

## EINSCHREIBEN

Telekom-Control-Kommission und  
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH  
Mariahilfer Straße 77-79  
1060 Wien

Vorab per E-Mail an konsultationen@rtr.at

28. September 2009

### **Öffentliche Konsultation des Entwurfs einer Novelle der Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008) der RTR-GmbH gemäß § 128 TKG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Tele2 Telecommunication GmbH („Tele2“) begrüßt die Möglichkeit, zu dem im Betreff angeführten Entwurfs einer Novelle der Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (TKMV 2008) (die „Novelle“) eine Stellungnahme abzugeben. Tele2 gibt hiermit folgende Stellungnahme ab.

#### **1. Auswirkungen der geplanten Deregulierung auf Tele2**

Tele2 hat seit Beginn der Liberalisierung entlang der „ladder of investment“ stufenweise in eigene Infrastruktur investiert und hat sich dieser Art zu einem der führenden alternativen Anbieter, unter anderem für breitbandigen Internetzugang sowohl für Privat- wie auch für Nicht-Privatkunden entwickelt.

Ungeachtet der substantiellen Investitionen in eigene Infrastruktur und des Umstandes, dass Tele2 einen erheblichen Anteil von Privatkunden wie auch von Nicht-Privatkunden mittlerweile ohne Inanspruchnahmen des von der TA angebotenen Breitband-Vorleistungsproduktes an ihre Netze anbinden kann, stellt die derzeit vorgesehene Mitbenutzungsmöglichkeit von Vorleistungen auf dem Markt 17 der TKMVO (Markt für den breitbandigen Zugang (Vorleistungsmarkt)) nach wie vor eine wesentliche Geschäftsgrundlage des Angebots der Tele2 dar. In Summe beruhen noch immer rund 62.000 Endkunden-Breitbandanschlüsse von alternativen Netzbetreibern auf dem Breitband-Vorleistungsprodukt der TA.

Die durch die in Konsultation stehende Novelle vorgesehene Einschränkung dieses Marktes sowie der daraus resultierende Entfall der spezifischen Verpflichtungen in den von der Marktdefinition nicht umfassten Bereichen gefährdet diese Grundlage und damit die von Tele2 geleisteten Investitionen in ihre Kommunikationsnetze und –dienste und würde gegen § 1 Abs. 2 und 3 TKG, insbesondere § 1 Abs. 2, Z 2.c) des TKG verstoßen, wäre gesetzeswidrig und von der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof bedroht.

Wie der RTR bekannt ist und sich auch aus den bestehenden spezifischen Verpflichtungen ergibt, hat sich bislang kein effektiver Wettbewerb auf Vorleistungsebene herausgebildet. Eine Deregulierung des Breitbandvorleistungsmarktes für Privatkunden hätte für alternative Provider und für den gesamten Wettbewerb massive Auswirkungen und würde deren Investitionen gefährden.

Diese Gefahr für Alternative Netzbetreiber wird noch dadurch verschärft, dass die anstehenden Upgrades des Netzwerkes der Telekom Austria auf VDSL2 im Rahmen des NGN-Ausbaus die von ihnen getätigten Investitionen in ihre Entbündelungsinfrastruktur gefährden.

## 2. Gesetz- und europarechtswidrige Festlegung

### 2.1. Novelle definiert einen Vorleistungsmarkt

Die Novelle definiert den derzeit in Österreich als Markt 17 der TKMVO definierten Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene, der damit mit dem Markt Nr. 5, „Breitbandzugang für Großkunden“, der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (ABl. L 344/65 vom 28.12.2007; „Märkteempfehlung“) korrespondiert. Es handelt sich dabei um einen Vorleistungsmarkt.

### 2.2. Abweichung von der Märktempfehlung

Wie die RTR GmbH bereits im Rahmen der erläuternden Bemerkungen zur TKMVO festgestellt hat und in den erläuternden Bemerkungen zur Novelle wiederholt, umfasst der Markt 5 der Märkteempfehlung – wie auch der derzeit relevante Markt 17 der TKMVO – den Vorleistungsmarkt für die Bereitstellung von Breitbandanschlüssen an alle Arten von Kunden. Er umfasst überdies technologieneutral den nicht-physischen oder virtuellen Netzzugang einschließlich des „Bitstreamzuganges an festen Standorten“.

Die Novelle legt hingegen als Markt 11 der TKMV, der den 17 der TKMVO ablösen soll, einen Teilmarkt des Marktes 5 der Märkteempfehlung fest, indem sie nur jenen Breitbandvorleistungsmarkt definiert, bei dem die Vorleistungsebene bezogenen Leistungen auf der Endkundenebene an Privatkunden bereitgestellt werden (idF „Vorleistungsmarkt für Nichtprivatkunden“). Damit unterlässt die Verordnung eine Festlegung jenes Breitbandvorleistungsmarktes, bei dem die auf Vorleistungsebene erbrachten Vorleistungen auf der Endkundenebene an Privatkunden bereitgestellt werden (idF „Vorleistungsmarkt für Privatkunden“). Der Vorleistungsmarkt für Privatkunden wird damit von der Regulierung ausgenommen.

Zugleich schränken die Erläuternden Bemerkungen den festgelegten Markt – abweichend von der Märkteempfehlung – insoweit ein, als nunmehr die bandbreitenunabhängige Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses erfasst sein soll.

### 2.3. Unterlassung des Drei-Kriterien Tests für den am meisten betroffenen Markt

Der auf der Webseite der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH („RTR“) ([http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation\\_TKMV08/Begleittext\\_zur\\_Novelle\\_der\\_TKMV\\_2008.pdf](http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation_TKMV08/Begleittext_zur_Novelle_der_TKMV_2008.pdf)) veröffentlichte Begleittext zur Novelle („Begleittext“) beschreibt, welche Überlegungen die RTR als Verordnungsgeberin angestellt hat.

Der Begleittext zeigt allerdings, dass die RTR den in der Märkteempfehlung vorgesehenen Drei-Kriterien-Test auf jene Märkte, die sie untersuchen sollte, nicht oder mangelhaft anwendet.

Der Begleittext leitet – wie unten dargelegt zu Unrecht – zunächst ab, dass auf Endkundenebene die Märkte in

- DSL-Anschlüsse für Privatkunden und
- DSL-Anschlüsse für Geschäftskunden (Nicht-Privatkunden)

abzugrenzen wären (4.1., S. 22) und beschreibt in der Folge diese Endkundenmärkte (Abschnitte 4.2. und 4.3.) und wendet auf diese Märkte den 3-Kriterien-Test an (Abschnitt 5.).

In Abschnitt 6 postuliert der Begleittext in einem einzigen Satz (S. 57, 1. Absatz, letzter Satz), davon ausgehend, dass auf dem Endkundenmarkt für Privatkunden Wettbewerb herrsche, kein Bedarf nach einer Regulierung am Vorleistungsmarkt bestünde und grenzt den verbleibenden Vorleistungsmarkt für Nicht-Privatkunden ab, der dann dem 3-Kriterien-Test unterworfen wird.

Zusammenfassend zeigt der Begleittext, dass die RTR die in der folgenden Tabelle dargestellten 3-Kriterien-Tests vorgenommen hat.

	Privatkunden	Nicht-Privatkunden
Endkundenmarkt	Ja 5.1	Ja 5.2.
Vorleistungsmarkt	unterlassen	Ja 7.

**Für den von der Novelle am meisten betroffenen Markt, nämlich den Vorleistungsmarkt für Privatkunden wurde jedoch kein 3-Kriterien-Test vorgenommen.**

Eine Verordnung auf dieser Basis würde gegen die Vorgaben der Märkteempfehlung verstoßen, die für die tatsächliche Bestimmung, ob es sich um Märkte handelt, die einer ex-ante Regulierung zu unterziehen sind, die Durchführung des 3-Kriterien-Test fordert (Erwägungsgründe 5 und 14). Die Empfehlung sieht sogar vor, dass Märkte, die nicht den Vorschlägen der Empfehlung entsprechen, von den nationalen Regulierungsbehörden dem 3-Kriterien-Test zu unterziehen sind (Erwägungsgrund 17). Erst nach Durchführung des 3-Kriterien-Tests kann anhand der Prüfung der einzelnen Kriterien festgestellt werden, ob der Markt für eine ex-ante Regulierung tauglich ist.

Daher wäre nach der Märkteempfehlung selbst wenn auf dem Endkundenmarkt ausreichender Wettbewerb herrschte, eine Überprüfung des Vorleistungsmarkt für Privatkunden anhand des 3-Kriterien-Tests erforderlich gewesen.

Soferne die Novelle ohne die Vornahme des 3-Kriterien-Tests für den Vorleistungsmarkt für Privatkunden erlassen würde, würde dies gegen die europarechtlichen Vorgaben verstoßen. Die Verordnung wäre damit auch wegen des Verstoßes gegen § 37 Abs. 2 TKG 2003 gesetzwidrig.

### 3. Zur geografischen Definition des Marktes

Tele2 teilt die Einschätzung, dass der Markt auf Grund objektiv ähnlicher Wettbewerbsbedingungen regional nicht zu differenzieren ist und daher das ganze Bundesgebiet umfassen sollte.

### 4. Sachliche Definition des Marktes

#### 4.1. Ausschluss des Vorleistungsmarktes für Endkunden erfolgte zu Unrecht

Tele2 hat bereits dargelegt, dass die Herausnahme des Vorleistungsmarktes für Endkunden schon formal mangels Vornahme des 3-Kriterien-Tests nicht zulässig wäre. Ein Abweichen von der Märkteempfehlung ist aber auch sachlich nicht gerechtfertigt.

##### 4.1.1. Marktabgrenzung auf Endkundenmärkten ist nicht auf den Vorleistungsmarkt übertragbar

Jene Kriterien, aufgrund derer der Begleittext die Endkundenmärkte differenziert, sind nicht auf den Vorleistungsmarkt übertragbar.

Die im Begleittext getroffenen Annahmen sind insofern zutreffend, als mit einem Großteil der für das Angebot für Breitbanddiensten erforderlichen Infrastruktur technisch gesehen sowohl Privat- als auch Geschäftskundenanschlüsse realisiert werden können (Begleittext, S. 19).

Die auf Seite 20 des Begleittextes getroffene Unterscheidung der Leistungen auf den Vorleistungsmärkten aufgrund spezieller Charakteristika wie statische IP Adressen, Virenschutz, Domain, größerer Webpace, größere Anzahl von E-Mail Adressen, bzw. QoS oder Überbuchung ist in der Marktabgrenzung nicht belegt und in dieser Form nicht zutreffend. Jedenfalls aber werden diese Differenzierungsmerkmale wie auch der Begleittext ( S. 60) richtig erkennt, auf der Vorleistungsebene nicht angewandt.

Vielmehr kann ein auf der Vorleistungsebene zugekaufter Bitstream-Anschluss sowohl für Privatkundenanschlüsse wie auch für Nicht-Privatkundenanschlüsse auf der Endkundenebene verwendet werden. Die meisten ISPs, die Bitstream-Anschlüsse auf der Vorleistungsebene anbieten, unterscheiden nicht nach Privat- und Geschäftskunden (Begleittext, S. 60).

Damit sind die Produkte aber substituierbar und der Markt ist einheitlich zu sehen. Damit wäre aber auch eine Abgrenzung der Endkunden selbst dann, wenn sie zu Recht erfolgt wäre, nicht auf die Vorleistungsmärkte übertragbar.

#### 4.1.2. Unrichtige Beurteilung des Endkundenmarktes für Privatkunden

Auch die Beurteilung des Endkundenmarktes für Privatkunden ist unzutreffend.

Folgt man dem Begleittext, so erfolgte die Schlussfolgerung, wonach der Endkundenmarkt für Privatkunden zu effektivem Wettbewerb tendiere aufgrund der Annahme mobiles „Breitband“ wäre auf dem Endkundenmarkt für Privatkunden ein Substitut für feste Breitbandanschlüsse, sodass auch die Mobilbetreiber effektiven Wettbewerbsdruck schaffen (S. 66) könnten. Dies trifft indes nicht zu:

Mobiles „Breitband“ ersetzt weder derzeit feste Breitbandanschlüsse noch ist dies in Zukunft zu erwarten. Die von Privathaushalten gewünschte und bezogene Bandbreite bei festen Internetzugängen steigt ständig. Mobile Internetzugänge können keinesfalls kontinuierlich jene Bandbreite zur Verfügung stellen, wie sie von Privathaushalten bei festen Breitbandanschlüssen erwartet werden. Jene Studie der Arbeiterkammer, auf welche sich der Begleittext als Referenz stützt (S. 73, AK Wien (2008), Praxistest mobiles Breitband, Messung der Übertragungsgeschwindigkeiten von mobilen Breitband-Internetangeboten in Österreich, *Roland Huber, Daniela Zimmer* in Zusammenarbeit mit dem Österreichischen Institut für angewandte Telekommunikation (ÖIAT), Nr. 79/2008, September 2008. <http://www.arbeiterkammer.com/bilder/d77/MobilesBreitband08.pdf>) belegt, dass mobiles Breitband auch nur Downstream-Bandbreiten von durchschnittlich 1 Mbit/s leistet und als komplementäres Produkt qualifiziert wird. Feste Breitbandanschlüsse erbringen hingegen Downstream-Bandbreiten von bis zu 8 bzw. bis zu 16 Mbit/s. Jene Wechselströme, welche Abb. 10 suggeriert sind vor allem durch die intransparente und teilweise unrichtige Information der Mobilbetreiber über tatsächlich erzielte Bandbreite verursacht.

Vor diesem Hintergrund ist jene vermeintliche Wechselbereitschaft von DSL- und CATV-Haushalten, die der Begleittext aus der in Abbildung 9 dargestellten NASE-Erhebung abzuleiten versucht zu sehen. Zunächst indiziert die Darstellung in Abbildung 9, dass die Fragestellung nach möglichen Alternative nicht viele Antworten zugelassen hat. Überdies zeigt sich, dass letztlich die Zahl jener Befragten, die einen mobilen Breitbandzugang als Alternative zu ihrem derzeitigen Breitbandzugang sieht, nicht größer ist als die Zahl derer, die keine Angabe machen oder nicht wissen, wohin sie wechseln.

Vor allem aber übersieht die Schlussfolgerung den rasanten Anstieg der beim festen Breitband tatsächlich verfügbaren Bandbreite, die bei stark beworbenen Massenprodukten seit Jahresende 2007 von 1- 2 MBit/s auf 16 MBit/s angestiegen ist und die Wechselbereitschaft erheblich reduziert. Die Erfahrung zeigt, dass sich die von Nutzern tatsächlich in Anspruch genommene Bandbreite mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung an die ihm zur Verfügung stehende Bandbreite annähert.

Mag mobiles Breitband allenfalls Substitut für festes Breitband mit einer Bandbreite von 1-2 MBit/s sein, so erscheint es nur schwer denkbar, dass Nutzer, die Bandbreiten von 8 oder mehr MBit/s einmal gewöhnt sind und entsprechende bandbreitenintensive Dienste, wie etwa den Download von Videos in Anspruch nehmen, sich, nachdem sie sich an die zur Verfügung stehende Bandbreite gewöhnt haben, mit einer verfügbaren Bandbreite von durchschnittlich 1 Mbit/s zufrieden geben.

Gleiches gilt für volumensabhängige Tarife. Nutzer von breitbandigen Internetzugängen mit hoher Bandbreiten nehmen ein deutliche höheres Downloadvolumen in Anspruch als Nutzer von Anschlüssen mit niedriger Bandbreite. Dementsprechend werden mit der zunehmenden Zahl schnellerer Anschlüsse die Nutzer, welche Anschlüsse ohne Volumensbeschränkung oder mit Fair Use Beschränkungen nutzen, weniger leicht auf mobiles Breitband umsteigen, als dies vielleicht noch vor einem Jahr der Fall war.

### 4.1.3. Schlussfolgerungen über den Vorleistungsmarkt sind zirkular

Zirkular und in unlösbarem Widerspruch zu Märkteempfehlung ist die im Begleittext (etwa S. 66, 2. Absatz) getroffene Annahme, wonach der Umstand, dass derzeit auf Bit-Streaming basierende Anschlüsse an Bedeutung verlieren, eine Regulierung auf diesem Vorleistungsmarkt nicht mehr erforderlich mache.

Gerade das Gegenteil ist der Fall: Der Umstand, dass auf Vorleistungsprodukten aufbauende Endprodukte nicht in dem von alternativen Anbietern erwünschten Ausmaß angeboten werden, indiziert, dass die derzeit angebotenen Vorleistungsangebote (nicht nur hinsichtlich des Preises) es nur beschränkt ermöglichen, wettbewerbsfähige Endkundenprodukte anzubieten. Dies indiziert aber gerade dass auf dem Vorleistungsmarkt kein hinreichender Wettbewerb herrscht und daher ein solcher zu schaffen wäre. Auch die Märkteempfehlung setzt sich in ihrem Erwägungsgrund 4 gerade mit solchen Situationen auseinander und erläutert, dass gerade bei vertikal integrierten Unternehmen, welche sowohl den Vorleistungsmarkt wie auch den nachgelagerten Endkundenmarkt bedienen, ohne angemessene Regulierung oft kein kommerzieller Vorleistungsmarkt besteht. Sie verlangt für diesen Fall ausdrücklich, einen fiktiven Vorleistungsmarkt anzunehmen und der Regulierung zu unterwerfen.

### 4.2. Unrichtige sachliche Abgrenzung des Marktes durch Beschränkung auf bestimmte Technologien

Es ist unverständlich, weshalb der nach der Novelle festzulegende Markt die Bereitstellung des breitbandigen Zugangs ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses umfassen soll und bspw. Fibre to the Home (FTTH) nicht berücksichtigt wird. Sowohl die Substituierbarkeit der Vorleistung wie auch jene des Endkundenproduktes sind technologie-neutral. Vor diesem Hintergrund erfolgte auch die Definition des Marktes 5. der Märkteempfehlung

Damit sind die Produkte aber in jeder Hinsicht substituierbar und angesichts der in § 1 Abs. 3 TKG 2003 geforderten Technologie-neutralität auch in der Marktdefinitionsphase gleich zu behandeln.

## 5. Schlussfolgerung

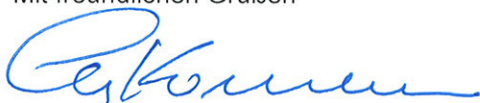
Tele2 ersucht daher dringend, den Verordnungsentwurf und die darin angedachte Deregulierung des Breitband Vorleistungsmarktes für Privatkunden ebenso zu überdenken wie die systemwidrige Ausklammerung von Glas-Kupfer-Kombinationen sowie FTTH aus dem Breitbandvorleistungsmarkt.

Anstelle des in Aussicht genommenen Marktes wäre sachgerecht und europarechtskonform der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission (2007/879/EG) zu folgen und technologie-neutral ein österreichweiter Breitbandvorleistungsmarkt, der den nicht-physischen oder virtuellen Netzzugang einschließlich des „Bitstromzugangs“ an festen Standorten umfasst, zu definieren.

Tele2 stimmt einer Veröffentlichung dieser Stellungnahme zu.

Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Andreas Koman