



Einschreiben
(vorab per E-Mail)

Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

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 Wilibald Plesser	Dr Florian Klimscha, LL M
Dr Maria Th Pflügl	Dr Thomas Schobel, LL M
Mag Dr Thomas Zottl	Mag Dr Hans-Jörgen Aigner
Dr Christof Pöchlhammer, MCL	Dr Stephan Denk
Dr Stefan Köck, LL M	Dr Sabine Prossinger
Mag Dr Axel Reidinger, LL M	Mag Astrid Paisner, LL M
Dr Michael Sedlaczek	Dr Heinrich Kühnert, MJur
Dr Thomas Kustor, LL M	Mag Dr Nidal Karaman
Dr Friedrich Jergitsch	Mag Dr Michal Dobrowolski
Mag Dr Bertram Burtscher	Als europäischer Rechtsanwalt in Österreich niedergelassen:
Dr Konrad Gröller	Dr Attila K Csongrády, LL M, MSc
Dr Alfred Zehner, LL M	Solicitor, England und Wales
Dr Andreas Zellhofer	In Österreich nicht als Rechtsanwältin zugelassen:
Dr Herbert Buzanich, LL M	Jenny W T Power, JD
Dr Farid Sigari-Majd	zugelassen in Florida, USA
DDr Martina Antai	Univ Prof Dr Claus Staringer
Dr Stephan Pachinger, LL M	Steuerberater
Dr Christian W Konrad, LL M	
Dr Mario Zieger	
Mag Ulrike Sehrschrön	
Dr Philipp Maier, LL M	

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

DOK NR DAC4983811/12
UNSER ZEICHEN BB/ERL
CLIENT MATTER NR 126460-0043
DVR 0114383

vertreten durch:

RECHTSANWALT
MAG DR BERTRAM BURTSCHER
A-1010 Wien, Seilergasse 16
Tel. 515 15 0
RA-Code/A 149869

(unter Berufung auf die erteilte Vollmacht)

GZ: Z 12/06; Z 2/07; Z 20/06;
Z 11/05; Z 19/06; Z 24/06;
Z 21/06; Z 8/06; Z 9/05;
Z 18/06; Z 22/06; Z 4/08;
Z 9/06; Z 12/07

STELLUNGNAHME

zu den Maßnahmenentwürfen in den Verfahren Z 12/06; Z 2/07; Z 20/06; Z 11/05; Z 19/06; Z 24/06; Z 21/06; Z 8/06; Z 9/05; Z 18/06; Z 22/06; Z 4/08; Z 9/06; Z 12/07

1-fach
1 Halbschrift
1 Beilage

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



In umseits bezeichneten Rechtssachen hat die Telekom-Control-Kommission (*TKK*) Entwürfe von Vollziehungshandlungen veröffentlicht. Interessierten Personen wurde nach § 128 TKG 2003 die Möglichkeit eingeräumt hierzu bis zum 24.03.2009 Stellung zu nehmen. Hutchison 3G Austria GmbH (*H3G*) erstattet durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter, die sich auf die erteilte Bevollmächtigung berufen¹ innerhalb offener Frist nachfolgende

STELLUNGNAHME

1. Keine "Regulierungsferien" aufgrund von Formfehlern

Die TKK hat für den hier in Rede stehenden Regulierungszeitraum wesentliche Wettbewerbsprobleme erkannt. Es sind alle Daten und Fakten konkret bekannt, die für die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen notwendig sind. Lediglich aufgrund eines Formalfehlers sind für den hier gegenständlichen Zeitraum keine spezifischen Verpflichtungen auferlegt worden. Unter diesen Umständen ist im Sinne der Zielbestimmungen des TKG 2003 effektiver und chancengleicher Wettbewerb auch im Verfahren gemäß § 48 iVm 50 TKG 2003 herzustellen, indem die verfahrensgegenständliche Anordnung weitestgehend die in einem *ex-ante* Szenario möglichen Maßnahmen nachbildet.

Selbst die Europäische Kommission (*EK*) geht ausdrücklich (amtsbekannt) davon aus, dass auch Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht in angemessenen Fällen spezifische Verpflichtungen auferlegt werden können, solange diese objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sind (siehe zuletzt FN 5 in den Konsultationsstellungen der EK vom 19.11.2008 zu den Maßnahmenentwürfen in den Verfahren zu den GZ Z 1/08 und Z 2/08, in denen die EK ausdrücklich auf die diesbezügliche Stellungnahme in der Sache PL/2007/0631 verweist). Nach Ansicht von H3G ist kaum ein Fall denkbar, der eher als "angemessen" im Sinne dieser Ausführungen der EK zu werten wäre. Es geht auch nicht an, dass Betreiber den Wettbewerb verzerren und "Regulierungsferien" genießen, nur weil die spezifischen *ex-ante* Verpflichtungen der TKK aufgrund von Formalfehlern zu spät kommen.

Selbst nach Ansicht der TKK (Maßnahmenentwurf zu Z 11/05 ua, S 10) stellen **die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung den "ökonomisch einzig vertretbaren Bezugspunkt"** dar. Dieses Ziel kann erreicht werden, indem der Ermessensspielraum der TKK möglichst dahingehend ausgeübt wird, dass die Entgelte für

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.



Mobilterminierung entschlossen an die im jeweiligen Zeitraum relevanten Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung herangeführt werden.

2. Rechtsschutz verbietet Berücksichtigung aufgehobener Bescheide

Ob und inwieweit die Verrechnungspraxis auf Basis rechtswidriger und vom VwGH behobener Bescheide in die Interessenabwägung der TKK einfließen kann, ist keine Frage der Verteilungsgerechtigkeit oder der Angemessenheit, sondern der Rechtsstaatlichkeit. Die Marktanalyse- und Zusammenschaltungsbescheide der TKK zur Mobilterminierung waren zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit zu beheben. Sie dürfen daher auch nicht in Teilen oder auch nur im Zuge einer Interessenabwägung der TKK nachwirken. Es darf keinen quasi unverrückbaren Kern rechtswidriger und als solche aufgehobener Bescheide geben!

Mit der Aufhebung der Marktanalyse- und Zusammenschaltungsbescheide zur Mobilterminierung wurde die Rechtsgrundlage für die in der Vergangenheit unter Bezugnahme auf diese Bescheide verrechneten Entgelte vollständig beseitigt. Ob sich der VwGH zu einzelnen Aspekten von zur Gänze als rechtswidrig behobenen Bescheiden explizit äußert, spielt gerade bei einer (hier) kassatorischen Instanz keine Rolle und kann auch keine Rolle spielen, wenn elementare Grundsätze des Rechtsschutzes weiter beachtet werden sollen.

Entgegen den Ausführungen der TKK etwa auf Seite 19 des Maßnahmenentwurfes zu Z 11/05, Z 19/06 können daher auch die auf Basis rechtswidriger Bescheide verrechneten Entgelte für den von der TKK offenbar angestrebten "Interessenausgleich" keine Bedeutung haben. Damit würden die ausdrücklich rechtswidrigen Anordnungen direkt nachwirken, ohne dass eine gebotene Neuurteilung auf Basis der aktuellen Sach- und Rechtslage vorgenommen wird. Der Rechtsschutz in der kommerziell überaus wichtigen Frage der Mobilzusammenschaltung würde damit in einer verfassungswidrigen Weise – und noch dazu einseitig zugunsten des marktführenden Betreibers mobilkom (siehe Punkt 5 unten) – unterlaufen.

Aus einer Verrechnungspraxis auf Basis rechtswidriger Bescheide können grundsätzlich keine Rückschlüsse auf den "Markt" gezogen werden, die im gegenständlichen Entscheidungskontext eine Rolle spielen können. Die TKK kommt hier um eine autonome Beurteilung auf Basis der aktuellen Sach- und Rechtslage nicht herum.

Die nachträgliche Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit kann zwar nicht das legitime Ziel, wohl aber eine Folge einer sachlich und rechtlich korrekten und gebotenen Entgeltanordnung sein; jedenfalls wäre es nicht falsch oder gar Anlass an der Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Anordnung zu zweifeln, wenn im Zuge einer entschlossenen Entgeltregulierung nachträglich zumindest ein höheres Maß an Verteilungsgerechtigkeit hergestellt würde.



3. Der Zielwert von €Cent 4,50 ist zu hoch!

Bei verwaltungsrechtlich gebotener Beachtung der mittlerweile konkret bekannten Kosten (vgl. Maßnahmenentwurf zu Z 11/05 ua, S 10) für die in Rede stehenden Zeiträume ist auch ein vorläufiger Zielwert von €Cent 4,50 per 1.1.2009 viel zu hoch. Bei der im Gutachten ausgewiesenen Bandbreite der Kosten für 2009 in der Höhe von €Cent 1,87 – 3,08 ist diese Höhe nicht zu rechtfertigen und widerspricht auch dem von der TKK selbst anerkannten Grundsatz, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung den ökonomisch einzig vertretbaren Bezugspunkt für die Mobilterminierungsentgelte darstellen.

Natürlich ist H3G bewusst, dass die Thematik der Preis-Kosten-Schere (*PKS*) im Mobilfunk aufgrund des Bestehens von effektivem Wettbewerb auf den mobilen Retail-Märkten nicht einfach mit der Situation im Festnetz gleichgesetzt werden kann. Dennoch besteht das Grundproblem von PKS infolge zu hoher Vorleistungsentgelte, wie die Studie zu *Regulierungsoptionen bei Leerkapazitäten auf Vorleistungs- und Endkundenmärkten des Festnetzes* von Prof. Ingo Vogelsang vom Februar 2009 (amtsbekannt) zeigt, auch im Mobilfunk. mobilkom erhält mit einem Entgelt, das weit über den Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung liegt – quasi finanziert von den Mitbewerbern – eine einfache Möglichkeit, zum Beispiel mit BOB (4 €Cent (brutto) in alle Netze) einen Tarif anzubieten, der von H3G nicht nachgebildet werden kann. mobilkom ist in der glücklichen Lage, dass sich aufgrund ihrer durch First-Mover-Vorteile erlangten Größe ein unter den Vorleistungskosten liegender Retail-Tarif noch immer rentieren kann.

Die Rolle des "Maverick", den die Europäische Kommission in der Entscheidung zu COMP/M.3916 eigentlich der H3G zugeordnet hatte, hält sich mobilkom damit exklusiv und hält sich seine Mitbewerber über eine de facto PKS vom Leib. Indem die TKK für den marktanteilsstärksten Betreiber solche Nischen schafft, blockiert sie oder verlangsamt zumindest wesentlich das Wachstum der H3G, konserviert damit First-Mover-Vorteile der mobilkom und finanziert all das sogar noch aus überhöhten Vorleistungsentgelten, die von H3G gegenüber mobilkom zu bezahlen sind.

Die Praxis illustriert diesen Effekt auch sehr plakativ: In jenen Produktbereichen, in denen PKS nicht bestehen, wächst H3G rasant. So stehen etwa im Datenbereich den erbrachten Dienstleistungen keine überhöhten Vorleistungsentgelte gegenüber, während im Bereich der Sprachtelefonie derzeit jede einzelne in mobilen Fremdnetzen terminierende Minute subventioniert werden müsste, um etwa einen BOB-Tarif nachzubilden; entsprechend ist das Wachstum der H3G im Voice-Bereich ungleich kleiner als im Datenbereich.



4. Weitere Absenkungsschritte nach dem 1.1.2009 sind anzuordnen

Die Marktanalyse zu M 1/08 wird, wie schon heute klar erkennbar ist, noch länger dauern. Dennoch bleibt der Maßnahmenentwurf per 1.1.2009 auf einem weit über den Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung stehen. Um die negativen Auswirkungen der viel zu spät einsetzenden ex-ante Entgeltkontrolle aufgrund einer vom VwGH oder VfGH zu kassierenden Entscheidung der TKK zumindest abzufedern, muss per 1.7.2009 jedenfalls ein weiterer Absenkungsschritt angeordnet werden.

Ein weiterer Absenkungsschritt wäre auch nicht überschießend, denn sollte die TKK wider Erwarten schneller zu einer Entscheidung im laufenden Marktanalyseverfahren gelangen, so würde dieser Bescheid ohnedies die Entscheidung in den laufenden Zusammenschaltungsverfahren ersetzen. Die TKK hat daher jedenfalls in den gegenständlichen Verfahren einen weiter gehenden Absenkungsschritt per 1. Juli 2009 anzuordnen, weil sich sonst der weit über den Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung liegende Entgeltrahmen zu lange hinzieht und absehbar zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen führt.

5. Selektive Benachteiligung von H3G per 1.7.2008

Der vorgeschlagene Gleitpfad trifft H3G als "late comer" insbesondere mit dem Absenkungsschritt per 1.7.2008 nahezu selektiv und besonders hart, während bei mobilkom gar keine (!) und bei T-Mobile und Orange ungleich geringere Einschnitte vorgenommen werden. H3G würde de facto gezwungen, seine schärfsten Konkurrenten auch nachträglich noch zu finanzieren. Das kann weder als angemessen beurteilt werden, noch irgendwie in Einklang mit den Zielen der sektorspezifischen Regulierung gebracht werden.

H3G würde trotz höherer Kosten als mobilkom gezwungen, zur Erreichung der vorgezogenen Symmetrie bei €Cent 5,72 per 1.7.2008 einen dramatischen Absenkungsschritt von €Cent 4,09 zu machen, während mobilkom gleichzeitig gar keine (!) Absenkung hinnehmen muss. In Relation zu T-Mobile (Absenkung per 1.7.2008 um €Cent 1,30) soll H3G eine um rund 315% (!) stärkere Absenkung treffen und selbst gegenüber Orange (per 1.7.2008 Absenkung um 1,9 €Cent) trifft es H3G noch immer um rund 215% härter. Diese erheblichen Unterschiede werden in den Maßnahmenentwürfen weder gerechtfertigt noch begründet. Insbesondere vermag die Herstellung vorgezogener Symmetrie in abstrakter Form (also ohne Absenkung auf das Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung) keine tragfähige Erklärung zu leisten (siehe sogleich Punkt 6).

Es darf auch nicht übersehen werden, dass derzeit zwar eine Vielzahl von Zusammenschaltungsentscheidungen gemeinsam verhandelt werden (obwohl eine formale Verbindung der Verfahren gemäß § 39 AVG nie stattgefunden hat), dennoch stehen



in den einzelnen Verfahren individuelle Zusammenschaltungsverhältnisse zur Disposition. Eine Rechtfertigung des von der TKK präsentierten Entwurfes kann sich nicht aus einer Art Zusammenschau über alle Betreiber oder aus bloß abstrakten Überlegungen zur Symmetrie ergeben. Die TKK müsste konkret darlegen, welche Interessen abgewogen wurden, um etwa zu rechtfertigen, dass zum 1.7.2008 der marktführende Betreiber mobilkom unverändert auf einem Entgelt von €Cent 5,72 (bei deutlich darunter festgestellten Kosten!) verbleiben soll, während gleichzeitig H3G einen Absenkungsschritt von €Cent 4,09 hinnehmen muss. Jedenfalls im hier konkret auch verfahrensgegenständlichen, bilateralen Kontext H3G/mobilkom ist dieses Ergebnis auf keinen Fall zu rechtfertigen.

6. Weitere Marktverzerrung durch vorgezogenen Symmetrie

Symmetrische Entgelte können nur dann den effektiven und chancengleichen Wettbewerb sichern, wenn die Symmetrie auf dem Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung hergestellt wird. Bei Entgelten über diesem Niveau bleiben die Wettbewerbsprobleme bestehen und zwar unabhängig davon, ob die Entgelte symmetrisch sind. Die TKK bestätigt, dass aus ökonomischer Sicht ein *einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis* anzustreben ist. Tatsächlich schlägt sie aber ein *einheitliches Entgelt* vor, das aber gerade keinen *Wettbewerbspreis* darstellt und sogar weit davon entfernt ist. Damit ist aber für die Erreichung der Regulierungsziele des § 1 TKG 2003 nur wenig gewonnen.

Auf Seite 20 des Entwurfs zu GZ Z 11/06 führt die TKK aus: *"Um einen fairen Ausgleich der Interessen herbeizuführen, den festgestellten Wettbewerbsproblemen sowie den Regulierungszielen des § 1 TKG 2003 zu entsprechen, wird der bisherige Gleitpfad dahingehend adaptiert, dass dieser um eine Periode (von 6 Monaten) 'vorverschoben' wird, dh der 'frühere' Zielwert in der Höhe von Cent 5,72 ist damit nicht erst am 1.1.2009, sondern bereits am 1.7.2008 zu erreichen."*

Eine Interessenabwägung oder auch nur Gegenüberstellung der auszugleichenden Interessen findet sich im Entwurf nicht und die festgestellten Wettbewerbsprobleme bleiben mit den vorgeschlagenen Maßnahmen in großem Umfang bestehen. Konkret bei mobilkom – immerhin dem Betreiber mit den meisten Sprachminuten – wird per 1.7.2008 überhaupt keine Absenkung (!) vorgeschlagen. Hier kann nicht von einem "Ausgleich" von Interessen gesprochen werden. Vielmehr werden einseitig die Interessen des Marktführers mobilkom gewahrt. Die Annahme der TKK, dass schon das Erreichen der Symmetrie (egal auf welchem Niveau) für sich ein Beitrag zur Erreichung eines effektiveren und chancengleicheren Wettbewerbes darstellen soll, bleibt unbegründet und widerspricht auch den bisherigen Ausführungen der Behörde, wonach das wesentlichste Wettbewerbsproblem, welches es zu beseitigen gilt, in alloka-



tiven Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe von Fest- ins Mobilnetz liegt. Symmetrie *per se* vermag dazu nichts beizutragen.

mobilkom soll per 1.7.2008 keine Absenkung erfahren, während etwa H3G einen gewaltigen Absenkungsschritt um €Cent 4,09 hinnehmen soll. Dieser Anordnungsvorschlag erweckt nur scheinbar den Eindruck einer entschlossener Vorgangsweise. In Hinblick auf die anzustrebenden Regulierungsziele wird aber genau das Gegenteil erreicht:

mobilkom verfügt über das mit Abstand größte Call-Volumen und damit geht von mobilkom – bei wettbewerbsverzerrender Entgeltstruktur – die größte Gefahr für effektiven und chancengleichen Wettbewerb aus; diametral entgegengesetzt liegt die Sache bei H3G. Diese extreme Schiefheit kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass es keine rückwirkende Regulierung des Marktes gibt. Wenn mobilkom per 1.1.2008 nun endgültig in die Regulierungsferien geschickt werden soll (nachdem sie schon von 1.7.2007 auf 1.1.2008 lediglich um €Cent 0,19 abgesenkt werden sollen), dann schiebt sich dieser Vorteil ja entsprechend in die Zukunft weiter und schafft für mobilkom selektiv einen auch konkret relevanten Wettbewerbsvorteil.

7. Konsistente Anordnung erforderlich

Folgt man bei der Anordnung von Mobilterminierungsentgelten dem ökonomisch einzig validen Maßstab, nämlich den Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung, dann bleibt für andere Anordnungen kein Raum.

Auch wenn bei formal korrekter Betrachtung eine deutlich von den vorliegenden Maßnahmenentwürfen abweichende Anordnung getroffen werden müsste und der bisherige Gleitpfad insbesondere für H3G nicht ideal ist, hat H3G bereits signalisiert, dass im Sinne eines pragmatischen Zuganges das Hauptaugenmerk auf dem Zeitraum ab 1.1.2009 liegen muss (siehe dazu auch die Stellungnahme von Christian Salbaing vom 5.3.2009; Beilage /1).

Inwiefern die TKK anstatt einer direkten Absenkung Raum für eine pragmatische Heranführung der Entgelte an die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als (auch nach Ansicht der TKK ökonomisch einzig richtigen Maßstab) sieht, ist eine Rechtsfrage und wird die TKK in der Entscheidung darzulegen und gegebenenfalls zu begründen haben.



8. Anregungen

Aus den oben dargelegten Gründen regt H3G an, die TKK möge

- 8.1 bei der Adressierung erkannter Wettbewerbsprobleme nicht bei der Anordnung dieser Maßnahmenentwürfe stehen bleiben, sondern die Entgelte konsequent auf das Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung senken;
- 8.2 in den Anordnungen zur Mobilterminierung mobilkom nicht durch Auslassung eines Absenkungsschrittes per 1.7.2008 selektiv bevorzugen; und
- 8.3 für den Fall der Vorziehung der Symmetrie von Terminierungsentgelten auch deren Absenkung auf das Niveau der Kosten für die effiziente Leistungsbereitstellung vorziehen;
- 8.4 jedenfalls auch einen weiteren Absenkungsschritt per 1.7.2009 anordnen.

Wien, am 24. März 2009

Hutchison 3G Austria GmbH