


**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER**
**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP**

**Per Einschreiben  
(vorab per Telefax)**

**Telekom-Control-Kommission  
Mariahilferstrasse 77-79  
1060 Wien**

**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 Zoni  
Dr Christof Pöschhacker, MCL  
Dr Stefan Köck, LL M  
Mag Dr Axel Reidinger, 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-Majid  
DDr Martina Antal  
Dr Stephan Paschinger, LL M  
Dr Christian W Konrad, LL M  
Dr Mario Zieger

Mag Ulrike Sehrschrön  
Dr Philipp Maier, LL M  
Dr Ulrich Tamböck, LL M  
Dr Michael Raninger, LL M  
Mag Alexander Operanyi, LL M  
Dr Florian Klimescha, LL M  
Dr Thomas Schobel, LL M  
Mag Dr Hans-Jörgen Aigner  
Dr Stephan Denk  
Dr Sabine Prossinger  
Als europäischer Rechtsanwalt in  
Österreich niedergelassen:  
Dr Artila 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 DAC4277934/8+  
UNSER ZEICHEN BB/ERL  
CLIENT MATTER NR 126460-0070  
DVR 0114383

**Z 2/08**

**Antragstellerin: 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. 51515-0  
RA-Code/R 149569

(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

**Antragsgegnerin: mobilkom austria AG  
Obere Donaustraße 29  
1020 Wien**

**STELLUNGNAHME**

**zum Maßnahmenentwurf Z 2/08-32 vom 13.10.2008**

**2-fach  
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 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](http://www.freshfields.com/support/legalnotice).

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

In der umseits bezeichneten Rechtssache erstattet Hutchison 3G Austria GmbH (*H3G*) durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter, die sich auf die erteilte Bevollmächtigung berufen<sup>1</sup>, im gegenständlichen Verfahren gegen die mobilkom austria AG (*mobilkom*) zum Maßnahmenentwurf Z 2/08-32 (*Entwurf*) vom 13.10.2008 in offener Frist an die Telekom-Control-Kommission (*TKK*) nachfolgende

### STELLUNGNAHME

#### 1. Zur Angemessenheitsregulierung

Im gegenständlichen Verfahren legt die TKK Entgelte nach dem Maßstab der Angemessenheit fest. Dabei ist nach Ansicht von H3G insbesondere folgendes wesentlich:

- 1.1 Das Regulierungsziel des § 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003 ist von der TKK auch auf Märkten zu beachten, für die keine Feststellung iSd § 37 Abs 1 TKG 2003 vorliegt. Insbesondere hat die TKK bei der Entgeltregulierung auch konkret bekannten Wettbewerbsproblemen entgegenzuwirken, die zwar nicht zur Begründung beträchtlicher Marktmacht iSd § 37 TKG 2003 führen, dennoch aber den Wettbewerb zwischen Betreibern stören. Allein der Umstand, dass für einen bestimmten Markt keine Feststellung iSd § 37 Abs 1 TKG 2003 erfolgt ist oder dass kein SMP-Markt für die gegenständliche Leistung definiert ist, enthebt die Behörde nicht ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht hinsichtlich bestehender Wettbewerbsprobleme – egal ob diese struktureller oder konkreter Natur sind.
- 1.2 Im Rahmen der Angemessenheitsregulierung hat die Behörde daher bestehende Wettbewerbsdefizite zu identifizieren und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgebotes des § 34 TKG 2003 Maßnahmen zur Beseitigung derselben zu setzen. Dazu hat die Behörde in Entsprechung ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht das Vorbringen der Parteien zu Wettbewerbsproblemen in der Sache zu prüfen und nach Maßgabe des § 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003 geeignete Maßnahmen zu ergreifen.
- 1.3 Auch wenn außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 37ff TKG 2003 die spezifischen Verpflichtungen gemäß § 38ff TKG 2003 nicht zur Verfügung stehen, so ist die TKK auch in diesem Bereich bei der Entgeltfestsetzung zumindest angehalten, iSd § 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003 ihren Ermessensspielraum bei der Angemessenheit restriktiv auszuüben und im möglichen Rahmen

---

<sup>1</sup> Mit Wirkung zum 1. Mai 2008 wurde der Geschäftsbetrieb von Freshfields Bruckhaus Deringer in die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP eingebracht, die nunmehr die Antragstellerin 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.



allfälligen Wettbewerbsproblemen (auch wenn diese nicht zur Begründung beträchtlicher Marktmacht hinreichen) zu begegnen. Dieser Verpflichtung kann sich die TKK nicht dadurch entledigen, dass sie die Prüfung auf das Vorliegen allfälliger Wettbewerbsprobleme trotz einschlägigen Parteienvorbringens unter Hinweis auf das Nichtvorliegen eines definierten SMP-Marktes unterlässt und davon ausgeht, dass *per definitionem* keinerlei Wettbewerbsprobleme vorliegen.

- 1.4 Auch eine Entgeltregulierung nach den Grundsätzen der Angemessenheit kommt nicht ohne konkrete und transparente Ermittlung der für die Leistung relevanten Kosten aus. Die tatsächlichen Kosten der Betreiber sind unter Berücksichtigung der aktuellen Sach- und Rechtslage zu ermitteln und der Entscheidung zugrunde zu legen.

## 2. Zum Entwurf im Detail

### 2.1 Fehlende Prüfung auf das Vorliegen von Wettbewerbsproblemen

Die Antragstellerin vertritt die Rechtsansicht, dass die TKK Wettbewerbsprobleme im Rahmen der Zusammenschaltung jedenfalls zu prüfen und zu berücksichtigen hat (siehe hierzu bereits Punkt 1.2). Dieser Ansicht vermag sich die TKK nicht anzuschließen und führt hierzu aus:

*"Der Umstand, dass die Zustellung von SMS keinem für Vorabregulierung in Betracht kommenden Markt zugerechnet wird, bedeutet, dass die drei Relevanzkriterien für die Festlegung der sektorspezifischen Märkte nicht (kumulativ) erfüllt sind (vgl. etwa Erwägungsgrund 5, Z 2 der neuen Märkteempfehlung).[...]"* (Entwurf, Seite 8)

*"Eingangs ist festzuhalten, dass Hutchison lediglich Thesen aufstellt (wie in ON 10, Punkte 3.2 und 4.6: „... Auch sind die bei der SMS-Terminierung auftretenden Wettbewerbsprobleme mit jenen auf dem Markt für die mobile Sprachterminierung durchaus vergleichbar...“, „ Die Wettbewerbsparameter [bei der SMS-Terminierung] sind jedenfalls dieselben wie bei der Anrufterminierung in Mobilfunknetze...“), die sie in weiterer Folge nicht begründen vermag. Im Besondern schafft es Hutchison nicht darzulegen, warum die Leistung der SMS-Terminierung weder aus Sicht der Europäischen Kommission, der RTR GmbH noch aus Sicht der meisten europäischen Regulierungsbehörden keine Leistung ist, für die eine ex-ante Regulierung wegen Vorliegens wettbewerblicher Probleme in Betracht zu ziehen ist. Für Zwecke dieses Verfahrens ist – entgegen der bloßen Behauptung der Hutchison (ON 10, Seite 12) – sehr wohl von Bedeutung, ob eine verfahrensgegenständliche Leistung*



*einem Markt iSd. Märkteempfehlung der Europäische Kommission bzw. der Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 zugerechnet werden kann oder nicht."*

*"[...] dass die Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund der dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen keine Notwendigkeit sieht, umfangreiche wettbewerbliche Untersuchungen vorzunehmen (vgl. dazu auch die Ausführungen unter Punkt 5.2.), weswegen sie den Amtssachverständigen keinen Auftrag zur Durchführung einer Marktuntersuchung bzw. Marktanalyse in vollem Umfang erteilt hat und zum Anderen, dass die Amtssachverständigen zusammengefasst (ON 13, 18a) keine Indizien für Wettbewerbsprobleme hinsichtlich der SMS-Terminierung sehen; dabei haben sie bedeutsame Unterschiede zur Leistung der Sprach-Terminierung herausgearbeitet und dargelegt, dass hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung andere wettbewerbliche Verhältnisse vorherrschen.[...]" (Entwurf, S 9, Hervorhebung H3G).*

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

- 2.1.1 Der Umstand, dass die "Zustellung von SMS keinem für Vorabregulierung in Betracht kommenden Markt zugerechnet wird" enthebt die Behörde aber nicht von ihrer amtswegigen Prüfungspflicht, bestehende Wettbewerbsprobleme zu identifizieren und diesen entgegenzuwirken.
- 2.1.2 Die Behörde hat eine Prüfung über bestehende Wettbewerbsprobleme (insbesondere der Wettbewerbsprobleme W2 und W3, siehe Stellungnahme vom 22.9.2008, S 6) erst gar nicht vorgenommen. Dies wurde auch von den Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 22.9.2008 bestätigt.
- 2.1.3 Würde man der Auffassung der Behörde folgen, dann wäre im Lichte der VwGH-Judikatur zur Rückwirkung der Marktanalyse 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 und vormals festgestellten Wettbewerbsproblemen keinerlei Beachtung zu schenken. Die Unterschiede zu weniger gravierenden Wettbewerbsproblemen auf nicht-SMP-Märkten sind graduell und nicht prinzipiell.
- 2.1.4 Aufgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, dass im Rahmen der Angemessenheitsregulierung keine eingehende Prüfung von Wettbewerbsproblemen zu erfolgen hat, unterlässt es die Behörde eine Prüfung von Wettbewerbsdefiziten vorzunehmen und diesbezügliche

Tatsachenfeststellungen zu treffen. Dies stellt einen sekundären Verfahrensmangel dar und belastet einen zu erlassenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes.

- 2.1.5 An anderer Stelle führt die Behörde aus (S 21), "*dass die Endkundenpreise für Mobilfunkdienstleistungen, wie auch die der gegenständlichen Leistung in den letzten Jahren deutlich gesunken sind*". Unter der Annahme dass die Vorleistungskosten weiterhin auf hohem Niveau bleiben, hätte die Behörde aber zur Auffassung gelangen müssen, dass die Gefahr einer Preis-Kostenschere besteht. Die Behörde zieht somit selbst ein mögliches Wettbewerbsproblem auf, unterlässt jedoch jegliche nähere Untersuchung hierzu.

## 2.2 Kein Widerspruch zum Konzept der Wettbewerbsregulierung

Im Entwurf (Seite 15) führt die TKK aus:

*"Diesem Konzept der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 widerspricht Hutchison insofern, als sie für jede einzelne Entscheidung der Telekom-Control-Kommission (nach §§ 48, 50 TKG 2003, zumindest in den derzeit parallel anhängigen Verfahren Z 1/08, Z 2/08) eine umfassende Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse fordert und damit das Wesen der ex-ante Regulierung iSd. §§ 36, 37 TKG 2003 negiert; die Ausführungen der Hutchison fortgesetzt, wäre somit keine Marktdefinition und Marktanalyse gemäß den Bestimmungen des §§ 36ff TKG 2003 (mehr) durchzuführen, sondern es wäre in jedem einzelnen Streitfall eine Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse vorzunehmen, um sodann angemessene, den wettbewerblichen Verhältnissen entsprechende Zusammenschaltungsbedingungen anzuordnen. Diesem Verständnis der sektorspezifischen Rechtsvorschriften kann sich die Telekom-Control-Kommission nicht anschließen, zumal auch der Richtlinien- bzw. Gesetzgeber für die Beilegung von Streitfällen eine kurze Frist vorsieht, in deren Rahmen bloß die wesentlichsten Ermittlungsschritte (und keine umfassende Marktuntersuchung) gesetzt werden können."*

Dazu ist auf die Ausführungen unter Punkt 1 oben zu verweisen.

## 3. Zur Asymmetrie der Verkehrsströme

- 3.1 In Bezug auf die von H3G in deren Stellungnahme vom 6.10.2008 vorgebrachten Asymmetrie der Verkehrsströme und der daraus folgenden Wettbewerbsverzerrungen führt die Behörde aus (Entwurf Seite 10):

*[...] Hierzu ist festzuhalten, dass die Ursache von Asymmetrien der SMS-Verkehrsflüsse nicht auf der Ebene der Vorleistungsentgelte gelegen sein muss, vielmehr ist diese von der konkreten Tarifgestaltung (wie flat-rate-ähnliche) Produkte) und des Markterfolges abhängig. So ergibt sich auch aus den Ausführungen der Hutchison (Stellungnahme vom 6.10.2008), dass sie auch gegenüber großen Betreibern (diesfalls T-Mobile) mit konkreten Maßnahmen (Tarifen) erfolgreich sein kann und das Verkehrsverhältnis beeinflussen konnte. Damit ist aber auch belegt, dass kein grundsätzliches Problem gegeben ist, welches Hutchison in ihrem wettbewerblichen Wirken hindert."*

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Asymmetrie der SMS-Verkehrsflüsse kein Resultant schlechter Tarifgestaltung der Antragstellerin ist. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Der Antragstellerin ist eine Beeinflussung der Verkehrsflüsse unter den gegebenen Marktverhältnissen nicht in signifikantem Umfang möglich. Galt aktenwidrig ist die Ausführung der Behörde, dass H3G selbst ausgeführt habe, gegenüber großen Betreibern (T-Mobile) erfolgreich sein und die Verkehrsflüsse beeinflussen zu können. H3G hat in ihrer Stellungnahme vom 6.10.2008 (Seite 9) genau das Gegenteil vorgebracht, nämlich, dass es die "Aktionen der großen Betreiber sind, die den Verkehrsfluss zu H3G als kleinstem Betreiber im Markt beeinflussen und nicht allfällige Preisoptionen der H3G". An dieser Stelle ist insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis der Verkehrsströme für die Verfahrensgegnerin mobilkom über Jahre weitgehend unverändert geblieben ist, was die These der TKK direkt widerlegt, dass es H3G in der Hand habe, auf eine Annäherung beider Verkehrsflüsse hinzuarbeiten (siehe Stellungnahme vom 6.10.2008, S 8f).

- 3.2 Die Behörde führt weiter aus (S 10): *"Aus dem alleinigen Umstand, dass sich die In/Out-Relation ggf. verschlechtert, kann daher kein Wettbewerbsproblem abgeleitet werden, vielmehr ist dies nicht zuletzt ein Spiegel wettbewerblicher Prozesse. Hutchison scheint die Ziele des TKG 2003 fehlzuinterpretieren: Der Schutz des „Wettbewerbs als Institution“, nicht jedoch eines einzelnen Wettbewerbers, der bereits seit vielen Jahren seine Dienste erbringt, ist Zielsetzung des sektorspezifischen Rechtsrahmens."*

*Vor diesem Hintergrund gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Überzeugung, dass keine wettbewerblichen Defizite hinsichtlich der verfahrensgenständlichen Leistung gegeben sind. Die zur Entscheidung angerufene Regulierungsbehörde hat entschieden, keine weiteren Ermittlungen hinsichtlich der wettbewerblichen Verhältnisse – wie von Hutchison in ON 19, Punkt 12.5 beantragt – zu führen."*



Dem ist mit dem Hinweis zu begegnen, dass es Aufgabe der TKK ist, Rahmenbedingungen zu schaffen in welchen ein Unternehmen in den Markt eintreten und auch unter fairen Bedingungen wachsen kann. Warum die Ziele des § 1 TKG 2003 nicht auch dem Schutz des einzelnen Wettbewerbers dienen sollen, bleibt unerfindlich. Auch ist es nicht Aufgabe der Antragstellerin Wettbewerbsprobleme im Detail darzulegen und nachzuweisen, sondern vielmehr hat die Behörde diese im Rahmen ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht und unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien festzustellen. Ein anderes Verständnis würde eine unzulässige Überwälzung der Ermittlungspflicht auf die Partei darstellen.

#### 4. Plausibilität der IC/IT-Billing Kosten

Im Verfahren hat H3G die Plausibilität der Daten zu den Kosten des IC/IT-Billing der mobilkom hinterfragt. Hierzu hält die Behörde fest (Seite 12):

*"Unter Punkt 3 releviert Hutchison die Plausibilität der Daten: So hätten die IT/IC-Billing Kosten der mobilkom hinterfragt werden müssen. Zu dieser Kritik haben die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Replik ausgeführt, dass die Herleitung dieser Kostenwerte bei den Betreibern vor Ort eingesehen und eine Konsistenzprüfung mit den Werten aus den Vorjahren vorgenommen wurde. Dabei waren insbesondere auch im Bereich der IT/IC-Kosten keine Unregelmäßigkeiten, auch nicht hinsichtlich ausländischer mobilkom-Töchter (wie von Hutchison gemutmaßt), zu erkennen. Der Vorwurf der mangelnden Plausibilität ist damit unhaltbar; so zeigt auch ein Vergleich der IT/IC-Billing-Kosten pro SMS nur mehr Unterschiede in der Höhe von etwa 20% auf. Inwieweit der Hinweis der Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 6.10.2008, dass die Bescheide, in deren Verfahren die Amtssachverständigen Einsicht in die Systeme der Betreiber genommen haben, aufgehoben worden sind, die Plausibilität der Ausführungen der Amtssachverständigen erschüttern soll, bleibt verborgen, zumal die IT-/IC-Kosten kein Grund der Bescheidaufhebungen war."*

Auch damit gelingt es der Behörde diese Kosten zu plausibilisieren:

- 4.1 Es bleibt nach wie vor offen, warum ein um ein Vielfaches höherer Kostenblock der mobilkom plausibel erscheinen soll.
- 4.2 Der Vergleich der IT/IC-Billing-Kosten pro SMS unsachlich ist, da die Menge der von mobilkom verarbeiteten SMS um einen Faktor 15,8 größer als jene der Antragstellerin ist. Unplausibel ist aber nicht der Vergleich der Stückkosten, sondern der Vergleich der absoluten Kosten. Die Kosten für IT/IC-Billing sind weitestgehend unabhängig von der Anzahl der verarbeiteten SMS. Damit ist es sachlich nicht gerechtfertigt, die Stückkosten in Relation zu setzen und die millionenschwere Diskrepanz der absoluten Kosten zu bagatellisieren.



- 4.3 Die Heranziehung von Kostendaten aus den Verfahren Z 12-24/06 widerspricht dem Gebot der Berücksichtigung der aktuellen Sach- und Rechtslage zumal die Daten schon in diesem Verfahren unplausibel waren (was die Antragstellerin auch schon damals vorgebracht hat).

## 5. Zur Reziprozität

Die Behörde legt die Entgelte zwischen den Parteien reziprok fest und begründet dies wie folgt (S 18):

*"Die Reziprozität der angeordneten Entgelte gründet auf den (diesbezüglich) unwidersprochenen Antrag der mobilkom (ON 16) sowie auf den Umstand, dass die Verfahrensparteien auch zuvor ihre SMS-Terminierungsentgelte auf einem symmetrischen Niveau vereinbart haben (ON 1). Auch der Antrag der Hutchison auf „Bill & Keep“ indiziert, dass Hutchison sich für ein „einheitliches Entgelt“ ausspricht."*

Dem ist folgendes entgegenzuhalten:

- 5.1 Der VwGH hat festgestellt, dass im Rahmen der Angemessenheitsregulierung auch die Kosten für die Leistung zu berücksichtigen sind (amtsbekannt). Die Amtssachverständigen haben im wirtschaftlichen Gutachten pro SMS Vollkosten für H3G in Höhe von 2,98 Cent und für mobilkom in Höhe von 0,98 Cent festgestellt (Gutachten; S 11). Eine Berücksichtigung der individuellen Kosten der Leistung der Terminierung einer SMS im Rahmen der Entgeltfestlegung ist nicht erkennbar.
- 5.2 Es ist in hohem Maß unsachlich, sich bei der Reziprozität auf den Antrag der H3G auf Bill&Keep zu beziehen und auf diese Weise eine scheinbar teilweise Entsprechung des Begehrens der Antragstellerin zu suggerieren. Den Amtssachverständigen muss sehr genau bewusst sein, dass das zentrale Element einer Bill&Keep-Regulierung gerade nicht die Gleichsetzung von Entgelten, sondern deren Festlegung auf dem niedrigst möglichen Niveau (nämlich bei „0“) ist, um den Wettbewerb von der von monopolistischen Strukturen geprägten Vorleistungsebene weg und hin auf die hoch kompetitive Retail-Ebene zu verlagern. Reziproke Entgelte auf einem weit über den Kosten liegenden Niveau haben regulatorisch überhaupt nichts mit einem Bill&Keep-Ansatz zu tun. Eine angemessene Entgeltanordnung muss daher entweder auf sehr niedrigem Niveau – wobei es dann auch unerheblich ist, ob die Entgelte reziprok oder differenziert sind – oder auf höherem Niveau angesetzt werden, dann jedoch unter angemessener Berücksichtigung der individuellen Kosten mit einer entsprechenden Spreizung.





## 6. Kein Marktpreis

Zur Festlegung der Entgeltes führt die Behörde weiters aus (§ 18) *"Darüber hinaus ist zu beachten, dass der von mobikom angebotene Wert mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern ohne regulatorische Intervention und in einem Umfeld ohne Wettbewerbsdefizite vereinbart wurde und somit als marktüblich bezeichnet werden kann. Hätten andere Kommunikationsnetzbetreiber (wie auch der von Hutchison erwähnte MVNO) diesen Wert als unangemessen angesehen, hätten sie ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 anstrengen, ihre Bedenken hinsichtlich dieses Wertes vortragen und ein anderes Entgelt beantragen können. Dass dies nicht geschehen ist, indiziert auch die Angemessenheit dieses Entgelte."*

Auch dieses Vorbringen ist verfehlt:

- 6.1 Der von mobikom angebotene Wert in Höhe von 3,88 Cent ist kein Marktpreis, sondern hat sich in einem von Wettbewerbsverzerrungen geprägten Umfeld entwickelt (siehe Stellungnahme vom 17.7.2008, S 12). So hält auch die Behörde unter Bezugnahme auf den Begriff der Angemessenheit fest, dass *"Im allgemeinen Wettbewerbsrecht [...] für marktbeherrschende Unternehmen eine genauere Determinierung des angemessenen Preises darin gesehen [wird], dass der angemessene Preis jener ist, der sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte – der so genannte „Als-ob-Wettbewerbspreis“.* (Hervorhebung H3G; Entwurf, Seite 16). mobikom ist selbstverständlich Monopolist auf dem Markt für SMS-Terminierung in ihr eigenes Netz. So sind die Wettbewerbsparameter für die Erbringung der Dienstleistung der SMS-Terminierung – ungeachtet dessen, wie die jeweiligen Märkte abgegrenzt sind – dieselben wie jene für die Erbringung der Dienstleistung der Anrufzustellung in Mobilfunknetze (vgl Europäische Kommission, MEMO/06/257, 29.06.2006): *"Each mobile network operator has a monopoly in terms of how it charges other operators for reaching its customers. This is as true for SMS termination as it is for the termination of voice calls. Since the termination charge is set by the called network, which is chosen by the called subscriber, the calling party in general is not able to affect or influence termination charges. As the market power is the same for both voice and SMS termination and as both services are sold as part of the same mobile cluster, both at retail and wholesale level, it seems appropriate to deal with them as part of a single termination market per operator."*
- 6.2 Auch der Umstand, dass kein andere Betreiber einen Antrag gestellt hat, ist kein Indiz für die Angemessenheit des Entgeltes, zumal dies unterschiedliche Ursachen haben kann. Viele Betreiber haben ja gerade gar kein Interesse daran, dass Vorleistungsentgelte an den Kosten orientiert werden und dass sich



diese Unternehmen stattdessen in einen scharfen Wettbewerbsumfeld (auf den Retail-Märkten) durchsetzen müssen.

## 7. Preisband und Ausreißer

Auch das Vorbringen der Behörde "*dass der angeordnete Wert von 3,88 in der Mitte des Preisbandes zu liegen kommt*" und deshalb angemessen sei (S 18 ) ist unrichtig, zumal die Behörde das von H3G mit Barablu Mobile Austria Limited (*Barablu*) vereinbarte Entgelt in Höhe von 1,4 Cent bei der Entgeltfestlegung nicht berücksichtigt hat. Die Begründung der Behörde, dass es sich hierbei um einen "*Ausreißer-Wert*" (S 17) handelt ist unzureichend. Hätte die Behörde auch dieses Entgelt berücksichtigt wäre sie zu einem weit niedrigeren Entgelt gelangt.

Die Verfahrensführung erübrigt sich ja gerade deshalb, weil ein Vertragsabschluss ohne Involvierung der Behörde möglich war. Warum sollte ein Betreiber dies tun, wenn der Marktpreis höher liegt? Außerdem ist das Vorbringen der Behörde in sich unschlüssig. H3G ist der erste Betreiber, der die seit Jahren überhöhte Entgeltfestsetzung angreift, weil der Spielraum für regulatorische Freiräume immer geringer wird und langfristiger Markterfolg nur in einem tatsächlich kompetitiven Umfeld möglich ist. Es grenzt an Ironie, wenn dieses Ansinnen und die entsprechende Verfahrensführung ausgerechnet von jener Behörde, die für die Sicherstellung des Wettbewerbs auf den TK-Märkten verantwortlich ist, als Außenseiter- bzw. Ausreißer-Thema bagatelisiert wird.

Die Behörde vermag nicht überzeugend darzulegen, warum das von H3G mit Barablu vereinbarte Entgelt kein relevanter Preispunkt ("*Ausreißer*") bei der Entgeltfestlegung sein soll. Große Betreiber (insbesondere mobilkom) mit hohem On-Net-Vorteil haben ein manifestes Interesse an hohen SMS-Terminierungsentgelten. Ein relevanter Preispunkt für die SMS-Preissetzung kann daher nur bei Betreibern zu finden sein, die ein mit großes Interesse an chancengleichem Wettbewerb haben (hier: H3G und Barablu als nunmehriger Neueinsteiger auf dem Markt). Bei Barablu und anderen, etwaig in den Markt eintretenden MVNOs werden die hier beschriebenen, strukturellen Wettbewerbsnachteile in noch schärferer Ausprägung auftreten als bei der Antragstellerin. Daher ist es wenig überraschend, dass gerade dieses Unternehmen sofort bereit war, bei einem deutlich niedrigeren Entgelt abzuschließen. Auch spielt es keine Rolle, dass "*dieses Unternehmen bislang noch nicht aktiv seine Dienste anbietet*" (Seite 17), da das Entgelt ja wie von der Behörde gefordert "*vereinbart*" wurde, ob es tatsächlich schon zur Verrechnung gelangt spielt jedoch keine Rolle.



## 8. Prognosen statt konkret vorhandener Daten

In Bezug auf die von H3G geäußerte Kritik (Stellungnahme vom 22.9.2008) auf Heranziehung von Prognosen aus dem Verfahren Z 12-24/06 führen die Amtssachverständigen aus wie folgt:

*"Zum Anderen haben die Amtssachverständigen dargelegt, dass von nur 0,0227% der Kosten für die SMS-Terminierung (im Netz der mobilkom) auszugehen ist: Selbst wenn die für diesen Teil der Berechnung zugrunde gelegten Datenvolumina falsch wären, ist die Wirkung auf das Ergebnis sehr gering. (Hervorhebung H3G)*

*Angesichts eines „maximalen Fehlers“ von 0,355% der im wirtschaftlichen Gutachten ermittelten K3-Kosten und der Tatsache, dass die Kosten bloß einen einzelnen Parameter für die Festlegung angemessener Entgelte darstellen, sieht die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung, weitere Ermittlungen aufzunehmen; auf § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG sowie § 121 Abs. 3 TKG 2003 wird verwiesen."*

Dieses Vorbringen vermag nicht zu überzeugen:

- 8.1 Die Prognosen stimmen bei weitem nicht mit der tatsächlichen Entwicklung im Jahr 2007 überein. So wurde (wie der TTK aus dem Verfahren zu Z 1/08 bekannt ist) für Ende 2008 prognostizierte Datenvolumen bereits im November 2007 erreicht. Es ist davon auszugehen, dass ähnliche Entwicklungen auch für mobilkom zutreffen (siehe schon Stellungnahme vom 6.10.2008, S 3). Solche Diskrepanzen dürfen vor dem Hintergrund des Gebotes der Berücksichtigung der aktuellen Sach- und Rechtslage keinesfalls unbeachtet bleiben.
- 8.2 Der hier monierte Fehler ist keinesfalls marginal. Es mag sein, dass "gänzlich falsche Datenvolumina" bei der Zuordnung der gesamten Netzkosten von geringer Relevanz sind, der gleiche Fehler wirkt sich jedoch bei den ungleich höheren K2- und K3-Kosten sehr viel stärker aus und führt zu einem in relevantem Ausmaß verzerrten Ergebnis. Davon, dass "die Wirkung für das Ergebnis sehr gering" ist, kann daher nicht gesprochen werden (siehe schon Stellungnahme vom 6.10.2008, S 3).

## 9. Zum Kartellrechtsverstoß

Nach Ansicht von H3G indiziert das Vorbringen der mobilkom, dass mit anderen Betreibern Entgelte für die SMS-Terminierung in ähnlicher Höhe festgelegt worden sind, eine abgestimmte Verhaltensweise bzw eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung iSd § 1 KartG 2005. Hierzu führt die TTK aus wie folgt (Seite 20):



*"Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Vorbringen nicht anzuschließen, da privatautonom vereinbarte Zusammenschaltungsbedingungen nicht per se gegen das Kartellverbot iSd. § 1 KartG 2005 verstoßen. Obige Ausführungen haben gezeigt, dass die Telekom-Control-Kommission Entgelte in der Höhe von Cent 3,88 bzw. 4,2 als marktüblich, angemessen und unter Zugrundelegung des Ramsey-Pricing-Prinzips auch als an den tatsächlichen Kosten orientiert ansieht. Diese Entgelte bewirken (oder gar bezwecken) keine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“, sondern sind Konditionen, die sich unter wettbewerblichen Bedingungen gebildet haben. Das Vorbringen der Hutchison konterkariert das Wesen des § 48 TKG 2003, demzufolge Bedingungen der Zusammenschaltung primär privatautonom vereinbart werden sollen.*

*Soweit Hutchison ihre Wettbewerbsposition bzw. die (A-)Symmetrie der Verkehrsflüsse (gegenüber mobilkom) thematisiert und daraus einen Tatbestand iSd. KartG 2005 herleiten möchte, ist wiederholt festzuhalten, dass die antragstellende Gesellschaft ihre Position nicht bloß auf die Höhe des Vorleistungsentgeltes zurückführen kann; vielmehr kommt es auf eine wohldurchdachte Tarifgestaltung an. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass durch Maßnahmen der Regulierung der Wettbewerb als Institution geschützt werden soll, nicht jedoch einzelne Wettbewerber.*

Wie die TKK darauf kommt, dass sich die Preise für die verfahrensgegenständliche Leistung bislang „unter wettbewerblichen Bedingungen“ gebildet haben, bleibt gänzlich offen. Soweit diese auf die Abwesenheit früherer Regulierungsverfahren gestützt wird, darf auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

#### 10. Offenlegung der Daten

Zu der von Hutchison beantragten Offenlegung weiterer Daten im Gutachten bringt die Behörde vor wie folgt (S 21):

*"Von einer weiteren Übermittlung von Daten betreffend Endkunden-Preise war nicht auszugehen, da die von Hutchison angesprochenen zu Grunde liegenden Daten nicht Eingang in die Entscheidung finden und damit keine Beweismittel darstellen; eine weitere Offenlegung von Daten ist damit nicht notwendig. Es kann jedoch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass die Endkundenpreise für Mobilfunkdienstleistungen, wie auch die der gegenständlichen Leistung in den letzten Jahren deutlich gesunken sind, was von Hutchison in ihrer Stellungnahme im Grundsatz nicht bestritten wird.*

*Auch hat die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung gesehen, die Daten, die Mobilkom auf der Grundlage einer Aufforderung der Amtssachverständigen zur Erstellung des wirtschaftlichen Gutachtens (mit Schreiben vom 23.6.2008) übermittelt hat, in dieser Form an die Verfahrensgegnerin zu übermitteln, da diese Daten in*



*weiterer Folge ohnehin Eingang in das wirtschaftliche Gutachten gefunden haben. Dieses Gutachten wurde samt den zu Grunde liegenden Daten und Berechnungen (die Excel-Daten wurden in elektronisch weiterverarbeitbarer Form übermittelt) auch an Hutchison gemäß § 45 Abs. 3 AVG übermittelt. Dieses Gutachten (samt der in weiterer Folge des Verfahrens erstellten gutachterlichen Replik) stellt die Grundlage der Feststellungen dar, womit Hutchison auch Einblick in die Daten der Mobilkom erhalten hat. „Geheime Beweismittel“ liegen damit nicht vor“*

Dieses Vorbringen der Behörde ist in sich widersprüchlich und bestätigt die Bedenken der Antragstellerin. Wenn die Daten *"ohnein Eingang in das wirtschaftliche Gutachten gefunden haben"*, lässt sich nicht nachvollziehen, warum sie für die Entscheidung, die ja ganz maßgeblich auf dem Gutachten beruht, ohne Bedeutung wären. Mit diesem Verständnis könnte das Verbot geheimer Beweismittel sehr leicht durch "Zwischenschaltung" eines Gutachtens generell ausgehebelt werden.

## **11. Zum internationalen Preisvergleich**

Zu dem von der Behörde vorgenommenen internationalen Preisvergleich mit internationalen SMS Terminierungsentgelten (§ 7) ist festzuhalten,

- 11.1 dass ein derartiger Vergleich schon deswegen ungeeignet ist, weil gerade der österreichische Markt besonders kompetitiv ist, und sich mit Marktverhältnissen in anderen Mitgliedstaaten nicht vergleichen lässt;
- 11.2 dass die vereinbarten Entgelte anderer (internationaler) Betreiber nicht als Benchmark dienen können, ohne die Rechtmäßigkeit des bei den Vergleichsbetreibern verrechneten Entgeltes zu prüfen. Überhöhte Entgelte von Referenzbetreibern würden in Fehlerfortpflanzung auf den österreichischen Markt durchschlagen;
- 11.3 dass die Behörde, soweit sie bei der Entgeltfestlegung auch internationale SMS-Entgelte berücksichtigt, hierbei auch die Überlegungen der Europäischen Kommission zu berücksichtigen hat, dass die Roaming-Entgelte für SMS in Europa im Endkundenbereich viel zu hoch sind und – wie vormals im Bereich der Roamingregulierung für Sprachtelefonie – eindeutige Bestrebungen zur Senkung dieser Entgelte angekündigt hat. Zu hohe Endkundenentgelte stehen in direkten Zusammenhang mit zu hohen Entgelten auf der Wholesaleebene;
- 11.4 dass der internationale Vergleich der Amtssachverständigen nicht repräsentativ ist, weil große europäische Telekommunikationsmärkte (zB Italien) nicht berücksichtigt sind. Eine nicht repräsentative Auswahl von Ländern kann keine Grundlage für einen hier relevanten Benchmark darstellen.



## 12. Keine Grundlage für Ramsey-Pricing

Die Behörde stützt sich in ihrer Entgeltfestlegung auf Ramsey-Pricing und stellt hierzu fest (S 19):

*"Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission bei ihrer Entscheidung auch zu berücksichtigen hat, dass die Verfahrensparteien Mehrproduktunternehmen sind, die eine Vielzahl an Leistungen im Verbund produzieren, und diese auf unterschiedlichen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen vertreiben. Ein gewinnmaximierender Betreiber wird Fixkosten (Gemeinkosten und gemeinsame Kosten) nach dem (wohlfahrtseffizienten) Ramsey-Prinzip auf die einzelnen Produkte bzw. Märkte aufteilen: Leistungen, die auf einem Markt verkauft werden, dessen Nachfrage sehr elastisch ist, tragen einen geringeren Teil der Fixkosten, wohingegen Leistungen auf Märkten mit unelastischer Nachfrage einen höheren Teil tragen. Insofern erscheinen frei vereinbarte Entgelte für Leistungen, in deren Zusammenhang keine wettbewerblichen Defizite festgestellt wurden, als im Einklang mit Ramsey Pricing zu stehen, weswegen auch spruchgemäß angeordnet wurde."*

Ein Rückgriff auf Ramsey-Pricing erscheint schon deshalb unzulässig, weil die Behörde selbst feststellt (S 7), dass *"Die Anwendung dieses Prinzips [...] zahlreiche Informationen (Schätzung von Elastizitäten und Superelastizitäten) [erfordert], die jedoch für die Regulierungsbehörde nicht in einem ausreichenden Maß vorliegen"*. Dies wurde auch von den Amtssachverständigen im Rahmen der Anhörung vom 22.9.2008 bestätigt.

Außerdem fehlt jegliche Begründung der Amtssachverständigen, ob wesentliche Kostenblöcke aus regulierten Märkten nach dem Ramsey-Pricing überhaupt auf nicht SMP-regulierte Märkte verlagert werden können.

## 13. Berücksichtigung von SPAM

Zur Rechtfertigung des Entgeltes verweist die TTK auch auf die SPAM Problematik:

*"Preise haben unter anderem eine „Zuteilungsfunktion“: Ein positiver Preis stellt sicher, dass die Ressource nicht zu intensiv genutzt wird und es damit zu Fehlallokationen kommt. Als solche sind SPAM-SMS, jedenfalls aus Sicht des Empfängers (und damit auch seines Netzbetreibers), zu bezeichnen, steht doch den positiven Produktionskosten ein negativer Nutzen gegenüber. SMS-Terminierungsentgelte sind ein mit der Wettbewerbsordnung im Einklang stehendes wirkungsvolles ökonomisches Instrument, dieser Fehlallokation zu begegnen und die Menge an SPAM-SMS einzuschränken. (S 7).*



*"Weiters ist festzuhalten, dass ein positives Entgelt für die Zustellung einer SMS einen Beitrag leisten kann, dass Spam-SMS hintangehalten werden und es damit zu keiner Fehlallokation bzw. einer zu intensiven Nutzung von Ressourcen kommt. Auch wenn es unter Umständen andere Möglichkeiten gibt, Spam-SMS zu verhindern (wie etwa durch eine vertragliche Vereinbarung; vgl. die Ausführungen der Hutchison in ON 10), ist ein Entgelt über Cent 0 – es kann dahingestellt bleiben, wie hoch ein Entgelt für eine SMS sein muss – ein erprobtes Mittel, um Spam-SMS weitestgehend hintanzuhalten (vgl. dazu auch mobilkom in ON 8, Punkt 3.1), weswegen die Telekom-Control-Kommission auch dem Begehren der Hutchison auf Anordnung von „Bill & Keep“ nicht zu folgen vermochte." (S 19)*

Die Antragstellerin hat bereits umfassend vorgebracht (Schriftsatz vom 17.7.2008, Seite 8), dass die SPAM-Problematik mangels Relevanz in der hier konkret verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsbeziehung nicht zu berücksichtigen ist. Selbst wenn man dennoch von der grundsätzlichen Relevanz der SPAM-Thematik ausgehen wollte, wäre zu begründen, wie hoch ein Entgelt sein muss, um dieser Problematik entsprechend Rechnung zu tragen bzw. welche Alternativen zu einer Regelung über die Festlegung eines Entgeltes denkbar sind. Selbst wenn SPAM-SMS durch Entgeltfestlegung auf der Vorleistungsebene eingedämmt werden könnten, rechtfertigt dies keines falls jedes beliebige Entgelt und schon gar nicht ein weit über den Kosten liegendes Entgelt. Insofern vermag die gesamte Ausführung der TKK zur SPAM-Thematik keinerlei Beitrag zur Rechtfertigung der Entgelthöhe zu leisten.

Ergänzend ist hierzu auszuführen, dass die Behörde soweit sie "SPAM als Externalität" berücksichtigt auch das Vorbringen der Antragstellerin zu den Anrufexternalitäten einer SMS (Schriftsatz vom 17.7.2008, Seite 6 ) zu berücksichtigen hätte. So darf bei der Festlegung der Terminierungsentgelte für SMS im Mobilfunknetz nicht außer Acht gelassen werden, dass auch der Empfänger in vielen Fällen einen gewissen Nutzen aus einer zugestellten SMS erzielt und der aus ökonomischer Sicht korrekte Preis für die Terminierungsleistung einer SMS im Mobilfunknetz daher diese Externalität (den erwarteten Nutzengewinn des Empfängers) nach unten zu korrigieren und zu berücksichtigen ist.

#### 14. Geringere Elastizität bei SMS?

Wenn die Behörde feststellt *"Auch unterscheiden sich die Leistungen der Mobil-Terminierung und der Terminierung von SMS hinsichtlich ihrer Nachfragefunktionen erheblich, was deutliche Auswirkungen auf die Umlegung von Fixkosten nach dem Ramsey-Pricing-Prinzip hat (vgl. ON 13, 18a)." (Seite 17)* bringt sie damit zum Ausdruck, dass SMS eine geringere Elastizität als Sprache hat. Das muss ernsthaft bezweifelt werden und lässt sich durch folgenden Ausführungen des Telekom-Monitors für das 2. Quartal 2008 belegen (S 21): *"Bis zum 4. Quartal 2005 lagen die Wachstumsraten (eines Quartals im Vergleich zum korrespondierenden Quartal des Vor-*



*jahres) von SMS-Diensten immer deutlich unter jenen für Gesprächsminuten. Mit Beginn des Jahres 2006 hat sich diese Entwicklung umgedreht. Seit 2006 nimmt der Konsum von SMS-Diensten deutlich stärker zu als jener von Sprachtelefoniediensten. Im zweiten Halbjahr 2007 wurden um fast 62 % mehr SMS versandt als im Vergleichszeitraum des Jahres 2006 und mehr als doppelt so viele wie im Vergleichszeitraum des Jahres 2005. Der Hauptgrund für diesen starken Anstieg in den letzten Quartalen ist – wie auch beim Minutenwachstum – die Einführung von Pauschaltarifen bei SMS. [...] Im 4. Quartal 2007 ist die Anzahl an versendeten SMS weiterhin stark ansteigend, es werden erstmals mehr als 1 Mrd. SMS versandt".*

Wien, am 7. November 2008

Hutchison 3G Austria GmbH