



Input der ISPA (Internet Service Providers Austria)

zur österreichischen Situation Wien, 23.8.2004

Die ISPA als Interessenvertretung der österreichischen Internetserviceprovider bedankt sich für die Möglichkeit, ihren Standpunkt und auftretende Probleme gegenüber der Europäischen Kommission darlegen zu können und erstattet folgende Anmerkungen in Ergänzung der Besprechung vom 15.7.2004:

Allgemeines und Inhalt

Der Fokus dieser Ausführungen liegt im Bereich des Breitbandzugangs (Vorleistungsmarkt).

Wir nehmen zu folgenden Themen Stellung:

- **Bevorstehende Marktabgrenzung und Marktanalyse für Breitbandzugang**
- **Wettbewerbsprobleme mit Telekom Austria bei xDSL**
- **Wünschenswerte Remedies**

Executive Summary

- Am Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge ist die Telekom Austria Marktherrscherin, obwohl sie am Endkundenmarkt „nur“ einen Anteil von 40% an allen Breitbandzugängen hat. Die TA verfügt jedoch als einzige über eine bundesweite Infrastruktur. Die Kabelnetzbetreiber sind zersplittert und nur regional vertreten. Die Kabelnetzbetreiber bieten ihre Vorleistung Dritten praktisch nicht an. Für ISPs gibt es nur die Möglichkeit, die Vorleistung von der TA zu beziehen. Würde TA nicht als Marktherrscherin am Vorleistungsmarkt festgestellt und träfen sie keine entsprechenden Verpflichtungen, würde das Gros der ISPs, die auf den Zukauf der Vorleistung von TA angewiesen sind, mangels alternativer Möglichkeiten untergehen.
- Der Mietleitungsmarkt und der Vorleistungsmarkt "terminierende Segmente von Mietleitungen" sollten ganz genau beobachtet und streng reguliert werden.



- Im Bereich xDSL bestehen zahlreiche Wettbewerbsprobleme, die in diesem Papier näher beschrieben werden. Auch aus diesem Grund ist eine Regulierung dieses Bereiches unbedingt notwendig. Mögliche Remedies werden diskutiert.

Marktabgrenzung und Marktanalyse Breitbandzugänge (Vorleistungsmarkt) in Österreich

Die von der zuständigen Regulierungsbehörde RTR erlassene Marktabgrenzungsverordnung klammert bis dato den **Vorleistungsmarkt für breitbandige Zugänge** noch aus. Dieser soll in eine Verordnungsnovelle zur Marktabgrenzungsverordnung (TKMVO), die irgendwann in den nächsten Monaten erlassen werden dürfte, aufgenommen werden.

Aus Sicht der ISPA ist festzuhalten:

Zwar ist es so, dass einige ISPA-Mitglieder in einigen kleinen lokalen Bereichen die Infrastruktur von Kabelnetzbetreibern nutzen. Hierbei handelt es sich jedoch um Nischenbereiche. **Im Regelfall bieten jedoch die Kabelnetzbetreiber die Nutzung ihrer Infrastruktur für Breitbandzugänge als Vorleistungsprodukt Dritten nicht an.**

Will ein ISP somit ohne eigenes Teilnehmeranschlussnetz einen ADSL-Dienst anbieten, ist er auf die Inanspruchnahme des Wholesaleproduktes der TA angewiesen, insbesondere wenn er sein ADSL-Produkt bundesweit anbieten möchte.

Gerade in Ballungszentren wie etwa Wien ist die Telekom Austria faktisch der einzige Anbieter, dessen Vorleistung von ISPs in Anspruch genommen werden kann, da das Angebot über entbündelte Leitungen vernachlässigbar gering ist.

Somit ist festzuhalten, dass **derzeit faktisch ein 0%-Marktanteil der Kabelnetzbetreiber im Wholesalebereich** besteht. Die Kabelnetzbetreiber sind zwar auf den Endkundenmärkten tätig, bieten jedoch die Zugänge nicht auf der Wholesaleebene an.

Für die Frage der Marktabgrenzung bzw. der Marktbeherrschung ist aus Sicht der ISPA jedenfalls lediglich auf die Situation im Wholesalebereich und auf die Wettbewerbsverhältnisse gegenüber Großkunden abzustellen. Es kommt also auf die Situation am *Vorleistungsmarkt* an.

Aus der Sicht der „Großkunden“, also der ISP, die breitbandige Internetzugangslieferung als Vorleistung zukaufen, um sodann ein Endkundenprodukt anbieten zu können und dadurch zum Wettbewerb am Endkundenmarkt beitragen zu können, ist die



Infrastruktur der Telekom Austria mit der Infrastruktur der Kabelbetreiber – wie dargestellt – nicht austauschbar, da diese ihre Leistungen gar nicht am Markt anbieten und dies auch ganz offensichtlich nicht beabsichtigen. Außerdem sind Kabelnetzbetreiber nie bundesweit tätig, sondern immer nur in eingeschränkten örtlichen Gebieten.

Ein Ausweichen auf Kabelnetze ist daher nicht möglich. Daher hat die Telekom Austria, wiewohl sie am *Endkundenmarkt* einen bundesweiten Marktanteil von „nur“ um die 40% hat, jedenfalls am *Vorleistungsmarkt* dennoch eine marktbeherrschende Stellung. **Bundesweit ist sie die alleinige Anbieterin eines Vorleistungsproduktes.**

Telekom Austria allein verfügt über ein bundesweites Netz. Bei diesem **bundesweiten Teilnehmeranschlussnetz der TA handelt es sich um eine nicht-duplizierbare Infrastruktur**; hinsichtlich dieser ist die Stellung der TA weiterhin nahezu **monopolartig**; an Hand der vielfältigen für eine Marktbeherrschung zur berücksichtigenden Kriterien ergibt sich nach Auffassung der ISPA daher jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung für die TA.

Dazu kommt, dass **TA auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung bei Dial-Up-Zugängen ein enormes Marktpotenzial für Breitbandzugänge in der Zukunft hat.** Auch dies ist bei der Beurteilung ihrer marktbeherrschenden Stellung mit zu berücksichtigen. Durch ihre enorm starke Stellung bei Dial-Up-Zugängen hat TA auch am Endkundenmarkt für Breitbandzugänge das Potenzial, ihre Marktstellung zu Lasten der Kabelnetzbetreiber deutlich zu erhöhen. Auch dies unterstreicht ihre marktbeherrschende Stellung am Vorleistungsmarkt und ist bei der Marktanalyse mitzubetrachten.

Da Infrastrukturwettbewerb für ADSL derzeit bei weitem nicht in Sicht ist, muss es derzeit Ziel der Regulierung sein, den Dienstewettbewerb zu fördern und zu erhalten.

Würde die TA nicht als Marktbeherrscher festgestellt, würde dieser Dienstewettbewerb bei ADSL am Endkundenmarkt mittelfristig völlig verschwinden.

Würde Telekom Austria nicht als Marktbeherrscherin festgestellt (die einzelnen regionalen Kabelnetzbetreiber wären es ohnedies nicht) hätte dies zur Konsequenz, dass die TA keinerlei Verpflichtungen zur Zurverfügungstellung des Vorleistungsprodukts oder hinsichtlich der Vorleistungspreisgestaltung träfen; mit der weiteren Konsequenz, dass die TA die Zurverfügungstellung von Breitbandzugängen für den Resale durch ISPs einstellen oder die Preise derart erhöhen würde, dass alle alternativen ISPs sehr bald völlig vom Markt verschwunden wären. Ein Ausweichen auf Kabelnetzbetreiber wäre für die ISPs nicht möglich, da diese erstens nicht österreichweit versorgen können, und zweitens da enorme Investitionen für ISPs nötig wären, um die Vorleistung von einem Kabelnetzbetreiber überhaupt beziehen zu können –



guten Willen des Kabelnetzbetreibers vorausgesetzt (denn auch die Kabelnetzbetreiber wären ja nicht marktbeherrschend).

Die Vorstellung, angesichts der realen Marktsituation, die österreichische Regulierungsbehörde könnte zum Ergebnis kommen, dass es am Vorleistungsmarkt für Breitbandzugänge überhaupt keinen Marktbeherrscher gibt, beängstigt.

Zahllose ISPs würden als Konsequenz völlig vom Markt verschwinden; übrig blieben im ADSL-Bereich nur die TA und die Kabelnetzbetreiber – und mit minimalen Marktanteilen eventuell einige andere alternative Netzbetreiber. Das **Gros der ISPs hätte jedoch keine Möglichkeit mehr, die Vorleistung überhaupt (oder zu vertretbaren Preisen/Bedingungen) zu beziehen.**

Nach Auffassung der ISPA würde es daher ein Versagen jeglicher Regulierung bedeuten, wenn die TA nicht als Marktbeherrscherin festgestellt würde.

Thema Märktedefinition durch die Kommission: Endkundenzugangsmarkt zu einem für Breitbanddienste geeigneten Netz

In der Empfehlung der Kommission findet sich kein Markt betreffend den Zugang von Endkunden zu einem für Breitbanddienste geeigneten Netz (für Telefonie: Markt 1 und 2 der Empfehlung). Dies ist aus der Sicht der ISPA unverständlich. Zwar hat die Kommission den Zugang zum Telefonnetz als Markt definiert; dies ist jedoch nicht gleichzusetzen mit dem Zugang zu einer Infrastruktur, die für breitbandige Internetzugänge geeignet ist. Dies zeigt sich allein schon daran, dass ADSL nicht überall verfügbar ist.

Soweit ersichtlich, finden sich auch in der Begründung zur Empfehlung keine Ansatzpunkte zu dieser Thematik, die begründen würden, warum dieser Markt nicht aufgenommen wurde.

Die ISPA schlägt vor, diesen Markt aufzunehmen.

Mietleitungsmarkt, und Vorleistungsmarkt "terminierende Segmente von Mietleitungen"

Für einen funktionierenden Infrastrukturwettbewerb ist es unerlässlich, dass ISPs die Anbindungen ihrer POPs an den Backbone, dort wo es außer der TA keine Alternative gibt (und das ist ein Grossteil der Städte und Gemeinden Österreichs mit weniger als 20.000 Einwohner), zu marktgerechten Preisen realisieren können.



Für Entbündelung, sowie WLAN und in Zukunft auch Wimax-Anbieter, sowie Anbieter anderer lokaler Infrastrukturen (auch kleinere Kabelnetze) ist die Anbindung ihrer POPs an den Backbone ein extrem großer Kostenblock. Die TA könnte (und tut es derzeit auch) dort durch Missbrauch ihrer Marktmacht alternativen Anbietern sehr viele Steine in den Weg legen.

Diese Märkte sollten ganz genau beobachtet und streng reguliert werden.

Wettbewerbsprobleme bei ADSL

Schwierigkeiten bestehen aus Sicht der ISPs derzeit primär mit dem ADSL-Wholesale-Angebot der TA (unter anderem auch im Zusammenhang mit der Preisgestaltung der TA am ADSL-Retail-Markt).

Hierbei sind die Mitglieder der ISPA nicht nur mit einem starken Margin Squeeze konfrontiert und sind nicht in der Lage, die extrem günstigen Endkundenprodukte der TA für bestimmte Zielgruppen (etwa für Freizeituser, konkret zB betreffend das TA-Produkt „Aon Speed Freetime“) kostendeckend am Endkundenmarkt abzubilden, da die Ausgestaltung des Wholesale-Preises (Höhe, Art der Tarifierung) dies nicht gestattet. Die TA argumentiert die angebliche Rechtfertigung dieser Situation damit, dass sie sich die betreffende Preisgestaltung am Endkundenmarkt leisten kann, weil sich in einer Durchschnittsbetrachtung gemessen an ihrer Kundenstruktur kein Verkauf unter Selbstkosten ergibt. Sollte dies richtig sein und somit formal betrachtet möglicherweise kein predatory pricing vorliegen, zeigt dies sehr deutlich, dass die TA ihr Wholesale-Angebot anhand und für die Endkundenstruktur ihrer eigenen Retail-Abteilung zurecht gezimmert hat (**strategic design of product**).

Die ISPA könnte die Strategie der TA zu strategischer Produktgestaltung anhand vieler Beispiele konkretisieren. So kommen etwa die Mengenstaffelungen (Rabatte) primär der TA selbst zu Gute.

Dazu kommt, dass durch die Anforderungen, die die TA im Zusammenhang mit dem Wholesale-Vertrag an ISP stellt (zB Anbindung) bzw das Angebot selbst (zB nur bestimmte Bandbreiten) dem ISP weitreichend Spielräume für eigene Gestaltung rauben. Daher gelingt es der TA auf diese Weise derzeit, über den Umweg der Ausgestaltung des Wholesale-Vertrages auch die Endkundenprodukte der alternativen ISP zu definieren. Im Wholesale-Bereich bietet die TA zB genau jene (und nur jene) Bandbreiten an, die sie selbst am Endkundenmarkt verkaufen will. Der ISP erhält nicht Produkte, die er für seine Kunden anbieten möchte, sondern jene, die ihm die TA vorgibt – und diese hat sie nach dem Wunsch und den Bedürfnissen der eigenen Retail-Abteilung definiert.

Weiters spüren die Internet Service Provider (ISP) nun schon über Jahre hinweg permanente Verzögerungstaktiken durch die TA (**delaying tactics**). Bereits bei der



Einführung von ADSL am Endkundenmarkt hat die ISPA von der TA verlangt, den ISP ein Wholesale-Angebot zu legen, das die TA jedoch von Anfang an verweigert hat. Erst nach Befassung der nationalen Regulierungsbehörde, die sich auf Grund des persönlichen Engagement von Herrn Professor Otruba mit Nachdruck der Angelegenheit angenommen hat, obwohl zum damaligen Zeitpunkt (Frühjahr 2000) die allgemeine Auffassung bestand, dass der Regulierungsbehörde keinerlei rechtliche Mittel in diesem Bereich zustünden und ein formales Einschreiten daher kaum möglich war, konnte – allerdings auch erst nach mehrmonatiger Verzögerung – die Telekom Austria bewegt werden, mit der ISPA ein Wholesale-Angebot, das sich an alle ISP richtet, auszuverhandeln. Durch diese Verzögerungstaktik hat die TA am ADSL-Endkundenmarkt einen massiven **First Mover Advantage** erzielt, von dem sie nach wie vor zehrt und den sie im übrigen auch weiterhin ausbaut. Jedenfalls war es den ISP somit nicht möglich, zeitgleich mit der TA am Markt zu sein. Dies hat zur Folge, dass die TA auch am ADSL-Retail-Markt über einen extrem hohen Marktanteil (Anzahl der Kunden) von ca 80% Prozent verfügt.

Auch bei Einführung neuer Produkte auf Wholesale-Ebene bestehen Probleme. Die TA definiert neue Produkte auf Endkundenebene und bildet diese dann zwar auf Wholesaleebene auch ab, teilt dies den alternativen ISP jedoch nur kurz vor Markteinführung durch die TA mit, sodass die alternativen ISP ein eigenes Endkundenprodukt nicht zeitgleich mit der TA auf den Markt bringen können. Dies ist vor allem auch deshalb nicht tragbar, da zahlreiche neue Produkte eine Änderung betrieblicher Abläufe erfordern, auf die sich der TA-Retail-Bereich in Ruhe, die alternativen ISP (angesichts der kurzen Vorankündigung) jedoch gar nicht einstellen können.

Ein weiteres Problem sind diverse „**undue requirements**“, etwa das Verlangen der TA, dass eine Anbindung ausschließlich über ATM erfolgen dürfe. Weiters darf die Anbindung an die Übergabepunkte nur mittels einer von TA gemieteten ATM-Leitung erfolgen. Auch die Definition der Übergabepunkte wird durch die TA eingeschränkt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die TA auch vorschreibt, dass entweder nur regionale oder nur nationale Entgelte (bei regionaler Anbindung sind die Entgelte niedriger) zur Anwendung kommen können. Das bedeutet, dass ein ISP, der in einem einzelnen regionalen Gebiet regional anbinden möchte, sonst aber national, zwei separate Verträge mit TA abschließen muss, was zu höheren einmaligen Kosten und zum allfälligen Verlust von Mengenrabattmöglichkeiten führt.

Ein weiteres Wettbewerbsproblem ist fehlende **Transparenz**. Die ISP erhalten im Regelfall zu spät oder gar überhaupt nicht Bescheid über die Netzausbaupläne der TA. Auf derartige Probleme sind die ISP zur Erbringung ihrer eigenen Leistungen angewiesen.

Als weiteres Wettbewerbsproblem, dass im Zusammenhang mit fehlender Transparenz steht, identifiziert die ISPA die **Handhabung der TA im Zusammenhang mit der Auferlegung von Geheimhaltungsverpflichtungen**. Diese Thematik ist im Konsultationsdokument der ERG gar nicht angesprochen: Die Telekom Austria wendet folgende Strategie an: Wenn ein Provider Leistungen der TA nachfragt, zu deren



Zurverfügungstellung die TA aufgrund ihrer Nichtdiskriminierungsverpflichtung verhalten ist, erklärt die Telekom Austria dem Provider gegenüber, mit ihm nur in Verhandlungen zu treten bzw ihm ein Angebot nur dann zu legen, wenn er eine **Geheimhaltungsverpflichtung** unterschreibt, die ihn zum Stillschweigen gegenüber jeglichen anderen Providern verpflichtet. Dies hat jedoch zur Konsequenz, dass auf diese Art und Weise eine Vergleichbarkeit der Angebote, die die TA den Providern legt, nicht mehr gewährleistet ist. Die Nichtdiskriminierungsverpflichtung läuft daher angesichts dieser Strategie der TA ins Leere, da es niemandem mehr möglich ist zu kontrollieren, ob er ein nichtdiskriminierendes Angebot erhalten hat oder ob Dritte besser gestellt wurden. Dies eben deshalb, da jeder einzelne Beteiligte nur dann ein Angebot von der TA erhält, wenn er sich zu einem entsprechenden Stillschweigen gegenüber jeglichen Dritten verpflichtet. Die ISPA hält es daher für erforderlich, dass der Telekom Austria eine entsprechende Vorabverpflichtung zur Transparenz auferlegt wird, wonach der Telekom Austria die Veröffentlichung jeglicher Angebote, die sie an Dritte legt, auferlegt wird (zumindest soweit es sich um Angebote handelt, die in irgendeinem Zusammenhang mit der marktbeherrschenden Stellung der Telekom Austria stehen). Die ISPA ist der Ansicht, dass überall wo Gleichbehandlungsverpflichtungen bestehen, – und diese müssen SMP nach Auffassung der ISPA unbedingt und in allen Bereichen auferlegt werden – es schon logisch kaum Raum für Geschäftsgeheimnisse im Hinblick auf zu legende Angebote gibt. Die Strategie der TA zielt daher auf ein „Auseinanderdividieren der Mitbewerber“ ab.

Die ISP waren in den vergangenen Jahren mit vielfältigen Strategien der TA zur **Diskriminierung** von ISP gegenüber der eigenen Retail-Abteilung der TA konfrontiert. Beispiele dafür sind etwa Aktionen der TA, wo den TA-Kunden, die das ADSL-Produkt bei der TA beziehen, das Herstellungsentgelt (das auch bei Kunden, die das ADSL-Produkt von einem anderen ISP beziehen, von der TA verrechnet wird) erlassen wird, während die Kunden, die das ADSL-Produkt von einem alternativen ISP beziehen, das Herstellungsentgelt in diesem Zeitraum sehr wohl an die TA bezahlen müssen. Die TA argumentiert in diesem Zusammenhang regelmäßig damit, dass ihre eigene Retail-Abteilung die Entgelte für die Herstellung des Anschlusses beim Teilnehmer eben der Wholesale-Abteilung der TA ersetzen würde (getrennte Rechenkreise). Angeblich sei dies über die bei der TA erfolgende getrennte Buchhaltung auch nachvollziehbar. Es zeigt dies jedoch nur sehr deutlich, dass die **Verpflichtung zu einer getrennten Buchhaltung allein faktisch nichts auszurichten** vermag (bzw. stets nur ein ergänzendes Remedy sein kann). Denn Tatsache ist, dass die TA in jeden Fall ein einheitliches Unternehmen ist und somit letztlich interne Kostenzuordnungen irrelevant sind. Ob man dies nun unter dem Aspekt einer möglichen Quersubventionierung, einer Diskriminierung oder schlichtweg unter dem Aspekt, dass es für die TA als finanzstarkes Unternehmen mit enormen Größenvorteilen unproblematisch ist, im Retail-Bereich gelegentlich Verluste zu machen, ansieht, ist letztendlich irrelevant.

Die oben bereits angesprochene Art der Produktplanung (kurzfristige Ankündigungen durch die TA) führt zu einer Diskriminierung von ISP gegenüber der Retail-Abteilung der TA.



Qualitätsdiskriminierung ist naturgemäß besonders schwer nachweisbar. Bei der Herstellung und Entstörung von Anschlüssen hat die TA allerdings bereits den automatischen Vorteil, dass alle Kommunikationswege und Fehlerprüfungsmöglichkeiten im eigenen Unternehmen liegen. Chancengleichheit für andere ISPs würde es daher erfordern, dass ISPs bzw deren Kunden bevorzugt behandelt werden („positive Diskriminierung“).

Ein weiteres Problem im ADSL-Bereich ist, dass **SLA** von der TA nicht angeboten werden. Die TA ist im wesentlichen nicht bereit, eine bestimmte Qualität zu garantieren. Die Verpflichtung zur Legung eines **Standardangebotes unter Vorgabe detaillierter Kriterien und Bedingungen** durch die Regulierungsbehörde wird daher unbedingt erforderlich sein. Zentral ist in diesem Zusammenhang auch die Frage der Rechtsfolgen (Vertragsstrafen etc) bei Verletzungen.

Die ISPA weist einmal mehr darauf hin, dass sie eine **Trennung des Infrastrukturbereichs vom Dienstebereich auch von der Eigentümerseite her** für erforderlich hält. Die in der TA derzeit vereinten, nur (angeblich) buchhaltungsmäßig getrennten Bereiche gehören nach Ansicht der ISPA in unterschiedliche Gesellschaften ausgelagert, die auch von unterschiedlichen Eigentümern beherrscht werden müssten. Nur so lässt sich jeder Anreiz zum Marktmachtmissbrauch im Bereich der Infrastruktur ausmerzen.

Eine weitere Thematik ist der Zugang zu **Content**, der Kommunikationsdienste interessant macht. Auch in diesem Zusammenhang besteht die Gefahr, dass der Incumbent seine Vorteile ausnützt und Qualitätscontent erwirbt, der nur den eigenen Endkunden zur Verfügung steht und dadurch aber die Dienste des Incumbent attraktiver macht und die Mitbewerber somit weiter schwächt (zB AonTV; **Tying**).

In den vergangenen Jahren hat die ISPA festgestellt, dass ein flexibles Reagieren auf neue Produkte unbedingt erforderlich ist (zB VDSL). Insofern kommt der Thematik von Wettbewerbsproblemen auf **Emerging Markets** aus Sicht der ISPA zentrale Bedeutung zu. Der Bereich ADSL etwa wurde von Anbeginn an jedenfalls als ein solcher Emerging Market angesehen (wobei man über die Definition durchaus streiten kann, zumal ein wesentliches Angewiesensein auf die „alte“ Infrastruktur der TA besteht). Die in Österreich in diesem Bereich nun, nach mehreren Jahren, immer noch massiv vorhandenen Wettbewerbsprobleme zeigen, wie grundlegend problematisch es ist, auf emerging markets nicht oder zu spät regulatorisch einzugreifen. Die ISPA tritt daher vehement dafür ein, auf emerging markets, bei denen auch nur die geringste Gefahr eines vertical leveraging besteht, von Anfang an mit entsprechenden Vorabverpflichtungen einzugreifen und keine unangebrachte „noble Zurückhaltung“ zu üben. Die ISPA hat – auf Grund der Erfahrung im ADSL-Bereich – die Befürchtung, dass Marktmacht, die im Emerging Market entsteht, nicht nur temporär ist.



Dies führt nach Auffassung der ISPA dazu, dass die Regulierungsbehörden auch bei Emerging Markets auf Grund der massiven Möglichkeiten des SMP zum Vertical Le-veraging frühzeitig eingreifen müssen, um dauerhafte Marktverzerrungen zu vermei-den und den Wettbewerb in diesem neuen Markt offen zu halten. Gerade das Offen-halten von Wettbewerb in neuen Märkten entspricht aber auch den Intentionen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Das allgemeine Wettbewerbsrecht ist allerdings zur Behandlung der Emerging Markets nicht ausreichend; denn „ex-post“ wettbewerbs-rechtliche Maßnahmen kämen angesichts der rasanten technologischen Entwicklun-gen viel zu spät.

Die Regulierungsbehörden sollten sich daher keineswegs damit begnügen, Emerging Markets nur zu analysieren bzw. zu studieren, sondern diese sollten, sofern nicht absolute Sicherheit besteht, dass es nicht zu Marktverzerrungen kommen kann, grundsätzlich sofort als relevante Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, festgelegt werden.

Da jedoch auch dies möglicherweise zu spät kommt, wird großes Augenmerk darauf zu legen sein, dass auferlegte Vorabverpflichtungen an den SMP genügend Flexibili-tät aufweisen, sodass (etwa durch Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Stattgeben von Reasonable Requests und dem Bereitstellen von Informationen, auch über Marktvorhaben des SMP, etwa am Endkundenmarkt, um ein zeitgleiches Betreten von neuen Märkten durch den Mitbewerb zu ermöglichen, sowie entspre-chende Informationsverpflichtungen und das Verbot, Produkte ohne entsprechendes Wholesale-Produkt auf den Retail-Markt zu bringen).

Jedenfalls möchte die ISPA nochmals unterstreichen, dass die Definition von emer-ging markets als solche bereits fragwürdig ist. Denn **viele emerging markets (Bsp ADSL) basieren auf der alten Infrastruktur**, sodass ein regulatorisches Eingreifen jedenfalls gerechtfertigt ist!

Remedies

Vorweg hält die ISPA fest, dass sie es für erforderlich hält, dass Vorabverpflichtun-gen nicht erst bei festgestellten Missbräuchen auferlegt werden, sondern proaktiv eingesetzt werden.

Die ISPA hält weiters fest, dass aus ihrer Sicht in der jetzigen Phase **Dienstewett-bewerb** zentral ist. Infrastrukturwettbewerb durch Aufbau einer eigenen Infrastruktur ist den ISP über weite Strecken nicht möglich und wird auch in absehbarer Zukunft nicht möglich sein. Zwar können sich hierbei unter Umständen regionale Unterschie-de ergeben, die ISPA hält es jedoch nicht für zielführend, im jetzigen Zeitpunkt regio-nal differenzierte Regulierungsmaßnahmen vorzusehen.



Dennoch geht die ISPA davon aus, dass für viele Bereiche vor allem bisherige Markterfahrungen und bisheriges Fehlverhalten der Incumbents Anlass für die kommenden Vorabverpflichtungen sein werden. Da Fehlverhalten im konkreten jedoch oft schwer zu beweisen ist, regt die ISPA an, dass die Regulierungsbehörden im Zweifel von einem Wettbewerbsverstoß bzw dem Vorliegen eines Wettbewerbsproblems ausgehen sollten und nur dann, wenn der Incumbent nachweist, dass kein Wettbewerbsproblem besteht, von einer Vorabregulierung abgesehen wird. Es müsste also nach Auffassung der ISPA eine Art „**Beweislastumkehr**“ stattfinden. Dies sollte, damit von einer effizienten Regulierung die Rede sein kann, auch im Bereich der Sanktionen gelten.

Nach Auffassung der ISPA wäre es in vielen Fällen notwendig, dass künftig die Regulierungsbehörde dem SMP gleichsam **zweistufige Verpflichtungen** auferlegt.

So macht etwa eine Verpflichtung, bestimmte Standardangebote zu kostenorientierten bzw sonst angemessenen (zB retail minus) Preisen bzw sonst festzusetzenden Bedingungen zu legen, natürlich vor allem auch in Kombination mit einer allgemeinen Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung und zum Verrechnen zu derartigen Preisen Sinn; dies muss natürlich weiters ergänzt werden mit dem Recht der Regulierungsbehörde, Änderungen des Standardangebots vorzunehmen. Darüber hinaus ist nach Auffassung der ISPA unbedingt aber auch eine Preisfestsetzungskompetenz der Regulierungsbehörde notwendig, wenn Produkte auf den Markt kommen oder ein Zugang nachgefragt wird, für den konkret die Regulierungsbehörde bisher nicht die Veröffentlichung eines Standardangebotes auferlegt hat.

Eine Verpflichtung, jeden **Reasonable Request for Access** stattzugeben und dafür sogleich auch ein Standardangebot (das von der Regulierungsbehörde geändert werden kann), gemeinsam mit einer Verpflichtung, sämtliche Vorleistungsprodukte dem Downstream-Mitbewerber (also Mitbewerber im Retail-Bereich) zu einem **kostenorientierten bzw retail-minus Preis** anzubieten, als generelle Verpflichtung muss also ergänzt werden durch eine zusätzliche Verpflichtung, die die Regulierungsbehörde in die Lage versetzt, in der Folge konkret festzusetzen, wie hoch der angemessene Preis ist, und diesen rückwirkend in Kraft zusetzen.

Insbesondere diese **Möglichkeit rückwirkender Anordnungen** sollte (auch schon auf Grund der Rechtsklarheit für den SMP) bereits in die Verpflichtung aufgenommen werden.

Nach Auffassung der ISPA ist es nötig, dass die allgemeine Verpflichtung zu kostenorientierten Entgelten jedenfalls bereits in der Vorabverpflichtung kombiniert werden müsste mit der Verpflichtung, den **Access unverzüglich** (also gegebenenfalls auch noch bevor eine Einigung auf ein Entgelt oder eine entsprechende Festsetzung stattgefunden hat) zu ermöglichen und sodann das Entgelt genehmigen zu lassen sowie ein entsprechendes Standardangebot auszuformulieren (das von der Regulierungs-



behörde geändert werden kann); sämtliche Konditionen sind dann rückwirkend zur Anwendung zu bringen.

Weiters ist die ISPA der Ansicht, dass es einem SMP auferlegt werden muss, wenn ihn eine Pflicht zur **Nichtdiskriminierung** und zur Legung eines **Standardangebots** trifft, auch **alle Verträge, die davon abweichen** (zB weil es sich um sachlich gerechtfertigte Abweichungen handelt) zu veröffentlichen. Nur dann ist die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung kontrollierbar.

Generell sollte stets eine **Frist für die Zurverfügungstellung**, nämlich „**unverzüglich**“ festgelegt werden; dies in Kombination – zumindest bei bereits konkretisierten Verpflichtungen zu Standardangeboten bzw. Gewährung einer bereits konkretisierten Form des Access oder einer konkretisierten sonstigen Leistung – mit der Festsetzung eines bestimmten zeitlich bereits in der Verpflichtung definierten Zeitraumes und Sanktionen bei Nichteinhaltung. Dies muss unbedingt verbunden werden mit der Verpflichtung bzw. dem **Verbot an den SMP, den Dienst einer eigenen Abteilung oder einem verbundenem Unternehmen zur Verfügung zu stellen, sobald diese Frist verstrichen** ist.

In manchen Fällen ist es nach Auffassung der ISPA überdies erforderlich, dass der SMP von vorne herein verpflichtet wird, das **Anbieten von Produkten im Retail-Bereich zu unterlassen, so lange nicht auch die Wettbewerber im Retail-Markt von ihm ein entsprechendes Wholesale-Angebot** erhalten haben, und zwar dies so rechtzeitig, dass sie zeitgleich mit dem Infrastruktur-SMP am Retail-Markt auftreten können.

Die ISPA hält es für zentral, dass Remedies in einer Weise definiert werden, dass insbesondere auch First Mover Advantages des SMP verhindert werden können. Dies hat nach Meinung der ISPA grundsätzlich auch für emerging markets zu gelten.

Im Zusammenhang mit dem viel diskutierten Prinzip, dass Remedies “incentive compatible” sein müssen, erlaubt sich die ISPA die Anmerkung, dass dies zwar in der Theorie zweifellos richtig ist, das Argument des “**Investitionsschutzes**” von der TA in der Vergangenheit aber ständig missbraucht wurde, um sich First Mover Advantages zu sichern und um Zugangsverweigerungen bzw. unangemessene Preise zu rechtfertigen.

Die ERG stellt an mehreren Stellen fest, dass eine Regulierung von Zugangsentgelten die Gefahr erhöht, dass eine Diskriminierung auf andere Weise stattfindet. Die ERG diskutiert daher die Festsetzung von Entgelten, die über den Kosten liegen. Die ISPA hält dies nicht für zielführend. Vielmehr ist die **Verpflichtung zu kostenorientierten / angemessenen / über retail-minus definierten Preisen, verbunden mit der Möglichkeit der Regulierungsbehörde diese sodann rückwirkend ziffernmäßig bestimmt festzusetzen**, für die Beseitigung vieler Wettbewerbsprobleme unbedingt erforderlich; darüber hinaus sind zusätzliche Vorabverpflichtungen notwen-



dig, um eben die Gefahr von Diskriminierung auf andere Weise in den Griff zu bekommen.

Die Methode der Festlegung **angemessener Preise** ist für die ISPA zweitrangig. Diese können sowohl über das Vorschreiben von kostenorientierten Entgelten oder über retail minus festgelegt werden. In beiden Fällen ist jedoch unbedingt auf entsprechende Transparenz, Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit zu achten (während diese derzeit, auf Grund der Auslegung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, nicht gewährleistet ist – siehe die Festlegung von Interconnect-Entgelten).

Zur Vermeidung von margin squeeze hält die ISPA die Festlegung von Preisen für zielführend. Jedenfalls müssen Chancen auf eine entsprechende Gewinnmarge für den ISP erhalten bleiben.

Weiters hält die ISPA fest, dass sich nach Einschätzung der ISPA auch bei Festsetzung einer Retail-Minus-Verpflichtung die **Gefahr, dass auf andere Weise diskriminiert wird, nicht reduziert**. Entsprechende Vorabverpflichtungen zur Vermeidung dessen sind daher nach Auffassung der ISPA unbedingt zusätzlich erforderlich. Da die ISPA auch Teil einer Festlegung von Retail-Minus-Preisen von einem niedrigen Preisniveau ausgeht, besteht eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit der Diskriminierung über andere Parameter.

Generell hält die ISPA auch eine Preisfestsetzung in Emerging Markets für erforderlich.

Für etwaige Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kurt Einzinger'.

Dr. Kurt Einzinger
Generalsekretär