

konsultationen@rtr.at

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

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
1060 Wien

Datum: 20. April 2005

Bearbeiter: Mag. Jan Engelberger
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 31

Fax: 01/586 69 71

E-Mail: engelberger@vat.at

DVR 0043257

Entwurf Novelle TKMVO 2003 – Breitbandmarkt

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf die öffentliche Konsultation des Entwurfes der 8. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die „1. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die der sektorspezifischen ex-ante Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für den Telekommunikationssektor festgelegt werden (Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 – TKMVO 2003)“ geändert wird, dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zur Kenntnis bringen.

1. Rechtliche Kriterien der Marktabgrenzung

Gemäß Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG werden die sachlich relevanten Märkte zunächst in der diesbezüglichen Empfehlung der EU-Kommission im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts definiert. Sodann obliegt es gemäß Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie der nationalen Regulierungsbehörde, die sachlich und geografisch relevanten Märkte – ebenfalls im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts – festzulegen. Dabei hat die nationale Regulierungsbehörde die von der EU-Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse (Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABI C 165, 11.7.2002, S. 6) weitestgehend zu berücksichtigen.

Gemäß Rz 38 der Leitlinien sind die Hauptkriterien für die Marktabgrenzung einerseits die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite (nachfrageseitige Substituierbarkeit), andererseits die Angebotsumstellungsflexibilität (angebotsseitige Substituierbarkeit). Rein potentieller Wettbewerb auf der Angebotsseite ist dagegen erst auf der Stufe der Marktanalyse, nicht auf der Stufe der Marktdefinition zu

berücksichtigen. Wie im Folgenden näher ausgeführt wird, erfüllt die von der RTR vorgeschlagene sachliche Marktdefinition diese Kriterien nicht.

2. Zum Einschluss von Kabelfernsehtetzen und anderen Infrastrukturen als nachfrageseitiges Substitut

Im Annex zu ihrer Märkteempfehlung (ABI L 114, 8.5.2003, S. 45) führt die EU-Kommission aus, dass der Breitbandzugangsmarkt PSTN-basierten Bitstream Access beinhaltet sowie Vorleistungszugang, der über andere Infrastrukturen angeboten wird, wenn und sobald diese zu Bitstream Access äquivalente Einrichtungen anbieten."

Die EU-Kommission hat in mehreren Stellungnahmen im Rahmen des Koordinationsverfahrens gemäß Art. 7 der Rahmenrichtlinie (z.B. Fälle UK/2003/0032, SE/2004/0083, FI/2004/0062) klargestellt, dass Kabelfernsehtetze nur dann in den Vorleistungsmarkt für Breitbandzugang fallen, wenn bewiesen werden kann, dass Kabelfernsehtetze tatsächlich Einrichtungen anbieten, die zu Bitstream Access äquivalent sind.

Auch in ihrer Stellungnahme IE/2004/0093 betonte die Europäische Kommission die Bedeutung der nachfrageseitigen Substitution als entscheidenden Faktor für die Frage, ob Kabelnetze in die Marktdefinition miteinbezogen werden sollen. Dazu führte die Kommission aus:

"For the definition of the relevant market, demand side substitution represents the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product, in particular in relation to their pricing decisions. Basically, the exercise of market definition consists in identifying the effective alternative sources of supply for the customers of the undertakings involved [...] The Commission considers that in the presence of evidence excluding demand side substitutability at the wholesale level, [...] an indirect competitive constraint could have been taken into account subsequent to the definition of the relevant market, i.e. at the stage of assessment of SMP." (Hervorhebung hinzugefügt)

Wesentlich ist also, ob für die Nachfrager nach Breitbandzugang auf der Vorleistungsebene auch effektiv und tatsächlich eine Alternative zu PSTN-Bitstream Access zur Verfügung steht. Dies ist jedoch zur Zeit nicht der Fall.

Wie die RTR in ihrem Papier zur Marktabgrenzung selbst richtig feststellt, gibt es von Kabelnetzbetreibern kein öffentlich verfügbares Angebot für ein Vorleistungsprodukt für Breitbandzugang. Im Gegenteil, die meisten Kabelnetzbetreiber, insbesondere Telekabel, sind amtsbekanntermaßen nicht bereit (und bei Fehlen von Marktmacht auch nicht verpflichtet), ein derartiges Vorleistungsprodukt bereitzustellen.

Die RTR hält dazu im genannten Papier richtig fest:

"Ein[e] Substitution wird gegenwärtig also vor allem dadurch eingeschränkt, dass von den meisten Kabelnetzbetreibern keine

öffentlichen Open Access-Angebote vorliegen und im Allgemeinen nicht davon ausgegangen werden kann, dass hinreichend viele ISPs, die im Moment ein DSL-Bitstream-Produkt beziehen, äquivalente Verträge mit Kabelnetzbetreibern aushandeln können. Bei einigen (vor allem den größeren) Kabelnetzbetreibern, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Zugangsverweigerung auf strategisches Verhalten [...] zurückzuführen ist."

Alternativen Anbietern steht daher zur Zeit am Markt keine wirksame Alternative zum DSL-Bitstream-Access zur Verfügung. Insbesondere bieten weder Kabelnetzbetreiber noch Anbieter von Fixed-Wireless Access (z.B. W-LAN) oder Fibre to the Home eine derartige wirksame Alternative am Markt an. All diese Infrastrukturen stellen daher aus Sicht der Nachfrager kein verfügbares Substitut zu DSL-Bitstream-Access dar und fallen somit nicht in den hier relevanten Markt.

Richtigerweise hat die RTR in ihrem Papier zur Marktabgrenzung Powerline nicht als Substitut für Bitstream-Access angesehen, weil Powerline noch nicht tatsächlich am Markt angeboten wird und somit auch kein bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt über Powerline zur Verfügung steht. Dasselbe gilt aber auch für Kabelnetze, Fixed-Wireless Access und Fibre to the Home, weil auch über diese Infrastrukturen kein bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt am Markt angeboten wird. Hier einen rein technologiebedingten Unterschied zu machen, wäre nach dem Prinzip der Technologieneutralität nicht zulässig.

Jedenfalls unrichtig ist es, die Kooperation zwischen Telekabel und Telesystem Tirol bzw. die Kooperation zwischen Telekabel und mehreren österreichischen Universitäten als bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt anzusehen. Es handelt sich in all diesen Fällen nämlich nicht um ein Vorleistungsprodukt, sondern um Vertriebskooperationen, die Telekabel mit einigen wenigen Unternehmen bzw. Institutionen eingegangen ist.

Im Rahmen dieser Kooperationen vermarktet Telekabel ihre Produkte als eigene Produkte (z.B. "Chello StudentConnect"), und nicht als Produkte der Kooperationspartner. Dabei stellt nicht Telekabel seinen Partnern ein Vorleistungsprodukt bereit, sondern umgekehrt, die Kooperationspartner liefern ein Vorleistungsprodukt – nämlich im Fall der Universitäten: Internet Connectivity – an Telekabel. Dieses Vorleistungsprodukt verkauft Telekabel dann als Bestandteil ihres eigenen Endkundenprodukts unter der eigenen Marke "Chello" an die Endkunden weiter. Schon dieser wesentliche Unterschied zeigt, dass auch bei diesen Kooperationen kein bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt von Kabelnetzbetreibern angeboten wird.

Darüber hinaus stellt Telekabel diese Kooperationsmöglichkeit auch nicht jedem Interessenten, also nicht am Markt zur Verfügung. Auch deshalb können derartige Kooperationen nicht als äquivalent zu einem Bitstream-Angebot der TA gesehen werden.

In ihrem Papier zur Marktabgrenzung führt die RTR auf S. 7 eine Grafik an, aus der hervorgeht, dass per Ende 2004 6% der Breitbandzugänge in Österreich im Wege eines "CATV Wholesale" realisiert sein sollen. Dazu ist zunächst anzumerken, dass

es sich dabei um eine Darstellung des Endkundenmarktes für Breitbandzugang handelt. Der hier zu definierende Breitbandmarkt ist jedoch ein Vorleistungsmarkt. Für die Frage, welche Vorleistungsprodukte in diesen Markt fallen, kommt es ausschließlich auf die Vorleistungsebene an. Die Grafik auf S. 7 vermischt allerdings diese Marktebenen.

Zudem sind die von der RTR angegebenen Zahlen betreffend "CATV Wholesale" nicht nachvollziehbar. Als einzige Stütze für diese Zahl gibt die RTR an, dass es sich dabei um eine Schätzung der RTR handelt. Worauf allerdings diese Schätzung beruht, wird nicht ausgeführt. Fraglich ist dabei insbesondere, was die RTR unter "CATV Wholesale" versteht. Jedenfalls kann es sich dabei nicht um ein Wholesale-Produkt handeln, das zu Bitstream Access äquivalent ist, da ein solches Produkt – wie bereits ausgeführt – nicht am Markt verfügbar ist.

Insbesondere können, wie bereits ausgeführt, die Kooperationen zwischen Telekabel und diversen Universitäten nicht als Wholesale angesehen werden, da diese Produkte nicht von den Universitäten, sondern von Telekabel selbst (Chello StudentConnect) am Endkundenmarkt angeboten werden und Telekabel auch kein Vorleistungsprodukt an die Universitäten bereitstellt, sondern umgekehrt. Aus diesen Gründen ist es auch unzutreffend, diese Kooperationen in der Grafik auf S. 7 als "CATV Wholesale" zu bezeichnen.

Dem VAT liegen zurzeit jedenfalls keine Wholesale-Angebote vor. Bekanntlich repräsentiert der VAT einen großen Teil der österreichischen Telekom- und Breitbandinternet-Anbieter. Daher können die von der Behörde beschriebenen „Wholesale-Angebote“, keine relevante Größe bei der Bestimmung des Vorleistungsmarktes für Breitbandzugänge haben. *Immerhin beruht auf dieser Einschätzung, ob der Telekom Austria ein Marktanteil von 46%, oder ein Marktanteil von knappen 80% zugesprochen wird. Selbst bei geförderten Breitbandprojekten, bei denen man ein verpflichtendes Wholesale-Angebot vermuten würde, gibt es diese Möglichkeit nicht (Beispiel: Nökom).*

3. Zum Einschluss von Kabelfernsehtzen und anderen Infrastrukturen als angebotsseitiges Substitut

Auch die angebotsseitige Substituierbarkeit (Angebotsumstellungsflexibilität) wurde von der RTR nicht richtig bewertet. Bei der angebotsseitigen Substituierbarkeit ist gemäß Rz 52 der Leitlinien zur Marktanalyse zu prüfen, ob bisher in dem relevanten Produktmarkt noch nicht tätige Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums infolge einer relativen Preiserhöhung, d. h. einer kleinen, aber signifikanten und anhaltenden Preiserhöhung, in den Markt eintreten wollen. Dazu bestimmt Rz 52 der Leitlinien näher:

"Außerdem müssen die NRB feststellen, ob ein bestimmter Anbieter tatsächlich seine Produktionsmittel für die Herstellung des relevanten Produkts verwenden oder umstellen würde (ob seine Kapazität z. B. aufgrund langfristiger Liefervereinbarungen ausgelastet ist usw.). Eine rein hypothetische Angebotsumstellungsflexibilität reicht für die Marktdefinition nicht aus." (Hervorhebung hinzugefügt)

Es dürfen also nur solche Angebote in die Marktdefinition eingeschlossen werden, die auch tatsächlich, nicht nur hypothetisch, bei einer 5-10%igen Preiserhöhung als Substitut am Markt angeboten werden würden.

Diese Sicht der Europäischen Kommission wurde auch in der Transit-Entscheidung der Kommission vom 20.10.2004, C(2004)4070 final, betreffend die Zurückziehung des Entwurfs der Marktanalyseentscheidung der Telekom-Control-Kommission zum Transitmarkt, bekräftigt. In dieser Entscheidung hielt die Europäische Kommission unter Rz 21 fest:

"In the notification and additional information no evidence is provided that network operators that ceased to purchase transit services subsequent to self-provision through direct interconnection would, in the short term, be willing and consider it economically viable to supply systematically transit services to third parties. Mere hypothetical supply-side substitution is not sufficient for the purposes of market definition."
(Hervorhebung hinzugefügt)

Es kommt also entscheidend darauf an, ob Kabelnetzbetreiber (oder Anbieter anderer Infrastrukturen) kurzfristig in der Lage und Willens wären, ein bitstream-äquivalentes Produkt systematisch, also nicht nur in Einzelfällen, anzubieten.

Dazu hält die RTR selbst jedoch in ihrem Papier zur Marktabgrenzung auf S. 29 ausdrücklich fest, dass Kabelnetze kein angebotsseitiges Substitut darstellen:

"Betreffend die Angebotssubstitution auf der Vorleistungsebene stellt sich die Frage, ob ein Kabelnetzbetreiber als Reaktion auf eine 5-10%ige Preiserhöhung DSL-basierte Vorleistungsangebote (d.h. basierend auf einem Kupferdoppelader-Anschlussnetz) anbieten könnte. Eine solche Umstellung kann jedoch ausgeschlossen werden, da die Verlegung eines leitungsgebundenen Zugangsnetzes unabhängig von der damit eingesetzten (Übertragungs-) Technologie mit erheblichen versunkenen Kosten (Grabungskosten) verbunden ist [...] Angebotsseitige Substitution liegt also nicht vor." (Hervorhebung hinzugefügt)

Weiters hält die RTR im genannten Papier auf S. 32 richtig fest, dass Kabelnetzbetreiber gar nicht Willens sind, ein bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt systematisch anzubieten:

"Ein[e] Substitution wird gegenwärtig also vor allem dadurch eingeschränkt, dass von den meisten Kabelnetzbetreibern keine öffentlichen Open Access-Angebote vorliegen und im Allgemeinen nicht davon ausgegangen werden kann, dass hinreichend viele ISPs, die im Moment ein DSL-Bitstream-Produkt beziehen, äquivalente Verträge mit Kabelnetzbetreibern aushandeln können. Bei einigen (vor allem den größeren) Kabelnetzbetreibern, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Zugangsverweigerung auf strategisches Verhalten

(Übertragung von Marktmacht von der Vorleistungs- auf die Endkundenebene) zurückzuführen ist." (Hervorhebung hinzugefügt)

Damit anerkennt die RTR ausdrücklich, dass Kabelnetzbetreiber weder derzeit noch in Zukunft Open Access systematisch am Markt anbieten (werden). Dazu ist anzumerken, dass Kabelnetzbetreiber rechtlich auch nicht verpflichtet sind, Open Access anzubieten, solange sie nicht auf dem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Schlussfolgerung der RTR, dass Kabelnetzbetreiber aus strategischen Gründen auch in Zukunft kein bitstream-äquivalentes Vorleistungsprodukt anbieten werden, ist deshalb sicher richtig.

Somit ist aber klar, dass Kabelnetzbetreiber auch bei einer 5-10%igen Preiserhöhung nicht beginnen würden, kurzfristig und systematisch Open Access am Markt anzubieten. Open Access über Kabelnetze kann daher gemäß den Vorgaben der EU-Kommission in ihren Leitlinien zur Marktanalyse nicht als angebotsseitiges Substitut in die Marktdefinition miteinbezogen werden.

Die hypothetische Möglichkeit, dass Kabelnetzbetreiber Open Access anbieten könnten, reicht dazu nicht aus. Vielmehr handelt es sich dabei nur um potenziellen Wettbewerb. Die Leitlinien der EU-Kommission halten dazu in Rz 38 fest:

"Der Unterschied zwischen potenziellem Wettbewerb und Angebots-umstellungsflexibilität liegt darin, dass Letztere sofort auf eine Preiserhöhung reagiert, wohingegen potenzielle Markteinsteiger u.U. mehr Zeit benötigen, um ihr Angebot auf den Markt zu bringen. Angebotssubstituierbarkeit impliziert keine spürbaren Zusatzkosten, während ein potenzieller Markteintritt nur zu erheblich gesunkenen Kosten stattfindet. Die Frage, ob potenzieller Wettbewerb besteht, sollte daher untersucht werden, um festzustellen, ob in einem Markt echter Wettbewerb im Sinne der Rahmenrichtlinie besteht, ob also Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorhanden sind." (Hervorhebung hinzugefügt)

Diese Wettbewerbsmöglichkeit ist somit auch deshalb im Sinne der Leitlinien der EU-Kommission ein rein potenzieller Wettbewerb. Dieser potenzielle Wettbewerb, der von Kabelnetzbetreibern ausgehen mag, ist demnach nicht im Zuge der Marktdefinition, sondern erst im Zuge der Marktanalyse zu berücksichtigen. Zu definieren ist der relevante Markt ausschließlich nach Maßgabe der tatsächlichen Substituierbarkeit auf Vorleistungsebene, die entsprechend nachzuweisen ist (siehe dazu oben).

Aus den genannten Gründen ist Open Access über Kabelnetze kein angebotsseitiges Substitut für Bitstream Access und fällt somit nicht in den Vorleistungsmarkt für Breitbandzugang. Allenfalls ist Open Access als potenzieller Wettbewerb im Rahmen der Marktanalyse (nicht der Marktdefinition) zu berücksichtigen.

Dasselbe gilt auch für die Anbieter anderer Breitbandinfrastrukturen wie z.B. Fixed-Wireless Access (W-LAN) oder Fibre to the Home, da auch diese Anbieter nicht bereit sein werden, Vorleistungszugang zu ihren Infrastrukturen systematisch am

Markt anzubieten. Auch hierbei handelt es sich allenfalls um potenziellen Wettbewerb.

4. Unrichtige Berücksichtigung der Endkundenmärkte

Die RTR erkennt in ihrem Papier selbst an, dass die Substituierbarkeit von Bitstream Access und Open Access über Kabelnetze auf Vorleistungsebene eingeschränkt ist (siehe S. 30 ff), u.a. weil Open Access nicht öffentlich am Markt angeboten wird.

Die RTR hält die mangelnde Substitution auf der Vorleistungsebene jedoch für nicht relevant aufgrund angeblicher restringierender Wettbewerbskräfte auf der Endkundenebene. Dadurch weicht die RTR von den Leitlinien der EU-Kommission ab, die bei der Marktdefinition ausdrücklich nur auf die (angebots- und nachfrageseitige) Substituierbarkeit mit dem jeweiligen relevanten Produkt abstellen. Allfällige andere Produkte, die auf einem nachgelagerten Markt (Endkundenmarkt) angeboten werden, spielen für die Marktdefinition auf dem relevanten Markt keine Rolle. Die Betrachtung der Endkundenebene im Zuge der Definition eines Vorleistungsmarktes ist daher schon grundsätzlich verfehlt.

Aber auch die Argumente, die die RTR für die angeblichen restringierenden Wettbewerbskräfte auf dem Endkundenmarkt anführt, treffen nicht zu. So argumentiert die RTR in ihrem Papier zur Marktabgrenzung auf S. 17 f, dass ein monopolistischer Anbieter von DSL-Bitstream Access den Preis für sein Vorleistungsprodukt gar nicht profitabel erhöhen könne, da ansonsten auch sein eigener Endkunden-Breitbandzugang teurer würde und er seine Endkunden an Kabelnetzbetreiber verlieren würde.

Diese Überlegung ist ebenfalls grundsätzlich verfehlt, da sie die Existenz der Vorabregulierung des Breitband-Vorleistungsmarktes bereits voraussetzt. Wenn TA nämlich kein Diskriminierungsverbot (§ 38 TKG 2003) auferlegt wird, ist eine Preiserhöhung bei Bitstream-Access für TA sehr wohl profitabel. TA könnte dann den Vorleistungspreis für Bitstream-Access anheben, aber ihren eigenen Endkundenpreis für den Breitbandzugang unverändert lassen. In diesem Fall könnte TA selbst auf Endkundenebene weiterhin effektiv mit den Kabelnetzbetreibern in Wettbewerb treten und dennoch auf Vorleistungsebene erhöhte Entgelte für Bitstream Access von ihren Wettbewerbern lukrieren.

Es zeigt sich somit, dass eine Preiserhöhung auf Vorleistungsebene – ohne Regulierungseingriff – für TA profitabel sein kann, selbst wenn auf Endkundenebene (theoretisch) vollkommener Wettbewerb herrschen würde. Die angebliche Restriktion der Vorleistungspreise der TA aufgrund von Wettbewerb auf der Endkundenebene besteht daher nicht.

Aus all diesen Gründen kann nicht von den Wettbewerbsverhältnissen am Endkundenmarkt auf die Definition des Vorleistungsmarktes geschlossen werden. Vielmehr ist der Vorleistungsmarkt gemäß den Leitlinien der EU-Kommission ausschließlich aufgrund der angebots- und nachfrageseitigen Substituierbarkeit des Vorleistungsprodukts zu definieren.

5. Schlussfolgerungen

Der geplante Verordnungstext selbst stößt auf keinen Einwand des VAT, da die Verordnung nur die Relevanz des Breitbandmarktes an sich (mit bundesweiter Ausdehnung) festlegt.

Die sachliche Abgrenzung dieses Marktes, wie sie in den Erläuternden Bemerkungen zur geplanten Verordnung und im RTR-Papier mit dem Titel "Abgrenzung des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" vorgeschlagen wird, ist jedoch verfehlt.

Weder über Kabelnetze noch über andere Infrastrukturen sind äquivalente Substitute für Bitstream-Access verfügbar. Alle diese Infrastrukturen fallen daher nach den Leitlinien der EU-Kommission zur Marktanalyse nicht in den relevanten Markt.

Der VAT fordert daher eine Änderung der Erläuternden Bemerkungen, mit der festgehalten wird, dass Kabelnetze und andere Infrastrukturen nicht in den relevanten Markt fallen. Für allfällige Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen wir wie immer jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Jan Engelberger