

Dr. Philipp Lust

www.lust.wien/recht

Wien, am 29. Jänner 2017

An die

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

1060 Wien

konsultationen@rtr.at

Betr.: Stellungnahme zu den laufenden Konsultationen M 1.3, 1.4 und 1.7/2015

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich möchte hiermit wie folgt zu den laufenden Konsultationen Stellung nehmen.

Obwohl einige Ergebnisse in der Sache richtig erscheinen, so machen die Gutachten und Begründungen nicht durchwegs einen stringenten und wohlbegründeten Eindruck, sondern wirken mitunter, als wären die Gutachten hie und da auf entsprechende Ergebnisse hin ausgerichtet worden anstatt umgekehrt. Gleichzeitig ist ein konkretes Entkräften im Nachhinein natürlich umso schwieriger, wenn selbst detaillierte Stellungnahmen anderer Anbieter – die anders als ich schon im Vorfeld als Partei an dem Verfahren teilnehmen durften (vgl. die weiterhin am Bundesverwaltungsgericht anhängige Überprüfung des Bescheides M 1/15-42 vom 15. 6. 2015; www.lust.wien/kuriositaeten#partei) – eher „abgeschmettert“ werden, anstatt als zielführende Ergänzung zur optimalen Entscheidungsfindung herangezogen zu werden (siehe insb. die Beweiswürdigung zu M 1.7/15 auf S. 21 ff).

Ebenso ist grundsätzlich nachvollziehbar, dass man sich als Behörde der Märkteempfehlung 2014/710/EU der Europäischen Kommission beugt, die jenseits der Anrufzustellung in übertriebenem, nicht nachvollziehbarem Maß und angesichts der überwiegenden wirtschaftlichen Bedeutung des Mobilfunks und des unionsrechtlichen Gebots der Technologieneutralität klar rechtswidrig regelmäßig nur

auf „feste Standorte“ abstellt (selbst bei der Anrufzustellung besteht kein Grund für eine maßgeblich unterschiedliche Behandlung mit wieder gegen Faktor 10 tendierender Unterschiedlichbehandlung auf tarifärer Ebene; siehe hierzu auch die Ausführungen im TKG-Kommentar von Riesz/Schilchegger zu § 3 Z 25 Rz. 283 ff; abrufbar unter www.lust.wien/zusammenschaltung). In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Empfehlung ihrem unionsrechtlichen Wesen nach eine unverbindliche Äußerung darstellt, die die Technologieneutralität, wie sie in den verbindlichen Richtlinien ebenso wie im nationalen TKG normiert ist, nicht außer Kraft zu setzen vermag (selbst wenn institutionalisierte Abstimmungsverfahren mit der Kommission vorgesehen sind).

M 1.3/2015 – Zugangsmarkt für Privatkunden („Festnetzanschluss“)

Das Ergebnis, dass am „Zugangsmarkt für Privatkunden“ keine bedenkliche Marktmacht von A1 mehr vorliegt, erscheint mir plausibel. Die schon seit geraumer Zeit angewendete Abgrenzung zu Geschäftskunden, die angeblich die Vorteile des Festnetzes stärker würdigen, erscheint mir aber hinterfragenswert. Auch die Gründe, dass andere Anbieter dank RTR-Regulierungspraxis kaum zu „*geographisch gebundenen Rufnummern*“ gelangen (kritisch *Lust*, „Voice over IP“ – gut für alle?, MR 2015, 63 (65 ff); abrufbar unter www.lust.wien/publikationen#mr15), ebenso wie die Tatsache, dass im Mobilfunk intransparente Bündeltarife geduldet und vom Kunden aufgrund vermeintlich „*kostenloser*“ Gespräche (vgl. S 15 f zu M 1.7/15) auch primär zur Abwicklung der Gespräche herangezogen werden, zeugen eher von Verabsäumissen der Regulierungsbehörde, als dass sie für eine stringente Abgrenzung von Märkten heranziehbar wären. Es wirkt teils wie ein Zirkelschluss bzw. wie ein „*Teufelskreis*“, um die behördliche Erkenntnis in M 1.8/2012 zu zitieren.

M 1.4/2015 – Zugangsmarkt für Geschäftskunden („Festnetzanschluss“)

Die Abgrenzung von Privat- und Geschäftskunden ist nicht einmal der Kommissionsempfehlung zu entnehmen. Ergänzend zu den zu M 1.3/2015 genannten Argumenten ist es das Wesen von „substituierbaren“ Produkten, dass eines gewisse Vorteile gegenüber einem anderen hat. Insoweit erscheint es mir nicht

nachvollziehbar, dass die Vorteile des Festnetzes nur für Geschäftskunden relevant sind, sodass mobile Alternativen ausschließlich bei Privatkunden eine hinreichende Alternative sein sollen.

M 1.7/2015 – Festnetzoriginierung („Carrier (Pre-) Selection 10xx“)

Es erscheint mir grundsätzlich richtig, etwa 20 Jahre nach der vermeintlichen „Liberalisierung“ bzw. der intensiven „Re-Regulierung“ dieses Instrument des Netzzuganges im Festnetz schlussendlich aufzugeben. Dennoch war dieses System bislang die einzige Möglichkeit für die Kunden, maßgeblich überhöhten Preisen mit wucherartigen Aufschlägen immerhin partiell zu entgehen (vgl. *Lust*, Bald 20 Jahre „liberalisierte“ Telekommunikation in Österreich: Wie steht's um den Wettbewerb?, JRP 2014, 153 (158 f); abrufbar unter www.lust.wien/publikationen#jrp14). Insoweit ist die Aufgabe der Betreibervorwahl im Festnetz logisch stringent, wobei sich damit umso mehr die Notwendigkeit ergibt, dass die Regulierungsbehörde entsprechend ihrem klaren gesetzlichen Auftrag gegen überhöhte Endkundenpreise einschreitet und auch bei den variablen Gesprächstarifen eine Begrenzung vertretbarer Gewinnaufschläge von bspw. 20 % verfügt, anstatt weiterhin Aufschläge im Bereich von Hundert Prozent oder gar einem Vielfachen davon zu dulden (siehe auch VwGH 30. 6. 2011, 2009/03/0001).

Ebenso ist dieser Maßstab freilich auf den marktmachtmäßig dominanten Mobilfunk anzuwenden (siehe neben den „bloßen“ Marktanteilen auch den den Funkkonzessionen inhärenten Oligopolcharakter oder die Tarifentwicklung sowie die Gewinnentwicklung der großen Anbieter in den letzten Jahren). Im Mobilfunk wäre daher die Verfügung der Bereiberauswahl vermutlich ein hilfreiches Instrument, um die Marktmacht der Anbieter zu reduzieren und auch den Einstieg für kleinere Anbieter zu ermöglichen, wie es vor 20 Jahren im Festnetz für sinnvoll erachtet wurde („MVNO“ entsprechen hingegen eher der „Entbündelung“ im Festnetz).

Ebenso würde eine Prüfung der Angemessenheit der Tarife Sinn machen. Die „Bündelung“ von Anschluss und Gespräch ist hingegen sowohl technisch als auch aus Kundensicht logisch (auch wenn das in den Marktfestlegungen seit Jahrzehnten

ignoriert wird), sodass hier eine Trennung nicht notwendig erscheint, sehr wohl aber eine Gleichbehandlung mit „festen Standorten“, wenn dort nunmehr auch nach den vorliegenden Ermittlungsverfahren keine beträchtliche Marktmacht mehr besteht.

Zum konkreten Verfahren M 1.7/15 ist zu ergänzen, dass ein allgemeiner Rückgang der Gespräche im Festnetz keinesfalls auf eine Irrelevanz der Betreiberauswahl schließen lässt (vgl. S. 5) und dass eine geringfügige Schwankung in der Nutzung im Bereich von unter 10 % (vgl. S. 6) noch nicht als eindeutiger Beleg der angeblichen Irrelevanz gewertet werden kann. Gleiches gilt für wiederum gebündelte Auslandsgesprächsangebote mobiler Betreiber (vgl. S. 19), die die Kunden zu langfristigen Pauschalgebühren verführen, anstatt eine angemessene Verrechnung einzelner Gespräche zu ermöglichen. An sich wäre es die Aufgabe sowohl des Gutachters als auch der Regulierungsbehörde, hier für Transparenz zu sorgen, anstatt diese intransparenten Bündel auch noch als Entscheidungsbegründung heranzuziehen. Ebenso können Netzuntermietern als „MVNO“ im Mobilfunkbereich (vgl. S. 13) nach der Logik der vorliegenden und im Sinne der Europäischen Kommission das Technologieutralitätsgebot nicht vollständig berücksichtigenden Bescheidentwürfe kaum Relevanz für das Festnetz haben.

Überhaupt drängt sich die Frage auf, was die Behörde unter „*ausreichend Wettbewerb*“ versteht. Im Sinne der gesetzlichen Aufgaben des TKG kann das Vorhandensein mehrerer Anbieter dank regulatorischer Eingriffe wohl nicht als „*ausreichender Wettbewerb*“ verstanden werden, sondern nur ein Zustand, in dem „*größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer*“ (§ 1 Abs. 2 lit. a TKG 2003) sichergestellt sind. Entsprechend haben die Gewinnaufschläge der Anbieter in einem Rahmen zu bleiben, der nicht klassischen Oligopolmärkten sondern Wettbewerbsmärkten entspricht.

Ich hoffe daher, dass eine Berücksichtigung meiner Gedanken im Rahmen der gebotenen Überarbeitung der Bescheidentwürfe möglich ist, und verbleibe

mit freundlichen Grüßen,

Philipp Lust (keine Unterschrift, da elektronisch übermittelt)