



UPC Austria GmbH · Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien

An die
Telekom-Control-Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

20. September 2010

M1/10 – Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation des Bescheidentwurfs

Sehr geehrte Frau Dr. Solé, sehr geehrte Herren,

die UPC Austria GmbH (im Folgenden „UPC“) nimmt mit diesem Schreiben binnen offener Frist die Gelegenheit wahr, zum oben angeführten Entwurf der Telekom-Control-Kommission („TKK“) bezüglich der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der A1 Telekom Austria AG („TA“) auf dem Breitbandvorleistungsmarkt an Nichtprivatkunden sowie der Auferlegung bestimmter spezifischer Verpflichtungen Stellung zu nehmen.

1. Zum Ergebnis an sich

Obwohl der Bescheid – wie unten näher ausgeführt – nicht weit genug geht, begrüßt UPC das Ergebnis des Bescheidentwurfs, laut dem die TA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für breitbandigen Zugang innehat. Dieses Ergebnis der TKK ist ohne Zweifel richtig und spiegelt die Marktsituation, in der die TA einen extrem hohen Marktanteil innehat, der trotz Regulierung sogar noch gestiegen ist, wider.

2. Kritik am Entwurf

Die Entscheidung geht insofern nicht weit genug, als sie sich nur auf die Bereitstellung von Anschlüssen an Nichtprivatkunden richtet. Auch wenn sich der Bescheidentwurf auf die per Verordnung der RTR vorgenommene Marktdefinition, wonach der zugrundeliegende Markt nur die Leistungsbereitstellung an Nicht-Privatkunden umfasst, stützt, ist sowohl das Ergebnis wie auch der Weg dorthin problematisch.



Auch wenn UPC bewusst ist, dass die TKK auf diesen Einwand aufgrund der formalen Unzuständigkeit nicht näher eingehen wird, bringt UPC den Punkt erneut vor, weil er sowohl von der Europäischen Kommission im Rahmen des 15. Implementierungsberichts thematisiert wurde als auch andererseits in der Praxis einen gravierenden Verstoß gegen das Rechtsstaatlichkeitsprinzip darstellt.

2.1. Trennung von Marktdefinition und Marktanalyse

Die gesetzlichen Grundlagen, auf die hier nicht im Detail einzugehen ist, da diese ohnehin bekannt sind, legen fest, dass die Definition jener Märkte, die einer Vorabregulierung unterliegen, durch die RTR mittels Verordnung zu erfolgen hat. Auf dem so definierten Markt liegt es sodann an der TKK, eine Marktanalyse durchzuführen und festzustellen, ob auf dem Markt Wettbewerb herrscht oder es ein (oder mehrere) Unternehmen gibt, das über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diesem Unternehmen sind sodann spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen.

Diese Trennung von Marktdefinition und Marktanalyse sieht auch die Europäische Kommission als problematisch an. So hat sie in ihrem 15. Implementierungsbericht festgehalten:

“However, the NRA continues to conduct the market definition and the market analysis as separate processes. The time taken for the completion of the overall decision making process, that is, from the start of market definition until a decision on the market analysis and the imposition of remedies is reached, continues to be long and further efforts from the NRA to improve the duration of this process would be beneficial for the market.

[...]

*The amendments to the Telecommunications Act adopted in June 2009 established that once a market is no longer included in the Austrian market definition ordinance (the Telecommunications Market Ordinance) all existing obligations in that market should be automatically withdrawn. Alternative operators were concerned that their right of appeal would be affected and that this provision would not enable them to contest the NRA's decision to withdraw regulation from a market, since currently they **do not appear to have legal standing to challenge the Telecommunications Market Ordinance**. However, the **NRA confirmed that in these cases, operators would be in a position to appeal the NRA's decision and reasoning not to include one market in the Ordinance**. The Commission services will follow this matter.*

Abgesehen von der langen Verfahrensdauer, die die Europäische Kommission zu Recht als problematisch ansieht, erscheint ihr insbesondere die Trennung der Zuständigkeit von Marktdefinition und Marktanalyse problematisch.



Wie richtig diese Bedenken sind, ist spätestens seit dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofs vom 14.12.2009 im Verfahren V33/09 klar: Mit diesem Beschluss hat der VfGH einen Individualantrag auf Aufhebung eines Teils der TKMVO 2008 zurückgewiesen und dies damit begründet, dass *„[g]rundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist, dass die Verordnung in die Rechtssphäre des Antragstellers nachteilig eingreift und diese - im Falle ihrer Gesetzwidrigkeit - verletzt. [...] Der Verfassungsgerichtshof vermag sich der von der antragstellenden Gesellschaft vertretenen Rechtsansicht, dass die Festlegung eines relevanten Marktes unmittelbar in ihre Rechtssphäre eingreife, nicht anzuschließen.“*

Die Folge dieser Entscheidung ist, dass die Aufteilung von Marktdefinition und Marktanalyse zwischen RTR und TKK dazu führt, dass die betroffenen Unternehmen keine Überprüfung der Entscheidung durch ein Rechtsmittel vornehmen lassen können: Die Marktdefinition ist mangels unmittelbaren Eingriffs in die Rechtssphäre nicht bekämpfbar, und die (Nicht)festlegung von spezifischen Verpflichtungen ist dann lediglich die (formal richtige) Fortsetzung der falschen Marktdefinition.

So verweist die TKK regelmäßig in ihren Entscheidungen darauf, dass sie an die per Verordnung vorgenommene Marktdefinition gebunden ist und entsprechendes Parteivorbringen nicht berücksichtigt werden könne. Auch in der mündlichen Verhandlung zu M 1/10, wo fast alle Parteien die Marktdefinition kritisiert haben, wurde des Öfteren darauf hingewiesen, dass dies das falsche Forum für ein Vorbringen zur Marktdefinition sei. Diese Rechtsansicht der TKK ist nach Meinung von UPC dringend zu überdenken und im Sinne einer ausgewogenen und zielgerichteten Regulierung zu adaptieren. So müssen sich die Regulierungsmaßnahmen hinsichtlich des Breitbandmarktes auf sämtliche Produkte und Kundengruppen erstrecken, die DSL-Produkte von der TA beziehen.

Hinsichtlich der konkreten Kritikpunkte an der zugrundeliegenden Marktdefinition verweist UPC auf die bisherigen Stellungnahmen und insbesondere die Stellungnahme vom 28.9.2009 im Rahmen der öffentlichen Konsultation des Entwurfs der TKMVO 2008.

Schließlich zeigt der oben angeführte Beschluss auch, dass die im 15. Implementierungsbericht wiedergegebene Auffassung der TKK, dass sich Marktteilnehmer gegen die Marktdefinitions-Verordnung der RTR mit einem Rechtsmittel wehren können, nicht zutreffend ist. Im Verfahren V33/09 vor dem VfGH hat die RTR sogar eine andere Sichtweise vertreten und die Rechtsmittelbefugnis verneint. So führt der VfGH in der Begründung des Beschlusses aus: *“Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH als verordnungserlassende Behörde erstattete eine Äußerung, in der sie dem Antragsvorbringen und insbesondere den Ausführungen zur Antragslegitimation entgegen tritt und beantragt, den Individualantrag als unzulässig zurück- bzw. als unbegründet abzuweisen.*



2.2. Sonstige Kritikpunkte

Desweiteren verweist UPC um Wiederholungen zu vermeiden auf die im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Kritikpunkte, an denen sich durch den gegenständlichen Entwurf einer Vollziehungshandlung nichts geändert hat und die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- **Zugangsverweigerung**
 - o Durch den Wegfall zur verpflichtenden Zugangsgewährung für sämtliche Produkte und Kunden ergibt sich eine deutliche höhere Schranke für Entbündler
→ höherer WB-Druck auf Entbündler

- **Zugangspreis:**
 - o Überhöhte Preise müssen verhindert werden
 - o Margin Squeeze ist verhindern
→ regelmäßige Überprüfung (sowohl Vergangenheit wie auch Zukunftsprognosen)
→ Cost plus statt Retail Minus

- Sicherstellung, dass **sämtliche Services nachgebildet** werden können, die die TA am Endkundenmarkt anbietet – so etwa auch Produkte zur Standortvernetzung

- Mindestinhalt des Wholesale-DSL-Angebots der TA:
 - o Kündigungsfrist muss verkürzt werden, um Wholesale – Endkundenverhältnis abzubilden (kürzere Kündigungsfristen bei Wholesale)
 - o Vorlaufzeiten müssen entsprechend sein
 - o Eindeutige Fristen
 - Für Herstellung
 - Für Providerwechsel innerhalb von 5 Tagen
 - o Pönalen analog der Entbündelung (zeitabhängig + steigend, nicht einmal)
 - o SLAs für Entstörung
 - o Beschreibung der Entstördienste
 - o Nachlaufzeit (5 Tage) bei Aktionen

- o Das Wholesale DSL Angebot sollte jedenfalls konsultiert werden!

UPC ersucht um weitestgehende Berücksichtigung dieser Stellungnahme und steht für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

UPC Austria GmbH