

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: 06. Dezember 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

Konsultation Z 5/05 eTel Austria AG - Telekom Austria AG wg. Erlass einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 betreffend eine Vereinbarung über Rebilling

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Hinblick auf die Konsultation zum Entwurf einer Vollziehungshandlung der Telekom-Control-Kommission (TKK) Z 5/05-32 gem. § 50 Abs. 1 TKG 2003 betreffend eine Vereinbarung über den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung, dürfen wir Ihnen die Position des Verbands Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) zu dieser geplanten Regulierungsmaßnahme zur Kenntnis bringen.

Wir halten den Entscheidungsentwurf, mit welchem der Antrag auf Erlass einer Anordnung über den Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung im Sinne eines "Rebiling" abgewiesen werden soll, für rechtlich verfehlt und den Zielen des TKG 2003 widersprechend und begründen dies wie folgt:

Als Begründung für die Abweisung des Antrages werden im Entscheidungsentwurf dem Grunde nach drei verschiedene Begründungslinien genannt:

- Eine Verpflichtung der TA zu der nachgefragten Leistung sei nicht aus der Gleichbehandlungsverpflichtung ableitbar, da es sich nicht um "gleiche Umstände" handle und die nachgefragte Leistung auch keine Vorleistung darstelle.
- Eine Verpflichtung der TA sei auch nicht aus der der TA auferlegten Zugangsverpflichtung bzw. dem Entbündelungsgrundsatz ableitbar, weil es sich bei der nachgefragten Leistung um die Gewährung einer Zugangsleistung außerhalb des TA-Standard-Wiederverkaufsangebotes handle und im Rahmen dieses Standard-Wiederverkaufsangebotes jene Teilleistungen, die lt. Antrag nicht gewünscht werden, ohnedies auch nicht abgenommen werden müssten.
- Schließlich sei die beantragte Leistung nicht notwendig zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, weil andere Zugangsformen in ausreichendem Maß zur Verfügung stünden.

Alle drei Begründungslinien halten unserer Ansicht nach einer Überprüfung nicht Stand.

Ad Gleichbehandlungsverpflichtung

Die Regulierungsbehörde begründet ihre Ansicht, dass "keine gleichen Umstände" vorlägen, damit, dass zur Realisierung des beantragten Rebilling zusätzliche Modifikationen im Vergleich zu den AGB-Telefon und den LB-Fernsprechanschluss der TA (wie etwa die Eingabe eines neuen Tarifs im System der TA, um einen Wholesale-Abschlag vorzunehmen) notwendig wären.

Damit wird jedoch grundsätzlich das Wesen der Gleichbehandlungsverpflichtung verkannt. Würde man der Ansicht der Regulierungsbehörde folgen, wonach die Notwendigkeit jeder auch noch so geringfügigen Änderung an den derzeitigen Systemen, Verträgen oder AGB der TA dazu führt, dass die Leistung nicht "unter gleichen Umständen" erbracht wird, dann würde damit der Gleichbehandlungsverpflichtung vollständig der Anwendungsbereich entzogen. Tatsächlich bedarf jedes Vorleistungsprodukt gewisser Anpassungen, insbesondere, wenn bislang diese Vorleistung nur unternehmensintern dem Endkundenbereich der TA zur Verfügung gestellt worden ist. Auch alle anderen Vorleistungen, wie beispielsweise Carrier Preselection, Entbündelung oder auch Wiederverkauf der Anschlussleistung in Form des TA-Standardangebotes, erforderten selbstverständlich (teilweise sogar massive) Anpassungen in den Systemen und Verträgen der TA. Das schließt jedoch keineswegs aus, dass TA aufgrund der Gleichbehandlungsverpflichtung dazu verpflichtet ist, diese Vorleistungen an Dritte zu erbringen.

In den erläuternden Bemerkungen zu § 38 TKG 2003 heißt es: "*Der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren, insbesondere, wenn es sich um vertikal integrierte Unternehmen handelt, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie auf nachgelagerten Märkten in Wettbewerb stehen.*"

Dies zeigt schon, dass es dem Gesetzgeber darum geht, Dritte im Wettbewerb gleich zu stellen mit dem Endkundenarm des vertikal integrierten Unternehmens. Dass dafür stets gewisse Anpassungen notwendig sein werden, weil die Situation eines Dritten eben nicht eins zu eins mit jener des unternehmensinternen Endkundenbereichs ident ist, versteht sich von selbst.

Dies wird auch von der einschlägigen Literatur so gesehen: "*Die Gleichbehandlungsverpflichtung (Art 10 Zugangs-RL) soll nach Erwgr 17 zur Zugangs-RL garantieren, dass insbesondere **vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht, die Dienste für andere Anbieter erbringen, mit denen sie auf nachgelagerten Märkten im Wettbewerb stehen, den Wettbewerb nicht verzerren. Das Instrument der Gleichbehandlungsverpflichtung zielt darauf ab, dass das marktmächtige Unternehmen seine eigenen Dienste im Wettbewerb nicht bevorzugt; auch (und insbesondere) **interne Leistungsbeziehungen** sind daher von Gleichbehandlungsverpflichtungen betroffen.***" Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003, S. 154 – Hervorhebung im Original.

Dass TA "unter gleichen Umständen" zur Gleichbehandlung verpflichtet ist, setzt daher keineswegs voraus, dass keinerlei Anpassungen in den TA-Systemen, TA-Verträgen etc. notwendig sein dürfen. Gleiche Umstände liegen vielmehr auch dann vor, wenn ein Dritter Leistungen in der gleichen Form nachfragt, wie sie der TA-Endkundenarm ebenfalls nachfragen würde bzw. müsste, wenn es sich nicht um ein vertikal integriertes Unternehmen handeln würde.

Genau dies ist aber im verfahrensgegenständlichen Fall zutreffend. Der Antrag zielt genau darauf ab, die Leistung, die TA-unternehmensintern dem Endkundenbereich zur Verfügung gestellt wird, mit möglichst einfachen Mitteln auch Dritten verfügbar zu machen. Müsste der Endkundenarm der TA die Vorleistung unternehmensintern tatsächlich abkaufen, so wären dieselben Anpassungen in den Systemen und Verträgen nötig, wie sie im vorliegenden Antrag vorgesehen sind. Es müsste etwa ebenfalls ein neuer Tarif in das System der TA eingegeben werden, um einen Großhandelsabschlag vorzunehmen. Somit liegen aber zweifelsohne "gleiche Umstände" und damit die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung vor.

Wenn die Regulierungsbehörde weiters auf eine zusätzlich auferlegte Verpflichtung im Marktanalysebescheid M1 bzw. M2/03 verweist, so bleibt unklar, was damit für ihren Standpunkt gewonnen wird. Im zweiten Satz des Spruchpunkts 2.3 der angeführten Bescheide, auf den der Entscheidungsentwurf Bezug nimmt, heißt es: *"Telekom Austria AG hat insbesondere betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten als Vorleistung erfordern, diese Vorleistung anderen Unternehmern zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten."* Daraus leitet die Regulierungsbehörde ab, dass sich die der TA auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung (nur) auf Vorleistungen erstreckt und meint wohl, dass die hier nachgefragte Leistung keine Vorleistung darstellt.

Dem ist zunächst schon einmal entgegenzuhalten, dass dieser zweite Satz mit dem Wort "insbesondere" eingeleitet wird und daher ein Umkehrschluss, wonach nur Vorleistungen anzubieten wären, schon von vorneherein nicht haltbar ist.

Selbst wenn man aber die Auffassung der Regulierungsbehörde teilen würde, wonach sich die auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung im Verhältnis zu Wettbewerbern nur auf Vorleistungen erstreckt, bleibt unklar, wieso dies zur Abweisung des Antrags führen sollte. Vorleistungen sind definiert als *"Wert der im Produktionsprozess verbrauchten, verarbeiteten oder umgewandelten Waren und Dienstleistungen"*¹. Vorleistungen gibt es demnach eine große Menge und zwar auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette und alle zusammen sind Vorleistungen für ein am Endkundenmarkt angebotenes Produkt. Somit ist die beantragte Leistung, die TA auch dem eigenen Endkundenarm zur Verfügung stellt, ohne Zweifel eine Vorleistung für das von TA am Endkundenmarkt angebotene Produkt "Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten". Es kann wohl nicht sein, dass TA sich eine bestimmte Vorleistung oder Vorleistungsebene aussuchen könnte, um damit der Verpflichtung zur Zurverfügungstellung aller anderen Vorleistungen zu entgehen.

¹ Wikipedia mit Hinweis auf das europäische System volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 1995)

Daher ist TA schon aufgrund der ihr auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung dazu verpflichtet, die beantragte Anschlussleistung verfügbar zu machen.

Ad Zugangsverpflichtung und Entbündelungsgrundsatz

Spruchpunkt 2.2 der Bescheide M1 bzw. M2/03 bezieht sich hinsichtlich der Verpflichtung zur Legung eines Standardangebotes explizit auch auf § 38 TKG 2003. § 38 Abs. 3 TKG 2003 lautet: *"Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben."*

Schon aufgrund des Gesetzes ist somit klar, dass TA nicht bloß dazu verpflichtet ist, ein Standardangebot betreffend den Wiederverkauf der Anschlussleistung in einer bestimmten Form zu legen. Vielmehr sind hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten und die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Entgelte dafür anzugeben. Dass nun ein Marktbedarf nach der im gegenständlichen Verfahren beantragten Form des Wiederverkaufs der Anschlussleistung besteht, ergibt sich nicht nur aus der Nachfrage selbst, die zu diesem Verfahren geführt hat, sondern auch aus den zahlreichen wiederholten öffentlichen Äußerungen der Branche und nicht zuletzt der Tatsache, dass das Standard-Wiederverkaufsangebot der TA den Marktbedarf offensichtlich nicht erfüllt (siehe dazu unten).

Nun ist es so, dass das TA-Standard-Wiederverkaufsangebot unter anderem eine Einmalzahlung in Höhe von € 750.000,-- bei Vertragsunterzeichnung sowie einen Aufschlag von € 11,32 auf das pro Endkunden anfallende Herstellungsentgelt vorsieht. Das hohe Einmalentgelt und das zusätzliche variable Entgelt wurden damit begründet, dass umfangreiche Umstellungen in den Systemen der TA notwendig seien, um die angeblich erforderliche Mandantenfähigkeit sicher zu stellen und die Bereitstellung der Call-Detail-Records (CDR) binnen kurzer Frist zu ermöglichen. Wenn nun Nachfrage nach einer modifizierten Form des Wiederverkaufs der Anschlussleistung besteht, bei welcher die Mandantenfähigkeit nicht benötigt wird und auch die kurzfristige Zurverfügungstellung der CDR nicht gewünscht wird, so ist die Verpflichtung der TA dazu schon aufgrund des oben zitierten Spruchpunktes in Verbindung mit der oben zitierten Gesetzesbestimmung zwingend.

Eine solche Option, nämlich die hier als "Rebilling" bezeichnete Form des Wiederverkaufs der Anschlussleistung ohne die kostenintensiven Vorarbeiten und damit auch ohne die prohibitiv wirkende Einmalzahlung, sieht das Standard-Wiederverkaufsangebot der TA unseres Wissens nach jedoch nicht vor. Es ist daher unverständlich, wieso die Regulierungsbehörde im Entscheidungsentwurf vermeint, dass die nachgefragte Leistung (auch ohne die nicht benötigten Teilleistungen) ohnedies bezogen werden könnte. Daraus begründet aber die Regulierungsbehörde, dass der Anspruch nicht auf den Entbündelungsgrundsatz gestützt werden könne.

Daher ist TA auch aufgrund der ihr auferlegten Zugangsverpflichtung iVm dem Gesetzeswortlaut sowie aufgrund des Entbündelungsgrundsatzes dazu verpflichtet, die beantragte Anschlussleistung verfügbar zu machen.

Ad Andere Zugangsformen

Die Regulierungsbehörde bringt abschließend ihre Auffassung zum Ausdruck, dass auf die beantragten Leistungen deshalb kein Anspruch bestehe, "weil andere Zugangsformen in ausreichendem Maße zur Verfügung" stünden.

Dem ist zunächst einmal entgegenzuhalten, dass dem Gesetz an keiner Stelle eine dahingehende Einschränkung zu entnehmen ist, wonach etwa der Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Entbündelungsverpflichtung nur soweit reichen, als nicht in ausreichendem Maß andere Alternativen zur Verfügung stehen.

Zweitens ist die Annahme, dass andere Zugangsformen in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen, unrichtig. Wie der Regulierungsbehörde bekannt sein dürfte, wurde das so genannte "Standard-Wiederverkaufsangebot" der TA bislang von keinem einzigen Unternehmen am Markt angenommen, eben weil es am Markt vorbeiläuft und insbesondere durch die hohen upfront-Kosten prohibitiv ist. Genau aus diesem Grund wurde ja der Wiederverkauf der Anschlussleistung in der verfahrensgegenständlichen Form beantragt, um die Mängel des einzigen am Markt verfügbaren Angebots zu beseitigen.

Aber auch was die andere als Alternative genannte Möglichkeit, nämlich die Entbündelung, betrifft, kann bei objektiver Betrachtung wohl kaum gesagt werden, dass diese Möglichkeit reißenden Absatz findet. Die Möglichkeit zur Entbündelung besteht seit dem Jahre 1999. In diesen sechs Jahren wurden laut Entbündelungsbericht der RTR-GmbH nicht mehr als 2,5 % der Anschlussleitungen entbündelt. Worin im Detail die Mängel bei der Entbündelung liegen, soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden - Tatsache ist jedoch, dass trotz acht Jahren Liberalisierung und sechs Jahren Entbündelung alle bisher von der Regulierungsbehörde gesetzten Maßnahmen nicht dazu imstande waren, den Marktanteil des Ex-Monopolisten am Anschlussmarkt signifikant zu senken, sodass er nach wie vor bei über 95% liegt. Der allem vorangestellte Zweck des TKG, "durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der elektronischen Kommunikation die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten" (§ 1 Abs. 1 TKG 2003, Hervorhebung hinzugefügt) ist damit offensichtlich nicht erreicht worden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es uns fast als zynisch, einen weiteren Versuch zur Schaffung von Wettbewerb am Anschlussmarkt mit der Begründung abzuweisen, dass ohnedies andere Zugangsformen in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen würden.

Demgegenüber hat die Regulierungsbehörde im vor kurzem vorgelegten Entwurf einer Vollziehungshandlung M1/05 (Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene) selbst mehrfach das Konzept der Investitionsleiter (Ladder of

Investment) zitiert, welches besagt, dass Infrastrukturwettbewerb durch Zugangsmöglichkeiten für alternative Betreiber auf mehreren Wertschöpfungsebenen gefördert werden kann. *"Wie festgestellt, kann die Verweigerung des Zuganges zu Bitstream-Produkten zu einer Marktzutrittsbarriere am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang werden. Steht kein Bitstream-Produkt zur Verfügung, so besteht die einzige Möglichkeit für ISPs, die nicht selbst über Infrastruktur im Zugangsbereich verfügen, darin, zu entbündeln. Da für eine Entbündelung relativ hohe versunkene Investitionen erforderlich sind, sind die Zutrittsbarrieren für solche ISPs sehr hoch. Steht jedoch ein Bitstream-Produkt zur Verfügung, so kann ein ISP zunächst mit geringeren (versunkenen) Investitionen in den Endkundenmarkt eintreten und erst später, wenn eine bestimmte „kritische Masse“ erreicht ist, entbündeln („ladder of investment“). Durch die Verfügbarkeit eines Bitstream-Produktes werden also die Barrieren für eine Entbündelung gesenkt und somit der Markteintritt in den Markt für breitbandigen Zugang (mittels Entbündelung) erleichtert. Durch eine Verweigerung des Zugangs zu Bitstream-Produkten erhöhen sich folglich die Marktzutrittsbarrieren, was letztlich der Entstehung von selbsttragendem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb mittels Entbündelung entgegensteht."* M1/05-Entwurf, S. 27.

In diesem Licht widerspricht die im vorliegenden Entscheidungsentwurf vertretene Auffassung, dass die beantragten Leistungen nicht notwendig zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbes wären, der von der Regulierungsbehörde im Entscheidungsentwurf M1/05 vertretenen Auffassung diametral.

Auch im vorliegenden Verfahren geht es genau um die gleiche Problematik. Es bedarf des im gegenständlichen Verfahren beantragten Rebillings, da die anderen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten massive Vorinvestitionen bedürften und somit insbesondere für kleinere Betreiber prohibitiv wirken. Richtig ist daher, dass ein Wiederverkauf der Anschlussleistungen in Form des Rebilling den notwendigen ersten Schritt auf der "Ladder of Investment" darstellt, der es einem alternativen Betreiber ermöglicht, zunächst mit geringeren (versunkenen) Investitionen in den Endkundenmarkt einzutreten und erst später, wenn eine bestimmte kritische Masse erreicht ist, einen weiteren Schritt auf der Leiter in Richtung Entbündelung zu nehmen.

Gerade weil die Erfahrungen der Vergangenheit gezeigt haben, dass die vorhandenen Instrumente bzw. Zugangsformen nicht ausreichend waren, um relevanten Wettbewerb am Anschlussmarkt zu ermöglichen, wäre daher die Anordnung der beantragten Leistungen unbedingt notwendig zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbes im Sinne von § 41 Abs. 3 Ziffer 4 TKG 2003.

Auch die übrigen in § 41 Abs. 3 aufgezählten Vorgaben sprechen nicht gegen die Anordnung der beantragten Leistung. Im Gegenteil, auch Ziffer 3, wonach die "Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken" zu berücksichtigen ist, spricht für die Anordnung der Leistung in der beantragten Form, weil gerade durch diese die enorm hohen Anfangsinvestitionen der TA (> 32 Mio. €), die beim Wiederverkauf der Anschlussleistung in Form des TA-Standard-Wiederverkaufsangebotes anfallen würden, wegfielen.

Zusammengefasst spricht daher sehr viel für die Anordnung des Wiederverkaufs der Anschlussleistung in der spezifischen Form des Rebilling. Demgegenüber erweisen sich alle im vorläufigen Entscheidungsentwurf angeführten Bedenken als nicht stichhältig. Vielmehr ist unserer Ansicht nach der Anspruch auf die beantragte Leistung aufgrund des österreichischen TKG und der europäischen Vorgaben eindeutig.

Wir hoffen daher, dass die Regulierungsbehörde diesen Entscheidungsentwurf nochmals grundlegend überdenken wird und stehen für eine allenfalls gewünschte mündliche Erörterung jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Jan Engelberger