



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

RECHTSANWÄLTE

em. Dr Heinz H Löber, MCJ	Dr Ulrich Tauböck, LL M
DDr Georg Bahn	Dr Michael Raninger, LL M
Dr Günther J Horvath, MCJ	Mag Alexander Operenyi, LL M
Mag Dr Willibald Plesser	Dr Florian Klimscha, LL M
Dr Maria Th Pflügl	Mag Dr Hans-Jörgen Aigner
Mag Dr Thomas Zottl	Dr Stephan Denk
Dr Christof Pöchhacker, MCL	Dr Sabine Prossinger
Dr Stefan Köck, LL M	Mag Astrid Paiser, LL M
Mag Dr Axel Reidlinger, LL M	Dr Heinrich Kühnert, MJur
Dr Michael Sedlacek	Mag Dr Nidal Karaman
Dr Thomas Kustor, LL M	Mag Dr Michal Dobrowolski
Dr Friedrich Jergitsch	Als europäischer Rechtsanwalt in
Mag Dr Bertram Burtscher	Österreich niedergelassen:
Dr Konrad Gröller	Dr Attila K Csongrády, LL M, MSc
Dr Alfred Zehner, LL M	Solicitor, England und Wales
Dr Herbert Buzanich, LL M	In Österreich nicht als
Dr Farid Sigari-Majd	Rechtsanwälte zugelassen:
DDr Martina Antal	Jenny W T Power, JD
Dr Stephan Pachinger, LL M	zugelassen in Florida, USA
Dr Christian W Konrad, LL M	Univ Prof Dr Claus Staringer
Dr Mario Züger	Steuerberater
Mag Ulrike Sehrschön	
Dr Philipp Maier, LL M	

Mit E-Mail
(konsultationen@rtr.at)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

Seilergasse 16
1010 Wien
T+ 43 1 515 15 0
F+ 43 1 512 63 94
E bertram.burtscher@freshfields.com
W freshfieldsbruckhausderinger.com

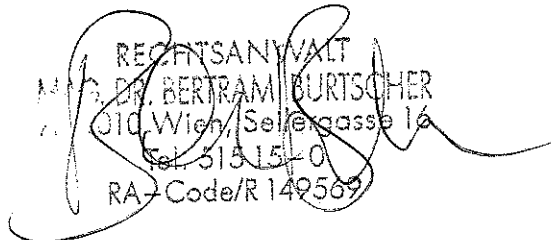
Einschreiterin: Hutchison 3G Austria GmbH
Gasometer C
Guglgasse 12/10/3
1110 Wien

DOK NR DAC5303694/6
UNSER ZEICHEN BB
CLIENT MATTER NR 126460-0079
DVR 0114383

GZ: M 1/08

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515 15 10
RA-Code/R 149569



(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

STELLUNGNAHME GEMÄSS § 128 ABS 1 TKG 2003

einfach

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 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 umseits rubrizierter Rechtssache erstattet die Einschreiterin durch ihre ausgewiesenen Vertreter¹ im Verfahren zu GZ M 1/08 zu den bis auf die Bescheidadressaten im Wesentlichen wortgleichen Maßnahmenentwürfen der Telekom-Control-Kommission (**TKK**) vom 21.4.2009 mit den GZ M 1/08-255 bis -258 (*Entwurf*) nachstehende

STELLUNGNAHME

Der Entwurf regelt die spezifischen Verpflichtungen für die Einschreiterin (**H3G**), T-Mobile Austria GmbH (**T-Mobile**), mobilkom austria AG (**mobilkom**) und für Orange Austria Telecommunication GmbH (**Orange**) auf den Vorleistungsmärkten für die Terminierung in deren individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze iSd § 1 Z 9 TKMV 2008.

1. Grundsätzlich positive Bewertung des Entwurfs

H3G begrüßt die entschlossene Herangehensweise der TKK, die im Sinne des gesetzlichen Regulierungsauftrages zu nachhaltig chancengleichem und effektivem Wettbewerb führen wird. Jedenfalls ab Erreichung des Zielniveaus ist davon auszugehen, dass auch später in den Markt eingetretene Betreiber eine signifikante Entlastung von Wettbewerbsnachteilen auf den Vorleistungsmärkten erfahren werden, die letztlich auch zu einer Absicherung des Wettbewerbs auf den Retailmärkten führen wird.

2. H3G als Referenzbetreiber

Im Verfahren wurde seitens mobilkom, T-Mobile und Orange wiederholt kritisiert, dass H3G als reiner 3G-Betreiber den Benchmark für die Ermittlung des LRAIC-basierten Entgeltes vorgeben kann. Dem kann sich H3G nicht anschließen und vertritt diesbezüglich die Ansicht der TKK. Die diesbezügliche Beantwortung der Frage der Europäischen Kommission (**EK**) vom 7. Mai 2009 durch die TKK vom 12. Mai 2009 geht darauf in Punkt d ausführlich ein. In Hinblick auf die kürzlich veröffentlichte *Commission Recommendation of 7.5.2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU (Recommendation)* legt H3G in diesem Zusammenhang auch noch Wert auf nachstehende Ergänzung zu den Ausführungen der TKK in der Fragebeantwortung:

Die Festlegungen im Entwurf stellen – wie die TKK mehrfach und zutreffend im Entwurf ausführt – eine Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers dar, die nicht zuletzt aus Gründen der Verfahrenseffizienz gewählt wird. Schon aufgrund der insbesondere aus der Sicht des Endkunden bestehenden Technologieneutralität

¹ Mit Wirkung zum 1. Mai 2008 wurde der Geschäftsbetrieb von Freshfields Bruckhaus Deringer in die Freshfields Bruckhaus Deringer LLP eingebracht, die nunmehr die beschwerdeführende Gesellschaft 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.



und Homogenität der Sprachterminierungsleistung erscheint eine Differenzierung nach Art des für die Leistungserbringung verwendeten Netzes nicht zielführend.

Selbst die Recommendation stellt auf einen kombinierten 2G/3G-Ansatz nur iZm der als Leitmodell zu wählenden Bottom-up Kostenrechnung ab, die zudem unter dem Gesichtspunkt des "pure LRIC" Kostenrechnungsmaßstabes und unter konsequenter Verfolgung eines "avoidable cost"-Ansatzes zu erstellen wäre. Im Gegensatz dazu stellt die TKK bei der Entgeltermittlung hier ohnedies auf ein "betreiberfreundliches" Top-down-Kostenrechnungsmodell auf LRAIC-Basis ab. Darin liegt bereits ein in Hinblick auf die eigentlich gebotene Beseitigung von Wettbewerbsproblemen kritisch zu hinterfragender Kompromiss.

Nicht außer Acht gelassen werden darf auch der Umstand, dass natürlich auch H3G als Referenzbetreiber teilweise auf 2G Infrastruktur zurückgreift, die zu marktüblichen und nicht regulierten Konditionen eingekauft wird. Es ist also schon dem Grund nach verfehlt, von H3G – aus kostenrechnerischer Sicht – von einem reinen 3G Betreiber zu sprechen. Die implizite Berücksichtigung von 2G-Kosten auch beim nunmehrigen Referenzbetreiber H3G erfährt zudem eine noch stärkere Gewichtung, weil die TKK trotz entsprechendem Vorbringen durch die Einschreiterin den mittlerweile deutlich gesunkenen Tarif für National Roaming in der Kostenrechnung unberücksichtigt gelassen hat.

3. Kostendeckende Entgelte

Die TKK rechtfertigt auf Seite 75 des Entwurfes die teilweise Kostenunterdeckung ab 2010, die von den betroffenen Betreibern schon im Verfahren heftig kritisiert wurde. H3G hat diesen Ansatz einer konsequenten Heranführung der Entgelte an die Kosten eines effizienten Betreibers schon zu einer Zeit unterstützt, als sie – bei konsequenter Umsetzung ohne Gleitpfad – selbst in eine Kostenunterdeckung geraten wäre und hält diesen Zugang nach wie vor für richtig. Weiter unterstützt wird die schlüssige Begründung der TKK durch die Recommendation, in deren Punkt 10 die Möglichkeit, höhere Kosten als jene der effizienten Leistungsbereitstellung längstens über einen Zeitraum von 4 Jahren ab Markteintritt – und auch das nur bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – vorgesehen ist.

4. Zur Kostenentwicklung für das Jahr 2010

Auf Seite 34 des Entwurfs stellt die TKK nachvollziehbar dar, warum die Kosten trotz steigender Mengen von 2009 unverändert in das Jahr 2010 fortgeschrieben werden. H3G kann aus eigener Erfahrung bestätigen, dass die Kostenentwicklung aus den von der TKK genannten Gründen (Sourcing-Maßnahmen, Investitionszyklen etc.) aber auch mit Blick auf die Wahl anderer Hersteller mit teilweise erheblich niedrigeren Preisen betreiberseitig beeinflussbar ist.



Konkret hat auch H3G im Budget für das Jahr 2010 die hier relevanten Kosten in derselben Größenordnung angesetzt, wie es die Amtssachverständigen im wirtschaftlichen Gutachten im Rahmen der Fortschreibung der Kosten aus 2009 getan haben.

Selbst wenn es dabei zu geringfügigen Abweichungen kommen sollte, wäre das von nachgelagerter Relevanz, weil diese Schwankungen aufgrund des hohen Datenanteils bei den ermittelten Kosten nicht ins Gewicht fallen würden. Berücksichtigungswürdige Abweichungen von dem auch in der Fragebeantwortung der TKK vom 12.5.2009 schlüssig dargestellten funktionalen Zusammenhang der Kostendegression aufgrund von "*economies of scale and scope*" ergeben sich daraus nicht.

5. Verhältnismäßigkeit des Gleitpfades?

Unterstreichen möchte die Einschreiterin die Analyse der TKK auf Seite 74 des Entwurfs, wonach selbst symmetrische Entgelte erst dann in der Lage sind, allokativen Verzerrungen iSd gesetzlichen Auftrages Rechnung zu tragen, wenn diese auf dem Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung angeordnet werden. Obwohl also der Startwert von €Cent 4,50 symmetrisch für alle Betreiber zur Anwendung kommen soll, ist noch erheblicher Handlungsbedarf gegeben.

Daher nimmt die Einschreiterin auch mit einiger Verwunderung die Begründung der TKK im Entwurf zur Kenntnis, warum das Zielniveau über einen Gleitpfad erreicht werden muss, anstatt dem gesetzlichen Auftrag in direkter Anordnung der Entgelte auf dem Niveau der Kosten eines effizienten Betreibers zu begegnen. Die auf den Seiten 73 und 74 des Entwurfs vorgenommene Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen dem Gleitpfad und der direkten Absenkung beschränkt sich auf folgende, seit nunmehr einem halben Jahrzehnt bekannte Argumente:

- a) ein Gleitpfad ist weniger eingriffsintensiv und soll disruptive Eingriffe in Geschäftsstrategien und Tarifstrukturen verhindern und Planungssicherheit schaffen;
- b) die schrittweise Absenkung soll den Anfangsinvestitionen eines Betreibers Rechnung tragen.

Seit der ersten Marktanalyse zur Mobilterminierung und der Darstellung der diesbezüglichen Position der TKK (etwa in der Konsultation vom November 2004) ist die aktuelle Entwicklung absehbar. Für die Einschreiterin ist nicht nachvollziehbar, wie ein ordentlich geführtes Unternehmen nach wie vor seine Geschäftsstrategie unter Ausblendung dieses Szenarios festlegen könnte oder davon überrascht werden könnte, wenn diese seit Jahren geübte Regulierungspraxis umgesetzt wird. In Wahrheit ist die seit Jahren zögerliche Umsetzung des gesetzlichen Auftrages fast der einzige Grund, warum sich ein Betreiber in Sicherheit wiegen kann und wettbewerbsverzer-



rende Vorleistungsentgelte bis heute in der Geschäftsstrategie berücksichtigen kann. Es mag in den ersten ein bis zwei Jahren nach in Kraft treten des TKG 2003 ein valider Ansatz gewesen sein, dass die Umstellung nicht auf einen Schlag erfolgen kann. Heute muss eine angemessene und verhältnismäßige Vorgangsweise aber aus äußeren Umständen begründbar sein und kann sich nicht daraus rechtfertigen, dass die Behörde einen Übergangszustand perpetuiert. Von einem bloß *"temporären Abgehen"* vom eigentlich gebotenen, effizienten Preisniveau kann heute nicht mehr gesprochen werden. Schon der Startwert für den im Entwurf dargelegten Gleitpfad liegt weit über den für das Jahr 2009 ermittelten Kosten eines effizienten Betreibers.

Überraschend und aus der Sicht der Einschreiterin nicht zu rechtfertigen ist auch das in allen Maßnahmenentwürfen vorgetragene Argument, dass eine schrittweise Absenkung den Anfangsinvestitionen der Betreiber Rechnung tragen soll. Nicht einmal H3G nimmt – und zwar schon seit mehreren Jahren nicht mehr – das Argument der *"Investitionsschutzfrist"* für sich in Anspruch. Soweit ersichtlich, haben auch weder mobilkom, noch Orange oder T-Mobile das im Zuge dieses Verfahrens getan. Auch aus der Recommendation geht unmissverständlich hervor (siehe dort Punkt (10)), dass darauf allenfalls für Betreiber abzustellen wäre, die bei Marktanteilen unterhalb des *"minimum efficient scale"* liegen und die durch direkte Anpassung eine Kostenunterdeckung zu gewärtigen hätten. Selbst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wäre ein solcher Investitionsschutz gemäß der Recommendation längstens für einen Zeitraum von 4 Jahren nach Markteintritt zu gewähren. Es ist notorisch, dass diese Voraussetzungen für keinen der hier am Verfahren beteiligten Betreiber vorliegen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass weder die oben unter Punkt 5 a) noch die unter Punkt 5 b) angeführte Rechtfertigung haltbar ist. Die schrittweise Heranführung an den Zielwert erweist sich damit – aus heutiger Sicht – als unverhältnismäßig.

6. Mangelnde Plausibilität der Daten der mobilkom

Auf Seite 81 des Entwurfs tritt die TKK den Argumenten der Einschreiterin entgegen, dass die Plausibilität der Datenlieferungen der anderen Betreiber – insbesondere der mobilkom – nicht gegeben sei. H3G weist den Vorhalt zurück, dass keine Anhaltspunkte geliefert worden seien, die Zweifel an den Daten aufkommen lassen können. Unter Verweis auf die ausführliche Darstellung in der Stellungnahme vom 3.2.2009 sei hier nur wiederholt, dass etwa die mobilkom mit mehr als der doppelten Kundenanzahl gerade einmal rund die Hälfte des Datenvolumens der H3G ausweist; dies obwohl auch mobilkom ausdrücklich (und sogar von den Amtssachverständigen im Gutachten zitiert!) davon ausgeht, dass *"ein höheres (mobiles) Datenvolumen [...] fast ausschließlich durch eine höhere Anzahl von Kunden generiert [wird],..."* (Gutachten, Seite 142). Mangels Einschaumöglichkeit in die Daten der mobilkom bleibt H3G auf das Aufzeigen eklatanter Inkonsistenzen beschränkt. Deutlicher lässt sich das aber im Rahmen der zu Gebote stehenden Mittel nicht illustrieren. Nach Ansicht



der Einschreiterin verletzt die TKK ihre amtswegige Ermittlungspflicht im Verfahren auch durch den Verzicht auf eine kritische Prüfung augenscheinlich auffälliger Daten und nicht nur durch Außerachtlassung der aktuellen Sach- und Rechtslage.

7. Internes/Externes Diskriminierungsverbot

Wie aus der Begründung (Seite 18 des Entwurfs) hervorgeht, steht hinter Spruchpunkt B3 die Absicht der TKK, ein (internes/externes) Diskriminierungsverbot in Hinblick auf die Anrufweiterleitung zu über die Luftschnittstelle angebotenen, physischen ortsfesten Netzabschlusspunkten zu gewähren. Es bleibt jedoch im Entwurf unklar, wie diese Verpflichtung umgesetzt werden soll, zumal die TKK auf Seite 19 des Entwurfs iZm der Diskussion eines (internen/externen) Diskriminierungsverbots bei Mobilfunkendkundenleistungen selbst die Probleme anführt, die sich bei der Operationalisierung eines solchen Instrumentes ergeben. Der Entwurf lässt eine Begründung dafür vermissen, warum dieses Instrument bei festnetzartigen Endkundenleistungen besser oder zumindest hinreichend geeignet sein soll.

Die Bedenken der Einschreiterin gegen die in Spruchpunkt B3 verfolgte Intention stützen sich insbesondere darauf, dass mangels rechtlicher Grundlage eine (auch implizite) Endkundenpreisregulierung für die Adressaten der Entwürfe ausscheidet und daher auch diesem Entwurf nicht unterstellt werden kann. Die internen Transferpreise der Betreiber sind nicht bekannt, schwer überprüfbar und außerdem nach Ansicht der Einschreiterin auch und gerade für Betreiber, die noch um die Erlangung eines soliden Marktanteils kämpfen müssen, kein valider Maßstab. Solche Betreiber können letztlich bei allen Produkten insbesondere in der Aufbauphase nur durch Angebote im externen Wettbewerb am Retailmarkt reüssieren, die nicht notwendigerweise kostendeckend oder durch interne Transferpreise zu rechtfertigen sind. Es wäre im Entwurf überzeugend zu begründen, warum diese Verpflichtung auch der Einschreiterin auferlegt werden kann und muss. Jedenfalls kann diese Verpflichtung nicht über jenen Zeitpunkt hinausreichen, an dem die Entgelte das Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung erreichen. Damit wäre diese spezifische Verpflichtung nach dem aktuellen Entwurf zumindest mit 1.1.2011 zu befristen.

Wien, am 18. Mai 2009

Hutchison 3G Austria GmbH