



RECHTSANWÄLTE
GMBH

A-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
TELE-MARKTB; MV/Rup

Durchwahl
533 47 95-35

Direktes Fax
533 47 95 56

Direktes E-Mail
stephan.polster@dbj.at

GZ:
M 15d/03

Einschreiter:

tele.ring Telekom Service GmbH
Hainburger Straße 33
1030 Wien

vertreten durch:

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

Code P130040

STELLUNGNAHME

einfach
1 HS

RECHTSANWÄLTE
Dr Christian Dorda
Dr Theresa Jordis
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 Winfried Schwarz, LL.M.
Dr Tibor Varga
Dr Stephan Polster, M.A.
MMag Stefan Artner
Dr Alexandra Knell
Dr Johannes Hysek
Mag Christoph Brogyányi
Mag Martin Reinisch

Dr Christoph Stippl, LL.M.
Dr Florian Keschmann
Dr Christoph Mager
Dr Robert Winkler

IN KOOPERATION MIT
Stb MMag Dr Sibylle Novak
(nicht als Rechtsanwalt
zugelassen)

Am 7.9.2004 übermittelte die Rundfunk- & Telekom Regulierungs GmbH (im Folgenden "RTR GmbH") der Antragstellerin (im Folgenden "tele.ring") den Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs 1 TKG 2003 im Verfahren M 15d/03 (Terminierung im Mobiltelefonnetz der tele.ring). tele.ring wurde eingeräumt, bis zum 4.10.2004 zu diesem Bescheidentwurf Stellung zu nehmen.

Binnen offener Frist erstattet tele.ring dazu folgende

Stellungnahme:

I. VORBEMERKUNG

Die Telekom-Control-Kommission (im Folgenden "TKK") folgte zu einem großen Teil dem im Verfahren M 15/03 erstellten wirtschaftlichen Gutachten ("Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 15/03 (Terminierung im Mobilnetz der tele.ring) betreffend Regulierungsinstrumente"). Daher wird auf die Stellungnahme der tele.ring vom 17.8.2004 zu diesem Gutachten verwiesen.

II. STELLUNGNAHME

1. Die vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente

Zusammengefasst sieht der Bescheidentwurf der TKK die folgenden ex ante-Verpflichtungen vor, die tele.ring auferlegt werden sollen:

- Verpflichtung zu kostenorientierten Terminierungsentgelten, die auf den langfristigen, durchschnittlichen inkrementellen Kosten (LRAIC) eines effizienten Betreibers basieren.
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung hinsichtlich der Bedingungen in Bezug auf Qualität und Preis der Zusammenschaltungsleistungen.
- Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebots.
- Verpflichtung zur Zusammenschaltung des tele.ring-Mobilnetzes auf Antrag eines anderen Betreibers.

2. Hauptkritikpunkte an dem Bescheidentwurf

a) Der österreichische Mobiltelekommunikationsmarkt

Betont werden soll nochmals, dass der österreichischen Telekommunikationsmarkt durch signifikante Unterschiede in den Marktpositionen der einzelnen Betreiber charakterisiert ist. Diese Unterschiede können anhand der folgenden Tabelle dargelegt werden:

Betreiber	Markteintritt	Marktanteil am Endkundenmarkt (per 1.9.2004)
Mobilkom Austria	1970er Jahre	41,7%
T-Mobile	10/1996	26,5%
ONE	10/1998	20,1%
tele.ring	04/2000	10,5%
H3G	05/2003	1,2%
Tele2	2003	-

Quelle: Website der RTR-GmbH www.rtr.at

Die Experten sind in ihrem Gutachten zu dem Schluss gekommen, dass der österreichische Mobilmarkt hochgradig gesättigt ist, sie haben eine Sättigungsrate von ungefähr 87 % angenommen. Festzuhalten ist, dass dieser Sättigungsprozess zu einem Großteil schon in der zweiten Hälfte des Jahres 2000 vollendet war, als tele.ring als vierter Marktteilnehmer in den Markt eintrat. Schon seit ihrem Markteintritt war tele.ring daher mit erheblichen Nachteilen, die mit dem späten Markteintritt verbunden sind, konfrontiert ("late comer-Nachteile").

b) Einstufung von tele.ring als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht

Um Wiederholungen zu vermeiden verweisen wir auf unsere Stellungnahme im Verfahren M 15/03 vom 17.8.2004.

c) Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssen Vorabverpflichtungen zur Erreichung eines bestimmten gesetzlichen Zwecks geeignet sein und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zweckes angemessen und erforderlich ist (§ 34 Abs 1 TKG 2003). Die Regulierungsbehörde ist daher befugt bzw verpflichtet unter Berücksichtigung der individuellen Marktpositionen und der Wettbewerbsvor- und nachteile den Mobilbetreibern unterschiedliche Regulierungsinstrumente aufzuerlegen.

Die vorgeschlagenen Maßnahmen der TKK missachten aus verschiedenen Gründen diesen Grundsatz:

- (i) Der Bescheidentwurf sieht identische Regulierungsinstrumente für alle Mobilbetreiber vor.

Trotz der dargelegten erheblichen Unterschiede in den Marktpositionen der einzelnen Mobilbetreiber auf dem Endkundenmarkt plant die TKK, allen Betreibern die gleichen Verpflichtungen aufzuerlegen.

Nach Ansicht von tele.ring erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingegen die Berücksichtigung der speziellen Stellung jedes Betreibers am Markt und zwar nicht nur am Vorleistungs-, sondern auch auf dem Endkundenmarkt. Anderenfalls würde den starken Wechselbeziehungen zwischen dem Vorleistungs- (Zusammenschaltungs-) und dem Endkundenmarkt insbesondere im Mobilsektor überhaupt nicht Rechnung getragen. In einem adäquaten und verhältnismäßigen Regulierungssystem sollten einem kleineren Betreiber daher weniger belastende Verpflichtungen als Gegengewicht zu den first-mover-Vorteilen des Incumbent auferlegt werden.

- (ii) Verfügbarkeit von weniger belastenden Maßnahmen

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert, dass die angewendeten Regulierungsinstrumente sowohl notwendig zur Erreichung eines bestimmten gesetzlichen Zwecks als auch jene sind, die die geringste Belastung für den

Betreiber darstellen. Sie müssen daher das Minimum bilden, das zur Zielerreichung notwendig ist (vgl dazu die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht). Die Auferlegung einer Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten basierend auf den LRAIC stellt aber den stärksten überhaupt möglichen Regulierungseingriff dar. Speziell für neue Marktteilnehmer und kleine Betreiber (wie H3G und tele.ring) stehen aber weniger belastende Maßnahmen wie zB die Verpflichtung, faire und angemessene Terminierungsentgelte zu verrechnen, eine Preisobergrenze (Preiscap) oder auf Benchmarking basierende Terminierungsentgelte für zur Verfügung, die angemessen die schwierige Situation von spät auf den Markt eintretenden Anbietern berücksichtigen würden.

(iii) Der Bescheidentwurf berücksichtigt die tatsächliche Kostenstruktur der individuellen Betreiber nicht.

Nach tele.ring's Verständnis des unklaren Wortlauts des Bescheidentwurfs schlägt die TKK vor, tele.ring (und die anderen Mobilbetreiber) die LRAIC eines "effizienten Betreibers" vorzuschreiben. Da sich der Entwurf auf die Kosten eines (hypothetischen?) effizienten Betreiber bezieht, wird die tatsächliche Kostenstruktur der individuellen Marktteilnehmer daher anscheidend bei der Bestimmung der anwendbaren Terminierungsentgelte nicht berücksichtigt.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt jedoch die Orientierung an den individuellen Zusammenschaltungskosten der betroffenen Betreiber. Nur unter dieser Bedingung ist eine auf die einzelne Wettbewerbsposition eines Marktteilnehmers zugeschnittene Regulierungsmaßnahme möglich. Diese Tatsache bildete auch einen Grundsatz des alten Regulierungsregimes (vgl Empfehlung der Kommission vom 15 Oktober 1997 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt Teil 1 – Zusammenschaltungsentgelte, in der geänderten Fassung). Nach Ansicht von tele.ring besteht kein Grund zur Abschaffung dieses Grundsatzes im neuen Rechtsrahmen.

(iv) Der Bescheidentwurf zielt auf die Einführung von reziproken Terminierungsentgelten ab.

Der Bescheidentwurf verpflichtet tele.ring (und alle anderen Mobilbetreiber), Terminierungsentgelte anzubieten, die sich an den LRAIC eines "effizienten Betreibers" orientieren. In der Begründung des Bescheidentwurfs wird der im Gutachten enthaltene Vorschlag, reziproke Terminierungsentgelte auf Basis der LRAIC eines hypothetischen Betreibers mit einem Marktanteil von 20 % innerhalb einer angemessenen Zeitspanne einzuführen (Verwendung eines Gleitpfades bis 2008), unterstützt. Es ist daher zu erwarten, dass die TKK in potentiellen zukünftigen Zusammenschaltungsstreitigkeiten Terminierungsentgelte nach dem im Gutachten vorgeschlagenen Modell anordnen wird. Aus folgenden Gründen lehnt tele.ring das vorgeschlagene System vehement ab:

- Eine angemessene und verhältnismäßige Regulierungsmaßnahme im Bereich der Zusammenschaltungspreise erfordert die Berücksichtigung der tatsächlichen Marktposition und der Kostenstruktur der einzelnen betroffenen Betreiber. Reziproke Terminierungsentgelte ignorieren diese beiden grundlegenden Faktoren für die ökonomische Situation und daher die Wettbewerbsposition von Mobilbetreibern und sind folglich unverhältnismäßig.
- Insbesondere würde die vorgeschlagene Berechnung der reziproken Terminierungsentgelte auf Basis der Kosten eines Betreibers mit einem Marktanteil von 20 % klar Mobilkom Austria bevorzugen. Mobilkom Austria hielt während der letzten Jahre konstant einen Marktanteil zwischen 41 und 43 %; daher kann ausgeschlossen werden, dass der Marktanteil der Mobilkom Austria auf dem Mobilmarkt bis 2008 (oder sogar ein paar Jahre später) zumindest annähernd auf 20 % fallen könnte. Aus diesem Grund sind die Zusammenschaltungskosten pro Minute von terminiertem Verkehr der Mobilkom Austria erheblich niedriger als die Kosten eines (hypothetischen) 20%-Betreibers und werden es auch (in der vorhersehbaren Zukunft) weiterhin sein. Die

tatsächlichen Kosten pro Verkehrsminute eines kleinen Betreibers wie tele.ring (mit einem derzeitigen Marktanteil von ungefähr 10 %) würden im Gegensatz dazu erheblich höher als die Kosten eines 20%-Betreibers sein. Folglich würde es die vorgeschlagene Regulierungsmaßnahme Mobilkom ermöglichen, Terminierungsentgelte, die deutlich über ihren Kosten liegen, einzunehmen (zum Schaden von ihren kleineren Wettbewerbern) und diesen Überschuss zur Quersubventionierung ihrer Marktaktivitäten auf dem Endkundenmarkt zu verwenden. Dieses Regulierungssystem würde daher nur Mobilkom Austria zur weiteren Stärkung ihrer führenden Marktposition auf dem Endkundenmarkt dienen. Ein solches Ergebnis würde jedoch klar in Gegensatz zu den Zielen des neuen Rechtsrahmens und des TKG 2003 stehen.

- (v) Der Bescheidentwurf ist unschlüssig und gibt den Betreibern nicht die Möglichkeit zur verlässlichen Vorausplanung.

Nach der gemeinsamen Position der European Regulators Group ("ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG (O3) 30rev 1) sollen die nationalen Regulierungsbehörden begründete Entscheidungen, die transparent und gut argumentiert sind, erstellen. Im Entscheidungsentwurf der TKK fehlt hingegen eine klare und unzweideutige Festlegung der tele.ring auferlegten Verpflichtungen. Insbesondere bleibt unklar, wie die LRAIC eines effizienten Betreibers berechnet werden sollen, da die TKK keine Richtlinien für das anwendbare Kostenrechnungsmodell vorgibt. Wegen der grundlegenden Bedeutung des Kostenrechnungsmodells in Zusammenschaltungsangelegenheiten ist offensichtlich, dass in Zukunft daher Streitigkeiten zwischen Betreibern, die Zusammenschaltungsvereinbarungen aushandeln, entstehen werden. Der Bescheidentwurf bietet daher weder Rechtssicherheit für die Betreiber, noch kann er als Basis für die Entwicklung eines stabilen Regulierungsumfelds des österreichischen Mobilsektors dienen.

tele.ring beantragt daher, Richtlinien für die Kostenrechnung in die Regulierungsmaßnahme aufzunehmen.

(vi) Die TKK geht von einem falschen Verständnis des Zwecks der Regulierung von Zusammenschaltungsangelegenheiten aus.

Der Bescheidentwurf basiert auf dem wiederholt dargestellten Verständnis der TKK, dass die Regulierung einen Terminierungspreis, der auf einem Markt auf dem "vollkommener Wettbewerb " besteht, imitieren soll (zB Punkt 7.2.5 des Bescheidentwurfes). Die Regulierung des Zusammenschaltungsmarktes soll deshalb auf die Einführung eines "einheitlichen Markt- und Wettbewerbspreises" für alle Betreiber abzielen. Diese Aussagen der TKK zeigen deren falsches Verständnis vom Konzept der mobilen Zusammenschaltungsregulierung auf.

Regulierungsmaßnahmen sollten den in § 1 Abs 2 TKG 2003 enthaltenen Zielen (ua der Sicherstellung größtmöglicher Vorteile für alle Nutzer, der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen und der Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen) dienen. Diese Ziele erfordern die Berücksichtigung der tatsächlichen Marktgegebenheiten im Zeitpunkt der Auferlegung der Maßnahme und insbesondere auch der individuellen Marktposition der betroffenen Betreiber. Für den Plan der TKK, alle Mobilbetreiber zu einem hypothetischen einheitlichen Marktpreis zu zwingen und damit die tatsächliche Marktstruktur vollständig zu missachten, besteht hingegen keinerlei Rechtsgrundlage im österreichischen Telekommunikationsrecht.

(vii) Der Bescheidentwurf missachtet die internationale Entwicklung

In diesem Zusammenhang soll betont werden, dass die EU-Kommission die asymmetrische Regulierung von Mobilterminierungsentgelten in ihren aktuellen Stellungnahmen zu Regulierungsmaßnahmen, die von verschiedenen nationalen Regulierungsbehörden vorgeschlagen wurden, nach Art 7 Abs 3 der Rahmenrichtlinie bereits akzeptierte (nach dem Verständnis von tele.ring sogar förderte), wenn die jeweilige Marktstruktur dies

erforderte. Dies gilt beispielsweise für die von den schwedischen, den griechischen und den portugiesischen Regulatoren vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente, die alle kleinere Betreiber von der Verpflichtung zu kostenorientierten Terminierungsentgelten befreiten, aber sie zum Anbieten zu "fairen und angemessenen" Preise verpflichteten. Die Kommission bestätigte diese Bescheidentwürfe und lud die Regulatoren ein, die Entwicklung der Kostenstrukturen der Betreiber, denen die Verpflichtung zu fairen und angemessenen Preisen auferlegt wurde, genau zu überwachen und abzuschätzen, ob ihre Annahmen hinsichtlich dieser Preise während der Dauer der Marktanalyse weiterhin zutreffen würden.

d) Kein Anreiz für Infrastrukturinvestitionen

Eines der Hauptprinzipien des TKG 2003 und des neuen Rechtsrahmens ist die Förderung von effizienten Investitionen in Infrastruktur und Innovation (vgl. § 1 Abs 2b TKG 2003, Art 8 Abs 2c Rahmenrichtlinie).

Die in dem Bescheidentwurf enthaltenen Maßnahmen würden den Anreiz für tele.ring, in neue Infrastrukturen und Dienstleistungen zu investieren, erheblich reduzieren. In Wahrheit wäre es für tele.ring unter diesen Voraussetzungen ökonomisch sinnvoll, weitere Investitionen in Infrastruktur und Dienstleistungen aufzugeben und sein Geschäftsmodell auf das eines MVNO (ohne beträchtliche Netzwerkkosten) umzustellen.

3. Gleichzeitige Durchführung des Konsultationsverfahrens nach § 128 und des Koordinationsverfahrens nach § 129 TKG 2003

tele.ring lehnt die gleichzeitige Durchführung des Konsultationsverfahrens nach § 128 und des Koordinationsverfahrens nach § 129 TKG 2003, wie sie derzeit von der TTK vorgenommen wird, ab. Nur nachdem die EU-Kommission alle Stellungnahmen hinsichtlich des Bescheidentwurfes von den betroffenen Betreibern, den Wettbewerbern, den Kunden etc erhalten hat, gewinnt sie ein vollständiges Bild der Marktstruktur und seiner regulatorischen Anforderungen.

tele.ring beantragt daher, dass die TKK alle Stellungnahmen, die sie auf Grund ihres Bescheidentwurfes erhalten hat, der Kommission übermittelt, bevor das Koordinationsverfahren nach § 129 TKG 2003 beginnt.

4. Zusammenfassung

Nach Ansicht von tele.ring verletzt der von der TKK erlassene Bescheidentwurf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ist folglich unvereinbar mit den Grundprinzipien des TKG 2003 und des neuen Rechtsrahmens. Insbesondere die vorgeschlagene Auferlegung von identischen Regulierungsinstrumenten für alle Betreiber und die vorgesehene Einführung von reziproken Terminierungsentgelten verletzt die Regulierungsziele, weil dies das Überleben von tele.ring als "Maverick"-Betreiber auf dem österreichischen Mobilmarkt ernsthaft gefährden würde.

Eine verhältnismäßige Maßnahme könnte die Verpflichtung von tele.ring (und anderen kleinen Betreibern wie H3G), angemessene Terminierungsentgelte zu verrechnen, die Einführung einer Preisobergrenze (Preiscap) oder eines benchmarking-Systems bilden.

Wien, 4.10.2004

ba

tele.ring Telekom Service GmbH