind, aber ebenfalls als „Partner“ bezeichnet werden) und ihrer jeweiligen Qualifikationen ist an ihrem Sitz erhältlich. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.freshfields.com/support/legalnotice.

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