

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
A-1060 Wien

konsultationen@rtr.at

Datum: 30. November 2004

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
A-1060 Wien; Österreich

Bearbeiter: Mag. Jan Engelberger
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: +43-1-588 39 DW 31

Fax: +43-1-586 69 71

E-Mail: engelberger@vat.at

Web: www.vat.at

DVR 0043257

Konsultationen M 1/03 und M 2/03 – Zugang von Privatkunden bzw. von Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmärkte)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf die Konsultationen zu den Entwürfen von Vollziehungshandlungen der Telekom-Control-Kommission (TKK) M 1/03 und M 2/03 gem. § 128 TKG 2003 – Zugang von Privatkunden bzw. von Nichtprivatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten – dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zu diesen geplanten Regulierungsmaßnahmen zur Kenntnis bringen. Zur Vermeidung von Wiederholungen haben wir unsere Stellungnahmen zu beiden Konsultationen zusammengefasst.

Einleitend möchten wir anmerken, dass die Regulierungsbehörde in den vorliegenden Entscheidungsentwürfen mit der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der TA und der daraus folgenden Auferlegung von diversen Verpflichtungen, inkl. der Endkundenentgeltkontrolle, unserer Auffassung nach grundsätzlich den angesichts der Marktsituation richtigen Weg eingeschlagen hat.

Im Einzelnen sind allerdings zu den auferlegten Verpflichtungen dennoch diverse Ergänzungen notwendig, da das Ziel der Ermöglichung fairen Wettbewerbs durch die in den Entwürfen vorgesehen Maßnahmen nicht ausreichend sichergestellt erscheint.

Ad 2.1. Verpflichtung der TA, ihren Teilnehmern Zugang zu Diensten von ANB sowohl durch CPS als auch CbC zu ermöglichen

Der VAT begrüßt ausdrücklich die Auferlegung dieser Verpflichtung. Wir gehen davon aus, dass sich aus dem Zusammenspiel zwischen den auf den Zugangsmärkten und den auf dem Originierungsmarkt auferlegten Verpflichtungen keine Änderung gegenüber der bisherigen Praxis ergeben wird und dass die in den Zugangsmärkten auferlegte Pflicht, Carrier Preselection (CPS) und Call-by-Call

(CbC) zu ermöglichen, u.a. durch die im Originierungsmarkt gem. § 41 TKG 2003 auferlegte Zusammenschaltungspflicht sowie durch die Pflicht ein SZA zu legen, in der Praxis unverändert funktionieren wird.

Dabei ist allerdings (insb. im SZA) jedenfalls in geeigneter Weise sicherzustellen, dass die TA alle notwendigen technischen und wirtschaftlichen Leistungen, die für den operativen Betrieb von CPS und CbC erforderlich sind, weiterhin anbieten muss und wird.

Ad 2.2. Verpflichtung der TA, ein Standardangebot für den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung zu legen

1. Mangelnde Sicherstellung eines marktfähigen Resale-Angebots

Zu Recht betont die Begründung der Entscheidungsentwürfe an mehreren Stellen die Notwendigkeit, dass das von TA anzubietende Angebot über den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung marktfähig sein muss (z.B. M 1/03, S. 16, 47). Um das Resale-Angebot marktfähig zu machen, muss es nachfragegerecht gestaltet werden, wie die Begründung der Entscheidungsentwürfe richtig erkennt (M 1/03, S. 46, fordert, dass "das Vorleistungsprodukt hinreichend 'brauchbar' für die Nachfrager zu spezifizieren" ist).

Die genannten Punkte sind entscheidend für die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahme. Nur ein Resale-Angebot, das vom Markt auch tatsächlich angenommen wird, kann zu einer Schaffung von Wettbewerb auf den Zugangsmärkten führen. Um dies zu erreichen, muss das Resale-Angebot daher marktfähig und nachfragegerecht gestaltet werden. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass ein solches Angebot nur rein hypothetisch und nur auf dem Papier besteht, ohne die gewünschten Auswirkungen auf den Markt entfalten zu können.

Da die in der Begründung der Entscheidungsentwürfe enthaltenen Ausführungen zur Marktfähigkeit und zur Nachfragegerechtigkeit keine verbindliche Wirkung haben, sollten diese Grundsätze in den Spruch der Bescheide aufgenommen werden.

Weiters erkennt die Begründung der Bescheidentwürfe richtig, dass bei der Preisgestaltung auf den Anschlussmärkten besondere Aufmerksamkeit auf die Problematik eines möglichen Margin Squeeze zu legen ist (M 1/03, S. 51). Bei den bislang von TA vorgelegten Angeboten über den Zugang zur Anschlussleistung war gerade das Bestehen eines Margin Squeeze (siehe dazu Punkt 2.1 unten) eines der wesentlichen Hindernisse für die Annahmefähigkeit dieser Angebote.

Der Vermeidung eines Margin Squeeze kommt somit entscheidende Bedeutung für die Schaffung von Wettbewerb im Wege eines Resale-Angebots zu. Das Verbot eines Margin Squeeze sollte daher nicht nur unverbindlich im Rahmen der Begründung, sondern verbindlich im Spruch der Bescheide enthalten sein.

Der VAT befürwortet daher die Ergänzung von Spruchpunkt 2.2. der Bescheidentwürfe in der Weise, dass dieser lautet wie folgt:

"2.2. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 in Verbindung mit § 38 TKG 2003 binnen zwei Monaten ab Rechtskraft dieses Bescheides ein nachfragegerechtes und marktfähiges Standardangebot zu legen, um Betreibern öffentlich zugänglicher Telefondienste den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zu ermöglichen, wobei ein Margin Squeeze im Verhältnis zu den von TA angebotenen Endkundenentgelten unzulässig ist. Das Standardangebot hat Bestimmungen zumindest hinsichtlich der folgenden Punkte zu enthalten: [...]"

2. Zu den Regeln zum Vorleistungsentgelt für den Wiederverkauf der Anschlussleistung

Die Bescheidentwürfe sehen in Spruchpunkt 2.2 vor, dass die Vorleistungsentgelte für den Wiederverkauf der Anschlussleistung auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes festzulegen sind. Der VAT begrüßt diese Entscheidung grundsätzlich. Es bestehen jedoch Bedenken gegen die geplante Methode zur Umsetzung des Retail-Minus-Ansatzes:

2.1. Unklare bzw. Unrichtige Berechnungsbasis für den Großhandelsabschlag

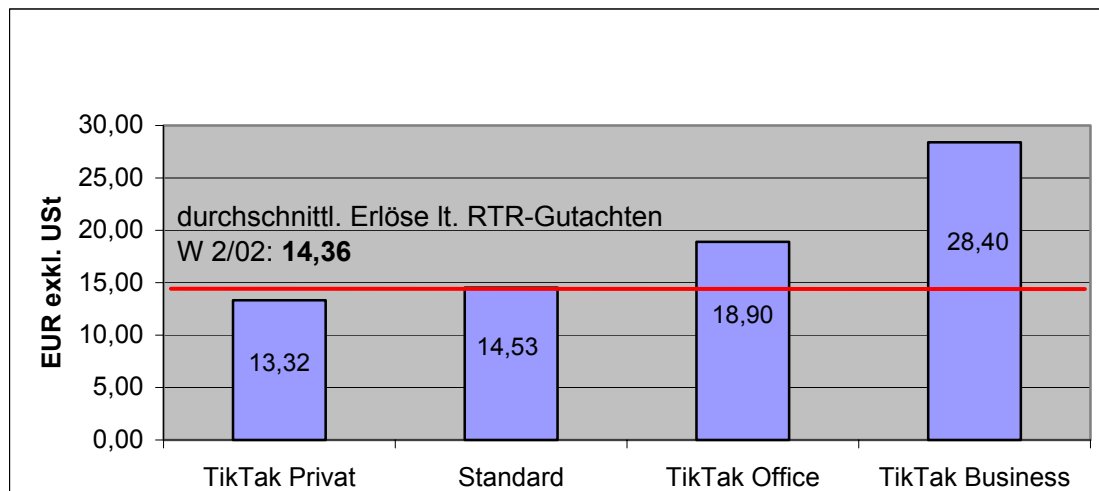
In den Entscheidungsbegründungen ist ausgeführt, dass lediglich ein einheitliches Resale-Entgelt festgelegt werden könne, obwohl TA auf Endkundenebene unterschiedliche Tarifoptionen anwende. Als Basis für den Großhandelsabschlag könne daher nicht auf die verschiedenen Grundentgelte der TA abgestellt werden, sondern es müsse ein gewichteter Mittelwert der von TA verrechneten Grundentgelte angewendet werden, wobei zwischen POTS, ISDN und Multi-ISDN zu unterscheiden sei (M 1/03, S. 49).

Da es sich bei den beiden Märkten (Zugang von Privatkunden und Zugang von Nichtprivatkunden) um zwei eindeutig getrennte Märkte handelt und dementsprechend auch zwei getrennte Entscheidungsentwürfe vorliegen, geht der VAT davon aus, dass die (gleich lautenden) Ausführungen in den beiden Entscheidungsentwürfen so zu verstehen sind, dass jeweils ein gewichteter Mittelwert der von TA verrechneten Grundentgelte für den Privatkundenmarkt und einer für den Nichtprivatkundenmarkt zu errechnen ist, von denen dann jeweils der Großhandelsabschlag abzuziehen ist. Da dies aus den Entscheidungsentwürfen jedoch nicht eindeutig hervorkommt, sollte es in den endgültigen Bescheiden klargestellt werden.

Die andere Möglichkeit, nämlich die Heranziehung eines gewichteten Mittelwerts der von TA verrechneten Grundentgelte über beide Märkte hinweg, würde unweigerlich zu einem Price Squeeze auf dem Privatkundenmarkt führen. Bekanntlich unterscheiden sich die Preis- und Wettbewerbsverhältnisse auf dem Privatkunden- und dem Geschäftskundenmarkt erheblich, weshalb diese beiden Märkte sowohl von der Europäischen Kommission als auch von der RTR (in der TKMVO 2003) als unterschiedliche relevante Märkte definiert wurden. Zweifellos muss daher auch die Price-Squeeze-Prüfung auf jedem dieser beiden Märkte separat erfolgen.

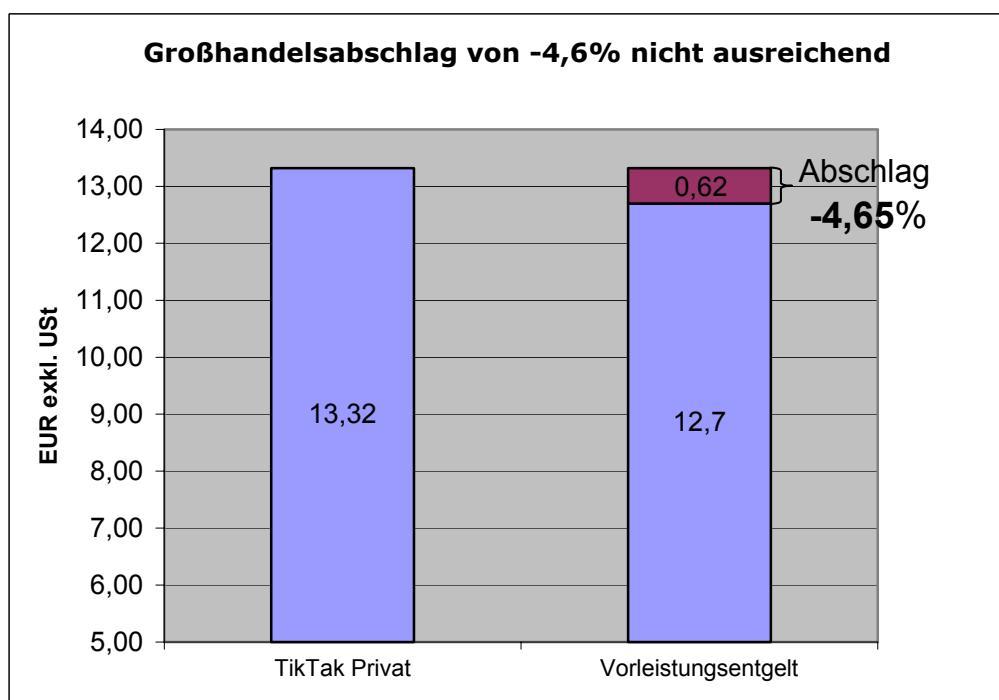
Wie aus der folgenden Tabelle ersichtlich ist, bietet TA für die Anschlussleistung (also für ein und dieselbe Leistung) vier unterschiedliche Grundentgelte an. Das am Privatkundenmarkt relevante Grundentgelt, nämlich den TikTak-Privat-Tarif für

POTS, bietet TA unter ihren durchschnittlichen Grundentgelterlösen an. Diese durchschnittlichen Grundentgelterlöse sollten gemäß der bei der Tarifgenehmigung angewandten Kontrollmatrix den durchschnittlichen Kosten entsprechen.



Aus dieser Darstellung ist klar ersichtlich, dass ein Großhandelsabschlag, der sich an den durchschnittlichen Grundentgelterlösen orientiert, am Privatkundenmarkt schlichtweg nicht marktfähig wäre.

Das zuletzt von TA gelegte Angebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung vom 10.12.2003, das mittlerweile von der Telekom-Control-Kommission mit Bescheid vom 22.11.2004 als diskriminierungsfrei bewertet wurde, sieht konkret ein Vorleistungsentgelt für die Anschlussleistung in der Höhe von monatlich € 12,70 (exkl. USt.) vor. Die Differenz zwischen diesem Vorleistungspreis und dem von TA am Endkundenmarkt angebotenen Endkundenpreis im TikTak-Tarif von € 13,32 (exkl. USt.) beträgt damit nur € 0,62 oder 4,65% vom Endkundenpreis.



Es ist offensichtlich, dass nicht einmal ein besonders effizienter Betreiber mit diesem Betrag seine Retail-Kosten (insb. Vertrieb, Marketing, Billing, Customer Care, Einbringlichkeitsrisiko etc.) decken kann.

Um einen Price Squeeze auf dem Privatkundenmarkt auszuschließen, muss der Großhandelsabschlag (= Kosten des Wiederverkaufs) somit von dem am Privatkundenmarkt wettbewerbsrelevanten Tarif (= TikTak Privat) abgezogen werden, da ANBs auf diesem Markt sonst nicht kostendeckend mit TA in Wettbewerb treten können. Daher sind Durchschnittserlöse und -kosten als Ausgangsbasis für den Abschlag ungeeignet. Würde man nämlich den Großhandelsabschlag ausgehend vom durchschnittlichen Grundentgelt, also den durchschnittlichen Kosten der TA, berechnen, so könnte das am Privatkundenmarkt herrschende Preisniveau zwangsläufig nur mit Verlust erreicht werden.

Es widerspricht zudem der Marktlogik, wenn es den Kunden alternativer Anbieter möglich wäre, direkt bei TA das günstigste Grundentgelt zu wählen, ANB selbst dagegen ein höheres, am durchschnittlichen Grundentgelt orientiertes Grundentgelt an TA bezahlen müssten. Dies wäre nicht zuletzt eine unzulässige Diskriminierung.

Im übrigen würde eine Durchschnittsbetrachtung über beide Märkte hinweg zu ungerechtfertigten Windfall Profits der TA sowie zu einer Erhöhung der Kostenüberdeckung im Anschlussnetz führen. Naheliegenderweise werden ANBs ihr Produkt "Telefon-Anschluss" zunächst primär an ihre bestehenden Preselection-Kunden vermarkten. Diese Kunden bezahlen bei TA größtenteils den günstigsten Grundgebührtarif, da sie Verbindungsleistungen über ANBs beziehen möchten. Wenn nun ein ANB die Bereitstellung der Anschlussleistung von TA übernimmt und dieser ein Vorleistungsentgelt zu bezahlen hat, das sich nicht am günstigsten Grundgebührtarif, sondern am höheren Durchschnitt orientiert, würde sich allein wegen des Betreiberwechsels die Summe der Grundentgelterlöse der TA ohne Rechtfertigung erhöhen.

Aus diesen Gründen sollten die Ausführungen in den Bescheidentwürfen zur Berechnungsbasis des Großhandelsabschlages entsprechend klargestellt bzw. berichtigt werden.

2.2. Methode zur Margin-Squeeze-Prüfung widerspricht ERG-Positionspapier

Die Begründung der Entscheidungsentwürfe enthält Aussagen zur Methode, nach der die Margin-Squeeze-Prüfung erfolgen soll. So führen die Entwürfe aus, dass ein Margin Squeeze dann nicht vorliege, wenn der Nachfrager nach der Vorleistung in den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen zumindest genauso effizient sei wie der etablierte Betreiber, also wenn ihm nicht mehr Kosten entstehen als dem etablierten Betreiber selbst (M 1/03, S. 50). Alternativen Anbietern müsse es daher unter Zugrundelegung des für TA geltenden Effizienzmaßstabes möglich sein, entsprechend konkurrenzfähige Produkte auch über längere Zeiträume hinweg selbst anzubieten (M 1/03, S. 51).

Diese Methode zur Prüfung eines Margin Squeeze stimmt jedoch nicht mit einschlägigen Rechtstexten der Europäischen Kommission und der ERG überein. So führt die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (ABl C 265 vom 22.8.1998, S. 2, Rz 117 und 118) aus, dass ein Margin Squeeze nicht nur

dann vorliegt, wenn die Marge zwischen dem Endkundenpreis des Marktbeherrschers und dessen Vorleistungspreis nicht ausreicht, um die (Vertriebs-) Kosten des Marktbeherrschers zu decken, sondern auch dann, wenn diese Marge nicht die (Vertriebs-)Kosten eines hinreichend effizienten alternativen Anbieters decken kann.

Die Vertriebskosten des Marktbeherrschers sind daher nicht der einzige Maßstab für die Bestimmung eines Price Squeeze, sondern es ist auch auf die allenfalls unterschiedlichen Vertriebskosten eines hinreichend effizienten alternativen Anbieters Bedacht zu nehmen. Diese können vor allem dann höher sein als die Vertriebskosten des Marktbeherrschers, wenn der Marktbeherrschers Skalen- und/oder Verbundvorteile genießt, die alternativen Anbietern nicht zugänglich sind.

Aus diesem Grund empfiehlt die European Regulators Group in ihrem Positionspapier "ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG (03) 30rev1, in Annex 1 eine Kalkulationsmethode für den Price Squeeze, die diese Skalen- und Verbundvorteile des Marktbeherrschers berücksichtigt. Nach dem ERG-Positionspapier ist es angemessen, wenn die vom Marktbeherrschers einzuhaltende Mindestmarge unter der Annahme eines Marktanteils des Incumbents von ca. 20-25% kalkuliert wird. Mit anderen Worten, die Mindestmarge zwischen Großhandels- und Endkundenpreis muss so ausreichend sein, dass sie nicht nur die tatsächlichen Retail-Kosten des Incumbents deckt, sondern jene höheren, fiktiven Kosten, die der Incumbent bei einem Marktanteil von nur 20-25% hätte. Nur eine so berechnete Mindestmarge erlaubt alternativen Anbietern, wettbewerbsfähig in die quasi-monopolistischen Anschlussmärkte einzutreten.

2.3. Gesamtbetrachtung der Wertschöpfungskette – Branchenkonsultation

Weiters ist generell sicherzustellen, dass der Endkunden-Zugangstarif der TA mit dem Wholesalepreis für den Wiederverkauf der Anschlussleistung und mit dem Wholesalepreis für die TASL-Miete derartig korreliert sein muss, dass ein Wettbewerb ermöglicht wird. Dies ist beim gegenwärtigen Ansatz offensichtlich nicht der Fall, da der Zugangstarif mit den Skalenvorteilen der TA berechnet wird, hingegen bei der TASL-Miete vor allem die mit der Entbündelung verbundenen Kosten, wie zB Kollokation, ohne diese Skalenvorteile berechnet werden bzw. der Skalierungsnachteil eines ANBs nicht in die Berechnung einfließt oder einfließen kann. Die TASL-Miete gemeinsam mit den mit der Entbündelung unvermeidbar verbundenen Kosten ist daher aufgrund dieses Skalierungsnachteils für den ANB wesentlich höher als der Endkundentarif. Auf dieses Wettbewerbsproblem wird in den Entscheidungsentwürfen nicht eingegangen.

Schließlich besteht ein Zusammenhang des TASL-Sprachzuganges mit dem Breitband-Zugang, der zumindest bisher nicht reguliert wurde. Es ist unklar, ob die Grundgebühr für Sprache die Herstellung und den Betrieb des Kupfer-Zugangsnetzes abdecken muss. Wenn zB bei VoIP keine regulierte Sprache angeboten wird und Kunden keine herkömmliche Grundgebühr bezahlen, dann muss die Herstellung und der Betrieb des Zugangsnetzes an unbekannter anderer Stelle abgedeckt werden. Wenn der Breitband-Zugangsmarkt nicht gegenüber der TA reguliert wird, kann das Zugangsmonopol durch die TA unbegrenzt ausgenutzt werden.

Aus diesen Gründen sollten die Ausführungen in den Bescheidentwürfen entsprechend berichtigt werden. In diesem Zusammenhang regen wir an, analog zur derzeit laufenden Konsultation zum Thema „Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für Terminierung in Mobilfunknetzen“ eine öffentliche Konsultation betreffend der Konkretisierung des Retail-Minus-Ansatzes und der Margin-Squeeze-Prüfung im Hinblick auf die einzelnen Stufen der Wertschöpfungskette (Entbündelung, Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung, Genehmigung von Endkundenentgelten, insbesondere auch unter Berücksichtigung von Rabatten) durchzuführen.

Ad 2.3. Verpflichtung der TA zur Nichtdiskriminierung

Zeitliche Gleichbehandlung bei neuer Produktgestaltung

Die Entscheidungsentwürfe sehen jeweils in Spruchpunkt 2.3 eine Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38 TKG 2003 vor, wonach TA im Falle einer neuen (preislichen) Produktgestaltung auf dem Endkundenmarkt die dafür erforderlichen Vorleistungen "spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte" anzubieten hat.

Diese Regelung erlaubt TA einen erheblichen Zeitvorsprung, da sie ihr Vorleistungsprodukt intern bereits frühzeitig neu spezifizieren kann, aber erst im Zeitpunkt der Markteinführung des neuen Endkundenprodukts ein entsprechendes Vorleistungsangebot auch an ANBs legen muss. Durch die erforderliche Prüfung eines solchen Angebots, die allenfalls notwendige Anrufung der Regulierungsbehörde gemäß § 50 TKG 2003, und vor allem die technische und wirtschaftliche Vorbereitung eines alternativen Endkundenprodukts auf Basis des neuen Vorleistungsprodukts wären ANBs nicht in der Lage, zeitnah auf die geänderten Produktspezifikationen zu reagieren. Auf diese Weise könnte TA auf der Grundlage einer zeitlichen Diskriminierung alternativer Anbieter einen First-Mover-Advantage aufrechterhalten.

Der VAT weist in diesem Zusammenhang auf § 38 Abs. 2 TKG 2003 hin, wonach die Gleichbehandlungsverpflichtungen insbesondere sicherzustellen haben, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht "Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen". Ein entsprechender Informationsvorsprung der TA-Retailebene im Hinblick auf ein geändertes Vorleistungsprodukt der TA-Wholesaleebene muss daher ausgeschlossen werden, um eine zeitgleiche Produkteinführung seitens ANB und TA zu ermöglichen.

Der VAT befürwortet daher die Ergänzung von Spruchpunkt 2.3. zweiter Satz der Bescheidentwürfe M 1/03 und M 2/03 in der Weise, dass diese jeweils lauten wie folgt:

*"Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden [bzw. Nichtprivatkunden] zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität **spätestens zeitgleich mit***

der Einführung der Endkundenprodukte so zeitgerecht anzubieten, dass diese anderen Unternehmen unter gleichen Umständen in der Lage sind, spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte ebenfalls ein entsprechendes Endkundenprodukt einzuführen."

Ad 2.4. Verpflichtung der TA zur Entgeltkontrolle und Kostenorientierung

1. "Kontrollmatrix" lässt Marktmachtübertragung zu

Die Begründung der Entscheidungsentwürfe stellt in Aussicht, dass die bislang im Rahmen der Tarifgenehmigung angewandte Kontrollmatrix auch weiterhin für die Genehmigung der Endkundenentgelte herangezogen werden wird (M 1/03, S. 6 f). Dadurch werden die wettbewerblichen Probleme dieser Kontrollmatrix, die sich im Zusammenhang mit dem TikTak-Tarif gezeigt haben, perpetuiert.

So wäre es weiterhin nicht Gegenstand der Entgeltgenehmigung, eine Kostendeckung der Grundentgelte jeder einzelnen Tarifoption sicherzustellen. Dadurch lässt die Kontrollmatrix der TA einen erheblichen Spielraum für wettbewerbswidriges Verhalten. So ist es nach der Kontrollmatrix insbesondere zulässig, Tarifoptionen einzuführen, bei denen das Grundentgelt unter den (durchschnittlichen) Kosten, die Verbindungsentgelte aber über den (durchschnittlichen) Kosten liegen oder umgekehrt. Eine derartige Tarifgestaltung hat am Markt die Wirkung einer Quersubventionierung zwischen Grund- und Verbindungsentgelten innerhalb der davon betroffenen Tarifoptionen. Alternative Anbieter sind derzeit nicht in der Lage, eine solche Tarifgestaltung nachzubilden. Die Kontrollmatrix ist daher in der bisherigen Form gerade nicht geeignet, der von der Telekom-Control-Kommission selbst erkannten Gefahr zu begegnen, dass TA "mittels Produktbündelung und Quersubventionierung" (M 1/03, S. 11) bzw. "im Wege von Mischkalkulation und Produktbündelung" (M 1/03, S. 15) ihre Marktmacht von den Anschlussmärkten auf die Verbindungsmärkte übertragen kann, weil die Kontrollmatrix eine solche Mischkalkulation bzw. Produktbündelung zulässt.

Die Kontrollmatrix erlaubt im Extremfall sogar, das Endkundenentgelt einzelner Tarifoptionen bis auf den Vorleistungspreis herabzusetzen (so ausdrücklich Kriterium 3 der Kontrollmatrix, M 1/03, S. 57). Zweifellos wäre es in einer solchen Situation für einen effizienten Wettbewerber nicht möglich, kostendeckend mit einer solchen Tarifoption in Wettbewerb zu treten, zumal in diesem Fall nach Abzug der Vorleistungskosten kein Erlös mehr verbliebe, um zum einen die zusätzlichen Kosten für die „Produktion“ einer Telefonieminute, also IC-Links und Backbone, zu decken, zum anderen überhaupt die Kosten der nachgeordneten Wertschöpfungsstufe (Vertrieb) zu decken. Auf diese Weise erlaubt die Kontrollmatrix die Anwendung eines eindeutigen Price Squeeze durch TA.

Nach der Judikatur des EuGH ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, bei der Anwendung des sektorspezifischen Regulierungsrechts auch das unmittelbar anwendbare EG-Wettbewerbsrecht einzuhalten; die Behörde darf wettbewerbswidriges Verhalten weder fördern noch bestärken (EuGH Rs. 66/86, *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, S. 838). Die Konformität mit dem Wettbewerbsrecht kann jedoch – wie auch die Vergangenheit gezeigt hat – durch die Kontrollmatrix allein nicht sichergestellt werden. So hat das Kartellobergericht das Tarifsysteem der TA,

welches von der Regulierungsbehörde anhand der Kontrollmatrix geprüft und genehmigt worden war, rechtskräftig als Marktmachtmissbrauch der TA qualifiziert (16 Ok 11/04). Dabei wurde von der Regulierungsbehörde ein Tarifsystem genehmigt, das als billigstes Grundentgelt ein Bündel von Zugangsleistung und Verbindungsminuten (60 Minuten Offpeak lokal + Spezialtarif zu einem „Best Friend“) beinhaltet, währenddessen das günstigste „reine“ Grundentgelt, das vorwiegend von Kunden der ANBs in Verbindung mit CPS bzw. CbC in Anspruch genommen wurde, preislich über dem Produktbündel zu liegen kam. Daher sollten bei zukünftigen Tarifgenehmigungen nicht nur die Einhaltung der Kontrollmatrix, sondern auch die Erfordernisse des Wettbewerbsrechts geprüft werden. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Entscheidungsentwürfen sollten in diesem Sinne ergänzt werden.

Darüber hinaus muss laufend überprüft werden, ob sich die Annahmen hinsichtlich des von der TA erwarteten und der Genehmigung zugrunde gelegten zukünftigen Kundenverhaltens tatsächlich bewahrheiten. Falls dabei ein Abweichen festgestellt wird, muss die Tarifgenehmigung auch nachträglich widerrufen werden können, sofern die Kriterien für eine Genehmigung nicht mehr eingehalten werden.

2. Aushöhlung der Entgeltregulierung durch Ausnahme von Aktionstarifen

Die Entscheidungsentwürfe sehen in Spruchpunkt 2.4 vor, dass Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten von der Genehmigungspflicht der Endkundenentgelte ausgenommen sind. Gegen diese Ausnahme bestehen erhebliche Bedenken.

2.1. Keine Begründung für Ausnahme der dreimonatigen Aktionen

Zunächst ist festzuhalten, dass der Bescheid keinerlei Begründung dafür enthält, wieso gerade für bis zu dreimonatige Aktionen keine Genehmigung nötig sein soll. Der Verweis auf die „Fortführung der bestehenden Spruchpraxis“ der Regulierungsbehörde (M 2/03 S. 56 oben) ist hier nicht ausreichend, da bisheriger Anknüpfungspunkt für die Entscheidung nur die Frage war, ob es sich um eine „dauerhafte Änderung des Tarifgefüges“ iSv § 18 Abs 7 TKG 1997 handelt oder nicht – eine Überprüfung ob es sich um einen Marktmachtmissbrauch o.ä. handelt, wie es das TKG 2003 als Anknüpfungspunkt vorsieht, ist nicht erfolgt. Ein Verweis auf die bisherige Spruchpraxis ist daher nicht ausreichend, da sich die gesetzlichen Vorgaben erheblich geändert haben. Mittlerweile besteht nicht mehr eine Genehmigungspflicht ex lege sondern nur dann, wenn es die Behörde als Vorabverpflichtung auferlegt – auf diesen Umstand wird im Entscheidungsentwurf in keiner Weise eingegangen.

Durch Wegfall der Bestimmung des § 18 Abs 7 TKG 1997 im TKG 2003 bleibt als Ansatzpunkt nur noch die Telekomtarifgestaltungsverordnung übrig. Diese sieht als „Ausnahmebestimmung“ in § 6 vor: *„Unbeschadet der genehmigten Tarife sind anlaßbezogene kurzfristige Werbeaktionen gestattet; sie sind jedoch eine Woche vor Beginn der Obersten Fernmeldebehörde im vollen Leistungsumfang anzuzeigen“*. Auf eine dreimonatige Frist kann hier wohl auch nicht geschlossen werden.

Die bisherige Rechtsprechung hat differenziert zwischen „nicht dauerhaften Änderungen des Tarifgefüges“ und „anlaßbezogenen kurzfristigen Werbeaktionen“

(zB G 11/99 Punkt 3.2.2.1: „Als zeitliche Grenze für eine anlassbezogene kurzfristige Werbeaktion kann etwa der Zeitraum einer Woche, als Grenze für eine nicht dauerhafte Änderung des Tarifgefüges etwa ein Zeitraum von drei Monaten angesehen werden“). Die neuen Entscheidungsentwürfe bringen nun den Terminus „Aktionsangebote“ ins Rennen – wie nun dieser Terminus mit der bisherigen Rechtsprechung zusammenpasst, bleibt unklar.

Folglich wurde verabsäumt, zu überprüfen, ob sich die bisherige Spruchpraxis hinsichtlich nicht dauerhafter Tarifänderungen auf aktuell identifizierbare Wettbewerbsprobleme anwenden lässt.

2.2. „Kettenaktionsangebote“ können Entgeltgenehmigungspflicht umgehen

Durch eine Aneinanderreihung derartiger Aktionsangebote könnte die Entgeltgenehmigungspflicht insgesamt umgangen werden. Auf diese Weise könnte TA parallel zu den genehmigten Tarifen eine Reihe von Aktionstarifen einführen, die außerhalb der Regulierung stünden. Es müsste daher klargestellt werden, dass dieser Zeitraum von drei Monaten jedenfalls über einen Betrachtungszeitraum (vermutlich ein Jahr) zu sehen ist und daher nicht „Kettenaktionsangebote“ aneinander gereiht werden dürfen. Aktionsangebote müssen einen Aktionscharakter haben. Daher müssen sie in irgendeiner Form limitiert und die Preise nach unten begrenzt werden, da ansonsten mit kontinuierlichen, kostenunterdeckenden Aktionsangeboten alle Mitbewerber vom Markt gedrängt werden können.

2.3. Gefahr einer permanenten Kostenunterdeckung

Weiters schmälern die von TA frei einsetzbaren Aktionstarife ihre Gesamterlöse, sodass – bei konstanten Kosten – die Gefahr einer permanenten Kostenunterdeckung besteht. Die Entscheidungsbegründungen führen dazu aus, dass die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung bereits vorweg bei der Tarifgenehmigung zu berücksichtigen sei (M 1/03, S. 57). Da TA jedoch nach dem derzeitigen Entwurf in keinsten Weise dazu verpflichtet ist, das von der Regulierungsbehörde einkalkulierte "Budget" für Aktionsangebote einzuhalten, können Aktionsangebote letztlich auch zu Erlösschmälerungen führen, die über den Erwartungen der Regulierungsbehörde liegen und somit insgesamt zu einer Kostenunterdeckung führen. Im Ergebnis könnte durch solche Aktionsangebote die gesamte Entgeltregulierung in Frage gestellt werden.

2.4. Notwendigkeit der Kostenorientierungspflicht sowie des Verbots von wettbewerbswidrigen Kampfpreisen

Selbst wenn kurzfristige Aktionsangebote von der Ex-ante-Genehmigungspflicht ausgeschlossen werden, sollten solche Aktionsangebote jedenfalls zumindest der Kostenorientierungspflicht sowie dem Verbot von wettbewerbswidrigen Kampfpreisen gemäß § 43 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 unterworfen werden. In den bisherigen Entwürfen ist jedoch unklar, ob die Kostenorientierungspflicht auch auf kurzfristige Aktionsangebote anwendbar wäre.

Der VAT befürwortet daher die Ergänzung von Spruchpunkt 2.4. der Bescheidentwürfe in der Weise, dass dieser lautet wie folgt:

"2.4. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 ihre Geschäftsbedingungen sowie ihre Endkundenentgelte, ausgenommen Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten zwei Wochen im Gesamtjahresausmaß von maximal 6 Wochen, der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen. Die Alle Endkundenentgelte (einschließlich Aktionsangebote) müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen. Von der Kostenorientierung sind zumindest umfasst: [...]"

Übertragung von Marktmacht auf Verbindungsmärkte

Die Bescheidentwürfe führen zu Recht mehrfach aus, dass die Gefahr der Marktmachtübertragung durch Telekom Austria AG von den Anschlussmärkten auf die benachbarten Verbindungsmärkte mittels Produktbündelung und Quersubventionierung besteht (z.B. M 1/03, S. 9, 11, 15, 54).

Gemäß § 35 Abs. 5 TKG 2003 kann ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

Die von der Regulierungsbehörde erkannte Gefahr der Marktmachtübertragung von den Anschlussmärkten auf die Verbindungsmärkte stellt daher einen weiteren Grund dar, im anhängigen Marktanalyseverfahren Telekom Austria auch auf sämtlichen Verbindungsmärkten als marktbeherrschend festzustellen.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Jan Engelberger