

An die
Telekom Control Kommission
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien



per E-Mail: konsultationen@rtr.at

**Betreff: Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung
 M 1/05 (Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene)**

12. Dezember 2005

Sehr geehrte Damen und Herren,

die UPC Telekabel Wien 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 Telekom Austria (TA) auf dem Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene wie folgt Stellung zu nehmen.

1. Zum Ergebnis an sich

UPC Telekabel begrüßt das Ergebnis des Bescheidentwurfs, laut dem die TA eine marktbeherrschende Stellung auf dem Breitband-Vorleistungsmarkt innehat. Dieses Ergebnis der TKK ist ohne Zweifel richtig und spiegelt die Marktsituation wider.

1.1 Single oder Joint Dominance

Auch die Ausführungen der TKK bezüglich der *single dominance* der TA sind für UPC nachvollziehbar und gut begründet. Insbesondere ist richtig, dass die Marktanteile, die UPC auf dem richtigerweise national zu betrachtenden Breitbandmarkt hält, nicht geeignet sind, eine marktbeherrschende Stellung für UPC zu begründen.

Auch dass die TKK zu dem Ergebnis kommt, dass UPC und TA nicht über eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung verfügen ist zweifelsohne korrekt: die – bereits mehrfach von UPC befürwortete – Definition eines nationalen Marktes in der Märkteverordnung, die (rückläufige) Höhe des Marktanteils von UPC gegenüber der TA sowie die Schwierigkeit für UPC, ihren *footprint* entsprechend zu erweitern, unterstreichen – um nur einige der Argumente heraus zu greifen – die Richtigkeit dieses Ergebnisses.

2. Kritik am Entwurf

Neben dieser allgemeinen Zustimmung zum Bescheidentwurf, scheinen UPC noch die nachfolgenden Punkte besonders erwähnenswert:

2.1. Nationaler Markt – nationaler Preis

Die TKK führt an mehreren Stellen des Bescheids zu Recht und überzeugend aus, dass der zugrunde liegende Markt das gesamte Bundesgebiet umfasst. Daraus leitet sie etwa ab, dass die bundesweiten Marktanteile der Betreiber für die Beurteilung der Marktmacht heranzuziehen sind.

UPC regt an, dass die TKK darüber hinaus explizit klarstellt, dass der auf Basis von Retail Minus zu verrechnende Preis für das Vorleistungsprodukt ebenfalls national einheitlich zu sein hat. Nach Meinung von UPC möchte die TKK zwar ohnehin einen national einheitlichen Preis für die Vorleistung des breitbandigen Zugangs festlegen, unterlässt es aber dies ausdrücklich festzuschreiben. So führt sie auf den Seiten 46 und 93 des Entwurfs bezüglich der konkret auferlegten Verpflichtung der Entgeltkontrolle aus:

„Da [bzw. Solange] Telekom Austria auf der Endkundenebene einen national einheitlichen Preis setzt und sich somit der Wettbewerbsdruck, der von den anderen Betreibern vor allem in Ballungsräumen ausgeübt wird, auch in jene Gebiete überträgt, in denen Telekom Austria der einzige Betreiber ist, kann nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission davon ausgegangen werden, dass die allokativen Ineffizienzen, die durch überhöhte Preise entstehen, insgesamt nicht jenes Ausmaß erreichen, wie dies auf den oben erwähnten Märkten zu erwarten ist.“

Wie die jüngste Entwicklung im Zusammenhang mit dem Naked DSL – Promo Angebot in Wien gezeigt hat, setzt die TA keinen national einheitlichen Preis fest, sondern bietet ihr Produkt regional zu unterschiedlichen Bedingungen an. In Gegenden, in denen der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt ohnehin schon sehr stark ist, bietet sie ihr Produkt billiger an als auf dem Rest des Marktes: Das jüngste Angebot vom 15.11.2005, das die TA im Rahmen des ISPA Angebots gelegt hat, sieht für Wien günstigere Preise vor, als für den Rest Österreichs. Nach dem Dafürhalten von UPC führt dieses Vorgehen dazu, dass die TA in den Regionen, in denen sie das einzige Unternehmen mit eigener Infrastruktur ist, ihre (festgestellte) Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt auf den Endkundenmarkt überträgt.

Es bedeutet nämlich, dass die TA dort wo ohnehin schon ausreichend Wettbewerb besteht und die TA aufgrund der hohen Sättigung nur sehr schwer noch zusätzliche Endkunden akquirieren könnte, Kampfpreise auf dem Endkundenmarkt einführt. Diese haben aufgrund

der nahenden Marktsättigung für TA selbst kaum Auswirkungen. Aufgrund des Retail Minus Ansatzes wird aber durch das Vorgehen auch der Vorleistungspreis günstiger; im konkreten Fall ist etwa in Wien die Vorleistung um fast 25 % günstiger als im Rest Österreichs. Während alternative ISPs versuchen werden, auf der Endkundenebene die Kampfpreise der TA zu unterbieten, besteht für die TA die Möglichkeit, auch auf der Vorleistungsebene mit den ursprünglich als Kampfpreisen bezeichneten Preisen in Summe überproportionale Einnahmen zu erzielen.

Im Gegensatz zu dieser Situation in ausreichend wettbewerblichen Teilen des Marktes wäre es TA im Umkehrschluss sowohl auf Vorleistungs- wie auch auf Endkundenseite möglich, in bestimmten Regionen mehr für ihr Produkt zu verlangen. Das wiederum führt aber zu der Befürchtung, dass die TA durch hohe Preise in wettbewerblich eher unattraktiven Gebieten erfolgreich *fore-closure* Strategien verfolgt. Dadurch wäre einerseits der Breitbandausbau in ohnehin schon benachteiligten Gebieten gefährdet, was zu der regulierungspolitisch unerwünschten Konsequenz der Verstärkung des *digital divides* führt.

Das ist der Grund, warum UPC einen national einheitlichen Preis für die Vorleistung auf dem Breitbandmarkt fordert.

2.2. Die *Ladder of Investment*

Schließlich konterkariert nach Meinung von UPC das naked DSL Angebot in Kombination mit dem *retail minus* Ansatz überhaupt die *ladder of investment*: da der SMPO auf dem Endkundenmarkt keiner Entgeltregulierung ausgesetzt ist (und die TKK selbst feststellt, dass die TA eher mit Kampfpreisen auf die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs auf Vorleistungsebene reagiert¹), zwingt die TA – regulatorisch unterstützt – Unternehmen, die auf einer höheren Sprosse der Investitionsleiter als die ISPs (also die Wholesale-Kunden des SMPOs) stehen, ihr Produkt zu einem niedrigeren Preis anzubieten. Damit eröffnet sich nicht nur die – wie die TKK auf S. 93 ausführt – Möglichkeit eines margin squeeze gegenüber Entbündlern, sondern auch gegenüber Unternehmen, die eine eigenständige Infrastruktur betreiben. Gegenüber diesen Betreibern kann die bestehende Regulierung auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen dem Wettbewerbsproblem nicht entgegen wirken.

Der einzige Betreiber, der somit bei diesem Spiel gewinnt, ist der SMPO, also konkret die TA:

¹ „Das Bitstream-Angebot von Telekom Austria in der um Preisadaptionen erweiterten Fassung vom 18.08.2005, das erst nach Fertigstellung des Marktanalysegutachtens (ON 4) veröffentlicht wurde und daher dort nicht mehr berücksichtigt werden konnte, legt sogar nahe, dass das Wettbewerbsproblem bezüglich der Preise in Zukunft nicht in überhöhten Preisen, sondern in Kampfpreisen und einem daraus resultierenden margin-squeeze liegen könnte.“ (Bescheidentwurf, S. 93).

- sie bietet ein Wholesaleprodukt an, mit dem sie Gewinne einfährt. Aufgrund des derzeitigen Retail Minus Ansatzes verbleibt der TA die gesamte Marge, die ihr auch beim Endkundenprodukt verbleiben würde.
- aufgrund des Retail Minus Ansatzes ist gewährleistet, dass der ISP, der das Wholesaleangebot der TA annimmt, nur marginale Deckungsbeiträge oder überhaupt (aufgrund der im Entwurf unerwähnt gebliebenen sonstigen Investitionen) keine Gewinne erwirtschaftet.
- Die Aussage der TKK(Bescheidentwurf S. 50) „*Ein Margin Squeeze für Entbündler kann nur dann entstehen, wenn TA den Preis für das Bitstream Produkt und gleichzeitig den Endkundenpreis unter die Kosten der effizienten Leistungserbringung senkt.*“ erscheint unrichtig, weil die TA auf dem Endkundenmarkt keiner Entgeltkontrolle unterworfen ist und somit keine Garantie besteht, dass die TA nicht mit Kampfpreisen einen Verdrängungswettbewerb betreibt (siehe auch oben).

Auf dem Endkundenmarkt könnte die TA durch die (festgestellten und wohl auch in Zukunft zu erwartenden) Kampfpreise auch die ISPs auf den oberen Sprossen der Investitionsleiter (eigene Infrastruktur, Entbündler) dazu zwingen, ihre Produkte zu ähnlichen Preisen anzubieten. Da diese ISPs aber sehr wohl die für den Wholesalemarkt als vermeidbar festgestellten Kosten (Marketing und Vertrieb, *Billing*, Inkasso, *Bad Dept*, Rechnungserstellung, Produktentwicklung und -management, Backbone und sonstige Anbindung, Kosten für Zusatzleistungen, etc.) tatsächlich tragen müssen, nimmt der Deckungsbeitrag rapide ab und erreicht oder unterschreitet schließlich null.

Das Ergebnis ist ein Breitbandmarkt auf dem ausschließlich der Incumbent und die ISPs übrig bleiben, die das Wholesaleprodukt des Incumbents in Anspruch nehmen. Das kann nicht das gewünschte Ergebnis einer Regulierung sein, die als Ziel die Schaffung und Erhaltung von Infrastrukturwettbewerb verfolgt und sich zur *Ladder of Investment* bekennt.

2.3. Veröffentlichung entscheidungsrelevanter Unterlagen

Die Behörde verweist an mehreren Stellen des Bescheidentwurfs auf das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen, das als ON 4 Teil des Verwaltungsaktes zu M 1/05 ist. Dieses Gutachten steht derzeit nicht öffentlich zur Verfügung, weshalb maßgebliche Teile des Entwurfs nicht überprüft werden können.

Selbst wenn man argumentieren würde, dass das Gutachten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der TA enthält, scheint es im Lichte der Entscheidung des VwGH zu Zl. 2002/03/0273 vom 25.2.2004, in dem dieser über den Umgang mit entscheidungsrelevanten, sensiblen Informationen abgesprochen hat, notwendig, das Gutachten öffentlich zugänglich zu machen.

2.4. Open Access über Kabelnetze

Der Entwurf diskutiert an vielen Stellen das Vorhandensein und die Bedeutung von Open Access Zugängen über Kabelnetze und stellt diese in Verhältnis zu DSL-Wholesale-Produkten. Nach Ansicht der TTK stelle 60 % aller Open Access Zugänge über Kabelnetze in Österreich UPC zur Verfügung (vgl. die Ausführungen auf S. 8 des Bescheidentwurfs). Wie bereits im Rahmen der Konsultation zur Märkteverordnung (vgl. etwa die Stellungnahme vom 20.4.2005) ausgeführt, stellt UPC erneut richtig, dass sie kein kommerzielles Open Access Angebot für den Zugang zu ihrem Netz anbietet. Weder die Kooperation mit den Universitäten und Hochschulen noch mit Telesystem Tirol sind Äquivalente zum Bitstream Access und stellen somit keinen relevanten Open Access dar.

- Die Beziehung zwischen UPC und den entsprechenden Universitäten und Fachhochschulen im Rahmen des Produkts „Chello Student Connect“ stellen ausschließlich Kooperationen dar, in deren Rahmen den Studenten von UPC ein Rabatt gewährt wird. Neben diesem Preisnachlass haben die Universitäten nur sehr eingeschränkt mit dem Chello-Student-Connect Kunden zu tun; insbesondere die Endkundenbeziehung und alle damit zusammenhängenden Dienstleistungen, wie Endkundenverrechnung, Kundenbetreuung, technischer Support, stehen in der ausschließlichen Verfügungsgewalt von UPC.
- Auch die Kooperation mit Telesystem Tirol ist keinesfalls als Open Access zu werten, da hierbei die Endkunden – wie die RTR-GmbH auch selbst im Marktdefinitionsverfahren festgehalten hat – Kunden der Telesystem Tirol sind. UPC liefert im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung bloß die IP Connectivity in Form der Mitbenutzung des IP-Backbones. Dass das Endkundenprodukt der Telesystem ebenfalls Chello heißt hat seinen Ursprung in einem Franchise Abkommen, auf das näher einzugehen, an dieser Stelle entfallen kann. Da Telesystem Tirol jedenfalls sowohl DOCSIS als auch HFC Netz betreibt und noch dazu über die Endkundenbeziehung verfügt, kann schon definitionsgemäß nicht von einem Open Access gesprochen werden.

Die übrigen Beispiele für (angeblichen!) Open Access in Österreich von anderen Kabelnetzbetreibern als UPC sind in diesem Zusammenhang auch irrelevant, da es sich lediglich um Vertriebspartnerschaften kleiner Kabelnetzbetreiber mit jeweils einem einzelnen ISP handelt, die noch dazu in festgestellter Weise aufgrund ihrer Marktanteile keine ausreichende Bedeutung auf dem Markt haben. Technisch haben diese Partnerschaften mit dem Begriff „Open Access“ nichts gemein bzw. zu tun.

Gemäß den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und Dienste (Leitlinien Marktanalyse) ist es nicht ausreichend, dass eine rein hypothetische Angebotsumstellungsflexibilität vorliegt, damit ein Produkt in den

Markt einbezogen wird (Rz 52). Vielmehr müssen, tatsächlich entsprechende Alternativangebote am Markt vorhanden sein (potentielle Angebotsumstellungsflexibilität). Da dies nicht der Fall ist, ist die Annahme, dass am österreichischen Markt DSL-Bitstreaming durch Open Access Wholesale substituiert werden kann, unrichtig.

Auch die EU-Kommission hat mehrfach festgehalten, dass eine Zugangsvariante nur dann in den Markt einzubeziehen ist, wenn ein dem Bitstreaming äquivalentes Produkt tatsächlich angeboten wird. (z.B. Mitteilung der Kommission vom 2.12.2004, KOM/2004/0759 endg S 10)

Auch wenn es im Konkreten irrelevant und nicht entscheidungsrelevant im engeren Sinn ist, erscheint es UPC wichtig aufzuzeigen, dass die dem vorliegenden Entscheidungsentwurf zugrunde liegende Telekommunikationsmärkteverordnung unzutreffend und insofern rechtswidrig ist, als sie die Leistungserbringung über Kabelnetze als dem relevanten Markt zugehörig bezeichnet. In der gegenständlichen Entscheidung führt die TKK diesen inhaltlichen Fehler (zumindest formal) weiter.

Dennoch begrüßt UPC wie bereits oben ausgeführt, die Feststellung, dass die Telekom Austria auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt.

3. Zusammenfassung

Zusammengefasst regt UPC daher an, die TKK möge das wirtschaftliche Gutachten (ON 4) zumindest in den wesentlichsten Teilen öffentlich zugänglich machen und den Bescheidentwurf dahingehend ändern, dass sie

- konkretisiert, dass der zu verrechnende Vorleistungspreis national einheitlich zu sein hat;
- festlegen möge, dass der zu verrechnende Vorleistungspreis ein bestimmtes Mindestmaß, das sich an den Entbündelungsentgelten zu orientieren hat, nicht zu unterschreiten hat
- sämtliche Verweise darauf, dass UPC Open Access anbietet, streicht.

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

Mit freundlichen Grüßen

UPC Telekabel Wien GmbH