

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
1060 Wien

konsultationen@rtr.at

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

Datum: 30. Juni 2009

Bearbeiter: Mag. Ute Rabussay
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 30
Fax: 01/586 69 71
E-Mail: rabussay@vat.at

DVR 0043257 • ZVR 271669473

Konsultation M13/09 – Aufhebung von Vorabverpflichtungen auf dem Transitmarkt

Sehr geehrte Damen und Herren!

Unter Bezugnahme auf das Konsultationsverfahren M13/09 – Aufhebung der Vorabverpflichtungen der Telekom Austria TA AG (TA) im Hinblick auf den Markt "Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz" (Vorleistungsmarkt), möchten wir Ihnen die Position des Verbandes Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zur Kenntnis bringen.

Zur Vorgeschichte, die zum Wegfall des Transitmarktes in der TKMVO geführt hat:

Die Vorgeschichte des Transitmarktes ist hinreichend bekannt: Dieser unterlag bereits der sektorspezifischen Regulierung des TKG 1997 und wurde dann im Zuge des TKG 2003 in die TKMVO aufgenommen. Der Bescheidentwurf M 9/03, mit dem die Vorabverpflichtungen der TA aufgehoben werden hätten sollen, scheiterte am Veto der Europäischen Kommission. Der nachfolgende Bescheid M 16a/06, mit dem wiederum die Vorabverpflichtungen der TA aufgehoben werden hätten sollen, scheiterte an der Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof. Der Transitmarkt fiel auf den Stand des TKG 1997 zurück.

RTR-GmbH präjudiziert TKG und Verwaltungsgerichtshof:

Angesichts dieser Vorgeschichte erscheint die nun vorliegende rechtliche Konstellation umso bedenklicher:

TKMVO 2008:

Die Inhalte der Marktanalyse des Transitmarktes, die letztlich die Grundlage für den gegenständlichen Bescheidentwurf darstellt, ist lediglich aus dem sogenannten "Begleitdokument", das im Zuge des Erlasses der TKMVO 2008 veröffentlicht wurde, zu erschließen. Der rechtliche Status des "Begleitdokuments" ist nicht zweifelsfrei geklärt, da es weder Teil der Verordnung selbst, noch Teil der Erläuternden Bemerkungen zur Verordnung ist. Die Marktanalyse mag den Ordnungsgeber RTR zwar im internen Nachdenkprozess dazu bewogen haben, die Verordnung in der vorliegenden Form zu erlassen, extern kommt die Marktanalyse jedoch aus rechtlicher Sicht nicht einwandfrei ins Spiel, da das Begleitdokument von der RTR nicht als Erläuternde Bemerkungen qualifiziert wurde und überdies nicht das Marktanalysegutachten umfasst.

Diese rein behördeninterne Behandlung der Marktanalyse wiegt nunmehr umso schwerer, als eine Parteistellung der Betreiber, die Einsichtnahme in das zugrundeliegende Gutachten und eine höchstgerichtliche Überprüfung der Ergebnisse der Marktanalyse nicht möglich sind, obwohl Betreiber, die von Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden betroffen sind einen Rechtsbehelf haben müssen (Art. 4 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG).

Verfahren M13/09:

Die Marktanalyse und das entsprechende Gutachten sind wiederum nicht Teil des Verfahrens der TKK, da sich die TKK als unabhängige Entscheidungsinstanz an die Grenzen der von der RTR erlassenen Verordnung zu halten hat. Würde der Bescheid in der vorliegenden Form erlassen, so hätte die RTR als Verordnungsgeber die TKK als das für die Regulierung maßgebliche unabhängige Tribunal (Art. 3 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG) in einer Weise präjudiziert, dass die TKK nicht einmal die Möglichkeit hat, eine Marktanalyse durchzuführen. Ohne dass die Marktanalyse in das Verfahren integriert wird – beispielsweise in der Form, dass die TKK die RTR-GmbH als Amtsgutachter beauftragt und danach entscheidet, ob eine Aufhebung der Vorabverpflichtungen angemessen ist oder nicht – würde die TKK über keinerlei inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten verfügen und ihre Tätigkeit auf einen reinen Automatismus zur Aufhebung von Vorabverpflichtungen reduziert werden. Würde der Bescheidentwurf in der vorliegenden Form erlassen, so hätten die Betreiber wiederum weder das Recht das Marktanalysegutachten zu überprüfen, noch das Recht, trotz Betroffenheit, die Marktanalyse einer höchstgerichtlichen Überprüfung zuführen zu können.

Der gegenständliche Bescheidentwurf steht somit im Widerspruch zu den europarechtlichen Bestimmungen und ist auch mit der EMRK nicht vereinbar, als die Marktanalyse als ein wesentlicher entscheidungsbestimmender Teil, der zur Aufhebung der Vorabverpflichtungen führt, nicht von einer Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag entschieden wurde bzw. entschieden werden hat können.

Keine Überprüfbarkeit der Marktanalyse vor dem Verwaltungsgerichtshof:

Obwohl der Verwaltungsgerichtshof im Verfahren zu M16a/06 dem vor der TKK geführten Verfahren die Verletzung einiger Verfahrensvorschriften festgestellt hat, die letztlich zur Aufhebung des Bescheides führten, ist nunmehr eine Überprüfung der (neuen) Marktanalyse und des (neuen) Marktanalysegutachtens durch den Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf das Ergebnis – nämlich der Aufhebung von Vorabverpflichtungen durch die TKK nicht mehr möglich.

Eine direkte Kontrolle der Tätigkeit der verordnungsgebenden RTR-GmbH, die ja Marktanalyse und –gutachten erstellt hat, durch den Verwaltungsgerichtshof ist somit nicht möglich und führt zu dem Ergebnis, dass eine Überprüfung des Ergebnisses der Marktanalyse durch den VwGH einmal stattfinden kann (nämlich wenn der analysierte Markt noch in der Marktdefinition der RTR existiert) und einmal nicht (nämlich dann wenn die RTR den Markt in der Definition als nicht existent erklärt hat) – diese absurde Konstellation erscheint somit auch verfassungsrechtlich bedenklich.

Deutlich werden die Befugnisse der RTR anhand eines nicht anzunehmenden Extremfalls als Beispiel: Würde die RTR auf Basis ihrer Marktanalysen alle Märkte aus der TKMVO entfallen lassen, so hätten weder Betreiber, noch die TKK, noch der Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit die Marktanalyse der RTR auf ihre Schlüssigkeit hin zu überprüfen – lediglich der Verfassungsgerichtshof könnte dies letztlich im Zuge eines Ordnungsprüfverfahrens unter Berücksichtigung der europäischen Vorschriften durchführen – ein Vorlageverfahren beim EuGH wäre hierbei jedoch wahrscheinlich.

Recht- und Planungssicherheit sind somit durch den vorliegenden Bescheidentwurf keinesfalls gegeben. Erschwerend kommt hinzu, dass aufgrund der geplanten Novellierung des TKG (Ergänzung in § 37 Abs. 2 wonach bei Wegfall eines Marktes in der TKMVO die für diesen Markt auferlegten spezifischen Verpflichtungen wegfallen, ohne dass eine Übergangsfrist vorgesehen ist. Die Vorabverpflichtungen auf dem Transitmarkt würden somit entfallen, ohne dass die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme von einem Höchstgericht überprüft werden könnte.

Fehlende ex post Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht / Kooperation RTR-BWB

Überdies hätte ein Wegfall des Transitmarktes nur dann erfolgen dürfen, wenn in Österreich eine effiziente ex post Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht existierte, da nur dann alle

Kriterien des 3-Kriterien-Tests erfüllt sind. Diese findet jedoch nicht statt (siehe z.B. KombiPaket-Verfahren), was in der Personalausstattung der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) begründet sein mag.

Auch die durch die Kooperationsvereinbarung¹, offenbar im Rahmen der Amtshilfe festgelegte Zusammenarbeit der RTR mit der BWB, wird von den VAT-Mitgliedern kritisch gesehen, da trotz des (nachvollziehbaren) Wunsches nach Konsistenz und Parallelität im Handeln der beiden Behörden das Risiko besteht, dass von der RTR einmal gewählte Ansätze (beispielsweise in Fragen der Marktabgrenzung und der Substitutionsprodukte) sich auch bei der BWB manifestieren und dass andere Ansätze und Argumente (wie beispielsweise die der alternativen Betreiber) nicht zum Zuge kommen. "Extern" bestünden somit zwei getrennt agierende Behörden, im Innenverhältnis würden diese jedoch auf die gleichen Inhalte zurückgreifen.

Eine Aufhebung der Vorabverpflichtungen der TA ist weiterhin nicht gerechtfertigt

Weiters spricht sich der VAT (wie bereits in der Stellungnahme vom 28.02.2007 im Rahmen des Konsultationsverfahrens zu M16/06 und M16a/06 vorgebracht) aus den folgenden Gründen unverändert gegen die Aufhebung der Vorabverpflichtungen der TA aus:

- Marktzutrittsbarrieren sind unverändert gegeben, da sich eine direkte Zusammenschaltung erst ab einem gewissen Verkehrsvolumen wirtschaftlich rechnet
- die Transitleistungen der TA sind durch allfällige Transitleistungen der Betreiber nicht vollständig substituierbar, da kein Betreiber außer der TA über eine any-to-any-Zusammenschaltung mit allen anderen Betreibern verfügt
- die Transitleistungen der TA sind eine notwendige Voraussetzung für die direkten Transitleistungen, die von den Betreibern am Markt derzeit angeboten werden – die direkten Transitleistungen der Betreiber sind kein Substitut für die Transitleistungen der TA, da sie in direkter Abhängigkeit von den Vorleistungen der TA erbracht werden
- die Verrechnung von Mehrwertdiensten und der Originierungsleistungen wären ohne die Transitleistungen der TA nicht mehr realisierbar (klare Monopolstellung der TA)
- die SLA-Datenübermittlung für die kaskadierte Abrechnung bzw. für den Verbindungsnetzbetrieb wären ohne die Transitleistungen der TA nicht mehr realisierbar (klare Monopolstellung der TA)
- die Festnetz-Nummernportierung in der bisherigen Form wäre ohne die Leistungen der TA nicht mehr realisierbar (klare Monopolstellung der TA)

Der im "Begleitdokument" getroffene Annahme, dass die Relevanzkriterien nicht erfüllt sind weil andere Unternehmen externe Transitdienste erbringen und mit der TA vielen der 44 lokalen POI zusammengeschaltet sind und die Transitdienste der TA zur Gänze übernehmen würden wenn die TA diese nicht mehr erbrächte, kann daher nicht gefolgt werden – Transitdienste in vollem Umfang werden eben nur durch die TA und nicht durch andere Betreiber erbracht.

Wir sprechen uns daher zur Erhöhung der Planungs- und Rechtssicherheit dafür aus, den vorliegenden Bescheidentwurf nicht zu beschließen, sondern eine in das gegenständliche Verfahren integrierte Marktanalyse vorzunehmen und auf dessen Grundlage die Entscheidung zu treffen.

Für Rückfragen oder eine ergänzende Erläuterung unserer Bedenken stehen wir jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Ute Rabussay

¹ http://www.rtr.at/de/tk/diskussion03/2008-10-23_Perspektiven_09.pdf Folie 15

Anlage ./1

Auszug aus der VAT-Stellungnahme vom 10.12.2008 im Rahmen des Konsultationsverfahrens zur TKMVO 2008

fehlende Ex-post-Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht:

Eines der drei Kriterien der Empfehlung der europäischen Kommission über die relevanten Märkte (2007/879/EG) ist das Vorliegen einer effizienten ex-post-Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht. Nur wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, um das Marktversagen zu kompensieren, das sich aus den zwei anderen Kriterien (Markteintrittsbarrieren und fehlender Wettbewerb) ergibt, darf von einer ex-ante Regulierung abgegangen werden, da alle drei Kriterien kumulativ vorliegen müssen.

Ein bereits bisher in der TKMVO enthaltener und der ex-ante Kontrolle unterliegender Markt darf somit nur dann aus der Marktdefinitionsverordnung entfernt werden, wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht effektiv ist, wobei die Regulierungsbehörde nationale Gegebenheiten zu berücksichtigen hat (Erwägungsgrund 17, 3. Satz der Empfehlung).

Die in den letzten Jahren zum "KombiPaket" der Telekom Austria (TA) geführten Verfahren haben gezeigt, dass in Österreich keinerlei effiziente ex-post Kontrolle möglich ist. Dies vor allem deshalb weil

- a) das Kartellgericht befunden hat, dass alternative Betreiber bei in der Vergangenheit liegenden Marktverstößen kein Feststellungsinteresse haben
- b) das Verfahren mehr als ein Jahr nach Beginn noch immer nicht rechtskräftig entschieden wurde.

In Erwägungsgrund 13 der Märkteempfehlung der europäischen Kommission wird jedoch explizit ausgeführt, dass Interventionen auf Basis des allgemeinen Wettbewerbs dann ungenügend sind, wenn

- a) bei Marktverstößen exzessive Anforderungen an Interventionen durch die Wettbewerbsbehörden (i.e. im österreichischen Fall das Kartellgericht) gestellt werden oder
- b) zeitnahe und/oder häufige Interventionen unerlässlich sind, um sich gegen Marktverstöße zu Wehr zu setzen

Beide Voraussetzungen sind in Österreich gegeben – das Kartellgericht lässt Klagen wegen Wettbewerbsverstößen nur dann zu, solange der Wettbewerbsverstoß noch besteht (ansonsten Zurückweisung der Klage wegen mangelndem Feststellungsinteresse) und ein rechtskräftiges Urteil ist bis dato nicht ergangen.

Dennoch geht die RTR – offenbar ohne weitere diesbezügliche Erhebungen oder Feststellungen – davon aus, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreichend ist, um Marktverstöße zu verhindern und entlässt daher einige Märkte aus der ex-ante Regulierung.

Forderung: Die alternativen Betreiber fordern daher die RTR auf

1. darzulegen in welchen Verfahren der letzten zwei Jahren das allgemeine Wettbewerbsrecht einen Wettbewerbsverstoß festgestellt und sich somit als effizientes Mittel gegen Marktverstöße erwiesen hat
2. alle Märkte der TKMVO 2003 (und somit die Aufrechterhaltung der ex-ante Kontrolle) unverändert beizubehalten, solange das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht geeignet ist, bei Marktverstößen Abhilfe zu schaffen