

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
1060 Wien

konsultationen@rtr.at

Datum: 2. June 2010

Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
A-1060 Wien; Österreich

Bearbeiter: Mag. Florian Schnurer
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 30

Fax: 01/586 69 71

E-Mail: schnurer@vat.at

DVR 0043257 • ZVR 271669473

Konsultation M 3/09 - Physischer Zugang zu Netzinfrastrukturen (Vorleistungsmarkt)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Unter Bezugnahme auf das Konsultationsverfahren M 3/09 gem. § 128 TKG 2003 – Physischer Zugang zu Netzinfrastrukturen (Vorleistungsmarkt)– dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zu dieser geplanten Regulierungsmaßnahme zur Kenntnis bringen.

1. ULL-Entgelte

Im Bescheidentwurf wird für die Ermittlung der Entgelte das Kostenrechnungsprinzip FL-LRAIC vorgesehen. Weiters soll durch wiederkehrende Margin-Squeeze-Kalkulationen sicher gestellt werden, dass nichtdiskriminierende und margin-squeeze-freie Preise angeboten werden.

Der VAT regt an zu prüfen, ob nicht andere Kostenrechnungsmodelle, wie etwa pure LRIC oder historische Kosten, geeigneter sind, die Relation zwischen Preisen auf der Endkundenebene und jenen auf der Vorleistungsebene abzubilden als dies mit FL-LRAIC-Margin-Squeeze-Kombination derzeit möglich ist. Denn die auf Basis von FL-LRAIC kalkulierten Vorleistungspreise sind in den letzten Jahren gestiegen, während am Markt ein Preisrückgang bei Festnetz-Breitband-Produkten zu beobachten war.

Obwohl der VAT die Sicherstellung diskriminierungsfreier Vorleistungspreise durch eine regelmäßig stattfindende Margin-Squeeze-Kalkulation grundsätzlich begrüßt, wird auf ein Problem hingewiesen. Durch die ex-post Kontrolle wird den Mitbewerbern des Incumbent die Möglichkeit einer innovativen Produkt- und Preisgestaltung genommen, da sie immer von dessen Preisgestaltung abhängig sind.

Weiters weisen wir (zum wiederholten Male) daraufhin, dass in der angewandten Margin-Squeeze-Kalkulation keine ausreichende Margin für Vorleistungsbezieher berücksichtigt wird.

2. Duct Access/Duct Fibre

Die Preisermittlung von Telekom Austria soll für die Entgelte von Duct und Dark-Fibre § 8 Abs. 4 TKG 2003 entsprechen. Um auch hier marktaugliche Entgelte zu erreichen und die Rechtssicherheit alternativer Betreiber zu erhöhen, sollten ergänzend, wie in Deutschland, klare Obergrenzen für die Nutzung vorgesehen werden.

Drei Monate als Frist für die Legung eines Standardangebotes für „Duct Access“ erscheinen, angesichts der Tatsache, dass die Telekom Austria bereits seit Anfang März einen „Duct Access“ Rahmenvertrag anbietet, zu lange. Selbst wenn dieser Rahmenvertrag noch an den Bescheidinhalt angepasst werden muss, ist zu bedenken, dass davon auszugehen ist, dass das angebotene Standardangebot von den alternativen Netzbetreibern nicht ohne Änderungswünsche angenommen werden wird und die genaue Ausgestaltung erst in langwierigen Verfahren festgestellt werden wird. Eine Verkürzung der Frist ist geboten, um möglichst rasch ein für, auf diese Vorleistung angewiesene, Mitbewerber annehmbares, rechtlich verbindliches Standardangebot zur Verfügung zu haben.

3. Virtuelle Entbündelung

Der VAT begrüßt grundsätzlich die vorgeschlagene „virtuelle Entbündelung“, welche wie im Bescheidentwurf ausgeführt, Ersatz für die herkömmliche Entbündelung bieten soll und daher ähnlich der (realen) Entbündelung, die größtmögliche Flexibilität und technische Unabhängigkeit des alternativen Betreiber ermöglichen muss und diesem zumindest die gleichen Skalenvorteile eröffnen, wie bei der Vollentbündelung am Hauptverteiler.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen, doch leider werden diese Ziele durch die konkrete Ausgestaltung der „virtuellen Entbündelung“ nicht gänzlich erfüllt:

3.1 Sicherstellung der zeitgerechten Umsetzung der „virtuellen Entbündelung“:

Telekom Austria kann nach derzeitiger Rechtslage bereits einen NGA-Ausbau durchführen und dadurch einen enormen Wettbewerbsvorteil gegenüber den alternativen Netzbetreibern wahrnehmen (siehe Ausbau Villach). Diesen Wettbewerbsvorteil wird die Telekom Austria versuchen möglichst lange zu behalten, was ihr dadurch leicht gemacht wird, dass keine Konsequenzen für die Nichteinhaltung der Verpflichtung vorgesehen sind.

Das Beispiel des Bitstream-Angebotes zeigt, dass die Telekom Austria der Verpflichtung ein Standardangebot zu legen zwar nachgekommen ist, aber das Angebot inhaltlich nicht geeignet ist, damit alternative Betreiber kompetitive Endkundenprodukte erstellen können.

Der VAT zweifelt daran, dass die Telekom Austria rechtzeitig ein passendes Standardangebot legen wird, da die Möglichkeit der Zwangsmigration in Verbindung mit höheren Vorleistungsentgelten für Telekom Austria keine Anreize bietet, die „virtuelle Entbündelung“ entsprechend den im Bescheidentwurf vorgeschlagenen Regelungen und annehmbar für alternative Betreiber umzusetzen.

Je länger es in den jeweiligen Ausbaubereichen keinen Wettbewerb gibt, desto länger dauert der Wettbewerbsvorteil der Telekom Austria an. Um sicherzugehen, dass alternative Anbieter keine Wettbewerbsnachteile erfahren, hat das Vorleistungsangebot so rechtzeitig zu erfolgen, dass alternative Betreiber spätestens zeitgleich wie Telekom Austria mit ihren FTTx-Systemen entsprechende Endkundenprodukte anbieten kann.

Das Anbieten von Endkundenprodukten der Telekom Austria sollte solange untersagt werden, solange kein taugliches Vorleistungsprodukt bereitgestellt wird oder man könnte Pönalen bei nicht rechtzeitiger Legung des Angebots zur „virtuellen Entbündelung“ vorsehen.

3.2 Modems

Anstelle einer White List sollten Parameter definiert werden, die von alternativen Betreibern selbst geprüft werden können und es sollten komplexe Abnahmeprozesse vermieden werden.

3.3 Drei-Monatsfrist für Erstellung des Standardangebotes

Die im Bescheidentwurf vorgesehene Frist für die Legung eines Standardangebotes ist mit drei Monaten zu lange bemessen. Die Anforderungen an das Produkt „virtuelle

Entbündelung“ ist seit mehreren Jahren bekannt, denn es werden in der bei der RTR statt findenden NGN-Arbeitsgruppe laufend darüber Gespräche geführt. Ebenso wie für „Duct Access“ bietet die Telekom Austria seit Anfang März einen Rahmenvertrag über „virtuelle Entbündelung“ an. Bezüglich einer Verkürzung der Frist gilt das bereits zuvor unter Punkt 2. gesagte.

3.4 Entgelte

Laut Bescheidentwurf ist auf das Vorleistungsprodukt „virtuelle Entbündelung“ das gleiche Kostenrechnungsprinzip der FL-LRAIC wie auf die klassische Entbündelung anzuwenden. Ebenso wie bei der klassischen Entbündelung ist eine Verpflichtung aufgenommen, diese Preise diskriminierungsfrei und Margin-Squeeze-frei anzubieten. Die Bedenken gegen das FL-LRAIC Kostenrechnungssystem wurden bereits weiter oben geäußert.

Da alternative Betreiber auf dieses Vorleistungsprodukt dringend angewiesen sind, ist es gerade bei der virtuellen Entbündelung von enormer Bedeutung von Anfang an adäquate Vorleistungspreise festzulegen, damit Alternative eine Chance im Wettbewerb bekommen. Durch zu hohe Vorleistungsentgelte wird der „first mover“ Vorteil der Telekom Austria von unschätzbare Auswirkung auf den Markt sein.

Bei der „virtuellen Entbündelung“ sollte, wie bei der klassischen Entbündelung, ein einheitlicher Preis für eine „virtuelle TASL“ angeordnet werden um den Vorleistungsbeziehern eine relative Preisgestaltungsfreiheit zu ermöglichen. Ergänzend dazu sollte, ein ANB die Möglichkeit haben, den Sub-Loop zu einem einheitlichen Entgelt zu beziehen und die Bandbreiten für den Backhaulteil (DSLAM bis Hauptverteiler) selbst zu bestimmen.

Auf keinen Fall dürfen sich die Entgelte an technischen Ausprägungen der Vorleistungsprodukte orientieren, denn dann würde die Preissetzung dem Wholesale-DSL-Angebot der Telekom Austria entsprechen und wäre kein Ersatz für die klassische Entbündelung. Den alternativen Betreibern bliebe keine andere Möglichkeit, als die Endkundeprodukte des Vorleistungsanbieters nachzubilden und es würde ihnen jede Möglichkeit genommen, sich durch eigene Produktklassen vom Incumbent zu differenzieren. Auch bei der virtuellen Entbündelung sollten fixe Tarife pro Anschluss festgelegt werden, die preislich in der Nähe der jetzt angesetzten Entbündelungsentgelte liegen sollte.

Im Falle einer Migration der bestehenden ADSL Kunden auf ein Vorleistungsprodukt der Telekom Austria können die „neuen“ Entbündelungsmieten nicht höher sein als die jetzt verlangten. Ein alternativer Betreiber kann nicht dazu verpflichtet werden, Leistungen, die er nicht benötigt, vom Incumbent erwerben zu müssen und auch noch ein höheres Entgelt zu zahlen. Spruchpunkt 2.3. widerspricht dieser Vorgehensweise, da dort festgelegt wird, dass „sämtliche Leitungen hinreichend entbündelt, d.h. derart aufgegliedert anzubieten [sind], dass nur solche abzunehmen und zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden.“

Weiters sollte, wie bei der klassischen Entbündelung, ein Verbot des „predatory pricings“ in den Spruch aufgenommen werden.

3.5 Zwangsmigration

Im Entwurf wird der Telekom Austria die grundsätzliche Möglichkeit eingeräumt, Endkunden von alternativen Betreibern auf Vorleistungsprodukte zwangsummigrieren. Lediglich in Gebieten in denen alternative Betreiber bereits vor einer Negativmeldung der Telekom Austria VDSL2 ausgebaut haben, ist eine Zwangsmigration dieser Endkunden ausgeschlossen und der Incumbent verpflichtet, zur Vermeidung von Störungen sein Signal zu „shapen“.

Alternative Betreiber dürfen zurzeit allerdings nur im Rahmen von mit Telekom Austria abgestimmten Feldversuchen VDSL2-Technologie einsetzen und die generelle Freigabe von VDSL2 ab Hauptverteiler ist lediglich als Verpflichtung für Telekom Austria vorgesehen, die in ihr Standardangebot aufzunehmen ist. Da in das Standardangebot auch noch weitere Inhalte aufgenommen werden sollen, und davon ausgegangen werden muss (siehe Punkt 2.), dass das Standardangebot nicht in einer Form angeboten werden wird, sodass es von alternativen Betreibern ohne Änderungswünsche angenommen werden kann, bedeutet dies, dass erst langwierige Verfahren geführt werden müssen, bevor es tatsächlich zu einer generellen Freigabe von VDSL2 ab Hauptverteiler für alternative Betreiber kommen wird. Im Endeffekt bedeutet das, dass nur sehr wenige Endkunde von der Zwangsmigration ausgeschlossen sein werden, da die alternativen Netzbetreiber vor einer eventuellen Negativmeldung der Telekom Austria nur sehr wenige VDSL2 Kunden haben werden.

3.5.1 Einseitigkeit der Zwangsmigration

Die vorgesehene Zwangsmigration ist nur in eine Richtung vorgesehen: Die Telekom Austria kann Endkunden der Alternativen auf ihr Vorleistungsprodukt migrieren. Eine Migration in die andere Richtung (Telekom Kunde auf Vorleistungsprodukt eines Alternativen) ist im Bescheidentwurf nicht vorgesehen.

Da es nicht klar ist ob, auf Grund einer bestehenden Rechtsvorschrift diese Möglichkeit offen steht, müsste ein Verfahren geführt werden um diese Frage zu klären. Ein Verfahren, unabhängig von dessen Ausgang, würde zu Lasten des alternativen Betreibers gehen, da Telekom Austria im Störfall die Möglichkeit hat, die teilentbündelte TASL zu trennen. Dann könnte der alternative Betreiber klagen doch wäre bis zur Beilegung des Rechtsstreites sein Kunde ohne Verbindung. Der Betreiber würde damit vertragsbrüchig werden und der Kunde könnte den Vertrag kündigen und (zur Telekom Austria) wechseln. Ganz abgesehen von möglichen Schadenersatzforderungen (die im Falle einer unrechtmäßigen Trennung der Telekom Austria zwar von dieser übernommen werden müsste), hätte der Alternative einen Kunden verloren. Insbesondere bei Businesskunden, für den möglicherweise extra der NGA-Ausbau vorangetrieben wurde, wäre das ein herber Verlust (Verlust des Kunden und frustrierte Investitionen!)

3.5.2 Schutz der ADSL-Bestandskunden

Der Bescheidentwurf räumt der Telekom Austria die Möglichkeit ein, bereits bei Bescheiderlassung bestehende xDSL-Übertragungssysteme alternativer Betreiber zu migrieren, sofern von der Telekom Austria für das jeweilige Anschlussgebiet eine Negativmeldung abgegeben wurde, „Spectrum Shaping“ sei in diesem Fall nicht mehr nötig, ja sogar kontraproduktiv.

Dies hat eine gänzliche Aufhebung des Bestandschutzes der Endkunden alternativer Betreiber zu Folge. Es kann alternativen Betreibern nicht zugemutet werden, dass ihre Investitionen die sie in den letzten Jahren im Vertrauen auf langfristige Nutzung getätigt haben, auf einen Schlag entwertet werden.

Die Möglichkeit der Zwangsmigration nimmt der Telekom Austria die Motivation ein markttaugliches Vorleistungsprodukt „virtuelle Entbündelung“ anzubieten. Wäre das Vorleistungsprodukt qualitativ hochwertig indem Sinn, dass es alternativen Betreibern ermöglicht wird wettbewerbsfähige, differenzierbare Endkundenprodukte auf Basis der „virtuellen Entbündelung“ anzubieten, müsste man sie nicht zur Migration zwingen, sie würden es freiwillig tun. Der Bescheid sollte eigentlich die Grundlage für ein derartiges Vorleistungsprodukt bilden und nicht alternative Betreiber zum Umstieg auf ein Vorleistungsprodukt zu zwingen. Der derzeit von Telekom Austria angebotene Rahmenvertrag über „virtuelle Entbündelung“ erfüllt nicht die Anforderungen, um alternativen Betreibern die Chance zu geben, wettbewerbsfähige Endkundenprodukte auf den Markt zu bringen. Zahlreiche Services alternativer Betreiber können mit dem TA-Vorleistungsprodukt nicht mehr nachgebildet werden.

Der VAT regt daher die fortführende Anwendung des PSD-Shapings zum Schutz der ADSL-Kunden an. Die Bestandskunden dürfen weder durch den Ausbau von NGA-Netzten gestört noch auf VDSL-Produkte migriert werden.

3.5.3 Negativmeldung

Die vorgesehenen freiwilligen Negativmeldungen der Telekom Austria bergen, auf Grund mangelnder (wirksamer) Pönalen, die Gefahr, dass Telekom Austria für interessante Gebiete (theoretisch für ganz Österreich) pauschal Negativmeldungen abgibt und dass die Möglichkeit der Zwangsmigration ohne ausreichenden Investitionsschutz alternative Betreiber abhält, in diesen Gebieten einen VDSL2-Ausbau vorzunehmen.

Um derartige Missbrauchsmöglichkeiten und die daraus resultierende Behinderung des Ausbaus alternativer Betreiber, die auch eine Behinderung des technologischen Fortschrittes mit sich bringt, durch Telekom Austria einzuschränken, sollten zumindest Pönalen (z.B. indiziert durch Schwellwerte und Häufung kurzer Fristen) vorgesehen werden, Mindest- und Maximalfristen konkretisiert werden sowie transparente und standardisierte Meldevorgänge festgelegt werden.

4. Bestimmtheitserfordernis

Die Telekom Austria soll durch den Bescheid verpflichtet werden Standardangebote betreffend physischer Entbündelung und Teilentbündelung der TASL, Nutzung des Kupferanschlussnetzes der Telekom Austria im Zusammenhang mit Zugang der nächsten Generation (NGA-Ausbau), Zugang zu Leerverrohrungen, subsidiären Zugang zu unbeschalteten Glasfasern und dem Vorleistungsprodukt „virtuelle Entbündelung“ zu legen. Für diese Standardangebote werden allgemeine Mindestanforderungen definiert.

Auch unter Berücksichtigung, dass der gegenständliche Marktanalysebescheid nicht jede Regelung detailliert festlegen kann, so bedeutet die von § 59 Abs 1 AVG geforderte Deutlichkeit für Leistungsbefehle „Bestimmtheit“ - nicht bloß Bestimmbarkeit - in dem Sinne, dass auf Grund des Bescheides, ohne Dazwischentreten eines weiteren Ermittlungsverfahrens und neuerlicher Entscheidung, eine Vollstreckungsverfügung ergehen kann (vgl. VwGH 2004/03/0210).

Genau diese Bestimmtheit ist dem vorliegenden Bescheidentwurf allerdings nicht zu entnehmen und es kann davon ausgegangen werden, dass bezüglich jedes einzelnen Standardangebotes langwierige Zusammenschaltungsverfahren geführt werden müssen. Für die Telekom Austria ergibt sich der Vorteil, dass sie den Ausbau ihres Netzes vorantreiben können ohne auf die Infrastruktur von alternativen Betreibern Rücksicht nehmen müssen und sie daraus enorme Wettbewerbsvorteile ziehen kann. Ist das Netz erst einmal aufgebaut, kann davon ausgegangen werden, dass die Telekom Austria nicht zum Rückbau gezwungen werden wird.

5. Verhältnismäßigkeit

Die vorgesehenen Beschränkungen gegenüber alternativen Betreibern sind unverhältnismäßig und nicht zur Erreichung der Ziele erforderlich, da sie für alternative Betreiber nicht ausreichend Anreiz zu Investitionen für den Breitbandausbau bieten.

Das weitgehend freie Wahlrecht von Telekom Austria ist unverhältnismäßig, da nur der Telekom Austria die Möglichkeit einer Zwangsmigration eingeräumt wird und alternative Betreiber nach derzeitiger Sicht im Falle eines NGA Ausbaus Frequenzshaping vornehmen werden müssen.

Die Zwangsmigration der ADSL2-Bestandskunden und der ab dem Hauptverteiler versorgten VDSL-Kunden auf das (teurere) Vorleistungsprodukt „virtuelle Entbündelung“ und

die damit verbundenen infrastrukturellen Änderungen stellen einen massiven Eingriff in die Rechtsposition der alternative Betreiber dar, die ihre im Vertrauen in beständige Rahmenbedingungen getätigten Investitionen durch die vorgeschlagenen Regelungen entwertet sehen.

Das gesamte Ausmaß des Eingriffes kann noch nicht in Zahlen dargestellt werden und hängt größtenteils von der Telekom Austria ab, da weder die Entgelte, noch die Abgeltung für die Investitionen genau bestimmt sind und auch der Umfang der betroffenen Gebiete nicht definiert ist.

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. Florian Schnurer, LL.M.