

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

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 24.5.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 14/03 einstimmig folgenden

Beschluss

gefasst:

Gemäß § 37 Abs. 3 erster Satz TKG 2003 wird das Verfahren M 14/03 eingestellt.

I. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 14/03 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak sowie DI Dietmar Zlabinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 14 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.

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 beizuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2003 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (ON 9).

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abrenzung des Marktes „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene TKMVO 2003 definiert in ihrem § 1 Z 14 einen Vorleistungsmarkt „*Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen*“; die erläuternden Bemerkungen halten dazu wie folgt fest:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 15 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Mit Zugang wird die physische und logische Anbindung eines Teilnehmers an ein Mobiltelefonnetz bezeichnet, die es ihm ermöglicht, sich in ein Mobiltelefonnetz einzubuchen und Anrufe entgegenzunehmen und abzusetzen.

Originierung besteht im Austausch von Signalisierungsinformationen bzw. dem Aufbau eines Nutzkanals zwischen dem Endgerät des rufenden Teilnehmers und einer zusammenschaltungsfähigen Vermittlungseinrichtung.

Netzzugang und Originierung stehen zueinander in keinem substitutiven, sondern einem komplementären Verhältnis. Da die beiden Leistungen aber in der Regel von ein und demselben Kommunikationsnetzbetreiber im Bündel angeboten werden, sind sie demselben Markt zuzurechnen.

Originierung bezieht sich auf mobile Sprachdienste sowie SMS (Short Message Service), da beide Dienste auf Vorleistungsebene als Bündelprodukte erstellt bzw. nachgefragt werden, um sie auf Endkundenebene im Bündel anbieten zu können.

Die Nachfrage auf Vorleistungsebene erfolgt, um beispielsweise die Erreichbarkeit von Diensterufnummern des eigenen Netzes auch aus anderen Netzen sicherzustellen.

Mobiltelefonnetzbetreiber erbringen Zugangs- und Originierungsleistungen an sich selbst, auch dann, wenn die Originierung nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle erfolgt.

Dies ist jeweils unabhängig davon, ob die Zugangs- und Originierungsleistung als Vorleistungsbestandteil eines Endkundenprodukts dem eigenen Kommunikationsdienstbetreiber oder einem Dritten angeboten wird.

Der Markt inkludiert die Zugangs- und Originierungsleistungen aller Mobiltelefonnetzbetreiber. Leistungen aus Nationalem Roaming sind nicht Teil dieses Marktes.“

Der Markt für Zugang und Originierung umfasst die Produktbündel „mobile Sprachtelefonie“ sowie „Übermittlung von SMS“. Leistungen auf diesem Markt sind neben der IC-Originierung (zu zielnetztarifierten Diensterufnummern) insbesondere Vorleistungen von so genannten Diensteanbietern (die nicht mit Mehrwertdiensteanbietern zu verwechseln sind, die Dienste im Zusammenhang mit Diensterufnummern anbieten), wie Wiederverkäufer, Mobile Virtual Network Operators („MVNOs“) und Verbindungsnetzbetreiber. Derzeit sind in Österreich weder mobile Verbindungsnetzbetreiber noch MVNOs aktiv, sodass die entsprechenden Zugangsleistungen (*MVNO-Access* und *Indirect Access*) aktuell nur potenzielle Leistungen des Marktes darstellen.

Teil dieses Marktes sind auch Eigenleistungen. Darunter werden jene Zugangs- und Originierungsleistungen verstanden, die der *Wholesale-Arm* (die Infrastrukturebene) eines Mobilfunknetzbetreibers an seinen eigenen *Retail-Arm* verkauft. Die Zusammenschaltungsleistung IC-Originierung fällt im Zusammenhang mit zielnetztarifierten Diensterufnummern an.

2. Zum Markt „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Auf dem Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen sind derzeit fünf Anbieter aktiv: Neben Mobilkom Austria AG & Co KG („Mobilkom“), T-Mobile Austria GmbH („T-Mobile“) sind das tele.ring Telekom Service GmbH („tele.ring“) und One GmbH („ONE“). Diese vier etablierten Betreiber verfügen sowohl über eine GSM- wie auch eine UMTS-Lizenz. Hutchison 3G Austria GmbH („H3G“) verfügt nur über eine UMTS-Lizenz und ist seit etwa einem Jahr auf dem Markt tätig.

Drei Anbieter haben einen Marktanteil von zumindest 20%, einer dieser Anbieter hält einen Marktanteil von zwischen 40 und 50%. Vor diesem Hintergrund wurde der Markt für Zugang und Originierung sowohl hinsichtlich des Vorliegens einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung des Marktführers Mobilkom wie auch hinsichtlich des Vorliegens einer gemeinsamen Marktbeherrschung untersucht.

Der Markt für Zugang und Originierung ist ein Vorleistungsmarkt, der neben Eigenleistungen und IC-Originierung (zu Diensterufnummern) insbesondere Vorleistungen für so genannte Diensteanbieter (MVNO, Wiederverkäufer, Verbindungsnetzbetreiber) enthält. Einige dieser Vorleistungen werden erst seit sehr kurzer Zeit (*Airtime*), in naher Zukunft (*MVNO-Access*) oder gar nicht angeboten. Darüber hinaus ist der Anteil von tatsächlich auf (externen) Märkten verkauften Leistungen am gesamten Marktvolumen relativ gering (siehe nachfolgende Tabelle).

Tabelle 1: Größenordnung der Leistungen am Markt für Zugang und Originierung

Gesprächsminuten (MoU) bzw. Anzahl SMS (technisch gemessen)		
	Mobile Sprachtelefonie	Übermittlung von SMS
Eigenleistungen	98,87%	99,81%
Airtime	0,11%	0,19%
IC-Originierung	1,02%	Nicht als IC-Leistung ausgewiesen ^a
Summe	100%	100%

Stand: November 2003

^a Wird auf Basis so genannter *Revenue-Sharing-Modelle* realisiert. Die Leistung ist in der Kategorie Eigenleistung enthalten.

3. Zu den einzelnen Marktmachtindikatoren

Nachfolgend werden die wesentlichsten Erkenntnisse des wirtschaftlichen Gutachtens zum Markt „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ vom Mai 2004 festgehalten und dabei besonderes Augenmerk auf die untersuchten Marktmachtindikatoren sowohl für eine alleinige („*single dominance*“) als auch für eine gemeinsame („*joint dominance*“) beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003) gelegt (vgl. ON 9, Seiten 26ff):

3.1. Marktanteile

3.1.1. Allgemeines zum Indikator „Marktanteile“

Die ökonomische Bedeutung des Indikators „Marktanteile“ für die Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung (*single dominance*) 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).

Im Zusammenhang mit den unternehmensindividuellen Marktanteilen für die Beurteilung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung ist festzuhalten, dass Unternehmen mit einem geringeren Marktanteil einen höheren *Cheating-Anreiz* als größere Anbieter haben; da sie einen geringeren Anteil an den Kollusionsgewinnen haben, können sie durch *Cheating* relativ mehr gewinnen als größere Anbieter. Daher sind Märkte mit wenigen großen Anbietern, die annähernd gleiche Marktanteile aufweisen, kollusionsanfälliger als Märkte mit stark unterschiedlichen Marktanteilen. Darüber hinaus lassen erhebliche Marktanteilsunterschiede Asymmetrien zwischen den Unternehmen (z.B. Kostenasymmetrien, unterschiedliche Markteintrittszeitpunkte) vermuten, die ihrerseits kollusionsdestabilisierend wirken. Ebenfalls auf Wettbewerb deuten Veränderungen in den Marktanteilen (z.B. Fluktuationen) hin, da sie indizieren, dass einzelne Unternehmen ihre Wettbewerbsinstrumente offensiv einsetzen.

3.1.2. Untersuchung der Marktanteile

Im Bereich der Sprachdienste ist der Marktanteil von Mobilkom von 2002 auf 2003 auf einen Wert zwischen 40 und 50% gefallen. Der Marktanteil von T-Mobile Austria, dem zweitgrößten Anbieter, zeigt ebenfalls eine sinkende Tendenz (von 2002 auf 2003) und ist auf einen Wert zwischen 20 und 30% gefallen. Im Segment Sprachdienste hat also Mobilkom einen nahezu doppelt so hohen Marktanteil wie der nächstgrößere Betreiber. Die Marktanteile der anderen drei Unternehmen liegen unter 25%.

Wesentlich ausgeglichene Marktanteile sind im Bereich der SMS-Dienste festzustellen: Hier liegt der Marktanteil der drei größten Betreiber jeweils über 25%, aber unter 40%. Der Marktanteilsabstand zwischen dem Marktführer Mobilkom und dem nächst größeren Unternehmen liegt zwischen 5 und 10%.

Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung der Marktanteile für beide Dienste ist zu berücksichtigen, dass Sprachdienste nach wie vor den überwiegenden Anteil am Mobilfunkumsatz darstellen. So liegt der Anteil von Sprachdiensten (bzw. SMS-Diensten) am Endkundenumsatz im Zeitraum 2002 bis September 2003 bei ca. 89% (bzw. 11%). Zieht man dies als Basis für eine (grobe) Gewichtung heran, dann hat im Jahr 2003 nur Mobilkom einen (gewichteten) Marktanteil von über 25%. Der (gewichtete) Marktanteil von Mobilkom liegt in beiden Jahren zwischen 40% und 50%.

Eine Untersuchung der zeitlichen Entwicklung der Marktanteile zeigt, dass sich der Marktanteil der Mobilkom im Bereich der Sprachdienste – nach relativ hohen Anteilsverlusten in den Jahren 1999 und 2000 – in den letzten drei Jahren stabilisiert. Erst im letzten Jahr ist eine leichte sinkende Tendenz festzustellen. Eine ähnliche Entwicklung, wenn auch auf weit geringerem Marktanteilsniveau, gibt es im Bereich der SMS-Dienste.

Sowohl in den Betrachtungszeiträumen 2002 und 2003 wie auch in der langfristigen Marktanteilsentwicklung zeigen sich erhebliche Marktanteilsunterschiede zwischen den Anbietern. Allenfalls T-Mobile und One verfügen über einen annähernd vergleichbaren Marktanteil. Festzustellen sind auch nach wie vor nennenswerte Marktanteilsverschiebungen: In diesem Zusammenhang bemerkenswert ist insbesondere der – auf eine aggressive Preispolitik zurückzuführende – Marktanteilszugewinn von tele.ring im Jahr 2003.

3.2. Marktkonzentration

3.2.1. Allgemeines zum Indikator „Marktkonzentration“

Kollusion ist nur auf Märkten mit hinreichend engen Marktstrukturen (engen Oligopolmärkten) und damit entsprechend starker Reaktionsverbundenheit der Unternehmen möglich. Mit steigender Anbieterzahl nimmt – ceteris paribus – die Kollusionsneigung aus nachfolgenden Gründen ab:

- Kollusionsgewinne sind immer auf alle beteiligten Unternehmen aufzuteilen, wohingegen die (kurzfristigen) zusätzlichen Gewinne einer unilateralen Preissenkung nur einem Unternehmen zufließen. Das macht die Strategie „*Cheating*“ mit zunehmender Anbieterzahl relativ profitabler gegenüber der Strategie „Kollusion“.
- Bei zunehmender Zahl an Anbietern wird es schwieriger zu erkennen, ob einzelne Mitbewerber vom Parallelverhalten ausscheren. Damit werden (unmittelbare) Vergeltungsmaßnahmen unwahrscheinlicher, was wiederum den *Cheating*-Anreiz hebt.

- Bei steigender Anbieterzahl nimmt die Wahrscheinlichkeit von asymmetrischen Interessenslagen (z.B. Asymmetrien in den Kosten, etc.) zu und die gesamte Abstimmung (des Parallelverhaltens) wird zunehmend komplexer.

Aus ökonomischer Sicht ist grundsätzlich davon auszugehen, dass abgestimmtes Verhalten bei einer Anbieterzahl von mehr als 5 bis 6 Unternehmen schon auf Grund des kritischen Zinssatzes (im Vergleich zu den branchenüblichen Kapitalkosten) unwahrscheinlich wird und sich diese Zahl bei Vorliegen anderer Kollusion erschwerender Faktoren weiter reduziert.

Für die Beurteilung gemeinsamer Marktmacht ist neben der Zahl an Anbietern auch die Verteilung der Marktanteile von Relevanz. Ein signifikant hoher gemeinsamer Marktanteil der betroffenen Unternehmen (kollektive Einheit) ist eine notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Bedingung für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung. Aus ökonomischer Sicht lässt sich keine klare Schwelle angeben.

In Bezug auf die Untersuchung von *single dominance* gibt die Marktkonzentration alleine nur eingeschränkt Aufschluss über den Grad an Wettbewerb.

3.2.2. Untersuchung der Konzentration

In Österreich sind derzeit fünf Anbieter, die vier GSM-Anbieter (Mobilkom, T-Mobile, One und Tele.ring) und der 3G-Neueinsteiger Hutchison 3G (H3G) am Markt für Zugang- und Originierung tätig. Die Markteintrittszeitpunkte liegen zwischen 1994 und 2003.

Mit 5 Mobilfunknetzanbietern zählt der österreichische Mobilfunkmarkt zu den am wenigsten konzentrierten in Europa.

Ein in Zusammenhang mit der Messung von Konzentrationsprozessen häufig verwendeter Indikator ist der *Hirschman-Herfindahl-Index* („HHI“, vgl. dazu ON 9, Seite 38). Eine Untersuchung desselben im wirtschaftlichen Gutachten (ON 9, Seite 40, vgl. Abbildung 4-5) zeigt die Entwicklung des HHI für die zwei relevanten Dienste (Sprachdienste und SMS-Dienste) auf Basis der Verkehrswerte (Gesprächsminuten und Anzahl an SMS). Mit einem aktuellen HHI-Wert von rund 3.200 Punkten für Sprachdienste und 2.800 Punkten für SMS Dienste ist der Markt für Zugang und Originierung als stark konzentriert zu bewerten. Allerdings ist im Zeitablauf eine deutliche Abnahme der Konzentration festzustellen. Der HHI für Sprachdienste ist im Zeitraum 1999 bis 2003 von ca. 5.300 Punkten auf ca. 3.200 Punkte gefallen, jener für SMS Dienste von 4.800 auf 2.800 Punkte. Der bei 5 Anbieter geringst mögliche HHI ist 2.000 Punkte. Der österreichische Mobilfunksektor weist auch eine erheblich geringere Konzentration (gemessen in Teilnehmern) auf als die Mobilfunksektoren der meisten anderen westeuropäischen Länder (vgl. Abbildung 4-6 des wirtschaftlichen Gutachtens). Der im Gutachten dargestellte Überblick (Abbildung 4-4, ON 9) über die aktuell auf einigen ausgewählten europäischen Mobilfunkmärkten aktiven Mobilfunkbetreiber zeigt, dass derzeit lediglich noch in Dänemark, Großbritannien und den Niederlanden 5 Mobilfunknetzbetreiber aktiv sind. Ein fünfter Mobilfunkbetreiber lizenziert wurde noch in Italien und Deutschland. In den anderen Ländern liegt die Zahl der aktiven Mobilfunkbetreiber bei nicht mehr als vier Anbietern.

Eine Untersuchung der gemeinsamen Marktanteile der zwei (bzw. drei) größten Unternehmen des Marktes für Zugang und Originierung zeigt, dass die zwei größten Unternehmen (Mobilkom und T-Mobile) im Bereich der SMS-Dienste über einen gemeinsamen Marktanteil von 60 - 70% (mit rückläufiger Tendenz) und im Bereich der Sprachdienste über einen gemeinsamen Marktanteil von 70 - 80% (ebenfalls mit rückläufiger Tendenz) verfügen, wobei vor dem Hintergrund der Umsatzrelationen am Endkundenmarkt eine Gewichtung von ca. 90% (Sprachdienste) und 10% (SMS-Dienste) angebracht scheint.

Der gemeinsame Marktanteil der drei größten Unternehmen liegt für beide Dienste bei über 90% (ebenfalls mit rückläufiger Tendenz).

3.3. Markteintrittsbarrieren

3.3.1. Allgemeines zum Indikator „Marktbarrieren“

Langfristige Markteintrittsbarrieren (MEB) existieren dann, wenn bestehende Unternehmen ihre Preise über die Kosten anheben (bzw. Übergewinne erwirtschaften) können, ohne dass dies zum Eintritt eines (weiteren) Mitbewerbers führen würde. Im Wesentlichen sind darunter alle Asymmetrien zwischen bestehenden Betreibern und Neueinsteigern zu zählen, die mögliche Neueinsteiger – trotz hoher Profitabilität – vom Markteintritt abhalten. In ihrer Empfehlung über relevante Märkte unterscheidet die Europäische Kommission (Seite 9ff) zwischen rechtlichen/regulatorischen Marktbarrieren und strukturell bedingten Marktbarrieren.

Rechtliche (oder institutionelle) Marktbarrieren ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem entsprechenden Markt auswirken. Strukturbedingte Marktbarrieren basieren auf wirtschaftlichen Bedingungen. Zu diesen zählen Kostenasymmetrien (zwischen bestehenden Betreibern und Neueinsteigern), Asymmetrien auf Grund unvollständiger Kapitalmärkte, Wechselkosten, versunkene (irreversible) Kosten (*sunk cost*) sowie (unter bestimmten Umständen) auch Größen-, Verbund- oder Dichtevorteile.

Eine gewisse Sonderrolle nehmen Größenvorteile (*economies of scale*), Verbundvorteile (*economies of scope*) und Dichtevorteile (*economies of density*) ein. Obwohl Größen- (bzw. Dichte-) und Verbundvorteile per se noch nicht unbedingt eine Marktbarriere darstellen müssen – da sie theoretisch auch ein Neueinsteiger nutzen könnte –, bewirken sie doch, dass ein Neueinsteiger (sehr rasch) eine hohe Outputmenge erreichen (bzw. mehrere Produkte gleichzeitig produzieren) muss. Liegen zusätzlich noch andere strukturelle Faktoren vor, die das Erreichen einer effizienten Outputmenge oder aber Produktkombination erschweren (z.B. nachfrageseitige Wechselkosten), werden Größen- (bzw. Dichte-) und Verbundvorteile zur Marktbarriere.

Die Existenz von Skalenvorteilen wirkt nicht nur auf die Höhe der Marktzutrittsbarrieren, sondern hat – insbesondere bei Abwesenheit rechtlicher Eintrittsbarrieren – einen wesentlichen Einfluss auf die Industriestruktur (Konzentration). Je ausgeprägter die Größenvorteile, desto weniger Unternehmen sind bei gegebener Nachfrage imstande, die optimale Mindestbetriebsgröße (*minimum efficient scale*) eines effizienten Unternehmens zu erreichen und desto höher ist die Marktkonzentration. Da üblicherweise mit der Marktkonzentration auch die Kollusionsneigung zunimmt, kann das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vor allem dort vermutet werden, wo die Marktkonzentration hoch ist und gleichzeitig hohe Marktbarrieren vorliegen.

Beim Markt für Zugang und Originierung handelt es sich um einen Vorleistungsmarkt. Zentral für die Erbringung der diesem Markt zugerechneten Leistungen ist die Verfügbarkeit über ein eigenes Zugangsnetz (Funknetz inklusive der dafür notwendigen Frequenznutzungsrechte). Obschon bestimmte Leistungen, die diesem Markt zugerechnet werden, theoretisch auch von Diensteanbietern erbracht werden könnten (z.B. könnte ein MVNO *Airtime* an einen *Reseller* verkaufen), bleibt die Kontrolle über das Zugangsnetz ein wesentliches Kriterium für die Erbringung der Zugangs- und Originierungsleistung, weswegen auf die Markteintrittsbarrieren der Mobilfunknetzbetreiber abgestellt wurde.

3.3.2. Frequenzknappheit

Die wesentlichste rechtliche Marktzutrittsbarriere im Mobilfunk ist die Verfügbarkeit entsprechender Frequenznutzungsrechte. Auf Grund physikalischer Restriktionen sowie nationaler und internationaler Frequenzwidmungen ist – und bleibt in absehbarer Zukunft – das für Mobilfunkdienste zur Verfügung stehende Spektrum beschränkt. Zusammen mit den Mindestspektrumsanforderungen je Betreiber ist damit auch die maximale Zahl an Mobilfunkbetreibern limitiert. Damit kann die Frequenzknappheit bzw. die Nichtverfügbarkeit von Frequenznutzungsrechten – wenn der Zutritt nicht durch andere Faktoren limitiert ist – eine absolute (unüberwindbare) Markteintrittsbarriere darstellen und zum marktstrukturbestimmenden (und damit den Grad an systemspezifischen Wettbewerb bestimmenden) Faktor werden.

3.3.3. Versunkene Kosten

Einer groben Abschätzung jenes Teils der Fixkosten folgend, die irreversiblen Charakter haben, ergibt, dass etwa 75% der Fixkosten gänzlich oder teilweise irreversibel sind (vgl. Gutachten, Seite 33).

Versunkene Kosten können nicht nur exogen durch die Technologie gegeben, sondern auch endogen durch strategisches Verhalten der am Markt tätigen Unternehmen bestimmt sein. Die in diesem Zusammenhang relevantesten Beispiele für endogen versunkene Kosten sind Marketing- und Werbeausgaben sowie Handset-Stützungen, durch die das Unternehmen die Nachfrage nach seinen Gütern erhöhen kann. Die (durchschnittlichen) Ausgaben für Werbung und Marketing sowie Handset-Stützungen belaufen sich derzeit auf ca. 30% der Gesamtkosten eines Mobilfunkbetreibers. Diese Kosten sind vollkommen irreversibel.

Zu einem guten Teil irreversibel sind auch die Kosten für die Netzinfrastruktur. Nur ein sehr geringer Anteil der Produktionsmittel ist in anderen Industrien einsetzbar. Auch innerhalb des Telekommunikationssektors ist ein hoher Grad an Irreversibilität aufgrund räumlicher (z.B. Antennenstandorte) oder sachlicher Spezifität (z.B. Hardware und Software) gegeben, sodass insgesamt von einer hohen Spezifität des Kapitals und damit auch hohen versunkenen Kosten im Bereich der Netzinfrastruktur auszugehen ist.

3.3.4. Größenvorteile

Der wesentlichste Grund für Größenvorteile im TK-Bereich sind Fixkosten, die über eine größere Ausbringungsmenge auf mehr Einheiten aufgeteilt werden können. Im Bereich des Mobilfunks stellen Investitionen in das Funknetz sowie Aufwendungen für Werbung und Marketing den wesentlichsten Fixkostenblock dar. Um einen angestrebten (oder vorgeschriebenen) Versorgungsgrad zu erreichen und eine bestimmte Dienstqualität anbieten zu können, ist eine Mindestzahl an Funkzellen und Basisstationen notwendig, die bis zur Erreichung der Kapazitätsgrenze konstant bleibt. Damit liegt jedenfalls in Teilen des Outputbereichs eine Fixkostendegression (und damit steigende Skalenerträge) vor, die in der nachfolgenden Abbildung anhand einer Durchschnittskostenfunktion schematisch dargestellt ist.

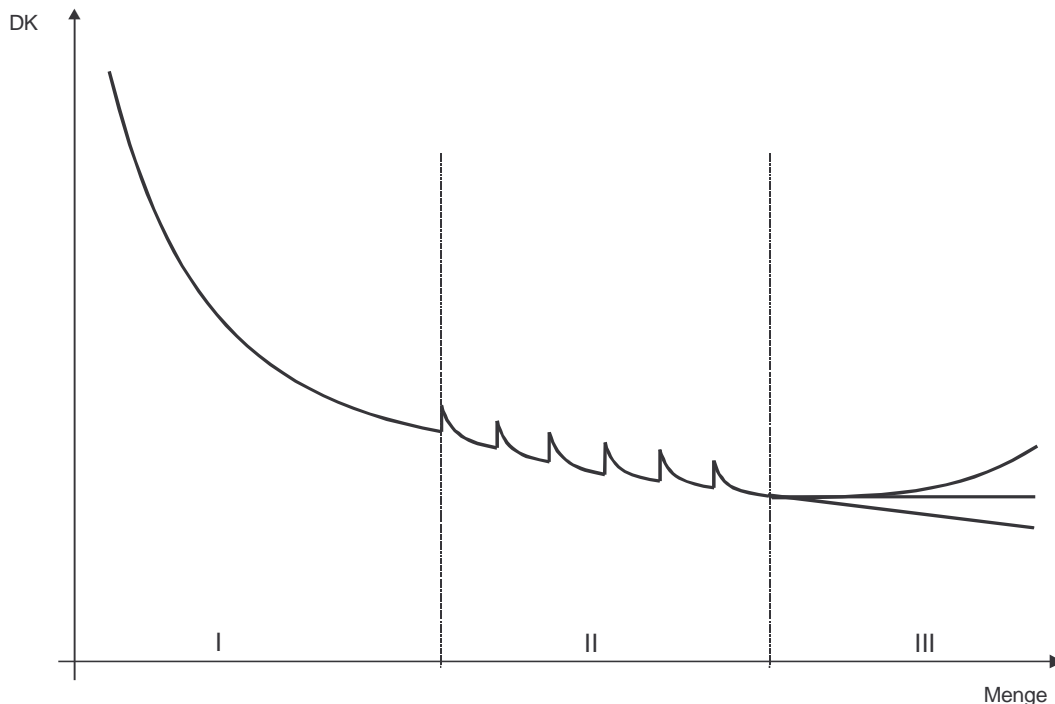


ABBILDUNG 1: DURCHSCHNITTSKOSTENFUNKTION ZELLULARER NETZE

Bis zur Erreichung der – primär durch die Frequenzausstattung bestimmten – Kapazitätsgrenze (Outputbereich I in der Abbildung) liegt demnach eine generelle Kostendegression vor. In diesem Bereich hat ein Betreiber mit größeren Marktanteilen Größenvorteile und kann bei gegebenem Marktpreis höhere Deckungsbeiträge erwirtschaften. Ist die Kapazitätsgrenze erreicht, sind – bei weiter steigendem Verkehrsaufkommen – kapazitätsfördernde Maßnahmen erforderlich, deren wesentlichste die Netzverdichtung durch Zellteilung (*cell splitting*) ist. Durch die Verdichtung des Netzes fallen sprunghafte Kosten an, die kurzfristig zu höheren Durchschnittskosten führen. Da sich die Netzverdichtung zunächst auf urbane Regionen mit rasch steigendem Verkehrsaufkommen beschränkt, liegt insgesamt längerfristig weiterhin ein degressiver Verlauf der Kostenfunktion vor (Outputbereich II in der Abbildung). Keine Aussage kann über den langfristigen Verlauf der DK-Funktion (Outputbereich III in der Abbildung) getroffen werden. Die drei möglichen Entwicklungen sind in der Abbildung dargestellt: Neben Skalenvorteilen im gesamten Outputbereich (generelle Kostendegression) sind – nach Erreichen der mindestoptimalen Betriebsgröße – konstante Skalenerträge (konstante Durchschnittskosten) bzw. sinkende Skalenerträge (steigende Durchschnittskosten) denkbar.

Die Kostenberechnungen im Rahmen von bisherigen Zusammenschaltungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 zeigen einen klaren negativen Zusammenhang zwischen Outputmenge (*Total Minutes of use*) und (technischen) Durchschnittskosten und bestätigen, dass bislang alle Mobilfunknetzbetreiber im Bereich steigender Skalenerträge operierten (Outputbereich 1 oder 2); d.h. die Durchschnittskosten mit steigender Outputmenge gesunken sind (vgl. nachfolgende Abbildung 1).

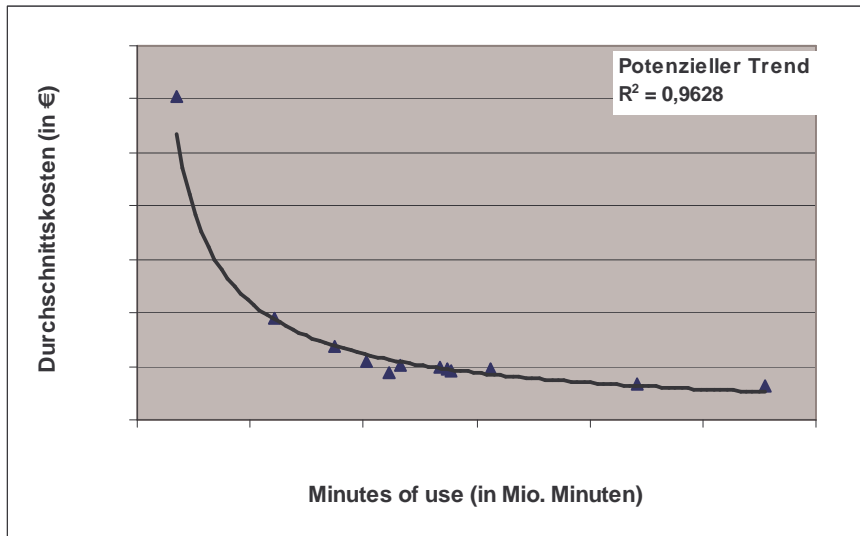


ABBILDUNG 2: ENTWICKLUNG DER DURCHSCHNITTSKOSTEN

3.4. Nachfrageseitige Verhandlungsmacht

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist allgemein die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, sodass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten (vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207). Die Frage der Existenz und des Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht ist vor allem in hoch konzentrierten Märkten zu stellen und besonders relevant auf Märkten, in denen der Anbieter über ein Monopol verfügt. Grundvoraussetzung der Verhinderung von oligopolistischer Marktbeherrschung durch Nachfragemacht ist eine hohe Konzentration auf Kundenseite (wenige Kunden mit großen Nachfragemengen).

Hinsichtlich der Vorleistungen für Diensteanbieter (*Airtime, MVNO-Access, Indirect Access*) ist dies grundsätzlich gegeben: Das Nachfragemengen von Diensteanbietern, von denen es auf absehbare Zeit keine sehr hohe Zahl geben wird, ist vergleichsweise hoch. Darüber hinaus kann ein potenzieller Diensteanbieter die Verkäufer der Leistung gegeneinander ausspielen und so ein glaubwürdiges Drohpotenzial aufbauen. Diese Drohung ist sowohl glaubwürdig (die Leistung kann von einem anderen Mobilfunknetzbetreiber bezogen werden) wie auch effektiv (Entgang eines vergleichsweise hohen Auftragsvolumens an Gesprächsminuten inklusive der damit in Verbindung stehenden Auswirkungen auf die Durchschnittskosten). Damit können Diensteanbieter Nachfragemacht ausüben. Voraussetzung dafür ist aber, dass zumindest zwei Mobilfunkbetreiber Interesse an einer solchen Kooperation haben.

Eine Sonderrolle nimmt die Leistung IC-Originierung (zu zielnetztaffilierten Diensternummern) ein. Ähnlich der Terminierung kann der Nachfrager die Originierungsleistung nur bei demjenigen Betreiber beziehen, an dessen Netz der Teilnehmer angeschlossen ist. Damit bietet der Originierungsnetzbetreiber eine Leistung an, die nur eingeschränkt substituierbar ist. Das kann die Verhandlungsmacht der Nachfrager (Dienstnetzbetreiber) erheblich schwächen. Dies umso mehr, wenn der Quellnetzbetreiber

seinerseits *Foreclosure-Taktiken* (z.B. gegenüber kleinen Diensternetzbetreibern) anwendet, um beispielsweise selbst den Markt für Mehrwertdiensteanbieter zu bedienen.

3.5. Transparenz und Interaktionshäufigkeit

3.5.1. Allgemeines zu den Indikatoren „Transparenz und Interaktionshäufigkeit“

Um die Bedeutung der Markttransparenz für den Wettbewerb zu beleuchten, ist es erforderlich, zwischen vertikaler und horizontaler Markttransparenz zu unterscheiden. Unter vertikaler Markttransparenz wird der Informationsstand der Nachfrager über Produkte und Preise der Anbieter verstanden. Die wettbewerbliche Wirkung einer erhöhten vertikalen Markttransparenz ist eindeutig positiv: Nur bei hinreichend informierten Konsumenten können Preisänderungen auch wettbewerblich wirksam werden. Dies gilt sowohl für die Untersuchung alleiniger Marktmacht wie auch kollektiver Marktmacht.

Unter horizontaler Markttransparenz wird die Kenntnis von Anbietern über Produkte und Preise ihrer Mitbewerber verstanden. Horizontale Markttransparenz ist ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung: Kollusives Verhalten ist nur möglich, wenn die beteiligten Unternehmen hinreichende Informationen über das Marktverhalten (insbesondere über das Preissetzungsverhalten) der Mitbewerber haben. Bei unvollständigen Informationen wird sowohl die Abstimmung des Marktverhaltens (Parallelverhalten) als auch – und das ist fast noch bedeutsamer – die Durchsetzung eines kollusiven Marktergebnisses schwieriger, da Vergeltungsmaßnahmen (zur Durchsetzung von Kollusion) als Reaktion auf das unilaterale Ausscheren eines Anbieters unwahrscheinlicher und ineffektiver sind, wenn das Ausscheren von den Mitbewerbern gar nicht, sehr verzögert oder nicht eindeutig wahrgenommen werden kann.¹ Aus diesem Grund sind geheime Preisunterbietungen (*discrete price cuts*) ein wesentliches kollusions-destabilisierendes Element und Praktiken, die die horizontale Markttransparenz erhöhen, wie beispielsweise die Veröffentlichungen von Preisen, Ankündigung von Preisänderungen, etc. eindeutig als kollusionsfördernd zu beurteilen. Insgesamt gilt also, dass mit zunehmender horizontaler Markttransparenz – *ceteris paribus* – auch die Kollusionsneigung zunimmt.

Neben der Markttransparenz hat auch die Häufigkeit von Marktinteraktionen einen Einfluss auf die Kollusionsneigung eines Marktes und ist daher für die Beurteilung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung von Relevanz. Auf Märkten, auf denen Markttransaktionen seltener (und mit größeren Absatzmengen) stattfinden und Preise seltener verändert werden bzw. verändert werden können (=geringe Interaktionshäufigkeit), steigt – *ceteris paribus* – der Anreiz für *Cheating*. Der Grund dafür ist, dass *Cheating* auf solchen Märkten aus zwei Gründen relativ profitabler gegenüber der kollusiven Strategie wird:

- In der Regel steigt mit abnehmender Interaktionshäufigkeit auch die Absatzmenge pro Transaktion. Damit wiederum steigen aber die kurzfristigen Zusatzgewinne einer unilateralen Preissenkung. Dies macht die Strategie *Cheating* relativ profitabler.
- Mit abnehmender Interaktionshäufigkeit sinkt das Potenzial für Vergeltungsmaßnahmen (bzw. die wahrgenommenen Kosten einer zukünftigen Vergeltung), da die Mitbewerber (wenn überhaupt) nur mit (erheblicher) Verzögerung reagieren können. Im Extremfall, wenn es keine Folgetransaktionen

¹ Wenn Preise nicht transparent sind, können Unternehmen Preissenkungen der Mitbewerber nur (verzögert) durch Änderungen der eigenen Absatzmenge feststellen. Diese können allerdings auch auf Nachfrageschocks zurückzuführen sein, sodass insgesamt eine hohe Unsicherheit in Bezug auf das Preisverhalten der Mitbewerber besteht.

gibt (*one shot game*), kann es auch keine Vergeltungsmaßnahmen geben und damit zerfällt jeder Anreiz für kollusives Verhalten.

3.5.2. Untersuchung der Indikatoren

Hinsichtlich der Vorleistungen für Diensteanbieter (*MVNO-Access*, *Airtime* und *Indirect Access*) ist die vertikale Markttransparenz als sehr hoch zu bewerten. Die Zahl an (möglichen) Marktteilnehmern ist auf beiden Seiten sehr gering, die Informationsbeschaffung (Preise, Konditionen) erfolgt üblicherweise im Rahmen bilateraler Verhandlungen. Sofern die Anbieter am Verkauf der Leistung interessiert sind, werden sie alle für den Nachfrager relevanten Informationen bereitstellen. Im Gegensatz dazu ist die horizontale Markttransparenz sehr gering: die Konditionen, zu denen einzelne Diensteanbieter ihre Vorleistungen von Mobilfunknetzbetreibern beziehen, sind vollkommen intransparent für andere Unternehmen. Die Häufigkeit der Marktinteraktion ist zwar für alle hier untersuchten Vorleistungen (für Diensteanbieter) tendenziell eher gering, hängt aber letztlich von der konkreten Vorleistung ab. Insbesondere in Zusammenhang mit Vorleistungen für infrastrukturbasierte Diensteanbieter (z.B. *MVNO-Access*) sind spezifische Investitionen auf beiden Marktseiten erforderlich und/oder liegen Lock-in Effekte in Bezug auf die installierte Basis vor (z.B. Verbindungsnetzbetreiber). Nicht zuletzt aus diesem Grund werden Kontrakte zwischen Diensteanbietern und Mobilfunknetzbetreibern über mehrere Jahre geschlossen, entsprechend gering ist die Häufigkeit der Marktinteraktionen.

3.6. Vertikale Integration

Der Markt für Zugang und Originierung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten geprägt: Zum einen sind die Markteintrittsbarrieren hoch bis teilweise unüberwindbar (Frequenzknappheit) (siehe das vorstehende Kapitel zu den „Markteintrittsbarrieren“), zum anderen sind die auf dem Markt tätigen Unternehmen vertikal integriert; d.h. alle Anbieter auf dem Markt für Zugang und Originierung sind gleichzeitig auch auf allen anderen Mobilfunkmärkten, insbesondere aber auf dem Endkundenmarkt, als Anbieter aktiv.

Vertikale Integration kann einem Unternehmen Vorteile gegenüber Konkurrenten verschaffen, vor allem falls es sich auf der Vorleistungsebene um einen notwendigen und nicht leicht ersetzbaren Input (wie ein Funknetz) handelt. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu anti-kompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten; vertikal integrierte Unternehmen mit Marktmacht auf der Vorleistungsebene haben häufig Anreize, Konkurrenten von nachgelagerten Märkten zu verdrängen (*foreclosure*). Da auf dem vorliegenden Markt alle fünf Anbieter (und nicht nur ein Betreiber) vertikal integriert sind, ist vertikale Integration kein Strukturmerkmal, das in Zusammenhang mit einer alleinmarktbeherrschenden Stellung zu sehen ist, sondern anti-kompetitives Verhalten in Zusammenhang mit vertikaler Integration wäre auf diesem Markt im Sinne einer gemeinsamen Marktbeherrschung zu interpretieren.

3.7. Marktverhalten auf der Vorleistungsebene

(Marktbeherrschende) vertikal integrierte Unternehmen können auf einem Vorleistungsmarkt – diesfalls der Markt für Zugang und Originierung in öffentliche Mobiltelefonnetzen – einen Anreiz haben, nachgelagerte Märkte – in diesem Fall den Endkundenmarkt – für (potenzielle) Konkurrenten (in diesem Fall Diensteanbieter) zu schließen (*foreclosure*). *Foreclosure* kann in Form einer Liefer- oder Zugangsverweigerung (*refusal to deal*) stattfinden, aber auch wenn die entsprechende Leistung zu sehr unattraktiven – gegenüber dem *Retail-Arm* des vertikal integrierten Unternehmens diskriminierenden – Konditionen angeboten wird.

Bei strukturellen Voraussetzungen, wie sie im Mobilfunk vorliegen, gibt es für vertikal integrierte Mobilfunkbetreiber aus mehreren Gründen einen Anreiz für *Foreclosure*-

Strategien: Zum einen gibt es auf der Vorleistungsebene einen notwendigen und nicht leicht ersetzbaren Input (Funknetz), für den es praktisch keinen *Bypass* (für Diensteanbieter) durch Eigenproduktion gibt. Zum anderen stärkt der „direkte Zugang zum Endkunden“ gerade in einer Industrie wie dem Mobilfunk mit erheblichen Lock-in-Effekten für Teilnehmer (Wechselkosten) und der Bedeutung suggestiver Produktdifferenzierung („Brand“) die Marktposition eines Mobilfunkbetreibers. Damit besteht für Mobilfunkbetreiber ein erheblicher Anreiz, durch eine *Foreclosure-Strategie* Marktmacht auf den Endkundenmarkt zu übertragen und damit den Wettbewerb auf diesem zu dämpfen. Vor diesem Hintergrund ist der Markteintritt eines Diensteanbieters (Tele2) auf Basis einer privatrechtlichen Kooperation (mit dem Mobilfunkbetreiber One) als deutliches Indiz für kompetitives Verhalten zu werten. Das kollektive Interesse, Diensteanbietern den Markteintritt zu verwehren (=Kollusion), wird von den individuellen Vorteilen der Zusammenarbeit mit einem Diensteanbieter (= *Cheating*) dominiert.

Hinsichtlich der Leistung IC-Originierung (zu Diensternummern) kann keine Beurteilung des tatsächlichen Marktverhaltens vorgenommen werden, da diese Leistung (für Sprachdienste) bisher im Bündel mit der Terminierungsleistung reguliert wurde. Allerdings sind *Foreclosure-Taktiken* auf Grund der strukturellen Voraussetzungen nicht generell auszuschließen, da ein Diensternetzbetreiber (SMS wie auch *Voice*) einen Zusammenschaltungs- oder Interworking-Vertrag (z.B. zur Realisierung von Revenue-Sharing-Modellen mit SMS-Mehrwertdiensteanbietern) mit allen Mobilfunknetzbetreibern (und nicht nur einem) abschließen muss und damit jeder Mobilfunkbetreiber (ab einer bestimmten Größe) den Marktzutritt eines Diensternetzbetreibers unilateral verhindern kann, um selbst diese Dienste anbieten zu können.

3.8. Kapazitäten und Expansionshemmnisse

Kapazitätsreserven und -restriktionen sind ein wesentlicher Faktor in der Preispolitik von Unternehmen. Für ein Unternehmen, das an seine Kapazitätsgrenzen stößt (bzw. mit steigenden Grenzkosten konfrontiert ist), ist es nicht rational, den Preis zu senken und damit zusätzliche Nachfrage zu stimulieren. Auf Märkten mit geringen Expansionshemmnissen ist demnach ein intensiverer Wettbewerb zu erwarten als auf Märkten mit hohen *Barriers to expansion*. Je höher die Markteintrittsbarrieren sind desto bedeutender sind Expansionshemmnisse für den Wettbewerb.

Kapazitäts- und Mengenentscheidungen spielen eine noch bedeutendere Rolle auf Oligopolmärkten, auf denen der Grad an Preiswettbewerb (falls kein kollusives Verhalten vorliegt) sehr stark durch Kapazitäts- und Mengenentscheidungen mitbeeinflusst wird: sind die Produktionskapazitäten kurzfristig limitiert, bildet sich der Marktpreis als Folge der vorher von den Unternehmen getroffenen Mengenentscheidung (=“Cournot-Wettbewerb“). Auf einem solchen Markt ist ein geringerer Grad an Preiswettbewerb (höheres Ausmaß an Marktmacht) zu erwarten als auf einem Oligopolmarkt, auf dem der Preis selbst das zentrale Wettbewerbsinstrument darstellt (=“Bertrand Wettbewerb“) und Unternehmen genügend Flexibilität in der Produktionskapazität haben.

Für die Beurteilung kollektiver Marktbeherrschung sind primär Unterschiede in den Kapazitätsrestriktionen von Bedeutung. Diese haben tendenziell eine kollusionsdestabilisierende Wirkung: Unternehmen mit hohen Kapazitätsreserven haben insbesondere dann einen hohen Anreiz vom kollusiven Gleichgewicht abzuweichen, wenn die Mitbewerber bereits nahe an ihren Kapazitätsgrenzen operieren und damit deren Vergeltungspotenzial stark eingeschränkt wird.

Es ist nicht davon auszugehen, dass im Mobilfunk derzeit und auf den für die vorliegende Marktanalyse relevanten absehbaren Zeitraum nennenswerte Expansionshemmnisse vorliegen, die den Wettbewerb beeinträchtigen könnten, da Mobilfunkbetreiber relativ flexibel

in ihrer Mengenausdehnung sind: Neben einer Aufstockung der Frequenzausstattung gibt es eine Reihe weiterer Optionen für kapazitätserhöhende Maßnahmen, deren bedeutsamste die Netzverdichtung (*cell splitting*) ist. Darüber hinaus lässt die Tatsache, dass auf Mobilfunkmärkten nicht Mengenentscheidungen den zentralen Wettbewerbsparameter darstellen sondern Preisentscheidungen, aus einer theoretischen Perspektive – falls keine Kollusion vorliegt – die für einen Oligopolmarkt wesentlich intensivere Wettbewerbsform des (Bertrand-) Preiswettbewerbs erwarten.

3.9. Symmetrie und Wettbewerbsvorteile - Größe des Unternehmens, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Zugang zu Finanzmitteln, Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, Technologiebedingter Vorsprung

3.9.1. Zur Bedeutung dieser Indikatoren

Erhebliche Vorteile eines Unternehmens im Bereich der eingesetzten Produktionstechnologie, in der Verkaufsorganisation oder im Zugang zu Finanzmitteln gegenüber den (wichtigsten) Mitbewerbern kann gleichwohl Ursache wie auch Indiz für eine alleinmarktbeherrschende Stellung eines Betreibers (*single dominance*) sein. Dabei können folgende Vorteile genannt werden: Größe des Unternehmens, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Zugang zu Finanzmitteln, Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, technologiebedingter Vorsprung.

Diese können zu signifikanten Kostenvorteilen des (potenziell) marktmächtigen Unternehmens führen und es diesem Unternehmen erlauben – bei gegebenem Marktpreis – supranormale Profite zu erwirtschaften. Der Zugang zu Finanzmitteln kann auch im Zusammenhang mit strategischem Verhalten des (potenziell) alleinmarktmächtigen Unternehmens eine wesentliche Rolle spielen. So sind Verdrängungsstrategien (*predatory pricing*) eher erfolgreich, wenn der Marktbeherrscher gegenüber seinen Konkurrenten über einen besseren Zugang zu finanziellen Mitteln verfügt. Von einer Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur kann man sprechen, wenn eine bestimmte zur Leistungserstellung notwendige Infrastruktur ausschließlich oder großteils in den Händen eines einzigen Unternehmens liegt und hohe Barrieren für die Errichtung alternativer Infrastruktur bestehen. Eine solche Kontrolle ermöglicht es dem Unternehmen Marktmacht auszuüben, da er der einzige Anbieter der entsprechenden Vorleistung und damit in der Lage ist, Marktmacht auf nachgelagerte Märkte zu übertragen.

Höhere Profite im Zusammenhang mit Kostenvorteilen eines Unternehmens müssen nicht zwangsläufig (nur) auf Marktmacht beruhen, sondern können auch auf (temporäre) Effizienz- oder Produktivitätsvorteile eines Unternehmens zurückzuführen sein. Hier muss im Einzelfall beurteilt werden, ob Marktmacht oder Effizienzvorteile vorliegen. Dabei sind Ursache, Nachhaltigkeit sowie die (längerfristigen) wettbewerblichen Implikationen zu berücksichtigen.

Gänzlich anders zu bewerten sind Asymmetrien zwischen Unternehmen für die Untersuchung von *joint dominance*. Grundsätzlich gilt, dass Parallelverhalten einfacher zwischen „gleichartigen Unternehmen“ praktiziert werden kann, als zwischen Unternehmen mit starken Asymmetrien in den Kosten. Solche Asymmetrien wirken kollusionsdestabilisierend: Zum einen haben Unternehmen mit (erheblich) unterschiedlichen Kostenstrukturen grundsätzlich Schwierigkeiten in der Abstimmung ihrer Wettbewerbsparameter. Zum anderen kann ein Unternehmen, das geringere Kosten hat als seine Mitbewerber, von *Cheating* – auf Grund höherer Deckungsbeiträge – in einem höheren Maße profitieren, muss aber gleichzeitig Vergeltungsmaßnahmen der Mitbewerber weniger fürchten, da diese (auf Grund der höheren Kosten) weniger harsch ausfallen. Damit haben Unternehmen mit geringeren Kosten einen höheren *Cheating-Anreiz*.

3.9.2. Untersuchung dieser Indikatoren

Alle im wirtschaftlichen Gutachten dargestellten Kennzahlen in Zusammenhang mit der Unternehmensgröße Erlöse, Minutes of Use, Anzahl SMS, Teilnehmerstand, Marktanteile (retail) (ON 9, Seite 52ff, Tabellen 4-8 und 4-9) zeigen, dass Mobilkom ein erheblich größeres Marktvolumen bedient als seine Konkurrenten und damit in einem höheren Outputbereich operiert. Vor dem Hintergrund der im Kapitel Markteintrittsbarrieren gezeigten Existenz von Größenvorteilen in der Mobilfunkindustrie ist daher davon auszugehen, dass Mobilkom Größenvorteile realisieren kann und damit zu geringeren Durchschnittskosten produziert als ihre Mitbewerber.

Auf Grund unterschiedlicher Frequenzbänder (GSM 900 versus GMS 1800) und Netzwerkstrukturen (Verhältnis BSC zu BTS) ist ein direkter Vergleich der Anzahl an Netzwerkelementen (Antennenstandorte, Versorgungsgrad, Flächendeckungsgrad, Anzahl BSC, MSC, NodeB und RNC) wenig aufschlussreich. Was die Angaben allerdings deutlich belegen ist, dass in Österreich – derzeit zumindest – vier parallele Mobilfunknetze mit sehr hohem Abdeckungsgrad betrieben werden und keines der Unternehmen einen maßgeblichen Teil der gesamten Mobilfunkinfrastruktur kontrolliert (vgl. wirtschaftliches Gutachten ON 9, Tabelle 4-10).

Die Kennzahlen für Endgerätestützungen, Werbung, Marketing und Vertrieb (ON 9, Tabelle 4-11) weisen keine erheblichen Vorteile eines Unternehmens in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation im Vergleich zu allen seinen Mitkonkurrenten aus.

Eine Untersuchung der Kennzahlen in Bezug auf den Zugang zu Finanzmitteln (ON 9, Tabelle 4-13, 4-14 und 4-15) weist für Mobilkom von allen Unternehmen die höchste Bonitätsbewertung nach dem KSV-Rating aus. Berücksichtigt man allerdings auch Bonität und Unternehmensgröße bzw. -performance der Eigentümer (Finanzierung im Konzern), so ist bei einem jährlichen Investitionsvolumen zwischen 43 Mio. Euro und 221 Mio. Euro davon auszugehen, dass Mobilkom – als einziges für eine alleinmarktbeherrschende Stellung in Frage kommendes Unternehmen – keine systematischen Vorteile beim Zugang zu finanziellen Ressourcen hat.

Im Zusammenhang mit Innovation ist festzuhalten, dass die eindeutige Stoßrichtung derselben (neue) Datendienste sind und nicht die für den Markt für Zugang- und Originierung relevanten Sprach- und SMS-Dienste. Darüber hinaus werden Innovationen brachenweit und nicht unternehmensintern generiert und im Wesentlichen im Gleichschritt eingeführt.

3.10. Verbindungen und Kontakte auf Drittmärkten

3.10.1. Zur Bedeutung dieses Indikators

Die Existenz struktureller oder sonstiger Verbindungen zwischen Unternehmen und Kontakte auf Drittmärkten erhöhen das Kollusionsrisiko, sind aber weder eine notwendige Voraussetzung noch ein Nachweis für eine kollektive Marktbeherrschung. Zu strukturellen oder sonstigen Verbindungen zählen neben direkten Eigentumsverschränkungen auch Jointventures und Kooperationen, wie Standardisierungsgremien, Interessensorganisationen, aber auch Interworking-Verträge. Solche Verbindungen erhöhen grundsätzlich das Kollusionsrisiko:

Eigentumsverschränkungen reduzieren den Anreiz für *Cheating*. Ein Shareholder, der Beteiligungen an mehr als einem Unternehmen hält, ist nicht nur von den Auswirkungen auf die Profitabilität des Unternehmens, das *cheated*, betroffen; die zusätzlichen Gewinne aus einer einseitigen Preissenkung sind für einen Shareholder, der an mehreren Marktteilnehmern (der relevanten Marktes) beteiligt ist, geringer. Jointventures und

Kooperationen erweitern auch die Möglichkeiten für Vergeltungsstrategien (z.B. durch die Drohung eine solche nicht fortzuführen).

Darüber hinaus fördern solche Verbindungen die horizontale Markttransparenz und Erleichtern die Etablierung von kollusionsfördernden Praktiken (z.B. Preisbindungen). Auch Kontrakte über wechselseitig zur Verfügung gestellte Vorleistungen (z.B. Zusammenschaltungsvereinbarungen) können auf Grund der möglichen Auswirkungen (höhere Kosten) auf die Tarife als Kollusionsinstrument fungieren.

Ebenfalls als kollusionsfördernd zu werten sind Kontakte auf Drittmärkten (*Multimarket Contacts*).

3.10.2. Untersuchung dieses Indikators

Zwischen den fünf Mobilfunkbetreibern existieren keine für die Beurteilung relevanten Eigentumsverbindungen, allerdings existieren andere in diesem Zusammenhang relevante Verbindungen sowie Kontakte auf Drittmärkten. Einige davon sind:

- Kooperationen im Rahmen von Standardisierungsgremien und Interessensorganisationen (z.B. GSM Association, UMTS Forum, etc.)
- Kooperationen in Zusammenhang mit Infrastrukturteilung (z.B. *Site sharing*)
- Interworking-Abkommen (z.B. Zusammenschaltungsvereinbarungen)
- Die Unternehmen stehen sich auch auf anderen österreichischen Märkten (z.B. Mobilfunkendkundenmarkt, *Wholesale-Markt* für International Roaming) gegenüber
- Einige der Unternehmen bzw. deren Eigentümer sind Konkurrenten auf anderen europäischen Mobilfunk- und Festnetzmärkten, wie z.B. H3G, Orange (Shareholder von One) und T-Mobile am britischen Mobilfunkmarkt oder Orange (Shareholder von One) und T-Mobile in den Niederlanden.

Strukturelle und sonstige Verbindungen sowie Kontakte auf Drittmärkten erhöhen das Kollusionsrisiko und damit das Risiko einer kollektiven Marktbeherrschung. Zwar gibt es keine nennenswerten Eigentumsverschränkungen zwischen den betroffenen Unternehmen, allerdings spielen Kooperationen und Interworking-Abkommen eine ganz zentrale Rolle in der Telekommunikationsindustrie. Diese Kooperationen führen zwar zu (volkswirtschaftlich wünschenswerten) Effizienzgewinnen (z.B. Sicherstellung der *Any-to-Any-Erreichbarkeit*), erhöhen aber auch das Risiko für kollusives Verhalten.

3.11. Produktdifferenzierung

3.11.1. Zur Bedeutung dieses Indikators

Die Produkte eines Marktes müssen nicht notwendigerweise perfekte Substitute (homogene Güter) sein. Die Heterogenität von Produkten kann in den Produkteigenschaften selbst, aber auch in anderen Unterschieden (z.B. Verbrauchsort) bestehen, wobei allerdings ein hoher Grad an Substituierbarkeit vorliegen muss. Andernfalls wären die Produkte nicht einem Markt zuzurechnen. Die Industrieökonomie unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen horizontaler und vertikaler Produktdifferenzierung: Horizontale Produktdifferenzierung liegt vor, wenn die Konsumenten heterogene Präferenzen in Bezug auf unterschiedliche Produktmerkmale haben. Von vertikaler Produktdifferenzierung wird gesprochen, wenn die Präferenzen der Konsumenten in Bezug auf bestimmte Charakteristika gleich gelagert sind.

Das Ausmaß an Produktdifferenzierung ist ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung von *single dominance*. Dies gilt umso mehr auf Märkten mit wenigen Anbietern und (folglich) einer geringen Zahl an möglichen Substituten. Die in diesem Zusammenhang wesentlichste ökonomische Wirkung von (horizontaler) Produktdifferenzierung ist die, dass sie den Anbietern in einem bestimmten Umfang Preissetzungsspielraum einräumt und daher eine mögliche Quelle für Marktmacht sein kann. Das deckt sich mit der empirischen Wahrnehmung, dass Unternehmen bei der Wahl ihrer Produkte Marktnischen suchen, um intensivem Preiswettbewerb zu entkommen. Je erfolgreicher es ein Unternehmen schafft, sein Produkt von den Übrigen zu differenzieren, umso unelastischer ist die (unternehmensindividuelle) Nachfragekurve für das Produkt. Je unelastischer die individuelle Nachfragefunktion wiederum ist, desto größer ist (potenziell) die Marktmacht. Umgekehrt kann aber eine Vielzahl an – den heterogenen Präferenzen von Konsumenten Rechnung tragenden – Produkten auch Ergebnis eines funktionsfähigen Wettbewerbs sein. Zentral für die Beurteilung von (insbesondere) *single dominance* ist daher die Abwägung, inwieweit effektiver Preiswettbewerb durch Produktdifferenzierung eingeschränkt wird und dem betroffenen Unternehmen aus diesem Umstand Marktmacht erwachsen könnte.

Weniger eindeutig ist aus ökonomischer Sicht die wettbewerbliche Wirkung von Produktdifferenzierung im Zusammenhang mit Kollusion (*Joint-dominance-Kontext*). Vertikale Produktdifferenzierung wirkt tendenziell kollusions-destabilisierend, da jenes Unternehmen mit den größten Vorteilen aus der Produktdifferenzierung – das Unternehmen, das die höchste Qualität anbietet – auf Grund der Wettbewerbsvorteile einen höheren Anreiz hat, von der Kollusionsvereinbarung abzuweichen, gleichzeitig aber mögliche Vergeltungsstrategien weniger fürchten muss. Im Gegensatz dazu ist die Wirkung von horizontaler Produktdifferenzierung nicht eindeutig. Mit zunehmender horizontaler Produktdifferenzierung wird die (unternehmensindividuelle) Nachfragefunktion unelastischer, was sowohl die kurzfristig zu akquirierenden Extraprofiten einer Preissenkung reduziert wie auch die Effektivität einer späteren Vergeltung. Die Gesamtwirkung aus Sicht der Anreizstruktur ist also nicht eindeutig. Allerdings gibt es einen insbesondere in der Rechtsprechung relevanten weiteren Aspekt im Zusammenhang mit Produktdifferenzierung: Ein hoher Grad an Produkthomogenität erleichtert die Abstimmung der Preispolitik und begünstigt das Zustandekommen von Parallelverhalten. Dieser Aspekt von Produktdifferenzierung ist der Hauptgrund, warum eine hohe Produkthomogenität in der Rechtsprechung als kollusionsfördernd interpretiert wird.

3.11.2. Untersuchung dieses Indikators

Die Produkte des Marktes für Zugang und Originierung (mobile Sprachtelefonie, Übermittlung von SMS) sind – jedenfalls auf Ebene der hier relevanten Basisdienste (Teledienste) – hoch standardisiert. Darüber hinaus hat – da der Markt ein Vorleistungsmarkt ist – suggestive Produktdifferenzierung („Brand“) keine nennenswerte Bedeutung, sodass praktisch keine horizontale Produktdifferenzierung möglich ist; die Produkte der Betreiber sind sehr homogen. Damit ist auch von einer hohen Substituierbarkeit auszugehen.

Eine gewisse Sonderrolle nimmt nur die Zusammenschaltungsleistung IC-Originierung (zu Diensterufnummern) ein. Die Leistung ist zwar prinzipiell ebenfalls homogen, allerdings wird die Substituierbarkeit – ähnlich wie bei der Terminierung – durch eine strukturelle Besonderheit eingeschränkt: Die Originierung von einem bestimmten Teilnehmer aus dem von diesem Teilnehmer gewählten Netz ist für den Bezieher der Leistung (den Dienstenetzbetreiber) nicht substituierbar. Darüber hinaus gibt es auf der Endkundenebene keine netzindividuellen Mehrwerttarife, die die Unterschiede in den Originierungsentgelten widerspiegeln würden, sodass der Endkunde Unterschiede in den IC-Originierungsentgelten im Rahmen seiner Konsumententscheidung internalisieren könnte. Im Ergebnis führt dies zu einer Minderung der Substituierbarkeit der IC-Originierungsleistungen (zu Diensterufnummern) unterschiedlicher Betreiber.

Produktdifferenzierung gibt es zum Teil im Bereich der Versorgungsqualität (vertikale Produktdifferenzierung): In der Bevölkerungsversorgung sind kaum Unterschiede festzustellen, im Bereich der Flächenversorgung hat Mobilkom einen Qualitätsvorteil gegenüber den anderen Netzbetreibern.

3.12. Preispolitik und Preisentwicklung

Bei diesen Indikatoren wird untersucht, ob eines der Unternehmen in der Lage ist, höhere Preise in Rechnung zu stellen als seine Mitbewerber. Ist dies der Fall und verfügt ein solches Unternehmen darüber hinaus über einen stabil hohen Marktanteil (wie Mobilkom), kann dies als Indiz dafür gewertet werden, dass dieses Unternehmen in der Lage ist, sich dem Wettbewerb zu entziehen. Zum anderen interessiert gerade auf Märkten mit oligopolistischen Marktstrukturen das Ausmaß an abgestimmten Preisverhalten, wobei es zwischen reinem Parallelverhalten (z.B. auf Grund von Wettbewerbskräften) und abgestimmtem Verhalten (z.B. in Form konzertierter Preiserhöhungen) zu unterscheiden gilt.

Für die hier zu untersuchenden Vorleistungsprodukte liegen entweder keine längerfristigen Tarifinformationen vor (*Airtime*) oder aber diese sind, weil sie in der Vergangenheit reguliert wurden, wenig aussagekräftig (IC-Originierung). Aus diesem Grund wird in der Folge ein Preisvergleich auf *Retail-Ebene* angestellt. Dies ist zulässig, da die *Retail-Ebene* als kompetitiv eingestuft wird.

In der nachfolgenden Abbildung 3 findet sich die Entwicklung der (gewichteten) Durchschnittserlöse von Sprachdiensten und SMS-Diensten am Endkundenmarkt.

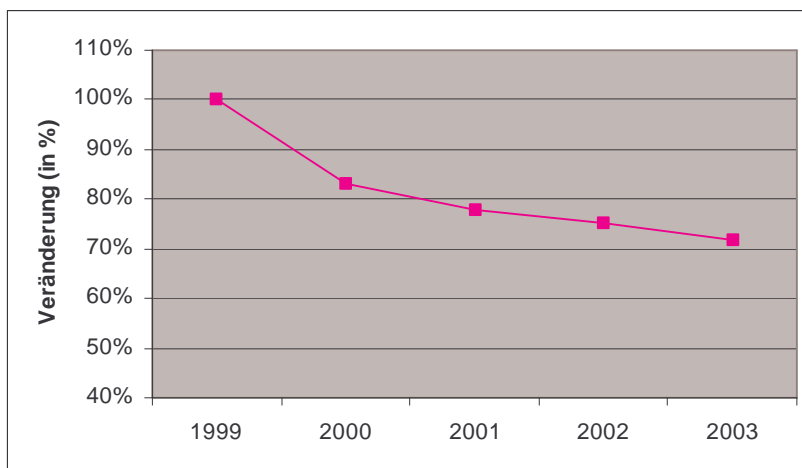


ABBILDUNG 3: GESCHÄTZTE TARIFENTWICKLUNG AUF BASIS VON DURCHSCHNITTSERLÖSEN

Die Entwicklung indiziert einen erheblichen Preisverfall im Bereich der hier relevanten Mobilfunkdienste (die Durchschnittserlöse sind auf 72% des Niveaus von 1999 gesunken).

Ein vergleichbares Ergebnis liefert auch die Entwicklung der Kommunikationskosten auf Basis „repräsentativer“ Nutzertypen. Dabei wird die Entwicklung der jährlichen Kommunikationskosten von 3 Nutzertypen auf Basis des OECD-Baskets untersucht und auf dieser Basis ein (mit den Marktanteilen der Betreiber) gewichteter Durchschnittswert gebildet. In der nachfolgenden Abbildung 4 ist die zeitliche Veränderung dieses Durchschnittswerts für drei Nutzertypen („Low“, „Medium“, „High“) dargestellt.

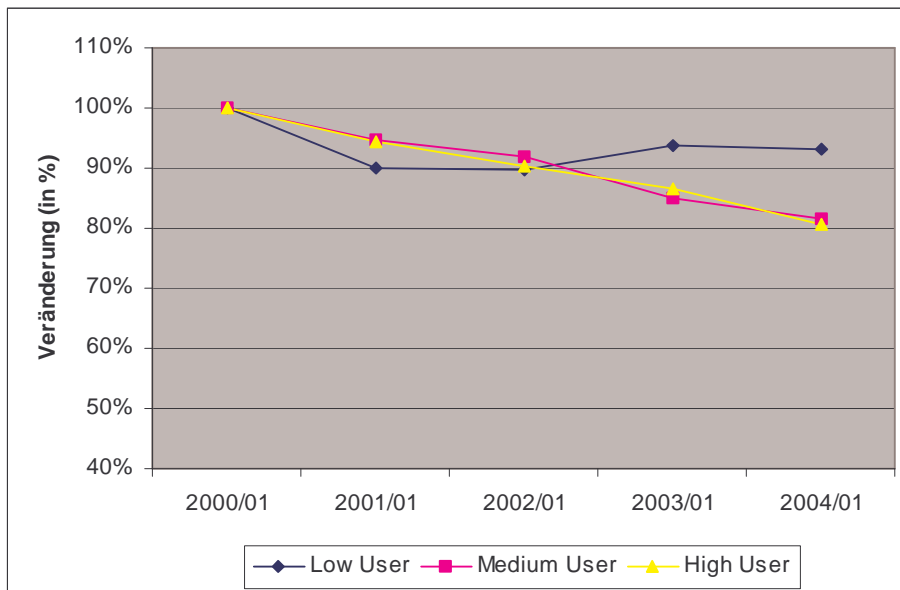


ABBILDUNG 4: ENTWICKLUNG DER KOMMUNIKATIONSKOSTEN

Die (mit den Marktanteilen gewichteten) durchschnittlichen Kommunikationskosten sind seit Jänner 2000 für alle drei Nutzertypen gefallen. Für die Nutzertypen *Medium User* und *High User* auf ca. 80% des Niveaus von Jänner 2000. Für den Nutzertyp *Low User* auf knapp über 90% des Niveaus von Jänner 2000. Das bestätigt im Wesentlichen die auf Basis von Durchschnittserlösen geschätzten Tarifreduktionen.

Eine eingehende Untersuchung der Entwicklung der Kommunikationskosten auf Betreiberebene im wirtschaftlichen Gutachten (ON 9, Seite 66ff sowie Anhang C) ergibt, dass es vereinzelt Preisanstiege gab, allerdings erfolgten diese unilateral; d.h. es ist keine zeitliche Koinzidenz zwischen den Preiserhöhungen der Betreiber festzustellen. Auch wenn tendenziell die Preise der größeren Anbieter leicht höher als jene der kleineren Anbieter sind, ist nicht feststellbar, dass einer der Betreiber nachhaltig höhere Tarife verrechnen würde als alle seine Mitbewerber. Vielmehr sind alternierende Preissenkungen festzustellen, sodass zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedliche Betreiber die höchsten Kommunikationskosten ausweisen. Jedenfalls kein Indiz konnte dafür gefunden werden, dass Mobilkom höhere Tarife verrechnet als ihre Mitbewerber.

3.13. Internationaler Preisvergleich

Für die hier zu untersuchenden Vorleistungsprodukte liegen keine Preisvergleiche oder internationale Tarifinformationen vor; sofern die Vorleistungsprodukte in anderen Ländern überhaupt angeboten werden, sind deren Tarife vollkommen intransparent. Aus diesem Grund wird in der Folge ein Preisvergleich auf *Retail-Ebene* angestellt. Dies ist zulässig, da die *Retail-Ebene* als kompetitiv eingestuft wird – andernfalls hätte der *Retail-Markt* als relevanter Markt abgegrenzt werden müssen – und daher überhöhte Endkundenpreise ausschließlich auf (allokative oder technische) Ineffizienzen auf der Vorleistungsebene zurückzuführen wären.

Für die Untersuchung des internationalen Preisvergleichs im wirtschaftlichen Gutachten wurde der OECD Warenkorb der Firma Teligen (T-Basket) vom November 2003 herangezogen. Im Rahmen dieses Baskets werden für spezifische Nutzertypen die niedrigsten jährlichen Kommunikationskosten eines Landes ermittelt. In dem Basket berücksichtigt sind allerdings nur die Tarife der zwei größten Betreiber eines Landes. Für jeden Nutzertyp ist ein Verkehrsprofil definiert. Auf Basis dieses Verkehrsprofils wird der

jeweils günstigste Tarif eines Landes ausgewählt und die jährlichen Kommunikationskosten ermittelt. Um eine bessere internationale Vergleichbarkeit zu gewährleisten, sind die Kommunikationskosten mit Kaufkraftparitäten (PPP) bewertet und werden exkl. USt ausgewiesen.

Im wirtschaftlichen Gutachten (ON 9, Seite 69ff) sind die Kommunikationskosten für alle Nutzertypen dargestellt. Wie den entsprechenden Abbildungen (Seite 69f und Anhang A) zu entnehmen ist, wird Österreich in den Kategorien *Post-paid-low-user* (Rang 1 von 22) und *Post-paid-medium-user* (Rang 5) als sehr günstiges Land ausgewiesen. Im Bereich der Vieltelefonierer (*High user*) scheint Österreich im Mittelfeld auf. Allerdings ist hier anzumerken, dass gerade in diesem Segment (Businesskunden) Rabatte, die hier nicht berücksichtigt sind, einen nicht unerheblichen Einfluss auf die tatsächlichen Kosten haben, sodass der Tarifvergleich für diesen Nutzertyp mit entsprechender Vorsicht zu interpretieren ist. Die österreichischen *Pre-paid-Tarife* (Rang 18 von 22) werden im internationalen Vergleich als relativ teuer ausgewiesen. Allerdings werden diese durch einen entsprechend niedrigen *Post-paid-Tarif* kompensiert: Bei Berücksichtigung der Kommunikationskosten beider Zahlungsmodalitäten (*post paid* und *pre paid*) nimmt Österreich Rang 4 von 22 ein.

3.14. Existenz von „Mavericks“

Unternehmen mit einer gänzlich anderen Produktionstechnologie (Kostenfunktion und Kapazitätsreserven) bzw. einem anderen Geschäftsmodell wie ihre Mitbewerber (Produktdifferenzierung), so genannte „Mavericks“, können ein kollusives Marktergebnis stark destabilisieren. Parallelverhalten lässt sich grundsätzlich einfacher zwischen „gleichartigen Unternehmen“ praktizieren als zwischen Unternehmen mit starken Interessensunterschieden. „Mavericks“ sind aus ökonomischer Sicht für die Beurteilung kollektiver Marktmacht von Interesse.

Die im Mobilfunkbereich eingesetzte Technologie ist standardisiert, keiner der Anbieter verwendet eine bestimmte Technologie exklusiv. Damit sind erhebliche Kostenasymmetrien (abgesehen von jenen die auf Größenvorteilen beruhen) bedingt durch unterschiedliche Produktionstechnologien unwahrscheinlich. Allenfalls könnte dies auf H3G zutreffen, da dieses Unternehmen im Vergleich zu den anderen Anbietern, die über ein hybrides Netz (2G+3G) verfügen, nur ein Mobilfunknetz der dritten Generation betreibt. Derzeit ebenfalls schwer zu beurteilen – da nur Hutchison 3G-Dienste offensiv kommerziell vermarktet – sind Unterschiede in den Geschäftsmodellen von H3G und den bestehenden GSM-Betreibern. Allerdings wird H3G schon aus einer gewissen kommerziellen Notwendigkeit heraus alternative Modelle zu den gegenwärtigen Vermarktungsstrategien anbieten müssen.

Ein weiterer Grund, ein Unternehmen als „Maverick“ zu klassifizieren, wäre der Planungshorizont: Beispielsweise hat eine auf kurzfristige Profitsteigerung orientierte Geschäftsstrategie eines Anbieters einen erheblichen kollusions-destabilisierenden Einfluss. Aber auch hier fehlt die empirische Evidenz, um das endgültig beurteilen zu können.

3.15. Marktphase und Entwicklung der Nachfrage

Aus ökonomischer Sicht kann keine eindeutige Beurteilung in Bezug auf den Marktmachtindikator Marktphase (Entwicklung der Nachfrage) vorgenommen werden. Da die (langfristigen) zukünftigen Kollusionsgewinne (*joint dominance*) bei wachsender Nachfrage ebenfalls zunehmen, die (kurzfristigen) Gewinne aus *Cheating* aber unberührt von der Entwicklung der Nachfrage bleiben, wird die Strategie *Cheating* mit zunehmendem Marktwachstum relativ unprofitabler. In der Ceteris-paribus-Betrachtung ist daher Kollusion (*Joint-Dominance-Kontext*) in einer frühen Marktphase (bzw. bei hohem Marktwachstum) wahrscheinlicher als in einer späteren Marktphase (bzw. bei stagnierender oder rückläufiger Nachfrage). Ein weiterer Aspekt, der in Zusammenhang mit der Entwicklung der Nachfrage

steht, sind Nachfrageschwankungen. Auf Märkten mit hohen Schwankungen der Nachfrage (im Verhältnis zur Interaktionshäufigkeit) ist Kollusion eher unwahrscheinlicher, da in Zeiten hoher Nachfrage der Anreiz für *Cheating* steigt. Dies ist am vorliegenden Markt nicht der Fall, sodass davon keine kollusionsdestabilisierende Wirkung ausgeht.

Daneben gibt es noch zwei weitere Umstände, die im vorliegenden Zusammenhang einer eindeutigen wettbewerblichen Interpretation des Indikators „Marktphase“ entgegenstehen: Auf Mobilfunkmärkten liegen für die Teilnehmer *Lock-in*-Effekte durch Netzwerkeffekte und Wechselkosten vor. Auf solchen Märkten ist in Zeiten hohen Marktwachstums (an Teilnehmern) ein intensiver Wettbewerb um (zukünftig wertvolle) Teilnehmer zu erwarten und allfällige Wettbewerbsprobleme auf Grund der *Lock-in-Effekte* eher auf saturierten Märkten (Reifephase) zu erwarten. Dies steht ebenfalls im Widerspruch zum kollusionsstabilisierenden Effekt eines hohen Marktwachstums. Darüber hinaus ist die Bestimmung der Marktphase gerade für den vorliegenden Markt nicht ganz einfach. Zwar gibt es auf Grund der abgeleiteten Nachfrage einen engen Zusammenhang zwischen der Entwicklung am Endkundenmarkt und der Nachfrage am Vorleistungsmarkt, allerdings werden bestimmte Leistungen dieses Marktes erst seit kurzer Zeit (*Airtime*), in naher Zukunft (*MVNO-Access*) oder gar nicht angeboten. Damit ist aber die Beurteilung der weiteren Marktdynamik derzeit nicht möglich.

3.16. Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität

Die Elastizität der Nachfrage ist für die ökonomische Beurteilung von Kollusion (*joint dominance*) nicht eindeutig: Eine hohe Elastizität erhöht zwar die Gewinne aus *Cheating* (auf Grund eines höheren Mengeneffekts), dafür ist gleichzeitig aber auch (aus selbigem Grund) eine mögliche Vergeltung massiver. Die Gesamwirkung ist ambivalent.

In Bezug auf die Beurteilung von *single dominance* wird die Elastizität der Nachfrage im Rahmen von Marktmachtindikatoren, die Auswirkungen auf die Elastizität haben, wie Produktdifferenzierung, vertikale Markttransparenz, etc. geprüft. Ebenfalls implizit im Rahmen anderer SMP-Kriterien geprüft wird das Ausmaß an Angebotselastizität (z.B. Expansionshemmnisse, Verfügbarkeit über nicht replizierbare Infrastruktur, etc.).

C. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zum Markt „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Felder, Dr. Liu, Mag. Neubauer, Mag. Pisjak und DI Zlabinger vom Mai 2004 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03, M 15/03“, ON 9).

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 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (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 vor, festzustellen, 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 ff. 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 RahmenRL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. 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 Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte – die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (TKMVO 2003) – 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 eines 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. 4 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*“). Darunter wird 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 („*Rahmenrichtlinie*“, Amtsblatt Nr. 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 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 dieser Richtlinie aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 RahmenRL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vorgenommen: 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 Marktzutritthemmnisse, 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 Formulierung „*insbesondere*“ deutet klar darauf hin, dass die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 nicht erschöpfend ist; 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*“ iSd § 35 TKG 2003 und „*effektivem Wettbewerb*“ iSd § 37 TKG 2003) 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 RahmenRL).

Die Definitionsansätze in der Europäischen Kommission, der OECD bzw. der IRG umfassen ein ähnliches Begriffsverständnis:

„Effective competition can be defined as the persistent absence of players with market power. In its essence market power is the ability to influence prices and of persistently enjoying higher profits than those enjoyed by firms which do not possess market power. In an effectively competitive market users are better off, because they are more likely to be provided a greater variety of products and/or services of lower price and higher quality than they could be provided in a non-competitive market“.

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 (gegebenenfalls) die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu. Vice versa kommt ihr auch die Zuständigkeit zur Feststellung effektiven Wettbewerbs auf einem Markt 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. Abs. 2 leg. cit. 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, unter anderem die Zusammenschaltung (§ 129 Abs. 1 Z 3 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 verfahrensrechtlicher Beschluss einer Verwaltungsbehörde ist als individuelle Vollziehungshandlung anzusehen und unterliegt sohin grundsätzlich den vorgenannten Verfahren.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit vorliegender Vollziehungshandlung vorgenommene Feststellung, dass auf dem „*Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen*“ effektiver Wettbewerb herrscht, sohin kein (bzw. keine) Unternehmen über eine beträchtliche Marktmacht verfügt (bzw. verfügen) und diesem (bzw. diesen) keine spezifischen 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 „*Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen*“. So ist davon auszugehen, dass die genannten Auswirkungen auf diesen Vorleistungsmarkt vorzuliegen haben. Die Feststellung, dass effektiver Wettbewerb gegeben ist, dass kein Unternehmen über eine beträchtliche Marktmacht verfügt und keine sektorspezifischen ex-ante-Verpflichtungen auf diesem Markt (mehr) zur Anwendung kommen, hat unzweifelhaft beträchtliche Auswirkungen. So kann beispielsweise kein Unternehmen den Zugang (nicht jedoch die Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003) erzwingen, wenn das jeweils andere Unternehmen einen solchen verweigert. Weiters können Mobil-Originierungsentgelte keiner besonderen Verpflichtung, wie in § 42 TKG 2003 („*Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang*“) potentiell vorgesehen, unterworfen werden. In diesem Zusammenhang verkennt die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs auf diesem Markt auf Grund der grundsätzlich gegebenen Interdependenzen von Märkten untereinander auch auf andere Märkte eine beträchtliche Auswirkung haben kann. Zwar sieht zum Beispiel die TKMVO 2003 keinen Mobil-Endkundenmarkt vor, dennoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs auf dem genannten Markt auch direkt Auswirkungen auf den Endkundenmarkt haben wird.

Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, dass 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, 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 RahmenRL 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.

Es zeigt sich sohin, dass vorliegende Feststellung gemäß § 37 Abs. 3 TKG 2003 eine Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 darstellt, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen ist.

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ im Konkreten

Das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Felder, Dr. Liu, Mag. Neubauer, Mag. Pisjak und DI Zlabinger vom Mai 2004 (in der Folge „Gutachten“, ON 9) untersucht eingehend die einzelnen Marktmacht-Indikatoren aus ökonomischer Sicht und hält fest, welche Kriterien – aus ökonomischer Sicht – (eher) für oder gegen eine (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 einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – single dominance – 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 Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt, obwohl sie in

einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung

annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile — über 50 % — ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen 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.

So zeigt das wirtschaftliche Gutachten (ON 9, Seite 42ff) einen hohen in der Zeit stabilen Marktanteil eines Unternehmens – Mobilkom – in Verbindung mit einem signifikanten Marktanteilsabstand zum nächst größeren Unternehmen, T-Mobile Austria, auf. Dies indiziert (unabhängig von der gebotenen Untersuchung weiterer Indikatoren), dass das betroffene Unternehmen über eine alleinmarktbeherrschende Stellung verfügen könnte. Die Untersuchung der Marktanteile am Markt für Zugang und Originierung zeigt, dass allenfalls Mobilkom diese Voraussetzung erfüllt, da Mobilkom in dem wesentlicheren der beiden Segmente, nämlich den Sprachdiensten, über einen hohen Marktanteil (zwischen 40 und 50%) verfügt, der nur eine sehr leichte Tendenz nach unten zeigt. Darüber hinaus hat Mobilkom einen fast doppelt so hohen Marktanteil wie T-Mobile, dem zweitgrößten Betreiber. Damit kann aber eine marktbeherrschende Stellung von Mobilkom auf Basis der Marktanteile alleine nicht geschlossen werden. Wie die Leitlinien festhalten (Rz. 78), ist hervorzuheben, dass eine beherrschende Stellung nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden kann. Weitere Marktmachtindikatoren sind sohin zu untersuchen, um zu überprüfen, ob sich Mobilkom unabhängig von anderen Unternehmen verhalten kann.

Im Gegensatz dazu sprechen die erheblichen Unterschiede der Marktanteile sowie die nach wie vor zu beobachtenden Verschiebungen von Marktanteilen (vgl. EK vom 18.10.1995, Nr. IV/M.630, Rz 29, Henkel/Schwarzkopf) gegen das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung: Unter solchen Rahmenbedingungen ist zu erwarten, dass Unternehmen mit einem sehr geringen Marktanteil, wie beispielsweise tele.ring, einen hohen *Cheating-Anreiz* haben, sodass die Kollisionsstabilität sehr gering ist (vgl dazu die Preispolitik der kleineren Unternehmen).

6.2. Zum Indikator „Marktkonzentration“

Im Kontext der Untersuchung einer gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht – joint dominance – mehrerer Unternehmen nennt § 35 Abs. 4 Z. 1 TKG 2003 „das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf“. Auch die Leitlinien nennen die Marktkonzentration (Rz. 75 - 78) als einen Indikator.

Die Telekom-Control-Kommission geht in Anlehnung an das wirtschaftliche Gutachten davon aus, dass abgestimmtes Verhalten bei einer Anbieterzahl von mehr als 5 bis 6 Unternehmen schon auf Grund des kritischen Zinssatzes (im Vergleich zu den branchenüblichen Kapitalkosten) unwahrscheinlich wird und sich diese Zahl bei Vorliegen anderer die Kollusion erschwerender Faktoren weiter reduziert. Die Spruchpraxis zum allgemeinen

Wettbewerbsrecht geht von einer Grenze von 3 bis 5 Unternehmen aus. Im Falle Price Waterhouse/Coopers&Lybrand stellte die Europäische Kommission die These auf, dass oligopolistische Marktbeherrschung bei mehr als drei oder vier Anbietern unwahrscheinlich wäre, untersuchte aber ihrerseits auch Zusammenschlüsse im Hinblick auf eine oligopolistische Marktbeherrschung durch fünf Unternehmen.

Für die Beurteilung gemeinsamer Marktmacht ist neben der Zahl an Anbietern auch die Verteilung der Marktanteile von Relevanz. Ein signifikant hoher gemeinsamer Marktanteil der betroffenen Unternehmen (kollektive Einheit) ist eine notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Bedingung für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung. Vor dem Hintergrund der Spruchpraxis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht dürfte von der Mindestschwelle der Einzelmarktbeherrschung von 40% auszugehen sein. Allerdings bestand sogar in Fällen, in welchen zwei bzw. drei Anbieter einen gemeinsamen Marktanteil von 90% bzw. 95% hielten, keine Gefahr einer oligopolistischen Marktbeherrschung,² was wiederum nahe legt, dass bei einer hohen Konzentration andere Kriterien durchaus oligopolistische Marktbeherrschung verhindern können.

Mit fünf Marktteilnehmern und einem HHI von 3.200 Punkten für Sprachdienste und 2.800 Punkten für SMS-Dienste ist der Markt für Zugang und Originierung in öffentliche Mobilfunknetze zwar grundsätzlich als stark konzentriert zu bewerten, allerdings deuten alle anderen untersuchten Indikatoren auf eine stetig abnehmende Konzentration (Angleichung der Marktanteile) hin. So ist davon auszugehen, dass Parallelverhalten bei dieser Anbieterzahl bereits sehr schwierig ist, da die individuellen *Cheating-Anreize* auf Grund des kritischen Zinssatzes (ab dem ein Parallelverhalten nicht mehr „rentabel“ erscheint) bereits erheblich sind und darüber hinaus die Abstimmung selbst – insbesondere bei Vorliegen signifikanter Asymmetrien – sehr komplex ist. Darüber hinaus weist der österreichische Mobilfunkmarkt im internationalen Vergleich eine vergleichsweise geringe Konzentration auf.

6.3. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Sowohl die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) als auch die Kriterienliste für eine gemeinsame beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 4 Z 2 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschancen“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerber“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der Leitlinien nennen ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon ab hängt, 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.

Die 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

² In den Fällen *Tyco International Ltd/US Surgical Corporation* und *American Home Products/Monsanto*.

(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.

Darüber hinaus haben Marktbarrieren einen wesentlichen Einfluss auf den Grad an potenziellem Wettbewerb (die Bestreitbarkeit eines Marktes) sowie auf die Kollusionsneigung. Die Theorie der bestreitbaren Märkte (*contestable markets*) unterstellt, dass unter bestimmten Voraussetzungen die alleinige Drohung eines kurzfristigen Markteintritts (*hit-and-run-entry*) eine hinreichend disziplinierende Wirkung auf die aktiven Marktteilnehmer ausübt, sodass sich auch auf Monopolmärkten bzw. Märkten mit einer sehr geringen Zahl an aktiven Marktteilnehmern ein Wettbewerbsergebnis einstellt. Eine notwendige – wenn auch nicht hinreichende – Voraussetzung für das Vorliegen eines bestreitbaren Marktes ist die Abwesenheit von Marktbarrieren insbesondere von versunkenen Kosten. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen (hoher) Markteintrittsbarrieren keine disziplinierende Wirkung durch potenziellen Wettbewerb zu erwarten ist. Auf Märkten, die auf Grund einer geringen Anbieterzahl anfällig für abgestimmtes Verhalten sind (Joint-Dominance-Kontext), wirken niedrige Markteintrittsbarrieren kollusionsdestabilisierend, da die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Markteintritte mit abnehmenden Marktbarrieren zunimmt und dies *Cheating* gegenüber der kollusiven Strategie attraktiver macht.

Auf dem Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen gibt es erhebliche Markteintrittsbarrieren. Die wesentlichsten davon sind die Verfügbarkeit von Frequenznutzungsrechten sowie Größenvorteile in Verbindung mit versunkenen Kosten und anderen Marktbarrieren, wie Kostenasymmetrien im Bereich der Akquisition von Funkstandorten, Wechselbarrieren im Bereich der Endkundenmärkte und ggf. – abhängig von der zukünftigen Regulierungspraxis – Barrieren in Zusammenhang mit der Zusammenschaltung. Unter anderem deswegen (insbesondere aber wegen hoher versunkener Kosten) ist die Bestreitbarkeit (bzw. der potenzielle Wettbewerb) gering. Damit ist das Ergebnis auch konsistent mit der Marktdefinition (TKMVO 2003), in deren Rahmen Markteintrittsbarrieren als eines von drei Relevanzkriterien zu überprüfen waren.

Auf normalen Wettbewerbs-Märkten induzieren Übergewinne (marktbeherrschender) Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist im Mobilfunk jedoch auf Grund der hohen Markteintrittsbarrieren außer Kraft gesetzt. Dies macht den Markt anfälliger (da für die Betreiber mehr Anreiz besteht) für wettbewerbsbeschränkende Praktiken.

Die ausgeprägten Größenvorteile in Zusammenspiel mit hohen – zum Teil sogar unüberwindlichen – Markteintrittsbarrieren lassen langfristig eine Marktkonzentration erwarten, die weit über jene in anderen Sektoren hinausgeht. Die hohe Konzentration im Zusammenspiel mit hohen Markteintrittsbarrieren schafft einen erhöhten Anreiz für abgestimmtes Verhalten.

Auf Grund des geringen Grads an potenziellem Wettbewerb spielt der langfristige „tatsächliche Wettbewerb“ ein umso gewichtigere Rolle.

Wegen der hohen Markteintrittsbarrieren (insbesondere der Frequenzknappheit) und der hohen Konzentration ist der Grad an Wettbewerb sehr sensitiv in Bezug auf die Anbieterzahl. Aus diesem Grund kann die Wettbewerbsbeurteilung gänzlich anders ausfallen, wenn nur ein Anbieter weniger am Markt aktiv ist.

6.4. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

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 Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

Wie das wirtschaftliche Gutachten zeigt, kann ein Teil der Nachfrager auf dem Markt für Zugang und Originierung, nämlich Diensteanbieter, bei entsprechendem Kooperationsinteresse seitens der Mobilfunknetzbetreiber über ein erhebliches Maß an Nachfragemacht verfügen.

6.5. Zu den Indikatoren „Transparenz und Interaktionshäufigkeit“

§ 35 Abs. 4 Z 4 TKG 2003 nennt als einen weiteren Marktmachtindikator für das Vorliegen einer gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht „die vorhandene Markttransparenz“. Das Vorhandensein transparenter Marktstrukturen wird als zwingende Voraussetzung für das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung angesehen (vgl. Urteil des Gerichts Erster Instanz zu Airtours/Kommission).

Vertikale Markttransparenz – Informationen der Abnehmer über Preise und andere Produktmerkmale – fördert eindeutig den Wettbewerb: Nur bei hinreichend informierten Konsumenten können Preisänderungen auch wettbewerbsmäßig wirksam werden. So weit dies abschätzbar ist, ist die vertikale Markttransparenz für alle extern verkauften Leistungen dieses Marktes (nicht die Eigenleistungen) hoch.

Märkte mit einer geringen Häufigkeit an Marktinteraktionen sind ceteris paribus weniger kollusionsanfällig, da auf solchen Märkten höhere *Cheating-Anreize* und ein geringeres Potential für Vergeltungsmaßnahmen gegeben sind. Die Häufigkeit der Markttransaktionen ist nicht für alle hier untersuchten Leistungen gleich zu beurteilen, aber in der Tendenz vergleichsweise gering einzuschätzen.

Mit zunehmender horizontaler Markttransparenz – Informationen der Unternehmen über das Marktverhalten der Mitbewerber – steigt ceteris paribus auch die Kollusionsneigung, da eine hohe Markttransparenz die Verhaltensabstimmung erleichtert und Vergeltung seitens der Mitbewerber wahrscheinlicher wird. In Bezug auf die Vorleistungen für Diensteanbieter (*MVNO-Access*, *Airtime*, *Indirect Access*) fällt die Beurteilung eindeutig aus: Die entsprechenden Interworking-Verträge sind für andere Unternehmen vollkommen intransparent. Eine gewisse Sonderrolle – nicht nur in Bezug auf dieses Strukturkriterium – nimmt die Leistung IC-Originierung (zu Diensternummern) ein. In Bezug auf diese Leistung ist keine eindeutige Beurteilung möglich.

Märkte mit einer geringen Häufigkeit an Marktinteraktionen sind ceteris paribus weniger anfällig für Parallelverhalten, da auf solchen Märkten höhere *Cheating-Anreize* gegeben sind. Die Häufigkeit der Marktinteraktionen ist nicht für alle hier untersuchten Leistungen gleich zu beurteilen aber insgesamt vergleichsweise gering einzuschätzen. Die geringe horizontale Markttransparenz wie auch die Interaktionshäufigkeit sprechen somit gegen einen erhöhten Anreiz für Parallelverhalten und für das Vorliegen von effektivem Wettbewerb.

6.6. Zum Indikator „Vertikale Integration“

Der Marktmachtindikator „Vertikale Integration“ wird im TKG 2003 unter den Kriterien für „single dominance“ genannt (§ 35 Abs. 2 Z 9 TKG 2003).

Da jeder Diensteanbieter, der über keine entsprechende Infrastruktur verfügt, von Produkten am Vorleistungsmarkt abhängig ist, ist die Marktposition von jenen Unternehmen, die über die jeweilige Infrastruktur verfügen und am selben nachgelagerten Markt im Wettbewerb mit dem nach Vorleistung suchenden Unternehmen stehen, grundsätzlich eine besondere ist. Das Ausmaß der vertikalen Integration bestimmt in wesentlichem Maß die Anreize zu anti-kompetitivem Verhalten gegenüber Mitkonkurrenten.

Da auf dem vorliegenden Markt alle fünf Anbieter (und nicht nur ein Betreiber) vertikal integriert sind, kann single dominance, nicht jedoch joint dominance ausgeschlossen werden (vgl. dazu nachstehendes Kapitel „Marktverhalten“).

6.7. Zum Indikator „Marktverhalten“

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer (alleinigen) beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für single dominance als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab; exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren.

Das Verhalten von vertikal integrierten Unternehmen (Mobilfunknetzbetreibern) auf der Vorleistungsebene gegenüber möglichen Konkurrenten am Endkundenmarkt (Diensteanbieter) kann ein Zeichen für die Ausübung von Marktmacht sein.

Mit Tele2 gibt es am österreichischen Mobilfunkmarkt seit Frühjahr 2003 einen Wiederverkäufer. Tele2 hat auf privatrechtlicher Basis (ohne jegliche regulatorische Intervention) einen Kooperationsvertrag mit dem Mobilfunknetzbetreiber One abgeschlossen. Es ist zu erwarten, dass Tele2 in naher Zukunft sein Geschäftsmodell in Richtung eines MVNO adaptieren wird. Auch die dafür notwendige Vorleistung (*MVNO-Access*) wird Tele2 auf Basis einer privatrechtlichen Kooperation beziehen. Pressemeldungen zur Folge ist auch mit dem Markteintritt eines zweiten Wiederverkäufers (eTel) zu rechnen (APA Meldung vom 22.4.2004, ON 9, Seite 65).

Darüber hinaus hat es in den letzten 3 Jahren keine gegenüber der Regulierungsbehörde artikulierte Nachfrage nach Netzzugang von (potenziellen) Diensteanbietern gegeben. Die Tatsache, dass privatrechtliche Verträge zwischen Mobilfunkbetreibern (wie One) und Diensteanbietern (wie tele2, eTel) zustande kommen, ist als klares Indiz für wettbewerbliches Verhalten zu werten.

6.8. Zum Indikator „Kapazitäten und Expansionshemmnisse“

Expansionshemmnisse werden in den Leitlinien als ein Marktmachtindikator genannt (Rz. 78), finden aber in der demonstrativen Aufzählung relevanter Kriterien des TKG 2003 keine Erwähnung. Die Existenz freier Kapazitäten wird als Kriterium für eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung genannt (§ 35 Abs. 4 Z 10 TKG 2003).

Kapazitätsreserven bzw. -restriktionen sind ein wesentlicher Faktor in der Preispolitik von Unternehmen. Da – wie bereits ausgeführt – die Markteintrittsbarrieren im Mobilfunk sehr hoch sind, spielen Expansionshemmnisse für den Wettbewerb eine umso bedeutendere Rolle. Die Existenz von Expansionshemmnissen (*Barriers to expansion*) kann ein

wesentlicher Faktor sein, der effektiven Wettbewerb beschränkt, insbesondere dann, wenn die Konkurrenten des potenziell (allein-)marktmächtigen Unternehmens solchen Beschränkungen unterliegen. Auf Märkten mit geringen Expansionshemmnissen ist demnach ein intensiverer Wettbewerb zu erwarten als auf Märkten mit hohen *barriers to expansion* (Comp IV/M.390, 10.1.1994, AKZO, Rn 18). Im österreichischen Mobilfunk liegen jedoch keine solchen Beschränkungen insbesondere für Unternehmen mit weit geringerem Marktanteil vor, weswegen dieser Indikator nicht für eine beträchtliche Marktmacht spricht.

Die Tatsache, dass auf Mobilfunkmärkten nicht Mengenentscheidungen den zentralen Wettbewerbsparameter darstellen, sondern Preisentscheidungen, lässt intensiven Preiswettbewerb (und nicht Mengenwettbewerb) erwarten.

6.9. Zu den Indikatoren betreffend Symmetrie und Wettbewerbsvorteile – „Größe des Unternehmens, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Zugang zu Finanzmitteln, Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, Technologiebedingter Vorsprung

Die im wirtschaftlichen Gutachten unter dem Begriff „Symmetrie und Wettbewerbsvorteile“ untersuchten Kriterien

- Größe des Unternehmens,
- Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
- Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
- Zugang zu Finanzmitteln,
- Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur sowie
- technologiebedingter Vorsprung

sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren (für single dominance) genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 1, 6, 7, 8, 11, 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

In der Regel ist nicht davon auszugehen, dass ein technologischer Vorsprung für sich genommen geeignet ist, einen unabhängigen Bewegungsspielraum eines Unternehmens (iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003) zu begründen. Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation stärken zum einen die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens, stellen zum anderen auch eine Marktzutrittsschranke dar. Ein Rückgriff auf eine eigene Vertriebsorganisation wird in aller Regel einen wettbewerblichen Vorteil gegenüber dem Einsatz von „Vermittlern“ bedingen.

Wie die eingehende Untersuchung im wirtschaftlichen Gutachten zeigt, verfügt Mobilkom nur in einem Bereich über einen nennenswerten Wettbewerbsvorteil. Mobilkom kann auf Grund einer höheren Absatzmenge mehr Größenvorteile ausschöpfen als die Konkurrenten. Damit kann Mobilkom zu geringeren Durchschnittskosten als die Mitbewerber produzieren und – bei gegebenem Marktpreis – höhere Deckungsbeiträge (auch auf dem Markt für Zugang und Originierung) erwirtschaften. Daraus kann aber noch nicht zwingend auf eine (allein)marktbeherrschende Stellung geschlossen werden. Zum einen erodieren diese Vorteile mit zunehmender Outputmenge (bzw. Marktanteilsgewinnung) der kleineren Betreiber. Zum anderen resultieren die Größenvorteile von Mobilkom primär aus einer starken Marktstellung am Endkundenmarkt (insbesondere auch an Teilnehmern) und nicht so sehr aus Vorteilen auf der Vorleistungsebene. Ein Grund für den vergleichsweise hohen Marktanteil am Endkundenmarkt sind *First-Mover-Vorteile*, die mit der Zeit – nicht zuletzt durch die Einführung der Rufnummernportabilität – zunehmend an Bedeutung verlieren.

Für die Beurteilung von *joint dominance* gilt, dass Parallelverhalten einfacher zwischen symmetrischen Unternehmen (mit ähnlichen Interessenslagen) praktiziert werden kann, als zwischen Unternehmen mit starken Asymmetrien. Wie die Untersuchung zeigt, gibt es im Bereich der Infrastrukturen keine wesentlichen Asymmetrien. Auch die Innovationsdynamik ist für die hier relevanten Produkte SMS und *Voice* eher gering. Darüber hinaus wird Innovation branchenweit (und damit für alle Betreiber) generiert. Die einzig wesentliche Asymmetrie zwischen den Betreibern resultiert aus der unterschiedlichen Ausschöpfung von Größenvorteilen. Dies schafft für kleinere Betreiber mit geringer Outputmenge und demzufolge geringer Ausschöpfung von Größenvorteilen einen hohen Anreiz, die Absatzmenge durch einen aggressiven Einsatz der Wettbewerbsinstrumente wie auch durch alternative Strategien wie eine (freiwillige) Kooperation mit Diensteanbietern (vgl. dazu ONE und Tele2) auszudehnen und damit Größenvorteile auszuschöpfen und höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Insgesamt spricht dies für eine geringe Kollusionsneigung des Marktes für Zugang- und Originierung.

6.10. Zum Indikator „Verbindungen und Kontakte auf Drittmärkten“

Die „*Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern*“ ist explizit im TKG 2003 (§ 35 Abs. 4 Z 11 TKG 2003) und in den Leitlinien der Europäischen Kommission als Marktmachtindikator für die Beurteilung einer gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht erwähnt (Rz. 97).

Dieser Faktor spielt auf Telekommunikationsmärkten eine nicht unerhebliche Rolle und erhöht grundsätzlich das Risiko des Parallelverhaltens. Dies ist für den Telekommunikationssektor im Allgemeinen wie auch für den Markt für Zugang und Originierung im Speziellen der Fall: Die Unternehmen (bzw. deren Eigentümer) stehen sich auf „anderen Märkten“ im Inland und Ausland gegenüber. Die Unternehmen partizipieren gemeinsam in Standardisierungsgremien und Interessensorganisationen. Zur Sicherstellung der Any-to-Any-Erreichbarkeit sind Kooperationen (z.B. in Form von Interworking-Abkommen) erforderlich. All diese Verbindungen erhöhen das Potenzial für Vergeltungsmaßnahmen, was in der Folge in der Tendenz eine parallelverhaltensstabilisierende Wirkung hat.

6.11. 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 das marktführende Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbewerbern daraus gewinnen kann, dass er eine Vielzahl differenzierter Waren anbietet, die ihm einen Preissetzungsspielraum einräumen.

Wie das wirtschaftliche Gutachten zeigt, sind die Produkte des Marktes für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen hoch standardisiert und es gibt – zumindest auf der Vorleistungsebene – praktisch kein Potenzial für horizontale Produktdifferenzierung. Damit sind aber die Produkte der einzelnen Betreiber enge Substitute, was wiederum eine elastische unternehmensindividuelle Nachfragefunktion zur Folge hat und erwarten lässt, dass die Preise nahe am Wettbewerbsniveau sind. Dies spricht deutlich gegen eine alleinmarktbeherrschende Stellung eines Unternehmens.

Die Leistung IC-Originierung (zu Diensterufnummern) ist hier als Ausnahme zu nennen. Auf Grund struktureller Besonderheiten ist die Substituierbarkeit gemindert und die Betreiber in Bezug auf diese Leistung einem geringeren preisdisciplinierenden Druck ausgesetzt. Dies

gibt allen Betreibern (nicht nur dem Marktführer) eine gewisse Marktmacht in Bezug auf diese Leistung.

Ist eine Dienstleistung oder ein Produkt nicht substituierbar, kann dies zur Feststellung einer wirtschaftlichen Abhängigkeit führen, die für das Vorhandensein einer beherrschenden Stellung charakteristisch ist (EK Abl. L 43 vom 15.2.1987 und Magill TV Guide ABI. L 78 vom 21.3.1989).

Nicht eindeutig fällt das Urteil in Bezug auf die Untersuchung von kollektiver Marktmacht aus. Zwar wäre die hohe Produkthomogenität vor dem Hintergrund der Rechtsprechung als kollusionsfördernd zu werten. Allerdings ist diese Wirkung aus ökonomischer Sicht nicht eindeutig und die Tatsache, dass auf dem hier zu untersuchenden Markt ausschließlich vertikale Produktdifferenzierung praktiziert wird, ist tendenziell als kollusions-destabilisierend zu werten.

6.12. Zu den Indikatoren „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.

Sowohl die generelle Preisentwicklung der letzten Jahre wie auch das individuelle Preissetzungsverhalten der Unternehmen deuten klar auf das Vorliegen von Wettbewerb hin. Für Konsumenten sind die Mobilkommunikationskosten erheblich gesunken, schätzungsweise auf zumindest 75% des Niveaus von 1999. Es konnten keine Indizien für überhöhte Preise eines der Betreiber – und damit individuelle Marktmacht – gefunden werden; insbesondere verrechnet auch das größte Unternehmen – Mobilkom – auf diesem Markt keine signifikant höheren Preise als die Mitbewerber und verhält sich sohin nicht unabhängig von den Mitbewerbern (EuGH Rs 27/76 vom 14.2.1978 Leitsatz 2, United Brands). Ebenfalls keine Evidenz konnte für abgestimmtes Preisverhalten – und damit Kollusion – gefunden werden. Weiters bestätigen die Ergebnisse, dass kleinere Betreiber – wie insbesondere tele.ring – durch eine aggressive Preispolitik erfolgreich Marktanteile erobern. Ein solches Preisverhalten (EK vom 2.4.1998, Nr. IV/M. 1127, Nestlé/Dalgety, Rz. 29) steht nicht im Einklang mit oligopolistischer Marktbeherrschung.

6.13. Zum Indikator „Internationaler Preisvergleich“

Trotz grundsätzlicher Probleme mit internationalen Preisvergleichen, wie die Heterogenität von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, sind internationale Preisvergleiche ein wichtiger Bestandteil einer Wettbewerbsanalyse, da sie letztlich der einzige für diesen Markt brauchbare Vergleichsmaßstab für den wesentlichsten Wettbewerbsparameter, nämlich den Preis, sind. Dieses Kriterium findet sich nicht im TKG 2003.

Vor dem Hintergrund grundsätzlicher Vorbehalte gegenüber internationaler Preisvergleiche ist festzuhalten, dass die österreichischen Tarife für die Mobil-Sprachdienste Sprache und SMS zu den niedrigsten in Europa zu zählen sind – Schätzungen (der Amtssachverständigen, ON 9) zu Folge sind die Kosten für Mobilkommunikation für Endnutzer auf etwa 75% des Niveaus von 1999 gefallen –, was auf ein hohes wettbewerbliches Niveau nicht nur auf Endkundenebene schließen lässt.

6.14. Zum Indikator „Mavericks“

„Mavericks“, d.h. Unternehmen mit einer gänzlich anderen Produktionstechnologie bzw. einem anderen Geschäftsmodell wie ihre Mitbewerber sind aus ökonomischer Sicht für die Beurteilung kollektiver Marktmacht interessant, werden aber grundsätzlich nicht im TKG 2003 als „Marktmachtindikator“ erwähnt.

Eine abschließende Beurteilung scheint nicht möglich; auf Grund struktureller Faktoren kann jedoch davon ausgegangen werden, dass H3G – als einziger Betreiber, der nur ein Mobilfunknetz der dritten Generation betreibt – eine solche „Maverick“-Rolle haben wird.

6.15. Zu den Indikatoren „Marktphase und Entwicklung der Nachfrage“

Sowohl die Kriterien für eine alleinige als auch die für eine gemeinsame beträchtliche Marktmacht (§§ 35 Abs. 2 Z 5, Abs. 4 Z 5 TKG 2003) nennen die „jeweilige Marktphase“ als einen weiteren Marktmachtindikator.

Mit diesem Indikator wird die dynamische Marktentwicklung in die Untersuchung miteinbezogen. Dabei gibt die Kenntnis über die jeweilige Marktphase Aufschluss über eine Dauerhaftigkeit von Strukturmerkmalen. Wie das wirtschaftlichen Gutachten jedoch zeigt (Seite 77f), können aus ökonomischer Sicht die wettbewerbliche Wirkungen der Entwicklung der Nachfrage (Marktphase) für den Markt Zugang und Originierung in individuellen Mobiltelefonnetzen nicht eindeutig geklärt werden, weswegen eine weiter gehende Untersuchung unterbleibt.

6.16. Zum Indikator „Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität“

Das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität wird im TKG 2003 als Kriterium für eine alleinige und eine gemeinsame beträchtliche Marktmacht genannt (§§ 35 Abs. 2 Z 5, Abs. 4 Z 5 TKG 2003) und wurde implizit im Rahmen der anderen Marktmachtindikatoren, wie Produktdifferenzierung, Expansionshemmnisse, Verfügbarkeit über nicht replizierbare Infrastruktur, mituntersucht.

7. Zusammenfassende Beurteilung der wettbewerblichen Situation

7.1. Vor dem Hintergrund einer (möglichen) alleinigen beträchtlichen Marktmacht

Auch wenn auf dem Markt für Zugang und Originierung bedeutsame Markteintrittsbarrieren vorliegen und Mobilkom über einen hohen Marktanteil (zwischen 40 und 50%) verfügt, sprechen die wesentlichsten Marktmachtindikatoren für das Vorliegen von effektivem Wettbewerb:

Die Abwesenheit von Expansionshemmnissen (insbesondere für die Konkurrenten von Mobilkom), ein hoher Grad an Produkthomogenität, hohe vertikale Markttransparenz und die Tatsache, dass auf Mobilfunkmärkten der Preis und nicht die Menge der zentrale Aktionsparameter ist, lässt intensiven Preiswettbewerb erwarten. Darüber hinaus verfügt Mobilkom – abgesehen von Ausschöpfung von Größenvorteilen – über keine systematischen Vorteile im Bereich der Produktionsmittel (z.B. nicht leicht ersetzbare Infrastruktur), der Vertriebswege oder im Zugang zu Finanzmitteln. Es konnten auch keine Indizien dafür gefunden werden, dass sich Mobilkom unabhängig von seinen Mitbewerbern verhalten und überhöhte Preise verrechnen könnte.

Insgesamt ist sohin festzuhalten, dass auf dem Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen effektiver Wettbewerb herrscht. Dies bestätigt letztlich auch

das Marktergebnis: Sowohl der internationale Preisvergleich, wie auch die nationale Preisentwicklung indizieren ein kompetitives Marktergebnis.

7.2. Vor dem Hintergrund einer (möglichen) gemeinsamen beträchtlichen Marktmacht

Auch wenn auf dem Markt für Zugang und Originierung bedeutsame Markteintrittsbarrieren vorliegen und die Konzentration hoch ist, spricht die Mehrzahl der untersuchten Indikatoren eindeutig gegen Parallelverhalten. Allenfalls indizieren Verbindungen zwischen den Unternehmen und Kontakte auf Drittmärkten möglicherweise ein gewisses, schwer quantifizierbares Risiko eines Parallelverhaltens:

Insbesondere die asymmetrischen Interessenslagen der Unternehmen und die – auch damit in Zusammenhang stehenden – hohen *Cheating-Anreize* (bzw. das geringe Vergeltungspotenzial) lassen ein offensives Wettbewerbsverhalten erwarten, das letztlich auch die Preispolitik der Unternehmen widerspiegelt. Die Analyse der Anreizstruktur der beteiligten Unternehmen wie auch deren Verhalten sprechen demnach klar gegen das Vorliegen einer oligopolistischen Marktbeherrschung.

Auf dem Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen herrscht somit effektiver Wettbewerb. Dies bestätigt auch das Marktergebnis: Der internationale Preisvergleich und die nationale Preisentwicklung indizieren ein kompetitives Marktergebnis.

Da gemäß § 37 Abs. 3 iVm § 117 Z 6 TKG 2003 festgestellt wird, dass auf dem Vorleistungsmarktmarkt „Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 14 der 1. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die der sektorspezifischen ex-ante Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für den Telekommunikationssektor festgestellt werden (Telekommunikations-märkteverordnung 2003, TKMVO 2003) effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 35 TKG 2003 verfügt, war das Verfahren einzustellen.

II. Hinweis

Gegenständlicher Beschluss ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 24.5.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann