

**M 1/99-255**

## **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 Telekom Austria AG auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen 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 Telekom Austria AG (in der Folge auch: TA) Gebrauch gemacht (ON 207).

Mit Teilbescheid vom 15.6.1999 wurde festgestellt, daß die Telekom Austria AG auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes marktbeherrschend im Sinne des Telekommunikationsgesetzes ist. Die Entscheidung über die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen wurde gemäß § 59 Abs. 1 AVG vorbehalten.

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

## **1.2 Allgemeines zum Telekommunikationsmarkt:**

Im Verlauf des Jahres 1998 waren folgende Unternehmen auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen tätig:

Air Page Telekommunikation AG  
AllgäuKom GmbH&Co. Telekommunikations KG  
ARCIS Media-COM Management GmbH  
Carrier 1 AG  
Citykom Austria Telekommunikation GmbH  
Colt Telecom Austria GmbH  
Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (in der Folge: Connect)

CyberTron Austrian Digital Telekom GmbH  
Elektrizitätswerk Wels AG  
European Telecom International GmbH  
FaciliCom GmbH  
Global One Telekommunikationsdienste Gesellschaft mbH.  
Grazer Stadtwerke AG  
Innsbrucker Kommunalbetriebe AG  
Karl Lampert KG  
Linzer Elektrizitäts-, Fernwärme- und Verkehrsbetriebe AG  
max.mobil. Telekommunikation Service GmbH (in der Folge: max.mobil.)  
MCI WorldCom Deutschland GmbH  
MCN Millennium Communication Network GmbH  
MIT Multi Media Information Technologies GesmbH  
Mobilkom Austria AG (Mobilkom)  
MultiKom Austrio Telekom GmbH  
NETnet Telekommunikation GmbH  
OMV Cogeneration GmbH  
Pegasus Telekom Netzwerkdienste AG  
Primus Telecommunications GmbH  
RSL COM Austria AG  
SAFE- Salzburger AG für Energiewirtschaft  
Salzburger Stadtwerke AG  
Stadtwerke Feldkirch  
Stadtwerke Kapfenberg  
Stadtwerke Klagenfurt  
Startec Global Communications U.K. Ltd.  
TC Telecom GmbH  
Tele2 Telecommunication Services GmbH  
TeleCom-InfoService GmbH  
TELEforum Telekommunikations GmbH  
Telekabel Wien Gesellschaft m.b.H.  
Telekom Austria AG (TA)  
TelePassport Telekommunikationsdienstleistungen GmbH  
Teleport Consulting und Systemmanagement Gesellschaft m.b.H.  
TNS Telefone Network Service GmbH  
Unisource Carrier Services AG  
UTA Telekom AG  
Vocalis Telekom-Dienste GmbH  
Vorarlberger Kraftwerke AG  
Well.COM Datahighway Burgenland GmbH  
Wiener Stadtwerke

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, 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.

Entgelte für Vorleistungen anderer Netzbetreiber, wie Zusammenschaltungsentgelte oder accounting rates wurden nicht in Abzug gebracht.

Bei den Umsätzen aus Zusammenschaltleistungen gingen alle nationalen und internationalen Zusammenschaltleistungen, die in Österreich erzielt wurden, in die Erhebung ein.

Kaskadierte Abrechnung von Zusammenschaltungsentgelten wurde so berücksichtigt, daß Doppelzahlungen vermieden wurden; Durchlaufposten wurden herausgerechnet.

Auch Umsätze zwischen verbundenen Unternehmen untereinander (konzerninterne Umsätze) wurden in die Berechnung miteinbezogen.

Sämtliche Angaben beziehen sich auf den Markt für das Anbieten von Zusammenschaltleistungen.

#### 1.3.1 Allgemeines

1998 bestanden zahlreiche Zusammenschaltverträge zwischen den einzelnen Netzbetreibern. Im Rahmen dieser Verträge erbrachten die jeweiligen Parteien wechselseitig entgeltliche Zusammenschaltleistungen (amtsbekannt).

##### 1.3.1.1 Zusammenschaltentgelte

###### (a) *Telekom Austria AG*

Die TA hat Zusammenschaltungsverträge mit fast allen Marktteilnehmern am Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes und am Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes abgeschlossen. Darüber hinaus wurde die Zusammenschaltung mit der TA gegenüber einigen Betreibern bescheidmäßig angeordnet.

In den Zusammenschaltungsverträgen bzw. Anordnungen sind folgende Entgelte vorgesehen und zur Verrechnung gelangt.

| Kurzbez.       | Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung  | Entgelt in ATS, exklusive USt. |
|----------------|---|--------------------------------|
| V 3            | <b>Terminierung</b> vom Netz des Zusammenschaltungspartners <b>im Netz der Telekom Austria regional</b>                           | 0,25                           |
| V 4            | <b>Terminierung</b> vom Netz des Zusammenschaltungspartners <b>im Netz der Telekom Austria national</b>                           | 0,33                           |
| V 5            | <b>Transit</b> vom Netz des Zusammenschaltungspartners über das Netz der Telekom Austria <b>zu Drittnetz regional</b>             | 0,053                          |
| V 6            | <b>Transit</b> vom Netz des Zusammenschaltungspartners über das Netz der Telekom Austria <b>zu Drittnetz national</b>             | 0,104                          |
| V10, bzw. V 11 | <b>Zugang</b> vom Netz der Telekom Austria <b>zum Verbindungsnetz</b> des Zusammenschaltungspartners regional                     | 0,28                           |
| V11, bzw. V 12 | <b>Zugang</b> vom Netz der Telekom Austria <b>zum Verbindungsnetz</b> des Zusammenschaltungspartners national                     | 0,55                           |
| V12, bzw. V 13 | <b>Transit</b> von Drittnetz über das Netz der Telekom Austria <b>zum Verbindungsnetz</b> des Zusammenschaltungspartners regional | 0,053                          |
| V13, bzw. V14  | <b>Transit</b> von Drittnetz über das Netz der Telekom Austria <b>zum Verbindungsnetz</b> des Zusammenschaltungspartners national | 0,104                          |

(b) *Mobikom und max.mobil*

Mit der Mobikom und max.mobil. schloß die TA Zusammenschaltungsverträge ab, in denen hinsichtlich Originierung, Transit und Terminierung aus dem Festnetz der TA die oben genannten Entgelte, hinsichtlich der Terminierung ins Mobilfunknetz jedoch bis 1.3.1998 ATS 2,70/min, ab 1.3.1998 ATS 2,50/min, vereinbart wurden (Zusammenschaltungsverträge zwischen TA und Mobikom, bzw. zwischen TA und max.mobil.; amtsbekannt).

(c) *Connect*

Mit der Connect schloß die TA einen Zusammenschaltungsvertrag ab, in dem hinsichtlich Originierung, Transit und Terminierung aus dem Festnetz der TA die oben genannten Entgelte, für die Terminierung ins Mobilfunknetz jedoch [...] ATS / Min., vereinbart wurde (Zusammenschaltungsverträge zwischen TA und Connect; amtsbekannt).

### 1.3.2 Umsätze

Bei den hier genannten Umsatzzahlen wurden konzernintern (insbesondere solche zwischen der TA und der Mobikom) erbrachte Leistungen berücksichtigt.

Umsätze in Tsd. ATS exkl. USt.

|            |         | 1998    |         |         |         |
|------------|---------|---------|---------|---------|---------|
|            |         | Jän/Feb | Mrz/Apr | Mai/Jun | Jul/Aug |
| TA         | UMSÄTZE |         |         |         |         |
|            | ANTEIL  | > 55 %  | > 45 %  | > 40 %  | > 40 %  |
| Mobilkom   | UMSÄTZE |         |         |         |         |
|            | ANTEIL  | > 30 %  | > 40 %  | > 40 %  | > 40 %  |
| max.mobil. | UMSÄTZE |         |         |         |         |
|            | ANTEIL  | < 10 %  | < 15 %  | < 15 %  | < 15 %  |

|            |         | 1998    |         | Summe<br>Jän-Dez | 1999    |
|------------|---------|---------|---------|------------------|---------|
|            |         | Sep/Okt | Nov/Dez |                  | Jän/Feb |
| TA         | UMSÄTZE |         |         |                  |         |
|            | ANTEIL  | > 40 %  | > 35 %  | > 40 %           | > 35 %  |
| Mobilkom   | UMSÄTZE |         |         |                  |         |
|            | ANTEIL  | > 40 %  | > 35 %  | > 35 %           | > 35 %  |
| max.mobil. | UMSÄTZE |         |         |                  |         |
|            | ANTEIL  | < 15 %  | < 20 %  | < 15 %           | < 20 %  |

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

(Schreiben der TA vom 31.03.1999, ON 56, vom 13.04.1999, ON 138, vom 15.04.1999, ON 189, vom 21.04.1999, ON 173 und vom 23.04.1999, ON 171; Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119; Schreiben der Mobilkom vom 8.04.1999, ON 120).

### 1.3.3 Gesamtmarkt

Umsätze in Tsd. ATS exkl. USt.

|        |         | 1998        |             |             |             |
|--------|---------|-------------|-------------|-------------|-------------|
|        |         | Jän/Feb     | Mrz/Apr     | Mai/Jun     | Jul/Aug     |
| GESAMT | UMSÄTZE | 832.881,327 | 795.424,274 | 822.171,599 | 920.909,292 |

|        |         | 1998        |               | Summe<br>Jän-Dez | 1999          |
|--------|---------|-------------|---------------|------------------|---------------|
|        |         | Sep/Okt     | Nov/Dez       |                  | Jän/Feb       |
| GESAMT | UMSÄTZE | 969.585,945 | 1.024.988,431 | 5.365.960,868    | 1.094.317,438 |

(schriftliche und mündliche Angaben der auf diesem Markt tätigen Unternehmen: ON 71, 21, 14, 22, 55, 73, 53, 63, 177, 169, 39, 74, 88, 28, 29, 167, 179, 77, 54, 33, 60, 119, 123, 122, 52, 118, 184, 13, 128, 125, 129, 132, 131, 35, 133, 172, 135, 136, 96, 142, 148, 30, 103, 140, 144, 107, 147, 56, 138, 189, 173, 171, 196, 50, 27, 145, 154, 168, 195, 156, 57, 135, 157, 19, 63, 119, 121).

1.3.3.1 Marktanteile unter Zugrundelegen der von DG XIII in der Explanatory Note vom 1.3.1999 vorgeschlagenen Berechnungsmethode (nach Umsätzen; einschließlich interner Netzverkehr)

|            |         | Berechnungsmethode<br>nach der Explanatory Note |
|------------|---------|---|
|            |         | Jän/Feb   |
| TA         | UMSÄTZE |   |
|            | ANTEIL  | > 35 %  |
| Mobilkom   | UMSÄTZE |   |
|            | ANTEIL  | >35%  |
| Max.mobil. | UMSÄTZE |   |
|            | ANTEIL  | <20%  |
| SUMME      |         | 96,71%  |

## 2 Beweiswürdigung

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.

Zweifel vorgebracht. Die Angaben 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.

Die Marktanteile unter Zugrundelegen der von DG XIII in der Explanatory Note vom 1.3.1999 vorgeschlagenen Berechnungsmethode (nach Umsätzen; einschließlich interner Netzverkehr) wurden aus den von sämtlichen Unternehmen bekanntgegebenen sie betreffenden Daten (Umsätze, Verkehrsminuten) errechnet. Gegen die Richtigkeit dieser Angaben sowie gegen die Richtigkeit der Berechnung (entsprechend der Explanatory Note vom 1.3.1999) wurden trotz Gelegenheit zur Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung keine Einwendungen gemacht. Die Ergebnisse sind plausibel, nicht zuletzt deshalb, da sie relativ genau mit den Ergebnissen nach der gegenständlich von der Telekom-Control-Kommission angewandten Berechnungsmethode, wie sie den Parteien bereits im Ergebnis der Beweisaufnahme am 20.5.1999 mitgeteilt wurden, übereinstimmen.

## 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 Festnetzsprachtelefoniemarkt 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 des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels fester Telekommunikationsnetze – 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 betrachteten 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 Mietleitungsangebots 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 angeschlossen 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:

Als vorrangige Kriterien zur Bestimmung von Marktmacht auf dem Markt für Zusammenschaltung scheiden Kundenzahlen, Leitungskapazitäten oder Gesamtgesprächsminuten aus, da sie keinen bzw. nur einen sehr geringen Informationsgehalt hinsichtlich der Zusammenschaltleistungen der Marktteilnehmer aufweisen.

Der Grund für die Heranziehung der Umsatzzahlen als Marktmachtindikator und nicht von Interconnect-Minuten ist die Ungleichheit (d.h. mangelnde Substituierbarkeit) der tatsächlich erbrachten Leistung im Vergleich zwischen Fest- und Mobilnetzen, die sich nicht zuletzt in unterschiedlichen hohen Zusammenschaltentgelten widerspiegeln. So werden bei einer Verbindung in ein Mobilfunknetz ganz andere Netzelemente in Anspruch genommen als bei einer Verbindung in ein festes Netz. Insbesondere ist die Inanspruchnahme der Funkschnittstelle bekanntermaßen technisch aufwendiger und (je Minute) kostenintensiver als die Inanspruchnahme fester Netzelemente. Diese Unterschiede werden nur in den Umsätzen, nicht aber in den Verkehrsminuten berücksichtigt. Ebensowenig ist eine Minute nationaler Zusammenschaltungsverkehr (nationales Ferngespräch; doppelter HVSt-Durchgang) mit einer Minute im lokalen Zusammenschaltungsverkehr (Regionalzone; lediglich ein OVSt-Durchgang) aufgrund des gänzlich unterschiedlichen Ausmaßes der

Inanspruchnahme von Netzelementen vergleichbar. Auch zeitliche Wertunterschiede von Verkehrsminuten (Tag/Nacht) sind denkbar.

Eine Heranziehung der Interconnect-Minuten anstelle der Interconnect-Umsätze würde daher zu einer Verzerrung führen, da Leistungen miteinander verglichen würden, die nicht gleichwertig sind. Im Gesamtindikator Interconnect-Umsätze wird durch die Berücksichtigung der Tarife in Verbindung mit den erbrachten Leistungen für den notwendigen Ausgleich gesorgt; durch den Vergleich der Interconnect-Umsätze läßt sich daher die tatsächliche Marktstellung der Marktteilnehmer am besten darstellen.

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 von Zusammenschaltleistungen:

1. Umsätze aus Zusammenschaltleistungen exkl. USt, separat aufgegliedert nach Umsätzen aus:
  - a) der erstmaligen physischen Herstellung,
  - b) dem periodischen Entgelt für die physische Verbindung (joining link) und
  - c) den verkehrsabhängigen Entgelten (inkl. Setup charges) aus allen nationalen und internationalen Zusammenschaltleistungen (einschließlich accounting rates) aus Zusammenschaltung mit festen und mobilen Netzen getrennt nach Originierung (inkl. Dienste), Terminierung (inkl. Notrufe) und Transit.Umsätze aus besonderen Netzzugängen mit Pagingbetreibern sind nicht einzubeziehen.  
Auch Umsätze aus Zusammenschaltung mit verbundenen Unternehmen (z.B. Telekom Austria AG - Mobilkom Austria AG) sind einzuberechnen.
2. Umsätze aus allen sonstigen Leistungen im Rahmen der Zusammenschaltung.
  - Kaskadierte Abrechnung von Zusammenschaltungsentgelten ist so zu berechnen, daß Doppelzahlungen vermieden werden. Demnach sollten Durchlaufposten herausgerechnet werden.
  - Die für das finanzielle Handling bei Gesprächstransit einbehaltene Clearinggebühr ist einzubeziehen.
  - Die Umsätze aus internationaler Zusammenschaltung (einschließlich accounting rates) sind ebenfalls einzubeziehen.
  - Für die Bestimmung der Marktbeherrschung ist laut TKG §33 Abs 1 auf den „sachlich und räumlich relevanten Markt“ abzustellen. Da der räumlich relevante Markt für diese Feststellung das ganze Bundesgebiet ist, beziehen sich die nachgefragten Umsätze und Zahlen betreffend den Zugang zum Endkunden auf ganz Österreich. Die Daten sollten lediglich das Netz in Österreich betreffen.

Bei den Umsätzen aus Zusammenschaltleistungen gehen alle nationalen und internationalen Zusammenschaltungsleistungen die in Österreich erzielt werden, in die Erhebung ein.

Der Begriff Zusammenschaltung ist dabei so zu verstehen wie in den einschlägigen Bescheiden der Telekom-Control-Kommission, das heißt Originierung, Terminierung und Transit einschließlich 64 kbit/s unrestricted, sowie Zugang zu Notrufen und anderen Diensten (tariffreie, personenbezogene, Mehrwertdienste und Sonderdienste) umfassend.

Gegen diese Berechnungsmethode brachte die TA vor (ON 173 und 207), daß der Posten „Accounting Rates Incoming“ keine Berücksichtigung finden könne, da die Umsätze nicht auf dem österreichischen Telekommunikationsmarkt entstanden seien bzw. von Nutzern in Österreich veranlaßt seien. Dazu hat die Telekom-Control-Kommission folgendes erwogen:

Zweck der spezifisch an beträchtliche Marktmacht am Zusammenschaltungsmarkt geknüpften Rechtsfolgen, insbesondere der Pflicht zur Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte für Mobilnetzbetreiber, ist die Vorbeugung von Mißbräuchen von Marktmacht (§ 32 Abs. 1 Z 3 TKG), die durch den Betrieb eines Netzes vermittelt wird. Im Rahmen der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Zusammenschaltungsmarkt ist daher nur eine Meßmethode, die an die Herrschaft über das betreffende (österreichische) Telekommunikationsnetz anknüpft, geeignet. Daher sind sämtliche Umsätze in die Berechnung einzubeziehen, die durch Leistungen eines österreichischen Telekommunikationsnetzes an andere Telekommunikationsnetze erzielt werden, mag das leistungsempfangende Netz auch im Ausland situiert sein (vgl. dazu die rechtlich nicht verbindliche Explanatory Note der DG XIII der Europäischen Kommission vom 1.3.1999). Aus den – im übrigen in einem ganz anderen rechtlichen Zusammenhang stehenden – Auskünfte der Telekom-Control GmbH zur Berechnung des Finanzierungsbeitrags kann schon deshalb für die TA nichts gewonnen werden, weil die Telekom-Control-Kommission nicht an Rechtsauskünfte der Telekom-Control GmbH gebunden sein kann.

### 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 sektorspezifische 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. Der Zusammenschaltungsmarkt ist kein Markt im ökonomischen Sinn, auf dem homogene (d.h. substituierbare) Güter angeboten werden: Die Zustellung eines Gespräches an den angerufenen Teilnehmer (etwa ein Mobilfunk-Teilnehmer) kann nun einmal nur von dem Netzbetreiber, dessen Kunde der angerufene Teilnehmer ist, durchgeführt werden. Die Leistung ist daher nicht (z.B. durch einen anderen Mobilnetzbetreiber oder einen Festnetzbetreiber) substituierbar.

Der Zusammenschaltungsmarkt ist jedoch gemäß Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG als relevanter Markt heranzuziehen.

Der Zusammenschaltungsmarkt ist zu definieren als jener Markt, auf dem Zusammenschaltungsleistungen angeboten und nachgefragt werden. Zusammenschaltung ist dabei im Sinne von Art 2 Abs. 1 lit. a RL 97/33/EG und § 3 Z 16 TKG zu definieren als physische und logische Verbindung von Netzen.

Zweck der Heranziehung eines eigenen Zusammenschaltungsmarktes ist es, die relative Marktmacht bei der Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen verschiedener Netzbetreiber zu messen. Im Unterschied zu den anderen drei Märkten, auf denen Telekommunikationsdienste an Endkunden erbracht werden, geht es beim Zusammenschaltungsmarkt um die Messung der Marktmacht, die aus der Kontrolle über ein Netz, und damit über den Zugang zum Endkunden, erwächst. Bestandteil des Zusammenschaltungsmarktes sind daher nur die Leistungen der jeweiligen Netzbetreiber an andere Netzbetreiber, sodaß es gegebenenfalls auch zur Berücksichtigung von Leistungen, welche im Unternehmensverbund erbracht werden, kommen kann. Mobile und feste Netze sind dabei jedenfalls getrennt zu beurteilen, wie sich unmittelbar aus Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG ergibt, demgemäß die Marktstellung von Mobilnetzbetreibern auf dem Zusammenschaltungsmarkt zu beurteilen ist.

Würden nun die Zusammenschaltungsleistungen, welche von Mobilkom an die TA und umgekehrt erbracht werden, als Innenumsätze unberücksichtigt bleiben, so könnte die Marktstellung der Mobilkom als Mobilnetzbetreiber nicht korrekt ermittelt werden. Vielmehr

könnte in diesem Fall lediglich die Marktstellung der TA-Mobilkom-Gruppe auf dem Zusammenschaltungsmarkt ermittelt werden, welche freilich bedeutender wäre als die Marktstellung der Mobilkom für sich genommen. Alleine daraus eine marktbeherrschende Stellung auch der Mobilkom abzuleiten, würde dem Zweck des Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG zuwiderlaufen.

Aus den genannten Gründen ist daher die Einbeziehung auch konzerninterner Umsätze auf dem Zusammenschaltungsmarkt aufgrund von Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG geboten, sofern es sich um Umsätze aus Zusammenschaltung i.S.d. Art 2 Abs. 1 lit. a RL 97/33/EG und § 3 Z 16 TKG handelt.

### **3.4 Anwendung der Kriterien auf den Markt für Zusammenschaltungsleistungen**

#### 3.4.1 Kein oder unwesentlicher Wettbewerb?

Auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen sind einige Unternehmen tätig. Die Unternehmen mit den größten Umsätzen sind die TA, die Mobilkom und max.mobil. Die TA verfügte im Jahr 1998 über einen Marktanteil von [ $> 40\%$ ] (im Jänner und im Februar 1999 betrug der Marktanteil noch [ $> 35\%$ ]), die Mobilkom über einen solchen von über  $> 35\%$  (im Jänner und im Februar 1999  $> 35\%$ ) sowie max.mobil. über einen solchen von  $< 15\%$  (im Jänner und im Februar 1999  $< 20\%$ ).

Es besteht also auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen ein nicht nur unwesentlicher Wettbewerb.

##### 3.4.1.1 Vermutung der Marktbeherrschung

Die TA verfügt über einen umsatzmäßigen Marktanteil von deutlich über  $25\%$ . Aufgrund dieser Zahl wird daher gemäß § 33 Abs 2 TKG vermutet, daß die TA auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen marktbeherrschend ist.

Trotz sinkender Marktanteile der TA, etwa konstanter Marktanteile der Mobilkom und steigender Marktanteile von max.mobil. erübrigt sich aufgrund der bedeutenden Überschreitung der in § 33 Abs. 2 TKG festgelegten  $25\%$  - Grenze durch die TA eine Beurteilung der Marktstellung dieses Unternehmens nach den Kriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG. Umstände, welche diese Vermutung im Hinblick auf die Kriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG umstoßen könnten, sind im Ermittlungsverfahren nicht hervorgekommen und konnten von der TA trotz Aufforderung auch nicht vorgebracht werden.

Daran ändert sich auch nichts, wenn die zur Marktanteilsberechnung die von der DG XIII in der Explanatory Note vom 1.3.1999 vorgeschlagene Methode angewandt wird:

##### 3.4.1.2 Die Berechnungsmethode, nach welcher lediglich Terminierungsleistungen, inklusive eigener Netzleistungen, betrachtet werden

Mitarbeiter der Telekom-Control GmbH haben im Auftrag der Telekom-Control-Kommission aufgrund der vorliegenden Daten eine Berechnung vorgenommen, deren Ergebnis den Verfahrensparteien zu M 1/99 mit Fax vom 01.07.1999 mitgeteilt wurde (Mobilkom ON 241, TA ON 240, max.mobil ON 242). Die Berechnung folgt – auftragsgemäß – der von der Europäischen Kommission am 01.03.1999 in einer (rechtlich unverbindlichen) Explanatory Note (Subject: Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives) S. 8f. vorgebrachten Ansatz und wurde insbesondere aufgrund eines entsprechenden Antrags der Mobilkom Austria AG (Schreiben vom 07.06.1999, ON 209, Seite 10) durchgeführt.



(a) *Der Ansatz der Explanatory Note*

Für die Berechnung der Marktanteile auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltungsleistungen wären demnach folgende Umsätze zu berücksichtigen:

- Umsätze der Festnetz- und Mobilfunkbetreiber für in ihrem Netz terminierende Gespräche, wobei der terminierende Verkehr sowohl den Verkehr im eigenen Netz, als auch den aus anderen Fest- und Mobilnetzen erhaltenen nationalen und internationalen Verkehr beinhalten sollte.
- Umsätze aus Zusammenschaltungen von Mietleitungen.

In Fußnote 10 in diesem Dokument wird eine Berechnungsmethode des „own network traffics“ bei mangelnden Informationen bezüglich internen Terminierungsentgelten dargestellt, indem die Anzahl der terminierenden Gespräche/Minuten mit dem relevanten Zusammenschaltungstarif für terminierende Leistungen multipliziert wird.

Die Gesamtrechnung beinhaltet also folgende drei Punkte:

- Umsatz aus terminierendem Verkehr,
- Umsatz aus netzinternem (im eigenen Netz originierenden Verkehr) terminierenden Verkehr der Fest- und Mobilnetzbetreiber und
- Umsatz aus der Zusammenschaltung von Mietleitungen.

(b) *Warum der Ansatz der Europäischen Kommission seitens der Telekom-Control-Kommission nicht als zielführend erachtet wird*

1. Der Ansatz der Europäischen Kommission stellt nur auf Terminierungsleistungen ab

Für die Beurteilung der Marktbeherrschung am Zusammenschaltungsmarkt sind aus Sicht der Telekom-Control-Kommission die Umsätze aus allen relevanten Produkten dieses Marktes heranzuziehen. Die ausschließliche Fokussierung auf einen – obschon gegenwärtig zentralen Teil des Zusammenschaltungsmarktes, die Terminierung – reduziert das Bild und übersieht, daß Marktmacht auch über Preise für andere Produkte ausgeübt werden kann. Obwohl dies gegenwärtig in Österreich nicht von gravierender Bedeutung ist, wurde aus systematischen Gründen diesem Ansatz der Vorzug gegeben.

2. Die Frage des Wertansatzes für Terminierungsleistungen aus netzinternem Verkehr bei Mobilfunkbetreibern (Verkehr originiert und terminiert im Mobilnetz)

Nachdem für netzinternen Verkehr von den Österreichischen Mobiltelefonbetreibern z.T. eigene Tarife angeboten werden, stellt sich die Frage ob für die „fiktive“ Berechnung von Zusammenschaltungsleistungen aus eigenem Verkehr der dem Endkunden verrechnete Tarif herangezogen werden sollte, oder ob die Zusammenschaltungsentgelte die für Terminierungsleistungen aus anderen Netzen zugrundegelegt werden sollten. Eine völlige eindeutige Aussage dazu enthält die Explanatory Note der Europäischen Kommission nicht, obwohl aufgrund der o.a. Fußnote 10 des Dokuments davon auszugehen sein wird, daß diesfalls Terminierungsentgelte für andere Netzbetreiber zugrundegelegt werden sollten. Dieser Ansatz – der auch in der Kontrollrechnung herangezogen wurde – ist deshalb nicht unproblematisch, weil die Endkundentarife für netzinterne Gespräche deutlich unter den Entgelten für die Zusammenschaltungsleistung mit anderen Netzen liegen. Das Zugangsmonopol zum Endkunden wird also vor allem gegenüber Betreibern (resp. deren Endkunden) anderer Netze ausgeübt.

3. Das Österreichische Telekommunikationsgesetz und die bisherige Bescheidpraxis der Telekom-Control-Kommission verstehen Zusammenschaltung als Zusammenschaltung zwischen verschiedenen Netzen. Demnach sind netzinterne Gespräche (welche nach dem Ansatz der Europäischen Kommission zu berücksichtigen wären) nicht Teil des Zusammenschaltungsmarktes.

(c) *Das Ergebnis nach dem Berechnungsvorschlag der Europäischen Union*

Zur Ermittlung der Ergebnisse nach den Vorstellungen der Europäischen Union wurden zwei Berechnungen durchgeführt, deren Ergebnis den Verfahrensparteien zu M1/99 zur Kenntnis gebracht wurde.

Da in der Erhebung der Daten (Schreiben vom 08.03.1999) nicht alle für die Berechnung der Marktanteile nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission notwendigen Informationen aufgenommen wurden – weil der Ansatz der in Umrissen aus Diskussionen im ONP-Ausschuß bekannt war, von der Telekom-Control-Kommission als nicht zielführend erachtet wird (siehe oben) – konnte eine erste Berechnung nur ansatzweise unter Heranziehung von Informationen, die der Regulierungsbehörde aus anderen Verfahren zur Verfügung standen, durchgeführt werden. Dabei mußten einige explizit gemachte Annahmen getroffen werden, die ebenso wie die Ergebnisse für die Verfahrensparteien nachvollziehbar in einem Aktenvermerk (ON 221) dargelegt wurden.

Da diese Berechnung mit gewissen Unsicherheiten behaftet war, die Mobilkom Austria AG auch hinsichtlich der Verkehrswerte am Mobiltelefonmarkt eine Nacherhebung verlangte und überdies eine mündliche Verhandlung beantragte, beschloß die Telekom-Control-Kommission eine Nacherhebung, die auch jene Informationen beinhalten sollte, die für eine exakte Berechnung nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission hinreichen würde. Diese Nacherhebung wurde am 16.06 (ON 219) durchgeführt, ihr Ergebnis wurde den Verfahrensparteien mit Fax vom 01.07.1999 (ON 240, ON 241, ON 242) mitgeteilt.

Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 02.07.1999 brachte Connect Austria AG neue für die Berechnung relevante Informationen ein (ON 244). Überdies wurden seitens der Verfahrensparteien Anmerkungen zu den mitgeteilten Ergebnissen der Kontrollrechnung vorgebracht (siehe oben, siehe Protokoll der Sitzung). Dies führte zu folgenden Korrekturen in der Berechnung nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission:

1. In die Berechnungen wurden die Daten der Connect (ON 244) aufgenommen; d.h. die Hochrechnung des own network traffics auf Basis des terminierenden traffics und der Annahme von Verkehrsrelationen wie sie dem Durchschnitt der beiden anderen Mobilbetreiber entsprechen, wurde durch die tatsächlichen Daten der Connect ersetzt.
2. Zusätzlich wurde die von der Mobilkom vorgebrachte Doppelverrechnung von A1-D Verkehr (bei own network traffic und Terminierung) korrigiert; d.h. es wurden die Terminierungsumsätze zwischen A1 und D von den ausgewiesenen Umsätzen abgezogen.
3. Schließlich wurde noch der Umsatz aus internationaler Zusammenschaltung von ANB mit selbst angeschlossenen Teilnehmern in vollem Umfang in den terminierenden Markt hineingerechnet. Dies führt zwangsläufig zu einer Überschätzung der Marktanteile alternativer Netzbetreiber an den gesamten Terminierungsleistungen und zu einer Unterschätzung der Marktanteile der übrigen Betreiber (d.h. auch der Mobilkom). Der Grund dafür liegt darin, daß davon auszugehen ist, das nur ein Teil des Umsatzes aus internationaler Zusammenschaltung Terminierungsleistung im eigenen Netz ist.

Insgesamt zeigt sich, daß der Anteil der TA am Zusammenschaltungsmarkt – folgt man dem von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Ansatz – geringfügig steigt. Die Ergebnisse des von der Telekom-Control-Kommission für richtig erachteten Berechnungsansatzes wurden somit durch die Kontrollrechnung im wesentlichen bestätigt. Eine Veränderung in der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung würde auch bei Heranziehung des Rechnungsansatzes der Europäischen Kommission nicht stattfinden.

#### 3.4.1.3 Ergebnis

Auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen ist die TA 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