DORDA
BRUGGER
JORDIS RECHTSANWÄLTE GMBH

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

EINSCHREIBEN

Telekom-Control-Kommission

p.A. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Mariahilferstraße 77-79

1060 Wien

vorab via E-Mail: rtr@rtr.at

Unser Zeichen	**Durchwahl**	**Direktes Fax**	**Direkte E-Mail**	**Datum**
TMOB-HUTCH4; SP/We/Hu	(+43-1) 533 47 95-35	(+43-1) 533 47 95-5035	stephan.polster@dbj.at	24.3.2009

GZ:
Z 8/06, Z 21/06, Z 9/05

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

STELLUNGNAHME

einfach
1 HS
2 Beilagen

RECHTSANWÄLTE
Dr Christian Dorda
Dr Theresa Jordis
HonProf Dr Walter Brugger
Dr Florian Kremslehner
Mag Thomas Angermair
Dr Martin Brodey, LL.M.
Dr Andreas W. Mayr, LL.M.
Dr Andreas Zahradnik

MMag Dr Stefan Günther
Dr Tibor Varga
Dr Stephan Polster, M.A.
MMag Stefan Artner, MRICS
Mag Christoph Brogyányi
Dr Christoph Stippl, LL.M.
StB Dr Paul Doralt, LL.M.
Dr Axel Anderl, LL.M.
Dr Jürgen Kittel, LL.M.

Mag Francine Brogyányi
MMag Dr Felix Hörlsberger
Dr Christian Marth
Mag Georg Jünger
Dr Bernhard Müller
Dr Bernhard Rieder
MMag Dr Michael Riegler
Dr Philippe Kiehl, LL.M.
Mag Herwig Wünsch

IN KOOPERATION MIT
WP/StB Mag Martina Znidaric
StB MMag Dr Benjamin Twardosz, LL.M.
(beide nicht als Rechtsanwalt zugelassen)

Die RTR-GmbH übermittelte der Einschreiterin ("TMA") am 25.2.2009 einen Maßnahmenentwurf der Telekom-Control-Kommission ("TKK") zu Z 8/06, Z 21/06 und Z 9/05 gemäß § 128 TKG 2003 zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme bis zum 24.3.2009.

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

- Die im Maßnahmenentwurf (und im Wirtschaftlichen Gutachten) vorgenommene Kostenrechnung ist, insbesondere wegen der fehlerhaften Zuordnung von Kosten zu Sprach- und Datendiensten, unrichtig und führt zu einer massiven Unterbewertung der tatsächlich für Terminierungsleistungen anfallende Betreiberkosten. Auffallend ist dabei auch die zu dieser Frage bestehende Inkonsistenz zwischen dem Wirtschaftlichen Gutachten zum hier gegenständlichen Verfahren, einerseits, und dem Gutachten zur laufenden Marktanalyse zu M 1/08, andererseits. TMA stellt hiermit den ergänzenden Antrag, die in den Gutachten von Frontier Economics von März 2009, Beilage ./1, in den Punkten 3. und 5. (sowie Anhänge 1 und 2) und von Ovum von März 2009, Beilage ./2, 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 zu M 1/08 vorgebrachte Kritik, die auch auf das gegenständliche Verfahren anzuwenden ist, in einer Ergänzung zum Wirtschaftlichen Gutachten in diesem Z-Verfahren zu berücksichtigen. TMA erhebt die Ausführungen im Frontier Economics und im Ovum-Gutachten zu eigenem Vorbringen in diesem Verfahren.

- Der Maßnahmenentwurf wird den Vorgaben des TKG und der bisherigen Rechtsprechung für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte nicht gerecht. De facto will die TKK im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren die Maßstäbe des § 42 TKG zur (rückwirkenden) Anordnung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte iSd Gleitpfads anwenden, obwohl es sich bei den Verfahrensparteien um keine Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 37 TKG handelt. Vor dem Hintergrund der Aufhebung der bisherigen Marktanalysebescheide zur Mobilterminierung durch den VwGH ist es der TKK aber bei richtiger rechtlicher Beurteilung verwehrt, den bisherigen Gleitpfad rückwirkend noch zu verschärfen bzw für die Zukunft fortzuschreiben. Auf diese Weise würde die TKK die Judikatur des VwGH, wonach die Ergebnisse eines Marktanalyseverfahrens nur ex-ante und somit ab Rechtskraft des jeweiligen Marktanalysebescheids angeordnet werden können, konterkarieren.

- Darüber hinaus wäre die im Maßnahmenentwurf konkret vorgeschlagene Entgeltfestsetzung auch deshalb unangemessen und somit unverhältnismäßig, da sie einen disruptiven Eingriff in die Geschäftsgebarung der TMA darstellen und die am Markt im Rahmen privatrechtlicher Vereinbarungen übliche Preisgestaltung negieren würde. Die vorgeschlagene "Vorverschiebung" des bisherigen Gleitpfads und die Einführung eines weiteren Absenkungsschritts ist auch im Lichte eines internationalen benchmarking sowie der Zielsetzungen des TKG 2003 unzulässig.

- Aus all diesen Gründen plädiert TMA nochmals eindringlich dafür, den ursprünglich durch die TKK angeordneten Gleitpfad in diesem Zusammenschaltungsverfahren unverändert beizubehalten und eine allfällige Anpassung erst dem (derzeit ohnehin laufenden) Marktanalyseverfahren zu M 1/08 vorzubehalten.

II. ZU DEN FESTGESTELLTEN KOSTEN DER MOBILTERMINIERUNG

Unter Punkt II.B.4. des Maßnahmenentwurfs stellt die TKK die technischen Netzkosten der Mobilterminierungsleistung von TMA und H3G für die Jahre 2005 bis 2009 fest. Sie gründet diese Feststellungen im Rahmen der Beweiswürdigung (Punkt II.C.1.) auf das Wirtschaftliche Gutachten von November 2008.

Ausgehend von der Feststellung, dass die erhobenen (betreiberindividuellen) Kosten im Vergleich zu früheren Kostenrechnungen (zB im Marktanalyseverfahren zu M 15a-e/03, M 13a-e/06) deutlich gesunken seien, kommt der Maßnahmenentwurf zum Ergebnis, dass der bisherige Gleitpfad um eine Periode (sechs Monate) "vorverschoben" werden müsse. Die Höhe der im Wirtschaftlichen Gutachten festgestellten Terminierungskosten ist daher direkt für die im Bescheidentwurf vorgesehene Regulierung der Terminierungsentgelte relevant.

Wie bereits im Verfahren ausgeführt ist die (auf dem Wirtschaftlichen Gutachten beruhende) Kostenrechnung und -feststellung im Maßnahmenentwurf aber aus mehreren Gründen unrichtig und somit inhaltlich 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 Wirtschaftlichen Gutachten 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 auszuführen:

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 aber einen beträchtlichen Teil der Netzkosten als ausschließlich "datenrelevant" ausblenden.

Diese Inkonsistenz wird im Maßnahmenentwurf (Punkt II.C.1.e.1.) dahingehend begründet, dass im Unterschied zu früheren Verfahren aktuell "in einem deutlichen Ausmaß auch andere Dienste über Mobilfunknetze erbracht" werden. Entgegen der Auffassung der TKK ist der diesbezügliche Widerspruch zwischen früheren Regulierungsentscheidungen und dem nunmehrigen Maßnahmenentwurf aber trotzdem unschlüssig, da auch bereits im Jahr 2005 nicht zu vernachlässigende Datenvolumina über Mobilfunknetze transportiert wurden. 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 November 2008, einerseits, und dem zum Marktanalyseverfahren M 1/08 erstellten Gutachten vom Dezember 2008, andererseits, in der Frage der Aufteilung der Kosten von Sprach- und Datenverkehr selbst widersprechen.

Während gemäß dem Wirtschaftlichen Gutachten des hier gegenständlichen Verfahrens das "Szenario 3" als korrekter Ansatz der Aufteilung von Sprache und Daten herangezogen wird, hielten die selben wirtschaftlichen Gutachter ein Monat später (im Verfahren M 1/08) hingegen das "Szenario 4" 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. Worin diese Rechtfertigung und Notwendigkeit besteht und warum diese nicht auch bereits in dem im November 2008 verfassten Wirtschaftli-

chen Gutachten zum gegenständlichen Verfahren berücksichtigt wurde, bleibt aber im Dunkeln.

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%. Der Szenariowechsel führt demnach zu vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen.

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, während bei Anwendung von "Szenario 3" jeweils Orange den Benchmark für die Jahre 2008 und 2009 bildet.

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 II.1.d) bzw. unter Berücksichtigung der Kritik von Frontier Economics und Ovum neu berechnen.

c) Mangelnde Eignung des Berechnungsansatzes im Maßnahmenentwurf

Wie im Schriftsatz der TMA vom 16.12.2008 dargelegt, ist das im Maßnahmenentwurf (auf der Basis des Wirtschaftlichen Gutachtens) angewendete "Verursachungsprinzip" bei der Kostenzurechnung für Sprache und Daten aber auch grundsätzlich ungeeignet, um dem Prinzip der "Angemessenheit" (§ 1152 ABGB) 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 Sprachverkehrvolumens 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 drittgrößte 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 mit vergleichsweise geringeren Verkehrsmengen die niedrigsten Netzkosten pro Minute aufweisen soll.

- Wie aus dem Wirtschaftlichen Gutachten (Punkt 7.3.4) 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 umstritten sind und somit die Aussagekraft und Richtigkeit der Zuordnung potentiell wesentlich beschränken.

- Die Alloziierung von Kosten auf Daten steht gemäß Ovum im Widerspruch zu anderen Modellen 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.

- Die RTR hat ein Modell gewählt, das von Durchschnittskosten ausgeht und nicht auf die Unterscheidung zwischen inkrementellen Kosten für Sprachdienste bzw. Daten-

dienste und fixen Gemeinkosten Rücksicht nimmt. Insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Nachfrage-Charakteristika 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 Schriftsatz vom 16.12.2008 ausgeführt, würde dieser Ansatz den Anreiz der Netzbetreiber zu Investitionen in Infrastruktur verringern. Dies widerspricht aber massiv den Zielsetzungen des § 1 Abs 2 Z 1 sowie Z 2 lit c TKG.

d) Richtiges Modell: Tragfähigkeitsprinzip

TMA plädiert daher nochmals dafür, statt dem von den Gutachtern gewählten Ansatz des "Verursachungsprinzips" das (im Schriftsatz vom 16.12.2008 näher beschriebene) "Tragfähigkeitsprinzip" (Kostenverteilung nach Maßgabe der Belastbarkeit der Kostenträger an Hand der Endkundenumsätze) als Modell zur Aufteilung von Daten und Sprache heranzuziehen. Der Vorteil dieses Modells liegt insbesondere darin, dass es nicht nur die Verkehrssteigerung im Datenbereich, sondern auch die damit verbundenen Preiselastizitäten als deren Auslöser berücksichtigt. Zu Details verweist TMA auf ihr bisheriges Vorbringen.

In eventu sind die Anregungen von Ovum bzw. Frontier Economics hierzu zu berücksichtigen.

e) Beweisanbot

Zum Beweis ihres diesbezüglichen Vorbringens legt TMA die auch bereits im Verfahren zu M 1/08 eingebrachten Gutachten von Frontier Economics (siehe insbesondere Punkt 5.) (Beilage ./1) und Ovum (siehe insbesondere Punkt 4.) (Beilage ./2) vor.

III. ZUR FESTLEGUNG DER VERFAHRENSGEGENSTÄNDLICHEN ZUSAMMENSCHALTUNGSENTGELTE

1. Zum anwendbaren Maßstab der Angemessenheit

Wie die TKK im Maßnahmenentwurf korrekt ausführt, verfügt wegen der Aufhebung der bisherigen Marktanalysebescheide zu M 15a-e/03, M 13a-e/06 durch den VwGH keine der Verfahrensparteien auf den relevanten Terminierungsmärkten über beträchtliche Marktmacht iSd § 37 TKG 2003.

Der von der TKK im gegenständlichen Verfahren für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte heranzuziehende Maßstab ist somit jener der "Angemessenheit" (siehe zB die Zusammenschaltungsbescheide zu Z 1/02, Z 28/02, Z 14, 15/01, Z 5, 7/01, Z 7/00 bzw Z 23/03).

Wie die TKK zuletzt in den Bescheiden zu Z 1/08 und Z 2/08 ausführte, kann zur Auslegung des Begriffs des "angemessenen Entgelts" unter anderem auf § 1152 ABGB zurückgegriffen werden. Dabei soll jenes Entgelt angemessen iSd § 1152 ABGB sein, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt. In Z 1/08 und Z 2/08 stellte die TKK insbesondere klar, dass die Kosten einer Leistung lediglich einen Parameter für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte darstellen. Daneben sei zB auch von Bedeutung, in welcher Höhe die Netzbetreiber Entgelte für die verfahrensgegenständliche Leistung vereinbart haben. In früheren Entscheidungen zog die TKK zB auch nationales und internationales Benchmarking, die individuelle Unternehmensgröße und erreichte Marktposition, das Konzept des "einheitlichen Wettbewerbspreises" sowie ein System von "Produktivitätsabschlägen", etc zur Angemessenheitsprüfung heran. Die Festlegung von "angemessenen" Zusammenschaltungsentgelten erfordert somit nach der Rechtsprechung der TKK die Berücksichtigung verschiedener Faktoren. Eine Fokussierung allein auf die Kosten der Bereitstellung der betroffenen Leistung ist jedenfalls zu eng, da die betroffenen Betreiber mangels Marktmacht eben keiner Verpflichtung zur Kostenorientierung gemäß § 42 TKG 2003 unterliegen.

Der Maßnahmenentwurf wird diesen Vorgaben für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte nicht gerecht. Wie die TKK darin (siehe Punkt II.D.5.1) selbst ausführt, will sie im Rahmen dieser Zusammenschaltungsanordnung grundsätzlich eine "Fortsetzung des bisherigen Gleitpfades" durchführen. Aus diesem Grund will sie auch einen weiteren Absenkungsschritt in Höhe der bisher im Rahmen der Marktanalyse normierten Absenkungsschritte (1,22 Cent) ab 1.1.2009 vorschreiben, wobei die TKK hier sogar die bisherige Systematik des Gleitpfads zu Lasten der Verfahrensparteien verlässt, indem sie den Gleitpfad um eine Periode bzw ein Halbjahr "vorverschiebt". Der von der TKK daher auch im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren herangezogene Gleitpfad wurde aber im Rahmen von Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG, und somit im Zusammenhang mit einer für marktbeherrschende Betreiber entwickelten kostenorientierten Entgeltregulierung gemäß § 42 TKG 2003, begründet.

De facto wendet die TKK somit im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren die Maßstäbe des § 42 TKG zur Festlegung der wechselseitigen Zusammenschaltungsentgelte an, obwohl es sich bei den Verfahrensparteien um keine Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht handelt (und vor dem Hintergrund des VwGH-Erkenntnisses zu Zl 2007/03/0211 auch zukünftig zumindest bis zur Rechtskraft des Marktanalyseverfahrens zu M 1/08 nicht handeln kann). Damit überschreitet die TKK jedenfalls den von ihr im Bereich der Regulierung von angemessenen Zusammenschaltungsentgelten konstatierten weiten Ermessensspielraum. Wie der VwGH in der eben zitierten Entscheidung ausdrücklich festhielt, ist eine rückwirkende Anordnung von im Rahmen einer Marktanalyse auferlegten kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten unzulässig. Damit ist aber auch das Ermessen der TKK bei der Anordnung von Terminierungsentgelten in Zusammenschaltungsverfahren begrenzt: Eine rückwirkende (und sogar verschärfte) Anordnung von im Rahmen einer (aufgehobenen) Marktanalyse festgelegten Entgelten würde dem Telos des VwGH-Erkenntnisses und somit den Zielsetzungen des TKG grob zuwiderlaufen.

Die TKK scheint somit die von ihr selbst zuletzt in den Entscheidungen zu Z 1/08 und Z 2/08 dargestellten Unterschiede zwischen einer sektorspezifischen ex-ante-Regulierung gemäß § 37 TKG 2003 und einem Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 zu verkennen:

Während in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 umfangreiche Untersuchungen der wettbewerblichen Verhältnisse vorgenommen werden und eine wettbewerblich zukunftsgerichtete Einschätzung vorgenommen werden muss, bezweckt das Verfahren gemäß den §§ 48, 50 TKG 2003 die rasche Beilegung von Streitfällen. Wie die TKK richtig ausführt, ist in solchen Verfahren durchaus zuvor gemäß §§ 36, 37 TKG 2003 identifizierten wettbewerblichen Umständen und gegebenenfalls Verpflichtungen Rechnung zu tragen. Da es vor dem hier gegenständlichen Verfahren aber keine die Mobilterminierung betreffenden Marktanalyseverfahren gemäß §§ 36, 37 TKG 2003 gegeben hat (sämtliche diesbezüglichen Bescheide wurden vom VwGH ersatzlos aufgehoben) besteht für eine solche Heranziehung von in Marktanalyseverfahren auferlegten Verpflichtungen (und Untersuchungen der wettbewerblichen Verhältnisse) kein Raum.

Der Maßnahmenentwurf erweckt trotzdem den Eindruck, die TKK wolle jene mobilterminierungsrelevanten Maßnahmen, die sie wegen der Aufhebung der Marktanalysebescheide zu § 37 TKG durch den VwGH nun nicht mehr umsetzen kann, über den "Umweg" einer Zusammenschaltungsanordnung rückwirkend wieder einführen und sogar verschärfen. Im Ergebnis würde der Maßnahmenentwurf somit auf eine rückwirkende Anordnung eines kostenorientierten Gleitpfades für Mobilterminierungsentgelte hinauslaufen. Genau eine solche Maßnahme ist der TKK aber nach dem zitierten VwGH-Erkenntnis verwehrt.

Rechtsrichtigerweise müsste sich die TKK daher im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren vom strengen Prinzip der Kostenorientierung lösen und stärker andere Faktoren, wie insbesondere die am Markt üblichen Entgelte, den internationalen Vergleich, etc (siehe dazu gleich unten Punkte 3 c (iii) bis (v)) berücksichtigen. Insbesondere ist es der TKK aber bei richtiger rechtlicher Beurteilung verwehrt, den (ohnehin aufgehobenen) Gleitpfad rückwirkend noch zu verschärfen bzw für die Zukunft fortzuschreiben. Auf diese Weise konterkariert die TKK im Ergebnis die Judikatur des VwGH, wonach die Vorabverpflichtungen im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens eben nur ex-ante und somit ab Rechtskraft des jeweiligen Marktanalysebescheids angeordnet werden können.

2. Zu den behaupteten Wettbewerbsdefiziten

TMA bestreitet die von der TKK im Maßnahmenentwurf (bzw im Wirtschaftlichen Gutachten) festgestellten Wettbewerbsprobleme zumindest in der dargestellten Ausprägung und

verweist dazu auf das Gutachten von Frontier Economics (Beilage ./1), insbesondere Punkt 3.).

3. Zu den konkret angeordneten Entgelten

Der Maßnahmenentwurf sieht eine Adaptierung des (in den aufgehobenen Marktanalysebescheiden) vorgesehenen Gleitpfades dahingehend vor, dass dieser um eine Periode (von sechs Monaten) "vorverschoben" wird, dh, dass der "frühere" Zielwert in Höhe von Eurocent 5,72 damit nicht am 1.1.2009, sondern bereits am 1.7.2008 erreicht würde. Zusätzlich sieht der Entwurf eine weitere Senkung der Terminierungsentgelte ab 1.1.2009 um Eurocent 1,22 vor, sodass ab 1.1.2009 ein Terminierungsentgelt in der Höhe von Eurocent 4,5 (befristet mit der Rechtskraft einer neuen Marktanalyseentscheidung gemäß § 37 TKG 2003) festgelegt werden soll.

Wie bereits von TMA im Verfahren ausführlich dargelegt, wäre eine entsprechende Anordnung aus vielerlei Gründen abzulehnen und aus Sicht von TMA rechtswidrig:

a) "Versteckte" Rückwirkung der Marktanalysebescheide

Wie bereits oben unter Punkt III.1. dargestellt, würde eine solche Maßnahme einer rückwirkenden Einführung von im Ergebnis kostenorientierten Entgelten iSd § 42 TKG 2003 gleichkommen. Darüber hinaus will die TKK den in den aufgehobenen Marktanalysebescheiden normierten Gleitpfad ab dem 1.7.2008 durch eine "Vorverschiebung" sogar noch verschärfen und auch für die Zukunft fortschreiben (siehe zB die Formulierungen unter Punkt II.D.5.1.: "*Die grundsätzliche Fortsetzung des bisherigen "Gleitpfades" ist ein wesentlicher Beitrag, []*"; "*Bei der Fortsetzung der bisherigen Absenkungsschritte ist zu beachten, dass, []*", etc).

Die Umsetzung der vorgeschlagenen Maßnahme würde daher wie die Wiedereinführung eines verschärften Marktanalyse-Gleitpfads für die Vergangenheit wirken, auch weil die Zusammenschaltungsverträge der TMA entgegen den Ausführungen der TKK zwar nicht mit allen, aber mit zahlreichen anderen Zusammenschaltungspartnern "Öffnungsklauseln" für den Fall einer regulatorischen Anordnung vorsehen und TMA die im Verhältnis zu H3G angeordneten Entgelte folglich auch diesen Zusammenpartnern am Markt anbieten müss-

te. Eine solche rückwirkende Anordnung des Gleitpfads ist aber nach der einschlägigen VwGH-Judikatur verboten.

b) Anzuwendende Sachlage

Das Wirtschaftliche Gutachten (und ihm folgend der Maßnahmenentwurf) greift für die Kostenrechnung der Jahre 2007 bis 30.6.2009 im Ergebnis nicht auf die verfügbaren IST-Daten des Jahres 2007, sondern auf die Plandaten für das Jahr 2008 und 2009 zurück. Dies hat wesentliche Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung, da die TKK im Maßnahmenentwurf die "Vorverschiebung" des Gleitpfads sowie dessen Fortschreibung (anstelle einer Beibehaltung des Status Quo) mit dieser behaupteten "deutlichen Absenkung" der (betreiberindividuellen) Kosten begründet.

TMA betont an dieser Stelle nochmals, dass die Anwendung der in den (aufgehobenen) Marktanalysebescheiden entwickelten "Gleitpfadregulierung" nicht deckungsgleich auf einen dem Grundsatz der "Angemessenheit" unterliegenden Zusammenschaltungsbescheid angewendet werden darf. Selbst wenn man aber von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der "Gleitpfadlogik" auch auf ein Z-Verfahren ausginge, wäre die Heranziehung von unsicheren Plandaten für zukünftige Kostenstrukturen als Grundlage für die Entgeltbemessung unverhältnismäßig und folglich unzulässig: Im Gegensatz zum Wirtschaftlichen Gutachten in diesem Z-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 Wirtschaftlichen Gutachten und im Maßnahmenentwurf soll von dieser bisher bewährten Praxis nun aber abgegangen und eine unsichere Kostenschätzung 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 die rückwirkende Absenkung der Mobilterminierungsentgelte mit dem Sinken der Kosten der Mobilterminierung in den letzten Jahren. Wenn man davon aus-

geht, dass die Ergebnisse des (zeitlich späteren) Wirtschaftlichen Gutachtens zu M 1/08 die "korrekteren" sind, so wird TMA im Jahr 2009 Netzkosten in Höhe von Eurocent 4,02 aufweisen. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung von TMA – von der Richtigkeit dieser Kostenrechnung ausginge, würde durch den im Maßnahmenentwurf vorgesehenen Absenkungsschritt zum 1.1.2009 auf Eurocent 4,5/min die Kostenüberdeckung zumindest für das 1. Halbjahr 2009 lediglich Eurocent 0,48 betragen. Inwieweit diese geringe Überdeckung in Widerspruch zum Angemessenheitsprinzip des § 1152 ABGB stehen könnte, ist nicht ersichtlich und wird von der Behörde auch nicht begründet.

Zudem ist nochmals zu betonen, dass die in den Wirtschaftlichen Gutachten festgestellten K1-Werte insbesondere aufgrund der Kritikpunkte von Ovum zu niedrig bemessen sind. Da Ovum für die Mobilkom-Netzkosten 2010 von einer Abweichung zum Gutachten um mehr als das Doppelte ausgeht, würden sich bereits geringfügige Anpassungen des Kostenrechnungsansatzes der Amtsgutachter derart auswirken, dass das nun geplante Entgelt iHv Eurocent 4,5 ab 1.1.2009 für TMA kostenunterdeckend ist. Ein kostenunterdeckendes Entgelt ist wohl jedenfalls nicht "angemessen" iSd § 1152 ABGB.

c) Unangemessenheit und Unverhältnismäßigkeit der Entgeltfestsetzung

Selbst wenn man von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer (rückwirkenden) Gleitpfadregulierung durch die TKK in einem Zusammenschaltungsverfahren ausginge, wäre die im Maßnahmenentwurf konkret vorgeschlagene Entgeltfestsetzung mit den Vorgaben des TKG nicht vereinbar und somit rechtswidrig. TMA verweist dazu auf ihr bisheriges Vorbringen, welches sich kurz wie folgt zusammenfassen lässt:

(i) Disruptiver Eingriff

Der Maßnahmenentwurf sieht die Absenkung der Mobilterminierungsentgelte ab dem 1.7.2008 auf einen reziproken Wert in Höhe von Eurocent 5,72 und ab 1.1.2009 auf Eurocent 4,5 vor. Eine Absenkung von Eurocent 5,72 auf Eurocent 4,5 würde einer Reduktion um rund 21 % entsprechen. Wie die TKK schon unter Punkt 7.3 der Begründung des Bescheids zu Z 7/05 ua ausführte, sind Absenkungsschritte im Ausmaß von ca 10 % noch als nicht disruptiv und verhältnismäßig iSd § 34 TKG anzusehen. Daraus ist klar ersichtlich, dass Absenkungsschritte in einem Ausmaß von rund 21 % einen disruptiven Eingriff in die Geschäftsgebarung eines Mobilfunkbetreibers darstellen und somit gegen den Ver-

hältnismäßigkeitsgrundsatz des § 34 TKG verstoßen. Dies gilt umso mehr in wirtschaftlich schwierigen Zeiten wie diesen, in denen die Bedeutung von Planungssicherheit für jeden Industriezweig noch massiv zugenommen hat.

(Auch) aus diesem Grund beantragt TMA die Beibehaltung der bisher in den aufgehobenen Marktanalysebescheiden vorgesehenen Entgelthöhen für die Perioden ab 1.7.2008 und 1.1.2009 (in Höhe von Eurocent 5,72).

Hinsichtlich der von der TKK hierzu vorgebrachten Gegenargumentation ist festzuhalten, dass diese nicht auf die Frage der richtigen Kostenfeststellung im Wirtschaftlichen Gutachten eingeht. Unabhängig davon wurden die jeweiligen Absenkungsschritte des Gleitpfades auf Grundlage einer bestimmten Logik (vereinfacht ausgedrückt: Anfangwert des Gleitpfades – Zielwert des Gleitpfades/Anzahl der Absenkungsschritte) ermittelt. Auf Grundlage welcher Logik der Absenkungsschritt iHv Eurocent 1,22 im konkreten Maßnahmenentwurf ermittelt wurde, wird von der TKK hingegen nicht ausgeführt. Ein Verweis auf die Vorgehensweise in einem vom VwGH aufgehobenen M-Bescheid ist nicht geeignet, die Angemessenheit dieses Schrittes in einem Z-Verfahren iSd § 1152 ABGB darzulegen.

(ii) <u>Fehlender Zielwert</u>

Die im Maßnahmenentwurf vorgesehene Einführung eines weiteren Absenkungsschritts in Höhe von Eurocent 1,22 ist auch deshalb wie soeben ausgeführt unverhältnismäßig und unangemessen, weil sie in einem "beliebigen" Ausmaß erfolgt. Anders als in den (bisherigen) Marktanalyseverfahren kann die TKK bei richtigem Verständnis eines Zusammenschaltungsverfahrens (siehe oben Punkt III.1.) in diesem keine aufwendigen ökonomischen Analysen durchführen, um einen passenden Zielwert für einen Gleitpfad festzulegen. Die TKK hat dies im laufenden Verfahren auch nicht getan (siehe das Wirtschaftliche Gutachten). Es stellt sich daher die Frage, auf welcher fundierten ökonomischen Grundlage ein weiterer Absenkungsschritt von Eurocent 1,22 ab 1.1.2009 vorgenommen werden sollte. Die bloße Fortschreibung eines ohnehin schon aufgehobenen Gleitpfades – wie offenbar von der TKK als Grundlage für diesen Schritt vorgesehen – reicht dafür aus Sicht der TMA keineswegs aus.

In diesem Zusammenhang wird die Schwäche der im Maßnahmenentwurf vertretenen Argumentation besonders deutlich sichtbar: In Wahrheit will die TKK im Rahmen eines Zusammenschaltungsverfahrens eine allgemeine Wettbewerbsregulierung des betroffenen Markts in der Form eines Gleitpfads einführen; rechtliche Grundlage einer solchen Maßnahme wäre aber ein Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG und nicht ein Verfahren nach den §§ 48, 50 TKG.

(iii) Mangelnde Berücksichtigung marktüblicher Preise

Wie bereits oben (Punkt III.1) ausgeführt kommt der "Marktüblichkeit" von Preisen bei der Festlegung von angemessenen Zusammenschaltungsentgelten im Sinne der § 48, 50 TKG, § 1152 ABGB entscheidende Bedeutung zu. Der Maßnahmenentwurf wird der Bedeutung dieser am Markt üblichen privatrechtlichen Einigungen für die Anordnung angemessener Zusammenschaltungsentgelte aber keineswegs gerecht.

Wie schon im Verfahren weist TMA 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 (Eurocent 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 auch gegenüber H3G "angemessen" im Sinne der §§ 48, 50 TKG wäre. Hingegen würde es den üblichen Marktgegebenheiten völlig zuwiderlaufen, wenn die TKK nun im Verhältnis zu einem individuellen Marktteilnehmer andere Zusammenschaltungsentgelte anordnen würde.

Wenn die TKK im Maßnahmenentwurf dazu vermeint, das Faktum der privatrechtlichen Vereinbarung des bisherigen Gleitpfads könne dessen Angemessenheit und Marktüblichkeit nicht darlegen, so ist diese Auffassung nicht nachvollziehbar. Die Tatsache, dass eine privatrechtliche Vereinbarung eine "Öffnungsklausel" enthält, kann ihre Eignung als marktüblicher Standard nicht erschüttern. Vielmehr sind an bestimmte Voraussetzungen

geknüpfte Kündigungsregelungen völlig normaler Bestandteil jeder vertraglichen Vereinbarung. Außerdem hatten die Parteien der getroffenen Zusammenschaltungsvereinbarungen zum Zeitpunkt von deren Abschluss keinen Grund dazu, von einer (sicheren) Geltendmachung der Öffnungsklauseln auszugehen. Wenn die TKK weiters anklingen lässt, dass "eine Vereinbarung von Entgelten zwischen Mobilbetreibern – auf der Grundlage eines 'Gleichklangs an Interessen' [...] – auf einem überhöhten Niveau (Monopolniveau) dazu missbraucht werden könnte, Fakten zu schaffen und damit die 'Marktüblichkeit' zu belegen", so bewegt sich die TKK hier zur Gänze im Bereich von Mutmaßungen und Unterstellungen. TMA verwehrt sich vehement gegen eine solche Andeutung eines koordinierten Marktverhaltens zu Lasten von Wettbewerbern und Endkunden. Eine solche Darstellung erscheint schon deshalb wenig glaubhaft, da sich die Mobilfunkbetreiber lange gegen den von der TKK angeordneten Gleitpfad zur Wehr setzten (weil sie die darin normierten Entgelte als zu gering empfanden). Nach Aufhebung der Gleitpfadregulierung (und der rechtlichen Unmöglichkeit des Erlasses eines Ersatzbescheides für die Vergangenheit) bestand keine öffentlich-rechtlich begründete Notwendigkeit zum Abschluss gleichlautender privatrechtlicher Vereinbarungen. Hinzu kommt, dass die Betreiber in keinem Fall davon ausgehen mussten, dass die ohnehin bereits kostenorientierten Entgelte des (aufgehobenen) Gleitpfades im Rahmen einer Regulierung nach dem Grundsatz der Angemessenheit auf einem im Vergleich zum Gleitpfad noch geringeren Niveau festgelegt werden könnten. Indem die Betreiber trotzdem entsprechende Verträge auf Höhe des bisherigen Gleitpfades abschlossen, gaben sie zu erkennen, dass sie den (aufgehobenen) Gleitpfad letztlich als marktüblichen Standard akzeptierten.

Auch vor diesem Hintergrund wäre eine rückwirkende "Verschärfung" des Gleitpfads in einem Zusammenschaltungsverfahren (wie dem vorliegenden), unter Negierung der marktüblichen Verhältnisse, unverhältnismäßig und somit unrechtmäßig.

Die nun vorgesehene Maßnahme steht im übrigen auch in deutlichem Widerspruch zu den zuletzt von der TKK in den Verfahren zu Z 1/08 und Z 2/08 erlassenen Zusammenschaltungsanordnungen, die (mangels beträchtlicher Marktmacht der Verfahrensparteien) ebenfalls auf dem Grundsatz der "Angemessenheit" beruhten. In diesen Verfahren war die TKK bereit, die am Markt bestehenden privatrechtlichen Vereinbarungen als wesentliche Grundlage für die Festlegung der angemessenen Entgelte heranzuziehen.

(iv) Internationales Benchmarking

Wie schon im Verfahren (siehe zB den Schriftsatz vom 16.12.2008) ausführlich dargelegt, gehören die durchschnittlichen österreichischen Mobilterminierungsentgelte bereits jetzt zu den niedrigsten in Europa (aus dem im Wirtschaftlichen Gutachten 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 gegenüber dem ausländischen Mitbewerb beim Austausch grenzübergreifenden Verkehrs massiv benachteiligen.

(v) Ziele des TKG

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

Eine (zum Teil sogar rückwirkende) Absenkung des Gleitpfads im laufenden Verfahren würde zu massiven Umsatzeinbußen der TMA und somit zu einem verringerten Anreiz zur Investition in neue Infrastruktur und Dienste zu für den Konsumenten günstigen Preisen (siehe § 1 Abs 2 Z 1 und Z 2 lit a TKG) 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 Gegenteil, nämlich eine Bremsung der Mobiltelekommunikationsbranche als wesentlicher Faktor und Arbeitgeber der österreichischen Wirtschaft bewirken.

(vi) Richtiger Ansatz: Beibehaltung des Status Quo

Im Lichte der vorhergehenden Ausführungen und unter der Annahme, dass eine Gleitpfadregulierung im Rahmen eines Zusammenschaltungsverfahrens überhaupt zulässig ist, plädiert TMA nochmals eindringlich für eine Beibehaltung des bisherigen Gleitpfades, ohne einen weiteren Absenkungsschritt anzuordnen. Im Wirtschaftlichen Gutachten selbst wird als alternative Möglichkeit erwogen, den ursprünglich durch die TKK angeordneten Gleit-

pfad beizubehalten und eine mögliche Weiterführung bzw Anpassung erst dem (derzeit ohnehin laufenden) Marktanalyseverfahren vorzubehalten. Aus den in dieser Stellungnahme genannten Gründen wäre eine solche Vorgangsweise jedenfalls viel eher als die vorgeschlagene Maßnahme geeignet, den Vorgaben des TKG zu entsprechen.

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

Wien, am 24.3.2009 T-Mobile Austria GmbH