

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR)
per E-Mail
konsultationen@rtr.at

Wien, am 03. März 2009

Betreff: Öffentliche Konsultation der TKK zu M 9/09: Endkundenmarkt für Inlandsgespräche von Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, zum Entwurf einer Vollziehungshandlung betreffend die Aufhebung der Telekom Austria TA AG (TA) auf dem Endkundenmarkt für Inlandsgespräche von Privatkunden mit Bescheid M 3/06-64 vom 02.04.2007 auferlegten spezifischen Verpflichtungen wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Bisheriges Regulierungsumfeld

Der Markt für Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten in der TKMV 2003 (Markt 3) entsprach nach den Erläuternden Bemerkungen zur TKMV 2003 dem Markt Nr 3 der seinerzeitigen Märkteempfehlung der Europäischen Kommission. Damit bildeten sämtliche Verbindungen zu im Inland gelegenen Standorten einen einheitlichen Markt, wobei aufgrund unterschiedlicher Nachfragecharakteristik und anderen Formen der Marktbearbeitung durch Anbieter Privat- und Nichtprivatkunden getrennten Märkten zugerechnet wurden. Im Markt enthalten waren auch Wählverbindungen über Fax und Modem, sowie Voice over Broadband (VoB), aber nicht VoIP.

Der oben genannte Markt wurde entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektorspezifischer Regulierung festgelegt, wobei die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften erfolgte. Der festgelegte relevante Markt wurde daraufhin überprüft. Die Telekom-Control-Kommission (TKK) stellte in dem am 2.4.2007 entschiedenem Verfahren M 3/06

(Bescheid M 3/06) fest, dass die TA einen stabilen Marktanteil von ca 50 % aufweist und dass gemeinsam mit den auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt festgestellten Markteintrittsbarrieren zusammen mit den Vorteilen der horizontalen und vertikalen Integration in Verbindung mit der festgestellten Marktmacht auf dem benachbarten Zugangsmarkt vom Bestehen alleiniger beträchtlicher Marktmacht der TA auszugehen ist (vgl Bescheid M 3/06, S 76, Pkt D.8.8.1).

In der Schlussfolgerung des Bescheids M 3/06 (S 44 D.8.9) wurde dabei insbesondere folgendes berücksichtigt:

„Auf dem gegenständlichen Markt besteht das Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung durch Produktbündelung mit dem Grundentgelt sowie mit Produkten, die außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 (bspw. Breitbandinternetzugang für Endkunden) liegen.“ ...

„Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex ante Regulierung ergibt, dass TA aufgrund ihrer de facto nach wie vor monopolartigen Stellung auf dem benachbarten Zugangsmarkt Anreize hat, neben der Anwendung exzessiver Preise auf dem komplementären Zugangsmarkt auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt Kampfreise (zB in Form selektiver Rabatte) anzuwenden und somit die auf dem komplementären Zugangsmarkt existierende Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen.“

2. Bisherige Verpflichtungen der TA

In dem mit Beschluss der TKG am 2.4.2007 entschiedenem Verfahren M 3/06 wurde gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 festgestellt, dass die TA auf dem Markt „Inlandsgespräche für Privatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)“ iSd § 1 Z 3 TKMVO 2003 (idF BGBl II Nr 117/2005) über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Der TA wurden daher insbesondere folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

- Ex-Ante Kontrolle Entgelte und AGBs mit Ausnahme von kurzfristigen Aktionsangeboten. Die Regulierungsbehörde kann den angezeigten Entgeltbestimmungen und AGB inklusive Leistungsbeschreibungen innerhalb von acht Wochen widersprechen (Pkt I.2.1).
- Entsprechung der Endkundenentgelte am Maßstab der Kostenorientierung (Pkt I.2.2)
- Getrennte Buchführung (Pkt I.2.3)
- Wettbewerbliche Verträglichkeit von Bündelprodukten, wenn dies auch teilweise aus Produkten besteht, die dem gegenständlichen Markt angehören.

Die wettbewerbliche Verträglichkeit hat sich dabei an den Kriterien „Replizierbarkeit“, „Margin Squeeze“ und „Marktmachtübertragungspotential“ zu orientieren (Pkt I.4.3.).

3. Vorgaben der EK

Nach der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission (EK) vom 17.12.2007 (Empfehlung) ist bei der Festlegung der Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, zu prüfen, ob beträchtliche anhaltende Zugangshindernisse bestehen (Kriterium 1), ob der betreffende Markt nicht innerhalb des relevanten Zeitraums zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert (Kriterium 2) und ob das betreffende Marktversagen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln allein nicht angemessen entgegen gewirkt werden kann (vgl Empfehlung, EW 5).

Bei den von der EK angeführten Märkten wurde das Vorliegen der drei Kriterien von der EK angenommen. Die nationalen Regulierungsbehörden haben aber weiter die Möglichkeit über diese Märkte hinaus anhand der drei Kriterien das Vorhandensein weiterer relevanter Märkte, die im Anhang der Empfehlung 2003/311/EG vom 11. Februar 2003 (Empfehlung 2003), aber nicht im Anhang der Empfehlung genannt sind, zu prüfen um festzustellen, ob die nationalen Gegebenheiten die Vorabregulierung noch immer rechtfertigen. Die nationale Regulierungsbehörde kann unter Einhaltung von Artikel 7 der RL 2002/21/EG (RahmenRL), der gewisse Konsultations- und Kooperationspflichten vorsieht, auch Märkte festlegen, die von denen in der Empfehlung abweichen (vgl Empfehlung, EW 17).

Die Vorgaben der EK sehen also speziell für Märkte, die im Anhang der aktuellen Empfehlung nicht mehr angeführt sind vor, dass die nationalen Regulierungsbehörde – im Fall dass die Kriterien kumulativ erfüllt sind – diese Märkte weiter überprüfen können um Konsistenz in der Regulierung zu gewährleisten.

4. Aufhebung des Marktes 3

Der Markt 3 fand in der Empfehlung der EK und auch in der TKMV 2008 keine Berücksichtigung mehr, ebenso wie der (Endkunden) Markt für Inlandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Markt 4). Im vorliegenden Bescheidentwurf wird dazu ausgeführt, dass die Aufhebung des Marktes 3 in Übereinstimmung mit der Empfehlung der EK erfolgte und dass die TKMV 2008, die in § 4 leg cit den Wegfall des Marktes vorsieht, seit dem 18.11.2008 öffentlich auf der Homepage der RTR-GmbH konsultiert wurde. Der Wegfall des Marktes 3 sei daher spätestens mit dem Inkrafttreten der TKMV 2008 mit Ablauf des 30.12.2008 bekannt und das Unterbleiben der neuerlichen Aufnahme des Marktes 3 sowie damit verbunden die Aufhebung des Marktes 3 hätte es allen Verfahrensparteien erlaubt, von einer baldigen Aufhebung der Verpflichtungen der TA aus dem Bescheid M 3/06 auszugehen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass einerseits die (trotz entsprechendem Antrag nicht verlängerte) Frist für die Konsultation der TKMV 2008, die insgesamt mehrere

hundert Seiten umfasst, mit knappen drei Wochen sehr kurz bemessen war, was in mehreren Stellungnahmen urgierend wurde, und zB uns die Möglichkeit nahm auf alle relevanten Aspekte ausreichend einzugehen. Andererseits wurde in anderen Stellungnahmen auf die Probleme, die durch einen Wegfall der Endkundenmärkte einhergehen, hingewiesen.

Weiter wird im vorliegenden Entwurf ausgeführt, dass Markt 3 ein Endkundenmarkt ist und *„allfällige Auswirkungen der Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen für Wettbewerber von Telekom Austria [...] sich daher lediglich auf diesem Markt auswirken. Die Situation von Wettbewerbern von Telekom Austria auf allen benachbarten Vorleistungsmärkten ist dagegen nicht beeinträchtigt.“* Abschließend wird noch für Fall von Marktmachtmissbrauch durch die TA auf das allgemeine Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz 2005) verwiesen.

Dem sind folgende Feststellungen, die die Regulierungsbehörde selbst in der Schlussfolgerung des Bescheids M 3/06 (S 44 D.8.9) getätigt hat, zu entnehmen:

- *„Auf dem gegenständlichen Markt besteht das Wettbewerbsproblem der Marktmachtübertragung durch Produktbündelung mit dem Grundentgelt sowie mit Produkten, die außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 (bspw. Breitbandinternetzugang für Endkunden) liegen.“*

Es wurden also durchaus Wettbewerbsprobleme durch Produktbündelung erkannt, die auch außerhalb der Märkte der TKMVO 2003 liegen und damit natürlich auch die Situation von Mitbewerbern der TA ua auf den benachbarten Vorleistungsmärkten beeinträchtigen

- *„Auch die vorzunehmende Berücksichtigung der Situation im Falle des Wegfallens der ex ante Regulierung ergibt, dass TA aufgrund ihrer de facto nach wie vor monopolartigen Stellung auf dem benachbarten Zugangsmarkt Anreize hat, neben der Anwendung exzessiver Preise auf dem komplementären Zugangsmarkt auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt Kampfreise (zB in Form selektiver Rabatte) anzuwenden und somit die auf dem komplementären Zugangsmarkt existierende Marktmacht auf den gegenständlichen Verbindungsmarkt zu übertragen.“*

Zudem wurde hier explizit festgestellt, dass der Wegfall der sektorspezifischen Regulierung massive wettbewerbsrechtliche Probleme zur Folge haben würde.

Der Verweis auf das allgemeine Wettbewerbsrecht ist in diesem Zusammenhang als nicht zielführend zu werten, da ein Abstellen eines Wettbewerbsverstößes ex post den entstandenen Schaden im Regelfall nicht kompensiert, das Prozessrisiko und die üblicherweise längere Verfahrensdauer zu berücksichtigen ist, was insbesondere kleineren aufstrebenden Providern ein Durchsetzen ihrer Rechte erheblich erschwert.

5. Anregung der ISPA

Die ISPA befürchtet durch den Wegfall der Marktes 3 und der damit verbundenen Verpflichtungen erhebliche Auswirkungen auf die aktuelle Situation im Wettbewerb

und regt eine Novelle der TKMV 2008 mit einer Neuaufnahme des ehemaligen Marktes 3, analog zur Vorgehensweise bei Markt 4 an.

Nach unserer Ansicht hat sich gegenüber der nationalen Wettbewerbssituation zum Bescheid M 3/06 keine Änderung ergeben, die eine Aufhebung des Marktes rechtfertigen würde. Es finden sich explizit dazu auch keine Ausführungen in der Begründung des vorliegenden Entwurfs und auch nicht im Begleittext zur Märkteverordnung, Marktabgrenzung und Relevanzkriterien für die Festnetz-Endkundenmärkte (Begleittext, Stand Jänner 2009). Vielmehr ist davon auszugehen, dass die von der EK aufgestellten drei Kriterien, die als Voraussetzung für eine ex ante Regulierung zu sehen sind, auch aktuell kumulativ erfüllt sind:

Es bestehen noch immer strukturell bedingte Barrieren (erhebliche Skalen-, Verbund- und Dichtevorteile der TA im Verhältnis zu den Mitbewerbern, die von alternativen Anbietern nicht kompensiert werden konnten und sich zB durch die Aktionskombiangebote der TA deutlich zeigen), keine Tendenz zu effektivem Wettbewerb (vgl. Ausführungen Begleittext, Stand Jänner 2009 S 105, Pkt 4.3.2) und auch das allgemeine Wettbewerbsrecht ist nicht annähernd ausreichend geeignet, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht den problematischen Marktstrukturen sowie den sich aus diesen Strukturen ergebenden Anreizen zu wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu begegnen.

Eine Neuaufnahme des Marktes 3 in die TKMVO 2008 ist daher europarechtlich zulässig und regulatorisch geboten um die Kette Marktdefinition, Marktanalyse und Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und damit funktionierenden Wettbewerb unter dem aktuell bestehenden schwierigen Wettbewerbsumfeld zu gewährleisten. Zusätzlich würde es aufgrund der schwierigen Abgrenzung zwischen Privat- und Businesskunden zu Wettbewerbsverzerrungen kommen, wenn zwar Markt 4, aber nicht Markt 3 in die Regulierung fallen würde.

Ein großes Problem würden wir im Wegfall der Verpflichtungen betreffend Produktbündel und Kettenangebote sehen. Schon jetzt sind die von der TA präsentierten Aktions- und Kombiangebote für alternative ISPs eine erhebliche Belastung. Es besteht die Befürchtung, dass mit Aufhebung der Verpflichtungen zB die schwer nachzubildende und schwer anzufechtende Möglichkeit für die TA eröffnet würde, Produktbündel mit inkludierten Sprachminuten oder diversen Flatoptionen aufzuwerten. Dieses durchaus plausible und für den Endkunden attraktive Angebot wäre für alternative Betreiber unter dem verbleibenden Regime nicht wirtschaftlich nachbildbar und würde zusätzliche Probleme für den Wettbewerb am privaten Endkundenmarkt bedeuten. Auch wenn diese Maßnahme als gegen den Abfluss von Kunden an die Mobiltelefonie proklamiert werden würde, zielt sie doch faktisch auf die Konkurrenz im Festnetz ab, da aufgrund des bundesweiten Netzes und der Skalenvorteile des vertikal integrierten Marktführers eine Nachbildbarkeit für alternative Anbieter nicht gegeben wäre.

6. Zusammenfassung

Die bestehende wettbewerbliche Situation am Markt hat sich seit Inkrafttreten des Bescheids M 3/06 nicht derart positiv verändert, dass eine Deregulierung notwendig wäre. Das Gegenteil ist der Fall: Der Wettbewerb und die Marktsituation haben durch bekannte Aktionskombiprodukte eine eindeutige Schiefelage zuungunsten der alternativen Betreiber erlitten. Die vorgeschlagene Maßnahme würde nach unserer Meinung dazu beitragen, diese Situation weiter zu verschärfen. Die europarechtlichen Vorgaben sehen keine verpflichtende Abschaffung des Marktes 3 vor. Es wird stattdessen explizit die Möglichkeit geboten, diesen Markt wenn notwendig weiterhin in der Regulierung zu belassen.

Da diese Notwendigkeit besteht, regen wir eine entsprechende Novelle der TKMVO 2008 (wie bereits im Rahmen von Markt 4 durchgeführt) an, die eine Neuaufnahme des Marktes 3 vorsieht, um einer absehbaren weiteren Verschlechterung der Wettbewerbsfähigkeit alternativer ISPs vorzubeugen.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA Internet Service Providers Austria



Dr. Andreas Wildberger
Generalsekretär

Ergeht per E-Mail an:
RTR Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH
konsultationen@rtr.at