

An die
Telekom-Control-Kommission (TKK)
z.H. Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Mariahilferstraße 77-79
1060 Wien

E-Mail: rtr@rtr.at

Wien, am 25. April 2022

ISPA STELLUNGNAHME ZUM GUTACHTEN „MARKT FÜR DEN LOKALEN UND ZENTRALEN ZUGANG – KOMMERZIELLE VEREINBARUNGEN“ VOM 21.03.2022 IM VERFAHREN M 1.1/20

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, folgende Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen „Markt für den lokalen und zentralen Zugang – kommerzielle Vereinbarungen“ (ON 71) im Verfahren M 1.1/20 abzugeben.

1. Einleitung: Bisherige Kritik an den kommerziellen Vereinbarungen bleibt bestehen

1.1 Keine ausreichende Würdigung der Kritikpunkte der ISPA

Die ISPA hat eine detaillierte, 30 Seiten umfassende Stellungnahme (ON 69) zum Vorbringen der A1TA vom 17.12.2021 (ON 61) erarbeitet, welche am 18.03.2022 durch die Verfahrenspartei KAPPER NETWORK-COMMUNICATIONS GmbH ins Verfahren eingebracht wurde. Das Gutachten „Markt für den lokalen und zentralen Zugang – kommerzielle Vereinbarungen“ (ON 71; in weiterer Folge als „Ergänzungsgutachten“ bezeichnet) wurde am 23.03.2022 an die Verfahrensparteien gestellt und ist selbst mit 21.03.2022 datiert. Somit standen den Amtsgutachtern nur zwei Werkzeuge zur Verfügung, um die detaillierten Kritikpunkte zu lesen, inhaltlich zu bewerten bzw. nachzuprüfen und in das Gutachten einzuarbeiten. Auch wenn Teile der Kritik bereits vorab an die RTR-GmbH kommuniziert wurden, ist schwer vorstellbar, dass in einer derart knappen Zeit eine ausreichende Würdigung der in der Stellungnahme aufgezeigten Inhalte erfolgen konnte. Es wird zwar eingangs angemerkt, dass die Kritikpunkte der ISPA für die inhaltliche Ausgestaltung des Gutachtens relevant gewesen seien, doch wird an keiner Stelle ausdrücklich darauf Bezug genommen. Die ISPA nimmt dies zum Anlass, erneut auf die Inhalte der am 18.03.2022 eingebrachten Stellungnahme zu verweisen, zumal diese in größten Teilen von den Änderungen in

den kommerziellen Vereinbarungen unberührt bleibt und ersucht die Amtsgutachter, sich detailliert mit der geäußerten Kritik auseinanderzusetzen.

1.2 Vorteil eines bundesweiten Angebots für ANB ist zweifelhaft

A1TA hat mit den gegenständlichen kommerziellen Vereinbarungen ein Angebot vorgelegt, dessen Verpflichtungen nach Ansicht der ISPA hinter den im wirtschaftlichen Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) sowie in den Folgegutachten festgelegten minimalen regulatorischen Verpflichtungen für die als regulierungsbedürftig festgestellten Märkte zurückbleiben. Zum einen ergibt sich dies aus den konkreten Entgeltregelungen (z.B. symmetrische Profilentgelte, Entgelt für das VE-Standard-Serviceprofil 300/30), insbesondere aber aufgrund der für ANB äußerst nachteiligen Nachbildbarkeitsbestimmungen, auf die an späterer Stelle dieser Stellungnahme eingegangen wird. Auch die Gutachter weisen an verschiedene Stellen auf diese Abweichungen hin, stellen aber fest, dass die Vorteile eines bundesweit einheitlichen Angebots für ANB diese Nachteile in Summe aufwiegen würden.¹ Dies wird mit einer Senkung von Barrieren für Marktzutritt und Expansion sowie mit höheren Skalen- und Verbundvorteilen begründet.²

Dahinter steht offensichtlich die Annahme, dass A1TA im Falle einer teilweisen Deregulierung auf dem nunmehr unregulierten Teilmarkt das Angebot von Vorleistungsprodukten einstellen bzw. deutlich höhere Entgelte verlangen könnte.³ Die Amtsgutachter treffen aber keinerlei Feststellung dahingehend, ob diese Möglichkeit auch wahrscheinlich ist.

Nach Ansicht der ISPA ist davon auszugehen, dass A1TA auch im Falle eines teilweise deregulierten Marktes auch im deregulierten Gebiet 1 auf Privatkundenebene weiterhin Vorleistungsprodukte zu zumutbaren Bedingungen anbieten wird. In diesem Gebiet, in dem das wirtschaftliche Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) zu dem Ergebnis gekommen ist, dass angesichts der vorhandenen Wettbewerbsdynamik keine Vorabregulierung notwendig ist, hat A1TA einen wirtschaftlichen Anreiz, weiterhin Vorleistungsprodukte anzubieten. Denn hier ist aufgrund des bestehenden Konkurrenzdrucks zu erwarten, dass bei Einstellung des Vorleistungsangebots nicht sämtliche Kunden der ANBs zu A1TA wechseln würden. A1TA kann den Wegfall der Erlöse auf Vorleistungsebene daher nicht mit gesteigerten Erlösen auf der Endkundenebene kompensieren (siehe oben), weshalb eine Einstellung des Vorleistungsangebots mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre.

Vielmehr wäre zu erwarten, dass A1TA auf dem unregulierten Teilmarkt den Zugang auf Basis einer kommerziellen Vereinbarung zu ähnlichen Konditionen wie in vULL 2.0 weiter gewährt. Eine erhebliche Verschlechterung gegenüber diesen Bedingungen wäre hingegen nicht zu erwarten, weil bereits vULL 2.0 eine massive Schlechterstellung zum Status Quo bedeutet und A1TA ein wirtschaftliches Interesse daran hat, dass in Gebiet 1 auch tatsächlich Vorleistungen bezogen werden. Damit unterscheidet sich Gebiet 1 auch grundlegend von Gebiet 2 bzw. vom

¹ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 60.

² Vgl. ebd., S. 41.

³ Vgl. ebd., S. 60.

Geschäftskundenmarkt, auf dem, wie unter Punkt 1.3 dieser Stellungnahme ausgeführt, ein solches kommerzielles Interesse gerade nicht besteht.

Derartige Überlegungen lassen sich im aktuellen Ergänzungsgutachten an keiner Stelle finden. Vielmehr wird von der bloßen Möglichkeit, dass A1TA den Vorleistungszugang einschränken könnte, auf die Vorteile eines bundesweiten kommerziellen Angebots geschlossen, ohne dass sich das Gutachten näher mit der Wahrscheinlichkeit eines solche Szenarios befasst.

Unter der begründeten Annahme, dass A1TA das Vorleistungsangebot im Fall einer teilweisen Deregulierung auch im unregulierten Gebiet 1 aufrechterhalten würde, erübrigt sich jedoch das Argument der Senkung von Barrieren für Marktzutritt und Expansion sowie der Skalen- und Verbundvorteile, weil ein geographisch differenziertes Vorleistungspreisregime für die ANB ohne wirtschaftlichen Aufwand implementierbar ist. Dies ist bereits jetzt aufgrund der zahlreichen Aktionen von A1TA auf Vorleistungsebene der Fall.

Dadurch gibt es aber keinen Grund mehr, im regulierungsbedürftigen Gebiet 2 auf Privatkundenebene sowie bundesweit auf Businesskundenebene von den Minimalstandards abzugehen. Würden die Amtsgutachter konsequent an ihren vorangehenden Feststellungen festhalten, müsste daher eine Regulierung von Privatkundenprodukten in Gebiet 2 sowie eine bundesweite Regulierung für Geschäftskundenprodukte mit den im wirtschaftlichen Gutachten vom 8. März 2021 aufgezählten Regulierungsinstrumenten empfohlen werden. Denn ansonsten würden die dortigen Feststellungen schlichtweg ohne Begründung ignoriert werden.

Eine derartige Teilregulierung entspricht aus Sicht der ISPA noch am ehesten den Marktgegebenheiten und wäre auch für die Mehrzahl der ANB vorteilhafter als ein bundesweites Angebot zu den schlechten Bedingungen von vULL 2.0 bzw. der VHCN-Verträge. Wie bereits ausgeführt, ist aufgrund des in den unregulierten Gebieten herrschenden Wettbewerbsdrucks aus wirtschaftlichen Gründen nicht zu erwarten, dass A1TA den Zugang zum Vorleistungsangebot einstellt oder massiv verschlechtert.

Nicht zuletzt handelt es sich bei den vorgelegten kommerziellen Vereinbarungen de facto nicht um ein bundesweites Angebot, weil mit fortschreitendem VHCN-Ausbau vermehrt Gebiete aus dem Anwendungsbereich des vULL 2.0-Vertrages fallen und der Zugang dort nur mehr zu den Konditionen des VHCN-Vertrags erfolgen kann, was nach Ansicht der ISPA und wohl auch der Amtsgutachter für Abnehmer zu den unrabattierten Standardkonditionen wirtschaftlich kaum möglich sein wird.⁴ Für diese ANB bleibt dann nur mehr lückenhafte Landkarte nach vULL 2.0, was erst wiederum negative Auswirkungen auf Skalierung und Markteintritt hat.

1.3 Bloße Absichtserklärungen ersetzen keine rechtlichen Verpflichtungen

A1TA bringt vor, dass die Verträge vULL 2.0 sowie VHCN (Einzel- und Poollösung) in den nächsten fünf Jahren jedem bestehenden oder neuen Vorleistungsnehmer am österreichischen Markt zugänglich gemacht werden und auch gesondert voneinander unterschrieben werden können.

⁴ Vgl. ebd., S. 50.

Hierzu ist anzumerken, dass dies – wie auch von den Amtsgutachtern richtig festgestellt⁵ – unverbindliche Absichtserklärungen von A1TA sind, welche für die wettbewerbliche Beurteilung keine Relevanz haben. Da es sich bei den Verträgen vULL 2.0 sowie VHCN um privatrechtliche Verträge handelt, erwächst keinem bestehenden oder neuen Vorleistungsbezieher ein Anspruch auf Vertragsunterzeichnung. Es erscheint der ISPA daher zentral, darauf hinzuweisen, dass A1TA im Falle einer Deregulierung auf Basis der vorgebrachten Vertragsentwürfe zukünftig die Möglichkeit hat, einseitig ANB vom Zugang auszuschließen. Es kann zwar (siehe im Detail Punkt 2.5 dieser Stellungnahme) ein Streitbeilegungsverfahren vor der Regulierungsbehörde nach § 203 Abs. 3 TKG eingeleitet werden, dabei kann A1TA jedoch nicht gegen ihren Willen zur Zugangsgewährung verpflichtet werden. Die ISPA kann auch nicht nachvollziehen, weshalb die Amtsgutachter allgemein zum Schluss kommen, dass A1TA „[...] hinreichend starke kommerzielle Anreize hat, vULL 2.0 und VHCN-Zugang auch in Zukunft anzubieten“.⁶ Sollte dahinter die Annahme stehen, dass A1TA auf den bundesweiten Vertrieb von Vorleistungsprodukten wirtschaftlich angewiesen ist, so muss dies dahingehend differenziert werden, dass A1TA nicht per se ein wirtschaftliches Interesse am Verkauf von Vorleistungsprodukten hat, sondern nur dann, wenn der jeweilige Endkunde nicht mit einem A1-Endkundenprodukt angebunden werden kann, mit dem ein höherer Ertrag erzielt werden kann.

Sollten ANB ihre Endkunden aufgrund fehlender Vorleistungsangebote nicht mehr anbinden können, müssen diese Endkunden auf Anbieter mit eigener Infrastruktur ausweichen. A1TA hat hier als einziger Anbieter mit einer österreichweiten Festnetzinfrastruktur einen erheblichen Vorteil, diese Menge an potenziellen Kunden zu akquirieren. Konträr zum wirtschaftlichen Interesse der A1TA auch ohne Regulierungsaufgaben weiterhin ein Vorleistungsangebot in Gebiet 1 aufrechtzuerhalten (siehe bereits in Kapitel 1.2) ist gerade in denjenigen Märkten, in denen die Amtsgutachter durch das wirtschaftliche Gutachten vom 8. März 2021 (ON 003) eine marktbeherrschende Position von A1TA festgestellt hatten (dies entspricht dem Markt für Privatkundenprodukte in Gebiet 2 sowie dem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte) damit zu rechnen, dass es aufgrund fehlender Konkurrenz zu einer weitgehenden Umschichtung von Vorleistungs- in Endkundenanbindungen auf Seiten von A1TA kommt, sprich, dass die betroffenen Kunden von den ANB zwangsläufig zu A1TA wechseln (müssen). Dadurch ist zu erwarten, dass A1TA die Verluste durch den Wegfall von Vorleistungserlösen durch eine steigende Anzahl von Endkundenerlösen mehr als ausgleichen kann.

Die ISPA kann daher die Ansicht der Amtsgutachter, wonach A1TA aufgrund „kommerzieller Anreize“ zum Abschluss von kommerziellen Vereinbarungen gezwungen sei, nicht nachvollziehen. Für ein marktwirtschaftlich agierendes Unternehmen wäre es vielmehr rational, das Angebot von Vorleistungsprodukten nur dort aufrecht zu erhalten, wo im Falle einer Einstellung des Vorleistungsangebots mit Gewinneinbußen zu rechnen wäre. Dies wird, wenn überhaupt, lediglich im Gebiet 1 für Privatkundenprodukte sowie bundesweit für Geschäftskundenprodukte der Fall sein. Im restlichen Gebiet hätte A1TA vielmehr erhebliche wirtschaftliche Anreize, das Vorleistungsangebot einzustellen und dadurch seine dominante Position auszunutzen. Der Ansatz der Amtsgutachter würde daher im Ergebnis bewirken, dass ein Vorleistungsangebot am nicht

⁵ Vgl. ebd., S. 5-6 und 61.

⁶ Vgl. ebd., S. 61.

regulierungsbedürftigen Markt aufrechterhalten wird, während es für den regulierungsbedürftigen Markt eingestellt wird. Dies kann nicht im Sinne der Wettbewerbsregulierung sein.

Auch die Amtsgutachter erkennen die Möglichkeit, dass A1TA in Zukunft den Zugang zu Vorleistungsprodukten einstellen oder verschlechtern könnte und schlagen darauf basierend eine genaue Marktbeobachtung vor, welche ggf. zu einer neuerlichen Marktanalyse gem. § 87 TKG 2021 führen kann.⁷ Die ISPA gibt hier zu bedenken, dass sich ein solches Marktanalyseverfahren – wie man auch am Beispiel des Verfahrens M1.1/20 erkennt – ohne weiteres über mehrere Jahre erstrecken kann. Insbesondere wenn A1TA den Zugang nicht vollständig einstellt, sondern zu noch schlechteren Bedingungen anbietet, ist aufgrund der notwendigen Komplexität des Verfahrens (Gutachten, Konsultationen etc.) eine erhebliche Verfahrensdauer vorprogrammiert. Selbst wenn die Regulierungsbehörde am Ende eines solchen Marktanalyseverfahrens A1TA (erneut) zum Zugang zu Vorleistungsprodukten verpflichtet, käme dies für die überwiegende Mehrzahl der ANB zu spät, weil diese dann bereits vom Markt ausgeschieden wären und realistischerweise nicht zu erwarten ist, dass diese im Fall einer neuerlichen Regulierung ihren Geschäftsbetrieb wieder aufnehmen. Diese Gefahr droht auch im Fall einer Verfahrensstraffung von Seiten der Regulierungsbehörde, weil es sich bei den betroffenen ANB überwiegend um kleine Unternehmen handelt, die nicht über die notwendigen Mittel für ein „Durchtauchen“ derartiger Perioden verfügen.

Die im Gutachten angedeutete „Drohkulisse“ eines potenziellen neuerlichen Marktanalyseverfahrens ist daher weitgehend irrelevant, weil A1TA an dessen Ende selbst im Fall einer neuerlichen weitgehenden Regulierung einen Vorteil hätte, wenn dadurch weniger Konkurrenten am Markt verblieben sind und in der Zwischenzeit deren Kunden übernommen werden konnten.

Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde dazu auf, das Verhalten von A1TA nicht anhand von unverbindlichen Absichtserklärungen zu prognostizieren, sondern daran, was für A1TA rechtlich möglich und wirtschaftlich vorteilhaft ist. Aufgrund der fehlenden Wettbewerbsdynamik ist es nach Ansicht der ISPA absehbar, dass A1TA im Falle einer Abkehr von Regulierungsmaßnahmen zukünftig den Zugang zu Vorleistungsprodukten zumindest teilweise einschränken wird. Dies muss nicht eine komplette Zugangsverweigerung bedeuten, sondern kann auch in einer bloßen Verschlechterung der Zugangsbedingungen bestehen. Der Abschluss der Vereinbarungen auf fünf Jahre ohne Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung bietet hier lediglich für jene ANB eine gewisse Sicherheit, welche diese Verträge bereits abgeschlossen haben, hält aber A1TA nicht davon ab, bei der Auswahl der Vertragspartner selektiv vorzugehen. Dem kann nur durch ein reguliertes Standardangebot in diesen Teilmärkten vorgebeugt werden. Ansonsten droht für einen erheblichen Zeitraum die Einzementierung der Marktmacht von A1TA zum Nachteil der Endkunden.

Eine weitere unverbindliche Zusage von A1TA, auf welche die ANB keinen Rechtsanspruch haben, betreffen die Übernahme von Kollokations-Rückbaukosten iHv 25% und wird an späterer Stelle (siehe Punkt 3.3 dieser Stellungnahme) behandelt.

⁷ Vgl. ebd., S. 62.

1.4 Kein bundesweiter Zugang gewährleistet

Laut dem Vorbringen von A1TA ist zukünftig auch eine Unterzeichnung einzelner Verträge möglich, d.h. die kommerziellen Vereinbarungen vULL 2.0 und VHCN (Einzel- und Poollösung) sind nicht mehr aneinandergeschlossen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, wenngleich es sich hierbei lediglich um eine einseitige Zusage von A1TA handelt. Aufgrund der Abschlussfreiheit im Rahmen der Privatautonomie erwächst keinem ANB gegen den Willen von A1TA ein Recht auf Unterzeichnung nur einer (bzw. beider, siehe Punkt 1.3 dieser Stellungnahme) dieser kommerziellen Vereinbarungen.

Selbst unter Annahme der Möglichkeit einer getrennten Vertragsunterzeichnung sind die kommerziellen Vereinbarungen inhaltlich aneinandergeschlossen. ANB erhalten im Falle einer gesonderten Unterzeichnung von vULL 2.0 ohne gleichzeitige Unterzeichnung eines der beiden VHCN-Abkommen de facto keinen bundesweiten Zugang auf Vorleistungsebene, weil sukzessive größer werdende geographische Gebiete (die jeweiligen VHCN-Ausbauprojekte) aus dem Anwendungsbereich von vULL 2.0 ausgenommen sind. Ein wesentlicher Grund, der die ANB neben den schlechten Entgelt- und Nachbildbarkeitsbestimmungen von einer Unterzeichnung des VHCN-Abkommens abhält, ist im Wesentlichen die bereits in der ISPA-Stellungnahme vom 18.3.2022 kritisierte und nach wie vor äußerst unklar und weitreichend formulierte Reziprozitätsklausel (siehe dort Punkt 3.8), an welcher in der gegenwärtigen Form der Verträge nur unwesentlich nachgebessert wurde.

Wenn die Amtsgutachter daher auf die von Magenta (ON 066) geäußerte Kritik an dieser Reziprozitätsklausel des VHCN-Abkommens dahingehend eingehen, dass vULL 2.0 auch gesondert unterzeichnet werden könne, ist dem zu entgegnen, dass den ANB in diesem Fall gerade kein bundesweiter Zugang gewährleistet ist – wodurch es zu einer erheblichen Schlechterstellung gegenüber den im Gutachten vom 08 März 2021 vorgesehenen Zugangspflichten kommen würde. Die Kritik von Magenta an der Reziprozitätsklausel sollte daher ernst genommen und erneut gutachterlich behandelt werden.

2. Zum gewählten Verfahrensgang (Drei-Kriterien-Test)

2.1 Einleitung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem im Rahmen dieses Verfahrens zu beurteilenden „Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang“ gemäß der aktuellen Märkteempfehlung der EU-Kommission um einen Markt handelt, bei welchem die EU-Kommission grundsätzlich Bedarf für eine Vorabregulierung sieht.⁸ Sofern eine nationale Regulierungsbehörde ausnahmsweise aufgrund der besonderen nationalen Gegebenheiten davon

⁸ 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 Annex I
Ibid. Rz 2

abgehen möchte, müsste sie nachweisen, dass mindestens eines der drei in Art 67 Abs. 1 EECC genannten Kriterien nicht erfüllt ist (3-Kriterien-Test).

Im Rahmen des zur ON 71 eingebrachten Ergänzungsgutachtens kommen die Amtsgutachter nun zu dem Ergebnis, dass das zweite Kriterium des 3-Kriterien-Tests aufgrund der von A1TA zur ON 68 vorgelegten Vereinbarungen nicht mehr erfüllt sei. Das zweite Kriterium betrifft die Frage, ob ein Markt angesichts des Standes und der Aussichten des infrastrukturgestützten und sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken innerhalb des relevanten Zeitraums strukturell zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert. Voraussetzung ist also, dass die Wettbewerbsdynamik auf den relevanten Märkten selbst bereits für einen ausreichend wirksamen Wettbewerb sorgt.

Bei der Analyse ist weiterhin von den im Rahmen des Gutachtens vom 08.03.2021 festgestellten Märkten – einem bundesweiten Markt für Geschäftskundenprodukte sowie einem geografisch eingegrenzten Markt für Privatkundenprodukte – auszugehen, da sich an den von den Gutachtern selbst aufgestellten Kriterien zu deren Abgrenzung – der Anzahl der unabhängigen Netze, der alternativen Festnetze sowie dem Marktanteil der A1TA – nichts geändert hat. Dies ist auch im Einklang mit ErwGR 35 der Märkteempfehlung, welche die Regulierungsbehörde bei Anwendung des 3-Kriterien-Tests zu einer geografischen differenzierten Analyse verpflichtet. Entscheidend ist daher, ob die von A1TA vorgelegten Verträge ausreichender Beweis dafür sind, dass der bundesweite Markt für Geschäftskundenprodukte sowie der Markt für Privatkundenprodukte in Gebiet 2 strukturell zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert.

2.2 Zur Vorlage der kommerziellen Vereinbarungen durch A1TA

Zwar wird auch in Erwägungsgrund 15 der EU-Märkteempfehlung betont, dass sofern interessierten Unternehmen Zugang zu Vorleistungsprodukten zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen angeboten wird, die wettbewerblich tragfähige Ergebnisse für die Endnutzer auf den Endkundenmärkten ermöglichen, dies am Ende dazu beitragen kann, dass keine ex-ante Regulierungsaufgaben auf dem jeweiligen Markt erforderlich sind. Jedoch ist dies lediglich ein Teilaspekt, der zusammen mit anderen Faktoren analysiert werden muss. Keinesfalls folgt aus der Märkteempfehlung, dass das Vorliegen einer solchen Vereinbarung für sich genommen umgehend dazu führt, dass der Vorleistungsmarkt nicht mehr regulierungsbedürftig wäre.

Insbesondere müssen entsprechende Vereinbarungen ein Beleg für die vorhandene Wettbewerbsdynamik sein, und daher aus dieser heraus entstanden sein. Wie sich in weiterer Folge zeigen wird, hat in diesem Fall jedoch nicht die Wettbewerbsdynamik, sondern die angedrohte Regulierung, dazu geführt, dass A1TA die eingereichten Verträge verfasst hat und damit auf einen Teil der Anbieter zugegangen ist. Daher können sie für sich genommen keinen Beweis für ausreichend Wettbewerb am relevanten Vorleistungsmarkt darstellen. Auch im EECC selbst wird explizit darauf Bezug genommen, dass bei der Analyse solcher Vereinbarungen stets berücksichtigt werden sollte, dass auch die Aussicht auf Regulierung – und nicht die Wettbewerbsdynamik - Netzeigentümer dazu bewegen kann, in kommerzielle Verhandlungen zu treten.⁹ Von den

⁹ ErwGr 170 EECC

Gutachtern wird dieser Aspekt zwar erkannt, es wird jedoch dennoch argumentiert, A1TA hätte „jetzt und in Zukunft Interesse daran, die vULL 2.0 und den VHCN-Zugang anzubieten“.

Diese Annahme ist nicht nachvollziehbar. Denn es ist nicht anzunehmen, dass A1TA die Verträge ohne der angedrohten Regulierungsaufgaben von sich aus angeboten hätte. Insbesondere besteht gerade auf den beiden regulierungsbedürftigen Vorleistungsmärkten auf denen A1TA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, entgegen der Annahmen der Gutachter kein kommerzielles Interesse ein solches Vorleistungsangebot auch in Zukunft weiterhin aufrechtzuerhalten. Denn angesichts der marktbeherrschenden Stellung der A1TA auf diesen Märkten – in zahlreichen Gebieten sind sie sogar der einzige Festnetzanbieter - ist anzunehmen, dass bei Einstellen der Vorleistungsprodukte die Kunden der Vorleistungsbezieher zu A1TA wechseln würden (siehe Punkt 1.3 dieser Stellungnahme). Ein wirtschaftlicher Anreiz für ein Vorleistungsangebot aufgrund der Wettbewerbsstrukturen besteht daher gerade nicht. Da im Fall von Geschäftskundenprodukten selbst die Amtsgutachter davon ausgehen, dass mobile Breitbandprodukte keinen adäquaten Ersatz darstellen, wäre auf diesem Markt in vielen Gebieten ein Angebot der A1TA ohne Vorleistungsangebot sogar gänzlich alternativlos. A1TA hätte also eine Monopolstellung, wodurch ein weiterer Anreiz besteht, gerade dort auf das Vorleistungsangebot zu verzichten.

Auch der Umstand, dass die Amtsgutachter das von A1TA vorgelegte bundesweite Angebot gegen eine (Teil-)regulierung des Marktes abwägen zeigt, dass A1TA dieses Angebot gerade deshalb vorlegt, um einer weiteren Regulierung zu entgehen. Dies wird von A1TA in ihrem Schreiben vom 16.03.2022 auch implizit eingestanden. Würde tatsächlich ein wirtschaftlicher Anreiz zum Abschluss dieser Vereinbarungen bestehen, würden diese unabhängig von weiteren Regulierungsaufgaben angeboten werden. Nur in diesem Fall könnten sie auch tatsächlich als Resultat der vorhandenen Wettbewerbsdynamik betrachtet werden.

Es folgt, dass die vorgelegten kommerziellen Vereinbarungen gerade nicht das Resultat des infrastrukturgestützten bzw. sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken sind, sondern vielmehr ausschließlich die angedrohte Regulierung A1TA zum Abschluss dieser Vereinbarungen veranlasst hat. Daher können diese Vereinbarungen aber auch nicht als Nachweis verwendet werden, dass das zweite Kriterium des 3-Kriterien-Tests auf den relevanten Märkten nicht erfüllt ist. Auch dem von den Gutachtern gewählte Argument, wonach sich durch die vorgelegten Verträge „ein Ergebnis einstellt, dass jenem unter wettbewerblichen Bedingungen entspricht“ ist zu entgegnen, dass es bei der Anwendung des 3-Kriterien-Tests gerade nicht auf das Ergebnis ankommt, sondern auf eine in die Zukunft gerichtete Analyse der Marktstrukturen, wobei gerade nicht die angedrohten Regulierungsmaßnahmen berücksichtigt werden dürfen, da diese nicht Teil der Marktstrukturen sind, sondern bereits Marktversagen voraussetzen.

Die vorliegenden kommerziellen Vereinbarungen haben ihren Entstehungsgrund in der Androhung von Regulierungsmaßnahmen, die ihrerseits aufgrund der Feststellung eines Marktversagens erfolgt ist. Wenn nun diese kommerziellen Vereinbarungen in weiterer Folge als Argument gegen die Existenz dieses Marktversagens verwendet werden können, würde dies das Grundkonzept der ex-ante Regulierung erheblich untergraben. Denn in diesem Fall würde sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Androhung von Regulierungsaufgaben vertraglich selbst zu Konditionen verpflichten, die – wie unten noch ausgeführt wird – in Teilen für sie sogar vorteilhafter sind, um nicht

nur die angedrohten Regulierungsaufgaben, sondern sogar die marktbeherrschende Stellung selbst abzulegen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Verweis auf Art 58 SMP-Guidelines¹⁰ ebenfalls verfehlt scheint. Denn darin wird der „Abschluss von langfristigen und nachhaltigen Zugangsvereinbarungen“ lediglich als eines von zahlreichen Kriterien zur Beurteilung für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht – in diesem Fall in Form eines Oligopols – angeführt, und nicht als Kriterium für ein Absehen von ex-ante Regulierung (Art 87 SMP-Guidelines)

2.3 Zur Unterzeichnung der Vereinbarung durch die Vorleistungsbezieher

Wie die ISPA bereits in ihrem Schriftsatz vom 14. März 2022 (ON 67) im Detail dargelegt hat, sollte auch der Anzahl der unterzeichnenden Unternehmen keine hohe Bedeutung beigemessen werden. Denn auch von Seiten der Vorleistungsbezieher wurden die vorgelegten Verträge nicht aufgrund der vorhandenen Wettbewerbsdynamik unterzeichnet, sondern lediglich in Folge wirtschaftlicher Risikoabwägungen und aufgrund von Druckausübung seitens A1TA. Die ISPA möchte daher in diesem Punkt nochmals vollinhaltlich auf das Vorbringen in Punkt 1.3 der Stellungnahme vom 14. März 2022 verweisen. Es ist daher auch dem Argument der A1TA in ihrem Schriftsatz vom 16.03.2022 (ON 68) entschieden entgegenzutreten, wonach die vorgelegten Verträge im Ergebnis zeigen, dass A1TA die „heterogene Interessenlage der zahlreichen Vorleistungsnehmer in einem fairen Ausgleich bringen wollen und können“. Denn in der Realität hat A1TA mit einem einzigen Vorleistungsbezieher verhandelt, und alle anderen Vertragspartner de facto vor vollendete Tatsachen gestellt. Selbst der größte Vertragspartner konnte jedoch nicht frei verhandeln, sondern stets nur unter dem Druck der A1TA, den Zugang zu ihrer Infrastruktur in Gebiet 1 in Hinkunft zur Gänze einzustellen. Auch auf die ISPA selbst ist A1TA erst sehr spät zugekommen, jedoch bestand zu diesem Zeitpunkt kein Spielraum mehr, um noch signifikante Änderungen an den Vertragskonditionen vorzunehmen.

Da die im Rahmen des Gutachtens vom 08. März 2021 definierten Märkte zudem separat zu analysieren sind, müssten die vorgelegten Vereinbarungen von den Vorleistungsbeziehern gerade aufgrund der auf diesen Märkten vorhandenen Wettbewerbsdynamik abgeschlossen worden sein. Die einzige Motivation der Vorleistungsbezieher in diesen Märkten zum Abschluss der Verträge war bislang jedoch, Zugang zu nicht von der Marktdefinition umfassten Infrastruktur in Gebiet 1 zu erhalten.

Es folgt daher, dass auch aus dem Blickwinkel der Vorleistungsbezieher der Abschluss der Vereinbarungen keinen Nachweis über vorhandene Wettbewerbsstrukturen darstellt.

2.4 Zum Vorgehen auf EU-Ebene

Auch ein Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten zeigt, dass in Ländern, in welchen Markt 1 der EU-Märkteempfehlung bislang dereguliert wurde, dies aufgrund von infrastrukturbezogenem Wettbewerb erfolgte, insbesondere durch Kabelnetze, wie dies von den Gutachtern ursprünglich auch für Gebiet 1 argumentiert wurde. Es sind jedoch keine Fälle bekannt, in denen das bloße

¹⁰ Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2018/C 159/01)

Vorhandensein eines einseitig durch das marktbeherrschende Unternehmen verfassten Vertrags zur kompletten Deregulierung von Markt 1 geführt hat. Vielmehr nimmt auch die EU-Kommission an, dass in allen Ländern, in welchen kein entsprechender infrastrukturbezogener Wettbewerb vorhanden ist, in absehbarer Zeit auch kein effektiver Wettbewerb bestehen wird.¹¹

2.5 Ergebnis

In Summe zeigt sich eindeutig, dass die vorgelegten Verträge zunächst einmal nichts an dem grundsätzlichen Erfordernis einer Vorabregulierung auf den relevanten Vorleistungsmärkten sowie auch an der marktbeherrschenden Stellung der A1TA ändern. Die Regulierungsbehörde wäre daher dazu verpflichtet, dem marktbeherrschenden Unternehmen spezifische Verpflichtungen gemäß § 89 TKG aufzuerlegen, um Wettbewerb auf diesen Märkten zu gewährleisten.

Bereits im Rahmen des EECC wurde jedoch für den vorliegenden Fall, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgrund von angedachten Regulierungsmaßnahmen selbst kommerzielle Vereinbarungen vorlegt, explizit ein eigenes Verfahren in Art 79 EECC geschaffen, das in Österreich in § 98 TKG umgesetzt wurde, welches hier auch zur Anwendung kommen könnte. Sofern sich A1TA daher tatsächlich zu den in den Verträgen enthaltenen Konditionen anstelle der angedachten Regulierungsaufgaben verpflichten möchte, müsste das Unternehmen diese Verträge als kommerzielle Vereinbarungen an die Regulierungsbehörde übermitteln und von dieser gemäß § 98 TKG 2021 geprüft werden. Es ist dabei unerheblich, dass die Vereinbarungen auch den nach Ansicht der Amtsgutachter nicht regulierungsbedürftigen Privatkundenmarkt in Gebiet 1 betreffen, da es der Regulierungsbehörde freisteht, die Verträge lediglich in Bezug auf die regulierungsbedürftigen Märkte zu prüfen.

Ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem von den Gutachtern gewählten Wegs ist dabei zum einen, dass die vorgelegten Verträge von der Regulierungsbehörde für verbindlich erklärt werden müssten. Hierdurch würde – anders als durch reine Absichtserklärungen der A1TA – auch tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen werden, dass dieses Angebot für eine bestimmte Zeit sämtlichen Nachfragern zur Verfügung gestellt wird.

Noch entscheidender ist jedoch, dass die Regulierungsbehörde gemäß § 98 Abs. 11 TKG die Einhaltung der für bindend erklärten, spezifischen Verpflichtungen zu beobachten, zu überprüfen und zu gewährleisten hat. Der damit verbundene Rechtsschutz hinsichtlich der Einhaltung der vertraglichen Pflichten seitens A1TA stellt einen entscheidenden Unterschied gegenüber der gänzlichen Deregulierung dar. Denn anders als offenbar von den Amtsgutachtern angenommen, bietet § 203 Abs. 3 TKG keine Möglichkeit für Vorleistungsbezieher sich zur Durchsetzung von spezifischen Ansprüchen aus den vorgelegten Verträgen an die Regulierungsbehörde zu wenden, wie dies bislang im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens nach § 205 Abs. 2 TKG möglich war. Vielmehr bietet § 203 Abs. 3 TKG lediglich die Möglichkeit die Regulierungsbehörde zur Streitbeilegung hinsichtlich der Zugangsgewährung an sich anzurufen, nicht jedoch zur Streitbeilegung hinsichtlich spezifischer Pflichten aus dem Vertrag, wie etwa bei Streitfragen in Bezug auf den Kollokationsrückbau. Darüber hinaus ist selbst bei einem Verfahren nach

¹¹ EU-Märkteempfehlung, Explanatory Note S. 51

§ 203 Abs. 3 TKG zu berücksichtigen, dass kein Netzzugang gegen den Willen des Netzbetreibers angeordnet werden kann.¹²

Die weitere von den Gutachtern ins Treffen geführte Rechtsschutzmöglichkeit, wonach die Regulierungsbehörde jederzeit ein neues Marktanalyseverfahren einleiten könnte, an deren Ende ein Regulierungsbescheid erlassen wird, bietet ebenfalls nicht ausreichend Abhilfe. Denn angesichts der zahlreichen Verfahrensschritte und -fristen könnte damit nur mit großem Abstand auf etwaige Vertragsverletzungen seitens A1TA reagiert werden. Am Ende würde Vorleistungsbeziehern daher nur der ordentliche Zivilrechtsweg verbleiben, der jedoch gerade für die zahlreichen klein- und mittelgroßen Unternehmen mit einem erheblichen Kostenrisiko verbunden ist.

Die ISPA fordert die Regulierungsbehörde daher dazu auf, das angemessene Verfahren zur Beurteilung der vorgelegten Vereinbarungen zu nutzen und die Verträge erneut auf Basis von § 98 TKG zu prüfen.

3. Inhaltliche Kritik an vULL 2.0

Die ISPA möchte die vorliegende Stellungnahme auch dazu nutzen, um inhaltlich auf die aktuellsten Entwürfe der kommerziellen Vereinbarungen einzugehen.

3.1 Nachbildbarkeit nicht gegeben

Wie bereits in der Stellungnahme der ISPA vom 18.3.2022 ausgeführt, sind die Regelungen zur Nachbildbarkeit das entscheidende Bewertungskriterium, ob die kommerziellen Vereinbarungen mittelfristig ein kompetitives Angebot von ANB ermöglichen. Ohne einen tauglichen Sicherheitsmechanismus wäre es für A1TA problemlos möglich, Mitbewerber durch systematische Preisgestaltung aus dem Markt zu drängen. Die Regelungen zur Nachbildbarkeit sind daher für eine regulatorische Bewertung von vULL 2.0 zentral.

Die ISPA möchte zusätzlich zu ihren bisherigen Ausführungen zum Nachbildbarkeitsregime von vULL 2.0 einige Punkte noch stärker darstellen.

Der Neukunden-Preisindex (Kontrollebene 1) wird anhand der bundesweiten Durchschnittserlöse der Endkunden von A1TA (aufgeteilt auf die jeweiligen Bandbreiten sowie in Business/Residential) errechnet. Aufgrund dieser Methodik ist es für A1TA möglich, den Endkundenpreis für einzelne oder mehrere Bandbreiten regional beschränkt massiv zu senken, ohne, dass sich dies gleichermaßen in einer Absenkung der Vorleistungsentgelte niederschlägt. Auf diese Weise kann A1TA in einzelnen Regionen den tatsächlichen Abschlag zwischen Retailentgelt und entsprechendem Vorleistungsentgelt theoretisch bis auf 25% bzw. € 4,84/ € 6,68 (aufgrund der Kontrollebene 3) absenken. Dadurch hat A1TA die Möglichkeit, regionale Angebote anzusetzen, mit denen dort vertretene ANB nicht mithalten können. Angesichts der zahlreichen regionalen Aktionsangebote der A1TA in den vergangenen Jahren, ist anzunehmen, dass A1TA auch in Zukunft weiterhin in dieser Form Druck auf regionale Anbieter ausüben wird bzw. besteht kein Grund zur Annahme, weshalb

¹² Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage: ErlRV 1043 BlgNR XXVII. GP, 58

sich daran etwas ändern sollte. Im Unterschied zu bislang könnten in Hinkunft jedoch ANB – mangels entsprechend gesenkter Vorleistungsentgelte – diesen Angeboten wirtschaftlich nicht mehr entgegenreten.

An diesem Beispiel zeigt sich gut, dass es einen bedeutsamen Unterschied macht, ob man die Nachbildbarkeit anhand von individuellen Profilkategorien oder eines allgemeinen Index aus bestimmt. Aus Sicht der ISPA müssen im regulierungsbedürftigen Markt daher die Mindestabschläge von 49,5% (Privatkunden) bzw. 43,2 % (Geschäftskunden) daher bei jedem individuellen Produkt gegeben sein.

Auf Kontrollebene 3 kommt es mit dem geänderten Vorbringen zu einer Neueinführung eines betragslichen Mindestabstands von € 4,84 (für Privatkundenprodukte) bzw. € 6,68 (für Geschäftskundenprodukte), welcher neben den prozentuellen Mindestabstands iHv 25% tritt und der Deckung der variablen Kosten dienen soll. Lediglich im Fall einer massiven Absenkung der A1-Endkundenpreise könnten diese betragslichen Mindestabstände in Einzelfällen relevant werden, weil sich dann durch die Beträge ein 25% übersteigender prozentualer Abschlag ergeben könnte. Gerade gegenüber den zahlreichen ausschließlich regionalen ANBs wäre diese Schranke jedoch wirkungslos, weil im Fall der oben angesprochenen regionalen Aktionen durch A1TA eine bloße Deckung der variablen Kosten nicht ausreichend ist, wenn ein großer Teil oder sogar die gesamte Produktbreite des ANB von einer derartigen Konkurrenzierung betroffen ist. Denn anders als A1TA oder ein bundesweit tätiger ANB können die Gewinne nicht durch Kunden in anderen Regionen lukriert werden.

Dies wäre innerhalb der Spielräume des allgemeinen Wettbewerbsrechts eine realistische Möglichkeit, die im Ergänzungsgutachten nicht behandelt wird. A1TA hätte sich wohl kaum für dieses komplexe und kostenintensive Nachbildbarkeitsregime entschieden (immerhin trägt A1TA die Kosten für die jährliche Überprüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, siehe S. 338 des vULL 2.0-Vertrages“), wenn sie darin nicht wirtschaftlich vorteilhafte vertragliche Spielräume erkannt hätte. Die ISPA appelliert daher an die Amtsgutachter, dieses Risiko in ihrer Bewertung der kommerziellen Vereinbarungen ausreichend zu würdigen.

Erschwerend kommt dazu, dass für die ANB die Durchsetzung des bestehenden Nachbildbarkeitsregimes aufgrund der Intransparenz der A1-Endkundenangebote äußerst schwierig ist.

3.2 Neben der technischen Replizierbarkeit muss auch die ökonomische gegeben sein

In die aktuelle Version des vULL 2.0-Abkommens wurde eine Bestimmung aufgenommen, wonach sich A1TA im Falle des Angebots von Festnetz-Breitband-Retailprodukten, welche mit dem derzeitigen VE-Serviceprofilportfolio 2.0 kommerziell nicht nachbildbar sind, zu einer Erweiterung des VE-Serviceprofilportfolio 2.0 unter den Nachbildbarkeitsbestimmungen der Kontrollebene 3 verpflichtet. Daraus ergibt sich, dass die bisherige Beschränkung des VE-Serviceprofilportfolios auf Bandbreiten bis inklusive 337.920 downstream (residential) bzw. 307.200 downstream (business) nicht mehr aufrechterhalten werden kann, weil A1TA zum derzeitigen Stand (12.04.2022)

grundsätzlich sowohl auf Privat- wie auch auf Businesskundenebene höhere Bandbreitenprofile anbietet.

Es ist bemerkenswert, dass A1TA das VE-Serviceportfolio im vULL 2.0-Abkommen nicht um dementsprechende Vorleistungsprofile erweitert hat, wozu sie ja nunmehr verpflichtet wäre. Dann wäre für ANB und nicht zuletzt für die Amtsgutachter klar ersichtlich, zu welchen Preisen (und damit mit welchem Abschlag) A1TA diese höheren Profile auf Vorleistungsebene anbieten möchte. Nachdem bereits das Entgelt für das VE-Standard-Service mit der bisher höchsten Bandbreite im Portfolio (300/30) den für Gebiet 2 auf Privatkundenebene festgestellten Mindestabschlag erheblich unterschreitet¹³ (dies stellt bereits für sich genommen einen Mangel des vULL 2.0-Vertrages dar!), ist zu befürchten, dass die höheren Bandbreitenprofile einen noch niedrigeren realer Abschlag aufweisen, der sich stark dem nach Kontrollebene 3 minimalen Abschlag iHv 25 % annähert.

Die ISPA fordert daher die Amtsgutachter dazu auf, A1TA entweder zu einer Erweiterung des VE-Service-Portfolios um die entsprechenden Vorleistungsprodukte samt -entgelten aufzufordern und das Gutachten dementsprechend anzupassen. Sollte A1TA dieser Aufforderung nicht nachkommen, müsste gutachterlich aus Sicht der ISPA vom worst-case-szenario eines Vorleistungspreises ausgegangen werden, der nicht wesentlich über dem Mindestabschlag iHv 25% laut Kontrollebene 3 liegt und davon ausgehend eine Neubewertung der Entgelte von vULL 2.0 vorgenommen werden.

3.3 Regelung zu den Kollokations-Rückbaukosten unzufriedenstellend

A1TA gibt in ihrem Vorbringen vom 16.03.2022 (ON 68) an, jenen Entbündelungspartnern, die eine Migration ihrer Leitungen und den Rückbau der Kollokationen noch nicht fixiert bzw. geplant haben, eine Kostenbeteiligung für den Rückbau der Kollokationen idHv 25% anzubieten, sofern die Leitungen bis Jahresende 2024 vollständig migriert und die Kollokationsflächen auch vollständig zurückgebaut werden.

Hierzu ist erstens zu bemerken, dass es sich um eine einseitige Zusage von A1TA handelt. Keinem ANB erwächst aus der Unterzeichnung des vULL 2.0-Vertrags ein durchsetzbarer Rechtsanspruch gegen A1TA auf diese Kostenübernahme, wie auch die Gutachter festhalten.¹⁴ In einem gewissen Widerspruch dazu gehen die Gutachter jedoch auf an späterer Stelle¹⁵ dennoch auf die angebotenen 25 % Kostenübernahme ein und stellen fest, dass diese zwar hinter den im Gutachten vom 08.03.2021 vorgeschlagenen 50% zurückbleiben, dies für die wettbewerbliche Beurteilung aber insgesamt nicht ausschlaggebend sei.

Die ISPA fordert erstens, dass diese Zusage integraler Bestandteil des vULL 2.0-Vertrages werden muss. Solange es keine vertragliche Verpflichtung von A1TA gibt, darf diese unverbindliche Absichtserklärung von A1TA überhaupt kein Gewicht in der regulatorischen Bewertung finden und muss demnach so behandelt werden, als hätte sich A1TA zu überhaupt keiner Kostenübernahme verpflichtet.

¹³ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 22.

¹⁴ Vgl. ebd., S. 5-6.

¹⁵ Vgl. ebd., S. 40.

Zudem lässt die vage Formulierung der Zusage viele Details offen. Es ist unklar, wann ein Rückbau als noch nicht „fixiert bzw. geplant“ gilt. Kann etwa für alle derzeit noch betriebenen Kollokationen Kostenersatz beantragt werden, auch wenn deren Rückbau schon intern geplant ist? Bezieht sich die Bedingung, dass bis Jahresende 2024 vollständig migriert und die Kollokationsflächen vollständig zurückgebaut sein müssen, auf die einzelne Kollokation für die Kostenersatz begehrt wird oder auf alle Kollokationen des ANB? Derartige Fragen müssten im Rahmen des vULL 2.0-Vertrages detailliert geklärt werden.

Zudem erhält die ISPA von Mitgliedern die Rückmeldung, dass ihnen die vollständige Migration aller Kollokationen und ein Rückbau der Kollokationsflächen bis Ende 2024 nicht möglich ist. Bei der Fortschreitung des beobachteten Trends der sinkenden Nutzung der physischen Entbündelung durch die Amtsgutachter (siehe Abbildung 5 im Ergänzungsgutachten) wird übersehen, dass B2B-Migrationen deutlich aufwändiger sind und entsprechend langsamer vollzogen werden können und sich die derzeitige Geschwindigkeit an ULL – vULL Migrationen aus B2C Umstellungen speist, die erheblich rascher und unkomplizierter vollzogen werden können. Daher ist eine Extrapolation der aktuellen Migrationszahlen dahingehend, dass eine vollständige ULL – vULL Migration bis Ende 2024 möglich wäre, nicht zutreffend. Um die hohe Anzahl an Migrationen überhaupt bewerkstelligen zu können, benötigen ANB teilweise externes Personal und vor allem zusätzliche budgetäre Mittel, wodurch aufgrund des notwendigen Planungsaufwands ein Abschluss aller Migrationen bis Ende 2024 verunmöglicht wird.

Die ISPA fordert daher, dass für die ANB 5 Jahre ab Ende des Marktanalyseverfahrens zur Verfügung stehen, um die Migrationen auf vULL abzuschließen.

Die Migrationen von ULL auf VULL sollten weiters auch serviceneutral möglich sein, d.h. dass ANB nach der Migration in der Lage sein müssen, die gleichen Dienste wie vor der Migration zu erbringen. Insbesondere wird die Einführung eines asymmetrischen VE-Services 16/1 Mbit/s vULL Profils gefordert, um den korrespondierenden ULL-Dienst migrieren zu können. Andererseits sind bei den symmetrischen Bandbreiten höhere Profile notwendig, da ISPA-Mitglieder derzeit Kunden mit Produkten mit einem Profil von 40/40 Mbit/s im Rahmen der physischen Entbündelung anbinden. Den ANB sollten keine Nachteile aus der Migration erwachsen, was zusätzlich zur Kostenneutralität auch eine Serviceneutralität voraussetzt. Alternativ zur Einführung weiterer vULL-Profile wäre eine Lösung auch dadurch möglich, dass ANB die nächsthöheren Profile zum alten ULL-Preis beziehen.

3.4 Verpflichtendes B-DSLAM-Management widerspricht den gutachterlichen Vorgaben

Die ISPA weist erneut darauf hin, dass der vULL 2.0-Vertrag in der aktuellen Form nach wie vor in krasser Abweichung von den Mindeststandards des wirtschaftlichen Gutachtens vom März 2021 eine Pflicht zur Nutzung von B-DSLAM-Management für Business-Profile vorsieht.

A1TA möchte im vULL 2.0 Abkommen, die bereits im November 2020 erstmals vorgeschlagene Unterscheidung in zwei unterschiedliche DSLAM-Management Typen beibehalten, wobei VE-Business-Serviceprofile stets nur gemeinsam mit B-DSLAM Management bestellt werden können.

Möchte ein ANB daher auf einem DSLAM sowohl VE-Business-Services als auch andere VE-Services bestellen, muss er sowohl ein A- als auch B-DSLAM-Management einrichten.

Dadurch entstehen erhebliche Zusatzkosten. Denn nicht nur muss für jeden DSLAM-Management Typ eine separate Verkehrsübergabe eingerichtet und monatlich abgegolten werden, es werden zudem auch die Möglichkeiten zur Überbuchung der DSLAM-Management Bandbreite erheblich erschwert da die Überbuchung nun ebenfalls für jeden DSLAM-Management Typ gesondert erfolgen müsste. Dies benachteiligt wiederum gerade jene kleineren Anbieter, die im Durchschnitt nur wenige Kunden pro DSLAM aufweisen.

Technisch unterscheiden sich die DSLAM-Managements vor allem durch eine unterschiedliche High Priority (HP) Qualität. Dabei fällt auf, dass im Vergleich zum aktuellen Standardangebot, das neue B-DSLAM-Management nun offenbar dem bisherigen A-DSLAM-Management entspricht, da gemäß Pkt. 3.7.1.2 des technischen Handbuchs in Hinkunft 50% der B-DSLAM Management Bandbreite je Standort mit der HP-Qualität gewährleistet sein sollen. Für A-DSLAM Management verringert sich dieser Wert deutlich auf nur mehr 15 %. Nicht nur werden die Entgelte für das DSLAM-Management daher erheblich teurer (siehe dazu noch unten), es verschlechtert sich auch die Qualität der jeweiligen DSLAM-Managements erheblich.

Weder für die Herabstufung der Qualitätslevel noch für die Unterteilung in zwei unterschiedliche DSLAM-Managements existiert eine nachvollziehbare technische Begründung, insbesondere liegt kein Mehraufwand durch die betroffenen VE-Services zugrunde. Auch aus diesem Grund, sowie um dem ANB ausreichen Skalenvorteile zu ermöglichen, haben sich die Amtsgutachter explizit gegen einen Zwang zur Nutzung mehrerer DSLAM-Managements ausgesprochen.¹⁶

Das vorgelegte vULL 2.0 Abkommen widerspricht daher in diesem Punkt deutlich den im wirtschaftlichen Gutachten festgelegten Zugangsverpflichtungen und sollte daher entsprechend abgeändert werden.

3.5 Bestandskunden-Freeze ist nachteilig geregelt

Auch wenn die ISPA grundsätzlich begrüßt, dass es anders als ursprünglich von A1TA beabsichtigt zu keiner automatischen Migration von Bestandskunden auf vULL 2.0 zu einem bestimmten Stichtag kommt, weist die vorgeschlagene Option eines „Bestandskunden-Freeze“ erhebliche Mängel auf, die einen großen Schatten auf deren Vorteile werfen.

Wie auch von den Amtsgutachtern ausgeführt, wird der Bestandskunden-Freeze von A1TA wohl aus technisch-administrativen Gründen dermaßen implementiert, dass durch den ANB für die „eingefrorene“ Anschlüsse einerseits und die vULL 2.0-Anschlüsse andererseits ein eigener Master-User notwendig ist. Da es sich somit um zwei virtuelle Anbieter handelt, ist nach Ansicht von A1TA der Fall einer Migration eines „eingefrorenen“ vULL-Anschlusses auf vULL 2.0 (z.B. aufgrund einer Produktänderung oder nach Ablauf von fünf Jahren) wie ein Anbieterwechsel bzw. eine

¹⁶ Vgl Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 003) S. 123.

Neuherstellung eines Anschlusses zu bewerten, weshalb ein Herstellertgelt iHv einmalig € 41,58 an A1TA zu entrichten ist.

Nach Angaben der Amtsgutachter sei jedoch nicht die gesamte Bestandskundenbasis des ANB betroffen, da davon auszugehen ist, dass innerhalb von fünf Jahren ein Teil der Kunden den Anbieter wechselt.¹⁷ Dementsprechend, so scheint die Annahme, muss nicht für 100 % der vom Bestandskunden-Freeze betroffenen Anschlüsse ein Herstellungsentgelt entrichtet werden, sondern nur für einen kleineren Teil, wodurch sich die Belastung für die ANB durch diese nachteilige Regelung verringern würde.

Die ISPA kann diese Ausführungen nicht nachvollziehen. Gerade im Festnetzbereich weisen kleinere ANB und solche, die auf Businesskunden spezialisiert sind, eine äußerst niedrige Abwanderungsquote auf und sind daher von der Pflicht zur Entrichtung eines Herstellertgelts durch die Migration stark betroffen, weil entgegen der Annahmen der Amtsgutachter davon auszugehen ist, dass der überwiegende Teil der Bestandskunden spätestens nach 5 Jahren auf vULL 2.0 migriert werden muss. Bereits aufgrund der Tatsache, dass bei Geschäftskunden Vertragsbindungen von 3 – 5 Jahren keine Seltenheit, sondern eher die Regel darstellen, ist offensichtlich, dass innerhalb dieser Zeit die Abwanderungsquote sehr niedrig ist.

Die Amtsgutachter wären dazu aufgefordert, offen zu legen, auf welcher Datenbasis sie von welcher Churn-Rate für die ANB ausgehen, wie diese Abwanderungsquote die Belastung durch das Herstellungsentgelt verändert und wie diese so ermittelte durchschnittliche Belastung die Vorteile des Bestandskunden-Freeze einschränkt. Ein pauschaler Verweis darauf, die Belastung durch das Herstellungsentgelt hätte aufgrund von nicht näher quantifizierter Kundenabwanderung kein Gewicht, ist aus Sicht der ISPA unzureichend.

Zudem scheint diese Gebühr auch an sich unsachgemäß, da die Implementierung des Bestandskunden-Freeze in Form eines zweiten Master-Users lediglich auf technischen Beschränkungen der von A1TA verwendeten Systeme beruht und es sich nicht um eine tatsächliche Neuherstellung handelt.

Zusätzlich zu den Mehrbelastungen durch das Herstellungsentgelt bei der Migration wird aufgrund der erwähnten Umsetzung mit zwei Master-Users eine separate Verkehrsübergabe mit zusätzlicher Etherlink-Anbindung zur zentralen Verkehrsübergabe notwendig. Dies stellt wiederum gerade für kleine, lokale Anbieter eine erhebliche finanzielle Belastung dar.

Ein weiteres Problem sieht die ISPA darin, dass viele ANB derzeit auf Vorleistungsebene bekannterweise auf Aktionsangebote der A1TA zurückgreifen und vertraglich an eine bestimmte Laufzeit gebunden sind. Im Fall einer vorzeitigen Migration auf vULL 2.0, die etwa aufgrund einer vom Kunden gewünschten Produktänderung (zB Bandbreite) notwendig sein kann, müsste der ANB aufgrund der Anwendung der Regelungen zum Anbieterwechsel das Vorleistungsentgelt für die restliche Laufzeit an A1TA auszubezahlen, wenn der Endkunde zum neuen vULL 2.0 User wechselt.

¹⁷ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 81), S. 18.

Daher stehen die ANB vor der unbefriedigenden Auswahl, ihren Kunden bis zum Ablauf der Bindungsfrist auf Vorleistungsebene keinerlei Produktänderungen anbieten zu können oder aber auf Vorleistungsebene doppelt zu bezahlen. Die ISPA fordert daher, dass A1TA für derartige Fälle im Rahmen der Bestandskunden-Freeze-Option vertraglich ein vorzeitiges Kündigungsrecht für Aktionsangebote oder aber eine „Mitnahme“ der restlichen Vertragslaufzeit in vULL 2.0 vorsieht. Auch der Bezug von Vorleistungsprodukten in Verbindung mit A1-Premiummodems ist an eine bestimmte Mindestvertragsdauer gekoppelt; hier wären analoge Lösungen zu treffen.

Zudem bedürfen die Regelungen im Rahmen der Freeze-Regelung, was als „Änderung“ gilt, einiger Klarstellungen. So muss es möglich sein, im Fall eines Kundenwechsels die DSLAM-Management-Bandbreite auf eine nach der neuen Situation am DSLAM angepasste zweckmäßige Dimension anzupassen, ohne dass hierfür eine Migration aller Anschlüsse auf vULL 2.0 notwendig wäre. Denn ansonsten würden ANB im Fall des Wegfalls eines einzelnen Anschlusses von einem DSLAM (zB aufgrund von Kündigung) vor der unbefriedigenden Auswahl stehen, entweder ein überdimensioniertes und dadurch teureres DSLAM-Management in Kauf nehmen zu müssen, das die restlichen Anschlüsse im schlimmsten Fall unrentabel macht, oder alternativ die restlichen Anschlüsse auf vULL 2.0 zu migrieren und dadurch Herstellungsentgelte entrichten und auf die Vorteile der eingefrorenen Konditionen verzichten zu müssen. Daher müssen Änderungen der DSLAM-Management-Bandbreite für den Fall, dass ein Anschluss wegfällt (durch Anbieterwechsel, Kündigung oder Wechsel auf vULL 2.0) nach wie vor möglich sein, ohne dass dadurch eine Migration sämtlicher Anschlüsse auf vULL 2.0 erforderlich wäre. Auch sollte klargestellt werden, dass für DSLAMs, auf denen keine Anschlüsse mehr vorhanden sind, trotz des Freeze keine DSLAM-Management-Gebühren mehr entrichtet werden müssen. Zuletzt muss auch vertraglich klargestellt werden, dass bei einem Wegfall der Funktion „Engineering“ in der Freeze-Lösung auch keine Engineering-Gebühren zu entrichten sind.

3.6 Weitere Kritikpunkte

Die ISPA weist darauf hin, dass die in vULL 2.0 vorgesehenen Entgelte für symmetrische Bandbreiten die Vorgaben des Gutachtens (kostenorientierte Entgelte) stark überschreiten. Dass diese Entgelte im Vergleich zu den bisherigen Entgelten der vULL sinken, wie von den Gutachtern angeführt, kann für eine regulatorische Betrachtung nicht relevant sein. Denn die Bewertung hat sich ausschließlich an den Feststellungen aus dem laufenden Marktanalyseverfahren zu orientieren, um zu analysieren, ob die von A1TA eingebrachten Verträge den von den Gutachtern angedachten Regulierungsaufgaben entsprechen, wie dies auch hinsichtlich der Entgelte für asymmetrische Bandbreiten durchgeführt wurde. Zu recht sind die Amtsgutachter zu dem Ergebnis gekommen, dass A1TA aufgrund der mangelnden Konkurrenz im Geschäftskundensektor kostenorientierte Vorleistungsentgelte für symmetrische Bandbreiten festzusetzen hat, für deren Berechnung sogar ein eigenes umfassendes Gutachten erstellt wurde.¹⁸ Es erscheint absolut unverständlich, weshalb die Gutachter entgegen ihrer eigenen Aussagen gänzlich von dieser Forderung abkommen, und die

¹⁸ Wirtschaftliches Gutachten zu Kosten im Zugangsnetz Teilgutachten zum Wirtschaftlichen Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 1/20 Markt für den lokalen und zentralen Zugang

vorgelegten Entgelte für symmetrische Bandbreite nicht nach den Kriterien für kostenorientierte Entgelte prüfen.

Auch zur Aussage der Amtsgutachter, wonach die potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der niedrigen Nachfrage nach symmetrischen Bandbreiten gering sind, merkt die ISPA an, dass symmetrische Bandbreiten im Portfolio von einzelnen, auf Geschäftskunden spezialisierter ANB einen durchaus erheblichen Anteil ausmachen können.

Die ISPA kritisiert weiters, dass der vULL 2.0-Vertrag Technologien wie VDSL-Bonding nur in Verbindung mit den teureren Business-Serviceprofilen und B-DSLAM-Management-Entgelt ermöglicht. Aus Sicht der ISPA ist das entsprechende höhere Entgelt sachlich nicht gerechtfertigt, weil diese Technologien bereits länger am Markt verfügbar sind und für A1TA dementsprechend keine neuen Investitionen notwendig sind.

4. Inhaltliche Kritik am VHCN-Abkommen (Einzel- und Poollösung)

Bei den VHCN-Verträgen (Einzel- und Poollösung) wurden im Vergleich zu den im Dezember 2021 von A1TA eingebrachten Vertragsentwürfen nur minimale Änderungen vorgenommen. Die Kritikpunkte der ISPA-Stellungnahme vom 18.03.2022 bleiben daher aufrecht.

Die ISPA begrüßt, dass die Amtsgutachter ebenfalls davon ausgehen, dass für die überwiegende Mehrzahl der ANB lediglich die unrabattierte Einzelzugangslösung in Frage kommt und bezweifeln, dass Betreiber ohne Rabatte profitabel in den neu errichteten VHCN-Gebieten anbieten können.¹⁹ Es ist umso unverständlicher, dass daraus nicht der einzig logische Schluss gezogen wird, dass die VHCN-Verträge nicht in der Lage sind, ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten und daher keinen adäquaten Ersatz für regulatorische Instrumente darstellen können.

Die Regulierungsbehörde sollte in ihrer Entscheidung insbesondere berücksichtigen, dass es durch die Aufteilung der kommerziellen Vereinbarungen in vULL 2.0 und VHCN-Vertrag mit fortschreitendem VHCN-Ausbau zu einer sukzessiven Verringerung des geographischen Anwendungsbereichs des vULL 2.0-Vertrags kommen wird, und die Bedeutung des VHCN-Vertrags auch für reine Zugangsnachfrager zunehmen wird. Die Gutachter selbst gehen davon aus, dass lediglich der größte Zugangsnachfrager basierend auf den im VHCN Vertrag enthaltenen Kriterien wirtschaftlich, zu kompetitiven Preisen am Markt anbieten kann. Im Umkehrschluss wird die überwiegende Mehrzahl der ANB de facto vom Zugang in diesen Gebieten ausgeschlossen bzw. vom Markt verdrängt.

Dass der Zugang zu FTTH/B-Infrastruktur, welche während der Gebäudeerrichtungsphase verlegt wird („Neubauten“), in der VHCN-Einzellösung (anders als in der Poollösung) ebenfalls nicht enthalten ist, stellt einen zusätzlichen weißen Fleck in der Landkarte für Vorleistungsnachfrager dar, der nach Ansicht der ISPA im Ergänzungsgutachten nicht ausreichend gewürdigt wird.

¹⁹ Vgl. Hartl/Pisjak/Schramm/Schwarz, *Ergänzungsgutachten Markt für den lokalen und zentralen Zugang* (ON 71), S. 49.

Vielmehr wird in der gutachterlichen Bewertung zunächst auf politische Zielsetzungen im Bereich des Breitbandausbaus und die dafür in Österreich vorliegenden schwierigen Bedingungen eingegangen. Grundlage der Bewertung der kommerziellen Vereinbarungen ist aber lediglich, ob vULL 2.0 und VHCN-Abkommen dauerhaft effektiven Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten ermöglichen, d.h. ob sie zumindest gleichwertig mit den in den bisherigen wirtschaftlichen Gutachten vorgeschlagenen Regulierungsinstrumenten sind. Die von den Amtsgutachtern zitierten und offensichtlich ebenfalls in die Bewertung miteinbezogenen politischen Ziele der Bundesregierung und der Europäischen Kommission im Bereich des Breitbandausbaus²⁰ sind daher weder von Bedeutung für die regulatorische Bewertung noch vom Gutachtensauftrag umfasst. Der im Ergänzungsgutachten zitierte § 1 Abs 2 TKG 2021 legt lediglich allgemeine Ziele bei der Vollziehung des TKG 2021 fest und enthält nach Ansicht der ISPA keine Ermächtigung, zugunsten der Förderung des Breitbandausbaus von den klaren und unmissverständlichen Vorgaben des 8. Abschnitts „Wettbewerbsregulierung“ im TKG 2021 abzuweichen.

Anders als bei den detaillierteren Ausführungen zu vULL 2.0 geht die gutachterliche Bewertung lediglich auf etwas mehr als zwei DIN-A4-Seiten auf die wettbewerblichen Auswirkungen der VHCN-Verträge ein, was angesichts des Umfangs von fast 200 Seiten pro VHCN-Vertrag doch erstaunt. Dabei kommt es teilweise zu aus Sicht der ISPA nicht nachvollziehbaren Annahmen, wie etwa, dass Großabnehmer von stark rabattierten VHCN-Zugängen künftig auch auf Vorleistungsebene tätig sein könnten. Aus Sicht der ISPA ist diese Annahme aber viel zu spekulativ, um in die regulatorische Bewertung Eingang zu finden. Weiters wird etwa angenommen, dass in manchen Ausbaugebieten zumindest teilweise andere Festnetze (zB CATV oder FTTH) und damit zusätzliche Wettbewerber existieren könnten. Hier ist nach Ansicht der ISPA hinterfragenswert, ob A1TA die VHCN-Ausbauprojekte typischerweise in Gebiete legen wird, in denen es bereits ein paralleles Hochgeschwindigkeits-Festnetz und damit starke Konkurrenz gibt. Auch der Vergleich von Mobilfunknetzen mit VHCN-Infrastruktur erscheint gewagt. Insgesamt scheinen die knappen Ausführungen der Gutachter aus Sicht der ISPA nicht dazu geeignet, die Kritik an diesem Abkommen zu zerstreuen. Vielmehr ist durch den VHCN-Vertrag zu befürchten, dass es im zeitlichen Verlauf zu einer zunehmenden Einengung der Anbieterlandschaft und den damit verbundenen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb kommt.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

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

Mit freundlichen Grüßen

ISPA – Internet Service Providers Austria

²⁰ Vgl. ebd., S. 52.

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.