

konsultationen@rtr.at

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

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
1060 Wien

Datum: 19. Jänner 2005

Bearbeiter: Mag. Ute Rabussay
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 30

Fax: 01/586 69 71

E-Mail: rabussay@vat.at

DVR 0043257

Konsultationen M 3/03 und M 4/03 – Inlandsgespräche von Privatkunden bzw. von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmärkte)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf die Konsultation zu den Entwürfen von Vollziehungshandlungen der Telekom-Control-Kommission (TKK) M 3/03 und M 4/03 gem. § 128 TKG 2003 – Inlandsgespräche von Privatkunden bzw. von Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten – dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zu diesen geplanten Regulierungsmaßnahmen zur Kenntnis bringen.

1. Grundsätzliches

Der VAT befürwortet grundsätzlich das Ergebnis der Marktanalyse in den genannten Entscheidungsentwürfen und teilt insbesondere die Ansicht der Regulierungsbehörde, dass Telekom Austria auf den genannten Märkten alleine marktbeherrschend ist.

Die Bezeichnung der analysierten Märkte als "Oligopol" (M 3/03, S. 6; M 4/03, S. 6) hält der VAT jedoch für nicht zutreffend. Oligopole sind durch einen Anreiz zum Parallelverhalten der einzelnen Marktteilnehmer gekennzeichnet. Ein solcher Anreiz konnte in den untersuchten Märkten nicht nachgewiesen werden.

2. Erfordernis einer verstärkten Intervention zur Verhinderung der Marktmachtübertragung von Anschluss- auf Verbindungsmärkte

Als zentrales Wettbewerbsproblem identifizieren die Entscheidungsentwürfe die Möglichkeit der Telekom Austria, ihre Marktmacht durch Produktbündelung von den Anschlussmärkten auf die Verbindungsmärkte zu übertragen (Leveraging). Wie die

Entwürfe an mehreren Stellen richtig ausführen, besteht für Telekom Austria ein Anreiz, höher bepreiste Grundentgelte mit entsprechend niederen Verbindungsentgelten zu bündeln und so auf den Verbindungsmärkten Kampfpreise und/oder einen Margin Squeeze zu praktizieren, wodurch alternative Anbieter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden (M 3/03, S. 16-17, 20-21, 43-44, 53-55; M 4/03, S. 16, 19-20, 41-42, 52-53).

2.1. Zur Berechnung eines Margin Squeeze

Ein wettbewerbswidriger Margin Squeeze besteht nach den Ausführungen der Entwürfe dann, wenn die Gesamtkosten der notwendigen Zusammenschaltungsprodukte (auf Vorleistungsebene) in Verbindung mit den unternehmensspezifischen ANB-Eigenkosten (auf Endkundenebene) keine Kostendeckung mehr zulassen (M 3/03, S. 16; M 4/03, S. 16).

Diese Definition des Margin Squeeze entspricht jedoch in einem wesentlichen Punkt nicht den europarechtlichen und den gesetzlichen Vorgaben. Die Europäische Kommission definiert den zweifachen Preisdruck (Margin Squeeze) in ihrer Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationssektor, ABl. C 265 vom 22.8.1998, S. 2, Rz 117 f folgendermaßen:

"Ein solcher Preisdruck könnte durch den Nachweis belegt werden, dass die nachgeordneten Sparten des beherrschenden Unternehmens selbst nicht wirtschaftlich arbeiten könnten, wenn der den Wettbewerbern für die Nutzung der vorgelagerten Einrichtungen berechnete Preis zugrunde gelegt würde. [...] Unter entsprechenden Umständen kann ein zweifacher Preisdruck auch durch den Nachweis belegt werden, dass die Spanne zwischen dem Preis für den Zugang, der Wettbewerbern im nachgeordneten Markt (einschließlich der eigenen nachgeordneten Sparten des beherrschenden Unternehmens, sofern vorhanden) berechnet wird, und dem Preis, den der Netzbetreiber im nachgeordneten Markt berechnet, nicht ausreicht, um einem hinreichend effizienten Diensteanbieter im nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen (sofern das marktbeherrschende Unternehmen nicht nachweisen kann, dass seine nachgeordneten Sparten außerordentlich effizient sind)." (Hervorhebung hinzugefügt)

Ähnlich definieren auch die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des TKG 2003 (zu § 42 Abs. 1 TKG 2003) den Price Squeeze:

"Von price squeeze wird gesprochen, wenn der Abstand zwischen den Tarifen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten so gering wird, dass selbst Wettbewerber mit einer effizienten Kostenstruktur daran gehindert werden, ihre Dienste zu gewinnbringenden Preisen anzubieten." (Hervorhebung hinzugefügt)

Es ergibt sich daher aus allen einschlägigen Definitionen des Price Squeeze, dass den Wettbewerbern des Incumbent nicht nur die Kostendeckung, sondern auch die Erzielung eines angemessenen Gewinns möglich sein muss. Die Margin-Squeeze-

Rechnung muss also auf Seiten alternativer Anbieter auch ein angemessenes Gewinnelement beinhalten.

Weiters ergibt sich aus der Definition des Margin-Squeeze eindeutig, dass nicht nur die Vorleistungspreise des Incumbent mit dessen Endkundenpreisen verglichen werden dürfen, sondern dass auch alle zusätzlichen, produktspezifischen Kosten des ANBs bei der Margin-Squeeze-Rechnung mitberücksichtigt werden müssen. ANBs müssen in der Lage sein, mit den Endkundenentgelten nicht nur die Zusammenschaltungsentgelte, sondern auch ihre eigenen Produktionskosten (z.B. Joining Link, ANB-eigenes Kernnetz etc.) sowie ihre anteiligen Vertriebskosten (Marketing, Billing, Customer Care, Bad Debts etc.) und ein angemessenes Gewinnelement abzudecken. Können diese Kosten nicht abgedeckt werden, so liegt ein Margin Squeeze vor.

Auch die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 21.5.2003 (ABI L 263 vom 14.10.2003, S. 9), mit der der Deutschen Telekom AG wegen eines Margin Squeeze ein hohes Bußgeld auferlegt wurde, bestätigt dies:

"Sind die Vorleistungsentgelte höher als die Endkundenentgelte, können die Wettbewerber der DT unter keinen Umständen Gewinne erzielen, selbst wenn sie zumindest ebenso effizient wie DT sind, da sie neben den Vorleistungsentgelten noch zusätzliche Kosten, z. B. für Marketing, Rechnungsstellung, Inkasso usw. haben." (Rz 102; Hervorhebung hinzugefügt)

Es müssen also die ANB-eigenen produktspezifischen Kosten bei der Margin-Squeeze-Rechnung mitberücksichtigt werden. Ein bloßer Vergleich der von Telekom Austria angebotenen Endkundenentgelten mit den von ihr verrechneten Zusammenschaltungsentgelten (vgl. Bescheid Z 10/03-57) greift zu kurz.

2.2. Bestehender Margin Squeeze z.B. bei TikTak-Bonuspaket Freiminuten

Die in den Entscheidungsentwürfen erkannte Gefahr eines durch die Bündelung mit dem Grundentgelt hervorgerufenen Margin Squeeze bzw. Kampfpreises auf den Verbindungsmärkten ist bei einzelnen von Telekom Austria angebotenen Tarifen und Tarifzonen besonders akut.

So bietet Telekom Austria beispielsweise in der Tarifoption TikTak Privat gegen ein monatliches Zusatzentgelt von € 3,60 inkl. USt. das Bonuspaket Lokalzone an. Dieses beinhaltet (im Rahmen einer Fair-Use-Regelung) 300 Verbindungsminuten in die Lokalzone des österreichischen Festnetzes im Zeitfenster "Abends und Wochenende". Das von Telekom Austria vorgesehene pauschale Endkundenentgelt entspricht umgerechnet einem Minutenentgelt von nur 1,00 Eurocent (exkl. USt.). Das von Telekom Austria z.B. im TikTak-Privat-Tarif generell angebotene Entgelt für Lokalgespräche in der Off-Peak-Zeit ist mit 1,125 Eurocent pro Minute (exkl. USt.) kaum höher.

Diesen geringen Endkundenentgelten stehen jedoch Zusammenschaltungskosten von 0,96 Eurocent (Originierung und Terminierung lokal Off-Peak) gegenüber. Zu

diesen Kosten kommen noch die übrigen Produktionskosten des ANB (ANB-eigenes Kernnetz, Joining Link etc.) und die zugehörigen Vertriebskosten (Marketing, Billing, Customer Care, Bad Debts etc.). Es ist leicht ersichtlich, dass die geringe Differenz zwischen den Endkunden- und Vorleistungsentgelten in der Lokalzone (Off-Peak) nicht ausreicht, um diese Kosten, geschweige denn ein angemessenes Gewinnelement, abzudecken.

Um einen Price Squeeze zu vermeiden, muss zukünftig zumindestens sichergestellt sein, dass das Endkundenentgelt jeder einzelnen Tarifzone über den Produktionskosten eines hinreichend effizienten ANB für die vergleichbare Leistung liegt. Der VAT geht davon aus, dass zukünftige Tarife der Telekom Austria im Zuge des Genehmigungsverfahrens verstärkt im oben dargestellten Sinn geprüft werden.

3. Erfordernis der Modifikation der Regulierungsvorgaben für die Genehmigung der Endkundenentgelte zur Aufhebung und Verhinderung eines Margin Squeeze

Der VAT begrüßt grundsätzlich die geplante Regulierung der Endkundenentgelte. Was die konkrete Ausgestaltung dieser Entgeltregulierung betrifft, sind aus Sicht des VAT jedoch einige Modifikationen und Ergänzungen erforderlich, die im Folgenden dargestellt werden.

3.1. "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 3/03, S. 21, 55; M 4/03, S. 20, 54). 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 wettbewerbsswidriges 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, das von der Telekom-Control-Kommission selbst identifizierte Wettbewerbsproblem der Übertragung von Marktmacht von den Anschlussmärkten auf die Verbindungsmärkte durch Bündelung hoher Grundentgelte mit geringen Verbindungsentgelten (M 3/03, S. 45; M 4/03, S. 43) zu lösen, weil die Kontrollmatrix eine solche Preisgestaltung zulässt.

Die Kontrollmatrix erlaubt im Extremfall sogar, das Endkundenentgelt einzelner Tarifoptionen bis auf den Vorleistungspreis herabzusetzen (Kriterium 3 der Kontrollmatrix, M 3/03, S. 21, 55; M 4/03, S. 20, 54). Zweifellos wäre es 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 die ANB-eigenen Produktionskosten und die Kosten des ANB in der nachgeordneten Wertschöpfungsstufe (Vertrieb) zu decken. All diese Kostenbestandteile sind jedoch bei einer Berechnung des Price Squeeze im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben mit zu berücksichtigen (siehe dazu näher Punkt 2 oben).

Wenn die Kontrollmatrix also die Herabsetzung eines Endkundenpreises auf den Vorleistungspreis zulässt, so erlaubt sie die Anwendung eines eindeutigen Price Squeeze. Gerade dieses Problem hat bereits in der Vergangenheit dazu geführt, dass die von der Telekom-Control-Kommission genehmigten Tarife teilweise zu einem Price Squeeze führen (siehe Punkt 2 oben).

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. 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.

4. Aushöhlung der Entgeltregulierung durch Ausnahme von Aktionstarifen

Die Entscheidungsentwürfe sehen in Spruchpunkt 2.1 jeweils vor, dass Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten von der Genehmigungspflicht der Endkundenentgelte ausgenommen sind. Gegen diese Ausnahme bestehen erhebliche Bedenken.

4.1. 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 3/03 S. 54, M4/03 S.53) 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 in den Entscheidungsentwürfen 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.

4.2. „Kettenaktionsangebote“ können Entgeltenehmigungspflicht umgehen

Durch eine Aneinanderreihung derartiger Aktionsangebote könnte die Entgeltenehmigungspflicht 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.

4.3. 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 3/03, S. 55, M 4/03, S. 54). Da TA jedoch nach den derzeitigen Entwürfen in keinster Weise dazu verpflichtet ist, das von der Regulierungsbehörde in den Prognosekosten (M 3/03, S. 55, M 4/03 S. 54) einkalkulierte "Budget" für Aktionsangebote einzuhalten, können Aktionsangebote letztlich auch zu Erlösschmälerungen führen, die über den Prognosekosten bzw. 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.

4.4. 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 2.1. der Bescheidentwürfe in der Weise, dass dieser lautet wie folgt:

"2.1 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: [...]"

Aus diesen Gründen ersuchen wir Sie, unsere im Rahmen dieser Konsultationsverfahren dargelegten Modifikationen und Ergänzungen in den jeweiligen Vollziehungshandlungen zu berücksichtigen und stehen für allfällige Rückfragen oder weitere Auskünfte wie immer jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Ute Rabussay