

**D O R D A**  
**B R U G G E R**  
**J O R D I S** RECHTSANWÄLTE  
G M B H

PER BOTEN

**Telekom-Control-Kommission**

p.A. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Mariahilferstraße 77-79

**1060 Wien**

**vorab via E-Mail: rtr@rtr.at**

1010 Wien  
Dr-Karl-Lueger-Ring 10  
T: (+43-1) 533 47 95-0  
F: (+43-1) 533 47 97  
office@dbj.at  
www.dbj.at

UID ATU 47842303  
DVR 0724211  
FN 188155 z  
Handelsgericht Wien

Unser Zeichen	Durchwahl	Direktes Fax	Direkte E-Mail	Datum
TMOB-MARKTA; SP/KÜ/We	(+43-1) 533 47 95-35	(+43-1) 533 47 95-5035	stephan.polster@dbj.at	19.5.2009
				GZ: M 1/08

**Einschreiter:**

**T-Mobile Austria GmbH**

Rennweg 97-99

1030 Wien

vertreten durch:

DORDA BRUGGER JORDIS  
Rechtsanwälte GmbH  
Dr Karl Lueger-Ring 10  
1010 Wien  
(Vollmacht und SV erteilt)

Code P130040

**S T E L L U N G N A H M E**

einfach  
1 HS

Die RTR-GmbH übermittelte der Einschreiterin ("TMA") am 21.4.2009 einen Maßnahmenentwurf der Telekom-Control-Kommission ("TKK") zu M 1/08 gemäß § 128 TKG 2003 zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme bis zum 19.5.2009, 12:00 Uhr (einlangend).

TMA erstattet dazu binnen offener Frist die folgende

### **STELLUNGNAHME:**

Vorauszuschicken ist, dass TMA ihr bisher im Verfahren erstattetes Vorbringen und ihre entsprechenden Anträge vollinhaltlich aufrecht erhält. Um Wiederholungen zu vermeiden beschränkt sich TMA in dieser Stellungnahme auf bestimmte Aspekte des Maßnahmenentwurfs, die einer weiteren Erörterung bzw Betonung des Standpunktes der TMA bedürfen.

### **I. ZUSAMMENFASSUNG**

1. Die im Maßnahmenentwurf (und im Wirtschaftlichen Gutachten vom Dezember 2009; im Folgenden auch "WG") vorgenommene Kostenrechnung ist, unter anderem wegen der fehlerhaften Zuordnung von Kosten zu Sprach- und Datendiensten, unrichtig und führt zu einer massiven Unterbewertung der tatsächlich für Terminierungsleistungen anfallenden Betreiberkosten. Auffallend ist dabei auch die zu dieser Frage bestehende Inkonsistenz zwischen dem Wirtschaftlichen Gutachten zum hier gegenständlichen Verfahren, einerseits, und dem in den (am 21.4.2009 bescheidmäßig entschiedenen) Verfahren Z 12/06 ff erstellten Gutachten, andererseits.
2. H3G verfügt als reiner UMTS-Betreiber, dessen Geschäftsmodell außerdem im wesentlichen auf einem National Roaming-Konzept aufbaut, über massive Kostenvorteile gegenüber den GSM/UMTS-Netzbetreibern. Die Terminierungskosten der H3G sind schon deshalb völlig ungeeignet, um als angemessener und somit iSd § 34 TKG 2003 verhältnismäßiger Benchmark für die Normierung der Zusammenschaltungsentgelte der anderen Betreiber zu fungieren. Ein Benchmark H3G ist daher unrechtmäßig und abzulehnen.
3. Der vorgeschlagene Gleitpfad würde einen eklatanten Verstoß gegen die ausdrückliche gesetzliche Vorgabe des § 42 TKG 2003 verwirklichen, wonach entgeltregulatorische Maßnahmen den betroffenen Betreibern die Erwirtschaftung einer angemessenen Marge zu ermöglichen haben, wobei insbesondere auch bisherigen Investitio-

nen und dem mit der Geschäftstätigkeit des Betreibers verbundenen wirtschaftlichen Risiko Rechnung zu tragen ist. Eine Anordnung von Terminierungsentgelten sogar unter den festgestellten Kosten eines Betreibers würde diesen gesetzlichen Auftrag gröblichst verletzen. Die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte der TMA führte nun aber zu einer solchen regulatorisch erzwungenen massiven Netzkostenunterdeckung. Bei Umsetzung des vorgesehenen Gleitpfads würde TMA eine Netzkostenunterdeckung von rund EUR 20 Mio für das Jahr 2010 und von ca EUR 4 Mio bereits für das zweite Halbjahr 2009 erleiden.

4. Der Maßnahmenentwurf greift für die Festsetzung des Zielwertes nicht auf die verfügbaren IST-Daten des Jahres 2008, sondern auf die (unsicheren) Plandaten für das Jahr 2010 zurück. Dies hat massive negative Auswirkungen auf den Zielwert des Gleitpfads, der bei einer Heranziehung der IST-Daten 2008 bei weitem höher ausgefallen wäre. Die Heranziehung von unsicheren Plandaten für zukünftige Verkehrsmengen und Kostenstrukturen als Grundlage für die Entgeltbemessung widerspricht der bisherigen Entscheidungspraxis, führt zu unverhältnismäßigen Ergebnissen und ist folglich unzulässig.
5. Abgesehen von den bisherigen Kritikpunkten ist die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Operationalisierung des Gleitpfads auch deshalb unverhältnismäßig und folglich abzulehnen, weil die TKK nicht die zuletzt privatrechtlich vereinbarten Entgelte (Cent 5,72) als Startwert berücksichtigen und unter Abkehr von der bisherigen Regulierungspraxis eine Gleitpfadlaufzeit von nur ca 1,5 Jahren bis Ende 2010 anordnen will. Im Ergebnis bedeutet dies, dass es innerhalb von ca 18 Monaten (ausgehend von Cent 5,72 in der ersten Jahreshälfte 2009) zu einer weiteren Absenkung der Terminierungsentgelte um ca 64 % (!) kommen soll, obwohl die Entgelte bereits im Zeitraum von Oktober 2005 bis Jänner 2009 um 54 % reduziert wurden (und die von der TKK identifizierten Wettbewerbsprobleme zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Mobilterminierungsmärkte dadurch bereits zumindest deutlich gemindert sein müssten). Die Unverhältnismäßigkeit und der überschießende Charakter der geplanten Maßnahme werden dadurch besonders augenscheinlich.
6. Vor diesem Hintergrund stellen sich bei einer Analyse des Maßnahmenentwurfs die folgenden Fragen:
  - a) Aus welchen Gründen ist ein kostenunterdeckendes Mobilterminierungsentgelt für TMA verhältnismäßig iSd § 34 TKG 2003, insbesondere wenn in 2010 die tatsächlichen Kosten um den Faktor 1,8 über dem angeordneten Entgelt liegen?

- b) Wie wird in der gegenständlicher Anordnung folgende Verpflichtung für die Regulierungsbehörde gemäß § 42 Abs 1 TKG 2003 eingehalten?: "Hierbei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften."
- c) Aus welchen Gründen geht die TKK davon aus, dass mit der Entscheidung die Regulierungsziele gemäß § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 lit c TKG 2003 berücksichtigt werden?
- d) Warum ist sich die TKK gerade jetzt so sicher, dass bei Heranziehung von Prognosedaten Unsicherheiten in geringerem Umfang bestehen als in der Vergangenheit?
- e) Hat die TKK bedacht, dass die vorgesehenen Maßnahmen die Modernisierung der Mobilfunknetze durch Entzug von Investitionsmitteln zumindest stark bremsen, wenn nicht verhindern?
- f) Was tut Österreichs Regulierungsbehörde dafür, dass die Wirtschaftskrise die österreichische Telekombranche nicht stärker erfasst?

## **II. ZU DEN FESTGESTELLTEN WETTBEWERBSPROBLEMEN AUS ÖKONOMISCHER SICHT**

Zu den unter Punkt II.B.3. des Bescheidentwurfs festgestellten angeblichen Wettbewerbsproblemen (diese Feststellungen beruhen im Wesentlichen auf den Ausführungen im WG) verweist TMA auf ihr bisheriges ausführliches Vorbringen, insbesondere auch im Gutachten von Frontier Economics.

## **III. ZU DEN FESTGESTELLTEN KOSTEN DER MOBILTERMINIERUNG**

Unter Punkt II.B.6. des Maßnahmenentwurfs stellt die TKK die Kosten der Mobilfunkbetreiber für die Leistung der Terminierung in das eigene öffentliche Mobiltelefonnetz fest. Sie gründet diese Feststellung im Rahmen der Beweiswürdigung (Punkt II.C.1.d)) auf das WG.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass im Jahr 2008 der Incumbent und größte Anbieter Mobilkom Austria ("Mobilkom") die geringsten Kosten aufgewiesen haben soll. In den Jahren 2009 und 2010 soll hingegen, so die Prognose der Gutachter und des Bescheidentwurfs, der kleinste Betreiber Hutchison ("H3G") am kostengünstigsten operieren. Die für H3G festgestellten Terminierungskosten für das Jahr 2010 in Höhe von Cent 2,01 sollen folglich auch den Zielwert des im Bescheidentwurf vorgesehenen Gleitpfads bilden.

Wie bereits im Verfahren ausgeführt, ist die auf dem WG beruhende Kostenrechnung und -feststellung des Maßnahmenentwurfs aber aus mehreren Gründen unrichtig, unverhältnismäßig und somit inhaltlich und verfahrensrechtlich rechtswidrig:

### **1. Zur Kostenaufteilung Sprache/Daten**

Ein wesentlicher Streitpunkt bezüglich der von den wirtschaftlichen Gutachtern vorgenommenen Kostenrechnung liegt in der korrekten und angemessenen Berücksichtigung der für die Datenkommunikation anfallenden Kosten als zusammenschaltungsrelevant. Aus Sicht von TMA ist das diesbezüglich im WG und im Maßnahmenentwurf vertretene Ergebnis aus mehreren Gründen unrichtig und führt zu einer massiven Unterbewertung der tatsächlich für Terminierungsleistungen anfallenden Betreiberkosten.

Im einzelnen ist dazu (unter Bezugnahme auf das bisherige Verfahrensvorbringen) folgendes zusammenzufassen:

#### **a) Inkonsistenz der Rechtsprechung**

Zunächst ist auf die in diesem Zusammenhang bestehende wesentliche Inkonsistenz der Rechtsprechung der TKK selbst hinzuweisen:

Bis in die jüngste Vergangenheit (siehe zB Bescheide vom 19.12.2005 zu Z 2, 10/05 ff) war die TKK bereit, sämtliche Netzkosten als sprachrelevant anzuerkennen. Im nunmehrigen Verfahren will die Behörde – wie schon in der Bescheidserie zu Z 12/06 ff – aber einen beträchtlichen Teil der Netzkosten als ausschließlich "datenrelevant" ausblenden.

Diese Inkonsistenz wird im Maßnahmenentwurf (Punkt II.C.3.) nicht näher oder nachvollziehbar begründet. Die TKK weist zunächst lediglich pauschal darauf hin, dass die Aufteilung in Kosten für Sprach- und Datendienste ein "Abbild der Realität in den Mobilfunknet-

zen" darstelle und somit als tauglich angesehen werde. Die Kehrtwendung in der Kostenrechnung, die zu völlig anderen Ergebnissen als in der bisherigen einschlägigen Entscheidungspraxis führt, kann aber vor allem nicht alleine damit ausreichend erklärt werden, dass – wie dies die TKK vermeint – nunmehr vermehrt Datendienste über Mobilfunknetze erbracht werden. Auch zum Zeitpunkt früherer Regulierungsentscheidungen (zB im Jahr 2005) wurden bereits wesentliche Datenvolumina über Mobilfunknetze transportiert. Der bloße Umstand, dass sich diese Datenmengen in der Zwischenzeit erhöht haben, vermag den von der Regulierungsbehörde vollzogenen Paradigmenwechsel, der einschneidende Auswirkungen auf die Ergebnisse der Kostenrechnung und damit die Festsetzung der Mobilterminierungsentgelte hat, folglich nicht zu rechtfertigen.

Vielmehr steht diese Änderung eines wesentlichen Kostenrechnungsfaktors in augenscheinlichem Gegensatz zu dem von der TKK selbst postulierten Grundsatz der Planungssicherheit für Netzbetreiber sowie der Ablehnung von disruptiven Eingriffen in deren Geschäftsgebarung.

#### **b) Inkonsistenz der Wirtschaftlichen Gutachten**

Noch schwerer wirkt aber, dass sich die wirtschaftlichen Gutachter in dem von ihnen im gegenständlichen Verfahren im Dezember 2008, einerseits, und dem zu den Zusammenschlussverfahren Z 12/06 ff erstellten Gutachten vom November 2008, andererseits, in der Frage der Aufteilung der Kosten von Sprach- und Datenverkehr selbst widersprechen.

Während gemäß dem WG des hier gegenständlichen Verfahrens das "Szenario 4" als korrekter Ansatz der Aufteilung von Sprache und Daten herangezogen wird, hielten die selben wirtschaftlichen Gutachter ein Monat früher (im Verfahren Z 12/06 ff) hingegen das "Szenario 3" als am besten geeignet, um eine richtige Allokation von Sprache und Daten zu gewährleisten.

Die Amtsgutachter begründen diese Kehrtwendung de facto nicht, sondern weisen lediglich darauf hin, "dass es sich dabei um eine methodische Änderung handelt, die sachlich gerechtfertigt, ja notwendig" sei (WG S 158). Worin diese Rechtfertigung und Notwendigkeit besteht und warum diese nicht auch bereits in dem ein Monat vorher verfassten Wirtschaftlichen Gutachten zum Z-Verfahren berücksichtigt wurde, bleibt aber im Dunkeln. Der diesbezügliche Hinweis der Gutachter, dass "wesentliche Änderungen am Rechnungsmodell – aus Gründen der Rechtssicherheit – in einem M-Verfahren durchgeführt werden sollten" und dass "die Veränderung des Rechnungsansatzes keine Auswir-

kungen auf eine Entscheidung hat, die – soweit absehbar – lediglich einen Zeitraum bis Anfang 2009 betrifft", sodass die spätere Vornahme dieser Adaption im Rahmen des M-Verfahrens "auch gerechtfertigt und ohne Bedenken" sei, mutet konstruiert an und geht an der Wirklichkeit vorbei:

Es ist zunächst augenscheinlich, dass die wesentlichen Vorarbeiten zu den beiden wirtschaftlichen Gutachten in den Z- und im M-Verfahren von denselben Gutachtern zeitgleich geführt wurden. Wenn die wirtschaftlichen Gutachter aber in der Folge ihre Rechnungsmethode bezüglich eines Faktors, der – wie die Kostenzuteilung Sprache/Daten – von eklatanter Bedeutung für das Endergebnis ist, innerhalb eines Monats ändern, so scheint das Kriterium der "Rechtssicherheit" als Begründung für diesen abrupten Methodenwechsel (gelinde gesagt) ungeeignet.

Auch die Versuche der TKK im Bescheidentwurf, den kurzfristigen Sprung zu einem neuen Kostenrechnungssystem zu rechtfertigen, können nicht überzeugen: Die TKK hält dazu fest, dass die Z- und M-Verfahren "unterschiedliche Zeiträume" umfassen (in den Zusammenschaltungsanordnungen würden Entgelte für einen (primär) in der Vergangenheit liegenden Zeitraum festgelegt, während sich das M-Verfahren auf einen in der Zukunft liegenden Zeitraum beziehe). Erstens bleibt die TKK auch damit eine nachvollziehbare Begründung schuldig, warum bei einer Kostenrechnung betreffend aufeinanderfolgende Zeiträume, die zu einem nahezu identen Zeitpunkt (November und Dezember 2008) beurteilt werden, ein plötzlicher einschneidender Paradigmenwechsel gerechtfertigt sein soll. Zweitens decken auch die Z-Entscheidungen (wie der vorliegende Bescheidentwurf) zum Teil zukünftige Zeiträume ab. Drittens und vor allem besteht zwischen den Z-Entscheidungen und dem gegenständlichen Bescheidentwurf aber ein grundlegender inhaltlicher Zusammenhang: In den Z-Verfahren wurde – begründet mit den Ergebnissen der nach "Szenario 3" durchgeführten Kostenrechnung, und insbesondere auch unter Heranziehung der nach dieser Methode berechneten niedrigsten Kosten (von Orange in Höhe von Cent 1,87) als Benchmark<sup>1</sup> – eine Vorverlegung des im aufgehobenen Marktanalysebescheid zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 normierten Gleitpfads um sechs Monate und vor

---

<sup>1</sup> Siehe das Wirtschaftliche Gutachten zu Z 12/06 ff, S 177: "Wie die Analyse der Kostenrechnung in Kapitel 7 ergeben hat, wird [...] der vollständig auf Plandaten beruhende Benchmark des Jahres 2009 durch Orange in Höhe von 1,87 €cent [vorgegeben]. [...] Um andererseits der eingetretenen Entwicklung Rechnung zu tragen [...] scheint aus gutachterlicher Sicht eine Anpassung des im Rahmen der letzten SMP-Entscheidung angeordneten Gleitpfades insofern angebracht, als der ursprünglich per 1.1.2009 zu erreichende Zielwert bereits per 1.7.2008 erreicht werden sollte, wodurch sich zu diesem Zeitpunkt für TMA ein zusätzlicher Anpassungsbedarf von 0,08 €cent, für Orange von 0,7 €cent und für H3G in Höhe von 2,04 €cent ergäbe. Nachdem ein solcher Anpassungsschritt zwar das Ziel der Symmetrie zwischen den Mobilfunkbetreibern sicherzustellen vermag, nicht aber der zwischenzeitlich eingetretenen deutlichen Absenkung der Terminierungskosten gerecht wird, schlagen die Gutachter überdies vor, bis zum Vorliegen der Ergebnisse der nächsten Marktanalyse – und ohne Fixierung eines konkreten Zielwertes – am 1.1.2009 einen weiteren Absenkungsschritt für alle Betreiber [...] in gleicher Höhe von 1,22 €cent [...] vorzunehmen." (Hervorhebung nicht im Original)

allem auch ein weiterer Absenkungsschritt in Höhe von Cent 1,22 ab 1.1.2009 (somit auf Cent 4,5) normiert. Die gegenständliche im Entwurf vorliegende Marktanalyseentscheidung will diesen Betrag von Cent 4,5 als Ausgangswert für den neuen Gleitpfad übernehmen. Der vorliegende Bescheidentwurf baut daher inhaltlich auf den Feststellungen und insbesondere der Kostenrechnung in den Z-Verfahren auf, obwohl diese Kostenrechnung in der Begründung des Bescheidentwurfs als letztlich unrichtig, vergangenheitsbezogen und somit überholt wiederum verworfen wird.

Im Ergebnis müssen somit alle Versuche, den eklatanten Widerspruch zwischen den nahezu zeitgleich ergangenen Wirtschaftlichen Gutachten zu Z 12/06 ff und zum Bescheidentwurf im M-Verfahren zu entkräften oder im Hinblick auf die Auswirkung auf das M-Verfahren herunterzuspielen, fehlschlagen. TMA kann sich des Eindrucks nicht verwehren, dass die WG und ihr folgend die Regulierungsbehörde diesbezüglich ein unsachgemäßes "cherry picking" betreiben: Um die massive Entgeltsenkung im Z-Verfahren zu rechtfertigen, wird die Kostenrechnung nach "Szenario 3" herangezogen, weil diese für das Jahr 2009 einen niedrigeren Wert als das "Szenario 4" (Cent 1,87 vs Cent 2,71) bietet. Für das M-Verfahren wird hingegen der "passende" Wert nach "Szenario 4" verwendet. Für TMA ist in einer solchen Vorgangsweise keine ausgewogene, vorhersehbare, transparente und somit verhältnismäßige Wettbewerbsregulierung zu erblicken.

Der Wechsel von "Szenario 3" zu "Szenario 4" hat massive Auswirkungen auf das Ergebnis der Kostenrechnung: Das K1-Ergebnis 2009 für zB TMA steigt vom Wirtschaftlichen Gutachten im Z-Verfahren zu jenem im M-Verfahren um rund 50 %. Das K1-Ergebnis 2009 für Orange steigt sogar um rund 100 %. Außerdem führt die Anwendung von "Szenario 4" dazu, dass für das Jahr 2008 die Mobilkom, und für die Jahre 2009 und 2010 H3G über den niedrigsten K1-Wert verfügen sollen, während bei Anwendung von "Szenario 3" jeweils Orange den Benchmark für die Jahre 2008 und 2009 bilden würde (siehe dazu näher unten Punkt IV.1.). Der Szenariowechsel führt demnach zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen.

TMA betont, dass damit nicht das eine oder das andere Ergebnis für TMA "richtiger" ist. Für TMA belegt diese Inkonsistenz in den Wirtschaftlichen Gutachten jedoch die Fehlerhaftigkeit des von den Amtsgutachtern gewählten Ansatzes. Die kaum begründete Änderung der Berechnungsmethode bei der Allokation von Sprache und Daten lässt die gesamte Kostenrechnung in den Wirtschaftlichen Gutachten äußerst "beliebig" erscheinen. TMA weist auf den damit jedenfalls verbundenen Begründungsmangel einer entsprechenden bescheidmäßigen Regelung hin.

Vor diesem Hintergrund erneuert TMA ihren Antrag, die TKK (und die wirtschaftlichen Gutachter) mögen die Kostenaufteilung von Sprache und Daten gemäß dem von TMA im Verfahren vertretenen Ansatz (siehe dazu auch unten Punkt III.3.) bzw. unter Berücksichtigung der Kritik von Frontier Economics und Ovum neu berechnen.

### **c) Mangelnde Eignung des Berechnungsansatzes im Maßnahmenentwurf**

Wie von TMA im Verfahren dargelegt, ist das im Maßnahmenentwurf (auf der Basis des WG) angewendete "Verursachungsprinzip" bei der Kostenzurechnung für Sprache und Daten aber auch grundsätzlich ungeeignet, um dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) sowie den Zielsetzungen des TKG 2003 bei der Festlegung von Terminierungsentgelten genüge zu tun:

- Eine solche Kostenrechnung bevorzugt den Incumbent Mobilkom, da diese aufgrund ihres "First Mover Advantage" das höchste Sprachverkehrsvolumen aufweist. Das Modell benachteiligt somit später in den Markt eingetretene Betreiber insofern, als diese wegen des im Vergleich zur Mobilkom bedeutend geringeren Sprachverkehrsvolumens im Netz, aber vergleichbarer Datenverkehrsentwicklung, im Ergebnis jedenfalls weniger sprach- und damit terminierungsrelevante Kosten geltend machen können.
- Dieses Ergebnis widerspricht jeglicher wirtschaftlicher Logik, da nicht das Unternehmen mit dem höchsten Verkehrsvolumen, sondern vielmehr der kleinste Betreiber jener mit den geringsten Stückkosten sein soll. In einer fixkostengetriebenen Branche wie jener der Telekommunikation ist es aber de facto denkunmöglich, dass ein "kleinerer" Mobilfunknetzbetreiber die niedrigsten Netzkosten pro Minute aufweisen soll.
- Wie aus dem WG (Punkt 8.3.4) erkennbar, ist der von den Gutachtern (und ihnen folgend im Maßnahmenentwurf) verfolgte Ansatz auch mit einer Reihe von technisch umstrittenen Fragen der Zurechnung von Sprache und Daten (zB betreffend die Datenrate von Sprache, der Auswirkung der Aufteilung der Nutzung auf Up- und Downlink, der tageszeitlichen Verteilung von Sprache und Daten und der Auswirkung unterschiedlicher Modulationsverfahren, des Protokoll-Overheads sowie der Priorisierung von Sprache) belastet. Dieser Ansatz ist daher auch deshalb ungeeignet, weil er äußerst komplexe technische Prämissen voraussetzt, die inhaltlich um-

stritten sind und somit die Aussagekraft und Richtigkeit der Zuordnung potentiell wesentlich beschränken.

- Die Allozierung von Kosten auf Daten steht gemäß Ovum in Widerspruch zu anderen Kostenrechnungsmodellen von Regulierungsbehörden in der EU. Das RTR-Modell führt zu einem deutlich höheren Kostenanteil, der wegen der Zuordnung zu Datenprodukten als nicht terminierungsrelevant angesehen wird, als dies in anderen EU-Mitgliedsstaaten beobachtet werden kann. Zu leicht macht es sich die TKK, wenn sie auf S 33 des Bescheidentwurfs dazu vermeint, dass jede Regulierungsbehörde den konkreten nationalen Umständen Rechnung zu tragen habe und daraus nicht der Schluss gezogen werden könne, dass die Erbringung von Datendiensten in den österreichischen Mobilfunknetzen unberücksichtigt bleiben muss. Wie der TKK aus dem Verfahren bekannt ist, verlangen weder TMA noch Ovum eine komplette Ausblendung der Erbringung von Datendiensten bei der Kostenzurechnung. Es geht vielmehr darum, die Unangemessenheit des von der Regulierungsbehörde herangezogenen "Verursachungsprinzips" aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang ist sehr wohl von Bedeutung, dass ein solches Modell, das den Datenanteil der Netzkosten unangemessen überbewertet, im europäischen Vergleich gänzlich unüblich ist.
- Die TKK hat ein Modell gewählt, das von Durchschnittskosten ausgeht und nicht auf die Unterscheidung zwischen inkrementellen Kosten für Sprachdienste bzw. Datendienste und fixen Gemeinkosten Rücksicht nimmt. Insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Nachfragecharakteristika nach Daten- und Sprachdiensten kann es durch Anwendung dieses Modells zu erheblichen Verzerrungen kommen, weil ein zu hoher Kostenanteil den Datendiensten zugerechnet wird. Dies wird von Ovum ebenfalls im Detail ausgeführt.
- Schließlich ist das im Maßnahmenentwurf vertretene Modell auch nicht mit den wirtschaftlichen Zielsetzungen des TKG 2003 in Einklang zu bringen. Wie schon im Verfahren ausgeführt, würde dieser Ansatz den Anreiz der Netzbetreiber zu Investitionen in Infrastruktur verringern. Dies widerspricht aber den Zielsetzungen des § 1 Abs 2 Z 1 sowie Z 2 lit c TKG.

**d) Richtiges Modell: Ein Modell, das auf die unterschiedlichen Nachfragecharakteristika Rücksicht nimmt**

TMA plädiert daher nochmals dafür, statt dem von den Gutachtern gewählten Ansatz des "Verursachungsprinzips" ein Modell zur Aufteilung von Daten und Sprache heranzuziehen, das stärker auf die unterschiedlichen Nachfragecharakteristika Rücksicht nimmt. Das von TMA im Verfahren vorgeschlagene "Tragfähigkeitsmodell" ist ein Zugang dazu. Hinsichtlich möglicher Alternativen verweist TMA auf das einschlägige Vorbringen von Ovum und Frontier Economics.

Wenn die TKK dazu auf S 30 des Bescheidentwurfs ausführt, dass Kosten und Umsätze in keinem eindeutigen Zusammenhang stünden, weswegen der Mobilfunkbetreiber über die Gestaltung und Bepreisung seiner Endkundenprodukte für Daten die Kosten der Mobilterminierung (Sprache) steuern könnte, so ist nochmals auf das Vorbringen der TMA im Schriftsatz vom 16.12.2008 zu Z 12/06 ff und darauf zu verweisen, dass gerade auch das von den Gutachtern herangezogene "Verursachungsprinzip", das eine Kostenaufteilung entsprechend der Allokation nach (technischen) Ressourcen für Sprache und Daten postuliert, jedenfalls noch zu viel fragwürdigeren Ergebnissen führt. Wie im WG selbst (und im diesbezüglichen Vorbringen der TMA) dargestellt, lässt sich bei fast jedem Netzelement trefflich über die richtige technische Ressourcenaufteilung zwischen Sprache und Daten streiten, was zu einer massiven Fehleranfälligkeit und Beliebigkeit gerade dieses Systems führt. Ein Modell, das stärker auf die unterschiedlichen Nachfragecharakteristika Rücksicht nimmt, würde hingegen die Kosten nach Maßgabe der Belastbarkeit der einzelnen Kostenträger mit fixen Kosten verteilen und somit den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und folglich auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzips des § 34 TKG viel eher entsprechen.

TMA stellt wiederholt somit den Antrag, die in den Gutachten von Frontier Economics von März 2009, in den Punkten 3. und 5. (sowie Anhänge 1 und 2) und von Ovum von März 2009, in den Punkten 4.1. (hinsichtlich Abschreibungsmethodik, Daten/Voice Umrechnung), 4.2. (hinsichtlich Abschreibungsmethodik) und 4.3. (hinsichtlich WACC-Bestimmung) an den Kostenrechnungs- oder Regulierungsansätzen vorgebrachte Kritik in einer Ergänzung zum Wirtschaftlichen Gutachten in diesem M-Verfahren zu berücksichtigen. TMA erhebt die Ausführungen im Frontier Economics und im Ovum-Gutachten nochmals zu eigenem Vorbringen in diesem Verfahren.

## **IV. ZUR FESTLEGUNG DER VERFAHRENSGEGENSTÄNDLICHEN ZUSAMMENSCHALTUNGSENTGELTE**

Der Bescheidentwurf sieht die Anordnung von reziproken Zusammenschaltungsentgelten von Cent 4,5 ab Zustellung des Bescheides bis 30.6.2009 vor. Im Rahmen eines Gleitpfades soll diese Entgelthöhe in halbjährlichen Absenkungsschritten von jeweils Cent 0,6225 (gerundet) bis zum 1.1.2011 auf einen Zielwert von Cent 2,01 gesenkt werden.

Die Anordnung eines solchen Gleitpfades wäre aus mehreren Gründen grob unverhältnismäßig iSd § 34 TKG 2003 und somit rechtswidrig. TMA verweist diesbezüglich auf ihr bisheriges verfahrensgegenständliches Vorbringen und fasst dieses nochmals zusammen wie folgt:

### **1. Unzulässigkeit der Heranziehung von H3G als Benchmark**

Die TKK will die für H3G im WG für das Jahr 2010 errechneten Kosten als Benchmark für den Zielwert des Gleitpfades heranziehen. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass die geringsten ermittelten aktuellen Kosten für die verfahrensgegenständliche Leistung eine geeignete Annäherung an die LRAIC eines effizienten Betreibers darstellen; H3G als Betreiber mit den geringsten Kosten im Jahr 2010 gebe somit die LRAIC eines effizienten Betreibers vor (siehe Bescheidentwurf S 26 ff).

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung können die für H3G ermittelten Kosten aber schon aus folgenden Gründen nicht den Maßstab für die Entgeltregulierung für alle von diesem M-Verfahren betroffenen Betreiber bilden:

- Erstens ist nochmals auf die Unzulänglichkeiten bei der in diesem Verfahren durchgeführten Kostenrechnung zu verweisen (siehe dazu bereits oben Punkt III.). Das im WG erzielte Ergebnis, wonach H3G mit Kosten von Cent 2,01 zum Jahr 2010 die geringsten aktuellen Kosten aufweist beruht zu einem erheblichen Ausmaß auf einer unsicheren und zum Teil beliebigen Heranziehung bestimmter Kostenparameter. Ein solches fast schon "zufälliges" Ergebnis einer Kostenrechnung kann keine ausgewogene und somit verhältnismäßige Grundlage für eine Gleitpfadregulierung sein.

- H3G ist als reiner UMTS-Betreiber mit entsprechend niedrigeren Versorgungsauflagen (nämlich nur jene aus der UMTS-Konzession), entsprechend anderen Kostenstrukturen, etc ungeeignet, als Benchmark-Unternehmen für die drei übrigen GSM/UMTS-Betreiber zu fungieren.
- H3G weist auch deshalb völlig andere Kostenstrukturen als die anderen Betreiber auf bzw kann weitaus kostengünstiger produzieren, weil H3G einen Großteil seiner Dienstleistungen im Rahmen einer National Roaming-Vereinbarung mit einem anderen Netzbetreiber erbringt. Hinzu kommt, dass H3G bei der Erfüllung der kartellrechtlichen Auflagen der Fusion zwischen TMA und tele.ring wesentliche Teile ihrer Netzinfrastruktur unter Marktpreis erwerben konnte und auch deshalb massive Kostenvorteile im Vergleich zu den anderen Betreibern genießt (TMA verweist dazu auch nochmals auf die vorgelegten Gutachten von Ovum und Frontier Economics).

In diesem Zusammenhang ist auch nochmals zu betonen, dass es die TKK in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis gerade wegen dieser Kostenvorteile der H3G als gerechtfertigt ansah, der H3G höhere Absenkungsschritte bei den gleitpfadnormierten Terminierungsentgelten vorzuschreiben (siehe zB Bescheid Z 7/05, Punkt 7.3. Darin führte die TKK wörtlich aus: "*Diese grundlegenden Unterschiede zwischen GSM- und UMTS-Betreibern rechtfertigen es auch, die Absenkungsschritte der Hutchison nicht auch für die anderen GSM-Betreiber zur Anwendung zu bringen.*") Wenn die TKK nun aber H3G als Benchmark für die Normierung der Terminierungsentgelte auch der anderen Betreiber heranziehen will, so führt sie diese bisherige ständige Rechtsprechung im Ergebnis ad absurdum. Die massiven Kostenvorteile der H3G, die bisher gesonderte Absenkungsschritte bei den Terminierungsentgelten der H3G ausdrücklich rechtfertigten, sollen sich nun in massiv geringeren Terminierungsentgelten auch der anderen (ohnehin kostenbenachteiligten) Mobilfunkbetreiber auswirken.

Die TKK kann diesen Argumenten im Bescheidentwurf letztlich keine konkreten Einwendungen entgegenhalten. Wenn die TKK dazu vermeint, dass "auch hinsichtlich möglicher anderer Benchmarks [...] eine Vielzahl betreiberindividueller Gründe angeführt werden [könnte], weswegen ein bestimmtes Unternehmen nicht herangezogen werden kann", so bestätigt sie nur die hier vertretene Position der TMA (und obliegt offenbar einem Missverständnis bezüglich der wesentlichen Aussagen des Ovum-Gutachtens): Ein individueller Betreiber – insbesondere aber H3G – eignet sich aus dieser "Vielzahl" von Gründen eben grundsätzlich nicht als Kostenbenchmark; vielmehr ist, um ein möglichst verhältnismäßiges Ergebnis erzielen zu können, eher auf einen Durchschnittswert im Sinne eines hypothetischen Betreibers abzustellen.

TMA spricht sich deshalb auch weiterhin gegen die Verwendung der Kosten eines individuellen Betreibers als Benchmark aus. Richtig ist, dass TMA bereits im Verfahren zu M 15a-d/03, M 13a-d/06 gegen den Versuch der TKK eintrat, die Netzkosten eines individuellen Betreibers, in diesem Fall namentlich der Mobilkom als Marktführer, als Benchmark heranzuziehen. Dies vorwiegend deshalb, da die Heranziehung der Mobilkom mit einem Marktanteil von ca 40 % als Benchmark für den Gleitpfad ebenfalls zwangsläufig zu einer Kostenunterdeckung der anderen Betreiber geführt hätte<sup>2</sup>. Eine Heranziehung der Mobilkom als alternativer Benchmark wurde von TMA auch deshalb im laufenden Marktanalyseverfahren nie beantragt. Ein Mobilkom-Benchmark würde im Vergleich zu einem Benchmark H3G allerdings noch das "kleinere Übel" aus Sicht der Betreiber und im Sinne einer verhältnismäßigen Regulierung darstellen, da sich H3G aus den oben genannten Gründen noch weniger als Kostenmaßstab für einen Gleitpfad eignet.

Die ökonomisch und regulatorisch noch am besten geeignete und somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz am ehesten entsprechende Variante wäre hingegen der schon in früheren Marktanalyseverfahren auch von TMA vertretene Ansatz eines hypothetischen Betreibers mit einem durchschnittlichen Marktanteil als Kostenbenchmark.<sup>3</sup> Auch der von der TKK im Bescheidentwurf zitierte Entwurf einer Empfehlung zur regulatorischen Behandlung von Terminierungsentgelten der Europäischen Kommission, die seit 7. Mai 2009 in ihrer finalen Fassung vorliegt (C(2009) 3359), zielt im übrigen auf diese Richtung ab: Die Kommission tritt darin, wie die TKK selbst festhält, für eine Abstrahierung von betreiberverindividuellen Umständen ein<sup>4</sup>:

To determine the minimum efficient scale for the purposes of the cost model, and taking account of market share developments in a number of EU Member States, the recommended approach is to set that scale at 20% market share. It may be expected that mobile operators, having entered the market, would strive to maximise efficiency and revenues and thus be in a position to achieve a minimum market share of 20%. In case an NRA can prove that the market conditions in the territory of that Member State would imply a different minimum efficient scale, it could deviate from the recommended approach.

---

<sup>2</sup> Wird nämlich (mit der TKK) unterstellt, dass sämtliche Mobilfunknetzbetreiber effizient anbieten, so ergeben sich Unterschiede in den Kosten pro Terminierungsminute ausschließlich aus unterschiedlichen Verkehrsmengen. Dies bedeutet aber, dass die Kosten pro Terminierungsminute eines Betreibers mit einem größeren als dem durchschnittlichen Marktanteil nicht als Maßstab für die Kosten der effizienten Leistungserstellung herangezogen werden können. Für die anderen Betreiber ist es nämlich unmöglich, diesen Kostenwert pro Terminierungsminute zu erreichen, weil sich dieser Wert im konkreten Fall am Marktführer Mobilkom mit über 40 % Marktanteil orientiert hätte.

<sup>3</sup> TMA verweist in diesem Zusammenhang aber auch nochmals auf ihr bisheriges Vorbringen bzw auf ihre im Verfahren gestellten Anträge, wonach der bisherige Zielwert in Höhe von Cent 5,72 jedenfalls bis zum mindest Ende 2010 beizubehalten ist und ein möglicher neuer Zielwert (auf welcher Basis immer) erst für frühestens Ende 2012 festzusetzen ist.

<sup>4</sup> Commission Recommendation of 7.5.2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU, C(2009) 3359, Seite 13;

## 2. Verstoß gegen § 42 TKG 2003

Die im Bescheidentwurf vorgesehene Gleitpfadregulierung würde darüber hinaus in mehrfacher Hinsicht gegen die der Entgeltregulierung zu Grunde liegende Bestimmung des § 42 TKG 2003 verstoßen.

Wie die TKK unter Punkt 5.2.5.1 des Bescheidentwurfs zunächst richtig ausführt, ermöglicht § 42 TKG 2003 verschiedene Varianten der Entgeltkontrolle. Die im Maßnahmenentwurf vorgeschlagene Variante überschreitet aber den der Behörde in § 42 TKG 2003 eingeräumten Ermessensspielraum in mehrfacher Hinsicht.

Erstens verstößt die Heranziehung der Kosten der H3G als Benchmark gegen § 42 Abs 2 letzter Satz TKG 2003, wonach die Regulierungsbehörde bei der Entgeltregulierung auch Entgelte berücksichtigen kann, "die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten". Wie die TKK in ständiger Rechtsprechung feststellt, handelt es sich bei Terminierungsmärkten aber gerade nicht um Wettbewerbs-, sondern vielmehr um Monopolmärkte, auf denen der jeweilige Netzbetreiber einen Marktanteil von 100 % hält. Nach dem klaren Wortlaut und Zweck der genannten Gesetzesbestimmung können daher die auf dem Monopolmarkt für Terminierungsleistungen im Netz der H3G bestehenden Entgelte/Kosten nicht als Maßstab für die Entgeltregulierung auch auf anderen Terminierungsmärkten (wie jenem der TMA) genutzt werden.

Zweitens verlangt § 42 Abs 1 TKG 2003, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen der Entgeltkontrolle "den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen" und es ihm insbesondere zu ermöglichen hat, "eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften".

Dieser gesetzgeberische Auftrag an die Wettbewerbsregulierung ist eindeutig: Die Entgeltregulierung hat effizient agierenden Betreibern<sup>5</sup> die Erwirtschaftung einer angemessenen Marge zu ermöglichen, wobei insbesondere auch bisherigen Investitionen und dem mit der Geschäftstätigkeit des Betreibers verbundenen wirtschaftlichen Risiko Rechnung zu tragen ist. Eine Entgeltregulierung, die einzelnen Betreibern Entgelte unter den eigenen Kosten auferlegt und sie somit dazu zwingt, Dienstleistungen und Produkte am Markt mit Verlust anzubieten, würde somit eindeutig und eklatant gegen die gesetzliche Vorgabe des § 42 TKG 2003 verstoßen.

---

<sup>5</sup> Die Voraussetzung der effizienten Leistungsbereitstellung ist selbst aus Sicht der TKK bei allen Mobilfunkbetreibern erfüllt (siehe zB Maßnahmenentwurf S 70: "Aus diesem Grund wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass produktive Effizienz weitgehend sichergestellt ist, [...].")

Die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte der TMA würde nun aber zu einer solchen regulatorisch erzwungenen massiven Netzkostenunterdeckung für TMA führen. Bei Umsetzung des vorgesehenen Gleitpfads würde TMA eine Netzkostenunterdeckung von rund EUR 20 Mio für das Jahr 2010 und von ca EUR 4 Mio bereits für das zweite Halbjahr 2009 erleiden (siehe dazu auch die Stellungnahme der TMA vom 3.4.2009, S 2 f). Dies wird selbst von der TKK im Maßnahmenentwurf (S 75) anerkannt, wenn die Behörde ausführt, "dass zwei der vier Mobilfunkbetreiber die festgestellten individuellen Kosten nicht ersetzt erhalten". Obwohl die TKK im Bescheidentwurf festhält, dass § 42 Abs 1 TKG 2003 "eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der Investitionen und den mit diesen verbundenen Risiken" fordert (Maßnahmenentwurf S 71), bestätigt sie somit letztlich selbst, dass der Entwurf für TMA (und einen weiteren Betreiber) unter den eigenen Kosten liegende Entgelte anordnen soll. Sie versucht diesen gesetzwidrigen Effekt damit zu rechtfertigen, dass die betroffenen Betreiber in den Jahren 2007 – 2009 Entgelte über den individuellen Kosten lukrieren konnten und dass somit bei einer "Gesamtbetrachtung" kein unverhältnismäßiger Eingriff vorliege (Bescheidentwurf S 75). Dieser Rechtfertigungsversuch muss aber aus mehreren Gründen fehlschlagen:

- Erstens entsprachen auch die bisherigen Entgeltregulierungen, auf die sich die TKK nun bezieht, nach ihrer eigenen Auffassung den gesetzlichen Vorgaben und sahen somit angemessene Terminierungsentgelte in gesetzmäßiger Höhe vor. Wäre dies nicht der Fall, so hätte die TKK Entgelte in solcher Höhe in den früheren Verfahren gar nicht anordnen dürfen. Allfällige "Übergewinne" von TMA im Rahmen früherer Entgeltregulierungen (die von TMA ohnehin immer vehement bestritten wurden, weil die Behauptung von solchen Gewinnen auf einer unrichtigen Kostenrechnung der TKK und der wirtschaftlichen Gutachter beruhte) waren daher auch aus Sicht der TKK verhältnismäßig und können folglich nicht als Argument für eine Rechtfertigung einer nunmehr vorgesehenen Kostenunterdeckung der TMA herangezogen werden.
- Zweitens hat eine Marktanalyse gemäß den §§ 37 TKG 2003 (wie vom VwGH ausgesprochen) zukunftsorientiert zu erfolgen, sodass behauptete "Übergewinne" in der Vergangenheit für die Entgeltregulierung von vornherein keine Rolle spielen können.
- Drittens sieht das Gesetz (§ 42 TKG 2003) nicht die Möglichkeit einer „Aufrechnung“ von für die Zukunft normierten Kostenunterdeckungen mit möglichen Gewinnen in Vorperioden vor. Vielmehr postuliert § 42 TKG 2003 – aus guten Grün-

den (Förderung von Innovation und Investition im Sektor, Planungssicherheit, etc) – das absolute und uneingeschränkte Verbot einer unter den eigenen Kosten des betroffenen Betreibers liegenden Entgeltregulierung.

Indem die TKK im Übrigen eingestehlt, dass das vor ihr vorgeschlagene Modell ("nur") bei zwei von vier Betreibern zu kostenunterdeckenden Entgelten führen würde, bestätigt sie die noch verschärzte Unverhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme. Diese führt nämlich auch zu einer eklatanten Ungleichbehandlung der einzelnen betroffenen Betreiber, weil sie manchen die Lukrierung von Gewinnen ermöglicht, während sie andere zur Erwirtschaftung von Verlusten zwingt.

Aus all diesen Gründen würde die vorgeschlagene Maßnahme einen eklatanten Verstoß gegen § 42 TKG 2003 darstellen und ist auch deshalb abzulehnen.

### **3. Zur anzuwendenden Sachlage**

Das WG (und ihm folgend der Maßnahmenentwurf) greift für die Kostenrechnung im Ergebnis nicht auf die verfügbaren IST-Daten des Jahres 2008, sondern auf die Plandaten für das Jahr 2010 zurück. Dies hat naturgemäß massive Auswirkungen auf den Zielwert des Gleitpfads, der bei einer Heranziehung der IST-Daten für das Jahr 2008 bei weitem höher ausgefallen wäre.

TMA betont an dieser Stelle nochmals, dass die Heranziehung von unsicheren Plandaten für zukünftige Kostenstrukturen als Grundlage für die Entgeltbemessung unverhältnismäßig und folglich unzulässig ist: Im Gegensatz zum WG in diesem M-Verfahren stellte die TKK in ihren bisherigen Entscheidungen zum Gleitpfad jeweils auf die IST-Kosten des zuletzt verfügbaren gesamten Kalenderjahres (zur Festlegung des Zielwerts) ab (siehe dazu M 15a-e/03, M 13a-e/06 vom 15.10.2007). Dabei argumentierte die TKK, dass die IST-Werte auf aktuellen und tatsächlichen Werten beruhten, während Plandaten für kommende Jahre unsichere Prognosen erfordern würden. Im WG und im Maßnahmenentwurf soll von dieser bisher bewährten Praxis nun aber abgegangen und eine unsichere Kostenabschätzung für zukünftige Jahre eingeführt werden. TMA spricht sich vehement gegen eine solche Vorgangsweise aus; dadurch würde sich die ohnehin wegen der Heranziehung einer Vielzahl von angreifbaren Prämissen (insbesondere bei der Kostenrechnung) bestehende "Unsicherheit" bei der Ausgestaltung des Gleitpfads weiter erhöhen.

Die TKK begründet diese Kehrtwendung im Wesentlichen damit, dass die früheren Prognoseunsicherheiten nicht mehr gegeben seien, "da empirische Daten zur Entwicklung von Datendiensten in den letzten Jahren vorliegen" (Bescheidentwurf S 75). Diese Aussage ist erstens fragwürdig, weil nicht nachvollziehbar ist, warum gerade gegenwärtig (in Zeiten einer globalen Wirtschaftskrise) weniger Prognoseunsicherheiten als früher bestehen sollen. Zweitens übersieht die TKK, dass es in diesem Zusammenhang nicht nur um die Prognose der Entwicklung von Datendiensten, sondern auch einer Vielzahl weiterer Kostenfaktoren geht.

#### **4. Mangelnde Berücksichtigung privatautonom vereinbarter und marktüblicher Preise**

Wie auch die TKK in ständiger Rechtsprechung anerkennt, gilt der Grundsatz des Vorrangs der Privatautonomie auch im Bereich der Wettbewerbsregulierung des TKG 2003. Privatautonom geschlossene vertragliche Vereinbarungen gehen daher grundsätzlich regulierungsbehördlichen Anordnungen vor. Vor diesem Hintergrund ist es im Sinne einer verhältnismäßigen und ausgewogenen Entgeltregulierung auch im Bereich der Marktanalyse gemäß §§ 37 TKG 2003 geboten, die am Markt üblicherweise vereinbarten Preise zu berücksichtigen.

Wie schon im Verfahren weist TMA dazu nochmals darauf hin, dass TMA mit allen Zusammenschaltungspartnern mit Ausnahme von H3G bilaterale Vereinbarungen auf Grundlage des in den aufgehobenen Marktanalysebescheiden vom 15.10.2007 festgelegten kostenorientierten Terminierungsentgeltes getroffen hat.

Der von der Regulierungsbehörde in der letzten (und in der Zwischenzeit aufgehobenen) Marktanalyse zur Mobilterminierung normierte Gleitpfad (Zielwert Cent 5,72 ab 1.1.2009) wurde daher zum üblichen Standard in nahezu der gesamten österreichischen Mobiltelekommunikationsbranche. Dies ist ein klarer Hinweis darauf, dass eine Anordnung des Gleitpfads in seiner bisherigen Ausprägung weiterhin verhältnismäßig im Sinne des § 34 TKG 2003 wäre.

In diesem Zusammenhang weist TMA im übrigen auf eine in ihrer Bedeutung nicht gänzlich klare Passage im Bescheidentwurf auf den S 78f hin. Die TKK führt darin aus, dass die anzuordnende Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 sicherstellen soll, dass die auferlegten Entgelte "zum gleichen Wirkungsbeginn allen Zusammenschaltungspartnern eingeräumt werden". Die Behörde will die Art der Umsetzung dieser Verpflichtung den Ver-

fahrensparteien überlassen. Dabei bleibt für TMA unklar, ob der TKK damit vorschwebt, den bisher geltenden Grundsatz des Vorrangs der Privatautonomie insgesamt außer Kraft zu setzen. Soll der Anpassungsbedarf zB auch für bestehende Terminierungsverträge eintreten, die eine unbedingte Geltung des alten Zielwertes von Cent 5,72, ohne Öffnungs-klausel im Fall einer anderwertigen Regulierungsentscheidung, vorsehen? Wenn ja: Wie soll eine solche Anpassung durchgeführt werden, wenn der betroffenen Verfahrenspartei gar keine vertraglichen Möglichkeiten zu einer sofortigen Anpassung zukommen?

## **5. Internationales Benchmarking**

Wie schon im Verfahren ausführlich dargelegt, gehören die durchschnittlichen österreichischen Mobilterminierungsentgelte bereits jetzt zu den niedrigsten in Europa (aus dem im WG zitierten IRG-Snapshot vom Juli 2008 ergibt sich, dass die österreichischen Terminierungsentgelte die viertniedrigsten der 27 EU-Mitgliedstaaten waren).

Eine weitere Herabsetzung der Mobilterminierungsentgelte der TMA, wie im Maßnahmenentwurf vorgesehen, wäre auch vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig und würde die österreichische Mobilfunkindustrie auch gegenüber dem ausländischen Mitbewerb beim Austausch grenzübergreifenden Verkehrs massiv benachteiligen.

## **6. Regulierung der Mobilterminierungsentgelte im Verhältnis zu jener im Festnetzbereich**

Als wesentlichstes Wettbewerbsproblem sieht die TKK bekanntermaßen potentielle Wettbewerbsverzerrungen aus fest-zu-mobil durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte an. Die TKK hat demzufolge bereits 2005 einen Gleitpfad zur Absenkung der Mobilterminierungsentgelte festgelegt, der den Unterschied in der Höhe der Mobil- zu den Festnetzterminierungsentgelten von rund 12:1 auf rund 4,5:1 bis 2009 reduziert hat.

Das Wettbewerbsproblem muss demnach geringer geworden sein. Gleichzeitig plant die TKK in ihrem Bescheidentwurf zu Z 9/07 die Festnetzterminierungsentgelte um bis zu 37 % anzuheben.

Dieser Schritt ist insofern überraschend, als die Regulierungsbehörde noch zuletzt eine Erhöhung der Festnetzterminierungsentgelte aus guten Gründen abgelehnt hat (vgl. [http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation\\_FN\\_VLReg/Konsultationsdokument.pdf](http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation_FN_VLReg/Konsultationsdokument.pdf)):..

Gegenwärtig werden die kostenorientierten Entgelte für die Festnetz-Vorleistungen Originierung und Terminierung von der Regulierungsbehörde mittels FL-LRAIC festgelegt. Dieses Regime führt in der gegenwärtigen Marktsituation zu den folgenden Problemen: Die fest-mobil Substitution hat dazu geführt, dass die Minuten und Umsätze aus Verbindungsleistungen im Festnetz in den letzten Jahren – insbesondere im Privatkundensegment – stark zurückgegangen sind. Da sich die Kosten – selbst bei Zugrundelegung eines effizienten Netzes – nicht im gleichen Ausmaß reduzieren lassen, würde dies zu einer Erhöhung der nach FL-LRAIC berechneten Vorleistungspreise für Originierung und Terminierung führen. Dies könnte im Weiteren auch zu einer Erhöhung der Endkundenpreise führen, da ja eine Abhängigkeit zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten besteht. Höhere Vorleistungs- und Endkundenpreise würden aber zu einer Verstärkung der fest-mobil Substitution und zu einem noch stärkeren Rückgang der Mengen im Festnetz führen, und dies wiederum zu höheren Entgelten. Weiters werden im bestehenden Regime auch mögliche Endkundenpreissenkungen durch Telekom Austria verhindert, die zu einem margin squeeze führen würden (z.B. echte flat rates) bzw. auch Endkundenpreissenkungen von ANBs, da diese immer Auszahlungen pro Minute auf der Vorleitungsebene haben. Dies ist auch aus Sicht der Endkunden unbefriedigend.<sup>1</sup>

Eine sachliche Rechtfertigung für diesen Dogmenwechsel findet sich auch im Bescheidentwurf zu Z 9/07 nicht. Offensichtlich entspringt das aktuelle Vorgehen einem Wunsch, regulatorische Fehler in der Vergangenheit durch nunmehrige "Geschenke" an die Festnetzindustrie ausgleichen zu wollen. Es ist fraglich, aus welchem Grund die TKK/RTR hier Industrie-/oder Incumbentschutz vornehmen will - eine Grundlage dafür im TKG 2003 gibt es jedenfalls nicht.

Eine weitere Absenkung der Mobilterminierungsentgelte reduziert (in der gegenständlichen Form jedoch in unverhältnismäßiger Weise) das potentielle Wettbewerbsproblem überhöhter Terminierungsentgelte weiter. Eine gleichzeitige Anhebung der Festnetzterminierungsentgelte ist kein geeignetes Mittel zur Reduktion des angeblichen Wettbewerbsproblems und ist aus den oben, von der Regulierungsbehörde selbst festgestellten Gründen, abzulehnen.

## **7. Zur Operationalisierung des Gleitpfads**

Abgesehen von den bisherigen Kritikpunkten ist die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Operationalisierung des Gleitpfads aus folgenden Gründen unverhältnismäßig und folglich abzulehnen:

### **a) Falscher Ausgangswert**

Als Ausgangswert für den im Bescheidentwurf normierten Gleitpfad will die TKK den im Rahmen der Z-Bescheide vom 21.4. normierten Wert von Cent 4,5 heranziehen. Zur Un-

angemessenheit dieser Entgelthöhe verweist TMA zunächst auf ihre Stellungnahme zum Maßnahmenentwurf in den Verfahren Z 12/06 ff und auch darauf, dass die Regulierungsbehörde in früheren Entscheidungen die zuletzt privatrechtlich vereinbarten Entgelte als Startwert berücksichtigte (siehe zB Bescheid Z 7/05, Punkt 7.3). TMA tritt daher nochmals für die Beibehaltung des im aufgehobenen M-Verfahren als Zielwert vorgesehenen Betrags von Cent 5,72, der mittlerweile zum üblichen privatrechtlich vereinbarten Marktstandard geworden ist, auch als neuen Startwert für den Gleitpfad ein.

**b) Falscher Zielwert**

Zur Unverhältnismäßigkeit und damit Unrechtmäßigkeit des im Maßnahmenentwurf vorgesehenen Zielwerts verweist TMA auf ihre sonstigen Ausführungen in diesem Schriftsatz.

**c) Unverhältnismäßige Gleitpfaddauer**

Der Bescheidentwurf sieht unter Abkehr von der bisherigen Regulierungspraxis und ohne nähere nachvollziehbare Begründung für diesen weiteren Schwenk eine Gleitpfadlaufzeit von nur bis Ende 2010 vor; im Ergebnis bedeutet dies, dass es innerhalb von ca 1,5 Jahren zu einer weiteren Absenkung der Terminierungsentgelte um einen Absolutbetrag von nahezu Cent 2,5 kommen soll. Dies entspricht einer Absenkung von ca 55 % (!) der Terminierungsentgelte während der Laufzeit des im Bescheidentwurf normierten Gleitpfads. Dabei ist nochmals eindringlich darauf hinzuweisen, dass die Mobilterminierungsentgelte im Zeitraum von Oktober 2005 (gewichteter Mittelwert Cent 12,5) bis Jänner 2009 (Cent 5,72) bereits um 54 % reduziert wurden. Geht man von dem bis zum Erlass der Zusammenschaltungsentscheide Z 12/06 ff regulierten Wert von Cent 5,72 aus und setzt diesen in Relation zum nun im Raum stehenden Endwert von Cent 2,01, so würde die Regulierungsbehörde die Terminierungsentgelte innerhalb eines Zeitraums von ca 18 Monaten um weitere 64 % (!) senken. Inwieweit eine derart einschneidende Maßnahme – gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten – noch mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit vereinbar sein soll, bleibt auch deshalb völlig im Dunkeln, weil sich die von der TKK in ständiger Rechtsprechung identifizierten Wettbewerbsprobleme im Laufe der nunmehr bereits langjährigen Entgeltregulierung und der damit verbundenen massiven Entgeltsenkungen bereits deutlich verringert haben müssen. Andernfalls müsste die TKK eingestehen, dass ihre bisherigen Regulierungsmaßnahmen falsch weil erfolglos waren und die Behörde müsste – bereits in diesem M-Verfahren – neue Wege beschreiten. Wenn nun aber eine (im Vergleich zu heute) schärfere Wettbewerbsproblematik im Zeitraum Oktober 2005 bis

Jänner 2009 eine Senkung der Mobilterminierungsentgelte um 54 % erfordert hat, so kann der nun geplante regulatorische Eingriff für die Zukunft vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips nur massiv gelinder ausfallen. Der Maßnahmenentwurf sieht im Gegenteil sogar eine weitere signifikante Beschleunigung der Herabsetzung der Terminierungsentgelte, im Fall der TMA sogar auf eine unter den Kosten liegendes Niveau, vor. Dies macht die Unangemessenheit des vorgeschlagenen Eingriffs besonders augenscheinlich.

TMA verweist in diesem Zusammenhang auch auf die bisherige Rechtsprechung der TKK, die zum Teil weit über drei Jahre laufende Gleitpfaddauern vorsah. TMA wiederholt daher nochmals eindringlich ihren Antrag, die TKK möge die im Bescheidentwurf vorgesehene Gleitpfaddauer bis zumindest Ende 2012 verlängern und einen angemessenen Gleitpfadendwert anordnen.

## **8. Verstoß gegen die Ziele des TKG**

Schließlich belegt auch ein Rückgriff auf die wesentlichen Zielsetzungen des TKG die Unverhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahme.

Die vorgeschlagene weitere massive Absenkung des Gleitpfads im laufenden Verfahren würde zu massiven Umsatzeinbußen der TMA und sogar zu einer einschneidenden Unterkostendeckung führen. Gerade in wirtschaftlichen Krisenzeiten sollte eine verhältnismäßige und angemessene staatliche Regulierung in wesentlichen Industriezweigen wie der Telekommunikation mit Augenmaß und unter Wahrnehmung einer volkswirtschaftlichen Verantwortung erfolgen. Die vorgeschlagene Maßnahme würde aber genau das Gegen teil, nämlich eine Bremsung der Mobiltelekommunikationsbranche als wesentlicher Faktor und Arbeitgeber der österreichischen Wirtschaft bewirken.

Investitionen im Telekommunikationssektor haben beträchtliche Multiplikatoreffekte: 40 % des Produktivitätswachstums und ein Viertel des Gesamtwachstums in Europa sind auf solche Investitionen zurückzuführen. Damit haben Investitionen in Telekommunikationsinfrastruktur eine nachweisbare, volkswirtschaftliche Hebelwirkung und wären gleichzeitig ein wesentlicher Beitrag zur Abschwächung der drohenden Rezession.

In diesem Zusammenhang ist die Regulierung von Mobilterminierungsentgelten von zentraler Bedeutung. TMA warnt die TKK eindringlich vor der negativen Auswirkung einer MTR-Senkung auf die Investitionsanreize der MNOs. Gerade in den Zeiten der Finanz-

marktkrise ist eine solide Finanzausstattung der Telekommunikationsindustrie in Österreich im Hinblick auf die notwendigen Investitionen dringend geboten. Die Angst vor weiteren Kreditausfällen führt dazu, dass Kreditinstitute ihre Liquidität konservieren und die Bedingungen für eine Kreditvergabe deutlich verschärfen. Infolgedessen wird es den Unternehmen deutlich erschwert, Fremdkapital aufzunehmen. Eine Verschuldung ist nur zu ungünstigen Konditionen, das heißt insbesondere zu einem hohen Spread (Risikoauschlag), möglich.

Das Ausmaß der Finanzmarktkrise wurde in der vorliegenden Regulierungsentscheidung überhaupt nicht berücksichtigt. Dieser Umstand wird sich zusätzlich negativ auf die Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber im Telekommunikationssektor auswirken.

Schon vor der Finanzmarktkrise zeichnete sich in den EU-Mitgliedstaaten eine immer stärkere Investitionszurückhaltung der Telekommunikationsunternehmen ab. Nach Angaben der OECD waren die Pro-Kopf-Investitionen im Telekommunikationssektor 2007 in den USA mehr als dreimal so hoch wie in Österreich.<sup>6</sup> In der industrieökonomischen Literatur wird die Investitionszurückhaltung der europäischen TK-Unternehmen u.a. auf das strenge Regulierungsregime in Europa zurückgeführt. Das Vorgehen der europäischen Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, das in den vergangenen Jahren primär auf eine Senkung der Endkundenpreise abzielte, destabilisiert die Erwartungen der Telekommunikationsnetzbetreiber im Hinblick auf die Rentabilität ihrer Investitionen. Neben den naturgegebenen Risiken auf einem innovativen Markt, die insbesondere durch technologische, nachfragebedingte und wettbewerbsbedingte Unsicherheiten hervorgerufen werden, sehen sich die europäischen MNOs unkalkulierbaren Risiken gegenüber, die durch das Regulierungsregime initiiert sind.

In einer Studie vom Juni 2008 zeigten A.T. Kearney und Prof David Newbery die vergleichsweise schlechte Kapitalrendite von Investitionen der Mobilfunkindustrie im Vergleich zu anderen Industrien auf. Mit einem Return on Capital Employed (ROCE) von nur 9 % lag die innovative Mobilfunkindustrie im Jahr 2006 an vorletzter Stelle und wurde nur noch von der Elektrizitätswirtschaft (mit 8 % ROCE) unterboten. In Branchen wie High Tech, Pharma und Software wurden ROCEs von über 20 % erzielt.<sup>7</sup> Bei einer weiteren Verschärfung der regulatorischen Rahmenbedingungen würde sich der ROCE derart absenken, dass es sich im Extremfall nicht mehr lohnt in die Netze zu investieren. Die MNOs würden hierdurch gezwungen, sich nach und nach aus dem Netzgeschäft zurück-

---

<sup>6</sup> Vgl. OECD, Communications Outlook 2007, S. 127.

<sup>7</sup> Vgl. A.T. Kearney, Newbery, D, DEMYSTIFYING THE EUROPEAN MOBILE INDUSTRY, Facts and Insights on the Economics of a Major European Industry, prepared for the GSMA in June 2008, S. 17.

zuziehen und entweder als reiner Service Provider zu agieren, der keine besonderen Investitionsrisiken trägt, oder in ganz anderen Bereichen zu investieren, in welchen diese restriktiven regulatorischen Rahmenbedingungen nicht vorhanden sind. Vor dem charakterisierten Hintergrund besteht die Gefahr, dass wichtige Investitionen in der gesamtwirtschaftlichen Schlüsselbranche ausbleiben. Dies wird sich zum einen auf die Qualität des aktuellen Netzes auswirken (Instandhaltung und Netzabdeckung) und auch zu dynamischen Ineffizienzen führen, da auch Investitionen in zukunftsträchtige Technologien ausblieben. Die charakterisierten Effekte, die sich direkt auf die Branche auswirken sind nur ein Aspekt. Zusätzlich sind indirekte Effekte auf den Arbeitsmarkt und das volkswirtschaftliche Wachstum zu erwarten, da die Telekommunikationsbranche eine Industrie von zentraler Bedeutung darstellt.

Die Gegenargumentation der TKK auf Seite 77 des Bescheidentwurfes, wonach übersehen werde, dass im Falle der Berücksichtigung der Wirtschaftssituation die anderen Betreiber und deren Endkunden die negativen Auswirkungen finanzieren müssten und sich der Umstand eines positiven wirtschaftlichen Umfeldes bei der Festlegung von Terminierungsentgelten in der Vergangenheit auch nicht (etwa durch einen zusätzlichen Abschlag von den Entgelten) niedergeschlagen hat, überzeugt nicht. Nach ihrem wirtschaftspolitischen und gesetzlichen Auftrag ist die TKK verpflichtet, realwirtschaftliche und zweifellos bestehende Umstände zu berücksichtigen, die negative Auswirkungen auf Infrastrukturinvestitionen, Innovationen, die Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur sowie bestehende Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer haben können.

Dieser Verpflichtung wird die TKK mit dem vorliegenden Bescheidentwurf nicht gerecht.

Aus all diesen Gründen hält TMA sämtliche im bisherigen Verfahren gestellten Anträge aufrecht.

Wien, am 19.5.2009

T-Mobile Austria GmbH