

Telekom-Control-Kommission (TKK)  
c/o RTR GmbH

Tel. +43 (5) 9080-0, Fax: +43 (1) 319 55 02  
e-mail: rechtsabteilung@kapper.net

Mariahilferstraße 77-79  
A-1060 Wien  
Österreich

per E-Mail: konsultationen@rtr.at

Wien, 16. August 2022

## Marktanalyseverfahren M1.1/20 Entwurf einer Vollziehungshandlung – Stellungnahme kapper.net

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der vorliegende Entwurf einer Vollziehungshandlung bringt nicht nur für unser Unternehmen, sondern für die gesamte Branche zahlreiche Probleme mit sich. Dies überrascht umso mehr, als im gesamten Verfahrensgang zahlreiche Marktbegleiter auf die wesentlichen Schwächen des Verfahrens und der getroffenen Entscheidungen hingewiesen haben.

### Zur sachlichen Marktabgrenzung

Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung auf Endkundenebene werden mobile und fixe Breitbandzugänge vermischt, mit dem Ergebnis, dass die Marktanteile der A1 Telekom Austria entsprechend geringer ausfallen. Die Gutachten im Auftrag der ISPA zeigen klar, dass ohne diesen Schritt ein solches Ergebnis nicht erzielbar gewesen wäre, und A1 Telekom Austria weiterhin bundesweit als marktbeherrschendes Unternehmen eingestuft werden würde.<sup>1</sup> Daher ist es von größter Bedeutung, diesen entscheidenden Schritt genau zu evaluieren:

Zunächst zeigt sich, dass die Verteilung der Anschlussarten bei mobilen Anschlusstechnologien im Bescheidentwurf nicht entlang der aktuellen Marktdaten dargestellt wird (Seite 17), es werden die Jahre 2016-2019 betrachtet, während eine Betrachtung 2018 bis 2022 zu einem deutlich anderen Ergebnis kommen würde (ON 92, S 7). Dieser für die gesamte Marktbetrachtung entscheidende Schritt wird von der Behörde zudem einzig und alleine mit den Ergebnissen der NASE 2020 sowie des darin enthaltenen SSNIP-Tests begründet. Diese Befragung erfolgte ausgerechnet vor der Pandemie (Jänner-März 2020), weshalb eine Aktualisierung der Daten mit den Erfahrungen der Jahre 2020 und 2021 angezeigt gewesen wäre, um ein möglichst aktuelles Bild der tatsächlichen Marktlage und Nachfragelage zu erhalten, und nicht auf Basis vor-pandemischer Daten ein nicht mehr vorhandenes Lagebild zu zeichnen. Die hypothetische Befragung zum Wechselverhalten im Zuge einer Preiserhöhung von 10% (Seite 18) aus Jänner-März 2020 ist im August 2022 eher eine Themenverfehlung und zeigt, wie dringend notwendig eine an aktuellen Daten orientierte Marktanalyse notwendig wäre. Das vorliegende vULL2.0-Angebot der A1 impliziert für ANBs jedenfalls Preiserhöhungen von 13 bis 30 Prozent (manche Kollegen berichten sogar von 100% Kostensteigerungen), die aktuelle Inflation dürfte nach aktueller ÖNB-Prognose bei 7,6% (ÖNB Presseinformation, 11.7.2022) liegen und 2023 auch 5% erreichen. Wie auch die ISPA bereits detailliert ausgeführt hat<sup>2</sup>, sind die Ergebnisse dieser Umfrage daher für sich alleine genommen zudem unzureichend, um einen derart bedeutsamen Schritt zu begründen. Vielmehr müssten auch technische Aspekte bei der Frage der nachfrageseitigen

---

<sup>1</sup> Vgl die Ergebnisse in Gerpott, „Zukunft von ex-ante-Zugangsverpflichtungen für A1 Telekom Austria in Österreich auf dem Markt 1 gemäß Empfehlung der Europäischen Kommission (EU) 2020/2245 vom 18.12.2020 im Rahmen aktueller TKK-/RTR-Marktanalyseverfahren“ (ON 06)

<sup>2</sup> ISPA Stellungnahme zu den wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen der RTR-GmbH im Verfahren M 1/20 - Markt für den lokalen und zentralen Zugang (April 2021) Punkt 1.1

Substitutionswirkung miteinbezogen werden, woraus klar hervorgehen würde, dass mobile Breitbandprodukte kein Substitut für Festnetzprodukte darstellen.

In der mündlichen Verhandlung vom 27.6.2022 wurde von den Amtsgutachtern ferner ausgeführt, dass der mobile Breitbandmarkt weiterhin wachsen würde, so wird dies auch im vorliegenden Entwurf behauptet (Seite 6):

*„Ein deutliches Wachstum gibt es auch weiterhin bei mobilem Breitband (ON 71, S 56)“*

Der Blick auf den Verweis des Ergänzungsgutachtens ergibt als Quelle „ZIB, Berechnung der Gutachter“.

Tatsächlich wurde anhand der von der RTR publizierten Zahlen von den Gutachtern der ecoAustria (ON 92, S 7) festgestellt:

*„Die Versorgung mit mobilen Datentarifen lag lange, ähnlich wie beim festen Breitband, bei rund 60 Prozent, neigt aber in den letzten Jahren zu einer sinkenden Tendenz und befindet sich seit 2020 nur noch bei gut 50 Prozent.“*

Während die Gutachter in der mündlichen Verhandlung ihre Behauptung aufrecht hielten, wurde auf die vorgelegte Studie im Laufe des Verfahrens nicht reagiert, insbesondere auf den zu vermutenden Rechenfehler der Gutachter wurde nicht eingegangen, obwohl sich wesentliche Ableitungen wie oben beschrieben auf das behauptete Wachstum der mobilen Breitbandanschlüsse stützen. Die Aktualisierung der Marktdaten im Ergänzungsgutachten scheint daher nicht korrekt erfolgt zu sein, dennoch wird auf Basis dieser Daten im Bescheidentwurf argumentiert.

Schließlich wird kurioserweise im Bescheidentwurf (2.2.1.1, S 12ff) ausgeführt, dass die Marktabgrenzung nach Bandbreiten nicht relevant wäre, wiewohl mit dem vorliegenden Ergebnis genau eine solche Marktabgrenzung per A1-Angebotseinschränkung erfolgt, und zwar indem Vplus, G.Fast und GPON Zugang für ANBs bis max. 330 Mbit/s Download einerseits vom vULL 2.0 Vertrag erfasst werden und darüber hinausgehende Bandbreiten lediglich zu gänzlich anderen Bedingungen im VHCN Vertrag erhältlich sind. Neu errichtete Gebäude mit einem A1-Anschluss sollen darüber hinaus abgesehen von der „VHCN – Poollösung“ keinem ANB mehr angeboten werden. Wer also bei Errichtung neuer Gebäude/Infrastrukturen nicht mit eigener LWL-Infrastruktur vor Ort ist bzw. sein kann, der kann an diesem Standort nunmehr gar keine Endkunden anbinden, und die selbstaufgelegten Regeln der Gutachter (mindestens ein zweites Festnetzangebot für Haushalte, vgl. "M1/20 - Wirtschaftliches Gutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang", ON 03, S 6) werden negiert.

## Zur Anwendung der 50%-Schwelle bei der Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht

Erstmals in der Regulierungsgeschichte der TKK wird die Schwelle für die Beurteilung von beträchtlicher Marktmacht von 40% auf 50% Marktanteil erhöht (2.2.1.2.2.2 Marktanteile, S 25ff). Begründet wird dieser Schritt damit, dass die Behörde ohnehin davon ausgehe, dass die Marktanteile der A1 Telekom Austria sich in den nächsten Jahren weiter reduzieren werden. Diese Feststellung erscheint jedoch unbegründet, denn wie auch Gerpott (ON 06) zeigt, würde der Marktanteil der A1TA – selbst bei Heranziehung der durchschnittlichen historischen quartalsbezogenen Veränderungsrate des Marktanteils der A1TA – auch Ende 2025 noch rund 45% betragen.

Selbst die Amtsgutachter führen im Ergänzungsgutachten (ON 71, S 58) aus, dass der Marktanteil der A1 weiterhin bei 41% im Privatkundenbereich liegt. Bei Beibehaltung der 40% Schwelle wäre also jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung zu vermuten, dank der neuen 50%-Grenze wird das aber nicht in Betracht gezogen. Interessanterweise zeigen die Gutachter eben dort auch die Marktanteile der Nicht-Privatkunden mit und ohne mobiles Breitband, nicht aber die Lage bei Privatkunden mit und ohne mobiles Breitband. Diese Form der Intransparenz ist jedenfalls in Anbetracht der zahlreichen Änderungen in den Annahmen der Amtsgutachter zu beheben, um diesen massiven Deregulierungsschritt auch anhand der bisherigen 40%-Grenze zu beleuchten und zu zeigen, ob auch ohne den im Sinken begriffenen Marktanteil der mobilen Breitbandanschlüsse eine solche Bewertung nachhaltigen Wettbewerb belegen könnte. Die Berechnung der Gutachter mit 41% ist auf Basis der Zahlen des Entwurfs (S 32) außerdem nicht völlig nachvollziehbar, ergeben die hier publizierten Zahlen doch jedenfalls einen Marktanteil von 43,87% für Gebiet 1 und 2.

## Zur Anwendung des Drei-Kriterien-Tests

Das Ergänzungsgutachten (ON 71, S 60ff) führt weiters den Drei-Kriterien-Test als wesentliche Entscheidungsgrundlage aus:

1. Existieren hohe und dauerhafte Marktzutrittsbarrieren?
2. Tendiert die Marktstruktur nicht zu effektivem Wettbewerb?
3. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist nicht ausreichend?

Die Antworten auf diese Fragen wären für den Markt sehr einfach mit „ja“ zu allen drei Fragestellungen zu beantworten. Lediglich der Kunstgriff der Zurechnung mobiler Anschlüsse in den Markt erlaubt die zweite Frage zumindest zum Teil mit einem Nein zu beantworten, aber dieser Markt ist in den letzten vier Jahren rund 10 Prozentpunkte geschrumpft (ON 92, S 7) und wird insbesondere mit den Auswirkungen der Pandemie kein erwartbares Wachstum, sondern weiteres Schrumpfen erfahren, die Gutachter aber behaupten der Markt würde wachsen, wider jede Evidenz.

Der besondere Clou aber ist die Vorlage der kommerziellen Angebote der A1 per 16.3.2022. Den Amtsgutachtern und der TKK muss bekannt sein, dass wesentliche Änderungen erst auf Druck des Regulators in diesen Vertrag eingearbeitet wurden (zB Bestands-Freeze), die Verhandlungsmacht selbst der größten ANB hat hier nicht zum nunmehr vorliegenden Ergebnis geführt, lediglich die Drohung einer Regulierung hat A1 zu weiteren (minimalen) Zugeständnissen bewegt. Daraus zu schließen, dass damit ein Netzzugang ohne besondere Hürden für ANB möglich wäre und somit effizienter Wettbewerb herrschen würde, ist schlicht eine Verweigerung des tatsächlichen Verfahrens- und Verhandlungsganges. Dass obendrein akzeptiert wird, dass in einem ständigen Bandbreitenwachstumsmarkt nun weitere arbiträre Einschränkungen der maximalen Bandbreite eingeführt werden, ist schlicht nicht mehr nachvollziehbar, die insgesamt massiven Preiserhöhungen besonders für kleinere ANB sind ebenso wenig verständlich. Daraus keine existierenden hohen und dauerhaften Marktzutrittsbarrieren abzuleiten ist ein erstaunlicher Schritt.

## Die virtuelle Entbündelung als Ersatz für die physische Entbündelung

Auf Seite 8 des Entwurfs (2.1.2.1) wird nunmehr die virtuelle Entbündelung im Gegensatz zum Zeitpunkt ihrer Einführung als „möglichst guter Ersatz für die physische Entbündelung“ beschrieben, tatsächlich wurde die virtuelle Entbündelung unter dem Titel „der vollständige Ersatz für die physische Entbündelung“ eingeführt. Was die Degradierung der Eigenschaften der virtuellen Entbündelung in den letzten fünf Jahren verursacht haben soll, wird offen gelassen und erlaubt wohl den Schluss auf Erleichterungen für den ehemaligen Monopolisten.

Das Problem daraus: Wer sich auf die bisherige Replizierbarkeit früher entbundelter Leitungsdienste mittels der virtuellen Entbündelung verlassen hat, der wird nun eines Besseren belehrt. Das „vULL 2.0“ Angebot der A1 spricht auch diese Sprache: Bandbreiten jenseits von 330 Mbps (download) sind künftig nicht mehr für alternative Anbieter (ANBs) verfügbar, dafür gibt es keinen technischen Grund, aber auch keinen wirtschaftlichen Grund, sondern lediglich den, dass der tatsächliche Marktbeherrscher diese nicht mehr anbieten will – und dank des vorliegenden Bescheidentwurfs wird dieser solche Bandbreiten auch nicht mehr anbieten müssen.

Der einzige Weg für ANBs zu solchen höheren Bandbreiten über die virtuell entbundelte Infrastruktur ist ein neuer Vertrag „VHCN“, der allerdings selbst nach Ansicht der Amtsgutachter in ihren Ausführungen nicht tauglich ist:

*„Ohne Rabatte ist es aber fraglich, ob andere Betreiber überhaupt profitabel in den neu errichteten VHCN-Gebieten anbieten können.“ (ON 71, S 49)*

Die Gutachter rechtfertigen dies damit, dass damit die Investitionsanreize für A1TA erhöht werden (was nicht Gegenstand des Gutachtensauftrags ist) und hofft, dass der Wettbewerb schon irgendwie funktionieren wird, ohne hierfür irgendeine Art von Evidenz vorlegen zu können. Vielmehr ist zu erwarten, dass Zugang zu VHCN-Gebieten in Hinkunft lediglich den größten ANBs offenstehen wird. Dennoch möchte die Behörde das Wettbewerbsgeschehen lediglich beobachten und erst mit dem schwerfälligen Instrument einer neuen Marktanalyse reagieren, wenn es für gegensteuernde Maßnahmen bereits viel zu spät sein wird.

## Zur geographischen Marktabgrenzung

Die geographische Marktunterteilung wurde bereits vor rund zehn Jahren versucht (und vom VwGH aufgehoben), der neuerliche Versuch des Regulators ist auch aus dieser Sicht nicht nachvollziehbar, da jedenfalls österreichweite Angebote für einen funktionierenden Wettbewerb entscheidend sind und damit insgesamt eine künstliche Trennung in zwei Regionen, speziell für Privatkunden, nicht sachlich gerechtfertigt scheint.

Weiters führt der Entwurf aus, dass die regionale Abgrenzung auf Basis der Annahmen des dänischen Regulators und der dortigen Kriterien untermauert sein soll, ohne allerdings auf die Besonderheiten und insbesondere die Unterschiede zwischen den Märkten Österreichs und Dänemarks einzugehen. Vielmehr wird ein arbiträres System an theoretisch versorgbaren Haushalten je Gemeinde gewählt, obwohl die Amtsgutachter aus den Problemen des Breitbandatlases bereits um die Unterschiede zwischen Realität und Zahlenmaterial wissen müssten.

## Zur Berechnung der margin-squeeze freien Entgelte

Besonders zu kritisieren ist hier das Rechenmodell der Gutachter und der A1 für die Nachbildbarkeit der Endkundenangebote: Es wird der günstigste mögliche Tarif für einen Einzelanschluss gewählt, obwohl dieser bereits durch einen zweiten Endkunden am selben DSLAM mit höherer Bandbreite unwirtschaftlich wird und damit nicht mehr nachgebildet werden könnte. Methodisch ist daher die Überprüfung der Endkundenpreise dringend zu überarbeiten, da hier lediglich ein best-case als Vergleich dient und niemals ein worst-case in Betracht gezogen wird. Vielmehr wäre auch eine Modellrechnung verschiedener anwendungstypischer Standorte für ANB angezeigt um eine realistische Preismodellierung aus Sicht der ANB zu berechnen und eine entsprechende Überprüfung realer Szenarien zu ermöglichen. Zu behaupten, diese negativen Skaleneffekte für ANB spielen keine Rolle in der Gesamtbetrachtung wäre jedenfalls methodisch unter Berücksichtigung der technischen Vorgaben der A1 gegenüber den ANB im Rahmen der vULL2.0 zu überprüfen und nicht nur anzunehmen.

Die theoretische Preissenkung der symmetrischen Produkte ab 12 Mbit/s (S. 71, Tabelle 6) ist ebenfalls nicht realitätsnah, denn Bandbreiten ab 10 Mbit/s symmetrisch werden in vULL 1.0 aufgrund der hohen Entgelte typischerweise mit VDSL-Technologie realisiert und sind daher mit dem tatsächlichen Preis für zB 40/10 oder 80/15 Produkte zu vergleichen. Der 1% Gesamtmarktanteil von symmetrischen Produkten zeigt zusätzlich, dass dies nur eine marginalste Verbesserung darstellt und nicht die Wirtschaftlichkeit des Gesamtangebots retten kann. Im Übrigen erscheint es befremdlich, dass die Behörde gerade im Punkt der symmetrischen Bandbreiten die Entgelte mit dem Status Quo vergleicht, während bei asymmetrischen Bandbreiten ein Vergleich mit den Entgelten auf Basis des Gutachtens vom März 2021 aufgestellt wird.

Der Anpassungsmechanismus (2.4.1.12, S. 71ff) führt zu einer Verzögerung von Preisanpassungen für mehrere Monate oder gar über ein Jahr zu Lasten der ANB und wird darüber hinaus von Seiten der RTR nicht mehr überprüft, obwohl man die Absicht deklariert, sich den Markt genau ansehen zu wollen. Hier scheint sich die TTK schlicht ihrer Verantwortung zu entziehen. Dass im Zuge der vULL2.0 das Angebot eingeschränkt und nun auch automatisch entlang des VPI verteuert werden soll, ist ein weiterer kurioser Ansatz, handelt es sich doch bei der Masse an Leitungen um Bestandsinfrastruktur, welche typischerweise keine steigenden Kosten mit sich bringt; jedenfalls scheinen 80% des VPI nicht geeignet, den Personal- und Energiekostenanteil an einer Vorleistung abzubilden, realistischer wären rund 30%, denn den Hauptteil der Personalkosten übernimmt der ANB, der die wesentliche Kundeninteraktion abwickelt, wie auch die Investition in das Endgerät (CPE) dem ANB zufällt.

Die Tabellen 7 und 8 (S 76) zeigen weiters, dass der von den Gutachtern angesetzte Mindestabstand von 50% zum Endkundenpreis gerade bei den „Flagship-Produkten“ der A1 nicht mehr eingehalten wird, man begnügt sich aber nun mit 25% Preisabstand – der jedoch lediglich die variablen Kosten abdeckt und somit keinesfalls margin-squeeze freie Entgelte bewirkt.

Im Übrigen schließt sich kapper.net der Stellungnahme der ISPA in der aktuellen Konsultation an und verweist auf die bereits im Verfahren eingebrachten Gutachten und Stellungnahmen, welche leider nur wenig Berücksichtigung erfuhren. In diesem Sinne ersuchen wir um Berücksichtigung unserer Stellungnahmen.

Mit freundlichen Grüßen



Harald Kapper  
Geschäftsleitung

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

E-Mail: [konsultationen@rtr.at](mailto:konsultationen@rtr.at)

Wien, am 16. August 2022

## **STELLUNGNAHME DER ISPA IM RAHMEN DER ÖFFENTLICHEN KONSULTATION EINES ENTWURFS EINER VOLLZIEHUNGSHANDLUNG ZU M 1.1/20**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation der Telekom-Control-Kommission hinsichtlich des Entwurfs einer Vollziehungshandlung zu M 1.1/20 wie folgt Stellung zu nehmen.

Einleitend möchte die ISPA darauf hinweisen, dass sie die Kritikpunkte aus den drei bereits eingebrachten Stellungnahmen (ON 27, ON 69, ON 76) weiterhin aufrechterhält. Darüber hinaus möchte die ISPA die Gelegenheit nutzen, um einen Teil dieser Punkte erneut aufzugreifen und speziell auf die von der TKK durchgeführte Würdigung dieser Kritikpunkte im Rahmen des vorliegenden Bescheidentwurfs einzugehen.

### **1. Zur Prüfung der in das Verfahren eingebrachten Verträge im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests**

Die ISPA möchte nochmals den von der Regulierungsbehörde gewählten Ansatz, die von A1TA vorgelegten Verträge vULL 2.0 und VHCN im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests zu beurteilen, in Frage stellen. Dem umfangreichen bisherigen Vorbringen der ISPA zu diesem Punkt wird von der Regulierungsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung unter Punkt 3.1.2.11. lediglich entgegnet, dass nach Ansicht der Regulierungsbehörde aus Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung 2020<sup>1</sup> klar hervorginge, dass „Verträge über den Zugang dazu führen können, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken auf dem entsprechenden Endkundenmarkt ausgeräumt werden, was wiederum zu einer Deregulierung der Vorleistungsmärkte führen kann.“ Entscheidend sei dabei aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht die Motivation der Unterzeichner, sondern die

---

<sup>1</sup> Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen

Frage, ob mit den vorgelegten Verträgen von effektivem Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ausgegangen werden kann.

Diesem Ansatz, wonach das Zustandekommen der Verträge keine Rolle spielen möchte die ISPA erneut widersprechen. Selbstverständlich kommt es bei der Betrachtung entsprechender Vereinbarungen auch darauf an, ob diese unter der „Drohkulisse“ anstehender Regulierungsaufgaben geschlossen wurden. Nochmals möchte die ISPA in diesem Zusammenhang auf Erwägungsgrund 170 des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EECC)<sup>2</sup> verweisen, der die Frage der Berücksichtigung kommerzieller Vereinbarungen detaillierter behandelt als ErwGr 15 der EU-Märkteempfehlung. Demnach können kommerzielle Vereinbarungen über den Zugang zwischen Betreibern, sofern sie sich als „nachhaltig erweisen und die Wettbewerbsdynamik verbessern“, zwar die Schlussfolgerung stützen, dass auf einem bestimmten Vorleistungsmarkt keine Vorabregulierung erforderlich ist. Bei der Analyse solcher Vereinbarungen sollte die nationale Regulierungsbehörde jedoch berücksichtigen, dass in manchen Fällen auch „die Aussicht auf Regulierung Netzeigentümer dazu bewegen kann, in kommerzielle Verhandlungen zu treten“ – und sie daher kein Zeichen für effektiven Wettbewerb sind. ErwGr 15 der EU-Märkteempfehlung ist daher jedenfalls im Lichte von ErwGr 170 EECC auszulegen, da der EECC gegenüber der EU-Märkteempfehlung die höhere Rechtsnorm darstellt. Daraus folgt im Ergebnis, dass entsprechende kommerzielle Vereinbarungen zwar zur Beurteilung der Wettbewerbsdynamik beitragen *können*, es jedoch gerade nicht nur darauf ankommt, ob kommerzielle Vereinbarungen im Ergebnis in etwa die gleichen Konditionen bieten wie die angedachten ex-ante Regulierungsaufgaben, sondern auch, wie die Verträge zustande gekommen sind.

Auch die deutsche Regulierungsbehörde Bundesnetzagentur (BNetzA) geht in ihrer aktuellen „Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang“ davon aus, dass kommerzielle Vereinbarungen, die während aufrechter Regulierungsmaßnahmen geschlossen werden, grundsätzlich nicht für eine Tendenz zu effektivem Wettbewerb sprechen. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass ohne eine entsprechende regulatorische Drohkulisse eine Bereitstellung freiwilliger Zugangsangebote zu wettbewerblichen Konditionen erfolgen würde.<sup>3</sup> Daher haben auch die zwischen der Deutschen Telekom und den vier größten Zugangsnachfragern abgeschlossenen „Commitment-Verträge“, die ebenfalls eine außerhalb der regulatorischen Auflagen erfolgte privatrechtliche Einigung über den Zugang zur Netzinfrastruktur des marktmächtigen Unternehmens darstellen, nicht zu einer gänzlichen Aufhebung der ex-ante Regulierungsaufgaben der Deutschen Telekom geführt. Vielmehr prüft die Bundesnetzagentur, inwiefern bestimmte Regulierungsaufgaben aufgrund der Commitment-Verträge entfallen können.<sup>4</sup> Auch die niederländische Regulierungsbehörde ACM ist der Ansicht, dass das „freiwillige“ Angebot eines vULL-Zugangsprodukts durch den dortigen Incumbent KPN nur vor dem

---

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation

<sup>3</sup> Bundesnetzagentur, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (August 2019) Punkt 10.2.3.4

<sup>4</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, Beschluss in dem Verwaltungsverfahren wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerrufs von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Konsolidierungsentwurf) (Juni 2022) Pkt 4.

Hintergrund der regulatorischen Drohkulisse erfolgt und daher in einer modifizierten Greenfield-Betrachtung von diesem zu abstrahieren sei.<sup>5</sup>

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die österreichische Regulierungsbehörde, basierend auf den gleichen EU-Rechtsgrundlagen, zu einem gänzlich anderen Ergebnis kommt und sich nicht eingehender mit dieser für das gesamte Verfahren grundlegenden Frage auseinandersetzt. Im Einklang mit der Sichtweise der BNetzA ist davon auszugehen, dass mit Art. 79 EECC ein eigenes Verfahren zur verstärkten Berücksichtigung derartiger kommerzieller Vereinbarungen bei der Auferlegung von Regulierungsaufgaben geschaffen wurde, das in Österreich in § 98 TKG umgesetzt wurde. Darüber hinaus können gemäß Art. 68 Abs. 6 EECC bzw. § 89 Abs. 4 TKG auch nicht im Verfahren für Verpflichtungszusagen verbindlich gemachte kommerzielle Vereinbarungen bei der Ausgestaltung von Regulierungsmaßnahmen berücksichtigt werden.<sup>6</sup> Daher spielt es auch keine Rolle, ob A1TA die Verträge selbst als Verpflichtungszusagen gemäß § 98 TKG in das Verfahren eingebracht hat.

Die Beurteilung der eingebrachten Verträge ist insbesondere auch für die Möglichkeit zur Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber dem marktmächtigen Unternehmen relevant. Denn gerade auch in diesem Punkt bieten die kommerziellen Vereinbarungen in der Regel keinen gleichwertigen Ersatz zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb. Auch nach Ansicht der BNetzA verfügen Vorleistungsbezieher in rein privatrechtlich geregelten Verträgen nicht über die gleichen Möglichkeiten, Änderungswünsche in Verhandlungen mit dem marktmächtigen Unternehmen voranzutreiben. Die Möglichkeit einer Änderung des Standardangebots ist insofern – zumindest, wenn für das marktmächtige Unternehmen nicht die Gefahr regulatorischer Anordnungen besteht – nicht gleich effizient.<sup>7</sup>

Die gleichen Argumente treffen auch auf die von A1TA eingebrachten Verträge zu. Dem Argument, dass A1TA bereits aufgrund der drohenden Wiederauferlegung von ex-ante Regulierungsmaßnahmen dazu angehalten ist, sich vertragskonform zu verhalten bzw. dort wo notwendig auch über Vertragsänderungen zu verhandeln, muss daher widersprochen werden. Denn die drohende Wiedereinführung von ex-ante Regulierungsaufgaben würde erst nach einem neuerlichen Marktanalyseverfahren und damit mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erfolgen. Gerade die Gewährung eines effektiven und schnellen Rechtsschutzes ist aber einer der Gründe für die Auferlegung von ex-ante Regulierungsmaßnahmen, und dafür, dass reine ex-post Eingriffe durch das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreichen.

Kommerzielle Vereinbarungen, wie jene die von A1TA in das Verfahren eingebracht wurden, können somit zwar zur Abänderung oder Aufhebung einzelner Regulierungsaufgaben führen, ändern jedoch nichts an der Regulierungsrelevanz der unter Punkt 4.4.1. definierten Märkte und damit am Ergebnis des Drei-Kriterien-Tests, insbesondere des zweiten und dritten Kriteriums unter Punkt 4.4.2. des vorliegenden Bescheidentwurfs. Die ISPA fordert die Behörde daher erneut dazu auf, die Verträge nach dem geeigneten Verfahren in § 89 Abs. 4 bzw. 98 TKG zu prüfen. Hierbei spielt es auch keine

---

<sup>5</sup> Vgl. Autoriteit Consument & Markt, Marktanalysebesluit Wholesale Fixed Access ACM/UIT/497850 (Juli 2018) Rz, 18, 288.

<sup>6</sup> Vgl. Bundesnetzagentur (Fn 3) Punkt 4.1.2.4.

<sup>7</sup> Vgl. *ibid.* Punkt 4.1.2.



Rolle, dass sich der Vertrag nicht nur auf das ursprünglich als regulierungsbedürftig eingestufte Gebiet bezieht. Denn § 89 Abs. 4 bzw. 98 TKG verlangen lediglich, dass sich die Verpflichtungszusagen (auch) auf den relevanten Markt beziehen. Es bestehen jedoch keine Vorgaben, wonach sich diese Verpflichtungszusagen nicht auch auf nicht von der Marktdefinition erfasste Infrastruktur beziehen können.

## 2. Zur Aufrechterhaltung des bundesweiten Zugangs zur Infrastruktur der A1TA

Im Rahmen der Gesamtbeurteilung von vULL 2.0 unter Pkt. 2.4.1.16 führt die Behörde zum Ausgleich der im Vergleich zu den im Gutachten vom 08.03.2021 angedachten Regulierungsmaßnahmen schlechteren Konditionen (z.B. einem nachteiligen Anpassungsmechanismus, höheren Entgelten für symmetrischen Bandbreiten oder einem niedrigeren Ersatz der Kollokationsrückbaukosten) den bundesweiten Anwendungsbereich des Angebots ins Treffen. Die Behörde geht davon aus, es sei unwahrscheinlich, dass A1TA im nicht regulierungsbedürftigen Gebiet 1 Zugang zu den Bedingungen der vULL 2.0 anbieten würde, sofern sie gleichzeitig in Gebiet 2 zu den Zugangskonditionen aus dem Gutachten vom 08. 03. 2021 verpflichtet werden würde. Vielmehr sei nach Ansicht der Behörde davon auszugehen, dass A1TA im Fall von Regulierungsaufgaben für Gebiet 2 in Gebiet 1 erheblich höhere Vorleistungspreise anbieten würde als jene in vULL 2.0. Diese Behauptung wird jedoch nicht weiter substantiiert, obgleich es sich hierbei um ein wesentliches Argument im Rahmen Gesamtbeurteilung von vULL 2.0 handelt.

Wie bereits im Rahmen der ISPA Stellungnahme vom 25. 04. 2022 im Detail ausgeführt, ist diese Annahme nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass A1TA selbst ein wirtschaftliches Interesse an einem Vorleistungsangebot in Gebiet 1 hat, auch wenn sie hierzu nicht mehr regulatorisch verpflichtet wäre. Unter anderem auch aus diesem Grund hat sich A1TA dazu entschlossen, ein bundesweites, vULL 2.0 Angebot zu verfassen. Hätte A1TA selbst kein Interesse an diesem Vorleistungsmarkt, hätte sie sich auf ein Vorleistungsangebot in dem von den Amtsgutachtern als regulierungsbedürftig eingestuften Gebiet 2 bzw. dem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte beschränken können. Es ist nicht anzunehmen, dass A1TA Zugang ihrer Infrastruktur in Gebiet 1 lediglich zum Wohlgefallen der alternativen Anbieter ermöglicht. Dieses Interesse ist auch klar wirtschaftlich begründbar. Denn würde A1TA ihre Vorleistungsprodukte in diesem Gebiet einstellen ist gerade nicht davon auszugehen, dass sämtliche Endkunden der Vorleistungsbezieher nach Aufkündigung der Verträge zu A1TA wechseln würden. Vielmehr ist anzunehmen, dass in Gebiet 1 ein erheblicher Teil der Endkunden zu einem der alternativen Anbieter mit eigener Infrastruktur wechseln würde. Um daher auch am Umsatz jener Kunden beteiligt zu sein, die aus verschiedenen Gründen nicht zu A1TA wechseln würden, ist eine Aufrechterhaltung der Vorleistungsprodukte naheliegend.

Hinsichtlich der Vorleistungspreise müsste sich A1TA in weiterer Folge an den Marktpreisen und damit auch an jenen Vorleistungspreisen orientieren, welche im Gutachten vom 08. 03. 2021 für Gebiet 2 festgelegt wurden. Zumindest aber würde A1TA jene Konditionen anbieten müssen, die auch in vULL 2.0 festgelegt wurden. Andernfalls würde das Angebot sämtliche Attraktivität verlieren

da ein Vorleistungsbezieher darauf basierend keine kompetitiven Endkundenpreise mehr anbieten könnte. Die Folge wäre die gleiche, wie wenn das Angebot zur Gänze eingestellt wird, da auch in diesem Fall die Endkunden des Vorleistungsbeziehers kündigen würden.

Darüber hinaus geht die Behörde ohnehin in Punkt 2.4.1.9 davon aus, dass die Entgeltkonditionen für Neukunden in vULL 2.0 sogar günstiger sind als jene, die nach den Regulierungsaufgaben aus dem Gutachten vom 08. 03. 2021 möglich wären. Unter dieser Annahme erscheint es aber umso mehr fragwürdig, wieso A1TA im Fall von Regulierungsaufgaben für Gebiet 2 in Gebiet 1 erheblich höhere Vorleistungspreise anbieten würde als jene in vULL 2.0. Denn unter dieser Annahme stellen die Regulierungsaufgaben für Gebiet 2 für A1TA ohnehin keine Schlechterstellung gegenüber den Konditionen in vULL 2.0 dar.

Selbstverständlich wird die Aufrechterhaltung eines bundesweiten Angebots von Seiten A1TA in Frage gestellt und höhere Vorleistungspreise für Gebiet 1 oder sogar eine Einstellung der Vorleistung in diesem Gebiet in Aussicht gestellt. Damit soll jedoch lediglich der Wegfall der bundesweiten Regulierung erreicht werden. Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde daher dazu auf, den Mehrwert des bundesweiten Anwendungsbereichs neu zu evaluieren und dabei vor allem auf wirtschaftliche Anreize und nicht auf Ankündigungen des marktbeherrschenden Unternehmens einzugehen, das naturgemäß den bundesweiten Anwendungsbereich als Vorteil hervorhebt. Zumindest ersucht die ISPA jedoch die Behörde, im Rahmen der Beweiswürdigung darzulegen, weshalb eine konträre Annahme gegenüber den obigen Ausführungen getroffen wird.

### 3. Zur Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten

Bislang musste A1TA aufgrund der bestehenden regulatorischen Vorgaben aus den Regulierungsbescheiden M 1.5/15 und M 1.6/15 bei sämtlichen Retail-Produkten einen bestimmten Mindestabstand zwischen Vorleistungspreis und Retail-Preis gewährleisten. Preisänderungen auf der Endkundenebene haben daher bislang auch gleichzeitig Änderungen des Entgelts auf der Vorleistungsebene nach sich zu ziehen, um das Entstehen eines Margin Squeeze zu verhindern, sollten die A1 Endkundenentgelte gesenkt werden.<sup>8</sup>

Diese flexible Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Vorleistungspreisen über alle Produkte hinweg stellt einen der wichtigsten Eckpfeiler in der ex-ante Regulierung dar und verhindert, dass ein marktmächtiges Unternehmen aufgrund von aggressiver Preisgestaltung Vorleistungsbezieher trotz Zugangsgewährung vom Markt verdrängen kann. Werden daher die Retail-Entgelte etwa aufgrund von Aktionsangeboten gesenkt, müssen auch die Vorleistungsentgelte entsprechend abgesenkt werden. Dies führt bislang dazu, dass aufgrund der regionalen Aktionsangebote von A1TA auch die Vorleistungsentgelte regional unterschiedlich ausfallen können.

Demgegenüber werden im Rahmen des vULL 2.0 Vertrags ausschließlich national einheitliche Vorleistungsentgelte festgelegt, die grundsätzlich nur einmal pro Jahr, anhand des von A1TA berechneten „Neukundenpreisindex“, angepasst werden. Der Umstand, dass dadurch bundesweit

<sup>8</sup> Vgl. Telekom-Control-Kommission, 24.07.2017, M 1.5/15-115 Pkt 2.5.3.4.3

einheitliche Vorleistungspreise angeboten werden wird von der Regulierungsbehörde auch als Vorteil hervorgehoben, obwohl für viele Vorleistungsbezieher regional unterschiedliche Vorleistungsentgelte aufgrund der zahlreichen regionalen Open-Access-Netze ohnehin bereits zum wirtschaftlichen Alltag gehören. Zudem wird nicht bedacht, dass die bundesweit einheitliche und in größeren Abständen erfolgende Entgeltanpassung im Einzelfall erhebliche nachteilige Auswirkungen für die Vorleistungsbezieher haben kann, da die Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten erheblich beeinträchtigt wird.

Wie bereits in Punkt 3.1. der ISPA Stellungnahme vom 25.04.2022 ausgeführt, hat die bundesweit einheitliche Berechnung des Neukundenpreisindex zur Folge, dass A1TA, wenn sie selbst regionale Aktionen auf Retalebene anbietet, die Vorleistungspreise regional künftig nicht mehr entsprechend anpassen müsste. Ein Vorleistungsbezieher, der nur oder hauptsächlich in diesen Aktionsgebieten wirtschaftlich tätig ist, wäre dann nicht mehr dazu in der Lage, die Endkundenpreise der A1TA ohne Margin-Squeeze nachzubilden. Daran ändert auch die Sicherstellung eines Minimalabstands von 25 % (Kontrollebene 3) nichts, da dieser Mindestabstand lediglich der Deckung der variablen Kosten dient und weit unter den angedachten Mindestabschlägen aus dem Gutachten vom 08.03.2021 liegt, welchen die Gutachter selbst als Minimalabstand für die Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Vorleistungsentgelten festgelegt haben. Einen Ausgleich der Preisdifferenzen über verschiedene Regionen hinweg gibt es für die allermeisten Anbieter gerade nicht, da diese nur in einzelnen Regionen aktiv sind und daher darauf angewiesen sind, lokale Aktionsangebote von A1TA nachbilden zu können.

Darüber hinaus stellt auch die erhebliche Verzögerung, mit der auf Preisänderungen auf Retalebene reagiert werden muss, ein Problem dar. Senkt A1TA kurz nach dem jährlichen Stichtag am 30. September 2022 etwa seine Retail-Preise, wird diese Preissenkung erst bei der Berechnung des Neukundenpreisindex zum 30. September 2023 berücksichtigt und die Vorleistungspreise daher erst über ein Jahr später, am 1. Jänner 2024, angepasst. Dies bietet ein enorm langes Zeitfenster in dem A1TA bundesweit niedrige Retail-Preise anbieten kann, welche ein Vorleistungsbezieher nicht in der Lage ist, ohne Margin-Squeeze nachzubilden. Auch in dieser Hinsicht stellt der Anpassungsmechanismus somit keinen geeigneten Schutz vor einem Margin-Squeeze dar.

Diese beiden gravierenden Nachteile des Anpassungsmechanismus, welche dafür sorgen, dass der vULL 2.0 keine Margin-Squeeze freien Entgelte gewährleistet, werden von Seiten der Regulierungsbehörde jedoch kaum berücksichtigt:

Hinsichtlich der Gefahr, dass regionale Retail-Aktionen nicht nachgebildet werden können, erwidert die Regulierungsbehörde im Rahmen der Beweiswürdigung unter Punkt 3.1.2.13 lediglich, dass aktuell jeweils ein Abstand von mindestens 25 % zwischen regionalen Aktionsangeboten und den entsprechenden Vorleistungsentgelten gewährleistet ist. Diese Analyse verkennt jedoch zum einen, dass der im Vertrag enthaltene Mechanismus selbst Margin-Squeeze freie Vorleistungsentgelte – auch in Zukunft - gewährleisten muss, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen und als Ersatz für Regulierungsaufgaben zu dienen. Eine Analyse basierend auf den aktuellen Entgelten ist daher unerheblich. Denn nichts hindert A1TA daran ihre Retail-Preise nach In-Kraft-Treten von vULL 2.0 in bestimmten Regionen weiter zu senken, etwa um Kunden von lokalen Kabelnetzbetreibern dazu zu gewinnen.

Darüber hinaus ist auch dem Argument, wonach der 25%-Mindestabschlag auf Kontrollebene 3 sicherstellt, dass alternative Betreiber auch bei Aktionsangeboten von A1TA zumindest ihre variablen Kosten decken können, zu entgegnen, dass die Deckung der variablen Kosten keiner Sicherstellung von Margin-Squeeze freien Entgelten entspricht. Nochmals möchte die ISPA betonen, dass der überwiegende Großteil der Vorleistungsbezieher regional tätig ist und daher in besonderem Ausmaß von regionalen Preisänderungen betroffen wäre.

Dieses Argument gilt gleichermaßen auch für das bundesweite Angebot von Endkundenprodukten mit einer Bandbreite von >330 Mbit/s downstream. Nach der im vULL 2.0-Vertrag (Anhang 3, Pkt. 14.1, S. 336) enthaltenen Regelung ist A1TA zum Angebot derartiger Profile verpflichtet, sofern diese von A1TA auf Endkundenebene angeboten werden. Obwohl A1TA endkundenseitig bereits jetzt derartige Profile anbietet, ist im aktuellen vULL 2.0 Vertrag jedoch kein entsprechendes Vorleistungsprodukte mit >330Mbit/s enthalten. Dieses müsste erst eingeführt werden, wobei sich A1TA dazu verpflichtet, die (ökonomische) Nachbildbarkeit „gemäß den allgemeinen Regeln im Rahmen der Kontrollebene 3“ sicherzustellen und daher wiederum lediglich einen 25%igen Mindestabstand zur Deckung der variablen Kosten, jedoch keinesfalls margin-squeeze-freie Entgelte zu garantieren. Dadurch könnte A1TA im Ergebnis für sämtliche Bandbreitenprofile jenseits von 330 Mbit/s downstream Vorleistungsprofile anbieten, die von Vorleistungsbeziehern nicht wirtschaftlich replizierbar sind. Dadurch wird auch die Feststellung der Behörde in Punkt 3.1.2.13, wonach derzeit bei allen Angeboten von A1TA ein Abstand von meist sehr deutlich über 25% gegeben sei, in Frage gestellt.

Auch das gravierende Argument der verzögerten Anpassung der Vorleistungsentgelte wird von der Behörde kaum aufgegriffen bzw. lediglich dem Vorteil gegenübergestellt, dass auch Preiserhöhungen auf Retalebene erst mit entsprechender Verzögerung auf Vorleistungsebene übernommen werden können. Durch diesen potenziellen Ausgleich würde aber nicht die Gefahr eines Margin-Squeeze unterbunden werden. Denn zum einen zeigt die Preisentwicklung der vergangenen Jahre deutlich, dass das Preisniveau kontinuierlich sinkt, und Preiserhöhungen daher die absolute Ausnahme darstellen.<sup>9</sup> Der von der Behörde konzipierte Vorteil tritt daher äußerst seltener ein als der Nachteil durch verzögerte Preisminderungen. Zum anderen ist die Kernfunktion der Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten gerade, dass alternative Anbieter unmittelbar dazu in der Lage sind, die Retail-Preise des marktmächtigen Unternehmens nachzubilden, ohne dabei Verluste hinnehmen bzw. auf in der Zukunft potenziell günstigere Konditionen spekulieren zu müssen. Eine Absicherung gegen einen Margin-Squeeze muss möglichst zeitnah greifen, um auch tatsächlich effektiv zu sein. Diese zeitliche Unmittelbarkeit der Maßnahmen stellt gerade eine der Kernfunktionen der ex-ante Regulierung dar, welche diese von ex-post Regulierungsmaßnahmen aufgrund des allgemeinen Wettbewerbsrechts unterscheidet. Nur wenn diese Kernaufgabe der ex-ante Regulierungsmaßnahmen aber durch den Anpassungsmechanismus in den von A1TA vorgelegten Verträgen erfüllt wird, kann davon ausgegangen werden, dass diese Verträge in gleicher Weise effektiven Wettbewerb sicherstellen. Im Übrigen erkennt die Behörde unter 3.1.2.10 auch an, dass die Reduzierung der unterjährigen Preisanpassungen in erster Linie einen Vorteil für A1TA darstellt.

---

<sup>9</sup> Vgl RTR Internetmonitor 2020, Kapitel 4

Da es sich bei der Gewährleistung von Margin-Squeeze freien Entgelten folglich um eine Kernaufgabe der bisherigen ex-ante Regulierung handelt ersucht die ISPA die Behörde dringend die angedachten Anpassungsmechanismus in den vorgelegten Verträgen nochmals unter Berücksichtigung dieser Kritikpunkte zu evaluieren.

#### **4. Zur Höhe der Vorleistungsentgelte für symmetrische Bandbreiten**

Die Behörde kommt in Punkt 2.4.1.11 zu dem Ergebnis, dass es bei den Vorleistungsentgelten für symmetrische Bandbreiten zu einer deutlichen Erhöhung im Vergleich zu den Entgelten laut Gutachten vom 08.03.2021 kommen würde. Diese Bedenken, die auch von zahlreichen Verfahrensparteien vorgebracht wurden, werden von der Behörde jedoch dadurch entkräftet, dass die Entgelte zumindest gegenüber den aktuell zur Verrechnung gelangten Entgelten für symmetrische Bandbreiten sinken. Mit diesem Vergleich widerspricht die Behörde jedoch ihrem eigenen, in Punkt 2.4.1.9 gewählten Ansatz, die Vorleistungsentgelte in vULL 2.0 mit jenen Entgelten zu vergleichen, die basierend auf den Ergebnissen des Gutachtens vom 08.03.2021 zur Anwendung kämen. Es erscheint gänzlich unbegründet, bei symmetrischen Bandbreiten einen Vergleich mit den aktuellen Konditionen und bei asymmetrischen Bandbreiten einen Vergleich mit den Entgelten basierend auf dem Gutachten vom 08.03.2021 vorzunehmen.

Auch dem Argument, dass symmetrische Bandbreiten lediglich 1 % der aktuellen vULL-Anschlüsse ausmachen und daher vernachlässigbar sind, muss entgegengehalten werden, dass gerade am Geschäftskundenmarkt – der nach Ansicht der Gutachter vom 08. 03. 2021 aufgrund fehlender Wettbewerbsdynamik einer bundesweiten Regulierung bedarf – symmetrische Bandbreiten eine große Bedeutung haben. Einer der Hauptgründe dafür, dass zahlreiche Anbieter für Geschäftskundenprodukte aktuell auch auf asymmetrische Bandbreitenprofile zurückgreifen und dafür auch zusätzliche Kosten durch das notwendige Bandbreiten-Shaping in Kauf nehmen, sind die exzessiven Vorleistungsentgelte welche A1TA für symmetrische Bandbreiten bislang verrechnen konnte. Wie auch die Amtsgutachter in Punkt 5.2.2 des Gutachtens vom 08.03.2021 selbst feststellen lag dies bislang daran, dass es hier weniger Preisdruck durch Kabelnetze und Mobilfunknetze gibt, und A1TA daher die Preise mehr oder weniger frei gestalten konnte. Gerade diesem Aspekt sollte jedoch durch Festsetzung von kostenorientierten Entgelten im Gutachten vom 08. 03. 2021 entgegengewirkt werden. Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass der Verweis der Regulierungsbehörde auf Punkt 4.3.6 des Gutachtens vom 08. 03. 2021 keinen Nachweis darüber gibt, dass „asymmetrische Anschlüsse entsprechend den BAF-Daten auch im Geschäftskundenbereich die deutliche Mehrheit ausmachen“, da dieser Punkt lediglich Ausführungen zur vertikalen Integration beinhaltet.

#### **5. Zur Bestandskunden-Freeze Regelung**

Wie bereits in Punkt 3.5. unserer Stellungnahme vom 25.04.2022 detailliert ausgeführt, kann die Regelung zum Bestandskunden-Freeze nicht die von der Behörde unter Punkt 2.4.1.8 des vorliegenden Bescheidentwurfs festgestellten Bedenken, in Bezug auf die nachteiligen

Auswirkungen auf Bestandskunden, entkräften. Denn in ihrer derzeitigen Ausführung wäre ein Vorleistungsbezieher sehr wohl mit zusätzlichen Kosten auch für Bestandskunden konfrontiert, welche er entweder übernehmen oder aber an den Kunden weiterverrechnen müsste, der dann jedoch ein außerordentliches Kündigungsrecht hätte.

Zum einen entstehen zusätzliche Kosten, da die Migration eines „eingefrorenen“ Bestandskunden auf vULL 2.0 wie ein Anbieterwechsel behandelt wird. Daher verrechnet A1TA in jedem Fall ein Herstellungsentgelt iHv EUR 41,58,-. Bereits der Umstand, dass von Seiten A1TA's für sämtliche „eingefrorene“ Bestandskunden ein zusätzliches Entgelt verrechnet wird, widerspricht dem Grundgedanken, dass es zu keinen zusätzlichen Kosten für Bestandskunden kommen soll. Dass der Vorleistungsbezieher für sämtliche der Bestandskunden in der Vergangenheit ohnehin bereits ein Herstellungsentgelt bezahlt hat und es somit zu einer Doppelverrechnung kommen würde, kommt erschwerend hinzu. Im Übrigen erscheint auch die Höhe des Entgelts angesichts des Aufwands der A1TA im Zuge des Wechsels auf vULL 2.0 entsteht absolut überschießend.

Darüber hinaus besteht das Problem, dass Vorleistungsbezieher sich in einigen Situationen, insbesondere bei der Inanspruchnahme von Aktionsangeboten oder bei Bezug von Vorleistungsprodukten in Verbindung mit A1-Premiummodem, zu einer bestimmten Vertragslaufzeit (idR zwei Jahre) verpflichten müssen. Ist bei einem solchen Kunden eine Migration auf vULL 2.0 notwendig – etwa da dieser ein Bandbreitenupgrade wünscht – müsste der Vorleistungsbezieher aufgrund der Anwendung der Regelungen zum Anbieterwechsel das Vorleistungsentgelt für die restliche Laufzeit an A1TA ausbezahlen.

Die Auseinandersetzung mit diesen Kritikpunkten in Punkt 3.1.2.14 des vorliegenden Bescheidentwurfs erscheint nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar. Zum einen wird als Gegenargument vorgebracht, der Bestandskunden-Freeze sei freiwillig. Dabei wird aber verkannt, dass damit gerade eine Lösung, für die von der Behörde selbst erkannte Problematik geschaffen werden soll, dass bei einer sofortigen Migration sämtlicher Bestandskunden auf vULL 2.0 es unmittelbar zu einer erheblichen Erhöhung der Entgelte von Bestandskunden kommen würde. Die Nicht-Inanspruchnahme der Freeze-Regelung ist daher für die allermeisten Anbieter keine Option.

Weiters führt die Behörde aus, dass „es über mehrere Jahre einen gewissen Churn gibt“ und Vorleistungsbezieher daher bei diesen Kunden ausschließlich von den niedrigeren „eingefrorenen“ Entgelten profitieren, ohne am Ende die zusätzlichen Kosten für das Herstellungsentgelt zu bezahlen. Dem ist zu entgegnen, dass der erwähnte Churn gerade im Festnetzbereich und umso mehr im Geschäftskundenbereich äußerst niedrig ist. Zudem wird bei der Anwendung des Bestandskunden-Freeze nicht nur das Vorleistungsentgelt, sondern auch die technische Umsetzung eingefroren. Das bedeutet insbesondere auch, dass die von einem Vorleistungsbezieher auf einem DSLAM genutzte Bandbreite eingefroren wird und die entsprechenden DSLAM-Managemententgelte basierend auf der eingefrorenen Bandbreite bis zum Ende des Bestandskunden-Freeze weiterhin verrechnet werden. Anders als von der Behörde angenommen, hätte ein Vorleistungsbezieher daher keinen Vorteil aus einem hohen Churn, da jene Anteile des Vorleistungsentgelts die sich aus dem DSLAM-Management-Entgelt speisen – und einen wesentlichen Anteil der Gesamtkosten ausmachen – weiterhin bezahlt werden müssen, auch wenn der Endkunde bereits gekündigt hat.

Schließlich geht auch das Argument, dass „alternative Betreiber ihre verbleibende Kundenbasis innerhalb von fünf Jahren ohnehin auf vULL 2.0 migrieren werden, um dort Skalenvorteile nutzen zu können“ am Kern der Sache vorbei. Denn diese „Skalenvorteile“ resultieren gerade aus der für den Vorleistungsbezieher ungünstigen Ausgestaltung der Freeze-Regelung wonach vULL 1.0 und vULL 2.0 Kunden auf jedem DSLAM als Kunden eines eigenständigen Anbieters betrachtet werden. Es handelt sich daher in Wahrheit um eine sukzessive erzwungene Migration auf vULL 2.0, welche wiederum zu den erwähnten Entgelterhöhungen für Bestandskunden führt, die nach Ansicht der Behörde aber gerade verhindert werden sollen.

In Summe zeigt sich daher, dass die Regelung zum Bestandskunden-Freeze gerade nicht die von der Behörde in Punkt 2.4.1.8 vorgebrachten Bedenken in Bezug auf Entgelterhöhungen für Bestandskunden entkräften kann und daher im Ausmaß der erwähnten Kritikpunkte angepasst werden sollte. Im Sinne einer tatsächlichen „Freeze-Regelung“ sollten für sämtliche Bestandskunden grundsätzlich weiterhin die gesamten Bestimmungen des vULL Vertrags zur Anwendung kommen. Zumindest aber sollte das zusätzliche Herstellungsentgelt entfallen und Änderungen der DSLAM-Management-Bandbreite im Fall, dass ein Anschluss wegfällt (durch Anbieterwechsel, Kündigung oder Wechsel auf vULL 2.0) weiterhin möglich sein sowie auch die DSLAM-Managemententgelte bei Bedarf entsprechend der Neuntel-Regelung angepasst werden. Auch sollte klargestellt werden, dass für DSLAMs, auf denen keine Anschlüsse mehr vorhanden sind, trotz des Freeze keine DSLAM-Managemententgelte mehr entrichtet werden müssen.

## **6. Zur Frage ob der VHCN Vertrag effektiven Wettbewerb garantiert**

Zunächst möchte die ISPA nochmals unterstreichen, dass der von A1TA eingebrachte „VHCN Vertrag“ in Hinkunft in jenen Gebieten, in welchen A1TA FTTB/H Infrastruktur ausbaut („VHCN Ausbaugebiete“), die einzige Möglichkeit darstellen wird, um Zugang zur Infrastruktur der A1TA zu erhalten und damit anstelle des vULL 2.0 Vertrags tritt. Insofern diese Ausbaugebiete daher Teil von Gebiet 2 sind oder insofern in diesen Gebieten Geschäftskundenprodukte angeboten werden sollen, müsste der VHCN Vertrag selbst für effektiven Wettbewerb sorgen, um, wie von der Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests angenommen, zu dem Ergebnis zu kommen, dass in diesen Gebieten keine weiteren Regulierungsmaßnahmen erforderlich sind.

Zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb ist es erforderlich, dass die Vertragskonditionen für mehr als nur ein Unternehmen wirtschaftlich rentabel sind. Auch der von der Regulierungsbehörde mehrmals ins Treffen geführte Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung verlangt, dass „interessierten Unternehmen der Zugang zu Vorleistungsprodukten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen angeboten wird, die wettbewerblich tragfähige Ergebnisse für die Endnutzer auf den Endkundenmärkten ermöglichen.“ Wie auch die Behörde selbst an mehreren Stellen betont, ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Auch das weitere Argument, das die Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Test vorbringt, wonach das „Vorleistungsprodukt „VHCN-Zugang“ eine weitreichende Zusammenarbeit von A1 mit Vorleistungsnehmern“ ermöglicht, kann nicht als ausreichend für die Sicherstellung von effektivem Wettbewerb erachtet werden. Denn diese „weitreichende Zusammenarbeit“ würde zu nicht annehmbaren Konditionen erfolgen. Es ist in diesem

Zusammenhang auch bezeichnend, dass die Behörde selbst bei der Prüfung des zweiten Relevanzkriteriums unter Punkt 4.4.2.2. und damit bei der Prüfung der Frage, ob der relevante Markt eigenständig zu effektivem Wettbewerb tendiert, mit keinem Wort auf die Rolle des VHCN Vertrags eingeht, sondern sich ausschließlich mit dem vULL 2.0 Vertrag befasst.

Zieht man lediglich die Standardentgelte aus dem VHCN Vertrag heran, so zeigt sich, dass diese keinesfalls Margin-Squeeze freie Retail-Preise zulassen würden. Die Behörde führt zwar unter Punkt 2.4.2.3. aus, dass "derzeit noch keine Endkundenpreise bekannt sind" und daher keine Margin-Squeeze Prüfung durchgeführt werden kann. Dabei verkennt die Behörde jedoch, dass A1TA sehr wohl bereits die Produkte „A1 Glasfaser Internet 200/300/500/1000“ anbietet:

Beispielsweise bietet A1TA derzeit das Retailprodukt A1 Glasfaser Internet 300 Neubau mit max. 337 Mbit/s (Downstream) bzw. 102 Mbit/s (Upstream) für monatlich EUR 34,90,- an. Das VHCN-Vorleistungsprodukt, das diesem Retailprodukt am nächsten kommt, wäre daher 262/102, das trotz geringerer Downloadbandbreite jedoch bereits EUR 29,- (netto) kostet. A1TA bietet auch ein Retailprodukt A1 Glasfaser Internet 500 Neubau mit maximal 563/102 für EUR 44,90,- an, wobei das entsprechende VHCN-Vorleistungsprodukt EUR 38,- für 593/102 kosten würde. In beiden Fällen beträgt die Differenz zwischen Vorleistungs- und Retail-Preis somit weniger als 20 %. Daraus folgt, dass die standardmäßigen Vorleistungspreise im VHCN-Vertrag es alternativen Betreibern nicht erlauben, wettbewerbsfähige Retail-Produkte anzubieten, wobei dies selbst von der Behörde eingestanden wird.

Um daher überhaupt wirtschaftlich rentabel anbieten zu können, muss ein Anbieter das Kooperationsmodell wählen. Wie auch die Behörde selbst feststellt, ist es angesichts der damit verbundenen hohen Vorab-Entgelte und der Höhe der Commitmentstufen jedoch sehr wahrscheinlich, dass im Wesentlichen nur Hutchison Drei Austria dazu in der Lage sein wird, das Kooperationsmodell zu nutzen. Unternehmen, die in einem bestimmten Gebiet nicht das Kooperationsmodell wählen, werden basierend auf den Standardentgelten (ohne Rabatte) des VHCN-Vertrages wiederum keine signifikanten Marktanteile erzielen können. Nach Ansicht der ISPA kann es jedoch zur Sicherstellung von effektivem Wettbewerb nicht ausreichen, dass der Vertrag für gerade einmal einen einzigen alternative Anbieter überhaupt wirtschaftlich rentabel umsetzbar ist.

Hinzu kommt, dass der Zugang zu VHCN Infrastruktur in Neubauten ohnehin nur im Rahmen der bundesweiten „Poollösung“ ermöglicht wird, die in jedem Fall nur für H3A attraktiv ist, da nur dieses Unternehmen auch dazu in der Lage ist die notwendigen bundesweiten Commitments abzugeben. Die gesamte Infrastruktur in Neubauten, welche A1TA ab dem „VHCN-Stichtag“ ausbaut, steht daher in Hinkunft den anderen Vorleistungsbeziehern schlicht nicht mehr zur Verfügung. Zwar geht die Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung auch auf dieses Problem ein, versucht es jedoch dadurch zu entkräften, dass sich Neubauten hauptsächlich in urbanen Gebieten befinden, die Gebiet 1 zuzuordnen sind. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass dies eine reine Annahme darstellt und sicherlich nicht auf sämtliche Neubauten zutrifft, da Wohnprojekte in Hinkunft mit Sicherheit auch in Gebiet 2 durchgeführt werden. Unabhängig davon, ob sich die VHCN Ausbaugelände in Gebiet 1 oder 2 befinden, ist der Zugang zur VHCN Infrastruktur im gesamten Bundesgebiet darüber hinaus für das Angebot von Geschäftskundenprodukten erforderlich, um wiederum auf diesem Markt für effektiven Wettbewerb zu sorgen. Eine generelle Ausnahme der FTTH Infrastruktur in sämtlichen



Neubauten stellt daher eine erhebliche Beschneidung des Zugangs gegenüber den angedachten Regulierungsaufgaben aus dem Gutachten vom 08.03.2021 dar, die sich explizit auch auf die FTTH Infrastruktur von A1TA bezogen haben.

Die Faktoren, die nach Ansicht der Behörde in Punkt 2.4.2.6 für effektiven Wettbewerb in den VHCN-Ausbaugebieten sprechen, sind nach Ansicht der ISPA hingegen mehr als unzureichend. Im Wesentlichen beschränken sie sich darauf, dass mit H3A zumindest ein Unternehmen die Möglichkeit hat, wirtschaftlich rentabel in den VHCN-Ausbaugebieten anzubieten sowie darüber hinaus die Möglichkeit zu Kooperationspartnerschaften unter der Führung von einem Vorleistungsbezieher besteht. Dies ist jedoch schon bereits deshalb unwahrscheinlich, da laut VHCN-Vertrag nur ein einzelner Anbieter selbst Vertragspartner sein kann und damit aber auch alleine das finanzielle Risiko zur Erfüllung der Take-Up Rate, der Leistung der Vorab-Zahlungen etc tragen müsste. Darüber hinaus erfordert die dafür notwendige Koordination wiederum erheblichen Einsatz von personellen Ressourcen die gerade kleinen Anbietern nicht zur Verfügung stehen. Auch der Vorschlag, dass H3A selbst als Reseller auftritt ist mehr als zweifelhaft, da es fragwürdig erscheint, weshalb H3A hier den Vorleistungsbeziehern günstigere Konditionen als A1TA anbieten sollte und H3A darüber hinaus dazu auch schlicht nicht verpflichtet wäre. Es ist auch generell zu hinterfragen, weshalb die Nachteile des VHCN-Vertrags durch die Vorleistungsbezieher selbst ausgeglichen werden müssen. Vielmehr betont die ISPA nochmals, dass der VHCN-Vertrag, basierend auf der Argumentation der Behörde im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests, selbst dafür Sorge tragen muss, dass sich im Ergebnis effektiver Wettbewerb in den an sich regulierungsbedürftigen Märkten einstellt, und das ist offensichtlich nicht der Fall.

Hinsichtlich der zusätzlich von der Behörde in Punkt 2.4.2.6 dargelegten Argumente, wonach in manchen VHCN-Ausbaugebieten ohnehin bereits andere Festnetze vorhanden sind oder ausreichend Wettbewerb aufgrund von mobilen Breitbandprodukten besteht, ist zu entgegnen, dass dieser Aspekt bereits im Rahmen der geografischen Marktabgrenzung berücksichtigt wurde und es im Rahmen der Erwägung, ob der VHCN Vertrag als Ersatz für ex-ante Regulierungsmaßnahmen in Frage kommt, gerade um jene Regionen geht, in denen dieser Wettbewerbsdruck nicht ausreichend besteht.

Die Ausführungen der Behörde, sowohl im Rahmen der Marktanalyse als auch der Beweiswürdigung wonach effektiver Wettbewerb durch den VHCN-Vertrag in den VHCN-Ausbaugebieten in hinreichendem Ausmaß sichergestellt ist sind daher nach Ansicht der ISPA nicht nachvollziehbar und auch nicht ausreichend begründet.

Da dies auch der Behörde selbst bewusst zu sein scheint werden als zusätzliches Argument noch Investitionsanreize für A1TA ins Treffen geführt. In diesem Zusammenhang möchte die ISPA die Behörde nochmals daran erinnern, dass die gesamte Prüfung des VHCN Vertrags weiterhin im Rahmen des in § 87 Abs. 3 TKG geregelten Drei-Kriterien-Tests erfolgt und insbesondere in Bezug auf das zweite Kriterium, also ob aufgrund des Vertrags davon ausgegangen werden kann, dass der relevante Markt langfristig zu effektivem Wettbewerb tendiert. Investitionsanreize für das marktmächtige Unternehmen spielen dabei, wenn, dann nur eine untergeordnete Rolle, die bei der anschließenden Auferlegung von Regulierungsaufgaben, nicht aber bei der Prüfung der Regulierungsrelevanz der Märkte, miteinbezogen werden können. Dies zeigt sich auch darin, dass

weder in Erwägungsgrund 170 EECC noch in Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung, auf welchen die Behörde selbst wiederholt als Rechtfertigung für die angedachte Deregulierung der Märkte Bezug nimmt, Investitionsanreize erwähnt werden. Auch aus den Zielbestimmungen in § 1 Abs. 2 TKG kann nichts anderes abgeleitet werden, da diese zwar bei der Auslegung der im Gesetz enthaltenen Bestimmungen berücksichtigt werden sollen, dadurch jedoch nicht die in § 87 Abs. 3 TKG im Einklang mit Art 67 Abs. 1 EECC explizit aufgezählten Kriterien erweitert werden können. Das Argument der Investitionsanreize für A1TA vermag daher nicht die dargelegte mangelhafte Sicherstellung von effektivem Wettbewerb auszugleichen.

Den Feststellungen der Behörde zu den hohen Kosten des FTTB/H Ausbaus in Österreich sowie auch hinsichtlich der Unsicherheiten in Bezug auf die zukünftige Nachfrage bzw. die Auslastung des FTTH-Netzes ist zudem zwar zuzustimmen, sie betreffen jedoch gleichermaßen alle Netzbetreiber, die in neue FTTH Infrastruktur investieren. Dennoch hat es viele kleine und mittelgroße Unternehmen, mit gänzlich anderen finanziellen Voraussetzungen, bislang nicht am Netzausbau gehindert. A1TA wiederum hat auch mithilfe umfangreicher öffentlicher Förderungen in den vergangenen Jahren ausschließlich in FTTC Infrastruktur investiert, da dadurch kostengünstig die Ausbauziele erfüllt und die Förderungen einbehalten werden konnten. Es erscheint befremdlich weshalb gerade der größte und umsatzstärkste österreichische Netzbetreiber, der bereits in erheblichem Ausmaß von öffentlichen Förderungen profitiert hat, nun noch zusätzliche Unterstützung im Rahmen der Wettbewerbsregulierung erhalten soll. Vielmehr sollte im Rahmen der Prüfung von Investitionsanreizen lediglich auf jene Punkte Bedacht genommen werden, die von der Behörde bereits im Regulierungsbescheid M 1.5/15 unter Punkt 2.5.3.6 ausgeführt wurden. Demnach sollte bei der Festlegung der Vorleistungspreise darauf geachtet werden, dass Vorleistungsbezieher zwar die Endkundenpreise der A1TA nachbilden, jedoch nicht erheblich unterschreiten können. Damit steht es A1TA selbst frei durch Gestaltung ihrer Retail-Preise die notwendige Refinanzierung des Ausbaus sicherzustellen. Die Problematik der mangelnden Nachfrage nach hohen Bandbreiten sollte hingegen durch entsprechende Fördermodelle angegangen werden, jedoch keine Rolle bei der Beurteilung der Frage spielen, ob durch den VHNC Vertrag effektiver Wettbewerb garantiert wird.

Die ISPA ersucht um Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen und weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



ISPA – Internet Service Providers Austria

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander