


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, MCI
 DDr Georg Bahn
 Dr Günther J Horvath, MCI
 Mag Dr Willibald Flessner
 Dr Maria Th Pflügl
 Mag Dr Thomas Zottl
 Dr Christof Pöschacker, 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 Grüller
 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 Zilger

Mag Ulrike Sehrschn
 Dr Philipp Maier, LL M
 Dr Ulrich Tauböck, LL M
 Dr Michael Raninger, LL M
 Mag Alexander Operenyi, LL M
 Dr Florian Klimescha, LL M
 Dr Thomas Schöbel, LL M
 Mag Dr Hans-Jürgen Aigner
 Dr Stephan Denk
 Dr Sabine Prossinger
 Als europäischer Rechtsanwalt in
 Österreich niedergelassen:
 Dr Anita K Csongrády, LL M, MSc
 Solicitor, England und Wales
 In Österreich nicht als
 Rechtsanwältin 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 DAC4286796/6
 UNSER ZEICHEN BB/ERL
 CLIENT MATTER NR 126460-0065
 DVR 0114383

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

vertreten durch:

RECHTSANWALT
 MAG. DR. BERTRAM BURTSCHER
 (unter Berufung auf die gesetzliche Vollmacht)
 Tel. 515 15-0
 RA-Code/R 149569

Z 1/08

Antragsgegnerin: mobilkom austria AG
 Obere Donaustraße 29
 1020 Wien

**STELLUNGNAHME
zum Maßnahmenentwurf Z 1/08-43 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 OC394789. 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.

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 berufen¹, im gegenständlichen Verfahren gegen die mobilkom austria AG (*mobilkom*) zum Maßnahmenentwurf Z 1/08-43 (*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, nämlich die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen 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 hier verfahrensgegenständliche Leistung definiert ist, enthebt die Behörde nicht ihrer amtswegigen Ermittlungspflicht hinsichtlich bestehender Wettbewerbsprobleme – egal ob diese struktureller oder individueller 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 Ermessensspiel-

¹ 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.

raum restriktiv auszuüben und im möglichen Rahmen 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 (Entwurf, Seite 8f):

"Auf dem Vorleistungsmarkt für „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 14 TKMVO 2003 verfügt kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003. Das Markkanalyseverfahren M 14/03 wurde mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 5.7.2004 gemäß § 37 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 eingestellt (amtsbekannt). Den Amtssachverständigen folgend (ON 14) können derzeit auch keine Indizien für Wettbewerbsprobleme erkannt werden, denen entweder nach Feststellung eines oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht mit Maßnahmen i.Sd. §§ 37 Abs. 2, 38ff TKG 2003 oder aber im Rahmen von Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 begegnet werden müsste." (Hervorhebung H3G)

[...] Auch bleibt Hutchison jeden Beleg schuldig, dass es „unübersehbare“ Markteintrittsbarrieren in den Dienstemarkt geben würde; die Aussagen der Hutchison (ON 10, Punkt 2) erweisen sich als bloße Behauptung."

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:



- 2.1.1 Es überrascht nicht, wenn die Behörde zum Schluss kommt, dass "*den Amtssachverständigen folgend, derzeit auch keine Indizien für Wettbewerbsprobleme erkannt werden [können]*", denn eben diese Amtssachverständigen haben gar keine Prüfung über bestehende Wettbewerbsprobleme vorgenommen. Dies wurde auch von den Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 22.9.2008 bestätigt. Mit den H3G im Verfahren vorgetragene Wettbewerbsprobleme haben sich die Amtssachverständigen unter Hinweis auf das Nichtvorliegen eines definierten SMP-Marktes nicht auseinandergesetzt (siehe etwa Punkt 2.1.4).
- 2.1.2 Würde man der Auffassung der Behörde folgen, dann wäre im Lichte der VwGH-Judikatur gegen die Rückwirkung der Marktanalyse auch in jenen Fällen, in denen ein vormals reguliertes Unternehmen aufgrund von Formalfehlern der Behörde bei der Erlassung von Marktanalysebescheiden in die Angemessenheitsregulierung rutscht, den zweifellos bestehenden und auch festgestellten Wettbewerbsproblemen keinerlei Beachtung zu schenken. Die Unterschiede zu weniger gravierenden Wettbewerbsproblemen auf nicht-SMP-Märkten sind graduell und nicht prinzipiell.
- 2.1.3 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 erlassenden Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes.
- 2.1.4 Hinsichtlich der "*unübersehbaren Markteintrittsbarrieren in den Dienstemarkt*" sei ausgeführt, dass H3G bereits im Rahmen des Streit-schlichtungsgesprächs vom 27.2.2008 darauf hingewiesen hat, dass sich H3G auf dem Dienstemarkt zukünftig engagieren will, weswegen sie ein Interesse an wettbewerbskonformen und daher niedrigeren Originierungsentgelten hat. Durch das im Vergleich zu H3G hohe Verkehrsvolumen bei mobilkom und das Quersubventionierungspotential innerhalb des Konzerns ist das Potential für Wettbewerbsverzerrungen (On-net/Off-net Diskriminierung) und "Marktabstottung" aber besonders groß. Ein Diensternetzbetreiber, der gleichzeitig ein großer Teilnehmernetzbetreiber ist (was bei mobilkom im Konzernverbund mit TA der Fall ist), hat bei der Kalkulation der Entgelte gegenüber Diensteanbietern, aufgrund des höheren Anteils von Originierungsverkehr aus dem eigenen Netz, ungleich mehr Flexibilität bei der Gestal-



zung des an den Diensteanbieter auszuschüttenden Betrages und damit einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Dieser Effekt verstärkt sich, je weiter das Entgelt über den Kosten liegt. Dieser Umstand hätte einer eingehenden Prüfung bedurft. Eine Überwälzung der amtswegigen Ermittlungspflicht an H3G ist unzulässig.

2.2 Kein Widerspruch zum Konzept der Wettbewerbsregulierung

Im Entwurf (Seite 16) 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 Reziprozität

Die Behörde legt die Entgelte zwischen den Parteien reziprok fest und begründet dies wie folgt (S 19):

"Der Umstand, dass die Entgelte reziprok sind, gründet zum Einen auf den Anträgen der Verfahrensparteien: Mobilkom begehrt die Anordnung von (jedenfalls ab 1.1.2009) reziproken Entgelten. Hutchison hat ihre ursprünglichen Anträge auf Festlegung reziproker Entgelte (vgl. etwa ON 4) mit Schriftsatz vom 10.10.2008 (ON 40) „für den Fall, dass die TKK bei der Entgeltfestsetzung [] ganz oder teilweise auf das Ramsey-Pricing-Prinzip zurückgreift“, zurückgezogen. Dazu ist festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission ihre Entscheidung auf eine Reihe von Umständen (Kosten, Marktüblichkeit, Vergleichswerte) gründet, die in ihrer Gesamtheit bewertet



werden und zur gegenständlichen Anordnung angemessener Entgelte führen. Die Ermöglichung der Umlegung von Fixkosten nach dem Ramsey-Pricing-Prinzip ist dabei auch ein Umstand, auf den Bedacht zu nehmen war."

Ungeachtet der Frage der Zulässigkeit bedingter Prozesshandlungen (wie eine Antragsrückziehung „für den Fall, dass...“, ON 40), kann die Telekom-Control-Kommission zum Anderen nicht erkennen, dass die Festlegung von reziproken Entgelten (für den zukünftigen Zeitraum) unangemessen wäre. Wie die Feststellungen zu den Kosten und den zur Verrechnung gelangenden Mobil-Originierungsentgelten zeigen, liegt der angeordnete Wert über den Kosten der Verfahrensparteien, wobei – unter Zugrundelegung eines einheitlichen Kosten-Aufteilungsschlüssels – die Kosten der antragstellenden Gesellschaft, deren Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistung weit über jenen der mobilkom lag, nun unter den Kosten der mobilkom liegen. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass eine Heranführung des (bislang) hohen Entgeltes der Hutchison an jenes der mobilkom gerechtfertigt ist. Auch kann aus einem Vergleich des festgelegten reziproken Wertes mit den anderen Vergleichsmaßstäben nicht abgeleitet werden, dass die Reziprozität der Entgelte unangemessen ist.

Darüber hinaus steht die Anordnung reziproker Entgelte in Übereinstimmung mit dem Antrag der Verfahrensgegnerin, ab 1.1.2009 reziproke Entgelte festzulegen, sowie der bisherigen Entscheidungspraxis der Telekom-Control-Kommission." (Hervorhebung H3G)

Dem ist folgendes entgegenzuhalten:

- 3.1 Der VwGH hat ausgesprochen, dass im Rahmen der Angemessenheitsregulierung auch die Kosten für die Leistung zu berücksichtigen sind (amtsbekannt). Die Amtssachverständigen haben zunächst im wirtschaftlichen Gutachten die kostenorientierten Entgelte mit 6 Cent für mobilkom und 7 Cent für H3G festgestellt (Gutachten; S 23) und in weiterer Folge nach unrichtiger Anwendung eines hier unangebrachten Kostenaufteilungsschlüssels die Kosten für H3G auf 4,78 Cent korrigiert. Die Korrektur der Kosten für H3G ist weder nachvollziehbar noch in der Sache gerechtfertigt, zumal die Amtssachverständigen anstatt einer Überprüfung und Plausibilisierung des von H3G kritisierten Aufteilungsschlüssels einfach den von mobilkom ohne nähere Datengrundlage in den Raum gestellten Kostenaufteilungsschlüssel herangezogen haben. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Entgeltfestlegung ist daher nach wie vor von den im ursprünglichen Gutachten festgestellten Kosten auszugehen. Eine Berücksichtigung der individuellen Kosten der Leistung der Originierung im Rahmen der Entgeltfestlegung ist nicht erkennbar. Allenfalls wäre eine reziproke Anordnung denkbar, wenn die Entgelte auf



sehr niedrigem Niveau angeordnet werden und die Unterschiede ohnedies marginal werden (siehe dazu auch Punkt 3.2 unten).

- 3.2 Es ist in hohem Maß unsachlich, sich bei der Anordnung reziproker Entgelte auf so hohem Niveau über den Kosten auf die Anträge der H3G zu beziehen und auf diese Weise eine scheinbar teilweise Entsprechung des Begehrens der Antragstellerin zu suggerieren. Die Antragstellerin hat stets eine Senkung der Originierungsentgelte gefordert und hat reziproke Entgelte nur im Falle der Festlegung der Entgelte in der maximalen Höhe der Kosten (K1) der Mobil-Terminierung (Verkehrsart V25) beantragt, während mobilkom für ein Entgelt in Höhe von 9,5 Cent (ab Rechtskraft) eintritt. Darüber hinaus hat H3G mit Schriftsatz vom 10.10.2008 die reziproke Festlegung nur unter der Bedingung beantragt, dass die Behörde nicht auf das Ramsey-Pricing-Prinzip zurückgreift. Schon die unterschiedlichen Antragstellungen der Parteien lassen erkennen, dass H3G mit der Festlegung der Entgelte in der gegenständlichen Form nicht einverstanden ist. Die reziproke Festlegung der Entgelte in dieser Höhe entspricht somit auch nicht dem Verhältnismäßigkeitsgebot und dem Interessenausgleich, welchen die Behörde im Zusammenschaltungsverfahren herbeizuführen hat.
- 3.3 Wenn die Behörde auf ihre *"bisherigen Entscheidungspraxis"* referenziert sei angemerkt, dass es eine solche im Bereich der Mobiloriginierung jedenfalls nicht besteht, sodass daraus auch keine Rückschlüsse für die Zulässigkeit der Festlegung reziproker Entgelte gezogen werden können.

4. Originierungsentgelt als Entgelt für Transportleistung

Die TKK hält weiters fest (S 7): *"Für das Geschäftsmodell Anrufe zu zielnetztariferten Mehrwertnummern haben die Originierungsentgelte nicht nur die Funktion der reinen Abgeltung von Netzkosten, sondern auch der Sicherstellung eines gewissen Erlösanteils. [...]"* (Hervorhebung H3G)

Dem ist nicht zuzustimmen: Legt man ein deartiges Verständnis zugrunde führt dies de facto zu einer unzulässigen Erhöhung des Originierungsentgeltes. Das Originierungsentgelt ist als reines Entgelt für die Transportleistung konzipiert. Ein allfälliger Erlösanteil ist lediglich aus dem Dienstentgelt zu lukrieren. Sachlich ist diese Argumentation nicht gerechtfertigt und kann insbesondere nicht darüber hinwegtäuschen, dass für die immensen Aufschläge auf die festgestellten Kosten keine tragfähige Rechtfertigung vorliegt.

5. Zur Plausibilitätskorrektur beim Originierungsvolumen

H3G spricht sich für eine Plausibilitätskorrektur beim Daten-Sprache-Faktor aus. Die TKK führt hierzu aus wie folgt (S 12f):

"Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem unbegründeten Vorbringen nicht anzuschließen, da sich aus dem Gutachten ergibt, dass die Amtssachverständigen nach einer Konsistenzprüfung (vgl. Punkte 4.2. und 4.7 des Gutachtens) lediglich dort eine Korrektur vorgenommen haben, wo eine solche notwendig erschien; eine solche hat sich lediglich im Zusammenhang mit dem Originierungsvolumen für Sprache bei mobilkom ergeben.

Zu dieser Ausführung haben die Amtssachverständigen in der mündlichen Verhandlungen sowie in ihrer gutachterlichen Replik Stellung genommen und festgehalten (Gutachterliche Replik, Seiten 7f), dass sich die im wirtschaftlichen Gutachten erwähnte Konsistenzprüfung der Werte auf die Zeitreihen der zugrunde liegenden Daten über die Zeiträume IST 2005, 2006, 2007 und PLAN 2008 bezog. Gegenstand der Prüfung war demgegenüber nicht, ob die Planwerte aus 2006 für das Jahr 2008 mit der Planung Mitte 2008 für das gesamte Jahr 2008 massiv voneinander abweichen."

- 5.1 Mit ihrer Klarstellung erläutern die Amtssachverständigen zwar, was sie auf Konsistenz geprüft haben, jedoch geht daraus auch hervor, dass sie gerade die Plausibilität des von mobilkom übernommenen Sprache-Daten-Faktors nicht geprüft haben.
- 5.2 Hinsichtlich des von mobilkom zur Verfügung gestellten Sprache-Daten-Faktors, welcher den Berechnungen zugrunde gelegt wurde, wurden der Antragstellerin keine Daten zur Verfügung gestellt, aus denen dieser Faktor abgeleitet wurde. Unter Berücksichtigung der erheblichen Veränderungen der Verkehrsvolumina im Datenbereich (IST gegenüber Plan) hätten die Amtssachverständigen auch eine neuerliche Prüfung des Sprache-Daten-Faktors vornehmen müssen, dies ist jedoch nicht erfolgt.

6. Kein Marktpreis

Zur Festlegung der Entgeltes führt die Behörde weiters aus (S 19) *" Darüber hinaus ist zu beachten, dass der von mobilkom 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 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 die Angemessenheit dieses Entgeltes."*



Auch dieses Vorbringen ist verfehlt:

- 6.1 Der von mobikom angebotene Wert in Höhe von 9,5 Cent ist kein Marktpreis, sondern hat sich in einem von Wettbewerbsverzerrungen geprägten Umfeld entwickelt. 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 Mobiloriginierung zu Mehrwertdiensten. Ein angemessener Preis kann nur ein solcher sein, welcher sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte, solche liegen aber gerade nicht vor.
- 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.
- 6.3 Im Übrigen ist die Übernahme der 9,5 Cent als für beide Betreiber korrekter Marktpreis auch vor dem Hintergrund in Frage zu stellen, dass die TKK selbst für H3G ein Entgelt von 19,62 Cent als Marktpreis für grundsätzlich vertretbar erachtet (Siehe, S 20). Würde man bei den verrechneten Preisen tatsächlich von Marktpreisen ausgehen, was nicht einmal H3G behauptet, so wäre zumindest eine Absenkung des Originierungsentgeltes in einem Schritt um mehr als 10 Cent in hohem Maße unangemessen. Selbst im bedeutsamen nach dem Prinzip der Kostenorientierung regulierten Bereich der Mobilterminierung wurde bereits eine Absenkung um mehr als einen 1 Cent als disruptiv und daher unangemessen verworfen. Der guten Ordnung halber sei angemerkt, dass H3G damit nicht für eine Beibehaltung des Originierungsentgeltes in Höhe von 19,62 Cent plädiert, sondern lediglich unterstreicht, dass die verrechneten Preise weder Marktpreise noch angemessene Entgelte darstellen.

7. Keine Grundlage für Ramsey-Pricing

Die Behörde stützt sich in ihrer Entgeltfestlegung auf Ramsey-Pricing und stellt hierzu fest (S 20f):



"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.

Wien, am 7. November 2008

Hutchison 3G Austria GmbH