

Telekom Austria TA AG · Lassallestrasse 9 · 1020 Wien

Vorab per mail
An die
Telekom-Control-Kommission
zH RTR-GmbH
Mariahilferstrasse 77-79
1060 Wien

**Betreff: Entwürfe von Vollziehungshandlungen in den Verfahren M 7/09 und M 8/09
– Stellungnahme der Telekom Austria TA AG**

Sehr geehrte Frau Dr. Solé!
Sehr geehrte Herren!

10. März 2010

Am 10. Februar 2010 veröffentlichten Sie beiden Entwürfe von Vollziehungshandlungen (i.F. kurz Bescheidentwürfe) in den Verfahren zu den Vorleistungsmärkten

M 7/09 - Terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten ≤ 2 Mbit/s
M 8/09 - Terminierende Segmente von Mietleitungen mit Bandbreiten > 2 bis ≤ 155 Mbit/s

zur öffentlichen Konsultation mit Möglichkeit zur Stellungnahme bis längstens 10. März 2010.

Fristgerecht erlaubt sich Telekom Austria TA AG daher zu diesen Bescheidentwürfen wie folgt Stellung zu nehmen.

1. Einleitende Bemerkungen

Prinzipiell begrüßt Telekom Austria den neuen Ansatz in Richtung einer einheitlicheren und flexibleren Regulierung, wie dies bspw. der Price-Cap-Ansatz in den Märkten für Terminierende Segmente von Mietleitungen darstellt. Allerdings enthalten die Bescheidentwürfe in den Spruchpunkten sowie in der Begründung und der Beweiswürdigung einige Punkte, die aus Sicht von Telekom Austria einer Änderung bzw. einer Klarstellung bedürfen:

2. Punkte betreffend M 7/09 und M 8/09 gleichermaßen

2.1. Spruchpunkt 3 – Preiskontrolle mittels Price Cap

Spruchpunkt B.3.2. sieht eine Inflationsanpassung der definierten Preisobergrenze erst bei Überschreitung einer kumulierten Inflation von 5% auf Basis des Verbraucherpreisindex 2005

vor. Diese aus dem Mietrecht übernommene Bestimmung ist nicht geeignet, das reale Marktumfeld in der Telekommunikation widerzuspiegeln. Aufgrund der anhaltenden Finanzmarktkrise bewegen sich die realen Inflationswerte auf sehr niedrigem Niveau (unter einem Prozentpunkt), wobei derzeit davon auszugehen ist, dass es im Betrachtungszeitraum von 2 Jahren zu keiner Überschreitung der 5%-Hürde kommen wird. Somit kann diese Regelung gegenüber Telekom Austria nicht wirksam werden, obwohl sich die realen Kosten im Telekommunikationssektor sehr wohl verändern. Telekom Austria fordert daher die Streichung der 5%-Hürde, sodass eine Anpassung der Entgelte an die mittels VPI festgestellte, reale Inflation erfolgen kann.

Der Unterpunkt 3.4. zur Spezifizierung der Price Cap Regulierung enthält die Möglichkeit, dass die Behörde zur Überprüfung der Price Cap Bestimmungen granulare und stark untergliederte Mietleitungsdaten (z.B. nach Längen) abfragen kann. Telekom Austria ist der Ansicht, dass sich keine Notwendigkeit einer derart detaillierten Erhebung und Analyse von Mietleitungsdaten aus der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle mittels Price Cap ergibt. Nach den Beschreibungen zur Operationalisierung der Entgeltkontrolle (bswp. Bescheidentwurf M 7/09, S.46f) sind lediglich die Summenwerte von Umsatz und vermieteten Bandbreiten in 64kbit-Äquivalenten sowie das grobe Mengengerüst für die Berechnung und Überprüfung der Price Cap Körbe notwendig. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Erhebung viel detaillierterer Mietleitungsdaten würde die für Telekom Austria intendierte Vereinfachung und Erhöhung der Flexibilität wieder ad absurdum führen und ist als überschießend und nicht verhältnismäßig zu betrachten. Im Übrigen möchten wir in diesem Zusammenhang auf das derzeit noch offene Bescheidbeschwerde-Verfahren vor dem VwGH in der Sache GZ M 6/09-34, M 7/09-36, M8/09-36 in ähnlicher Angelegenheit verweisen. Der Inhalt des Bescheides würde hinsichtlich der Datenlieferungsverpflichtung dem noch offenen Entscheid vorgreifen.

2.2. Spruchpunkt 5 – Standardangebot

Verlängerung der 4-Wochenfrist

Punkt 5 des Bescheidentwurfs verpflichtet Telekom Austria zur Legung eines Standardangebots und zwar innerhalb von 4 Wochen ab Rechtskraft des Bescheides. Nachdem das bisherige Standardangebot nicht mehr marktkonform ist, beinhaltet die Auflage die Erstellung von vier neuen Standardangeboten, die sich u.a. aus den Bestimmungen der derzeit geltenden AGB, LB und EB „nx64k- Übertragungswege“ und „Digitaler Übertragungsweg“ der Telekom Austria zusammensetzen und darüber hinaus aber noch spezielle Elemente des bisherigen Standardangebots enthalten sollen.

Diese Zusammenführung verschiedener Leistungs- und Entgeltbestimmungen mit Elementen des alten Standardangebotes zur Schaffung von vier neuen Standardangeboten ist eine komplexe Aufgabe, die einen wesentlich längeren Zeitraum als die in den Bescheidentwürfen vorgesehenen 4 Wochen in Anspruch nehmen wird.

Bereits in den vorangegangenen Marktanalyse- und Remediesgutachten der Amtssachverständigen wird eine Frist von zumindest 2 Monaten vorgeschlagen (bspw. Gutachten zu M 7/09, Seite 50, zweiter Absatz):

*„Vorgeschlagen wird vielmehr, dass Telekom Austria **binnen zwei Monaten** nach In-Kraft-Treten des Maßnahmenbescheides zwei neue Standardangebote zu veröffentlichen hat, welche terminierende Segmente in allen gängigen Bandbreiten bis einschließlich 2,048 Mbit/s abdecken und alle für die Bereitstellung von diesen terminierenden Segmenten notwendigen wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Bestimmungen enthalten sollten.“*

Telekom Austria möchte daher ersuchen, den Zeitraum zur Legung eines neuen Standardangebots in beiden Bescheiden M 7/09 und M 8/09 auf 3 Monate, zumindest jedoch auf das ursprünglich vorgesehene Maß von 2 Monaten zu verlängern.

Keine unbefristete und kostenlose Migrationsmöglichkeit

Laut Bescheidentwürfen soll das künftige Standardangebot auch eine unbefristete und kostenlose Migrationsmöglichkeit für Mitbewerber enthalten. Telekom Austria würden dadurch unangemessen hohen Kosten entstehen. Außerdem widerspricht diese Anforderung per se dem Zweck einer Migration, nämlich einem Übergang von einer alten zu einer neuen Lösung, welcher zeitlich immer begrenzt stattfindet. Nachdem sich Mietleitungsprojekte über einen langen Zeitraum erstrecken, ist die effiziente Planbarkeit für eine mögliche Migration kaum gegeben. Telekom Austria müsste sich quasi immer für eine Migration bereithalten, was als nicht verhältnismäßig angesehen wird. Eine Migration ist ebenfalls immer mit nicht vernachlässigbaren Kosten verbunden, wobei es Telekom Austria erlaubt werden muss, die dafür anfallenden Kosten jedenfalls nach Aufwand den Wholesalekunden zu verrechnen.

Telekom Austria fordert daher auf Grundlage einer kosteneffizienten Planung eine auf zumindest 6 Monate befristete Migrationsmöglichkeit für ANB und die Möglichkeit, für die Leistung ein angemessenes Entgelt zu verrechnen, welches sich nach den tatsächlich anfallenden Kosten richtet.

2.3. Spruchpunkt B6 getrennte Buchführung - Keine Auflagen für deregulierte Märkte

Beide Bescheidentwürfe M 7/09 und M 8/09 enthalten in den Spruchpunkten B 6 die Regulierungsaufgabe einer getrennten Buchführung bzw. Darstellung auch für folgende Märkte, die noch nie oder nicht mehr der sektorspezifischen Regulierung unterliegen:

- Terminierende Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 2 Mbit/s bis <= 155 Mbit/s in Gebiet 1 (12 taxativ aufgezählte Städte)
- Terminierende Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 155 Mbit/s
- Trunk Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite und
- Endkundenmietleitungen > 2 Mbit/s

Telekom Austria kann diese Forderung weder nachvollziehen, noch sind diese Auflagen seitens der Gutachter und der TKK ausreichend begründet worden. Es handelt sich bei den aufgezählten Märkten um Teilmärkte von Mietleitungen, die entweder noch nie reguliert waren oder seit längerem aufgrund der Marktabgrenzung und Analysen keiner Regulierung mehr unterliegen. Märkten, die nach Durchführung des 3-Kriterien-Tests nur mehr dem Allgemeinen Wettbewerbsrecht unterliegen und die deswegen nicht einmal in der aktuellen

Telekommunikationsmärkteverordnung (TKMV 2008) definiert sind, dürfen unserer Rechtsauffassung nach auch keinerlei sektorspezifische Regulierungsaufgaben – wie in diesem Falle implizit über die Operationalisierung von regulierten Teilmärkten – auferlegt werden.

Das TKG 2003 sieht für sektorspezifische Regulierungsaufgaben ein eindeutiges Prozedere vor. Auflagen gemäß §§ 38 bis 46 TKG 2003 dürfen nach § 37 Abs. 2 TKG 2003 nur in gemäß § 36 TKG 2003 abgrenzten Märkten auferlegt werden, in denen beträchtliche Marktmacht eines Unternehmens festgestellt wurde. Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung gemäß § 40 TKG 2003 ist ebenso mit der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht des betroffenen Unternehmens im relevanten Markt junktiniert. Weitergehende Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und Verpflichtungen für Unternehmen ohne beträchtlicher Marktmacht sind im § 47 TKG 2003 explizit geregelt und an bestimmte Verfahrensvorschriften gebunden. Keine der dort erwähnten Fälle kommen für die hier relevante Verpflichtung als Rechtsgrundlage in Frage. Allfällige andere Rechtsgrundlagen (z.B. § 90 TKG 2003) können für eine sektorspezifische Auflage in einem Marktanalyseverfahren nicht als Begründung herangezogen werden.

Die Amtssachverständigen führen in ihrem Gutachten zu M 7/09 und zu M 8/09 auf Seite 43 und in den beiden Bescheidentwürfen ab Seite 23 aus:

„Da die Entgeltkontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betrifft und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellt, ist zudem eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen auf Ebene der Märkte der TKMV 2008 notwendig. Eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf disaggregierter Ebene ("separated accounts") ist erforderlich, um Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent zu machen. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, z.B. gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterliegen.

Nur durch getrennte Buchführung ist sichergestellt, dass insbesondere gemeinsame Kosten und Gemeinkosten auf alle Produkte verursachungsgerecht zugeordnet werden. Da Telekom Austria auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfügt bzw. voraussichtlich verfügen wird (z.B. terminierende Segmente von Mietleitungen mit niedrigen Bandbreiten, Originierung, Terminierung, Entbündelung) und auch dort das Instrument der getrennten Buchführung auferlegt wurde (wird), ist die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen, insbesondere da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf dem vorliegenden Markt gering sind (und erhebliche Synergien bestehen).“

Und weiter in den Bescheidentwürfen auf Seite 51:

„Um Kostenverschiebungen zwischen regulierten und nicht regulierten Bereichen hintanzuhalten und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung von Kosten sicherzustellen, wäre darüber hinaus die getrennte Buchführung auch für den Bereich der terminierenden Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 2,048 Mbit/s bis <=155,52 Mbit/s in Gebiet 1, den Bereich der terminierenden Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite > 155,52Mbit/s, den Bereich der Trunk Segmente von Mietleitungen und Ethernetdiensten mit garantierter Bandbreite und den Bereich der Endkundenmietleitungen > 2,048 Mbit/s erforderlich, für die eine getrennte Darstellung zu erfolgen hat.“

Telekom Austria versteht den Wunsch der Regulierungsbehörde, regelmäßige „Plausibilitätsprüfungen“ vornehmen zu wollen um damit eine Übersicht und Kontrolle über mögliche Veränderungen und ggf Verschiebungen bei Kosten und Erlösen zu behalten. Dieser Wunsch alleine kann aber auf keinen Fall in Auflagen – in diesem Fall über die regulierten Bereiche hinausgehende Transparenzverpflichtungen - bei deregulierten oder noch niemals regulierten Märkten enden.

Im Ergebnis würde dies zur sektorspezifischen Regulierung von TK-Märkten führen, die nicht in der TKMV 2008 definiert sind, womit sich automatisch die Frage nach der Rechtsgrundlage der jeweiligen Teile des Bescheidspruchs stellen würde. Darüber hinaus wären sämtliche Deregulierungsschritte der letzten Jahre ad absurdum geführt und im Ergebnis Telekom Austria unverhältnismäßig belastet: Es widerspricht dem Sinn und Zweck der Reduktion einer Regulierung unterliegenden Märkte, wenn einerseits zuerst auf Märkten durch genaue Untersuchungen festgestellt wird, dass auf diesen selbsttragender Wettbewerb herrscht, sodass diese fortan nicht mehr dem spezifischen Regulierungsrecht (sondern nur dem allgemeinen Wettbewerbsrecht) unterliegen sollen, und andererseits dann dennoch genau in Bezug auf diese Märkte – offenbar auf unbestimmte Zeit perpetuiert - sektorspezifische Regulaungsauflagen vorgeschrieben und spezifische Daten abgefragt werden.

Diese Ansichten werden im Übrigen auch im Sinngehalt von der Europäischen Kommission bzw. der Art.7-Task Force geteilt.

Der Rechtfertigung der Behörde in der Beweiswürdigung auf S.40 der Bescheidentwürfe, dass *„die getrennte Buchführung zur Hintanhaltung unerlaubter Quersubventionierung auch Produkte außerhalb der TKMV 2008 erfassen muss, da die Einhaltung der Entgeltkontrollverpflichtung ansonsten nicht effektiv überprüft werden kann und die Entgeltkontrolle damit ins Leere laufen würde“*, ist entgegen zu halten, dass dieser Zwang in keinsten Weise logisch ableitbar ist und auch weiter nicht substantiiert begründet wird. Die Annahme, jegliche Entgeltkontrollmaßnahmen würden nur dann effektiv sein, wenn auch Auflagen auf nicht regulierten Märkten als Vorraussetzung zur Überprüfung des Quersubventionierungsgebotes gelten, widerspricht den Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens und dem klaren Ziel der Europäischen Kommission, eines Übergangs zum allgemeinen Wettbewerbsrecht.

In einem zunehmend intensiver werdenden Wettbewerbsumfeld müssen die europäischen Regulierungsbehörden vielmehr mit allgemein verfügbaren Informationen über die Märkte das Auslangen finden, um dementsprechende Prüfungen auf einer höheren Aggregationsebene durchführen zu können. In Österreich bpsw. sind in der umfangreichen KEV-Datenlieferung ebenfalls Quartalsumsatzwerte zu den nicht regulierten Mietleitungsmärkten enthalten. Diese Angaben sind nach Ansicht von Telekom Austria mehr als ausreichend, um die Kontinuität der Märkte bzw. den Gesamtmarkt von Mietleitungen im Blickwinkel halten und Plausibilitätschecks durchführen zu können. Die Kohärenz der Daten kann somit auch mit bestehenden, gelinderen Mitteln gewährleistet werden.

Weiters rechtfertigt die Behörde die geplante Maßnahme auf Erwägungsgrund 5 in der EK-Empfehlung über getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme (2005/698/EG).

Telekom Austria kann aus folgenden Gründen darin keine ausreichende Begründung für den regulatorisch bedenklichen Schritt sehen, eine getrennte Buchführung auch für nicht regulierte Märkte zu fordern:

- Erstens handelt es sich um eine Empfehlung der Europäischen Kommission. Hierzu legt der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Artikel 288 (vormals Artikel 249 EGV) dar, dass sowohl Empfehlungen als auch Stellungnahmen der Organe **nicht verbindlich** sind. Nach dem Lissabonner Vertrag ist die Europäische Kommission ein solches Organ und da sich der Inhalt der Erwägung nicht im TKG 2003 (i.d. geltenden Fassung) widerspiegelt, kann sich keine verbindliche Wirkung für eine Anwendung durch die Behörde ergeben.
- Darüber hinaus handelt es sich zweitens nur um einen Erwägungsgrund im Rahmen der Empfehlung, der noch dazu in Form eines Konjunktivs formuliert ist: Demnach ist dessen Bedeutung und Heranziehung als Grundlage ganz konkreter Regulierungsaufgaben gegenüber einem Marktteilnehmer noch viel mehr in Frage zu stellen.

Um einen derart weitreichenden Schritt zu rechtfertigen, der keineswegs zu vernachlässigende Aufwendungen für das belastete Unternehmen nach sich zieht, ist aus Sicht von Telekom Austria ein erhöhter Begründungsaufwand für das Vorliegen einer speziellen Situation nötig. Das reine Zitieren eines Erwägungsgrundes in einer unverbindlichen und bereits 5 Jahre alten Empfehlung (damals unterlagen viele TK-Märkte noch nicht so intensivem Wettbewerb) kann wohl als nicht ausreichend angesehen werden, wenn die nationalen Rechtsgrundlagen diese Möglichkeit gerade nicht vorsehen.

Es steht für Telekom Austria daher außer Frage, dass per Bescheid auferlegte Regulierungsaufgaben, welche sich auf nicht der sektorspezifischen Regulierung unterliegende Märkte beziehen, keinerlei Deckung im geltenden Rechtsrahmen haben und deshalb als unbegründet, überschießend und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzend abzulehnen sind. Telekom Austria fordert daher die Streichung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung für nichtregulierten Märkte aus dem Bescheidspruchpunkt B 6 in M 7/09 und M 8/09.

3. Bescheidentwurf M 8/09 - notwendige Differenzierung der Regulierungsaufgaben zu M 7/09

Telekom Austria möchte an dieser Stelle noch einmal auf ihre Ausführungen in der Stellungnahme zum Marktanalyse- und Regulierungsinstrumentgutachten verweisen, in denen wir eine deutliche Differenzierung in Form einer Reduktion von Regulierungsaufgaben im Vergleich zum Bescheidentwurf M 7/09 fordern. Die in den Marktanalysen dargestellten Wettbewerbsverhältnisse sind zwischen Bandbreiten ≤ 2 Mbit/s und größer 2 Mbit/s derart unterschiedlich (Marktanteile von TA unter der Vermutungsschwelle, intensiverer Wettbewerb, volatile Marktverhältnisse) und verstärken sich bei einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise noch mehr, sodass für den Markt für Terminierende Segmente von Mietleitungen größer 2 Mbit/s und ≤ 155 Mbit/s (exklusive der taxativ aufgezählten Städte) wesentlich geringere Regulierungsaufgaben im Vergleich zum gleichnamigen Markt für Bandbreiten bis einschließlich 2 Mbit/s im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebotes vorzusehen sind.

Telekom Austria fordert daher die Regulierungsaufgaben in diesem Markt auf das absolute Mindestmaß zu reduzieren. Aus Sicht von Telekom Austria würde man auf diesem Markt z.B. mit einer Transparenzverpflichtung und/oder der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes das Auslangen finden.

Zusammenfassend fordert Telekom Austria daher bei den zwei Vorleistungsmärkten für Terminierende Segmente von Mietleitungen:

- ⇒ Ersatzlose Streichung der sektorspezifischen Auflagen zur getrennte Buchführung für unregulierte (Mietleitungs-)Märkte, da keine rechtliche Grundlage dafür existiert und es den Zielen des Europäischen Rechtsrahmens (v.a. Überführung zum Allgemeinen Wettbewerbsrecht) zuwider läuft. Telekom Austria beantragt die Streichung der separated accounts Verpflichtung zu den nicht in der TKMV 2008 enthaltenen (Teil)Märkte von Mietleitungen aus dem Spruchpunkt B 6 der jeweiligen Bescheide M 7/09 und M 8/09.
- ⇒ Streichung der 5%-Hürde bei möglichen Preisanpassungen an den VPI im Rahmen des Price Caps.
- ⇒ Verlängerung der Frist zur Legung der neuen Standardangebote in beiden Bescheiden M 7/09 und M 8/09 auf 3 Monate ab Rechtskraft des Bescheides, zumindest jedoch auf das ursprünglich in den Gutachten vorgesehene Maß von 2 Monaten.
- ⇒ Befristung der Migrationsmöglichkeit zum neuen Standardangebot auf 6 Monate und Abgeltung der entstehenden Migrationskosten für Telekom Austria nach entstandenem Aufwand.
- ⇒ Aufgrund der höheren Wettbewerbsintensität eine Reduktion der Auflagen auf ein absolutes Mindestmaß für den Markt Terminierende Segmente von Mietleitungen >2 und <= 155 Mbit/s (exkl. Der 12 Städte)" als deutliche Differenzierung vom gleichlautenden Markt für Bandbreiten <= 2Mbit/s.

Wir ersuchen die Telekom-Control-Kommission unseren Ausführungen weitestgehend Rechnung zu tragen. Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Fröhlich".

Ing. Mag. Martin Fröhlich
Leiter Regulatory Affairs

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Gregory".

Mag. Marielouise Gregory
Leiterin Legal

20