

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: 16. Oktober 2006

Bearbeiter: Mag. Jan Engelberger  
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 31

Fax: 01/586 69 71

E-Mail: engelberger@vat.at

DVR 0043257

## **Konsultation M11/06-35 – Terminierende Segmente von Mietleitungen**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf die öffentliche Konsultation der TKG zu M11/06 – Analyse des nationalen Vorleistungsmarktes für terminierende Segmente von Mietleitungen – gem. § 128 TKG 2003 dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zu dieser geplanten Regulierungsmaßnahme zur Kenntnis bringen.

### **1. TA eindeutig marktbeherrschend – Verpflichtungen auf dem gesamten Markt notwendig!**

Zunächst ist festzuhalten, dass der VAT die grundsätzliche Feststellung des Bescheidentwurfs, wonach die **Telekom Austria AG (TA)** auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt **über beträchtliche Marktmacht verfügt, vollinhaltlich unterstützt.**

Der Bescheidentwurf stellt bei TA den mit > 75% mit Abstand größten Umsatzmarktanteil, Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, was es ihr ermöglicht, Marktmacht auf dem Markt für terminierende Segmente auszuüben und mit > 70% bis > 90% der Netzabschlusspunkte je Bundesland die bei weitem ubiquitärste Infrastruktur fest. Allein diese Feststellungen im Bescheidentwurf reichen unserer Ansicht nach für die Feststellung aus, dass TA am **gesamten** Markt für terminierende Segmente über SMP-Stellung verfügt. Die Regulierungsbehörde geht jedoch im Weiteren davon aus, dass aufgrund von geringeren kapazitätsmäßigen Marktanteilen der TA, spezifische Verpflichtungen nur auf einem Teil des untersuchten Marktes aufzuerlegen sind.

Diese Beurteilung steht im **Widerspruch zur Marktdefinition**, beruht auf **unrichtigen Kapazitäts- (ebenso wie Umsatz-)Marktanteilen** und vernachlässigt die Bedeutung der **Umsatzmarktanteile** für die Beurteilung von SMP auf diesem Markt.

### 1.1. Einschränkung der Verpflichtungen findet keine Deckung in TKMVO

Die **Einschränkung** der Verpflichtung der TA, nichtdiskriminierenden Zugang zu terminierenden Segmenten von Mietleitungen zu gewähren, sowohl in **sachlicher** Hinsicht (auf Bandbreiten  $\leq 155$  bzw.  $< 34$  Mbit/s) als auch in **räumlicher** Hinsicht (auf das Bundesgebiet außerhalb der Gemeindegrenzen der Landeshauptstädte hinsichtlich Bandbreiten  $\geq 34$  Mbit/s) **widerspricht der TKMVO 2003**.

In der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005 (TKMVO 2003) ist als räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet des hier relevanten Markts für terminierende Segmente von Mietleitungen das **Bundesgebiet** festgelegt. In sachlicher Hinsicht sieht die TKMVO 2003 **keinerlei Einschränkung etwa hinsichtlich der Bandbreite** vor.

Im Gegensatz dazu ist etwa der Markt "Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s" in der TKMVO sehr wohl sachlich auf bestimmte Bandbreiten eingeschränkt. Und beispielsweise hinsichtlich des Breitbandmarktes wurde im Zusammenhang mit seiner Definition in der TKMVO ein Abgehen vom räumlich relevanten Ausdehnungsgebiet des gesamten Bundesgebiets ausführlich diskutiert. Dies zeigt, dass der Verordnungsgeber sehr wohl den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich genau bedacht hat. **Eine Änderung wäre daher auch nur durch eine Änderung der TKMVO möglich**. Ein Abgehen von dem in der Verordnung festgelegten Anwendungsbereich im Bescheid stünde damit in Widerspruch.

**Die Einschränkung der Verpflichtungen auf bestimmte Bandbreiten bzw. Gebiete ist daher schon rechtlich durch die TKMVO nicht gedeckt.**

### 1.2. Wiederverkauf verzerrt Kapazitäts- und Umsatz-Marktanteile

Im Bescheidentwurf wird auf Seite 9 erläutert, dass "*Mietleitungen, die wiederverkauft werden, sowohl in den Umsatz- als auch in den Kapazitätsmarktanteilen mehrfach enthalten*" sind. Das heißt, dass eine Mietleitung, die von A an B und von B wiederum an C vermietet wird, bevor sie C dem Endkunden überlässt, insgesamt zweifach im Gesamtmarkt aufscheint. Der Gesamtmarkt wird dadurch aufgebläht, was zu **Verschiebungen bei den Marktanteilen** führt.

Nimmt man zur Veranschaulichung an, dass das Unternehmen A über alle terminierenden Segmente am Markt verfügt, diese aber durchwegs nicht selbst, sondern über das Unternehmen B verkauft, so führt die im Bescheidentwurf angewendete Berechnungsmethode dazu, dass die gesamten am Markt verfügbaren Kapazitäten einmal bei A und einmal bei B zugerechnet werden, also im Ergebnis **Marktanteile von 50:50 angenommen** werden, obwohl in Wirklichkeit allein A die **Kontrolle über die gesamte Kapazität** hat. Bei Verkauf über drei Stufen wird die Verzerrung noch deutlicher. Das Gleiche gilt für die Umsatzmarktanteile.

Tatsächlich kommen bei ANB im Mietleistungsgeschäft solche Wiederverkäufe über zwei, drei oder mehr Stufen oft vor, da kein ANB flächendeckend über eigene Mietleitungen verfügt. Auf Seite der TA hingegen ist davon auszugehen, dass die von ihr am Endkundenmarkt angebotenen Mietleitungen zu einem Großteil aus ihrem eigenen Netz stammen und kaum Zukäufe erfolgen, schließlich stellt der Bescheidentwurf selbst fest, dass die TA über mehr als 70% bis mehr als 90% der Netzabschlusspunkte verfügt. Dies führt dazu, dass Mietleitungen **im ANB-Bereich doppelt und dreifach gerechnet** werden während dies **bei TA nicht oder kaum** der Fall ist. **Die der Entscheidung zugrunde gelegten Marktanteile verzerren daher die wirkliche Situation am Markt.**

**Verstärkt** wird dieser Effekt gerade im **höherbitratigen** Bereich, wo ANB über einen höheren Marktanteil verfügen. Gerade in diesem Bereich ortet der Bescheidentwurf aber Wettbewerb und schränkt die Vorabverpflichtungen ein. Bei korrekter Zurechnung und Vermeidung von Mehrfachzahlungen würde sich unserer Ansicht nach zeigen, dass **auch in diesem höherbitratigen Bereich TA eindeutig über beträchtliche Marktmacht verfügt.**

### 1.3. Kapazitätsmäßiger Marktanteil von TA > 65 %

In ihrem Entscheidungsentwurf begründet die Telekom-Control-Kommission den Vorschlag, die bis dato bestandene Zugangsverpflichtung der TA für terminierende Segmente mit Bandbreiten von 34 Mbit/s bis 155 Mbit/s zurückzunehmen, ausschließlich damit, dass TA über einen **kapazitätsmäßigen** Marktanteil von < 40% verfüge. Im Bereich der 34 Mbit/s bis 155 Mbit/s terminierenden Segmente verfüge TA zudem über einen Anteil von < 30%. Die Kalkulation dieser Marktanteile ist jedoch aus zwei Gründen unrichtig.

Zum einen werden, wie schon oben in Punkt 1.2 gezeigt, **Bandbreiten-Kapazitäten mehrmals berücksichtigt** obwohl sie physisch nur einmal vorhanden sind. Verkauft bspw. ein ANB die Leitungen eines Netzbetreibers an einen weiteren ANB so fließen diese Kapazitäten zweimal in die Berechnung ein. Einmal werden sie dem Netzbetreiber zugerechnet, einmal dem „wiederverkaufenden“ ANB. Die **tatsächliche Marktmacht des Netzbetreibers**, die sich aus der Eigentümerschaft bzw. der Verfügungsgewalt über die Infrastruktur ergibt, **bleibt damit unberücksichtigt.**

Zum anderen verfälscht die Berechnungsmethode das Gesamtbild dadurch, dass auf **64 kbit/s-Äquivalente als Maßeinheit** abgestellt wird. Die Kapazitäts-Marktanteile werden so berechnet, dass sämtliche Bandbreiten als Vielfaches von 64 kbit/s-Äquivalenten dargestellt werden, woraus dann Marktanteile abgeleitet werden. Tatsächlich steigt aber der Preis und damit der Wert von niedrigbitratigen zu höherbitratigen Mietleitungen nicht proportional an. Der Preis eines niedrigbitratigen 64 kbit/s Äquivalent ist um vieles höher als eines so berechneten höherbitratigen 64 kbit/s Äquivalents. Damit werden die **Anteile von Anbietern mit Fokus auf hochbitratigen Systemen überschätzt** während die **tatsächliche Marktmacht der TA, die sich schon aus ihrer überragenden Marktstellung bei niederbitratigen Systemen ergibt, unterschätzt wird.**

Der Entscheidungsentwurf räumt selbst ein, dass diese Berechnungsmethode für TA vorteilhaft ist und bestätigt dies durch eine „**wertmäßige Betrachtung**“, in der die 64 kbit/s-Äquivalente in Bezug zu den unterschiedlichen Preisniveaus in den einzelnen Bandbreiten-Bereichen gesetzt werden. Dabei ergibt sich für TA ein kapazitätsmäßiger Marktanteil von **> 65%** (Bescheidentwurf S. 10) und damit eine eindeutige Marktbeherrschung.

Wenn die Telekom-Control-Kommission bei der Anordnung von geeigneten Vorabverpflichtungen auf kapazitätsmäßige Marktanteile abstellt, dann ist jedenfalls auf die „**wertmäßigen Marktanteile abzustellen** und damit auf einen **Marktanteil der TA von über 65%**.

#### **1.4. TA-Eigenleistungen an die Verkaufs-Abteilung bei Umsatz-Marktanteilen nicht berücksichtigt**

Wie im Bescheidentwurf ausgeführt wird, werden bei der Berechnung der Umsatz-Marktanteile Eigenleistungen nicht berücksichtigt (Bescheidentwurf S. 8). D.h. dass die Bereitstellung von Infrastruktur-Leistungen der TA an ihre Verkaufs-Abteilung zum Verkauf an andere Kommunikationsnetzbetreiber nicht in die Umsatzberechnung einfließt. Hingegen werden Umsätze von Wiederverkäufern der Infrastruktur alternativer Netzbetreiber sehr wohl berücksichtigt.

Begründet wird dieses Vorgehen damit, dass eine Bewertung der internen Leistungsbereitstellung der TA an ihre Verkaufsabteilung nicht möglich sei. Dies ist nicht nachvollziehbar. Schließlich ist TA zur Publikation eines **Standardangebots** verpflichtet, aus dem die **Preise der effizienten Leistungsbereitstellung** von terminierenden Segmenten hervorgehen sollten. Mit diesen könnte eine Bewertung der Eigenleistungen sehr wohl erfolgen.

Würde man die interne Leistungsbereitstellung derart mitberücksichtigen, ist davon auszugehen, dass der **Umsatzmarktanteil der TA noch weit über 75%** ausmacht. Die von den Gutachtern gewählte Kalkulationsmethode unterschätzt den Marktanteil aber zum Vorteil von TA.

Insgesamt zeigt sich daher, dass TA bei **richtiger Berechnung** über Marktanteile von **> 75%** gemessen am **Umsatz** und **> 65%** gemessen an der **Kapazität** und auf dem **gesamten** Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen über eine **überragende Marktposition** und somit **beträchtliche Marktmacht** verfügt. Die **Einschränkung von Spruchpunkt 2.1.** auf bestimmte Bandbreiten bzw. bestimmte geografische Gebiete sollte daher **entfernt werden** und die Formulierung wie im letzten Bescheid M 12/03-54 gewählt werden.

## **2. Widerspruch zwischen Gutachten und Bescheidentwurf**

Den im Entscheidungsentwurf wiedergegebenen Passagen des eingeholten Amtssachverständigengutachtens ist nicht zweifelsfrei zu entnehmen, wie die terminierenden Segmente mit einer Bandbreite von **genau 34 MBit/s** behandelt wurden und ob der wettbewerbsintensivere, höherbitratige Bereich nun

Mietleistungssegmente mit 34 MBit/s beinhaltet oder nicht: insofern sind widersprüchliche Angaben im Entscheidungsvorschlag auf Seite 9, vorletzter Textabsatz als auch auf Seite 13 vorhanden. Aus Sicht des VAT lässt sich aufgrund der veröffentlichten Entscheidungsgrundlagen nicht nachvollziehen, ob Mietleistungssegmente mit der genannten Bandbreite bei den unterschiedlichen Berechnungen der Amtssachverständigen nun berücksichtigt wurden oder nicht.

Wie es scheint, ist auch die in diesem Verfahren erkennende Telekom-Control-Kommission über diese „Unschärfe gestolpert“: deshalb wird auf Seite 23 im letzten Textabsatz (und in weiterer Folge darauf gestützt auch im Spruch des Bescheides) klar gestellt, dass – obwohl im Gutachten der Amtssachverständigen angeblich anders beurteilt – terminierende Segmente bereits ab einer Bandbreite von 34 MBit/s in gewissen Regionen Wettbewerb unterliegen. Dieses Abgehen vom Gutachten der bestellten Amtssachverständigen wird damit begründet, dass für 34 MBit/s Segmente die selbe Infrastruktur verwendet wird, wie für höherbitratige Segmente.

Dies erscheint dem VAT unter **mehreren – formalen wie inhaltlichen – Gesichtspunkten fragwürdig:**

- Ein **wirtschaftliches Gutachten** für eine Marktanalyse von Amtssachverständigen, also Personen, die zur Gutachtenserstellung aufgrund ihrer besonderen Sachkenntnis berufen wurden, wird **durch ein technisches Argument entkräftet, welches den Amtssachverständigen wohl durchaus bewusst war**; die Folge ist das Feststellen von effektivem Wettbewerb in einem Teilbereich des Marktes. Diese schwerwiegende Konsequenz allein auf eine technische Tatsache zu stützen und damit ein mit wirtschaftlichem Sachverstand erstelltes Gutachten eines Teams von Amtssachverständigen zu entkräften, erscheint dem VAT **problematisch**;
- Der **VwGH** sieht in **ständiger Rechtsprechung** vor, dass – wenn eine Behörde zur Klärung von Fachfragen ein Gutachten eines Sachverständigen einholt – diese **Behörde nicht selbständig bei notwendigen Ergänzungen oder Fehlern dieses Gutachtens über Fachfragen entscheiden kann** (VwGH 25.6.1987, 83/06/0100). Gerade diese Vorgangsweise scheint allerdings die Telekom-Control-Kommission im gegenständlichen Fall gewählt zu haben.

Aus den angeführten Gründen bringt der VAT **massive Bedenken gegen die Einbeziehung von Mietleistungssegmenten mit (genau) 34 MBit/s** in den „wettbewerbsintensiven“ höherbitratigen Marktteil von terminierenden Segmenten vor.

### **3. Regulierung auch im höherbitratigen Bereich notwendig!**

Selbst wenn man dem Bescheidentwurf folgend annimmt, dass im höherbitratigen Bereich mehr Wettbewerb herrscht, so wäre dennoch die komplette Ausnahme dieses Bereichs von Vorabverpflichtungen verfehlt. Auch in diesem Bereich sind die ANB zu einem guten Teil von der Nutzung der TA-Infrastruktur abhängig, da nur diese über eine entsprechende flächendeckende Versorgung verfügt.

Wie im Bescheidentwurf auf Seite 30 ausgeführt wird, "ist offensichtlich, dass die Telekom Austria mit Anteilen von > 70% bis > 90% je Bundesland das Unternehmen mit der bei weitem ubiquitärsten Infrastruktur ist. Hieraus ergibt sich, dass die Telekom Austria in weiten Teilen des Marktes über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt".

Allenfalls wäre daher der TA zumindest eine **Kontrahierungsverpflichtung** und die Verpflichtung zur **Nichtdiskriminierung** auch für den Bereich > 155 Mbit/s bzw.  $\geq 34$  Mbit/s in den Landeshauptstädten aufzuerlegen.

#### **4. Pönaleregulierung als Mindestbestandteil des Standardangebots**

§ 25 (4) TKG 2003 legt als Mindestbestandteil von AGB zw. Kommunikationsdienstbetreibern und Endnutzern u.a. "Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität".

Gerade in Anbetracht der gehobenen Ansprüche der Endkunden im Mietleitungsgeschäft wären entsprechende **(Pönale)Regelungen auch in die Mindestverpflichtungen für das Standardangebot** auf Wholesale-Ebene aufzunehmen: die Anforderungen, die der Gesetzgeber an allgemeine Geschäftsbedingungen jedes Netzbetreibers stellt, müssen in einem Standardangebot wohl jedenfalls als **unterster Maßstab** für die Gestaltung der vertraglichen Rahmenbedingungen herangezogen werden. Es kann aus unserer Sicht nicht angehen, dass an ein Standardangebot eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht geringere Anforderungen gestellt werden, als an die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedes beliebigen Betreibers.

Wir regen daher an, in die Liste der Mindestangaben des Standardangebots in **Spruchpunkt 2.4.** auch "Entschädigungs- und Erstattungsregelungen bei Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Dienstqualität" aufzunehmen.

#### **5. Herstellungskosten und daraus resultierende Synergieeffekte vernachlässigt**

Aus Sicht des VAT wird im vorliegenden Vorschlag für eine Vollziehungshandlung der Aspekt der **Herstellungskosten von terminierenden Segmenten** von Mietleitungen **vernachlässigt**:

In den Entgeltbestimmungen des Ex-Monopolisten zu digitalen Übertragungswegen heißt es, dass zwar die Herstellungsentgelte für digitale Übertragungswege grundsätzlich pauschaliert sind, allerdings im Falle von neu zu verlegenden Leitungsabschnitten die notwendigen Vorleistungen nach Aufwand verrechnet werden (siehe Entgeltbestimmungen für Übertragungswege der Telekom Austria AG - Digitaler Übertragungsweg, Punkt 1.1.1).

Dies führt im Ergebnis dazu, dass – in allen Fällen, in welchen die TA als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht am relevanten Markt – nicht oder über nicht ausreichende Kapazitäten an Übertragungswegen für ein konkretes Mietleistungssegment verfügt, **durch den Besteller eines terminierenden Segmentes einer Mietleitung der Netzinfrastukturausbau der TA finanziert**

**wird:** die Logik dieser Weiterverrechnung wird in diesem Zusammenhang nicht in Frage gestellt, allerdings ist die TA üblicher Weise in der Lage, die ausgebaute oder erweiterte Infrastruktur auch für andere Zwecke zu nutzen, also gleichsam Synergien zu nutzen. Dies im Gegensatz zum Besteller des terminierenden Segmentes, der den Ausbau der konkreten Mietleistungsstrecke finanziert.

Dies **wirkt sich** insbesondere **in der Preisfestsetzung gegenüber dem Endnutzer** der Mietleitung **aus:** werden in der TA internen Preisfestsetzung diese Synergien entsprechend bewertet, so ergeben sich für den Endnutzer günstigere Konditionen für die Herstellung. Da der ANB, welcher im konkreten Endkundenprojekt üblicher Weise als direkter Konkurrent des marktmächtigen Unternehmens auftritt, die Herstellungskosten jedenfalls zur Gänze zu tragen hat und auch keine Synergien lukrieren kann, sehen wir im vollkommenen **Ignorieren des Umstandes der Herstellungskosten** und der **daraus resultierenden Synergieeffekte** ein erhebliches **Hindernis auf dem Weg hin zu einem funktionierenden Wettbewerb** am relevanten Markt.

## **6. Explizites Verbot einer Preis-Kosten-Schere fehlt**

Wie die Regulierungsbehörde vermeint, bildet sich ein effizienter Wettbewerb bei höherbitratigen terminierenden Segmenten heraus. Im Gegensatz zu den terminierenden Segmenten bis zu 2 Mbit/s ist aber in der TKMVO **kein äquivalenter Endkundenmarkt definiert.**

Nachdem auch hier der Endkundenmarkt mit dem Vorleistungsmarkt korreliert, ist zur Vorbeugung, dass kein margin squeeze entsteht, die Aufnahme eines **expliziten Verbots einer Preis-Kosten-Schere** vorzusehen, insbesondere da TA sowohl auf dem Vorleistungsmarkt als auch auf dem Endkundenmarkt für Mietleitungen tätig ist und so das Verhältnis zwischen den Preisen auf beiden Märkten bestimmen kann.

Der VAT schlägt daher in **Spruchpunkt 2.2.** am Ende folgende Ergänzung vor: "..., wobei in beiden Fällen eine Preis-Kosten-Schere im Verhältnis zu den Endkundenentgelten der Telekom Austria AG zu verhindern ist."

## **7. Explizites Verbot der Quersubventionierung, der Koppelung bzw. des Dumpings im Zusammenhang mit Leistungen des Trunk-Segmente-Markts**

Wie bereits in unserer Stellungnahme zu M12/03, sehen wir die Notwendigkeit, der TA explizit Verbote aufzuerlegen, um die Übertragung ihrer Marktmacht zu verhindern. Aufgrund des **engen Zusammenhanges** der Leistungen **des Trunk-Segmente-Marktes und des Marktes für terminierende Segmente** von Mietleitungen, der Tatsache, dass es in der Praxis bei Ausschreibungen von Projekten erforderlich ist, dem Endkunden Leistungen aus beiden Märkten zur Verfügung zu stellen, der Tatsache, dass auf dem Trunk-Segmente-Markt – nach Meinung der erkennenden Behörde – effektiver Wettbewerb herrscht sowie der Tatsache, dass die TA auf beiden benachbarten Märkten tätig ist und somit die **Gefahr des Leveraging** besteht, halten wir die Aufnahme eines **expliziten Quersubventionierungsverbotes**, eines **Koppelungsverbotes** und eines **Dumping-Verbotes** für notwendig.

## **8. Klarstellung bzgl. über Ethernet realisierte terminierende Segmente**

Es fehlt im Bescheidentwurf eine ausdrückliche Klarstellung, dass **auch über Ethernet realisierte terminierende Segmente** von den auferlegten Verpflichtungen umfasst sind. Diese Notwendigkeit ergibt sich zwar schon aus dem **Gebot der Technologieneutralität**, dennoch wäre eine entsprechende Klarstellung im endgültigen Bescheid zur Vermeidung von Unklarheiten und daraus folgenden Verzögerungen hilfreich. Wir regen daher an, im Bescheid **klarzustellen**, dass das Standardangebot der TA über Mietleitungen jedenfalls auch Mietleitungen, welche über Ethernet realisiert werden, umfassen muss.

Wir ersuchen Sie, unsere dargelegten Bedenken im Rahmen des Konsultationsprozesses 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. Jan Engelberger