

# Stellungnahme der ISPA (Internet Service Providers Austria)

## zum Konsultationsdokument „Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework“

Die ISPA als Interessenvertretung der österreichischen Internetserviceprovider erstattet folgende Anmerkungen zur Konsultation der ERG betreffend „Appropriate remedies in the new regulatory framework“:

### Allgemeines

Die ISPA begrüßt das umfassende Konsultationsdokument der ERG, das mit großer Ausführlichkeit zahlreiche wesentlichen Punkte behandelt. Die ISPA ist beeindruckt von der Tiefe der Analyse und begrüßt den Aufwand, den die ERG auf sich genommen hat, um die vorliegende Analyse vorzunehmen und einen Rahmen für die Gestaltung von Remedies zu entwerfen.

### Zu Kapitel 1: Typologie

Die ISPA ist der Auffassung, dass die von der ERG vorgenommene Typisierung der Wettbewerbsprobleme richtig und für das Anliegen geeignet ist.

Die ISPA bzw ihre Mitglieder sind primär mit Wettbewerbsproblemen konfrontiert, die aus „vertical leveraging“ der Telekom Austria (TA) resultieren. Dabei kommen alle von der ERG unter 1.1 bis 1.11 genannten Wettbewerbsprobleme zum Tragen (refusal to deal / denial of access; discriminatory use or withholding of information; delaying tactics; bundling / tying; undue requirements; quality discrimination; strategic design of product; undue use of information about competitors; price discrimination; cross-subsidisation; predatory pricing).

Die von der ERG vorgenommene Typisierung ist umfassend und realitätsnah, wie im folgenden an Hand einiger österreichischer Beispiele gezeigt werden soll:

Schwierigkeiten bestehen in Österreich 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 Tariffierung) 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 Rechnungskreise). 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 anlässlich des vorliegenden Konsultationsdokuments, das die Gefahren von vertical leveraging aufzeigt, 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 Thematik, die im Konsultationspapier nicht näher behandelt wird, ist die Thematik des Zugangs 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**). Die ISPA hofft auf eine genaue Auseinandersetzung der ERG mit dieser bisher nicht adressierten Thematik.

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.

Die ISPA hält es daher für problematisch, wenn den nationalen Regulierungsbehörden nahe gelegt wird, sie mögen ihre Markteinschätzungen auf einen Zeitpunkt verschieben, „until the emerging market has reached a sufficient level of maturity“.

## Zu Kapitel 2: Remedies

Die ISPA ist mit der im Konsultationsdokument vorgenommenen Beschreibung der Remedies grundsätzlich einverstanden, ist jedoch der Auffassung, dass eine etwas größere Detailliertheit wünschenswert wäre. Insbesondere sollte das Dokument das

**Verhältnis zwischen „generellen“ und „spezifischen“ Remedies** näher definieren und beschreiben. An mehreren Stellen des Konsultationsdokuments befindet sich die Auseinandersetzung mit dieser Thematik bereits, insbesondere in Kapitel 3 (so wird etwa in Punkt 3.2.5.1 beschrieben, dass etwa eine generelle Vorabverpflichtung, zu kostenorientierten Preisen anzubieten, zunächst allgemein auferlegt werden kann und jedoch sodann, wenn es in der Folge zu einer Preisfestsetzung durch die Regulierungsbehörde kommt, diese Preise rückwirkend ab dem Zeitpunkt, ab dem die Verpflichtung zur Kostenorientierung in Kraft ist, angewendet werden. Dies wäre nach Auffassung der ISPA ein gutes Beispiel, wie eine Kombination genereller und spezifischer Maßnahmen aussehen könnte und sollte.

Die ISPA schlägt vor, derartiges bereits in Kapitel 2 darzustellen. Dies deshalb, weil nach Auffassung der ISPA daraus die Notwendigkeit (und jedenfalls auch die Möglichkeit und Zulässigkeit) für die Regulierungsbehörde resultiert, in vielen Fällen einem SMP gleichsam **zweistufige Verpflichtungen** aufzuerlegen.

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.

Der ISPA erscheint es daher sinnvoll, dass bereits in Kapitel 2 die Beschreibung der Verpflichtungen etwas konkreter erfolgt, insbesondere auch im Sinn eines Stufensystems und vor dem Hintergrund dessen, dass Verzögerungen durch den SMP vermieden werden müssen und eine leichte Sanktionierung und Reaktionsmöglichkeit der Behörde bei Nichteinhaltung genereller Verpflichtungen durch den SMP möglich wird, insbesondere indem zusätzlich zu generellen Verpflichtungen zugleich spezifi-

sche Zusatzverpflichtungen auferlegt werden und konkrete Preis- bzw. Konditionenfestsetzungsmöglichkeiten für die nationale Regulierungsbehörde eröffnet werden.

Die ISPA hofft insofern auf eine detailliertere klarstellende Darstellung durch die ERG.

### **Zu Kapitel 3: Principles for imposing remedies**

Vorweg hält die ISPA fest, dass sie die im Papier zum Ausdruck gebrachte Position der ERG begrüßt, dass Vorabverpflichtungen nicht erst bei festgestellten Missbräuchen auferlegt werden müssen, sondern proaktiv eingesetzt werden müssen.

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.

Im Zusammenhang mit dem von der ERG mehrfach erwähnten 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 ISPA ersucht daher die ERG, auch diesen Aspekt zu berücksichtigen und eine Detaillierung jener zahlreichen Wettbewerbssituationen vorzunehmen, für die die missbräuchliche Nutzung des Argumentes „Investitionsschutz“ durch den SMP unzulässig und daher unbeachtlich ist. Es ist erforderlich aufzuzeigen, dass und in welchen Situationen derartige Argumente durch den Incumbent eben gerade nicht zutreffen und bloß einen Versuch des SMP darstellen, missbräuchliche Verhaltensweisen mit „Investitionsschutz“ zu rechtfertigen.

Die ISPA hält weiters fest, dass aus ihrer Sicht in der jetzigen Phase **Dienstwettbewerb** 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 Unterschiede ergeben, die ISPA hält es jedoch nicht für zielführend, im jetzigen Zeitpunkt regional differenzierte Regulierungsmaßnahmen vorzusehen. Auch zu dieser Thematik der möglichen regionalen Unterschiede im Hinblick auf das Vorhandensein, die

Wahrscheinlichkeit oder die Möglichkeit von Infrastrukturwettbewerb hofft die ISPA auf weitere Ausführungen der ERG.

Wie bereits in den Anmerkungen zu Kapitel 2 festgestellt, würde sich die ISPA nähere Ausführungen der ERG wünschen, wie die Balance und **das Zusammenspiel zwischen „generality“ und „specification“** bei den Remedies aussehen könnte. Die ISPA ist der Auffassung, dass sehr spezifische Verpflichtungen, die sich an aktuellen Problemen oder Situationen orientieren zu unflexibel sind – wenngleich die ISPA der Meinung ist, dass solche selbstverständlich auferlegt werden müssen und angesichts konkret festgestellter Wettbewerbsprobleme adäquat sind. Zusätzlich werden jedoch jedenfalls allgemein formulierte Verpflichtungen notwendig sein. Da deren Einhaltung allerdings unsicher ist, vielmehr Verschleierungs- und Verzögerungstaktiken durch den SMP wahrscheinlich sind (etwa bei der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder bei einer allgemeinen Verpflichtung bei reasonable request Access zu gewähren), müssen diese generellen Verpflichtungen jedenfalls im Sinn eines Stufensystems ergänzt werden durch begleitende Verpflichtungen, die sodann die Einhaltung der generellen Verpflichtungen sichern. Dabei ist nicht nur an die diversen Transparenzverpflichtungen zu denken, die nach Auffassung der ISPA ohnedies notwendig sind, sondern zusätzlich ist es erforderlich, der Regulierungsbehörde spezifische Kontrollmöglichkeiten einzuräumen und rückwirkende Preisfestsetzungsmöglichkeiten bzw generell rückwirkende Eingriffsmöglichkeiten zu eröffnen, wenn sie feststellt, dass der SMP den generellen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist.

Darüber hinaus sind **Bußgelder** sowie die effektive Nutzung der Möglichkeit, mit **einstweiligen Maßnahmen** vorzugehen für die nationalen Regulierungsbehörden von besonderer Bedeutung, um in effizienter Weise den Wettbewerb ermöglichen bzw. schützen zu können.

Die Erstellung von Leitlinien für bzw von nationalen Regulierungsbehörden, wie sie bei Verstößen oder dem Verdacht hierzu vorzugehen planen, wäre jedenfalls hilfreich. In Österreich ist allerdings zu beachten, dass die Sanktionsmöglichkeiten bzw Durchsetzungsmöglichkeiten nicht bei der nationalen Regulierungsbehörde selbst liegen. Umso wünschenswerter ist somit die Vorgabe eines Rahmens bzw einer Handlungsanleitung durch europäische Institutionen und Vereinigungen, damit die in Österreich damit befassten anderen Stellen (zB Kartellgericht, das für Bußgelder bei Verstößen zuständig ist), Richtlinien erhalten, die möglicherweise mehr Nachdruck zeitigen als allfällige Empfehlungen der nationalen Regulierungsbehörde.

In diesem Zusammenhang hofft die ISPA auf weitere, noch konkretere Ausführungen der ERG.

Zu Punkt 3.2.5.1 stellt die ISPA fest, 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 statt-



gefunden hat) zu ermöglichen und sodann das Entgelt genehmigen zu lassen sowie ein entsprechendes Standardangebot auszuformulieren (das von der Regulierungsbehörde geändert werden kann); sämtliche Konditionen sind dann rückwirkend zur Anwendung zu bringen.

Zu Punkt 3.2.5.2 hält die ISPA fest, dass eine generelle Verpflichtung für den SMP, jedem **reasonable request for access**, aber auch (über „access“ hinaus) jedem **reasonable request für die Zurverfügungstellung jeglicher Wholesale-Produkte** stattzugeben, unbedingt erforderlich ist. Auch diese sehr allgemeine Vorabverpflichtung muss nach Auffassung der ISPA allerdings ergänzt werden durch die Verpflichtung, diesbezügliche Preise (unabhängig von der unverzüglichen Pflicht zur Verfügungstellung des Dienstes) genehmigen zu lassen und rückwirkend zur Anwendung zu bringen. Weiters muss der SMP verpflichtet werden, immer auch sofort ein Standardangebot zu legen und gegebenenfalls durch die Regulierungsbehörde ändern zu lassen.

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.

Die ISPA nimmt das Ziel und die Vorgabe der Rahmenrichtlinie, dass **Emerging Markets** nicht mit unangemessenen Verpflichtungen belastet werden dürfen, zur Kenntnis. Die ISPA hält jedoch die im Konsultationspapier zum Ausdruck kommende

besondere Vorsicht und besondere Zurückhaltung bei Emerging Markets für nicht angebracht. Angesichts der Erfahrungen der Vergangenheit hegt die ISPA nicht die Angst, dass in Emerging Markets zu früh eingegriffen wird, wie dies offensichtlich von der ERG befürchtet wird sondern hat eher die Erfahrung gemacht, dass Eingriffe tendenziell zu spät erfolgen.

Dies führt nach Auffassung der ISPA dazu, dass die Regulierungsbehörden auch bei Emerging Markets auf Grund der massiven Möglichkeiten des SMP zum Vertical Leveraging frühzeitig eingreifen müssen, um dauerhafte Marktverzerrungen zu vermeiden und den Wettbewerb in diesem neuen Markt offen zu halten. Gerade das Offenhalten 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“ wettbewerbsrechtliche Maßnahmen kämen angesichts der rasanten technologischen Entwicklungen 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 Flexibilität 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 entsprechende 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 emerging markets als solche bereits fragwürdig ist. Denn **viele emerging markets (Bsp ADSL) basieren auf der alten Infrastruktur**, sodass ein regulatorisches Eingreifen jedenfalls gerechtfertigt ist!

## **Zu Kapitel 4: Matching Problems and Remedies**

Die ISPA hält die Feststellung der ERG für besonders bedeutsam, dass ein bestehender Missbrauch für die Auferlegung von Vorabverpflichtungen nicht erforderlich ist.

Weiters begrüßt die ISPA ausdrücklich die Feststellung der ERG, dass die Vorabregulierung jegliche Anreize zum Marktmachtmissbrauch eliminieren soll und überdies

die Aussage der ERG (dies hält die ISPA für einen besonders wichtigen Punkt), dass Vorabverpflichtungen auch dazu dienen sollen, „to eliminate their market power altogether, thereby decreasing the likelihood of anti-competitive or exploitative practices“. Die ISPA begrüßt es, dass hiermit klar zum Ausdruck kommt, dass sich **Verpflichtungen nicht nur gegen mögliches marktmachtmissbräuchliches Verhalten richten sollen, sondern auch gegen die marktbeherrschende Stellung als solche!**

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 notwendig, 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.

In Punkt 4.2.3.3, letzter Absatz, wird festgehalten, dass es der nationalen Regulierungsbehörde obliegt zu entscheiden, ob ein entbündeltes Standardangebot oder eine Reasonable Request-Verpflichtung eher geeignet ist. Die ISPA hält fest, dass im Regelfall nach Auffassung der ISPA **beides erforderlich** sein wird. Denn die Ver-

pflichtung, Standardangebote zu legen, wird nie ausreichend flexibel sein, um den Marktbedürfnissen, die vor dem Hintergrund des Offenhaltens von Märkten zu betrachten sind, gerecht zu werden.

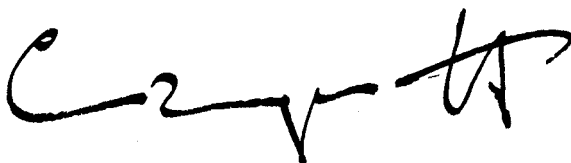
Es ist der ISPA ein besonderes Anliegen zu unterstreichen, dass jegliche Verpflichtungen der Regulierungsbehörden nach **Artikel 12 jedenfalls mit Bedingungen mit Bezug auf „fairness, reasonableness and timeliness“** verknüpft werden müssen (wie auch im Konsultationspapier diskutiert), um Effektivität zu sichern. Die ISPA wird diese Thematik natürlich auch in der bevorstehenden nationalen Konsultation adressieren und näher behandeln.

Die ISPA bezweifelt, dass in allen Bereichen, etwa im Bereich ADSL, über Vorabverpflichtungen im Wholesale-Bereich sämtliche Wettbewerbsprobleme in den Griff zu bekommen sein werden. Die ISPA vermutet daher, dass eine **Preiskontrolle auch für bestimmte Retail-Märkte** erforderlich sein wird.

Insgesamt hält es die ISPA für erforderlich, dass über geeignete Remedies erreicht wird, dass ISPs im Bereich DSL und auch bei künftigen Technologien oder Entwicklungen, die auf der alten (Kupfer-)Infrastruktur aufsetzen, eigene Produkte gestalten können und nicht künstliche Beschränkungen durch die einengende Wholesale-Angebotsgestaltung und die technische Implementierung durch den Incumbent geschaffen werden (bzw bestehen bleiben).

Für etwaige Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Kurt Einzinger  
Generalsekretär

Wien am 22.1.2004