

An die  
Telekom-Control-Kommission  
Mariahilferstraße 77-79  
1060 Wien  
per E-Mail

Wien, am 18. März 2008

**Betreff: M1/07-22 - Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1  
TKG 2003**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, zum Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1  
TKG 2003 folgende Stellungnahme abzugeben.

Die ISPA kann der im Spruch des Entwurfs vom 18.02.2008 präsentierten  
geographischen Aufteilung in ein „Gebiet 1“ und ein „Gebiet 2“ mit daran geknüpften  
unterschiedlichen Verpflichtungen der Telekom Austria AG (TA), insbesondere der  
(beinahe) umfassenden Aufhebung der Verpflichtungen der TA im „Gebiet 1“, nicht  
folgen und fordert eine bundesweite Betrachtung des Marktes unter ausnahmsloser  
Auferlegung der im Entwurf genannten Verpflichtungen an die TA mit folgender  
Begründung:

1) Die TKK erklärt die geographische Unterteilung für erforderlich, um dem  
**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** bei Durchführung der Regulierung  
nachzukommen. Nach diesem Grundsatz darf eine ex ante Regulierung nur dann  
stattfinden, wenn sie notwendig ist.

Die TKK wendet den „Drei-Kriterien“ Test (die drei Kriterien müssen kumulativ  
vorliegen) an, um diese Notwendigkeit zu prüfen. Liegen hohe Marktzutrittsbarrieren  
(1. Kriterium), keine Tendenz in Richtung Wettbewerb (2. Kriterium) vor und reicht  
allgemeines Wettbewerbsrecht (3. Kriterium) nicht aus, ist eine Notwendigkeit für  
eine ex ante Regulierung als gegeben zu sehen. Die TKK sieht keine dieser  
Voraussetzungen im „Gebiet 1“ als erfüllt an und begründet die Änderungen zu  
Marktanalyseverfahren M 1/05 damit, dass in den Ballungsräumen stärkerer  
Wettbewerbsdruck durch Entbündler, mobiles Breitband und weiterhin durch starke  
Kabel TV (CATV) Anbieter bestehe. Weiter sei der TA Marktanteil bundesweit leicht

gesunken und es bestehe eine erhebliche Preisdifferenz zwischen TA und alternativen Betreibern. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

- Ein stärkerer Wettbewerbsdruck in den Ballungsräumen allein ist noch kein Indiz für das Bestehen von Wettbewerb, der sich eigenständig erhalten kann. Zudem wird mobiles Breitband als Wettbewerbstreiber angeführt. Mobiles Breitband ist zwar insgesamt als Konkurrent zu sehen, hat aber in der Bewertung des Wettbewerbs in der bestehenden Marktanalyse keinen Platz und dürfte hier nicht in die Argumentation einfließen. Betreffend CATV Anbieter ist darauf hinzuweisen, dass auch deren Marktanteil leicht gesunken ist.

- Die TKK geht von Zahlen aus, die nicht dem aktuellen Stand entsprechen bzw wichtige Entwicklungen im mittelfristigen zeitlichen Umfeld vernachlässigen (mindestens einzurechnen wären die Daten bis zum letzten Quartal 2007, die auch das starke Weihnachtsgeschäft beinhalten). So hat die TA durch Aktionen wie das Kombipaket den Marktanteil – nach unseren Einschätzungen – leicht steigern können und die erhebliche Preisdifferenz zwischen der TA und alternativen Betreibern hat sich damit auch relativiert.

- Zusammenfassend bestehen keine Änderungen zu M 1/05, die eine geographische Unterteilung bzw eine Änderung der Regulierung notwendig machen. Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit würden eher rigidere regulatorische Maßnahmen zu setzen sein, um den Wettbewerb zu fördern, nachdem keine nennenswerten Verschiebungen am Gesamtmarkt zu beobachten sind.

2) Im Entwurf geht die TKK in den Feststellungen zum Sachverhalt (II.B) wieder von einer unrichtigen Marktabgrenzung aus, wenn sie den Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene mit der Bereitstellung von DSL, CATV und Fixed Wireless Access Produkten definiert. Wie aus der **Stellungnahme der Europäischen Kommission (Sg-Greffe (2005) D/207748)** hervorgeht, sind CATV Produkte nicht in diesen Markt einzubeziehen.

Die TKK hat auch im vorliegenden Entwurf keine ausreichenden Hinweise dafür geliefert, dass Kabel- und DSL-basierte Vorleistungsprodukte Teil des gleichen Marktes für Breitbandzugang für Großkunden sind.

Wenn die Europäische Kommission (EK) in der og Stellungnahme zulässigerweise davon ausgeht, dass diese unrichtige Feststellung im damaligen Fall keine Auswirkungen hatte, da der TA trotz der unrichtigen Feststellungen von der TKK Marktmacht bescheinigt wurde, kann diesem Argument im vorliegenden Entwurf nicht mehr gefolgt werden. Die wiederholte unrichtige Feststellung der TKK führt dazu, dass sie die Marktmacht der TA nicht korrekt einschätzt und damit zu dem – auch wenn diese Feststellungen stimmen würden – nicht tragbaren Ergebnis kommt, dass

in zahlreichen geographisch separat gesehen Gebieten ausreichend Wettbewerb besteht und hier eine Deregulierung unter Aufhebung der Regulierungsmaßnahmen notwendig wäre.

3) Die Einbeziehung von **Eigenleistungen** in dem Markt, sowie die Nichteinbeziehung von **Glasfaserleitungen** bis zum Endkunden (FTTH) und **IPTV** (Fernsehen über das Internet) wurde nach Erachten der ISPA zu wenig ausführlich begründet.

- Die EK hat in der Konsultation der Entscheidung der UK Regulierungsbehörde (SG-Greffe(2008) D/200640) die Einberechnung von Eigenleistungen kritisiert, da die Befürchtung besteht, dass so das tatsächliche Ausmaß an Marktbeherrschung bei vertikal integrierten Unternehmen verschleiert wird. Die Marktdefinition der TKK beinhaltet Eigenleistungen. Die Befürchtungen der EK, dass es zu einer Verschleierung des tatsächlichen Ausmaßes an Marktbeherrschung kommt, können im Fall der TA, als vertikal integriertes Unternehmen übernommen werden und werden von der ISPA geteilt.

- Obwohl Glasfaserleitungen (Fibre to the Home - FTTH) in der Marktdefinition der Telekommunikations-Märkte Verordnung (TKMVO) enthalten sind, hat die TKK diese mit der Begründung vom Markt ausgenommen, dass von ihnen keine ausreichende disziplinierende Wirkung ausgeht. Die EK sieht jedoch FTTH als Ausgangspunkt für ein zukünftiges Next Generation Network (NGN). In ihrer Stellungnahme zum Breitbandvorleistungsmarkt in UK (SG-Greffe (2008) D/200640) hat die EK festgestellt, dass ein Aufrüsten auf FTTH (oder vDSL) signifikante Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann. Während die EK bei der Stellungnahme zum UK Markt davon ausging, dass die Entwicklungen eines Next Generation Access (NGA) nicht weit genug entwickelt ist, um Einfluss auf den Markt zu nehmen, haben in Österreich Erfahrungen in der Praxis einzelner Entbündler gezeigt, dass die TA, auch wenn sie sich zu dieser Thematik noch nicht klar Stellung bezogen hat, schon Richtung NGN aufrüstet. Unter diesem Gesichtspunkt müsste FTTH in die Marktdefinition aufgenommen werden.

- IPTV-Vorleistungsprodukte sind nach den Feststellungen des Entwurfs der TKK ausdrücklich nicht Teil des gegenständlichen Markts für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene. Die Feststellungen verweisen auf ein Dokument unter der ON 8, dass im vorliegendem Entwurf nicht zu finden ist, was eine weitere Beurteilung erschwert. Da uns keine vollständigen Informationen (Dokument mit der Bezeichnung ON 8) vorliegen, ersucht die ISPA um Übermittlung der vollständigen Unterlagen um eine vollständige Stellungnahme abgeben zu können.

- Die ISPA plädiert für eine Neufeststellung des Marktes unter Berücksichtigung der oben genannten Punkten.

4) Richtig hingegen wurde festgestellt, dass der geographische Markt das gesamte österreichische Bundesgebiet umfasst. Es ist für die ISPA unverständlich, warum einerseits ein bundesweiter Markt festgestellt wird auf dem TA mit ca. 47 % Marktanteil (nach korrekter Marktabgrenzung wäre diese Prozentsatz noch erheblich höher) Marktbeherrscher (SMP) ist, dann aber andererseits bei der Marktanalyse eine Trennung in Gebiete durchgeführt wird. Die Annahme der TKK, dass in diesen Gebieten **hinreichend Wettbewerb** bestehen würde **ist unrichtig**. Die TKK geht nur vom Endkundenmarkt aus und vernachlässigt bei dieser Vorgehensweise den Vorleistungsmarkt. Zwar machen Entbündler auch Wholesale und sind damit am Vorleistungsmarkt tätig. Trotzdem gibt es faktisch keine Angebote für alternative ISPs, da weder Entbündler noch CATV Anbieter entsprechende bundesweite Angebote stellen. Am Beispiel des von der TA im November 07 - Januar 08 angebotenen Kombipakets zeigt sich zudem, dass die TA durchaus fähig ist, unter den aktuellen Wettbewerbsauflagen auch im „Gebiet 1“ noch Marktanteile am Endkundenmarkt zu gewinnen. Eine de facto geografische Aufteilung des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, die weder notwendig noch gerechtfertigt ist würde den bisherigen Bemühungen für einen nachhaltigen Wettbewerb entgegenstehen.

5) Die TKMVO legt in § 2 TKMVO das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet der in § 1 TKMVO angeführten sachlich relevanten Märkte, miteingeschlossen den Breitband Vorleistungsmarkt (§ 1 Abs 1 Zif 17 TKMVO), mit dem Bundesgebiet fest. Die Erläuternden Bemerkungen zu § 2 TKMVO stellen klar, dass der räumlich relevante Markt grundsätzlich dasjenige Gebiet umfasst, in dem objektiv ähnliche Wettbewerbsbedingungen (zB regulatorischer Rahmen) für die Anbieter von Kommunikationsdienstleistungen vorliegen und dass dies bei den gegenständlichen Märkten im gesamten Bundesgebiet gegeben ist. Im Spruch des Entwurfs (I.1) wird auf die TKMVO verwiesen. Es liegt hier ein offensichtlicher **Widerspruch** zwischen den Vorgaben der **TKMVO**, an denen sich die TKK zu orientieren hat, und dem vorliegendem Entwurf vor. Die TKK ist an die TKMVO gebunden. Eine geographische Spezifizierung wie im Entwurf vorgeschlagen könnte nur nach einer Änderung der TKMVO erfolgen.

6) Zweck des TKG ist die **Förderung des Wettbewerbs** im Bereich der elektronischen Kommunikation (§ 1 Abs 1 TKG). Durch Maßnahmen der Regulierung soll ua das Ziel der **Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur** zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau erreicht werden (§ 1 Abs 2 Nr. 1 TKG). Das TKG ist ein Bundesgesetz und damit auch auf das **gesamte Bundesgebiet** in gleicher Intensität anzuwenden. Die Regulierungsbehörde hat diese Ziele zu verwirklichen (§ 34 Abs 1 leg. cit.), wobei die



Förderung des Wettbewerbs als übergeordnetes Ziel zu betrachten ist, dem in jeder Entscheidung der Regulierungsbehörde ein außerordentliches Gewicht beizumessen ist. Das TKG sieht Regulierungsmaßnahmen vor. Der Begriff der Verhältnismäßigkeit in § 34 Abs 1 TKG ist in diesem Zusammenhang teleologisch dahin auszulegen, dass es Sinn des Gesetzes ist einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb sicherzustellen (vgl § 1 Abs 2 Nr 2 TKG). Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit ist nicht als Anlass für eine frühzeitige Deregulierungsverpflichtung zu verstehen, sondern als Bestimmung, die einen Ausgleich der verschiedenen Interessen unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs gewährleistet.

7) Durch die nun vorgeschlagene regionale Differenzierung sieht die ISPA genau das **Erreichen dieser Ziele als gefährdet** an. Die TKK erachtet im „Gebiet 1“ Wettbewerb als ausreichend (nur am Endkundenmarkt) gegeben und begründet mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine (beinahe) umfassende Aufhebung der Verpflichtungen des Marktführers. Selbst wenn diese Ansicht zu teilen wäre, müsste der TKK entgegengehalten werden, dass sich in diesen Gebieten Wettbewerb aufgrund der Regulierung entwickelt hat und es nicht Ziel der Förderung des Wettbewerbs sein kann Wettbewerb zu ermöglichen um dann, wenn er die Schwelle des Wahrnehmbaren erreicht, wieder seiner Existenzgrundlage entzogen zu werden. Vielmehr ist unter Förderung des Wettbewerbs das Schaffen und das Erhalten des Wettbewerbs zu verstehen. Regulatorische Maßnahmen sind erst dann abzustellen, wenn durch die Beendigung keine Gefahr für die Nachhaltigkeit des Wettbewerbs droht. Diese Gefährdung eines nachhaltigen Wettbewerbs ist unter den gegebenen Umständen jedoch zweifelsfrei gegeben:

- Die TA hat bisher nur am Wholesale-Markt bei Aktionen regional differenziert. Sie ist durch nichts gezwungen dies nicht auch am Retailmarkt zu tun. Die Entbündler sind gezwungen auch in Wholesale regulierungsfreien Gebieten eine national einheitlich regulierte TASL-Miete zu akzeptieren und damit im Wettbewerb zu bestehen

- Als Konsequenz der Aufhebung der regulatorischen Maßnahmen, wie der Verpflichtung zum Standardangebot, ist von einer Kündigung bzw. von einem Auslaufenlassen der bestehenden Verträge am Vorleistungsmarkt im „Gebiet 1“ von Seiten der TA auszugehen.

Die TA, die den Dienst (Bitstream) als Vorleistung angeboten hatte, verfügt über die Kundendaten und die bestehende Infrastruktur, um die Endkunden zu den selben Bedingungen, wie der nun ausgebootete Anbieter, zu übernehmen. Da derselbe Anschluss genutzt werden kann entstehen weder zusätzliche Kosten für Umrüstung noch offline Zeiten für den Endkunden.

Ein Wechsel der Endkunden zu einem alternativen Betreiber ist deswegen unrealistisch, da die TA kein entsprechendes Bitstream Angebot am

Vorleistungsmarkt anbieten muß und ein Wechsel zu einem CATV Betreiber aufgrund der damit verbundenen Kosten und offline Zeit für den Durchschnittskonsumenten ausreichende Gründe darstellen ein „bequemes“ Übernahmeangebot der TA zu nutzen. Dies wird zusätzlich dadurch begünstigt, da die TA für den Endkunden durch das Anbieten von aonTV ein den CATV Betreibern vergleichbares Angebot bietet. Die Folge wäre eine Stagnation der CATV Betreiber, ein Absterben der sich bisher entwickelten alternativen ISP Angebote, eine zusätzliche Verstärkung der Marktmacht der TA und damit verbunden eine Schwächung des Wettbewerbs in ganz Österreich. Zusätzlich könnten auf die ISPs, die durch die Kündigung der Anschlüsse ihre Verpflichtungen gegenüber den Endkunden – vor allem Geschäftskunden – nicht nachkommen können, enorme Kosten für Schadenersatz anfallen.

8) Die geplante Beseitigung der Regulierung in den bevölkerungsreichsten Gebieten Österreichs wird zu einer **Abschwächung des Wettbewerbs in Österreich und damit zu all den sich daraus ergebenden negativen Folgeerscheinungen führen**. Es muss davon ausgegangen werden, dass, wenn ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Unternehmen (wie die TA) keine Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Zugang hat, es den Vorleistungspreis gezielt und selektiv erhöhen wird oder die Vorleistung ganz einstellt. Dadurch wird sich auch der Endkundenpreis bei den Resellern erhöhen, nicht aber beim eigenen vertikal integrierten ISP, da dieser weiterhin ein billiges Endkundenprodukt machen könnte. Dies würde den Wettbewerb auf Endkundenebene negativ beeinträchtigen.

9) Der Stopp der Regulierung der Bitstream Vorleistung in den Ballungsgebieten (wo es auch Entbündelung gibt) ermöglicht der TA in den regulierungsfreien Gebieten die Endkundenpreise als Kampfmaßnahme (predatory pricing) gegen die Entbündler zu senken und so in den **regulierten ländlichen Gebieten ohne Wettbewerb hohe Endkundenpreise** anzubieten, wodurch das einzig vorgesehene Mittel zur regulatorischen Vorleistungspreisfestsetzung, die Marginsqueeze-Berechnung, versagt. Dies ist umso schlimmer, als das Instrument der Marginsqueeze-Kontrolle ohnehin nur langsam und ohne Parteienstellung funktioniert.

10) Die Unterteilung in zwei Gebiete anhand der Versorgungsgebiete der Hauptvermittlungsstellen (HVT) bringt zusätzliche Probleme mit sich, da die **Abgrenzung** zwischen den einzelnen Gebieten im konkreten Fall sehr **willkürlich** passiert, z.B. wenn die Hälfte einer Straße von einem HVT aus dem „Gebiet 1“ und die andere Hälfte von einem HVT aus dem „Gebiet 2“ versorgt wird. Der Wegfall der regulatorischen Maßnahmen hat so zur Folge, dass alternative ISPs in ihren Angebotsmöglichkeiten eingeschränkt werden und es für die Endkunden nur schwer nachvollziehbar ist, warum sie nicht dieselben Leistungen wie ihre Nachbarn in Anspruch nehmen können, obwohl die Grundvoraussetzungen gegeben wären.

11) Durch das Wegfallen der Maßnahmen, insbesondere der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes und zur Nichtdiskriminierung, wird es für **kleinere und mittlere ISPs** vor allem aus dem ländlichen Raum bedeutend **erschwert, österreichweite Angebote zu legen und in Konkurrenz zur TA zu treten**. ISPs die zum Beispiel einen größeren **Geschäftskunden** haben, der seine über Österreich verteilten Standorte vernetzen will, können in Zukunft von der TA daran gehindert werden ein entsprechendes Angebot zu legen. Der Markbeherrscher wird nicht mehr verpflichtet sein im Gebiet 1 ein Vorleistungsangebot zu unterbreiten und kann dadurch einfach Konkurrenz bei Geschäftskunden verhindern. Insbesondere ISPs in ländlichen Bereichen und kleinere ISPs, die im Geschäftskundenbereich tätig sind, können so effektiv aus dem Markt gedrängt werden, da sie auch keine alternativen Angebote von Entbündlern oder CATV Anbietern erhalten werden. Aus den Erfahrungen der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass für Entbündler oder CATV Anbieter keine Veranlassung besteht hier Angebote zu legen. Es sind keine Gründe für eine Änderung dieser Haltung in Zukunft ersichtlich.

12) Es ist zu befürchten, dass durch eine regulatorische Ungleichbehandlung geografischer Gebiete in Österreich die bestehenden **ungleichen Bedingungen zwischen Ballungsgebieten und ländlichem Raum** (Wettbewerb, Angebote, Digital Gap etc.) verstärkt werden und dem politischen Ziel von E-Inclusion entgegen gewirkt wird. Eine geografisch differenzierte Endkundenpreisgestaltung (Städte billiger, Land teurer) kann dann durch die geografische Differenzierung der Vorleistungsregulierung begründet werden.

Neben der negativen finanziellen Komponente ist die drohende technische Unterentwicklung des bisher schon vernachlässigten ländlichen Raums hervorstreichend. Die TA wird hier, wo sie klar Marktführer ist und ihren Verpflichtungen (wie Gleichbehandlung) nachzukommen hat, jeglichen Anreiz auf Investition in neue Technologien verlieren. Diese Investitionen werden in die zukünftig nicht mehr regulierten Gebieten fließen, was negative Auswirkungen auf die Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur im ländlichen Raum zur Folge haben wird. Die Folge ist ein „digital divide“ zwischen Stadt und Land, der den Zielsetzungen des TKG, Förderung des Wettbewerbs und Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur im gesamten Bundesgebiet, widerspricht.

13) Wie alle Incumbents plant auch die TA den **Ausbau ihres Breitbandnetzes in Richtung Next Generation Network (NGN)**. Einige als Testbetrieb bezeichnete Ausbauten (vorgelagerte DSLAMs) sind auch der TKK bekannt. Durch den Regulierungsstopp bei der Bitstream Vorleistung in den Ballungsgebieten kann die TA in diesen Gebieten konkurrenzlos in Richtung NGN ausbauen ohne den Alternativen ein Bitstream Angebot für diese neue Technologie legen zu müssen. Das wird von den alternativen ISPs aber benötigt, um den Next Generation Access (NGA) zu ermöglichen, da wie bei Neuausbauten zuerst eine kritische Masse an

Kunden pro Verteiler erreicht werden muss, um dann in Richtung Entbündelung gehen zu können. Insofern ist zu befürchten, dass die TA durch die geplante Regulierungsfreiheit im Gebiet 1 einen Wettbewerbsvorsprung erzielen kann, den alternative Netzbetreiber – ähnlich wie seinerzeit beim Start von ADSL – nicht aufholen können. Mit der geplanten Maßnahme würde die österreichische Regulierungsbehörde zumindest in den Ballungsgebieten Regulierungsferien einführen, die weder gerechtfertigt noch notwendig sind. Ein regulierungsfreier NGN Ausbau im „Gebiet 1“ würde einem fairen Wettbewerb aufgrund der Ungleichheit der Möglichkeiten der Anbieter entgegenstehen, was nicht Ziel der Regulierung sein kann.

14) Insgesamt wird sich das faktische Wegfallen der Regulierung in weiten Gebieten Österreichs für den Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene **wettbewerbschwächend** auswirken. Gerade für den Neueintritt von Marktteilnehmern oder die Neuerschließung bestimmter Gebiete durch alternative ISPs, wobei das Wholesale- (Bitstream-) Angebot bisher immer als Eintrittsmöglichkeit vorhanden war, wird sich die Situation deutlich verschlechtern.

15) Ein nachhaltiger Wettbewerb auf Endkundenebene ist nur durch Wettbewerb auf Vorleistungsebene oder durch eine konsequente Regulierung des Marktbeherrschers im Vorleistungsmarkt zu erreichen. In diesem Sinne ist nicht alleine die Situation im Endkundenmarkt für die Beurteilung von nachhaltigem und selbsttragendem Wettbewerb ausschlaggebend, sondern auch die Marktsituation des Vorleistungsmarktes zu berücksichtigen. Da es im **Bitstream-Vorleistungsmarkt österreichweit keinen Wettbewerb** gibt, da die TA als Marktbeherrscher allein über die Möglichkeit österreichweit Vorleistungsprodukte anzubieten verfügt, müssen auch weiterhin österreichweit der TA regulatorische Maßnahmen auferlegt werden.

16) Das Festhalten an einem nationalen Breitbandmarkt, sowohl in der Abgrenzung als auch bei der Auferlegung von Maßnahmen, ist auf der einen Seite durch das **Bestehen eines nationalen Endkundenmarktes** begründet und auf der anderen Seite durch die geografischen Gegebenheiten (Kleinräumigkeit, nur 8 Mio. Einwohner) des Bundesgebiets Österreichs vorgegeben. Der einheitliche Markt auf Endkundenebene wird auch dadurch bestimmt, dass die TA ihre Produkte (grundsätzlich) österreichweit zu einheitlichen Bedingungen anbietet, insbesondere österreichweit einheitliche Endkundenpreise für breitbandige Zugangsleistungen verrechnet. So ist jeder regionale Anbieter in seinem Preissetzungsverhalten vom überregionalen Anbieter TA restringiert. Das Versorgungsgebiet von TA bildet somit die Einhüllende für einen geografischen gemeinsamen Markt. Außerdem trägt ein nationaler Markt dem Umstand Rechnung, dass die Abnehmer der Vorleistung, also die ISPs, ausschließlich von der TA bundesweit eine solche Vorleistung beziehen können, da nur die TA über ein bundesweites Netz verfügt.



17) Es ist aus unserer Sicht keine Begründung zu sehen, warum die österreichische nationale Regulierungsbehörde diesen Schritt jetzt setzt, obwohl weder europäische noch nationale Rechtsvorschriften ihn vorsehen und auch in keinem anderen europäischen Land dies getan wird. Mit **Ausnahme von Großbritannien (UK)**, wo allerdings durch die **funktionale Trennung** des Markbeherrschers ein insgesamt ganz anderes Wettbewerbs- und Regulierungsumfeld vorherrscht.

Neben der bereits durchgeführten Realisierung der funktionalen Separation des Incumbents in UK in eine eigenständige Infrastruktur- und eine Dienstleistungsgesellschaft wurde in UK, im Gegensatz zu Österreich, ein geographische differenziertes Preissetzungsverhalten auf Vorleistungsebene, sowohl des Marktführers als auch der Wettwerber festgestellt. Neben diesen unterschiedlichen Voraussetzungen unterscheidet sich die Durchführung in UK grundlegend von den der beabsichtigten Durchführung in Österreich:

- In UK erfolgte eine **Definition und Analyse** von drei Märkten. Es wurde festgestellt, dass der Incumbent auf einem Markt über keine beträchtliche Marktmacht mehr verfügt und ihm daher keine Verpflichtungen aufzuerlegen sind, während auf den übrigen Märkten signifikante Marktmacht festgestellt wurde und dementsprechend auch einheitliche Verpflichtungen im jeweiligen Markt auferlegt bzw erhalten wurden. Im Entwurf der TKK wurde hingegen für das gesamte Bundesgebiet signifikante Marktmacht festgestellt, aber nur Verpflichtungen für das „Gebiet 2“ präsentiert.

- In UK wurde eine **Übergangsfrist von einem Jahr** festgesetzt, in welcher die derzeitigen Verpflichtungen weiterhin gelten. Außerdem wird ein **Monitoring** dieses Marktes eingerichtet. Nach dem Entwurf der TKK werden die geltenden Verpflichtungen mit Rechtskraft des Bescheides aufgehoben, die Verpflichtungen für ein Wholesaleangebot binnen zwei Monaten und selbst für bestehende Vereinbarungen gilt lediglich eine Schonfrist von sechs Monaten. Ein Monitoring ist nicht vorgesehen.

- In UK hat der Incumbent gegenüber der Regulierungsbehörde einige weitreichende **Commitments** abgegeben, insbesondere, dass er die Vorleistungspreise für Breitbanddienste in allen Bereichen des Landes jährlich bis zum Ende des Jahres 2010 senken wird, dass er Vorleistungen für Breitbanddienste in allen Bereichen des Landes weiterhin bis zum Ende des Jahres 2008 anbieten und diesbezüglich nicht diskriminieren wird, sowie, dass er eine Stabilitätsperiode für Entbündler einhalten wird, während der er keine geographisch differenzierten Nachlässe auf seine Vorleistungspreise einführen wird. Im Entwurf der TKK werden keine vergleichbaren Commitments der TA erwähnt. Solche sind auch nicht am Markt bekannt.

- Die Regulierungsbehörde in UK nimmt speziell Rücksicht auf potentielle **Risikofaktoren**, welche die zukünftige Tätigkeit von alternativen Netzbetreibern, speziell Entbündlern, untergraben könnten. Insbesondere wird hier der NGN Ausbau angesprochen. Der Entwurf der TKK spricht diese Risikofaktoren nicht an.

18) Nach dem **Urteil des EuGH (Rs C-426/05 Tele2) vom 21.02.2008** ist der Begriff des Nutzers oder Anbieters, der im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG [...] „betroffen“ ist, sowie der Begriff der „betroffenen“ Partei im Sinne von Art. 16 Abs. 3 dieser Richtlinie sind so auszulegen, dass diese Begriffe nicht nur ein Unternehmen mit (vormals) beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt, das einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren nach Art. 16 der Richtlinie 2002/21 unterliegt und Adressat dieser Entscheidung ist, sondern auch mit einem solchen Unternehmen in Wettbewerb stehende Nutzer und Anbieter erfassen, die zwar nicht selbst Adressaten dieser Entscheidung sind, aber durch diese in ihren Rechten beeinträchtigt sind.“ Auch wenn der EuGH die Frage, ob die entsprechende österreichische Regelung europarechtswidrig ist, in weiterer Folge nicht klar beantwortet, ist davon auszugehen, dass auch Unternehmen, die in Wettbewerb mit dem Incumbent stehen „betroffene Parteien“ sind und entsprechend am Verfahren zu beteiligen sind. Vor diesem Hintergrund erwartet die ISPA eine verstärkte Information (Übermittlung der Gutachten etc.) sowie eine intensivere Beteiligung der beschwerten ANBs im laufenden Verfahren um der nach Meinung der ISPA europarechtswidrigen Bestimmung des § 37 Abs 5 TKG größtmöglichst entgegenzuwirken.

Ergänzend ist zu sagen, dass die Regulierungsbehörde nur dann berechtigt ist, die von ihr verhängten Regulierungsmaßnahmen aufzuheben, wenn sich dadurch im Wettbewerbsgefüge prognostisch keine nachteilige Änderung einstellen wird. Im konkreten Fall ist allerdings durch die regionale Aufteilung, verbunden mit der Aufhebung der Verpflichtungen des bundesweiten Marktführers für das „Gebiet 1“ eine Vergrößerung des Breitband Marktanteiles der TA zu erwarten.

Ausdrücklich wird von Seiten der ISPA darauf hingewiesen, dass es sich bei der geographischen Differenzierung um ein Novum in der österreichischen Telekomregulierung handelt, dessen konkrete Folgen schwer abschätzbar sind. Es liegt jedoch die Vermutung nahe, dass es gravierende negative Folgen für den gesamtösterreichischen Telekommunikationsmarkt bringen wird, die zu einer Verschlechterung des Wettbewerbs führen werden und die Bemühungen und Erfolge der Regulierung der letzten Jahre konterkarieren wird. Die geplante Maßnahme sollte Gegenstand einer umfassenden, unabhängigen und öffentlichen Untersuchung sein um die Folgen und Probleme, die durch die Umsetzung entstehen besser abschätzen zu können. Auf keinen Fall darf eine Maßnahme, die einen so schweren Eingriffscharakter, wie geplant aufweist, über die Köpfe der maßgeblich Betroffenen durchgesetzt werden.


Aus all den oben angeführten Gründen fordern wir die TKK auf, von der geplanten Aufteilung in unterschiedlich regulierte geografische Gebiete am Vorleistungsmarkt für Bitstream Abstand zu nehmen und ersuchen um Beauftragung einer unabhängigen Studie unter Einbeziehung der aktuellen Marktdaten (Quartal 4/4, 2007) zur eingehenden Behandlung der möglichen Auswirkungen dieses Entwurfs.

Mit freundlichen Grüßen

ISPA Internet Service Providers Austria



Roland Türke  
Präsident



Dr. Kurt Einzinger  
Generalsekretär

**Ergeht per E-Mail an:**

- RTR Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH
- BMVIT Bundesministerium f. Verkehr, Innovation und Technologie / BM Faymann
- Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) / Thanner
- EU Kommission / Michou, Grussmann, Weustenfeld, Strohmeier