

An die  
Telekom-Control-Kommission  
und die  
Rundfunk & Telekom Regulierungs-GmbH  
Mariahilferstraße 77-79  
1060 Wien

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

Wien, am 6.5.2013

**ISPA-STELLUNGNAHME BETREFFEND DIE KONSULTATION EINES ENTWURFS  
FÜR EIN REGULIERUNGSKONZEPT DER TELEKOM-CONTROL-KOMMISSION  
2013 – 2017 GEMÄSS § 115A TKG 2003**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der Konsultation eines Entwurfs für ein Regulierungskonzept der Telekom-Control-Kommission 2013-2017 gemäß § 115a TKG 2003 wie folgt Stellung zu nehmen:

Die ISPA begrüßt den Entwurf der TKK für ein Regulierungskonzept. Nach Ansicht der ISPA bedürfen einige Aspekte jedoch einer weiteren Erörterung, wie etwa die in der Rahmenrichtlinie verankerte Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von der Politik. Die ISPA lehnt eine Bindung der RTR-GmbH an das Regulierungskonzept, ebenso wie eine ausdrückliche Verankerung des Engagements der TKK auf europäischer Ebene, wie im Entwurf des Regulierungskonzepts erwähnt, ab, hinterfragt die offizielle Zuordnung des Schriftstückes „Regulation 2.0“ und weist nachdrücklich darauf hin, dass der Monopolisierung am leitungsgebundenen Breitbandmarkt Einhalt geboten werden muss. Die ISPA betont, dass das Kupferanschlussnetz nach wie vor eine überaus wichtige und zentrale Infrastruktur darstellt, welche nicht im Zuge des FTTx-Ausbaus völlig dem Incumbent A1 Telekom Austria AG überlassen werden darf. Hierzu unbedingt notwendig sind die Behebung der bei der virtuellen Entbündelung noch immer bestehenden Mängel sowie deren Angleichung an die physische Entbündelung. Die ISPA weist zudem darauf hin, dass sich der margin squeeze Test als Kalkulationsmethode nicht bewährt hat, und weist darauf hin, dass Annahmen über die abnehmende Wettbewerbsfähigkeit des Mobilfunkmarktes belegt werden sollen. Nach Meinung der ISPA sind Belange des Konsumenten- und Verbraucherschutzes beim zuständigen Ministerium sowie den Konsumentenschutzinstitutionen besser aufgehoben, als bei der TKK. Die ISPA weist zudem auf die OTT-Problematik hin, welche sich weiter verschärfen wird, sofern die Regeln des Konsumentenschutzes nur auf im Inland ansässige Unternehmen angewendet werden. Die ISPA weist auf die Notwendigkeit klarer und eindeutiger Definitionen in der Netzneutralitätsdebatte hin.

## 1. Die Telekom-Control-Kommission muss in ihrer Ermessensausübung unabhängig bleiben

Die TKK zieht als Grundlage in Übereinstimmung mit § 115a TKG 2003<sup>1</sup> für ihren Entwurf eines Regulierungskonzepts einschlägige politische Erklärungen und Konzepte der EU, des Bundes und der Länder heran.

Dies ist aus Sicht der ISPA nicht unproblematisch, da die Regulierungsbehörde dadurch in ihrem Ermessensspielraum (insbesondere bei der Abwägung der Regulierungsziele) eingeschränkt werden könnte.

Nach Ansicht der ISPA ist daher der Verweis auf *politische* Erklärungen restriktiv zu interpretieren. Eine zu wörtliche Interpretation von § 115a TKG 2003 könnte der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde entgegenstehen, welche in Art 3 Abs 2 der Rahmenrichtlinie<sup>2</sup> normiert ist.<sup>3</sup> Insbesondere ist auf diese Unabhängigkeit Wert zu legen, sofern die Mitgliedsstaaten an Telekommunikationsunternehmen beteiligt sind.<sup>4</sup> Weiters ist § 115a TKG 2003 die Umsetzung von Artikel 5 lit a Rahmenrichtlinie, also Unionsrecht und somit richtlinienkonform auszulegen. Hervorzuheben ist auch, dass die englische („*policy objectives*“) und französische („*objectifs visés*“) Fassungen der Rahmenrichtlinie nicht von politischen Zielen im Sinne von wahlwerbenden Parteien sondern von strategischen Zielen sprechen.

Dass die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden ein überaus hohes Gut ist, stellt auch der EuGH in seinem Urteil „Regulierungsferien“ klar:

*„Bei der Wahrnehmung dieser hoheitlichen Funktionen verfügen die NRB über eine weitreichende Befugnis, um die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes in jedem Einzelfall beurteilen zu können [...]“*<sup>5</sup>

Die ISPA lehnt aus diesen Gründen eine Überbetonung von politischen Erklärungen als Handlungsleitlinien für die Regulierungstätigkeit der TKK ab. Weiters weist die ISPA darauf hin, dass der Regulierungsbehörde die Vollziehung bestehender Gesetze zur Aufgabe hat.

Die ISPA möchte auch die Gelegenheit nutzen um Klarheit im Bezug auf das Dokument „Regulation 2.0“ zu erhalten: Handelt es sich hier um eine offizielle Stellungnahme der RTR-GmbH oder doch nur persönlicher Input des Verfassers, wie auf der Website der RTR-GmbH dargestellt:<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003), BGBl I 70/2003 idF BGBl I 102/2011.

<sup>2</sup> Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), AB L 108/2002, 33 idF AB L 337/2009, 37.

<sup>3</sup> vgl auch ErwGr 11 RL 2002/21/EG.

<sup>4</sup> Die ÖIAG (Republik Österreich) ist momentan mit 28,42% an der Telekom Austria AG beteiligt; <http://www.telekomaustria.com/ir/aktionaersstruktur.php> (zuletzt abgerufen am 30.4.2013)

<sup>5</sup> EuGH 3.12.2009 C-424/07 (Kommission/Deutschland), Rn 61.

<sup>6</sup> vgl. [https://www.rtr.at/de/komp/Regulation\\_2\\_0](https://www.rtr.at/de/komp/Regulation_2_0).

„Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die im Dokument "Regulation 2.0" formulierten Thesen persönliche Inputs von Herrn Dr. Serentschy für eine Europäische Strategiediskussion darstellen, keine formellen BEREC Positionen darstellen und auch die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission (TKK) nicht präjudizieren.“

## 2. Ein separater Hinweis auf das Engagement der TKK auf europäischer Ebene ist nicht erforderlich

Nach Ansicht der ISPA sollte das Engagement der TKK auf europäischer Ebene nicht in einem Regulierungskonzept Platz finden, da sich eine Teilnahmepflicht ohnehin aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen und der gängigen Kommunikationspraxis ergibt.

## 3. Das Kupferanschlussnetz darf nicht dem Incumbent überlassen werden

Wie die ISPA bereits mehrfach<sup>7</sup> betont hat, ist am leitungsgebundenen Festnetzmarkt eine Monopolisierung zu beobachten:

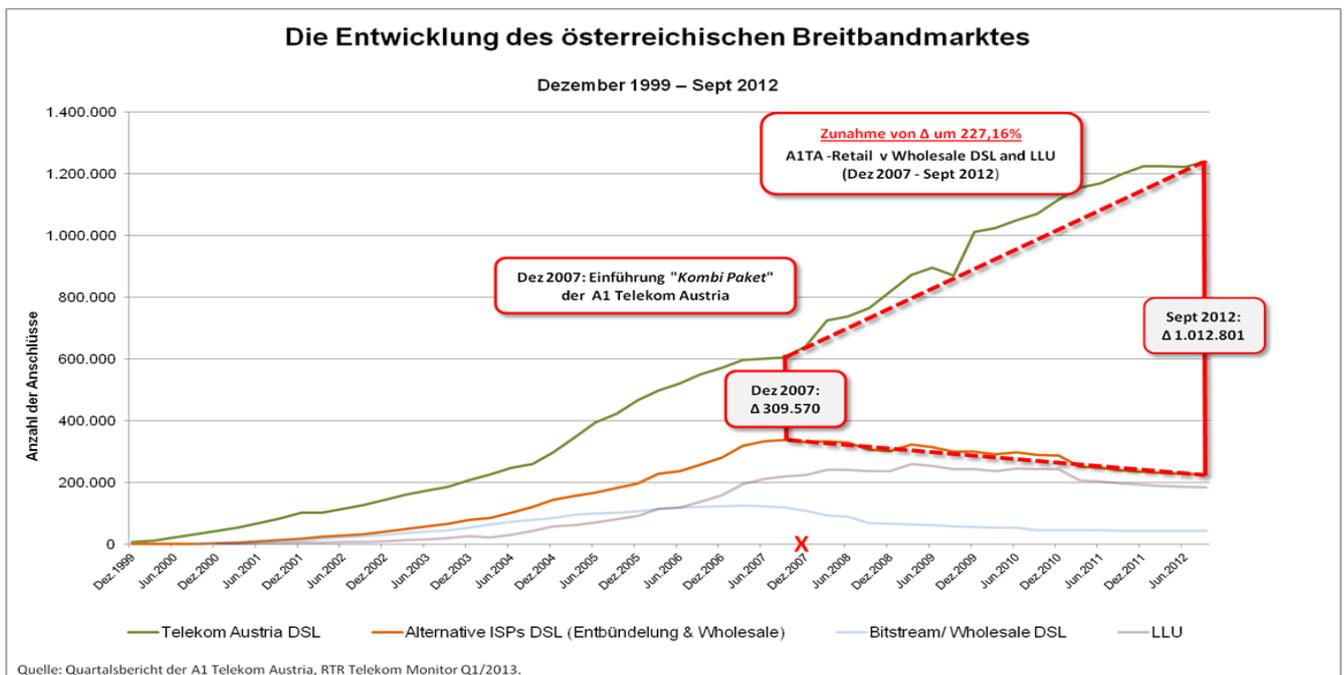


Abbildung 1: Die Entwicklung des österreichischen Breitbandmarkts

Diese Entwicklung ist aus Sicht der ISPA überaus besorgniserregend, insbesondere in Hinblick auf den Markt für physischen Zugang, wo der Incumbent A1 Telekom Austria AG einen Marktanteil von beinahe 100 % innehat.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> zuletzt in den ISPA Stellungnahmen zu den Entscheidungsentwürfen M 1.1/12-43 und M 1.2/12-48.

Nach Ansicht der ISPA kann dieses massive Wettbewerbsproblem nicht nur mit Hilfe des intermodalen Wettbewerbs (also dem mobilen Breitband als Substitut) behoben werden. Die ISPA teilt die Sichtweise der TKK, dass ein Rückgang von Breitbandanschlüssen seit 2011 die Substitutsbeziehung unterstreiche,<sup>9</sup> nicht und weist auf die beständig steigenden Anschlusszahlen der A1 TA hin.<sup>10</sup> Dies ist nach Ansicht der ISPA als Hinweis auf Schwächen in der momentanen Regulierung, insbesondere bei der Entgeltkontrolle,<sup>11</sup> zu werten, welche dringend ausgeräumt werden müssen, um der Remonopolisierung Einhalt zu gebieten. Daher erscheint der ISPA eine Rücknahme von dringend notwendiger Regulierung unter Hinweis auf den intermodalen Wettbewerb als eine „self fulfilling prophecy“. Die ISPA warnt vor einem solchen Vorgehen, auch unter Hinweis auf eine mögliche Marktmachtübertragung durch Bündelprodukte.

Die bisher durch die Regulierung auferlegten Verpflichtungen haben nicht zu wirksamem Wettbewerb geführt. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass es auch in Hinkunft zu Wettbewerbsproblemen sowie Marktversagen auf dem leitungsgebundenen Breitbandmarkt kommen wird. Nach Ansicht der ISPA kann eine funktionelle Trennung (gem. § 47a TKG 2003) des Incumbents in eine Infrastruktur- sowie eine separate Retail- bzw. Endverbraucher-Gesellschaft der fortschreitenden Monopolisierung begegnen. Die ISPA regt daher an eine funktionelle Trennung des Incumbent zu prüfen.

#### **4. Die virtuelle Entbündelung muss ein vollwertiges Substitut zur physischen Entbündelung werden**

Im Zusammenhang mit den massiven Wettbewerbsproblemen im leitungsgebundenen Breitbandmarkt steht auch die Förderung des Ausbaus des NGA-Ausbaus. Die ISPA betont, dass gemäß Artikel 8 Abs 5 lit d Rahmenrichtlinie eine solche Förderung den Wettbewerb nicht behindern darf. Das in der Bausubstanz vorhandene Kupfer ist auch in Zukunft ein überaus wichtiger Bestandteil des Anschlussnetzes.<sup>12</sup> Der Ausbau von FTTx darf daher nicht dazu führen, das Kupferanschlussnetz (auch in der Variante Fibre to the Cabinet- FTTC /Fibre to the Building- FTTB) endgültig dem Incumbent zu überlassen. Die ISPA macht darauf aufmerksam, dass es daher dringend notwendig ist, die virtuelle und physische Entbündelung auf eine solide Basis zu stellen.

Nach Ansicht der ISPA ist eine funktionierende virtuelle Entbündelung die Grundvoraussetzung für nachhaltigen Wettbewerb. Dazu muss die virtuelle Entbündelung der physischen so nahe wie möglich kommen, damit ISPs ihre Produkte größtmöglich von denen des Incumbents differenzieren und die Endkunden von der Diversität des Angebots profitieren können.

---

<sup>8</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf einer Vollziehungshandlung M 1.1/12-43, 37.

<sup>9</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf für ein Regulierungskonzept 2013-2017, 16.

<sup>10</sup> Siehe Abbildung 1.

<sup>11</sup> Siehe Punkt 4.

<sup>12</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf für ein Regulierungskonzept 2013-2017, 16.

Dies ist allerdings nur dann möglich, wenn die wirtschaftlichen und technischen Parameter stimmen. Dies ist nach Ansicht<sup>13</sup> der ISPA nach wie vor nicht der Fall: Bestehende Investitionen in die Infrastruktur der ISPs werden frustriert und durch Rückbaumaßnahmen entstehen noch weitere Kosten. Die ISPA fordert eine vorhersehbare und adäquate Abgeltung dieser Aufwendungen.

Auch wird das ohnehin überhöhte Entgelt der virtuellen Entbündelung je nach Bandbreite differenziert, was der Idee der Substitution völlig zuwider läuft. Zusammen mit technischen Einschränkungen läuft die virtuelle Entbündelung Gefahr, eine weitere Wholesalevariante zu werden.

Damit würde die A1TA aber endgültig die Kontrolle über das leitungsgebundene Anschlussnetz erhalten.

Die ISPA fordert die TKK daher auf, die virtuelle Entbündelung nicht nur zu „begleiten“ sondern die immanenten gravierenden Mängel umgehend zu beheben und die virtuelle Entbündelung zu einem echten Substitut für die physische Entbündelung zu machen noch bevor weitere Anbieter vom Markt gedrängt werden.

Weiters betont die ISPA, dass wenn Produkte vom Markt nicht angenommen werden, nicht der Markt unwillig ist, sondern schlicht das Produkt ungeeignet ausgestaltet ist. Dies ist zum Beispiel bei Voice Over Broadband (VOB) der Fall, wo die Endkunden die technischen Grundvoraussetzungen des Produktes nicht annehmen, weil unter anderem das Equipment eine ständige Stromversorgung benötigt (Notfälle). Nach Meinung der ISPA ist daher eine Fokussierung auf diese Produkte abzulehnen und stattdessen sind die vom Markt akzeptierten und etablierten Produkten gleichwertig zu behandeln.

## **5. Der margin squeeze als Kalkulationsmethode hat sich nicht bewährt**

Die ISPA hat schon in ihrer Stellungnahmen zu M 1.1/12 und zu M 1.2/12 auf die Unzulänglichkeiten des Retail Minus (also ex-ante margin squeeze Berechnung) als Methode der Entgeltkontrolle hingewiesen. Daher widerspricht die ISPA auch der Feststellung der TKK, margin squeeze sein ein bewährtes regulatorisches Konzept, entschieden.

Überaus kritisch zu bewerten ist, dass bei Anwendung des Retail Minus dem Incumbent „im Wege einer Verpflichtung zu Retail Minus [...] ein maximaler Preissetzungsspielraum gewährt wird“.<sup>14</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ISPs völlig an die Preisgestaltung der A1 TA gebunden sind und damit in ihrer Produktgestaltung wesentlich eingeschränkt werden. Weiters problematisch ist nach Meinung der ISPA der Umstand, dass Margen in Höhe von € 0,23<sup>15</sup> nicht als Markteintrittshürde gesehen, sondern als ausreichend erachtet werden.

<sup>13</sup> vgl ISPA-Stellungnahme zum Entscheidungsentwurf M 1.1/12.

<sup>14</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf einer Vollziehungshandlung M 1.1/12-43, 112.

<sup>15</sup> zB bei Ergänzungsgutachten betreffend die Entgelte für die virtuelle Entbündelung in den Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission Z 01/11 und Z 03/11, 16f.

Sollte die TKK jedoch weiter an der Retail Minus Methode festhalten wollen, fordert die ISPA die Behörde nachdrücklich auf, die Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers („*as efficient operator*“) als Maßstab für die Kostenberechnung zu überprüfen.

Dies insbesondere in Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, der im Fall TeliaSonera festgestellt hat, dass unter den folgenden Umständen auch die Kosten der Mitbewerber zu berücksichtigen seien:

*„Insofern ist nicht auszuschließen, dass die **Kosten und Preise der Wettbewerber** für die Prüfung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Preispolitik **relevant** sind. Das könnte **insbesondere** dann der Fall sein, wenn die **Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist** oder wenn die den Wettbewerbern erbrachte **Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zu nutzen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben**, so dass der Zugang zu dieser Infrastruktur für das beherrschende Unternehmen nicht mehr mit Kosten verbunden ist, die mit den Kosten ihrer Wettbewerber für diesen Zugang wirtschaftlich vergleichbar sind, oder wenn die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Marktes es erfordern, weil z.B. **die Höhe der Kosten des beherrschenden Unternehmens speziell auf den Wettbewerbsvorteil zurückzuführen ist**, den die beherrschende Stellung diesem Unternehmen beschert.“*<sup>16</sup> [Hervorhebung durch die ISPA]

Angesichts der zunehmenden Remonopolisierungstendenz am leitungsgebundenen Breitbandmarkt und dem laufenden Rückgang entbundelter Leitungen erscheint der ISPA eine ernsthafte Überprüfung der Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers dringend geboten.

## **6. Die Einschätzung der abnehmenden Wettbewerbsfähigkeit des Mobilfunkmarkts sollte belegt werden**

Auf S 25 des Entwurfs wird die Hypothese aufgestellt, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Mobilfunksektors potentiell gefährdet sei. Die Annahme der Mobilfunkmarkt würde durch den Zusammenschluss zweier Unternehmen an Dynamik verlieren, sollte mit empirischen Beweisen belegt werden, bevor Maßnahmen erwogen werden.

## **7. Das Regulierungskonzept darf für die RTR-GmbH keine Bindungswirkung entfalten**

Im Entwurf des Regulierungskonzept wird ausgeführt, dass die „[...] Telekom-Control-Kommission auch dafür Sorge tragen, dass ihr Geschäftsapparat an das Regulierungskonzept gebunden ist, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen anderes

<sup>16</sup> EuGH 17.2.2011, C-52/09 (TeliaSonera Sverige) Rn 45.

erfordern.“<sup>17</sup>

Die ISPA betont, dass gemäß § 115a TKG 2003 das Regulierungskonzept vor allem der Förderung der Vorhersehbarkeit der Regulierung dienen soll, sich also eher an die Marktteilnehmer richtet. Nach Meinung der ISPA kann aus der genannten Bestimmung eine wie auch immer geartete Bindungswirkung nicht gelesen werden. Die ISPA regt daher an, die zitierte Stelle zu streichen.

## **8. Konsumentenschutz ist keine Kernkompetenz der TKK**

Im Entwurf des Regulierungskonzepts wird in Punkt V.2<sup>18</sup> die Stärkung der Stellung des Verbrauchers zum Ziel erklärt. Die ISPA betont, dass dieses Ziel vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz besser aufgehoben wäre. Die ISPA hebt weiter hervor, dass die Interessen der Verbraucher von zahlreichen Institutionen wie der Arbeiterkammer oder dem Verein für Konsumenteninformation vertreten werden. Weiters sorgen zahlreiche Gesetze wie das KSchG<sup>19</sup> oder das ABGB<sup>20</sup> für den Schutz der VerbraucherInnen. Die ISPA regt an, dass die TKK bei Anwendung von konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG auch das Verbraucherleitbild der EU berücksichtigt, welches von einem verständigen Verbraucher ausgeht.<sup>21</sup> Auch fallen die in Pkt. V.2 angeführten „Aufklärungskampagnen“ nicht in den Aufgabenbereich der Regulierungsbehörde, nach Ansicht der ISPA sind sie daher zu streichen. Dass in manchen Fällen eine überschießende Anwendung nicht angebracht ist, zeigt auch das Urteil des VwGH<sup>22</sup>, wonach AGB-Änderungen nicht in ihrer Gesamtheit zu prüfen sind, sondern nur diejenigen Klauseln, die geändert wurden.

Die ISPA betont weiters, dass Verbraucherschutzregelungen, welche nur für im Inland ansässige Unternehmen gelten, die im Entwurf erwähnte OTT Problematik<sup>23</sup> noch weiter verschärfen.

## **9. Die Debatte um die Netzneutralität bedarf klarer Definitionen**

Klare und eindeutige Begriffsdefinitionen sind in diesem Themenbereich unerlässlich. Nur so ist eine Abgrenzung zwischen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionalität und Integrität des Netzes und eventuell diskriminierenden Praktiken möglich. Dies ist die Grundlage für die Entscheidung, ob Regulierungsmaßnahmen überhaupt notwendig sind.

<sup>17</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf für ein Regulierungskonzept 2013-2017, 5.

<sup>18</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf für ein Regulierungskonzept 2013-2017, 24.

<sup>19</sup> Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG) BGBl 140/1979 idF BGBl I 50/2013.

<sup>20</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811 idF BGBl I 50/2013.

<sup>21</sup> Seit der E Gut Springenheide und Tusky, EuGH 16.7.1998, C-210/96.

<sup>22</sup> VwGH 22.10.2012, 2012/03/0067.

<sup>23</sup> Telekom-Control-Kommission, Entwurf für ein Regulierungskonzept 2013-2017, 17.

Zusammenfassend begrüßt die ISPA die Erarbeitung eines Regulierungskonzepts, steht einer Überbetonung von politischen Erklärungen bei der Ermessensausübung der TKK jedoch in Hinblick auf die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde kritisch gegenüber und lehnt eine Bindungswirkung des Regulierungskonzepts auf die RTR-GmbH, ebenso wie eine ausdrückliche Verankerung der europäischen Aktivitäten der TKK ab. Um zu verhindern dass das Kupferanschlussnetz im Zuge des FTTx-Ausbaus nicht dem Incumbent A1TA überlassen wird, fordert die ISPA die virtuelle Entbündelung der physischen Entbündelung anzugleichen. Die ISPA weist auf die Unzulänglichkeiten der derzeitigen margin squeeze Kalkulationsmethode hin und regt eine Überprüfung des Maßstabs des ebenso effizienten Mitbewerbers an. Die ISPA weist darauf hin, dass Aussagen über die abnehmende Wettbewerbsfähigkeit des Mobilfunkmarktes zu belegen sind und macht darauf aufmerksam, dass der Konsumentenschutz keine Kernkompetenz der TKK darstellt. Schließlich betont die ISPA die Notwendigkeit der Erarbeitung klarer Definitionen und Begriffe in Zusammenhang mit der Netzneutralität.

Die ISPA ersucht um die Berücksichtigung Ihrer Bedenken und Anregungen bei der Gestaltung des Regulierungskonzepts. Für Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert  
Generalsekretär

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 rund 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 Marktteilnehmer untereinander.