

## **Bescheid**

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Wolfgang Schramm als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Alfred Reiter und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weiteren Mitgliedern in der Sitzung vom 23.7.1999 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens einstimmig beschlossen:

### **I. Spruch**

Gemäß § 33 Abs. 4 TKG in Verbindung mit § 111 Z 5 TKG wird festgestellt, daß die max.mobil. Telekommunikation Service GmbH auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes marktbeherrschend im Sinne des Telekommunikationsgesetzes ist.

### **II. Begründung**

#### **1 Sachverhalt**

Die Beweismittel, auf die sich die Feststellung einzelner Tatsachen gründet, sind jeweils in Klammern angegeben.

##### **1.1 Verfahrensablauf**

In ihrer Sitzung am 14.1.1999 leitete die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen ein Verfahren zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung gemäß § 33 Abs. 4 TKG ein.

In ihrer Sitzung am 24.2.1999 beschloß die Telekom-Control-Kommission, zur Erhebung der notwendigen Marktgegebenheiten die auf den jeweiligen Märkten tätigen Unternehmen um die entsprechenden Auskünfte zu ersuchen. Im Auftrag der Telekom-Control-Kommission richtete daher die Telekom-Control GmbH die von jener formulierten Fragen an die betroffenen Betreiber (ON 2/1 - 2/35, 3/1 - 3/38, 4/1 - 4/48, 5/1 - 5/3, 6/1 - 6/3).

Die von der Telekom-Control-Kommission formulierten Fragen an die betroffenen Unternehmen wurden von allen Unternehmen beantwortet (ON 13, 14, 19, 21, 22, 62, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 177, 39/1, 64, 41, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 60, 61, 71, 118/1, 119, 120, 122, 123, 127, 129, 130, 132, 133, 135, 136, 140, 142, 144, 145, 146, 148, 151, 157, 184, 96). Zur näheren Klärung der bekanntgegebenen Zahlen, insbesondere zur Berichtigung von Fehlern, wurden von einigen Unternehmen teilweise mündlich (ON 20, 68, 70, 12, 72, 73, 17, 158, 80, 67, 78, 74, 25, 69, 75, 87, 159, 178, 36, 66, 9, 162, 167, 11, 42, 115, 16, 43, 116, 163, 180, 86, 85, 114, 44, 81, 175, 205, 82, 84, 8, 45, 160, 186, 90, 91, 89, 161, 183, 92, 166, 46, 93, 94, 95, 97, 185, 98, 139, 190, 197, 193, 104, 102, 103, 174, 10, 100, 101, 105, 106, 107, 164, 47, 108, 110, 111, 112, 48, 49, 165, 195, 113, 109, 79/3, 31, 155, 204) teilweise schriftlich oder per Email (ON 55, 23, 63, 38, 169, 39/2, 40, 88, 65, 76, 77, 181, 182, 121, 170, 179, 203, 118/2, 59, 126, 128, 124, 125, 131, 35, 172, 138/1, 138/2, 189, 173, 171, 196, 199, 187, 207, 147, 153, 154, 168, 156, 188, 134, 18, 19) weitere Auskünfte erteilt.

In ihrer Sitzung am 19.05.1999 faßte die Telekom-Control-Kommission Beschluß über die Ergebnisse der Beweisaufnahme (ON 202). Mit Schreiben vom 20.05.1999 (ON 200/1, 200/3, 200/2) teilte die Telekom-Control GmbH im Auftrag der Telekom-Control-Kommission den Verfahrensparteien (Telekom Austria AG, Mobilkom Austria AG, max.mobil. Telekommunikation Service GmbH) die Ergebnisse der Beweisaufnahme gemäß § 45 Abs 3 AVG mit und räumte ihnen die Gelegenheit ein, bis zum 31.5.1999 dazu Stellung zu nehmen.

Von der Gelegenheit, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen, hat die max.mobil. Telekommunikation Service GmbH (in der Folge: max.mobil.) Gebrauch gemacht (ON 208).

Am 2.7.1999 fand eine von der Telekom-Control-Kommission anberaumte mündliche Verhandlung statt, zu der unter anderem die max.mobil. erschien und Vorbringen erstattete. In dieser Verhandlung wurde insbesondere die max.mobil. aufgefordert, zu den (weiteren) Ergebnissen der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen.

## **1.2 Allgemeines zum Telekommunikationsmarkt:**

Im Verlauf des Jahres 1998 haben folgende Unternehmen den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst erbracht:

- Mobilkom Austria AG (in der Folge: Mobilkom)
- max.mobil. Telekommunikation Service GmbH (in der Folge: max.mobil.)
- Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (in der Folge: Connect)

Der vierte Inhaber einer Konzession (Bescheid vom 3.5.1999, GZ K 39/98) zur Erbringung mobilen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen Mobilkommunikationsnetzes (DCS-1800), die tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG, erbrachte im Jahr 1998 und erbringt bis heute noch keinen Sprachtelefondienst.

Der zeitliche Horizont der Vergabe regionaler Konzession für den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst ist derzeit noch unsicher.

Beweismittel: schriftliche Beantwortungen der von der Telekom-Control Österreichische Gesellschaft für Telekommunikationsregulierung mit beschränkter Haftung an die fraglichen

Telekommunikationsunternehmen ergangenen Schreiben (ON 13, 14, 19, 21, 22, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 38, 39, 40, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 77, 88, 118, 119, 121, 122, 123, 125, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 142, 144, 145, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 181, 182, 184, 188, 189), Aktenvermerke über Gespräche mit Sachbearbeitern in den relevanten Telekommunikationsunternehmen (ON 20, 45, 46, 47, 66, 67, 69, 71, 72, 73, 74, 78, 79/3, 83, 84, 87, 89, 93, 96, 98, 100, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 115, 116, 139, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 174, 175, 178, 179, 180, 183, 186, 187); amtsbekannte Tatsachen.

### **1.3 Feststellungen zu den einzelnen Unternehmen**

Die in diesem Abschnitt genannten Zahlen sind mangels anderer Hinweise wie folgt zu verstehen:

Da der betrachtete räumliche Markt das ganze Bundesgebiet ist, beziehen sich die nachgefragten Umsätze und Zahlen betreffend den Zugang zum Endkunden auf ganz Österreich. Die Daten betreffen lediglich das österreichische Netz der Betreiber.

Bei den Endkundenumsätzen sind alle den in Österreich angeschlossenen Teilnehmern in Rechnung gestellten Leistungen (auch Telefonate ins Ausland) zur Gänze einberechnet. Interne oder externe Durchlaufposten wurden also nicht herausgerechnet. Entgelte für Vorleistungen anderer Netzbetreiber, wie Zusammenschaltungsentgelte oder accounting rates wurden nicht in Abzug gebracht.

Umsätze zwischen verbundenen Unternehmen untereinander (konzerninterne Umsätze) wurden dabei nicht berücksichtigt .

Sämtliche Angaben beziehen sich auf den Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes.

#### 1.3.1 Mobilkom

Gemäß § 14 (4) PoststrukturG, BGBl 201/1996, wurde der gesamte Unternehmensbereich Mobilkommunikation der früheren PTV in die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Mobilkom Austria AG eingebracht (mit Rückwirkung auf 1.5.1996).

Durch zwei Feststellungsbescheide vom 6.11.1996 (GZ 120637/IV-JD/96; GZ 120641/IV-JD/96) wurde die Berechtigung der Mobilkom zur Erbringung des Sprachtelefondienstes mittels des analogen Mobilfunknetzes im 900MHz-Bereich (D-Netz) bzw. mittels des digitalen Mobilfunknetzes (GSM-Netz), welcher zuvor von der PTV erbracht worden war, klargestellt.

Im Rahmen der PTV wurde der mobile Sprachtelefondienst im B-Netz (DBP) seit 1973, im C-Netz (NMT450) seit 1984, im D-Netz (E-TACS) seit 1990 und im E-Netz (GSM900) seit 1994 erbracht.

Die Berechtigung der Mobilkom zur Erbringung von Sprachtelefondienst über das analoge C-Netz ist mit 31.12.1997 ausgelaufen. Das analoge C-Netz wurde mit diesem Datum eingestellt.

Im Jahr 1998 erbrachte die Mobilkom daher mobilen Sprachtelefondienst über das analoge D-Netz und über das digitale GSM-Netz.

### 1.3.1.1 Eigentümerstruktur

Die Eigentümerstruktur der Mobilkom Austria AG stellt sich folgendermaßen dar:

Zu 74,999% steht die Mobilkom im Eigentum der Telekom Austria AG. Diese steht letztlich im Eigentum des Bundes und der Telecom Italia. 25,001% der Mobilkom hält die italienische Stet Mobile Holding, welche ihrerseits teils im Eigentum der Republik Italien und teils im Eigentum von privaten und institutionellen Anlegern steht (Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121, Schreiben der Mobilkom vom 7.6.1999, ON 210).

### 1.3.1.2 Umsätze

Umsätze in Tsd. ATS exkl. USt.

	1998						1999	Gesamt 01/98-02/99
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	
UMSÄTZE								
ANTEIL*)	> 75 %	> 75 %	> 75 %	> 70 %	> 70 %	> 70 %	> 60 %	> 70 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 19.04.1999 ON 170).

### 1.3.1.3 Versorgungsgrad der Bevölkerung

Zum 1.7.1998 und zum 31.12.1998 betrug der Versorgungsgrad der Bevölkerung im digitalen GSM-Netz durch den Mobilfunkdienst der Mobilkom jeweils > 90 % der Bundesbevölkerung (Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121).

### 1.3.1.4 Roamingpartner

Die Mobilkom verfügt über Roamingverträge mit 131 Netzbetreibern in 73 Ländern. Zusätzlich zu den Ländern, in denen auch max.mobil. über Roamingpartner verfügt, hat die Mobilkom noch Roamingverträge mit Netzbetreibern in folgenden Ländern:

- Isle of Man
- Jugoslawien
- Malaysia
- Namibia
- Qatar
- Saudi Arabien
- Tunesien

(Homepage der Mobilkom, Stand 10.05.99).

### 1.3.1.5 Das Verkehrsvolumen in Gesprächsminuten

	1998						1999	Gesamt 01/98-02/99
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	
VERKEHRS- VOLUMEN								
ANTEIL*)	> 70 %	> 70 %	> 65 %	> 65 %	> 65 %	> 60 %	> 55 %	> 65 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 29.06.1999, ON 235).

### 1.3.1.6 Anzahl aktivierter Mobiltelefonnummern

1998

	1.2.	1.3.	1.4.	1.5.	1.6.	1.7.	1.8.
ANZAHL AKTIVEN TEILNEHMERNR.							
ANTEIL*)	> 75 %	> 75 %	> 75 %	> 75 %	> 70 %	> 70 %	> 70 %

	1998				1999		
	1.9.	1.10.	1.11.	1.12.	1.1.	1.2.	28.2.
ANZAHL AKTIVEN TEILNEHMERNR.							
ANTEIL*)	> 70 %	> 70 %	> 65 %	> 65 %	> 60 %	> 60 %	> 60 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 15.04.1999 ON 170, Aktenvermerk 179).

### 1.3.2 max.mobil.

Durch Bescheid vom 25.01.1996 (GZ 101749/IV-JD/96) wurde der max.mobil. Telekommunikation Service GmbH das Recht zur Erbringung des mobilen Sprachtelefondienstes mittels eines digitalen Mobilfunknetzes (GSM-Netz) eingeräumt.

Den Betrieb mit „friendly customers“ nahm max.mobil. am 1.7.1996, den kommerziellen Vollbetrieb am 1.10.1996 auf.

#### 1.3.2.1 Eigentümerstruktur

Die Eigentümerstruktur von max.mobil stellt sich im Entscheidungszeitpunkt folgendermaßen dar:

71 % der Anteilsrechte stehen im Eigentum der DeTeMobil Deutsche Telekom MobilNet GmbH

10 % im Eigentum der Wiener Kabel- und Metallwerke Gesellschaft m.b.H.

10 % im Eigentum der Vereinigte Telekom Österreich Beteiligungs Ges.m.b.H.

9 % im Eigentum der Krone – Verlag Gesellschaft m.b.H. & Co KG

(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119; öffentliches Firmenbuch).

Max.mobil. hält im Wege einer Treuhandkonstruktion nunmehr 100% der Handelskette Niedermeyer (amtsbekannt).

#### 1.3.2.2 Umsätze

Umsätze in Tsd. ATS exkl. USt.

	1998						1999	Gesamt
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	01/98-02/99
UMSÄTZE								
ANTEIL*)	> 20 %	> 20 %	> 20 %	> 25 %	> 25 %	> 25 %	> 30 %	> 25 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

#### 1.3.2.3 Versorgungsgrad der Bevölkerung

Der Versorgungsgrad der Bevölkerung betrug zum 1.07.1998 > 85 % und zum 31.12.1998 > 90 %.

(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119 und vom 15.04.1999, ON181.)

#### 1.3.2.4 Roamingpartner

Max.mobil verfügt über Roamingverträge mit 130 Netzbetreibern in 72 Ländern. Zusätzlich zu den gemeinsamen Ländern mit der Mobilkom hat max.mobil. noch Verträge mit folgenden Ländern:

- Elfenbeinküste
- Moldavien
- Senegal
- Serbien
- Tansania
- Zimbabwe

(Stand Homepage max.mobil. vom 10.05.1999).

#### 1.3.2.5 Das Verkehrsvolumen in Gesprächsminuten

	1998						1999	Gesamt 01/98-02/99
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	
VERKEHRS- VOLUMEN								
ANTEIL*)	> 25 %	> 25 %	> 30 %	> 30 %	> 30 %	> 35 %	> 40 %	> 30 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

#### 1.3.2.6 Anzahl aktivierter Mobiltelefonnummern

	1998						
	1.2.	1.3.	1.4.	1.5.	1.6.	1.7.	1.8.
ANZAHL AKTIVEN TEILNEHMERNR.							
ANTEIL*)	> 20 %	> 20 %	> 20 %	> 20 %	> 25 %	> 25 %	> 25 %

	1998				1999		
	1.9.	1.10.	1.11.	1.12.	1.1.	1.2.	28.2.
ANZAHL AKTIVEN TEILNEHMERNR.							
ANTEIL*)	> 25 %	> 25 %	> 30 %	> 30 %	> 30 %	> 35 %	> 35 %

\*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.3.

(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

### 1.3.3 Gesamtmarkt (analoge und digitale Mobilfunknetze)

#### 1.3.3.1 Umsätze

Umsätze in Tsd. ATS exkl. USt.

	1998						1999	Gesamt 01/98-02/99
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	
GESAMT	1.554.200	1.788.223	1.834.297	2.041.686	2.184.806	2.239.090	2.340.413	13.982.714

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121; Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119; Schreiben der Connect vom 31.03.1999, ON 63).

### 1.3.3.2 Das Verkehrsvolumen in Gesprächsminuten

	1998						1999	Gesamt 01/98-02/99
	Jän/Feb	Mrz/Apr	Mai/Jun	Jul/Aug	Sep/Okt	Nov/Dez	Jän/Feb	
<b>GESAMT</b>	286.734.149	346.549.513	373.964.691	405.428.512	457.728.973	511.671.177	544.018.530	2.926.095.546

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 29.06.1999, ON 235; Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119; Schreiben der Connect vom 31.03.1999, ON 63 und Aktenvermerk vom 13.04.1999, ON 158).

### 1.3.3.3 Anzahl aktivierter Mobiltelefonnummern

	1998						
	1.2.	1.3.	1.4.	1.5.	1.6.	1.7.	1.8.
<b>GESAMT</b>	1.222.089	1.283.715	1.347.801	1.413.026	1.488.271	1.566.563	1.651.484

	1998				1999		
	1.9.	1.10.	1.11.	1.12.	1.1.	1.2.	28.2.
<b>GESAMT</b>	1.723.013	1.799.608	1.922.871	2.032.241	2.273.161	2.353.500	2.426.375

(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 15.04.1999 ON 170, Aktenvermerk vom 28.04.99, ON 179; Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119; Schreiben der Connect vom 31.03.1999, ON 63).

## 2 Beweismwürdigung

Sämtliche erhobenen Marktdaten beruhen auf Angaben der auf den genannten Märkten tätigen Unternehmen, insbesondere auf den Angaben über ihre Umsätze, Anzahl der Teilnehmeranschlüsse, Mietleitungsenden bzw. Verkehrsminuten. Angaben über die Eigentumsverhältnisse wurden darüber hinaus von den Unternehmen teilweise durch Vorlage von öffentlichen Urkunden (Firmenbuchauszug) belegt. Alle Angaben der betroffenen Unternehmen sind aus Sicht der Telekom-Control-Kommission glaubwürdig. Die Ergebnisse hinsichtlich der Marktanteile sind plausibel und werden durch Pressemitteilungen der betroffenen Unternehmen (amtsbekannt) bestätigt. Auch wurde die Richtigkeit der Angaben im Verfahren von keiner Verfahrenspartei bezweifelt. Der Vertreter von max.mobil. führte in der mündlichen Verhandlung am 2.7.1999 aus, daß der Vermutungstatbestand (25%) im Mobilfunkmarkt durch max.mobil. erreicht sei und daß das zur Ermittlung der Marktanteile angewandte Verfahren von max.mobil. vollinhaltlich akzeptiert werde.

Die Angaben durch die einzelnen Unternehmen sind insgesamt in sich schlüssig und plausibel. Tatsachen, die die Angaben der Unternehmen in Zweifel ziehen und diesbezüglich weitere Erhebungen notwendig machen würden, sind nicht hervorgekommen.

### **3 Rechtliche Würdigung**

#### **3.1 Amtswegigkeit**

§ 33 Abs. 4 TKG bestimmt, daß die Regulierungsbehörde „auf Antrag eines betroffenen Unternehmers durch Bescheid festzustellen [hat], ob dieser marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes ist. Sie kann dies auch von Amts wegen tun.“

Die Regulierungsbehörde hat sich bei der Übung des Ermessens hinsichtlich der amtswegigen Verfahrenseinleitung von folgenden Überlegungen leiten lassen:

Die Frage, welche Unternehmer marktbeherrschend im Sinne des TKG sind, stellt für zahlreiche weitere Rechtsfragen eine Vorfrage dar. So stellen beispielsweise die §§ 18 Abs 1, 4 und 6, 34 Abs 1 und 3, 35 Abs 1, 36, 37, 41 Abs 4 und 5, 42, 43 Abs 2 und 4, 45 sowie 96 Abs 6 besondere Regelungen für marktbeherrschende Unternehmen auf. Im Sinne der Rechtssicherheit ist es daher geboten, rechtsverbindlich zu klären, welche Unternehmen auf den sachlich und räumlich relevanten Teilmärkten aktuell von der Anwendung dieser Bestimmungen betroffen sind.

Auch die Verfahrensökonomie gebietet es, eine Vorfrage, die in verschiedenen derzeit und zukünftig anhängigen Verfahren vor der Telekom-Control GmbH oder der Telekom-Control-Kommission wiederholt auftritt, bereits vorab rechtsverbindlich zu klären, zumal für die Abwicklung zahlreicher solcher Verfahren Fristen vorgesehen sind (z.B. § 41 Abs. 3 TKG), innerhalb derer eine umfassende Marktanalyse zur Klärung der Marktbeherrschung nicht durchgeführt werden kann.

Ein weiterer Grund für die amtswegige Einleitung des Verfahrens gemäß § 33 Abs. 4 TKG liegt in den Vorschriften des Art 18 Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG, ABI 1997 L 199/44 (RL 97/33/EG), des Art 25 Abs. 2 der Richtlinie 98/10/EG, ABI 1998 L 101/24 (RL 98/10/EG) und des Art 11 Abs. 1a RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG, ABI 1997 L 295/23 (RL 92/44/EWG idgF) welche die Mitgliedstaaten verpflichten, der Europäischen Kommission – erstmals und bei jeder Änderung – jene Organisationen zu melden, die den Bestimmungen dieser Richtlinien über Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen. Aufgrund der Umsetzung der relevanten Richtlinienbestimmungen im TKG sind die Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne dieser Richtlinien im Verfahren und nach den Kriterien des § 33 TKG zu ermitteln.

Weiters verpflichten Art 18 Abs 2 RL 97/33/EG sowie Art 25 Abs. 2 RL 98/10/EG die nationalen Regulierungsbehörden, auf Ersuchen der Kommission dieser die Gründe für die Einstufung oder Nichteinstufung einer Organisation als „Organisation mit beträchtlicher Marktmacht“ mitzuteilen.

Aus diesen Gründen war es notwendig und zweckmäßig, ein Verfahren gemäß § 33 Abs 4 von Amts wegen einzuleiten.

Die Wirkung des Feststellungsbescheides bezieht sich auf die im Zeitpunkt der Bescheiderlassung vorliegenden Tatsachen.

#### **3.2 Sachlich und räumlich relevanter Markt**

Die Stellung als „marktbeherrschendes Unternehmen“ bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. In diesem Sinn setzt die Regelung des § 33 TKG, nach deren Kriterien der oder die marktbeherrschenden



Unternehmer zu bestimmen sind, die Definition der nach sachlichen und geographischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus.

§ 33 TKG selbst nennt aber nicht, welche Märkte als relevante Märkte angesehen werden. Schon aus jenen Bestimmungen des TKG, die für Marktbeherrscher besondere Verpflichtungen schaffen, geht bereits hervor, daß in sachlicher Hinsicht jedenfalls zwischen folgenden Märkten unterschieden werden muß: dem Markt für öffentlichen Sprachtelefondienst im Festnetz, dem Markt für öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst und dem Markt für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen (vgl. § 18 Abs. 4 und Abs. 6 TKG).

Fest steht aber, daß § 33 TKG in Umsetzung der einschlägigen Richtlinienbestimmungen ergangen ist und daher in ihrem Lichte interpretiert werden muß.

Art 4 Abs. 3 RL 97/33/EG bestimmt, daß die beträchtliche Marktmacht einer Organisation als gegeben gilt, wenn sie einen Anteil von über 25 % an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt. An mehreren Stellen verweist die RL dann auf die in Anhang I Abschnitte 1, 2 und 3 angeführten Organisationen, die beträchtliche Marktmacht besitzen (z.B. Art 6, Art 7). Anhang I selbst bestimmt, daß „für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht, die die nachstehenden öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste anbieten, die Sonderverpflichtungen gemäß Artikel 4 Absatz 2, Artikel 6 und Artikel 7“ gelten. Die drei darauffolgenden Abschnitte nennen dann das feste öffentliche Netz bzw. den festen öffentlichen Telefondienst, den Mietleitungsdienst sowie öffentliche mobile Telefonnetze und -dienste.

Zusätzlich stellt Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG auf den nationalen Zusammenschaltungsmarkt als relevanten Markt ab, wenn es darum geht festzustellen, ob Anbieter öffentlicher mobiler Telefonnetze und -dienste zu kostenorientierter Zusammenschaltung verpflichtet sein sollen (auf diese RL-Bestimmung verweist denn auch § 41 Abs. 3 letzter Satz TKG).

Nach RL 97/33/EG sind daher die relevanten Märkte die drei in Anhang I genannten Märkte sowie der nationale Zusammenschaltungsmarkt (vgl. auch Explanatory Note der DG XIII vom 1.3.1999).

RL 98/10/EG erlegt Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht ebenfalls zusätzliche Verpflichtungen auf (z.B. Art 16 RL 98/10/EG). Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist dabei gemäß Art 1 das Erbringen fester öffentlicher Telefonnetze und fester öffentlicher Telefondienste. Folgerichtig stellt auch beispielsweise ihr Art 16 Abs. 1 auf die beträchtliche Marktmacht „bei der Bereitstellung fester öffentlicher Telefonnetze“ ab. Auch aus diesem Grund ist der Festnetz-Sprachtelefoniemarkt daher als relevanter Markt zu unterscheiden.

In derselben Weise stellt auch RL 92/44/EWG idGF in Art. 2 Abs. 3 auf die beträchtliche Marktmacht von Organisationen auf „dem betreffenden Mietleitungsmarkt“ ab.

Aus der klaren Interpretation der europarechtlichen Vorgaben ergibt sich daher, daß – neben dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels fester öffentlicher Telekommunikationsnetze, dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes sowie dem Markt für das Anbieten von Zusammenschaltungsleistungen – der im Spruch genannte Markt als sachlich relevanter Markt heranzuziehen ist. Anders als im allgemeinen EG-Wettbewerbsrecht kommt es daher im ONP-Rahmen zur Marktabgrenzung nicht primär auf die Substituierbarkeit von einzelnen Gütern an (vgl. zum Verhältnis von allgemeinem Wettbewerbsrecht zu den ONP-Regeln des Gemeinschaftsrechts die Leitlinien der Europäischen Kommission für die Anwendung

der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABI 1991, C 233/2 sowie die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABI 1998, C 265/2).

In diesem Sinne ist daher auch § 33 Abs. 1 TKG zu interpretieren. Der im Spruch genannte Markt ist daher auch ein im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevanter Markt.

Eine weitere Unterteilung der genannten Telekommunikationsmärkte ist durch die einzelnen Richtlinien nicht vorgesehen.

Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, daß auch außerhalb der vier genannten Märkte weitere Telekommunikationsmärkte (z.B. Internet etc.) bestehen, die – zumal hier keine europarechtlichen Vorgaben bestehen – auch im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevant sein können. So kann an die Beherrschung eines solchen Telekommunikationsmarktes etwa die Rechtsfolge des § 34 Abs. 1 TKG geknüpft sein.

Es erscheint jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt im Hinblick auf die Verfahrensökonomie sowie auf die Regulierungsziele der §§ 1 und 32 TKG nicht notwendig, auf einem oder mehreren dieser weiteren Telekommunikationsmärkte ein Unternehmen als marktbeherrschend festzustellen, zumal hier bisher keine Marktmachtmißbräuche bekannt sind.

In sachlicher Hinsicht sind daher folgende vier relevante Märkte zu unterscheiden:

- der Markt für öffentliche Sprachtelefondienste mittels fester Telekommunikationsnetze; dieser Markt bietet Endbenutzern an festen Standorten die Möglichkeit, Inlands- und Auslandsgespräche zu tätigen und zu empfangen;
- der Markt für öffentliche mobile Sprachtelefondienste mittels Mobilkommunikationsnetze; dies ist der Telefondienst, dessen Bereitstellung ganz oder teilweise im Aufbau einer Funkverbindung zu einem mobilen Benutzer besteht und der sich dazu ganz oder teilweise eines öffentlichen mobilen Telefonnetzes bedient;
- der Markt für öffentliches Anbieten von Mietleitungen mittels fester Telekommunikationsnetze; also jener Markt, auf dem Telekommunikationseinrichtungen allgemein angeboten werden, die transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlußpunkten bereitstellen, jedoch ohne Vermittlungsfunktionen, die der Benutzer selbst als Teil des Mietleistungsangebots steuern kann; und
- der Markt für Zusammenschaltleistungen durch Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze; das sind jene Dienstleistungen, die zwischen physisch und logisch verbundenen Telekommunikationsnetzen von/für Netzbetreiber erbracht werden, um den Nutzern, die an den verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen. Als Zusammenschaltleistungen werden insbesondere Leistungen im Rahmen der Herstellung der physischen Netzverbindung sowie die Leistungen der Terminierung, Originierung und des Transits verstanden (siehe hierzu Bescheide der Telekom-Control-Kommission Z 1/97, Z 1/98 erster und zweiter Teilbescheid sowie Z 12/98).

Gemäß § 33 Abs 1 TKG müssen diese sachlich relevanten Teilmärkte auch in geographischer Hinsicht bestimmt werden. Die sachlich abgegrenzten Märkte könnten daher entweder das gesamte Bundesgebiet oder nur einen Teil davon umfassen. § 33 TKG gibt aber keine Auskunft darüber, nach welchen Kriterien die räumliche Definition der Märkte zu erfolgen hat.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der räumlich relevante Markt dasjenige Gebiet umfaßt, in dem ähnliche objektive Wettbewerbsbedingungen (zB

Konzessionsbedingungen) für die Telekommunikationsdienstleistungsanbieter gelten. Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG bestimmt jedoch, daß ein Telekommunikationsunternehmen als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht gilt, "wenn sie einen Anteil von über 25 % an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt". Wesentlich für die Bestimmung der objektiven Wettbewerbsbedingungen ist somit der geographische Umfang der erteilten Konzession. Dies ist bei den im Spruch genannten Unternehmen jeweils das gesamte Bundesgebiet. Abgesehen davon sieht die Regulierungsbehörde zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Grund, an der Homogenität des Wettbewerbsbedingungen für Telekommunikationsunternehmen im ganzen Bundesgebiet zu zweifeln. Im übrigen geht auch die DG XIII der Europäischen Kommission in ihrer Explanatory Note vom 1.3.1999 betreffend die Bestimmung von Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht für die Umsetzung der ONP-Richtlinien davon aus, daß als geographisch relevanter Markt das Lizenzgebiet der betreffenden Organisationen heranzuziehen ist.

Daher ist auf allen vier sachlich relevanten Telekommunikationsteilmärkten das gesamte Bundesgebiet als räumlich relevanter Markt heranzuziehen.

### **3.3 Allgemeines zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung**

Ziel der Bestimmung des § 33 TKG ist es, jene Unternehmen zu identifizieren, die über ein beträchtliches Ausmaß an Marktmacht verfügen (so Art 4 Abs. 3 RL 97/33/EG, Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG, Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF). Eine Beherrschung des Marktes im allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Sinne ist dabei nicht zu verlangen, wie auch aus § 33 Abs. 2 TKG hervorgeht.

Ein Unternehmen ist gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 TKG dann marktbeherrschend im Sinne des TKG, wenn es auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder wenn die Kriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 erfüllt sind. § 33 Abs 2 TKG sieht – im Einklang mit Art 4 Abs. 3 RL 97/33/EG, Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG und Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF – eine Vermutung der Marktbeherrschung vor, wenn ein Unternehmen am sachlich und räumlich relevanten Markt über einen Marktanteil von mehr als 25 % verfügt.

§ 33 Abs. 2 2. und 3. Satz TKG stellen es ins Ermessen der Regulierungsbehörde, von der Vermutung der Marktbeherrschung abzugehen und die Einzelkriterien des § 33 Abs. 1 TKG zu prüfen. Dieses Ermessen ist im Sinne des Gesetzes auszuüben. Aus § 33 Abs. 1 TKG geht die Wertung des Gesetzgebers (wie auch des Richtliniengebers) hervor, daß Marktbeherrschung grundsätzlich schon ab einem geringen Grad der Marktmacht, nämlich bei einem Marktanteil von etwa 25 %, vorliegen soll. Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde von dieser Vermutung lediglich im Ausnahmefall abweichen, etwa dann, wenn es die in §§ 1 und 32 TKG festgelegten Regulierungsziele fordern. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von knapp über oder knapp unter 25 % hat.

Bei einer erheblichen Unter- oder Überschreitung der 25 % - Grenze wird, sofern es für die Regulierungsbehörde keine Anhaltspunkte gibt, die diese Vermutung erschüttern, daher eine Untersuchung der Kriterien des § 33 Abs 1 TKG nicht vorgenommen. Nähert sich der Marktanteil eines Unternehmens der 25 % - Grenze an, so wird die Marktstellung des Unternehmens jedoch anhand der genannten Kriterien überprüft.

### 3.3.1 Die Vermutung des § 33 Abs 2 TKG

Gemäß § 33 Abs. 2 TKG wird vermutet, daß ein Unternehmer marktbeherrschend ist, wenn er am sachlich und räumlich relevanten Markt über einen Marktanteil von mehr als 25 % verfügt. Abweichend von dieser Vermutung kann die Regulierungsbehörde jedoch unter Anwendung der Kriterien des § 33 Abs. 1 TKG festlegen, daß ein Unternehmen mit einem Marktanteil über 25 % nicht marktbeherrschend bzw. ein Unternehmen mit einem Marktanteil unter § 25 % dennoch marktbeherrschend ist.

§ 33 Abs. 2 TKG gibt keine Auskunft darüber, ob sich der dort genannte Marktanteil von 25 % auf den jeweiligen Umsatzanteil des Unternehmens am sachlich und örtlich relevanten Markt bezieht, oder aber, ob andere Kriterien für die Berechnung des dort genannten Marktanteils heranzuziehen sind. Auch aus Art 4 Abs 3 der RL 97/33/EG, Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG und Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF, in deren Umsetzung § 33 Abs 2 TKG die Vermutung der Marktbeherrschung aufstellt, läßt sich kein Hinweis darauf finden, anhand welcher Kriterien der Marktanteil des potentiell marktmächtigen Unternehmens zu bestimmen ist.

Unter Heranziehung der Bestimmung über den Universaldienstfonds (§ 30 TKG; vgl auch § 29 Abs. 2 TKG) ergibt sich, daß zumindest auf den Märkten für Sprachtelefonie über Festnetze bzw. Sprachtelefonie über Mobilnetze das Verhältnis der Umsatzzahlen der auf diesen Märkten tätigen Unternehmen für die Marktanteilsberechnung ausschlaggebend ist. Gemäß § 30 Abs 2 TKG haben nämlich „Konzessionsinhaber, die öffentlichen Sprachtelefondienst über ein festes Netz oder ein Mobilnetz anbieten und einen Jahresumsatz von mehr als 250 Mio S haben, [...] nach dem Verhältnis ihres Marktanteils zur Finanzierung des Universaldienstfonds und zur Finanzierung der Fondsverwaltung beizutragen (Universaldienstleistungsabgabe). Der [Markt]Anteil bemißt sich nach dem Verhältnis [ihres] Umsatzes zur Summe des Umsatzes der beitragspflichtigen Konzessionsinhaber auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt“.

Die Regulierungsbehörde geht davon aus, daß die Umsatzverhältnisse der im jeweils relevanten Markt tätigen Unternehmen generell, dh in allen vier in Frage kommenden sachlich relevanten Märkten, am besten geeignet sind, die ökonomische Aktivität der beteiligten Unternehmen zu messen, und damit den Verhaltensspielraum der einzelnen Marktteilnehmer und deren Leistungsfähigkeit, somit letztlich deren tatsächliche Marktmacht zu bestimmen. Zwar sind grundsätzlich auch andere Kriterien zur Bestimmung des Marktanteils denkbar und könnten gegebenenfalls als zusätzliche Indikatoren herangezogen werden, doch vermögen diese alternativ in Frage kommenden Kriterien (zB Kundenzahlen, Unternehmensgewinn, Interconnect-Minuten) kein so umfassendes Bild über die tatsächlichen Marktverhältnisse zu geben, wie die Umsatzverhältnisse der am Markt tätigen Unternehmen.

Für die Heranziehung der Umsatzzahlen zur Bestimmung der Marktmacht sprechen nach Ansicht der Regulierungsbehörde folgende Überlegungen:

In den bloßen Kundenzahlen zeigt sich beispielsweise nicht die wirtschaftliche Bedeutung der Kunden (Groß- oder Kleinstabnehmer) und damit auch nicht der tatsächliche Leistungsumfang des einzelnen Unternehmens. Die bloßen Verkehrsminuten wiederum lassen unberücksichtigt, daß es umsatzträchtigere und weniger umsatzträgliche Verkehrsminuten (z.B. von max. zu max) gibt. Einzelne Netzbetreiber könnten hier unterschiedliche Verkehrsstrukturen aufweisen und so eine bessere Marktposition genießen als andere. Das Kriterium der Verkehrsminuten kann zwar unterstützend herangezogen werden, könnte jedoch die Marktposition von Unternehmen, die niedrigere Minutenpreise haben, oder die hauptsächlich billige Gespräche innerhalb des eigenen Netzes verkaufen, überschätzen.

Es werden daher als maßgebliches Kriterium für die Berechnung von Marktanteilen auf dem relevanten Markt die Umsätze herangezogen.

Die Ansicht der Regulierungsbehörde deckt sich im übrigen mit der Ansicht der DG XIII der EU-Kommission (vgl. Explanatory Note vom 1.3.1999.)

### 3.3.2 Umsatzberechnung

Als Umsätze, die für die Anwendung des § 33 Abs. 1 Z 2 und des § 33 Abs. 2 TKG heranzuziehen sind, kommen lediglich solche Umsätze in Betracht, die aus Leistungen erzielt wurden, welche auf dem betreffenden Markt erbracht wurden. Die Ermittlung und Berechnung der Umsätze hat dabei den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Verfahrensökonomie zu genügen. Um in diesem Sinne die relevanten Umsätze von nicht relevanten Umsätzen abzugrenzen, sowie um die Konsistenz der Umsatzdaten bezüglich aller Marktteilnehmer zu gewährleisten, hat die Telekom-Control-Kommission die in Betracht gezogenen Umsätze folgendermaßen definiert:

Auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes:

Endkundenumsätze (einschließlich Umsätze aus Leistungen an Diensteanbieter) exkl. USt, separat aufgegliedert nach Freischaltungsgebühr, Grundentgelt und den Gesprächsentgelten.

Entgelte für Vorleistungen anderer Netzbetreiber, wie Roaming, dürfen nicht in Abzug gebracht werden.

Der Umsatz der mit Pre-Paid-Kunden erzielt wird, ist einzubeziehen.

Umsätze anderer, mit einem Unternehmen im Sinne von Art 5 Abs 4 und 5 der Fusionskontrollverordnung 4064/89/EWG idgF verbundener Unternehmen (Außenumsätze) sind ebenfalls anzuführen, aber getrennt auszuweisen. Umsätze zwischen verbundenen Unternehmen untereinander (Innenumsätze) sind nicht in die Berechnung einzubeziehen.

### 3.3.3 Zurechnung von Umsätzen zwischen verbundenen Unternehmen

Art 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33/EG, Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG und Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF sowie der 5. Abschnitt des TKG (§§ 32 bis 46) stellen sektorspezifischen Wettbewerbsregeln für den Telekommunikationsmarkt dar. Aus Gründen der Kohärenz des Gemeinschaftsrechts müssen die sektorspezifischen Richtlinienregeln freilich im Einklang mit den Wettbewerbsregeln interpretiert werden (vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABI 1991 C 233/2, Rz 15). Aus diesem Grund sind – wenn auch die Definition der relevanten Märkte eine unterschiedliche ist – die Methoden für die Messung von Marktgrößen und Marktanteilen im Bereich des allgemeinen EG-Wettbewerbsrecht auch im Bereich des sektorspezifischen ONP-Rahmens anzuwenden (vgl. die rechtlich nicht verbindliche Explanatory Note der DG XIII vom 1.3.1999, S. 3).

Ziel und Zweck der Bestimmung des Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG, des Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG, des Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF und des § 33 TKG ist die Identifikation jener Unternehmen bzw. Organisationen, die Marktmacht genießen und daher einer intensiveren Wettbewerbsregulierung unterworfen sein sollen. Die genannten Bestimmungen knüpfen also an das wirtschaftliche Faktum Marktmacht an. Die rechtliche Form, in welcher Marktmacht ausgeübt wird, ist dagegen von untergeordneter Bedeutung (aus diesem Grund verwenden auch Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG, Art 2 Abs. 2 lit i RL 98/10/EG und Art 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idgF den Begriff der „Organisation“).

Deshalb ist es geboten, das sowohl im europäischen, als auch im österreichischen (§ 1 Kartellgesetz) Wettbewerbsrecht gültige Prinzip der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch im Rahmen des § 33 TKG anzuwenden. Demnach ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform eines Sachverhaltes maßgebend.

Entsprechend diesem Grundsatz sind, ebenso wie im Wettbewerbsrecht (vgl. Art 5 Abs 1 Fusionskontrollverordnung der Europäischen Gemeinschaft 4064/89, § 3 Z 2 iVm § 41 KartG) bei der Berechnung von Marktanteilen verbundene Unternehmen als ein einziges Unternehmen zu betrachten. Verbundene Unternehmen sind dabei nach Ansicht der Regulierungsbehörde entsprechend der EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung des Rates 4064/89, ABI 1990 L 257/1, idF Verordnung des Rates 1310/97, ABI 1997 L 180/1) Tochtergesellschaften, Einzelgesellschaften, Muttergesellschaften, Schwestergesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen der genannten Unternehmen.

Leistungen, die nicht auf dem jeweils relevanten Markt angeboten sondern bloß im Unternehmensverbund erbracht wurden (Innenleistungen), waren daher bei der Marktanteilsberechnung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Es waren daher lediglich Außenleistungen, welche auf dem jeweils relevanten Markt erbracht wurden, zu berücksichtigen. Außenleistungen verbundener Unternehmen im Sinne der Fusionskontrollverordnung (z.B. Datakom Austria GmbH als Wiederverkäuferin von Mietleitungen der TA) waren den anderen im selben Unternehmensverbund stehenden Unternehmen, insbesondere der Konzernmutter, zuzurechnen.

Eine Sonderstellung nimmt der Markt für Zusammenschaltleistungen ein, auf den einzugehen hier jedoch nicht notwendig ist.

### **3.4 Anwendung der Kriterien auf die einzelnen Märkte**

#### 3.4.1 Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes

##### 3.4.1.1 Kein oder unwesentlicher Wettbewerb?

Auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes waren im Jahre 1998 und danach bis zum Bescheiderlassungszeitpunkt drei Unternehmen mit nicht unerheblichen Marktanteilen tätig. Die max.mobil. war daher mehr als nur einem unwesentlichen Wettbewerb im Sinne von § 33 Abs 1 Z 1 TKG ausgesetzt.

##### 3.4.1.2 Vermutung der Marktbeherrschung

Der Marktanteil der max.mobil. lag zwar im Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum 28.2.1999 knapp über 25 %. Aufgrund stark anwachsender Umsätze konnte max.mobil. in den ersten beiden Monaten des Jahres 1999 aber bereits einen Umsatzanteil von [ $> 30\%$ ] und damit von deutlich über 25 % verzeichnen. Für max.mobil. gilt daher die Vermutung der Marktbeherrschung gemäß § 33 Abs. 2 TKG. Da die 25 % - Grenze allerdings erstmals im Laufe des Jahres 1998 überschritten wurde, ist es geboten, anhand der spezifischen Marktmachtkriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG zu prüfen, ob dadurch die Vermutung widerlegt wird.

Dasselbe Ergebnis würde auch bei Heranziehung der Verkehrsminuten erzielt. Hier erzielte max.mobil. über das Jahr 1998 hinweg einschließlich Jänner und Februar 1999 einen Anteil von [ $> 30\%$ ], im Jänner und Februar 1999 belief sich dieser Anteil mit [ $> 40\%$ ] ebenfalls klar über der 25 % - Grenze. Zumal aber die Umsatzzahlen einen besseren Aufschluß über die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse geben, als die Verkehrsminuten – so könnte

der Marktanteil eines Betreibers, der große Mengen billiger Verkehrsminuten, etwa zur Nachtzeit oder ins eigene Mobilnetz abführt, durch eine bloße Betrachtung der Verkehrsminuten überschätzt werden – ist auf dieses Kriterium nicht primär, sondern nur ergänzend zurückzugreifen. Diesen Umstand gilt es zweifellos zu berücksichtigen. Entscheidend für die Anwendung der Vermutung des § 33 Abs. 2 TKG sind letztlich nur die Umsatzanteile.

#### 3.4.1.3 Anwendung der Kriterien des § 33 Abs 1 Z 2 TKG

Die in § 33 Abs 1 Z 2 TKG im Einklang mit Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG festgelegten Kriterien zur Feststellung der Marktbeherrschung einer Organisation im Sinne des TKG sind: die Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen, der Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, die Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern, der Zugang zu Finanzmitteln sowie die Erfahrung mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt.

Verfügt ein Unternehmen im Hinblick auf diese Kriterien über eine im Vergleich zu seinen Mitbewerbern überragende Marktstellung, so ist gemäß § 33 Abs 1 Z 2 TKG Marktbeherrschung gegeben. Wie die richtlinienkonforme Interpretation ergibt, geht es dabei jedoch nicht um Marktbeherrschung im allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Sinne, sondern lediglich darum, festzustellen, ob beträchtliche Marktmacht vorliegt (Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG).

Dies ist, wie § 33 Abs.1 Z 2 TKG normiert, „im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern“, das heißt, unter Berücksichtigung der Marktstellung der Mitbewerber, zu beurteilen. Der von § 33 Abs.1 Z 2 TKG verwendete Begriff „überragende Marktstellung“ ist jedoch im Sinne von Art 4 Abs. 3 RL 97/33/EG zu verstehen. Das bedeutet, daß nicht nur solche Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des TKG sind, die die in § 33 Abs. 1 Z 2 genannten Kriterien in weitaus größerem Maße erfüllen als ihre Mitbewerber (dies hätte nämlich unter anderem zur Folge, daß auf jedem Markt nur ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des TKG sein kann, was schon aufgrund § 33 Abs. 2 TKG nicht anzunehmen ist). Die objektive Erfüllung der Kriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 (Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen, Umsatz, Kontrolle des Zugangs zum Endbenutzer, Zugang zu Finanzmittel, Erfahrung) reicht aus, um ein Unternehmen als marktbeherrschend im Sinne des TKG zu qualifizieren. Kommt die Regulierungsbehörde also nach Prüfung der Kriterien des § 33 Abs.1 Z 2 TKG zur Ansicht, daß ein Unternehmen für sich genommen über beträchtliche Marktmacht verfügt, so ist dieses Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG.

##### (a) *Die Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen*

Unter der „Möglichkeit, die Marktbedingungen zu beeinflussen“ ist das Ausmaß an Marktmacht, das ein Unternehmen genießt, zu verstehen. Diese Marktmacht kann beispielsweise in der Fähigkeit liegen, die Preise über das Wettbewerbsniveau anzuheben und dort für eine nicht nur vorübergehende Zeitdauer zu erhalten, ohne dabei eine Gewinneinbuße hinnehmen zu müssen.

Anhaltspunkte, die bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen Marktmacht besitzt, von Bedeutung sind, sind: die Anzahl der am Markt operativen Unternehmen, die Marktanteile, Marktzutrittsschranken, Gegenmacht, Kosten der Kunden, den Netzbetreiber zu wechseln, allgemeines Wettbewerbsverhalten der Netzbetreiber, Vorteile des Zuerstkommenden (first mover advantages), Trends bei den Marktanteilen, Trends bei den Preisen, Verhältnis der Preise zu den Kosten, relative Höhe der Gewinne der Netzbetreiber.

Alle diese Kriterien, soweit sie bekannt sind, sprechen für die Annahme von Marktmacht der max.mobil. Daß auch die Mobilkom Marktmacht in diesem Sinne hat, schadet nicht. Zwar verfügt die Mobilkom über gewisse Vorteile des Zuerstkommenden (bereits akquirierter

Kundenstock, ehemalige Monopolstruktur, Erfahrung, Bekanntheitsgrad des Firmennamens (Brandname), etc.), auch gegenüber max.mobil., aber relativ gesehen bedeutend größer sind die Vorteile des Zuerstkommenden der max.mobil. gegenüber Connect und gegenüber dem Inhaber der vierten Mobilfunklizenz in den genannten Hinsichten.

So hat auch max.mobil. gegenüber seinen Mitbewerbern Connect und dem Inhaber der vierten Mobilfunklizenz tele.ring Telekommunikation Service GmbH & Co KG einen erheblichen Vorsprung hinsichtlich des Netzausbaues, zumal max.mobil. schon einen hervorragenden Wert beim Versorgungsgrad der Bevölkerung ausweisen kann. Der Versorgungsgrad (Flächendeckung) ist für zahlreiche Kunden ein entscheidendes Kriterium bei der Betreiberwahl.

(b) *Der Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes*

Der umsatzmäßige Marktanteil von max.mobil. ist im Vergleich zu jenem der Mobilkom zwar geringer (zuletzt [ $>30\%$ ] gegenüber über  $> 60\%$ ). Während Mobilkom jedoch 1998 in bedeutendem Ausmaß Marktanteile verlor, gewann max.mobil. im selben Ausmaß Marktanteile hinzu, sodaß sich die beiden Marktanteile immer mehr annähern. Gemeinsam halten Mobilkom und max.mobil. zuletzt  $> 95\%$  des Marktes. Jede für sich und gemeinsam haben Mobilkom und max.mobil. daher gegenüber ihren Mitbewerbern Connect und tele.ring eine überragende Marktstellung.

(c) *Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern*

Die Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern wird im Bereich des mobilen Sprachtelefondienstes über die Aktivierung einer Teilnehmernummer mit Hilfe einer SIM-Karte ausgeübt. Als Maß für dieses Kriterium kann daher die Anzahl aktivierter Teilnehmernummern dienen. Zum 28.2.1999 verfügte die Mobilkom über einen Anteil von  $> 60\%$  aller aktivierten (mobilen) Teilnehmernummern, max.mobil. über einen Anteil von [ $> 35\%$ ]. Auch hier verfügen sowohl Mobilkom als auch max.mobil. über eine erhebliche Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern. Der Anteil von max.mobil. liegt auch hier weit über  $25\%$ , was für die Annahme beträchtlicher Marktmacht dieses Unternehmens spricht.

(d) *Zugang zu Finanzmitteln*

Max.mobil. verfügt, ebenso wie die Mobilkom, nicht zuletzt dank seiner Gesellschafterstruktur (mittelbare Beteiligung der Deutsche Telekom AG) über einen guten Zugang zu Finanzmitteln.

(e) *Erfahrung mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt*

Aufgrund ihrer Marktpräsenz im Rahmen der PTV seit 1973 (B-Netz) bzw. seit 1984 (D-Netz) und 1990 (E-Netz) verfügt die Mobilkom (als Rechtsnachfolgerin der PTV im Mobilfunkbereich) gegenüber der max.mobil., die erst seit 1.10.1996 den Vollbetrieb aufnahm, über eine größere Erfahrung am österreichischen Markt für mobile Sprachtelefonie. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß aufgrund der Beteiligungsstruktur von max.mobil. auch die Erfahrung eines führenden ausländischen Festnetz- und Mobilfunkbetreibers in die Tätigkeit von max.mobil. am österreichischen Markt einfließt, die die vergleichsweise geringere Markterfahrung von max.mobil. ausgleicht. Jedenfalls hat max.mobil. eine im Vergleich zu Connect und zum Inhaber der vierten Mobilfunklizenz wesentlich größere Markterfahrung.



#### 3.4.1.4 Ergebnis

Auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes erfüllt max.mobil. schon aufgrund der Überschreitung der 25 % - Grenze des § 33 Abs. 2 TKG über eine marktbeherrschende Stellung. Tatsachen, welche diese Vermutung widerlegen, wurden von max.mobil. trotz Aufforderung (ON 245) nicht vorgebracht. Eine Überprüfung der Kriterien des § 33 Abs 1 Z 2 TKG ergibt, daß max.mobil. tatsächlich über beträchtliche Marktmacht verfügt, ein Abweichen von der Vermutung daher nicht geboten ist. Max.mobil. ist daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt marktbeherrschend im Sinne des TKG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **III. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **IV. Hinweise**

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof (VfGH v 4.3.1999, B 2164/98 ua.) erhoben werden. Dabei ist eine Eingabegebühr von öS 2.500.- zu entrichten. Die Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 23.7.1999

Der Vorsitzende  
Dr. Wolfgang Schramm