

M 10/06-37

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ-Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 4.09.2006 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens einstimmig folgenden

Beschluss

gefasst:

Gemäß § 37 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 wird das Verfahren M 10/06 betreffend den Vorleistungsmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z 11 der Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die der sektorspezifischen ex-ante Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für den Telekommunikationssektor festgelegt werden (Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr. 117/2005, „TKMVO 2003“), eingestellt.

Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 6.02.2006 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zur GZ M 10/06 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer, Dr. Wilhelm Schramm und Dr. Anton Schwarz gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z 11 TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge. Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegen stehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und Abs. 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 6.02.2006 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2006 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und diese den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Juli 2006 legten die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß das wirtschaftliche Gutachten vor (ON 19a).

Am 24.07.2006 beschloss die Telekom-Control-Kommission einen Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 (ON 22), mit dem das Verfahren zu M 10/06 (vorläufig) eingestellt wurde.

Dieser Entwurf wurde sodann den nationalen Wettbewerbsbehörden gemäß § 37 Abs. 5 S. 2 TKG 2003 zur Stellungnahme übermittelt, bis 22.08.2006 gemäß § 128 TKG 2003 national konsultiert und gemäß § 129 TKG 2003 mit der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften koordiniert.

Mit Schreiben vom 18.08.2006 (ON 30) beehrte die Tele2UTA Telecommunication GmbH Akteneinsicht in das wirtschaftliche Gutachten, welche die Telekom-Control-Kommission am 21.08.2006 mit der Begründung ablehnte, dass gemäß § 37 Abs. 5 S. 1 TKG 2003 Parteistellung im Marktanalyseverfahren nur dasjenige Unternehmen genieße, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben würden, und nur diesem Unternehmen die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in vollem Umfang zugänglich zu machen seien; zudem sehe § 128 TKG 2003 kein generelles Einsichtsrecht in die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens für Teilnehmer am Konsultationsverfahren vor (ON 32).

Im Rahmen des og. Konsultationsverfahrens wurden Stellungnahmen vom Bundeskartellanwalt und vom Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber abgegeben.

Der Bundeskartellanwalt erklärte mit Schreiben vom 1.08.2006 (ON 29), dass von der Erstattung einer Äußerung abgesehen werde.

Der Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber („VAT“) hielt in seinem Schreiben vom 22.08.2006 (ON 33) fest, dass nachhaltiger Wettbewerb am Markt für Trunk-Segmente solange nicht festgestellt werden könne, solange Telekom Austria in zwei der 28 Trunk-Städte als einziger Netzbetreiber mit Mietleitungsinfrastruktur präsent sei. Bei Nichtauferlegung von Vorabverpflichtungen könne Telekom Austria überhöhte Preise festsetzen, alternative Betreiber – etwa bei Ausschreibungen von Projekten – aus dem Markt drängen und sei zudem nicht zur Legung eines Wholesale-Angebots verpflichtet; der Markt sei daher zwecks rechtzeitiger Einleitung eines Aufsichtsverfahrens genau zu beobachten. Da die Aufteilung von Umsätzen und Kapazitäten bei vielen Betreibern – darunter Telekom Austria – mittels Schätzungen erfolge, müsse die Regulierungsbehörde zudem sicherstellen, dass diese Schätzungen nach den gleichen Regeln erfolgen, weshalb diesbezüglich eine konkretisierende Vorgabe der Regulierungsbehörde zweckmäßig und notwendig sei. Für den Fall, dass Telekom Austria auf dem Markt für terminierende Segmente auch weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung verfügen und der Preiskontrolle unterliegen solle, könne diese von Telekom Austria durch Übertragung ihrer Marktmacht auf den Markt für Trunk-Segmente – etwa durch Bündelung – unterlaufen werden. Insgesamt geht der VAT aufgrund einer Gefahr der Marktmachtübertragung vom Markt für terminierende Segmente auf den Markt für Trunk-Segmente davon aus, dass getrennte Buchführung, Transparenz und Gleichbehandlung durch geeignete Maßnahmen in Form einer Auferlegung von Vorabverpflichtungen auf dem Markt für Trunk-Segmente und/oder auf dem Markt für terminierende Segmente sichergestellt und überwachbar gemacht werden, um eine Bevorzugung der Telekom-Austria-eigenen Retail-Abteilung gegenüber ihren Wettbewerbern unmöglich zu machen.

Die Europäische Kommission hat die von der Telekom-Control-Kommission aus dem wirtschaftlichen Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen in ihrer Stellungnahme vom 28.08.2006 (ON 35) nicht beanstandet.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Trunk-Segmente von Mietleitungen“

Die auf den in § 1 Z 10 – 12 TKMVO 2003 abgegrenzten Mietleistungsmärkten erbrachten Leistungen werden einerseits von Endkunden nachgefragt und andererseits von Unternehmen, die Mietleitungen verwenden, um damit Kommunikationsdienste an Endkunden anzubieten; daher lassen sich – abhängig vom Nachfrager – eine Endkunden- und eine Vorleistungsebene bestimmen.

Während der relevante Endkundenmarkt Endkundenmietleitungen aus dem Mindestangebot an Mietleitungen mit bestimmten Mietleitungstypen sowie alle Endkundenmietleitungen mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s jeweils bis einschließlich 2 Mbit/s umfasst, werden auf Vorleistungsebene zwei relevante Märkte definiert: einerseits der Markt für Trunk-Segmente von Mietleitungen, andererseits der Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen. Auf der Ebene der Vorleistungsmärkte kommt es zu keiner Einschränkung der Bandbreite.

Die TKMVO 2003 definiert in ihrem § 1 Z 11 einen Vorleistungsmarkt „*Trunk-Segmente von Mietleitungen*“; die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 14 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Bei Trunk-Segmenten handelt es sich um Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte auf Vorleistungsebene, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. -dienstbetreiber bereitgestellt werden, und welche die Trunk-Segment-Übergabepunkte des bereitstellenden Betreibers in zwei von jenen 28 österreichischen Städten verbinden, in denen die Telekom Austria ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hat (Stand: November 2005).

Für Trunk-Segmente ist charakteristisch, dass sie in der Regel nicht bis zum Netzabschlusspunkt des Nutzers reichen.

Bei den Städten, die die oben genannten Kriterien erfüllen und somit als Abgrenzungskriterium für die Trunk-Segmente Verwendung finden, handelt es sich um folgende: Wien, Graz, Linz, Salzburg, Innsbruck, Klagenfurt, Villach, Wels, Sankt Pölten, Dornbirn, Steyr, Wiener Neustadt, Feldkirch, Baden, Amstetten, Mödling, Spittal an der Drau, Bruck an der Mur, Telfs, Lienz, Vöcklabruck, Ried im Innkreis, Eisenstadt, Korneuburg, Wörgl, Hollabrunn, Judenburg, Bruck an der Leitha.

In den relevanten Markt sind auch jene Trunk-Segmente miteinzubeziehen, die ein Kommunikationsnetzbetreiber einem im selben Unternehmen integrierten Kommunikationsdienstbetreiber für das Anbieten von Mietleitungen auf Endkundenebene zur Verfügung stellt.

Dieser Markt enthält weiters keine Produkte mit nutzerseitigen X.25-, Frame Relay-, ATM-, Ethernet- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung, in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters (s.o.) zu steuern. Dieser Markt enthält ebenfalls keine Produkte mit nutzerseitigen Ethernet-Schnittstellen an mehr als zwei Netzabschlusspunkten, die an einer Kundenschnittstelle gesendete Ethernet-Rahmen mehreren oder allen anderen Kundenschnittstellen dieses Produktes zustellen.

Der Markt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ umfasst Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. -dienstbetreiber bereitgestellt werden und welche die Trunk-Segment-Übergabepunkte in zwei von jenen 28 österreichischen Städten verbinden, in denen die Telekom Austria ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hat.

Neben jenen Leistungen, die für Dritte erbracht werden, sind auch Eigenleistungen, die für die interne Erbringung von Endkundenmietleitungen verwendet werden, Teil des Marktes.

2. Zum Markt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“

Insgesamt stellt sich der Markt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ (ohne Eigenleistungen) wie folgt dar:

Im Jahr 2005 erwirtschafteten 12 Unternehmen einen Umsatz von ca. 31 Mio. EUR und stellten im Dezember 2005 2.100 Mietleitungen mit einer Bandbreite von fast 500.000 64 kbit/s-Äquivalenten bereit. Auffallend im Zeitverlauf 2003 – 2005 ist die starke Steigerung in den Kapazitäten über den gesamten Zeitraum, während die Umsätze zurückgehen und auch die Anzahl der Leitungen von 2004 auf 2005 leicht zurückgeht. Zu beachten ist jedoch, dass diese Angaben den Wiederverkauf von Mietleitungen enthalten. Berücksichtigt man, dass es im Jahr 2005 im Vergleich zu den Vorjahren einen verstärkten Wiederverkauf gegeben hat, so zeigen sowohl Umsätze wie Anzahl an Mietleitungen eine noch stärker sinkende Tendenz. Die nachgefragte Bandbreite ist dennoch im Steigen.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden die wesentlichsten Erkenntnisse zum Markt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ festgehalten und dabei besonderes Augenmerk auf die untersuchten Marktmachtindikatoren gelegt.

3.1. Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

3.1.1. Allgemeines zum Indikator Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf

Die ökonomische Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ leitet sich vor allem aus der Monopol- und Oligopoltheorie sowie aus empirischer Evidenz über den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Profitabilität (in Form der price-cost margin) ab. So gibt es sowohl theoretisch als auch empirisch einen positiven Zusammenhang zwischen (unternehmensindividuellem) Marktanteil und (unternehmensindividueller) price-cost margin. Weder die empirische noch die theoretische Literatur vermögen allerdings Auskunft darüber zu geben, ab welchem Marktanteil sich das Vorliegen von „beträchtlicher Marktmacht“ vermuten lässt (oder gar erwiesen ist). In der Spruchpraxis haben sich jedoch Schwellenwerte von 40% (Europäische Kommission) bzw. 50% (Europäischer Gerichtshof) durchgesetzt.

3.1.2. Untersuchung der Marktanteile

Bei der Untersuchung der Marktanteile wurden sowohl Umsatz- als auch Kapazitäts- (64 kbit/s-Äquivalent-) Marktanteile sowie Marktanteilsentwicklungen der größten Betreiber am Markt für Trunk-Segmente gemessen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass Umsatzmarktanteile keine Eigenleistungen enthalten, da für diese kein Umsatz zu beobachten ist. Demgegenüber werden zur Ermittlung von Kapazitäts- bzw. Mengenmarktanteilen Mietleitungen nach ihrer Bandbreite in 64 kbit/s-Äquivalenten gewichtet, dies führt jedoch „wertmäßig“ gesehen zur Unterschätzung der Marktanteile von Betreibern mit Schwerpunkt bei niederbitratigen Mietleitungen und zur Überschätzung der Marktanteile von Betreibern mit Schwerpunkt bei höherbitratigen Mietleitungen, da für Mietleitungen mit x-facher Bandbreite idR nicht auch ein x-faches Entgelt anfällt. Mit der Anzahl an Leitungen ließe sich zwar der gesamte Markt abbilden, eine solche Bewertung würde aber in noch geringerem Ausmaß die wahren Verhältnisse zwischen den Betreibern in Bezug auf die Bandbreite wiedergeben.

Erschwerend kommt der Umstand dazu, dass viele Betreiber - unter anderem auch die zwei größten Betreiber Telekom Austria AG (kurz „Telekom Austria“) und Tele2UTA Telecommunication GmbH (kurz „Tele2UTA“) – die Aufteilung von Umsätzen und Kapazitäten auf die Märkte für Trunk-Segmente und terminierende Segmente nur nach Schätzungen vornehmen konnten, weshalb die ermittelten Marktanteile letztlich wesentlich von der Genauigkeit dieser Schätzungen abhängig sind.

Den größten Umsatzmarktanteil im Jahr 2005 hält Tele2UTA mit 38%, gefolgt von Telekom Austria mit 37% und Memorex mit 17%. Alle anderen Unternehmen halten Marktanteile von weniger als 4%.

Dabei sind Mietleitungen, die wiederverkauft werden, sowohl in den Umsatzmarktanteilen als auch in den nachstehend erwähnten Kapazitätsmarktanteilen mehrfach enthalten. Vermietet beispielsweise Telekom Austria ein Trunk-Segment an Tele2UTA und diese wiederum an tele.ring, so gehen Umsatz und Kapazität dieses Trunk-Segments sowohl bei Telekom Austria als auch bei Tele2UTA in die Berechnung mit ein. Um keine falschen Schlussfolgerungen im Bezug auf das Vorliegen von Marktmacht zu ziehen, wird auch der Anteil am Umsatz auf dem entsprechenden Markt dargestellt, der für Vorleistungsmietleitungen aufgewendet wird. Hierbei zeigt sich, dass im Jahr 2005 die großen Betreiber Telekom Austria, Tele2UTA und Memorex im Ausmaß von 18%, 7% bzw. 18% ihres Umsatzes am Markt für Trunk-Segmente Vorleistungen von anderen Betreibern (ohne verbundene Unternehmen) beziehen. Da anzunehmen ist, dass ein Unternehmen am vorliegenden Markt umso stärker auftreten kann, je weniger es von Vorleistungen anderer

Betreiber abhängig ist, spricht die v.a. bei Telekom Austria und Memorex gegebene signifikante Abhängigkeit von Vorleistungen anderer Unternehmen eher gegen das Vorliegen von Marktmacht.

Die Entwicklung der Umsätze im Zeitverlauf zeigt, dass die Marktanteile der größten Unternehmen im Beobachtungszeitraum 2003 – 2005 beträchtlichen Schwankungen (von mehr als 10%) unterlegen waren. Keiner der Marktanteile zeigt – über den gesamten Zeitraum betrachtet – einen signifikanten Trend (am Ehesten ist noch ein leicht steigender Trend bei den Marktanteilen von Telekom Austria bzw. der Restgröße auszumachen).

Durch die Nichtberücksichtigung der Eigenleistungen bei den Umsatzmarktanteilen werden die Marktanteile jener Betreiber, die sich keine solchen internen Leistungen anbieten, tendenziell überschätzt. Tele2UTA und Telekom Austria sind die einzigen Unternehmen, die (relevante) Eigenleistungen am Trunk-Segment-Markt erbringen. Ca. 8% aller Trunk-Segmente der Tele2UTA – in 64 kbit/s-Äquivalenten gemessen – werden als Eigenleistungen verwendet (bzw. 92% an Dritte am Markt als Trunk-Segment angeboten), während sich dieser Anteil bei Telekom Austria auf ca. 19% beläuft. Der Umsatz dieser beiden Betreiber wird somit um den „fiktiven“ finanziellen Wert der Eigenleistungen zu gering ausgewiesen.

Die Betrachtung der Kapazitätsmarktanteile in 64 kbit/s-Äquivalenten zeigt, dass auf dieser Basis gemessen im Dezember 2005 Telekom Austria der größte Betreiber mit ca. 28% ist, gefolgt von Tele2UTA mit ca. 21% und Memorex mit ca. 14%. Weiters existieren mit EVN, tele.ring, i-21 und ÖBB Tel weitere vier Betreiber, die signifikante Marktanteile aufweisen.

Die Kapazitätsmarktanteilsentwicklung zeigt, dass sowohl Telekom Austria als auch Tele2UTA im Betrachtungszeitraum in signifikantem Ausmaß Marktanteile an andere Betreiber verloren haben. Zu Beginn der Betrachtungsperiode 2003 – 2005 ist dies auf den Markteintritt der EVN sowie die Marktanteilsgewinne der tele.ring zurückzuführen, gegen Ende der Betrachtungsperiode auf die Marktanteilsgewinne von ÖBB Tel und i-21. Insgesamt sind sowohl Umsatz- als auch Kapazitätsmarktanteile starken Schwankungen unterworfen.

Vergleicht man Umsatz- und Kapazitätsmarktanteile, so fällt auf, dass Tele2UTA, Telekom Austria und Memorex höhere Umsatz- als Kapazitätsmarktanteile halten, während dies bei den anderen, „kleineren“ Unternehmen umgekehrt ist. Eine mögliche Interpretation davon wäre, dass die „großen“ Unternehmen höhere Preise verlangen und so mit gleichen Kapazitäten höhere Umsätze erzielen. Eine solche Schlussfolgerung kann basierend auf diesen Daten jedoch nicht gezogen werden, da der Preis einer Mietleitung nicht nur von der Bandbreite, sondern auch von der Länge und von anderen Faktoren abhängig ist. So wäre es zB auch möglich, dass die „kleineren“ Betreiber im Durchschnitt kürzere Mietleitungen anbieten als die „großen“ und es so zu den beobachteten Differenzen kommt. Der Unterschied zwischen Umsatz- und Kapazitätsmarktanteilen ist jedoch eher auf die unterschiedliche Präsenz der Unternehmen in den verschiedenen Bandbreitenkategorien zurückzuführen, wobei manche Betreiber nur in bestimmten Bandbreitenkategorien aufscheinen (so zB Memorex, die nur in den Bereichen > 34 Mbit/s bis 155 Mbit/s und > 155 Mbit/s tätig ist). Es zeigt sich, dass „kleinere“ Betreiber (alle außer Telekom Austria und Tele2UTA) in Richtung höherer Bandbreiten verstärkt Marktanteile halten. Aus den eingangs beschriebenen Gründen kommt es daher tendenziell zu einer Überschätzung der Marktanteile „kleiner“ Betreiber und zu einer Unterschätzung der Marktanteile von Telekom Austria und Tele2UTA. In jeder Bandbreitenkategorie (mit Ausnahme der praktisch nicht relevanten Kategorie ≤ 64 kbit/s) existieren jedoch zumindest zwei Betreiber mit signifikanten Marktanteilen. Die bei weitem größte Kategorie ist jene von > 34 Mbit/s bis 155 Mbit/s, auf die mehr als die Hälfte der gesamten Kapazitäten gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten entfällt.

3.2. Markteintrittsbarrieren

3.2.1. Allgemeines zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

Markteintrittsbarrieren (s. § 35 Abs. 1 Z 2 TKG 2003 sowie §§ 78 und 80 der SMP-Guidelines) können definiert werden als all jene Faktoren, die es dem bzw. den auf dem Markt tätigen Unternehmen erlauben, seine/ihre Preise über die Kosten anzuheben, ohne dass dadurch zusätzliche Markteintritte erfolgen. Je höher also Marktzutrittsbarrieren sind (dh je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der/des etablierten Unternehmen/s. Entscheidend für die Beurteilung von Marktmacht ist aber nicht nur das Vorliegen von Marktzutrittsbarrieren, sondern auch das Ausmaß an Wettbewerb, der hinter diesen Barrieren stattfindet. So kann vor allem dort das Vorliegen von Marktmacht vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Markteintrittsbarrieren vorliegen.

In ihrer Empfehlung 2003/311/EG über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABI L 114/45 v. 8.05.2003) unterscheidet die Europäische Kommission zwei Arten von Markteintrittsbarrieren, nämlich strukturell bedingte und rechtlich bedingte Hindernisse.

Die dritte Gruppe von Barrieren entsteht durch das Verhalten eines Unternehmens (strategische bzw. endogene Marktzutrittsbarrieren).

3.2.2. Strukturelle Markteintrittsbarrieren: Skalenvorteile in Verbindung mit „sunk cost“

Ein *strukturbedingtes Zugangshindernis* liegt vor, wenn bei gegebenem Nachfrageniveau der Stand der Technik und die entsprechende Kostenstruktur so sind, dass sie Asymmetrien zwischen etablierten Betreibern und Markteinsteigern schaffen, sodass letztere am Marktzutritt gehindert werden.

Als wichtigste strukturelle Markteintrittsbarrieren auf dem Markt für Trunk-Segmente können Skalenvorteile (s. § 35 Abs. 1 Z 8 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten betrachtet werden. Obwohl Skalenvorteile per se keine Markteintrittsbarrieren darstellen, so bewirken sie doch, dass Betreiber mit einer hohen Outputmenge in den Markt eintreten müssen, um keinen Kostennachteil gegenüber den etablierten Unternehmen zu haben. Besteht nun Unsicherheit über den Erfolg des Unternehmens am Markt, so erhöht sich das Risiko des Markteintritts mit der Höhe der versunkenen Kosten, die ja bei einem eventuellen Marktaustritt nicht mehr wiedergewonnen werden können.

Skalenvorteile sowie versunkene Kosten am Markt für Trunk-Segmente ergeben sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (zB Grabungskosten). Diese Kosten führen als fixe Kosten der Produktion zu Skalenvorteilen, welchen – abhängig vom Verkehrsaufkommen auf einer bestimmten Strecke – unterschiedliche Bedeutung zukommt. Die Anzahl der am Markt für Trunk-Segmente tätigen Unternehmen zeigt, dass die Bedeutung von Skalenvorteilen auf den einzelnen Strecken variiert, aber im Allgemeinen weder so groß ist, dass nur ein einziges Unternehmen effizient (dh unter Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren kann, noch so klein, dass eine große Anzahl von Unternehmen (zB mehr als 20) gleichzeitig effizient produzieren könnte. So zeigt sich, dass auf Verbindungen zwischen den größten Städten (zB Wien – Linz oder Wien – Salzburg) bis zu acht Betreiber über eigene Infrastruktur verfügen. Auf Verbindungen zu oder zwischen kleinen Städten sind allerdings oft nur ein, zwei oder drei Betreiber tätig.

Versunken sind die Kosten für das Verlegen der Leitungen in dem Ausmaß, als die Leitungen nicht für andere Zwecke als das Vermieten auf dem Mietleitungsmarkt verwendet werden können. Da aber die Verbindungen zwischen Trunk-Städten von einer Vielzahl von Betreibern für unterschiedliche Dienstleistungen (Daten, Sprachtelefonie, betriebliche Nutzung) bzw. als Backbone für unterschiedliche Destinationen verwendet werden können,

ist es unwahrscheinlich, dass die Kosten für die Verlegung der Leitung zur Gänze irreversibel (also versunken) sind. Mittels der derzeitigen technischen Standards (DWDM) lassen sich bestehende Glasfaserinfrastrukturen kapazitätsmäßig nahezu beliebig erweitern, sodass zusätzliche Verlegungsarbeiten für neue, parallele Leitungen vermeidbar sind.

Markteintrittsbarrieren, die durch Skalenvorteile und versunkene Kosten bedingt sind, verlieren an Bedeutung, wenn ein Unternehmen durch Zukauf bereits verlegter Infrastruktur (vor allem „dark fibre“) in den Markt einsteigt. Dabei wird davon ausgegangen, dass das verkaufende Unternehmen die versunkenen Kosten trägt. Die niedrige Anzahl der Marktein- und -austritte in den vergangenen Jahren zeigt jedoch, dass die Anzahl der Betreiber stabil ist.

3.2.3. Rechtlich bedingte Hindernisse: Allgemeingenehmigung, Leitungsrechte, Aufgrabungsverbote

Rechtlich bedingte Hindernisse basieren nicht auf wirtschaftlichen Bedingungen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.

Als rechtliche Marktzutrittsbarrieren am Markt für Trunk-Segmente könnten die zur Erbringung von Mietleitungsdiensten notwendige Allgemeingenehmigung (früher: Konzession) sowie Barrieren im Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten betrachtet werden.

Da die Erteilung der Allgemeingenehmigung lediglich mit einem geringen administrativen Aufwand und – im Vergleich zum Aufwand für die Infrastrukturerrichtung – vernachlässigbaren Kosten verbunden ist, kann sie nicht als wesentliche Markteintrittsbarriere betrachtet werden. Dies folgt auch aus der relativ hohen Anzahl an erteilten Konzessionen/Allgemeingenehmigungen im Vergleich zu den aktiven Betreibern.

Barrieren in Zusammenhang mit Leitungsrechten und Aufgrabungsverboten resultieren einerseits aus der Notwendigkeit, die für die Infrastrukturerrichtung erforderlichen Leitungsrechte über fremde Grundstücke zu erhalten, andererseits aus sog. „Aufgrabungsverboten“ der jeweiligen Gebietskörperschaften, in deren Gebiet die Infrastruktur errichtet werden soll. In beiden Fällen kann sich vor allem der mit der Überwindung dieser Hindernisse verbundene Zeitaufwand als Markteintrittsbarriere darstellen, da Leistungen erst später als geplant öffentlich angeboten werden können und allfällige Anlaufverluste in Kauf zu nehmen sind. Dies gilt auch ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten.

3.2.4. Verhaltensbasierte Markteintrittsbarrieren: Bündelung und Wechselbarrieren

Markteintrittsbarrieren können nicht nur durch rechtliche oder strukturelle (von Unternehmen nicht beeinflussbaren) Faktoren bedingt sein, sondern auch aus dem *Verhalten eines oder mehrerer Anbieter auf dem Markt* resultieren. Auf dem zu analysierenden Markt stellt sich vor allem die Frage, ob Vorteile durch die Bündelung von Trunk-Segmenten mit terminierenden Segmenten erreicht werden können.

Betrachtet man die Mietleitungstypen, die auf Vorleistungsebene angeboten werden, so zeigt sich, dass alle Betreiber (mit der Ausnahme von einem Unternehmen, das nur am Trunk-Markt tätig ist) Trunk-Segmente überwiegend gemeinsam mit entweder einem oder zwei terminierenden Segment(en) anbieten. Die Telekom Austria vertreibt Trunk-Segmente – entsprechend ihren Angaben – sogar ausschließlich mit zwei terminierenden Segmenten.

Unter Berücksichtigung der auf die überragende Stellung im Anschlussnetzbereich zurückzuführenden starken Stellung der Telekom Austria auf dem Markt für terminierende Segmente ist nicht auszuschließen, dass sich daraus Vorteile der Telekom Austria gegenüber ihren Mitbewerbern auf dem Markt für Trunk-Segmente ergeben. Nach der ökonomischen Literatur kann Marktmachtübertragung zwischen Märkten, deren Produkte komplementär sind (wie es bei Trunk-Segmenten und terminierenden Segmenten der Fall ist), dann möglich sein, wenn das Unternehmen, das auf einem Markt über Marktmacht verfügt, ein Bündel aus Produkten anbietet, das von anderen Unternehmen nicht repliziert werden kann.

Aufgrund der großen Netzabdeckung der Telekom Austria bei terminierenden Segmenten im Vergleich zu den anderen Betreibern kann davon ausgegangen werden, dass nicht alle Verbindungen der Art „Trunk-Segment mit zwei terminierenden Segmenten“ auch von den Mitbewerbern in gleicher Weise angeboten werden können. Die Möglichkeit der Marktmachtübertragung mittels Bündelung kann also nicht vollkommen ausgeschlossen werden.

Eine weitere Zugangsbarriere kann durch Skalenvorteile in Verbindung mit nachfrageseitigen Wechselkosten entstehen. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen kann das Erreichen einer effizienten Outputmenge (bei der die Skalenvorteile weitgehend ausgeschöpft werden) beim Vorliegen signifikanter Skalenvorteile durch nachfrageseitige Wechselkosten wesentlich erschwert werden, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Anzahl der Kunden bzw. die am Markt nachgefragte Menge nicht wesentlich wächst.

Nachfrageseitige Wechselbarrieren am Markt für Trunk-Segmente ergeben sich vor allem aus vertraglichen Bedingungen (lange Vertragslaufzeiten, Pönalen bei vorzeitiger Vertragsauflösung, Verlust von Rabatten) sowie aus den Transaktionskosten, die bei einem Betreiberwechsel anfallen (da die Angebote auf die Kundenbedürfnisse zugeschnitten werden, müssen in der Regel Angebote eingeholt und evaluiert werden). Obgleich derartige nachfrageseitige Wechselkosten am Markt beobachtet werden können, ist die Relevanz dieser Zutrittsbarriere im Vergleich zu jenen Zutrittsbarrieren, die sich aus Skalenvorteilen und versunkenen Kosten ergeben, als eher gering einzustufen. Darüber hinaus deuten die festgestellten Schwankungen der Marktanteile auch auf Wechselbereitschaft auf der Nachfrageseite hin.

Bei der Beurteilung der Relevanz der vorstehend angeführten Arten von Markteintrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie zB der technische Fortschritt zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass bestimmte Barrieren langfristig an Bedeutung verlieren. Auch in den nächsten ein bis zwei Jahren wird leitungsgebundene Technologie vorherrschend sein, wodurch Skalenvorteile und versunkene Kosten auf Grund von Leitungsverlegungen weiter gegeben sind. Auch bei der Gestaltung von Verträgen bzw. des rechtlichen Rahmens ist nicht zu erwarten, dass die oben ausgeführten Überlegungen innerhalb der nächsten ein bis zwei Jahre wesentlich relativiert würden.

3.3. Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur

Von Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur (s. § 35 Abs. 1 Z 12 TKG 2003 sowie § 78 der SMP-Guidelines) kann man dann sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder größtenteils in den Händen eines einzigen Unternehmens ist und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem entsprechenden Unternehmen, (in Abwesenheit von nachfrageseitiger Gegenmacht) Marktmacht auszuüben, da es der einzige Anbieter der Dienstleistung ist und weder aktueller noch potentieller Wettbewerb existiert. Zusätzlich kann es dem Unternehmen auch möglich sein, seine Marktmacht auf nachgelagerte oder angrenzende Märkte zu übertragen.

Insgesamt zehn Unternehmen verfügen in allen oder einigen der 28 Trunk-Städte über eigene Mietleitungsinfrastruktur (dh über eigene übertragungstechnische Netzknoten, die mit eigener Infrastruktur – einschließlich Infrastruktur, die von Muttergesellschaften überlassen wurde oder auf zugemieteter Glasfaser basiert – verbunden sind und für sämtliche Kommunikationsnutzungen, die der Betreiber durchführt, verwendet werden, nicht nur für Mietleitungen). Darüber hinaus sind weitere zwei Unternehmen am Markt für Trunk-Segmente tätig. Drei andere Unternehmen mit eigener Mietleitungsinfrastruktur sind dzt. nicht auf dem Markt für Trunk-Segmente tätig.

In 26 der 28 Städte sind zumindest zwei Betreiber mit Mietleitungsinfrastruktur präsent. Lediglich zwei der Trunk-Städte werden dzt. von nur einem Betreiber angebonden.

Weiters zeigt sich, dass die Telekom Austria mit ihrer Präsenz in den 28 Trunk-Städten über das Netz mit der größten Flächendeckung verfügt, gefolgt von ÖBB Tel (26), tele.ring (20), Tele2UTA (18), EVN (10), und eTel (10); das letztgenannte Unternehmen ist dzt. nicht am Markt für Trunk-Segmente tätig. Da die übertragungstechnischen Netzknoten („Knoten“) jeweils Teil eines abgeschlossenen Netzes sind, kann jeder Betreiber alle möglichen Verbindungen zwischen den Städten, in denen er präsent ist, potentiell auch am Markt anbieten. Daraus ergibt sich, dass ein Großteil der Strecken von mehreren Betreibern angeboten werden kann.

Bei Betrachtung der Mächtigkeit der Knoten in den 28 Trunk-Städten (der Ausdruck „Mächtigkeit“ bezeichnet hierbei die Gesamtkapazität der Übertragungssysteme, die zwischen den Knoten einer Trunk-Stadt und den Knoten außerhalb dieser Trunk-Stadt – unabhängig, ob sich letztere in einer Trunk-Stadt oder in einer „Nicht-Trunk-Stadt“ befinden – bestehen, und umfasst nicht nur Kapazitäten für Mietleitungen, sondern auch jene für zB Sprachtelefonie oder Daten) zeigt sich, dass die Telekom Austria nicht nur das Unternehmen mit der Infrastruktur mit der größten Flächenabdeckung ist, sondern dass ihre Knoten idR auch deutlich mächtiger sind als die Knoten der anderen Betreiber. An zweiter Stelle liegt meist Tele2UTA. In fast allen Städten befinden sich jedoch zumindest zwei Betreiber mit relevanten Kapazitäten. Im Vergleich zu 2003 kam es sowohl zu einer Steigerung der Anzahl der Betreiber mit eigener Infrastruktur (zB Markteintritt der EVN) als auch zu einer Ausweitung der Flächendeckung einiger wesentlicher Betreiber (Netzausbau von Tele2UTA, erweiterter Marktauftritt der ÖBB Tel). Jene Städte, in denen sich nur die Telekom Austria befindet, zählen – an der Mächtigkeit der Knoten gemessen – zu den kleinsten (0,6% der Mächtigkeit aller Städte).

Betreiber, die auf bestimmten Routen nur über geringe Kapazitäten verfügen, können dennoch Wettbewerbsdruck auf die „großen“ Betreiber ausüben, da eine Ausweitung der Kapazitäten in Reaktion auf eine Preiserhöhung innerhalb eines kurzen Zeitraumes (weniger als ein Jahr) grundsätzlich möglich wäre, weil hierfür lediglich Investitionen in neues Übertragungs-Equipment erforderlich sind. Die Barrieren für eine solche Ausweitung sind im Allgemeinen – vor allem im Vergleich zu den Barrieren bei der Verlegung neuer Infrastruktur – als gering zu beurteilen. An der deutlichen Aufstockung der Kapazitäten mehrerer Betreiber seit dem Jahr 2003 ist erkennbar, dass Wettbewerber, die ebenfalls über Infrastruktur verfügen, auch wenn sie kaum Marktanteile am Markt für Trunk-Segmente halten, dennoch als relevante Marktteilnehmer zu berücksichtigen sind, da, so die Infrastruktur vorhanden ist und Skalenvorteile und versunkene Kosten nicht mehr als Marktzutrittsbarrieren wirken, kurz- bis mittelfristig (jedenfalls innerhalb einiger Monate) eine Ausweitung des Angebotes am Markt für Trunk-Segmente möglich ist, sollten dort die Preise wesentlich über den Kosten liegen.

Unter Berücksichtigung der Barrieren, die sich bei neu zu verlegenden Leitungen aus Skalenvorteilen in Verbindung mit versunkenen Kosten ergeben, stellt sich weiters die Frage, inwieweit Wettbewerb auf den Strecken zu jenen zwei Städten erwartet werden kann, in

denen zur Zeit nur Telekom Austria präsent ist. Da diese Marktzutrittsbarrieren auf neu zu verlegenden Strecken auch gegenüber bereits etablierten Anbietern wirken, liegt zunächst die Vermutung nahe, dass es auf diesen Strecken auch dann nicht zu weiteren Markteintritten kommen wird, wenn Telekom Austria den Preis über das Wettbewerbsniveau anhebt. Hierzu ist festzuhalten, dass 2003 noch fünf Städte existierten, in denen nur Telekom Austria präsent war, und dass heute in drei dieser fünf Städte drei Betreiber und in einer zwei Betreiber sind; hinzu kommt eine weitere Trunk-Stadt, die im Jahr 2003 noch von zwei Betreibern, im Jahr 2005 jedoch nur mehr durch Telekom Austria angebunden wird. Eine Erschließung auch dieser letzten zwei Trunk-Städte (deren Bedeutung auf dem Gesamtmarkt sehr gering ist) durch andere Betreiber erscheint in Zukunft also nicht ausgeschlossen. Dafür spricht auch die Tatsache, dass bei beiden Städten zumindest ein alternativer Betreiber mit eigener Infrastruktur in unmittelbarer Nähe (ca. 10 km) ist (vgl. ON 19a, S. 42/43).

Telekom Austria ist das einzige Unternehmen, welches in allen 28 Trunk-Städten präsent ist (in zwei davon sogar als einziger Betreiber) und meist auch über die höchsten Kapazitäten verfügt. Dennoch existieren in fast allen Städten weitere Anbieter mit relevanten Kapazitäten, deren Ausweitung relativ leicht möglich ist. Es verfügt also kein Unternehmen über die alleinige Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (zB in Form von überhöhten Preisen) auch ausgeübt werden kann. Dies ist auch vom Ausmaß der Verhandlungsmacht des Nachfragers (nachfrageseitige Gegenmacht) abhängig. Je höher das Ausmaß an nachfrageseitiger Gegenmacht, desto weniger wird ein Unternehmen, das potentiell über Marktmacht verfügt, diese auch ausüben können. Nachfrageseitige Gegenmacht wird dann größer sein, je mehr Alternativen ein Kunde zum Kauf von seinem derzeitigen Anbieter hat (zB wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann) oder wenn der Verkäufer wenige Alternativen zum Verkauf an einen bestimmten Käufer hat (zB wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet und es schwierig wäre, die frei gewordenen Kapazitäten anderwärtig zu verkaufen oder wenn der Käufer eine „gatekeeper“-Position zB in Bezug auf bestimmte geografische Gebiete oder bestimmte Kundengruppen hat, die der Verkäufer selbst nicht erreichen kann). Weiters kann nachfrageseitige Gegenmacht auch dadurch erhöht werden, wenn der Käufer im Vergleich zum Verkäufer einem geringeren Zeitdruck ausgesetzt ist oder wenn er über bessere Informationen verfügt als der Verkäufer. Nachfrageseitige Gegenmacht ist vor allem in jenen Fällen relevant, in denen ein oder mehrere Unternehmen aufgrund mangelnden Konkurrenzdrucks gegenüber ihren Kunden potentiell über Marktmacht verfügen. Existieren jedoch mehrere Anbieter, so kann davon ausgegangen werden, dass Kunden durch das Einholen und Vergleichen verschiedener Angebote und Drohung mit dem Wechsel zu einem anderen Betreiber Verhandlungsmacht gegenüber den Anbietern ausüben können; dies ist am Markt für Trunk-Segmente in den meisten Fällen möglich.

3.5. Produktdifferenzierung

Das Ausmaß der Produktdifferenzierung ist für die Beurteilung von Marktmacht insofern relevant, als grundsätzlich höhere Produktdifferenzierung mit größerer Marktmacht der einzelnen Unternehmen über ihre Kunden einhergeht, da ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur mehr eingeschränkt möglich ist. Gelingt es einzelnen Unternehmen, ihr Produkt hinreichend von anderen Produkten zu differenzieren, und ist eine Nachahmung für andere Unternehmen nicht möglich, so können daraus Wettbewerbsvorteile erwachsen.

Mietleitungen sowie Trunk-Segmente von Mietleitungen sind grundsätzlich sehr homogene Produkte in ökonomischem Sinne, da die gängigen Übertragungstechnologien standardisiert sind und jedem Betreiber in gleicher Weise zu Verfügung stehen. Gewisse Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich aber durch die Breite der Angebotspalette bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten sowie durch die zur Verfügung gestellte Qualität.

Die Breite der Angebotspalette umfasst die Auswahl an Destinationen bzw. Verbindungen sowie die angebotenen Bandbreiten. Hier ist die Telekom Austria eindeutig das Unternehmen mit der größten Netzabdeckung und den größten Kapazitäten zwischen den 28 Trunk-Städten. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Telekom Austria gegenüber manchen Kunden bzw. auf bestimmten Destinationen aufgrund ihrer Netzabdeckung über ein gewisses Ausmaß an Marktmacht verfügt. Da jedoch auf fast allen Strecken andere Betreiber mit signifikanten Kapazitäten präsent sind, ist das Ausmaß dieser Marktmacht nicht als besonders hoch anzusehen. Da Mietleitungen auf allgemein zugänglichen Technologien basieren (zB PDH-, SDH- oder WDM-Technik), deren Bitraten standardisiert sind, ist die Differenzierung der Übertragungskapazitäten durch diese Bitraten vorgegeben, wobei nicht jeder Anbieter alle Kapazitäten auch tatsächlich anbietet.

Durch Bündelung zwischen Trunk-Segmenten und terminierenden Segmenten könnten sich aufgrund ihrer starken Stellung am Markt für terminierende Segmente potentiell Vorteile für die Telekom Austria gegenüber den anderen am Markt tätigen Unternehmen ergeben.

3.6. Sonstige Indikatoren

3.6.1. Performancemaße

In einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb ist keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über die Kosten zu heben und damit Übergewinne zu erwirtschaften. Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind so genannte Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes. Allerdings waren die zur Berechnung erforderlichen Informationen über Preise und Kosten nicht in der erforderlichen Granularität (auf Ebene des einzelnen verfahrensgegenständlichen Marktes) verfügbar. Damit in engem Zusammenhang stehend tritt bei Mehrproduktunternehmen (nicht nur über die Mietleistungsmärkte hinweg, sondern auch darüber hinaus) noch zusätzlich das Problem der Allokation von Gemeinkosten auf. Eine Vornahme entsprechender Berechnungen war daher nicht möglich.

3.6.2. Preispolitik und Preisentwicklung

Die Preissetzungspolitik eines Unternehmens ist ein wesentlicher ökonomischer Verhaltensparameter und kann daher auch für die Beurteilung von Marktmacht relevant sein. So geben zB Preisbewegungen im Zeitverlauf, vorhandene Preisdifferenziale zwischen einzelnen Betreibern und beobachtete Preisreaktionsmuster wesentliche Hinweise auf die am Markt vorhandene Wettbewerbsintensität.

Beim Markt für Trunk-Segmente handelt es sich um einen Vorleistungsmarkt, auf dem Kunden Mietleitungen meist als Teil eines „Projektgeschäfts“, dh als Teil einer Komplettlösung oft im Bündel mit anderen Dienstleistungen nachfragen. Die Preise werden dann in individuellen Verhandlungen festgelegt und sind daher kaum zu erheben. Auch der Vergleich von Listenpreisen (so diese überhaupt existieren) ist nicht sinnvoll, da die tatsächlich verlangten Preise meist von den Listenpreisen abweichen. Eine Durchführung von Preisvergleichen oder Bildung von Zeitreihen war daher nicht möglich. Da der Preis einer Mietleitung von einer Vielzahl von Faktoren (zB Länge, Kapazität, Qualität) abhängt, wurden auch keine impliziten Preise berechnet (zB Umsatz dividiert durch 64 kbit/s-Äquivalente oder Umsatz dividiert durch Anzahl der vermieteten Leitungen), da diese keine Aussagekraft hätten.

3.6.3. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation

Da es sich beim Markt für Trunk-Segmente um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

3.6.4. Technologiebedingter Vorsprung

Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum untersuchten Vorleistungsmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren, ergibt sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Bauer, Dr. Lukanowicz, Mag. Neubauer, Dr. Schramm und Dr. Schwarz vom Juli 2006 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 9 - 11/06“).

Die Ermittlung der Marktanteile auf Basis von Schätzungen der beteiligten Unternehmen war erforderlich, da die überwiegende Anzahl der beteiligten Unternehmen mangels tatsächlich vorhandener Marktdaten Umsätze und Kapazitäten auf die Märkte für Trunk-Segmente und terminierende Segmente nur nach Schätzungen aufteilen konnte. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Mietleitungsprodukte, die den angeführten Vorleistungsmärkten entsprechen, am Markt idR in dieser Zuordnung nicht angeboten werden. Zur der vom VAT als notwendig erachteten konkretisierenden Vorgabe der Regulierungsbehörde für die Aufteilung von Umsätzen und Kapazitäten zwischen den Märkten für Trunk-Segmente und für terminierende Segmente ist einerseits anzumerken, dass die Telekom-Control-Kommission eine für alle Betreiber einheitliche Vorgabe zur Aufteilung der Umsätze zwischen Trunk-Segmenten und terminierenden Segmenten nicht für sinnvoll hält, da das Mietleitungsangebot jedes Betreibers aufgrund individueller Preisgestaltungsmöglichkeiten und Leitungsführung der Mietleitung sowie in Abhängigkeit von der jeweiligen Infrastruktur unterschiedlich ist und daher ein einheitlicher Schlüssel für alle Unternehmen nicht die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegeln würde. Die von Betreibern in ihren Schätzungen gewählte Annäherung mittels Länge der Mietleitungen im Verhältnis zum Preis erscheint daher als ein geeigneter Weg zur Ermittlung der Umsätze. Zudem können allfällige Inkonsistenzen in den Datenlieferungen durch Plausibilitätschecks während der Betreiberabfrage ausgeschaltet werden. Insgesamt liegen der Telekom-Control-Kommission keine Anhaltspunkte vor, die Zweifel an der Richtigkeit der – ggf. nach Vornahme von Korrekturen durch die Betreiber – gelieferten Daten begründen würden, weshalb auf die vom VAT empfohlene Konkretisierung nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auch im Interesse besserer Übersichtlichkeit der Betreiberabfrage verzichtet werden sollte.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zu den rechtlichen Grundlagen

Der geltende europäische Rechtsrahmen und das TKG 2003 verfolgen einen differenzierten Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und die Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse identifizierten – wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der maßgeblichen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess – Marktdefinition, Marktanalyse und allenfalls Auferlegung spezifischer Verpflichtungen – vor.

2. Marktdefinition der RTR-GmbH

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die ggf. einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden könnten (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die TKMVO 2003 erlassen, die – nach ihrem In-Kraft-Treten am 17.10.2003 – zum 2.05.2005 novelliert wurde (BGBl II Nr. 117/2005) und in ihrer dzt. geltenden Fassung 17 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors – abgegrenzt hat. Gemäß dem Beschluss der RTR-GmbH vom 06.02.2006 besteht derzeit – als Ergebnis der jüngsten Überprüfung dieser Marktdefinitionen – keine Notwendigkeit der Abänderung dieser Verordnung.

3. Marktanalyse der Telekom-Control-Kommission

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel der Feststellung vor, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003).

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – die "Regulierungsinstrumente" (dh die spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 TKG 2003) –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potentiellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

4. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

Nach § 37 Abs. 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die TKMVO festgelegten relevanten Märkte durch.

Die Analyse des jeweiligen Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

Gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Stellt die Telekom-Control-Kommission demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht

verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

5. Relevanter Markt

Die Stellung als „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien der oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der RTR-GmbH festgelegt.

In der TKMVO 2003 wird der verfahrensgegenständliche Markt als „Trunk-Segmente von Mietleitungen (Vorleistungsmarkt)“ bezeichnet. Aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass dieser Markt Mietleitungen oder Mietleitungsabschnitte auf Vorleistungsebene umfasst, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. -dienstbetreiber bereitgestellt werden, und welche die Trunk-Segment-Übergabepunkte des bereitstellenden Betreibers in zwei von jenen 28 österreichischen Städten verbinden, in denen die Telekom Austria ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hat (Stand November 2005). Für Trunk-Segmente ist charakteristisch, dass sie in der Regel nicht bis zum Netzabschlusspunkt des Endnutzers reichen; zudem beinhaltet dieser Markt keine unbeschalteten Kupferdoppeladern und keine unbeschalteten Glasfaserleitungen. Dieser Markt enthält weiters keine Produkte mit nutzerseitigen X.25-, Frame Relay-, ATM-, Ethernet- und IP-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten, die die Möglichkeit bieten, das Ziel der Verbindung, in Abhängigkeit von den Werten eines Verbindungssteuerungsparameters zu steuern. Dieser Markt enthält ebenfalls keine Produkte mit nutzerseitigen Ethernet-Schnittstellen an mehr als zwei Netzabschlusspunkten, die an einer Kundenschnittstelle gesendete Ethernet-Rahmen mehreren oder allen anderen Kundenschnittstellen dieses Produktes zustellen.

6. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Nationaler wie auch europäischer Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ und „effektivem Wettbewerb“ mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des EU-Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der Rahmen-RL 2002/21/EG v. 7.03.2002, ABI L 108/36 v. 24.04.2002).

Bei den Fällen beträchtlicher Marktmacht unterscheidet das TKG 2003 entsprechend den Vorgaben des EU-Rechtsrahmens zwischen drei unterschiedlichen Formen: beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens („single dominance“, § 35 Abs. 1 TKG 2003), gemeinsame beträchtliche Marktmacht von zwei oder mehreren Unternehmen („joint

dominance“, § 35 Abs. 3 TKG 2003) oder Übertragung beträchtlicher Marktmacht auf einen benachbarten Markt („leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

6.1. Beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens

Gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 *„[gilt] ein Unternehmen [] dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.“*

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („single dominance“), hat die Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ nachfolgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. den technologiebedingten Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. den Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren (Abs. 2 leg. cit.).

Die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 ist nicht erschöpfend (arg. „insbesondere“); Anhang II der Rahmen-RL hält explizit fest, dass die Liste der *„von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung nach Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 zu berücksichtigenden Kriterien“* „nicht erschöpfend“ ist und die Kriterien nicht kumulativ vorzuliegen haben.

Die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

6.2. Gemeinsame beträchtliche Marktmacht von zwei oder mehreren Unternehmen

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (§ 35 Abs. 3 TKG 2003).

Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („joint dominance“), sind von der Telekom-Control-Kommission „insbesondere“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 3 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht (*joint dominance*) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion (*tacit collusion*). Juristisch wird darunter das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Kommission nach Artikel 15 Rahmen-RL veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („*Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*“, in der Folge „*Leitlinien*“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.07.2002). Die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II der Rahmen-RL sowie in Z 97 der „*Leitlinien*“ aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung genannt: gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Markteintrittshemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

6.3. Übertragung beträchtlicher Marktmacht auf einen Nachbarmarkt

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu

übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken („Leveraging“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

7. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und zur Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu.

8. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Vorleistungsmarkt für Trunk-Segmente von Mietleitungen im Konkreten

Die obigen Feststellungen (vgl. Pkt. 3. des Sachverhalts) halten fest, welche Kriterien – aus ökonomischer Sicht – (eher) für oder gegen (alleinige oder kollektive) Marktbeherrschung (bzw. beträchtliche Marktmacht) sprechen.

In der Folge werden die einzelnen Kriterien untersucht und dargestellt, warum auf dem untersuchten Vorleistungsmarkt effektiver Wettbewerb herrscht:

8.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“

Im Kontext der Untersuchung alleiniger beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 „die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 – 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren.

Die Leitlinien halten dabei fest, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil (ab 25 %) eine beherrschende Stellung angenommen wurde, da Marktbeherrschung unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne hohen Marktanteil vorliegen kann. Die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes setzt die Schwelle bei 50 % an, ab der – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – das Vorliegen von Marktmacht als erwiesen gilt. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein marktmächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nicht aus.

Weiters ist der Marktanteil auch in Relation zu den Marktanteilen der anderen Marktteilnehmer zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen.

Hinzu kommt, dass die Marktanteile am Vorleistungsmarkt für Trunk-Segmente von Mietleitungen anhand einer Messung von zwei unterschiedlichen Parametern (Umsatz- bzw. Kapazitätsmarktanteile) bewertet wurden, da bei Umsatzmarktanteilen Eigenleistungen nicht

in die Berechnung mit eingehen, während bei Kapazitätsmarktanteilen weder Faktoren wie Länge oder genaue Lage der Leitung in die Marktanteilsberechnung eingehen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass für Mietleitungen mit x-facher Bandbreite idR nicht auch ein x-faches Entgelt anfällt, weshalb die Kapazitätsmarktanteile von Betreibern mit Schwerpunkt bei niederbitratigen Mietleitungen „wertmäßig“ unterschätzt, Marktanteile von Betreibern mit Schwerpunkt bei höherbitratigen Mietleitungen jedoch überschätzt werden, wodurch es unvermeidlich zu Verzerrungen kommt.

Bei Betrachtung der der Ermittlung von Umsatz- bzw. Kapazitätsmarktanteilen zu Grunde zu legenden Berechnungsbasis werden neben jenen Leistungen, die für Dritte erbracht werden, auch Eigenleistungen, die für die interne Erbringung von Endkundenmietleitungen verwendet werden, als Teil des Marktes angesehen. Grund hierfür ist, dass die Marktmacht eines hypothetischen Monopolisten auf der Vorleistungsebene auch durch solche Unternehmen eingeschränkt wird, die die betreffende Vorleistung auch oder ausschließlich intern bereitstellen. Da eine 5 - 10%ige Erhöhung der Preise am Vorleistungsmarkt im Allgemeinen auch zu einer Erhöhung der Preise am Endkundenmarkt führt, ist sie immer dann nicht profitabel, wenn hinreichend viele Kunden als Reaktion auf die Preiserhöhung zu vertikal integrierten Anbietern wechseln würden.

Insgesamt legt die Marktanteilsbetrachtung – trotz der relativ hohen Marktkonzentration – alleine nicht nahe, dass auf dem Markt für Trunk-Segmente ein oder mehrere Unternehmen über signifikante Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügen. Dies aus den folgenden Gründen:

- Kein Unternehmen hält 2005 mehr als 40% Marktanteil, sowohl in Umsätzen als auch in Kapazitäten gemessen (beim Kapazitätsmarktanteil liegen sogar alle Unternehmen deutlich unter 30%).
- Die Marktanteile der größten Unternehmen Telekom Austria und Tele2UTA verändern sich nur geringfügig (Umsatzmarktanteil) bzw. sinken (Kapazitätsmarktanteil).
- Neben den zwei größten Unternehmen Telekom Austria und Tele2UTA existiert mit Memorex ein weiteres großes Unternehmen, sowie zumindest vier weitere Unternehmen, die signifikante Marktanteile (in Kapazitäten gemessen) aufweisen.
- Die starken Marktanteilsschwankungen und -verschiebungen sowie der erfolgreiche Markteintritt der EVN lassen auf eine hohe Dynamik schließen, die sowohl der Ausübung von alleiniger als auch der Ausübung von gemeinsamer Marktmacht entgegenstehen würde. Aufgrund der anfangs angesprochenen Schwierigkeiten bei der Berechnung der Marktanteile ist im Weiteren dennoch besondere Beachtung auf andere Indikatoren, vor allem Marktzutrittsbarrieren und Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, zu legen.

8.2. Zum Indikator „Markteintrittsbarrieren“

Sowohl die Liste der Kriterien für alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) als auch die Kriterienliste für gemeinsame beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 4 Z 2 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator; zudem werden „Marktzutrittsschranken“ in Rz. 80 der Leitlinien angeführt.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zB ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.

Der Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl EuGH Rs 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg 1973, 215).

Aus ökonomischer Sicht ist die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer

Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist außer Kraft gesetzt, wenn potenziellen Einsteigern der Marktzutritt verwehrt ist. Je höher also Marktbarrieren sind (dh je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist potentiell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Existenz von langfristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzungen für die Abwesenheit effektiven Wettbewerbs zu interpretieren.

Die wesentlichsten Marktzutrittsbarrieren am Markt für Trunk-Segmente ergeben sich aus Skalenvorteilen (§ 35 Abs. 2 Z 8 TKG 2003, § 78 der SMP-Guidelines) in Verbindung mit versunkenen Kosten. Für die Verlegung von Leitungen sind massive Anfangsinvestitionen erforderlich, von welchen ein Teil (vor allem Grabungskosten) als versunken (dh irreversibel) betrachtet werden kann, sollte eine alternative Nutzung für andere Kommunikationsdienste nicht möglich/gewünscht sein. Da aber die Verbindungen zwischen großen Städten von einer Vielzahl von Betreibern für unterschiedliche Dienstleistungen (Daten, Sprachtelefonie, betriebliche Nutzung) bzw. als Backbone für unterschiedliche Destinationen verwendet werden können, ist es unwahrscheinlich, dass die Kosten für die Verlegung der Leitung zur Gänze irreversibel (also versunken) sind. Aufgrund der Präsenz mehrerer Betreiber ist auch das Kriterium der Skalenvorteile relativierend zu bewerten. Auch ein Markteintritt durch günstige Zukäufe von dark fibre bzw. Nutzung vorhandener Infrastruktur scheint nicht ausgeschlossen. Andere Zutrittsbarrieren wie nachfrageseitige Wechselkosten oder rechtlich bedingte Hindernisse (vor allem Leitungsrechte und Aufgrabungsverbote) existieren zwar, bleiben aber in ihrer Bedeutung hinter den Barrieren, die sich aus Skalenvorteilen und versunkenen Kosten ergeben, zurück. In Bezug auf Markteintrittsbarrieren, die sich aus dem Verhalten eines Unternehmens ergeben, ist vor allem die Bündelung von Trunk-Segmenten mit terminierenden Segmenten relevant. Unter Berücksichtigung der starken Stellung der Telekom Austria auf dem Markt für terminierende Segmente ist nicht auszuschließen, dass sich durch Bündelung (Anbieten von Trunk-Segmenten nur mit einem oder zwei terminierenden Segmenten) Vorteile der Telekom Austria gegenüber ihren Mitbewerbern auf dem Markt für Trunk-Segmente ergeben. Andererseits wird die Befürchtung des VAT, dass Telekom Austria mittels Bündelung die ihr auf dem Markt für terminierende Segmente auferlegte Kostenorientierungsverpflichtung unterlaufen könnte, von der Telekom-Control-Kommission angesichts der Wettbewerbssituation auf dem verfahrengegenständlichen Markt für Trunk-Segmente nicht geteilt. Die Gefahr, dass TA künftig für Trunk-Segmente Preise unterhalb ihrer Kosten verrechnen wird, sieht die Telekom-Control-Kommission als gering an. Eine derartige Strategie setzt voraus, dass einmal vom Markt verdrängte Unternehmen nicht sofort (bzw. in einem hinreichend kurzen Zeitraum) wieder in den Markt eintreten, sobald die Preise wieder steigen. Bezogen auf den Markt für Trunk-Segmente ist es sehr unwahrscheinlich, dass die eventuell von Kampfpreisen verdrängten Unternehmen und deren Kapazität endgültig vom Markt verschwinden. Vielmehr verwenden die am Markt tätigen Unternehmen ihre Netzwerke nur zum Teil für Mietleitungsdienste und sind teilweise auch noch in anderen Geschäftsfeldern tätig. Eine Verdrängung aus dem Markt für Trunk-Segmente würde also mit hoher Wahrscheinlichkeit weder zur Insolvenz eines Unternehmens führen, noch würden die vorhandenen Kapazitäten reduziert. Es ist daher wahrscheinlich, dass ein Wiedereintritt in den Markt nach eventuell erfolgter Verdrängung relativ leicht möglich ist. Die Gefahr eines Verdrängungswettbewerbes durch die TA ist deshalb als gering einzustufen, da es unwahrscheinlich ist, dass die TA die Verluste, die in der Verdrängungsperiode entstehen, durch zukünftige Gewinne kompensieren kann.

Zusammenfassend sind die Marktzutrittsbarrieren für neu in den Markt eintretende Unternehmen als eher hoch, jedenfalls aber – v.a. für Betreiber, die bereits über Infrastruktur wie Leerkapazitäten oder dark fibre verfügen – als nicht unüberwindlich einzustufen.

8.3. Zum Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“

§ 35 Abs. 2 Z 12 TKG 2003 erwähnt ebenso wie § 78 der SMP-Guidelines als weiteren Parameter zur Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht den Indikator „Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur“.

Eine Betrachtung der derzeitigen geografischen Präsenz der Betreiber zeigt, dass in 26 der 28 Trunk-Städte, nach denen der Markt abgegrenzt ist, zumindest zwei Betreiber mit eigener Mietleitungsinfrastruktur tätig sind und in 25 Städten zumindest drei. Lediglich zwei der Trunk-Städte können von nur einem Betreiber (Telekom Austria) erreicht werden. Dies sowie die Betrachtung der Mächtigkeit (Gesamtkapazität der Übertragungssysteme zwischen den Knoten einer Trunk-Stadt und den Knoten außerhalb dieser Trunk-Stadt) zeigt, dass kein Unternehmen am Markt für Trunk-Segmente über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur verfügt, wenn auch die Telekom Austria über das mit Abstand kapazitätsstärkste Netz und das Netz mit der größten Flächenabdeckung verfügt. Zum Argument des VAT, dass Telekom Austria als einziger Betreiber in zwei der 28 Trunk-Städte dort überhöhte Preise festsetzen und alternative Anbieter bei Ausschreibungen aus dem Markt drängen könnte, ist festzuhalten, dass ein Markteintritt in den Markt für Trunk-Segmente für bestehende Mietleitungsanbieter, die dzt. nicht auf dem Markt für Trunk-Segmente tätig sind, relativ leicht möglich wäre, wenn Netz und Vertriebssystem schon vorhanden sind. Zudem zeigt der durch die Sachverhaltsfeststellungen (vgl. Pkt. 3.3.) belegte Rückgang der Anzahl der ausschließlich durch Telekom Austria versorgten Trunk-Städte von fünf auf zwei innerhalb der letzten zwei Jahre, dass eine Erschließung auch dieser letzten zwei Städte (deren Bedeutung auf dem Gesamtmarkt sehr gering ist) durch andere Betreiber in Zukunft nicht ausgeschlossen erscheint (insb. da in beiden Städten zumindest ein alternativer Betreiber mit eigener Infrastruktur in unmittelbarer Nähe ist).

8.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Gegenmacht“

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen (§ 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003) und gemeinsamen (§ 35 Abs. 4 Z 3 TKG 2003) marktbeherrschenden Stellung angeführt. Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003, da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Da auf dem überwiegenden Anteil der Strecken am Markt für Trunk-Segmente mehrere Anbieter existieren, kann davon ausgegangen werden, dass die Vorleistungskunden durch das Einholen und Vergleichen verschiedener Angebote Verhandlungsmacht gegenüber den Anbietern ausüben können.

8.5. Zum Indikator „Produktdifferenzierung“

Das „Ausmaß der Produktdifferenzierung“ wird im TKG 2003 als ein Indikator für das Vorliegen einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht genannt (§ 35 Abs. 2 Z 10 TKG 2003). Darüber hinaus findet sich dieses Kriterium auch in den Leitlinien (Rz. 78) der Europäischen Kommission.

Bei diesem Kriterium stellt sich die Frage, ob einzelne Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Mitbewerbern daraus gewinnen können, dass sie eine Vielzahl differenzierter Waren anbieten, die ihnen entsprechende Preissetzungsspielräume einräumen bzw. Mitbewerbern kein Anbieten vergleichbarer Produkte ermöglichen.

Da Mietleitungen auf standardisierten, allgemein verfügbaren Technologien basieren, sind sie grundsätzlich aus ökonomischer Sicht als homogenes Produkt zu bewerten. Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich allenfalls durch die Breite der Angebotspalette (zB Geografie, Bandbreite) bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten (zB

Kombinationen aus Trunk- und terminierenden Segmenten). Hier dürfte die Telekom Austria aufgrund ihrer geografischen Präsenz bzw. aufgrund ihrer Bündelungsmöglichkeiten gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil sein.

8.6. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren wie zB Performance-Maße, Preispolitik und Preisentwicklung (§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003), Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z 7 TKG 2003, § 78 der SMP-Guidelines) oder der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003, § 78 der SMP-Guidelines) sowie das Ausmaß vertikaler Integration (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003, § 78 der SMP-Guidelines) sind am Markt für Trunk-Segmente kaum relevant:

8.6.1. Performance-Maße

Ein Indikator, der unmittelbar auf den Zusammenhang zwischen Preisen und Kosten abstellt, sind Performance-Maße in Form so genannter Price-Cost-Margins auf Ebene des zu untersuchenden Marktes (in einem Markt mit funktionsfähigem Wettbewerb ist keines der Unternehmen längerfristig in der Lage, Preise signifikant über die Kosten zu heben und damit Übergewinne zu erwirtschaften). Da die zur Ermittlung der Price-Cost-Margins erforderlichen Informationen nicht verfügbar waren, war die Vornahme entsprechender Berechnungen nicht möglich.

8.6.2. Preispolitik und Preisentwicklung

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage, – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben. Ebenfalls nicht im Einklang mit Wettbewerb ist abgestimmtes Preisverhalten in Form gemeinsamer Preiserhöhungen.

Indessen konnte eine Analyse der Preisentwicklung nicht vorgenommen werden, da einerseits für die Betreiber keine Entgelte vorliegen und andererseits gerade bei Trunk-Segmenten höherbitratige Mietleitungen in Form von Projektgeschäften verkauft werden, weshalb die Preisbildung gerade auf diesem Markt überaus intransparent erfolgt und systematische Aussagen zum Preissetzungsverhalten einzelner Marktteilnehmer unmöglich macht.

8.6.3. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z 7 TKG 2003)

Da es sich beim Markt für Trunk-Segmente um einen Vorleistungsmarkt handelt, ist zum Vertrieb der Produkte keine besonders aufwändige Verkaufs- oder Vertriebsorganisation (wie zB ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

8.6.4. Technologiebedingter Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003)

Da sowohl Übertragungsmedien wie Übertragungstechnologien standardisiert und allgemein zugänglich sind, verfügt kein Unternehmen über einen relevanten technologiebedingten Vorsprung.

8.6.5. Ausmaß der vertikalen Integration (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003)

Die Bedeutung der vertikalen Integration (im vorliegenden Fall zwischen dem Markt für Trunk-Segmente und dem Mietleitungs-Endkundenmarkt) ist vor allem für die Beurteilung von Marktmacht am Endkundenmarkt relevant.

9. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

9.1. Zur Frage des Vorliegens alleiniger beträchtlicher Marktmacht

Insgesamt deuten die betrachteten Indikatoren darauf hin, dass am Markt für Trunk-Segmente kein Unternehmen über ein signifikantes Ausmaß an ökonomischer Marktmacht verfügt. Aus der Betrachtung der vorhandenen Infrastruktur wird ersichtlich, dass selbst die großen Betreiber auf fast allen Strecken der Konkurrenz durch zumindest einen, meist aber mehrere andere Anbieter mit eigener Infrastruktur ausgesetzt sind. Dies spiegelt sich auch in den Marktanteilen bzw. der Marktanteilsentwicklung wieder. Seit der letzten Untersuchung in den Jahren 2003/2004 dürfte die Wettbewerbsintensität am Markt durch eine verstärkte Präsenz „kleinerer“ Anbieter in den Trunk-Städten und dichtere Vermaschung sogar noch zugenommen haben, was sich zB in sinkenden Kapazitätsmarktanteilen von Telekom Austria und Tele2UTA niederschlägt. Zwar sind die Marktzutrittsbarrieren für Unternehmen, die mit eigener Infrastruktur neu in den Markt einsteigen wollen, relativ hoch, jedoch ist die Anzahl der bereits am Markt tätigen Unternehmen sowie ihre geografische Präsenz und die Kapazität ihrer Netze ausreichend, um selbsttragenden (infrastrukturbasierten) Wettbewerb sicherzustellen.

9.2. Zur Frage des Vorliegens gemeinsamer beträchtlicher Marktmacht

Auch das Vorliegen von Marktmacht, die von mehreren Unternehmen gemeinsam ausgeübt wird (joint dominance), kann am Markt für Trunk-Segmente ausgeschlossen werden. Darauf deuten die starken Marktanteilsschwankungen sowie die Marktanteilsverschiebungen zwischen den größten am Markt tätigen Unternehmen hin. Weiters existieren neben den drei großen Unternehmen weitere Betreiber mit eigener Mietleitungsinfrastruktur, die in den letzten Jahren Marktanteile gewinnen konnten und die potentiell über ausreichend Kapazitäten verfügen, um im Falle einer Preiserhöhung ihr Angebot ausweiten zu können. Schließlich ist auch die Transparenz (Beobachtbarkeit von Wettbewerbsparametern wie Preis, Menge und Qualität) sehr gering, da es sich üblicherweise um auf den Kunden zugeschnittene Lösungen bzw. Angebote handelt, die darüber hinaus häufig gemeinsam mit anderen Leistungen gebündelt werden (Projektgeschäfte).

9.3. Ergebnis

Auf dem Markt für Trunk-Segmente von Mietleitungen herrscht somit effektiver Wettbewerb, da kein Unternehmen über ein signifikantes Ausmaß an Marktmacht verfügt. Insbesondere ist davon auszugehen, dass kein Betreiber auf den Verbindungen zwischen den Trunk-Städten langfristig ohne Marktanteilsverluste die Preise über die Kosten anheben kann und dass die Anzahl der bereits am Markt tätigen Unternehmen sowie ihre geografische Präsenz und Netzkapazitäten ein ausreichendes Maß an Wettbewerb sicherstellen.

Auch die eingelangten Stellungnahmen vermögen an diesen Feststellungen keine Zweifel entstehen zu lassen; schließlich ergab auch die Überprüfung durch die Europäische Kommission keine Bedenken.

Da gemäß § 37 Abs. 3 iVm § 117 Z 6 TKG 2003 festgestellt wird, dass auf dem Vorleistungsmarktmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z 11 TKMVO 2003 gegenwärtig effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 35 TKG 2003 verfügt, war das Verfahren einzustellen.

10. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen („Konsultation“). Nach § 129 TKG 2003 sind Entwürfe von Vollziehungshandlungen gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden und die Marktanalyse betreffen (§ 129 Abs. 1 Z 2 TKG 2003), gleichzeitig der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen („Koordination“).

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit der vorliegenden Vollziehungshandlung implizit vorgenommene Feststellung, dass auf dem Vorleistungsmarkt für „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ effektiver Wettbewerb herrscht, kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt und daher keinem Unternehmen spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 auferlegt werden dürfen, „beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt“ iSd § 128 TKG 2003 haben könnte.

Der vorliegende Beschluss stellt eine Vollziehungshandlung iSd §§ 128, 129 TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen war.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 4.09.2006

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann