

M 11/03-27

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Martin Hagleitner und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 7.06.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens einstimmig folgenden

Beschluss

gefasst:

Gemäß § 37 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 wird das Verfahren M 11/03 betreffend den Vorleistungsmarkt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ gemäß § 1 Z 11 der 1. 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, „TKMVO 2003“), eingestellt.

Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zur GZ M 11/03 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden MMag. Bettina Bauer, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer 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 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren. In der Sitzung am 15.3.2004 beschloss die Telekom-Control-Kommission, Dr. Wilhelm Schramm als technischen Gutachter zwecks Mitwirkung an dem og. Gutachten als Amtssachverständigen gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu bestellen.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2003 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und diese den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen auftragsgemäß das wirtschaftliche Gutachten an die Telekom-Control-Kommission übermittelt.

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 bis einschließlich 2 Mbit/s, alle Endkundenmietleitungen mit einer Bandbreite von $n \times 64$ kbit/s sowie unbeschaltete Kupferdoppeladern (nicht Entbündelung) 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, als Substitute gelten unbeschaltete Kupferdoppeladern zwischen Netzabschlusspunkten (nicht Entbündelung) bei terminierenden Segmenten und unbeschaltete Glasfasern auf beiden Märkten. Diese Substitute sind daher Teil der jeweiligen Märkte.

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene 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, die für die Nutzung durch andere Kommunikationsnetz- bzw. -dienstebetreiber bereitgestellt werden, und die Trunk-Segment-Übergabepunkte in jenen 28 österreichischen Städten verbinden, in denen die Telekom Austria ihre Netzübergabepunkte (Points of Interconnection) für das Telefonnetz realisiert hat.

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 diesem Markt sind weiters unbeschaltete Glasfaserleitungen, die von Kommunikationsnetz- und -dienstebetreibern verkauft, vermietet bzw. erbracht worden sind, enthalten.

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

Dieser Markt enthält nicht Verbindungen mit nutzerseitigen X.25-, ATM-, IP- und Frame-Relay-Schnittstellen an den Netzabschlusspunkten“.

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

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: 11 Betreiber erwirtschafteten 2002 einen Umsatz von EUR 46 Mio., und 12 Unternehmen erzielten von Januar bis September 2003 einen Umsatz von EUR 30 Mio., die Anteile unbeschalteter Glasfasern betragen 15% bzw. 18%. Von den im Dezember 2002 vermieteten 29.000 Mietleitungen auf Vorleistungsebene hatten 2.200 Mietleitungen ein Trunk-Segment, welche zusammen einer Kapazität von 255.000 64 kbit/s-Äquivalenten entsprechen; im September 2003 sind 2.400 Trunk-Segmente mit einer Bandbreite von 315.000 64 kbit/s-Äquivalenten vermietet worden. 130 (für 12/2002) bzw. 160 (für 09/2003) unbeschaltete Glasfaserpaare wurden vermietet.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden die wesentlichsten Erkenntnisse des wirtschaftlichen Gutachtens zum Markt „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ vom Mai 2004 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 dieses Indikators 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).

Ein hoher Anteil alleine muss noch keine marktbeherrschende Stellung bedeuten; wesentlich bei der Beurteilung ist auch die Entwicklung der Marktanteile: So ist es zum Beispiel wichtig, den Marktanteil eines Unternehmens nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern auch die Veränderung des Marktanteils im Zeitverlauf zu betrachten. Ist der Marktanteil hoch und über längere Zeit stabil (oder sogar steigend), so kann eher die Existenz von Marktmacht angenommen werden, als wenn der Marktanteil sinkt oder beträchtlichen Schwankungen unterworfen ist. Weiters ist der Marktanteil auch in Relation zu den Marktanteilen der Mitbewerber zu setzen. Hat das betroffene Unternehmen einen wesentlich höheren Marktanteil als selbst der größte seiner Konkurrenten, so ist das Vorliegen einer individuellen marktbeherrschenden Stellung wahrscheinlicher als in Fällen, in denen mehrere Unternehmen über hohe Marktanteile verfügen. Selbstverständlich sind – um ein umfassendes Bild zu erhalten – selbst bei sehr hohen Marktanteilen noch andere Indikatoren zu prüfen; insbesondere ist zu untersuchen, auf welchen ursächlichen Faktoren der hohe Marktanteil beruht. In diesem Fall sollte jedenfalls geprüft werden, ob dieses Unternehmen auch in der Lage ist, sich dem Wettbewerb zu entziehen und beispielsweise signifikant höhere Preise verrechnen kann als seine Mitbewerber, ohne dass es Marktanteile verliert.

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.

Anhand von Umsätzen und Kapazitäten (gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten) lassen sich jedoch jeweils nur Teilmengen des relevanten Marktes darstellen. Mit der Anzahl an Leitungen ließe sich zwar der gesamte Markt abbilden, eine solche Bewertung würde aber nicht 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 „TA“) und UTA Telekom AG (kurz „UTA“) - die Aufteilung von Umsätzen und Kapazitäten auf die Märkte für Trunk-Segmente und terminierende Segmente nur nach Schätzungen vornehmen konnten, da gegenwärtig keine

Produkte entsprechend der Marktabgrenzung angeboten werden, weshalb die ermittelten Marktanteile letztlich wesentlich von der Genauigkeit dieser Schätzungen abhängig sind.

Die Betrachtung der Marktanteile in Umsätzen sowie in Kapazitäten gemessen ergab, dass die UTA mit über 40% (Umsätze) bzw. über 50% (Kapazitäten in 64 kbit/s-Äquivalenten) das nach diesem Maß größte Unternehmen am Markt ist. Neben der UTA gibt es jedoch mit der TA und der Memorex zwei weitere Unternehmen, die über hohe Marktanteile verfügen (TA: <30% bzw. <25%, Memorex: <20% bzw. <15%). Die Kapazitätsangaben überschätzen jedoch den tatsächlichen Marktanteil jener Unternehmen, die nur Mietleitungen anbieten – z.B. UTA und TA –, da unbeschaltete Glasfasern, die im Durchschnitt 16% des Umsatzes ausmachen, nicht in den Kapazitätsangaben enthalten sind. Die Marktanteilsentwicklung im Zeitraum Q1/02-Q3/03 zeigt, dass der Marktanteil der UTA in Kapazitäten gemessen einen deutlichen Trend nach unten aufweist, während der Umsatzmarktanteil nur leicht abnimmt. Insgesamt sind die Marktanteile von TA, UTA und Memorex im Betrachtungszeitraum starken Schwankungen (zwischen 5% und 15%) unterworfen. Der Kapazitätsmarktanteilszuwachs der TA im 3. Quartal 2003 ist auf Projektgeschäfte zurückzuführen. Der entsprechende Umsatz wurde erst später generiert, weshalb anzunehmen ist, dass in der Folge auch der Umsatzmarktanteil der TA zu Lasten der anderen Unternehmen ansteigen wird, wodurch auch jener der UTA zurückgehen wird.

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 (d.h. 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 Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABI L 114/45 v. 8.05.2003) unterscheidet die Europäische Kommission zwischen 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“ bzw. Wechselbarrieren

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.

Versunkene Kosten am Markt für Trunk-Segmente ergeben sich vor allem aus den Kosten für das Verlegen der Leitungen (z. B. 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 (d.h. unter Ausnützung der Skalenvorteile) produzieren kann, noch so klein, dass eine große Anzahl von Unternehmen (z.B. mehr als 20) gleichzeitig effizient produzieren könnte. So zeigt sich, dass auf Verbindungen zwischen den größten Städten bis zu sechs Betreiber über eigene Infrastruktur verfügen. Auf Verbindungen zu oder zwischen kleinen Städten sind allerdings oft nur ein oder zwei Betreiber tätig.

Versunken sind die Kosten für das Verlegen der Leitungen in dem Ausmaß, als die Leitungen nicht für andere Zwecke als dem 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.

Eine weitere, vorwiegend strukturell bedingte 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, 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.

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 können 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 ungeachtet der Bestimmungen des TKG 2003 zu Leitungsrechten.

3.2.4. Verhaltensbasierte Markteintrittsbarrieren: Bündelung

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 verkauft werden, so zeigt sich, dass alle Betreiber (mit der Ausnahme von einem Unternehmen, das nur am Trunk-Markt tätig ist) Trunk-Segmente beinahe ausschließlich gemeinsam mit entweder einem oder zwei terminierenden Segment(en) anbieten. Die TA verkauft Trunk-Segmente – entsprechend ihren Angaben – sogar ausschließlich mit zwei terminierenden Segmenten. Unter Berücksichtigung der auf die überragende Stellung im Anschlussnetzbereich zurückzuführenden starken Stellung der TA auf dem Markt für terminierende Segmente ist nicht auszuschließen, dass sich daraus Vorteile der TA 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 TA 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 angeboten werden können. Die Möglichkeit der Marktmachtübertragung mittels Bündelung kann also nicht vollkommen ausgeschlossen werden.

Bei der Beurteilung der Relevanz der vorstehend angeführten Arten von Markteintrittsbarrieren sind schließlich auch dynamische Aspekte wie z.B. 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 großteils 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.

In den 28 Trunk-Städten sind insgesamt sechs Unternehmen mit eigener Mietleitungsinfrastruktur (eigenen Übertragungstechnischen Netzknoten, die für sämtliche Kommunikationsnutzungen, die der Betreiber durchführt, verwendet werden, nicht nur für Mietleitungen) tätig; dies sind auch jene Unternehmen, die den Großteil (mehr als 90% sowohl nach Umsatz als auch nach Kapazitäten) der Marktanteile am Markt für Trunk-Segmente halten. Der Anteil der reinen Wiederverkäufer (Reseller) ist dementsprechend gering. Unbeschaltete Glasfaser ist nicht berücksichtigt.

In 23 der 28 Städte sind zumindest zwei Betreiber mit Mietleitungsinfrastruktur präsent. Entlang den beiden Haupttrouten, der „West-Route“ (Wien-St. Pölten-Linz-Salzburg-Innsbruck) und der „Süd-Route“ (Wien-Graz-Klagenfurt-Villach), sind jeweils zumindest fünf Betreiber vertreten. Lediglich fünf der Trunk-Städte können von nur einem Betreiber erreicht werden.

Weiters zeigt sich, dass die TA mit ihrer Präsenz in den 28 Trunk-Städten über das Netz mit der größten Flächendeckung verfügt. UTA hat, gemessen an der Flächendeckung, das drittgrößte Netz. Da die 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 z.B. Sprachtelefonie oder Daten) zeigt sich, dass die TA 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 die UTA. Die Kapazitäten der anderen Betreiber sind – vor allem abseits der Haupttrouten – eher gering. Unbeschaltete Glasfaser ist nicht enthalten, was wiederum vor allem dazu führt, dass die Anteile von Memorex unterrepräsentiert sind.

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. Wettbewerber, die ebenfalls über flächendeckende Netze verfügen, aber kaum Marktanteile am Markt für Trunk-Segmente halten, sind aber dennoch als relevante Marktteilnehmer zu berücksichtigen, da, so die Infrastruktur vorhanden ist und Skalenvorteile und versunkene Kosten nicht mehr als Marktzutrittsbarrieren wirken, kurz- bis mittelfristig (zumindest innerhalb eines Jahres) 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 Städten erwartet werden kann, in denen zur Zeit nur die TA präsent ist. Da diese Markteintrittsbarrieren 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 die TA den Preis über das Wettbewerbsniveau anhebt. Da die Eigentümer von ÖBBTel und UTA – ÖBB bzw. die acht Landesenergieversorgungsgesellschaften in den Bundesländern Wien, Oberösterreich, Niederösterreich, Kärnten, Steiermark, Burgenland, Vorarlberg, Tirol – jeweils über eigene Netzwerke verfügen (größtenteils jedoch nicht als Anbieter am Mietleistungsmarkt auftreten), ist es wahrscheinlich, dass ÖBBTel und UTA zusätzlich zu den angegebenen Verbindungen kurz- bis mittelfristig auch noch andere Verbindungen anbieten können. Da diese Infrastruktur bereits existiert, werden hier die Marktzutrittsbarrieren aufgrund von Skalenvorteilen und versunkenen Kosten nicht wirksam.

Insgesamt zeigt sich also, dass das Unternehmen mit dem größten Marktanteil, die UTA, in keiner Weise über Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur i.S.d. § 35 Abs. 1 Z 12 TKG 2003 verfügt, sondern vielmehr auf allen Strecken, wo die UTA mit Infrastruktur vertreten ist, zumindest noch ein weiterer relevanter Betreiber existiert, in den meisten Fällen sogar noch mehr. Das Unternehmen mit der Infrastruktur mit der größten Flächenabdeckung ist vielmehr die TA, die in 5 der 28 Trunk-Städte (welche allerdings zu den kleinsten gehören) zur Zeit sogar der einzige Betreiber ist.

3.4. Nachfrageseitige Gegenmacht

Verfügt ein Unternehmen aufgrund mangelnden Wettbewerbsdrucks potentiell über Marktmacht, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Marktmacht gegenüber den Nachfragern (z.B. 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, wenn ein Wechsel zu anderen Betreibern möglich und mit geringen Wechselkosten verbunden ist oder die entsprechende Vorleistung leicht selber erbracht werden kann bzw. wenn der Kunde für einen Großteil der Umsätze des Unternehmens verantwortlich zeichnet.

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 Verhandlungsmacht gegenüber den Anbietern ausüben können; dies ist am Markt für Trunk-Segmente in den meisten Fällen möglich. Einschränkend ist lediglich anzumerken, dass TA aufgrund ihrer derzeitigen Verpflichtung bei Endkundenmietleitungen bei günstigeren Angeboten der Konkurrenten nicht beliebig mitbieten kann.

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 TA eindeutig das Unternehmen mit der größten Netzabdeckung und den größten Kapazitäten zwischen den 28 Trunk-Städten. Ein anderer Wettbewerber mit ähnlicher Netzabdeckung ist zur Zeit kaum am Markt aktiv. An dritter Stelle folgt das Netz der UTA. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die TA gegenüber manchen Kunden bzw. auf bestimmten Destinationen aufgrund ihrer Netzabdeckung über ein gewisses Ausmaß an Marktmacht verfügt. Da Mietleitungen auf allgemein zugänglichen Technologien basieren (der PDH- und der SDH-Technik), deren Bitraten standardisiert sind, ist die Differenzierung der Übertragungskapazitäten durch diese Bitraten vorgegeben, wobei nicht jeder Anbieter alle Kapazitäten auch tatsächlich anbietet oder verkauft. So ist z.B. die UTA gegenwärtig das einzige Unternehmen, das auf dem Markt für „Trunk-Segmente von Mietleitungen“ Mietleitungen mit einer Bandbreite von größer als 155 Mbit/s vermietet.

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

Eine starke Differenzierung der Betreiber hinsichtlich ihrer Dienstqualität ist anhand der erhobenen Daten nicht festzustellen.

3.6. Entgelte

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

Um diesbezüglich Aussagen hinsichtlich der beiden größten Betreiber treffen zu können, wurden auf Grund der aus den Entgeltbestimmungen der TA gewonnenen Entgeltinformationen ausgehend vom Preis auf Basis der Tarifgenehmigung für eine Endkundenmietleitung mit 103 km Länge (auf Basis der im Jahr 2001 genehmigten Tarife) abzüglich der dem terminierenden Segment der Mietleitung zuzurechnenden Entgeltanteile für die ersten drei Kilometer sowie der Sockelbeträge fiktive Preise bei Trunk-Segmenten von Mietleitungen für die Bandbreiten 64 kbit/s, 2 Mbit/s, 34 Mbit/s und 155 Mbit/s errechnet.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass TA als ein auf Grund von § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 33 TKG 1997 auf dem Markt für die Erbringung des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Netzes als marktbeherrschend festgestelltes

Unternehmen für die von ihr auf diesem Markt angebotenen Leistungen einer Verpflichtung zur ex-ante Preisgenehmigung unterliegt, die es ihr nicht erlaubt, sofort auf Veränderungen zu reagieren.

Da die UTA trotz mehrfacher Aufforderung keine Tarifblätter vorlegte (mit der Begründung, dass alle ihre Transaktionen Projektgeschäfte sind und daher die Preise individuell berechnet werden), konnten in Bezug auf ihre Preispolitik keine Feststellungen getroffen werden.

Insgesamt sind die fiktiv betrachteten Entgelte der TA für Trunk-Segmente von Mietleitungen in den höheren Bandbreiten seit 1999 gesunken. Bei 64 kbit/s und 2 Mbit/s kam es 2001 in den beobachteten Längen zu einer Verteuerung, welche auf höhere Preise je Kilometer zurückzuführen ist.

Insgesamt kam es 2003 im Mietleistungssektor zu einem Preisrückgang, der auch den Markt für Trunk-Segmente betrifft.

3.7. Sonstige Indikatoren

3.7.1. 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. Meist sind allerdings die zur Berechnung erforderlichen Informationen über Preise und Kosten nicht in dieser Granularität 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. Damit sind Price-Cost-Margins – so wertvoll sie aus theoretischer Sicht sein mögen – in der Praxis (so auch hier) kaum anwendbar. Eine Vornahme entsprechender Berechnungen war daher nicht möglich.

3.7.2. 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 z.B. ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch vermutlich keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

3.7.3. 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 MMag. Dr. Bauer, Dr. Lukanowicz, Mag. Neubauer, Dr. Schramm und Dr. Schwarz vom Mai 2003 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 10-12/03“).

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Im Gegensatz zum bisherigen Regelwerk des TKG 1997 bzw. der ONP-Richtlinien hat der neue Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste – das Telekommunikationsgesetz 2003 – einen differenzierteren 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 neuen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die TKMVO 2003 erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte abgegrenzt hat.

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 potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

2. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das Marktanalyseverfahren. Gemäß § 37 Abs. 1 TKG 2003 führt die Telekom-Control-Kommission (§ 117 Abs. 6 TKG 2003) 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. Primäres Ziel dieses Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen.

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 Abs. 2 leg. cit. 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.

3. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

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. der technologiebedingte 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. der 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.).

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 (Abs. 3 leg. cit.).

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.

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).

§ 35 TKG 2003 deckt sich weitgehend mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („Rahmen-RL“, ABI L 108 vom 24.04.2002) fest, dass ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, „wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“.

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 11.7.2002). 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.

Die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 ist nicht erschöpfend (arg. „insbesondere“); Anhang II der Rahmenrichtlinie 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 Erläuterung 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“.

Der nationale wie auch der europäische 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 neuen 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).

4. 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.

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

Zur Stärkung der Zusammenarbeit und der Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, um die Entwicklung des Binnenmarktes für diesen Bereich zu fördern sowie um eine konsistente Anwendung der Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zu erreichen, normiert die RL 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“) in ihren Artikeln 6 und 7 zwei Verfahren zur „Konsultation und Transparenz“ sowie zur „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“.

Das TKG 2003 setzt diese Verfahren zur Harmonisierung von Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden in den §§ 128 und 129 TKG 2003 um:

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 – betitelt mit „Konsultationsverfahren“ – 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. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 TKG 2003 nicht anderes bestimmt. § 125 Abs. 2 TKG 2003. folgend sind allfällige verfahrensrechtliche Fristen während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt. Betrifft der Entwurf eine individuelle Vollziehungsmaßnahme, die auf Antrag einer Partei in Aussicht genommen ist, ist während der für die Stellungnahme gewährten Frist ausschließlich eine Zurückziehung des Antrages zulässig. In diesem Fall ist das Verfahren einzustellen und der diesbezügliche Beschluss zu veröffentlichen (§ 128 Abs. 3 TKG 2003).

Darüber hinaus normiert § 129 TKG 2003 das „Koordinationsverfahren“: Betrifft der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird wie etwa die Marktdefinition, eine Marktanalyse oder die Zusammenschaltung (§ 129 Abs. 1 TKG 2003), ist der Entwurf gleichzeitig mit einer Begründung der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen und die Europäische Kommission sowie die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft davon zu unterrichten.

Ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde ist als individuelle Vollziehungshandlung anzusehen und unterliegt sohin grundsätzlich den vorgenannten Verfahren.

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, sohin 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 hat.

Dieser „betreffende Markt“ ist primär der Vorleistungsmarkt für „Trunk-Segmente von Mietleitungen“. So ist davon auszugehen, dass die Auswirkungen auf diesem Vorleistungsmarkt vorzuliegen haben. Die beschlussmäßige Einstellung des gegenständlichen Feststellungsverfahrens basierend auf der aus den Ermittlungsergebnissen gezogenen Schlussfolgerung, dass effektiver Wettbewerb gegeben ist, dass kein Unternehmen über eine beträchtliche Marktmacht verfügt und keine sektorspezifischen ex-ante-Verpflichtungen auf diesem Markt aufzuerlegen sind, hat unzweifelhaft beträchtliche Auswirkungen: so werden etwa Entgelte für Trunk-Segmente von Mietleitungen keiner besonderen Verpflichtung - wie etwa in § 42 TKG 2003 („Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang“) potentiell vorgesehen - unterworfen sein. In diesem Zusammenhang verkennt die Telekom-Control-Kommission auch nicht, dass die implizite Feststellung effektiven Wettbewerbs auf diesem Markt auf Grund der grundsätzlich gegebenen Interdependenzen von Märkten auch auf anderen Märkten (wie etwa auf dem Endkundenmarkt für Mietleitungen bis 2 Mbit/s oder auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierende Segmente von Mietleitungen“) beträchtliche Auswirkungen haben kann.

Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, dass die vorliegende Vollziehungshandlung auch „Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten [iSd § 129 TKG 2003] haben wird“. Erwägungsgrund 38 der RL 2002/21/EG hält fest, was unter Maßnahmen zu verstehen ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Demnach sind dies Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar bzw. tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird. Sie umfassen Maßnahmen, die

erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben, wozu unter anderem gehören: Maßnahmen, die die Preise für die Nutzer in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen, Maßnahmen, die die Möglichkeiten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens beeinträchtigen, einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten, insbesondere Maßnahmen, die die Möglichkeit beeinträchtigen, Dienste auf länderübergreifender Basis anzubieten, sowie Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen.

Die zur Interpretation von Richtlinien heranzuziehenden Erwägungsgründe – diesfalls Erwägungsgrund 38 – zeigen, dass die jeweilige Maßnahme bzw. Vollziehungshandlung nicht unmittelbar und tatsächlich einen Einfluss auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben muss, damit sie dem Verfahren gemäß Art. 7 Rahmen-RL bzw. § 129 TKG 2003 unterworfen werden muss, sondern dass ein mittelbarer und auch potentieller Einfluss ausreicht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs auf dem verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt nicht auch Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben wird.

Im Ergebnis stellt die vorliegende Feststellung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 eine Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 dar, die daher den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen ist.

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

Die obigen Feststellungen 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:

6.1. 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 mit einer einzigen Bezugsgröße nicht adäquat dargestellt werden und daher nur anhand einer Messung von zwei unterschiedlichen Parametern (Umsatz- bzw. Kapazitätsmarktanteile) bewertet werden können, da bei Umsatzmarktanteilen Eigenleistungen nicht mit eingehen, während bei Kapazitätsmarktanteilen unbeschaltete Glasfasern nicht berücksichtigt werden können, 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.

Der festgestellte Marktanteil der UTA sowohl bei Umsätzen von mehr als 40%, bzw. auch bei Kapazitäten (gemessen in 64 kbit/s-Äquivalenten) sogar von mehr als 50%, legt zwar nach gängiger Auffassung die Vermutung von Marktmacht nahe; dies ist im vorliegenden Fall aber aus mehreren Gründen zu relativieren:

- Neben der UTA existieren mit TA und Memorex zwei weitere große Betreiber, die höhere Marktanteile haben und so potentiell starken Konkurrenzdruck auf die UTA ausüben können.
- Die Marktanteile der größten Betreiber sind im Zeitverlauf relativ starken Schwankungen unterworfen. Solche Schwankungen sind Zeichen für Mobilität und Wechselbereitschaft der Kunden, welche die Marktmacht der Unternehmen potenziell einschränken.
- Der Marktanteil der UTA in 64 kbit/s-Äquivalenten gemessen ist im Betrachtungszeitraum um ca. 15% gefallen und zeigt beinahe über die gesamte Periode einen deutlichen Trend nach unten. Auch bei den Umsätzen musste die UTA Marktanteilsverluste hinnehmen, wenn auch der Trend hier nicht eindeutig ist. Für die Zeit nach dem dritten Quartal 2003 ist zu erwarten, dass der Anteil der UTA sinken wird.
- Weder Umsätze noch 64 kbit/s-Äquivalente umfassen den gesamten relevanten Markt. So bleiben bei Umsätzen Eigenleistungen und bei 64 kbit/s-Äquivalenten unbeschaltete Glasfasern unberücksichtigt. Während die Verzerrungen im ersten Fall noch relativ klein sind (UTA und TA sind in ähnlichem Ausmaß betroffen), kann davon ausgegangen werden, dass im zweiten Fall der Marktanteil der Memorex signifikant unterschätzt und daher der Anteil der anderen Unternehmen überschätzt wird.

- Nicht zuletzt wird auf die Probleme der Betreiber bei der Aufteilung der Umsätze und Kapazitäten auf die Märkte für Trunk-Segmente und terminierende Segmente hingewiesen.

Obwohl der hohe Marktanteil der UTA also die Existenz von Marktmacht vermuten ließe, deutet die Marktanteilsverteilung (mehrere große Unternehmen) sowie die Marktanteilsentwicklung (Marktanteilsverluste der UTA und generell starke Schwankungen) nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission eher darauf hin, dass kein Unternehmen über Marktmacht im ökonomischen Sinne verfügt, weshalb bei der Beurteilung der Situation auf dem Markt für Trunk-Segmente von Mietleitungen eine verstärkte Berücksichtigung auch der anderen Indikatoren erforderlich ist.

6.2. 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 z. B. 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 (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potenziell 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 (d.h. 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 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. Betreffend 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 TA 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 TA gegenüber ihren Mitbewerbern auf dem Markt für Trunk-Segmente ergeben. Zusammenfassend sind die Marktzutrittsbarrieren – gegeben die derzeit vorhandene Infrastruktur – für neu in den Markt eintretende Unternehmen als eher hoch einzustufen.

6.3. 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 geographischen Präsenz der Betreiber zeigt, dass in 23 der 28 Trunk-Städte, nach denen der Markt abgegrenzt ist, zumindest zwei Betreiber mit eigener Mietleitungsinfrastruktur tätig sind. Der einzige Betreiber, der in allen Trunk-Städten präsent ist, ist die TA. 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 TA über das mit Abstand kapazitätsstärkste wie auch Netz mit der größten Flächenabdeckung verfügt.

6.4. 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 Kunden durch das Einholen und Vergleichen verschiedener Angebote Verhandlungsmacht gegenüber den Anbietern ausüben können.

Einschränkend ist hier anzumerken, dass die TA aufgrund ihrer derzeitigen Verpflichtung, den genehmigten Preis für die von ihr angebotenen Endkunden-Mietleitungen nicht zu unterschreiten, bei günstigeren Angeboten der Konkurrenten nicht beliebig mitbieten kann.

6.5. 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 (z.B. Geografie, Bandbreite) bzw. durch das Anbieten von Bündelprodukten (z.B. Kombinationen aus Trunk- und terminierenden Segmenten) sowie über Qualitätsparameter.

Bezüglich der ersten beiden Aspekte dürfte die TA aufgrund ihrer geographischen Präsenz bzw. aufgrund ihrer Bündelungsmöglichkeiten gegenüber ihren Mitbewerbern im Vorteil sein.

6.6. Zum Indikator „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.

Da für UTA keine Entgelte vorliegen, wird die Preisentwicklung der TA seit 1999 analysiert. Es zeigt sich, dass die fiktiv berechneten Entgelte für hochbitratige Trunk-Segmente von Mietleitungen mit einer durchschnittlichen Länge von 100 km im Zeitverlauf gesunken sind, während es bei Mietleitungen bis einschließlich 2 Mbit/s zu einer Verteuerung gekommen ist. Insgesamt kam es 2003 im Mietleistungssektor zu einem Preiserückgang, der auch den Markt für Trunk-Segmente betrifft. Auf Basis des verfügbaren Datenmaterials konnten nur bei einem einzigen Betreiber (TA) fiktive Preise für Trunk-Segmente von Mietleitungen ermittelt werden. Da die zu Grunde liegenden Preise für Endkundenmietleitungen auf Grund der nach § 33 TKG 1997 festgestellten und wegen § 133 Abs. 7 TKG 2003 bis zum Abschluss der die Mietleistungsmärkte betreffenden Marktanalyseverfahren fortgeltenden marktbeherrschenden Stellung der TA auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleistungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Netzes dem Grundsatz der Kostenorientierung unterliegen und vor ihrer Anwendung von der Telekom-Control-Kommission genehmigt werden müssen, kann aus der Preisentwicklung bei TA jedoch keine direkte Schlussfolgerung in Bezug auf die Wettbewerbsintensität am vorliegenden Markt gezogen werden.

6.7. Sonstige Indikatoren

Andere Indikatoren wie z.B. Performance-Maße, der technologiebedingte Vorsprung (§ 35 Abs. 2 Z 6 TKG 2003, § 78 der SMP Guidelines) oder Vorteile aus der Verkaufs- und Vertriebsorganisation (§ 35 Abs. 2 Z 7 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:

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.

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 z.B. ein Filialnetz) erforderlich, weshalb sich hier auch keine wesentlichen Vorteile für bestimmte Betreiber ergeben.

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.

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.

7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

7.1. Zur Frage des Vorliegens alleiniger beträchtlicher Marktmacht

Insgesamt deuten die betrachteten Indikatoren darauf hin, dass am Markt für Trunk-Segmente effektiver Wettbewerb vorliegt und kein Unternehmen über ein signifikantes Ausmaß an Marktmacht verfügt. Obwohl die UTA unter den zwei größten Betreibern den höchsten Marktanteil hält, wird aus der Betrachtung der vorhandenen Mietleitungsinfrastruktur offenbar, dass sie auf allen Strecken der Konkurrenz durch zumindest einen, meist aber mehrere andere Anbieter mit eigener Infrastruktur ausgesetzt ist. Über das Netz mit der größten Flächenabdeckung verfügt vielmehr die TA, die dadurch und aufgrund ihrer Möglichkeiten zur Bündelung (vor allem mit terminierenden Segmenten) zumindest auf manchen Strecken über einen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten verfügt. Dennoch lässt die Anzahl der auf den einzelnen Verbindungen zwischen den 28 Trunk-Städten mit eigener Infrastruktur vertretenen Unternehmen darauf schließen, dass kein Betreiber langfristig die Preise über die Kosten anheben kann, ohne dadurch Marktanteile zu verlieren. Zwar sind die Marktzutrittsbarrieren für Unternehmen, die mit eigener Mietleitungsinfrastruktur neu in den Markt einsteigen wollen, eher hoch, jedoch ist die Anzahl der bereits am Markt tätigen Unternehmen sowie ihre geographische Präsenz und die Kapazität ihrer Netze ausreichend, um effektiven Wettbewerb sicherzustellen.

7.2. 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 (UTA, TA, Memorex) hin. Weiters existieren neben den drei großen Unternehmen weitere drei Betreiber mit eigener Mietleitungsinfrastruktur, die in den letzten Jahren Marktanteile gewinnen konnten und die potentiell über ausreichend Kapazitäten verfügen, um im Falle einer Preiserhöhung ihre Angebote ausweiten zu können.

7.3. Ergebnis

Da gemäß § 37 Abs. 3 iVm § 117 Z 6 TKG 2003 festgestellt wird, dass auf dem Vorleistungsmarkt „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.

Da ein eigenständiger Vorleistungsmarkt für Trunk-Segmente von Mietleitungen in der Vergangenheit nicht abgegrenzt wurde, existieren keine einschlägigen spezifischen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen wie etwa Kostenorientierungsgrundsatz, Gleichbehandlungsverpflichtung oder Preiskontrolle; eine bescheidmäßige Aufhebung derartiger Verpflichtungen durch die Telekom-Control-Kommission war daher nicht zu veranlassen.

Die Telekom-Control-Kommission behält sich vor, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem gegenständlichen Markt zu beobachten und gegebenenfalls neuerlich ein Verfahren gem. § 37 TKG 2003 einzuleiten.

Hinweis

Der vorliegende Beschluss ist ein Entwurf einer Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003 und stellt keinen Bescheid dar.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 7.06.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann