

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

A.) Gemäß § 33 Abs. 4 TKG in Verbindung mit § 111 Z 5 TKG wird festgestellt, daß die Mobilkom Austria AG auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes sowie auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen marktbeherrschend im Sinne des Telekommunikationsgesetzes ist.

B.) Gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 4 TKG in Verbindung mit § 111 Z 5 TKG wird der Antrag der Mobilkom Austria AG auf Feststellung des Nichtbestandes der marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Netze der Mobilkom Austria AG auf dem Markt für Zusammenschaltung zurückgewiesen.

C.) Der Antrag der Mobilkom Austria AG auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 177 EGV (alt) über die Frage, nach welcher Berechnungsmethode der Marktanteil am Zusammenschaltungsmarkt zu ermitteln sei, wird zurückgewiesen.

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.

Am 26.5.1999 beantragte die Mobilkom Austria AG (in der Folge: Mobilkom) die Gewährung der uneingeschränkten Akteneinsicht sowie der Fristerstreckung für die Stellungnahme bis mindestens 11.6.1999 (ON 203).

Von der Gelegenheit, zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung zu nehmen, hat die Mobilkom Gebrauch gemacht (ON 210).

Mobilkom beantragte in ihrer Stellungnahme vom 7.6.1999 (ON 210) „die Feststellung des Nichtbestandes der marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Netze der Mobilkom am Markt für Zusammenschaltung“. Weiters beantragte sie die Anberaumung einer mündlichen

Verhandlung sowie die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 177 (alt) EGV. Ferner wurde beantragt, betreffend der Verkehrsminuten am mobilen Sprachtelefoniemarkt weitere Ermittlungen durchzuführen (ON 210, S. 8).

Mit Schriftsatz vom 15.6.1999 stellte die Mobilkom weiters den Antrag, ein Gutachten eines beeideten Sachverständigen darüber einzuholen, inwieweit sich der Markt für Zusammenschaltung bis Ende 1999 entwickeln wird und ob die Mobilkom einen vom Gesetz geforderten Einfluß auf die Marktbedingungen hat (ON 216, S. 2).

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

Mit Schreiben vom 20.7.1999 (ON 253) stellte die Mobilkom den Antrag, die Behörde möge selbst bei Vorliegen eines Marktanteiles von mehr als 25 % an den relevanten Märkten der Mobilkom keine marktbeherrschende Stellung zuerkennen. Weiters stellte die Mobilkom den Verfahrens Antrag, die Behörde möge die von den Betreibern übermittelten bisherigen Daten überprüfen und neue Daten ab März 1999 erheben, sowie eine Zukunftsprognose über die voraussichtlichen Marktanteile Ende des Jahres erstellen.

1.2 Allgemeines zum Telekommunikationsmarkt:

Im Verlauf des Jahres 1998 haben folgende Unternehmen die genannten Telekommunikationsdienste erbracht:

1.2.1 Öffentlicher mobiler Sprachtelefondienst

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.

1.2.2 Markt für Zusammenschaltung

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
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
 MCI WorldCom Deutschland GmbH
 MCN Millennium Communication Network GmbH
 MIT Multi Media Information Technologies GesmbH
 Mobilkom Austria AG
 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
 tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG
 Tele2 Telecommunication Services GmbH
 TeleCom-InfoService GmbH
 TELEforum Telekommunikations GmbH
 Telekabel Wien Gesellschaft m.b.H.
 Telekom Austria AG (in der Folge: 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 zu Punkt 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 und 2.1.4: 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.

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.

Bei den Umsätzen aus Zusammenschaltleistungen gingen alle nationalen und internationalen Zusammenschaltungsleistungen, die in Österreich erzielt wurden, in die Erhebung ein. Kaskadierte Abrechnung von Zusammenschaltungsentgelten wurde so berücksichtigt, daß Doppelzahlungen vermieden wurden; Durchlaufposten wurden herausgerechnet.

Umsätze zwischen verbundenen Unternehmen untereinander (konzerninterne Umsätze) wurden dabei, abgesehen vom Markt für Zusammenschaltleistungen, nicht berücksichtigt .

1.3.1 Markt für öffentliche mobile Sprachtelefonie

1.3.1.1 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.

(a) 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).

(b) 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*)	> 75 %	> 75 %	> 75 %	> 70 %	> 70 %	> 70 %	> 60 %	> 70 %

*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.1.3.

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

(c) 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).

(d) 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).

(e) Das Verkehrsvolumen in Gesprächsminuten

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

*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.1.3.

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

(f) 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 1.3.1.3.
(Schreiben der Mobilkom vom 08.04.1999, ON 121 und vom 15.04.1999 ON 170, Aktenvermerk 179).

1.3.1.2 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.

(a) 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).

(b) 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*)	> 20 %	> 20 %	> 20 %	> 25%	> 25 %	> 25 %	> 30 %	> 25%

*) gemessen am Gesamtmarkt: siehe dazu unten 1.3.1.3.
(Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

(c) 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.)

(d) 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).

(e) *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 1.3.1.3.
 (Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

(f) *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 1.3.1.3.
 (Schreiben der max.mobil. vom 8.04.1999, ON 119).

1.3.1.3 Gesamtmarkt

(a) *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).

(b) 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	
GESAMT	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).

(c) Anzahl aktivierter Mobiltelefonnummern

	1998						
	1.2.	1.3.	1.4.	1.5.	1.6.	1.7.	1.8.
GESAMT	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.
GESAMT	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).

1.3.2 Nationaler Markt für Zusammenschaltung

1.3.2.1 Allgemeines

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

1.3.2.2 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 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	Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners im Netz der Telekom Austria regional	0,25
V 4	Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungspartners im Netz der Telekom Austria national	0,33

V 5	Transit vom Netz des Zusammenschaltungspartners über das Netz der Telekom Austria zu Drittnetz regional	0,053
V 6	Transit vom Netz des Zusammenschaltungspartners über das Netz der Telekom Austria zu Drittnetz national	0,104
V10, bzw. V 11	Zugang vom Netz der Telekom Austria zum Verbindungsnetz des Zusammenschaltungspartners regional	0,28
V11, bzw. V 12	Zugang vom Netz der Telekom Austria zum Verbindungsnetz des Zusammenschaltungspartners national	0,55
V12, bzw. V 13	Transit von Drittnetz über das Netz der Telekom Austria zum Verbindungsnetz des Zusammenschaltungspartners regional	0,053
V13, bzw. V14	Transit von Drittnetz über das Netz der Telekom Austria zum Verbindungsnetz des Zusammenschaltungspartners national	0,104

(b) *Mobilkom und max.mobil*

Mit der Mobilkom schloß die TA einen Zusammenschaltungsvertrag 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 sowie ab 1.3.1999 ATS 2,20/min, vereinbart wurden (Zusammenschaltungsvertrag zwischen TA und Mobilkom; 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 öS [...] /min, vereinbart wurde (Zusammenschaltungsverträge zwischen TA und Connect; amtsbekannt).

1.3.2.3 Umsätze

Bei den hier genannten Umsatzzahlen wurden konzernintern (namentlich zwischen der TA und der Mobilkom) 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	1999
		Sep/Okt	Nov/Dez	Jän-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 1.3.2.4.

(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).

1.3.2.4 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	1999
		Sep/Okt	Nov/Dez	Jän-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).

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

		Berechnungsmethode 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. Eine Plausibilitätsprüfung der Angaben (Querprüfung mit Anzeigen betreffend Aufnahme des Dienstes, angezeigten Zusammenschaltungsverträgen, amtsbekannten Daten über den von der TA abgewickelten Zusammenschaltungsverkehr, Daten über zugeteilte Adressierungselemente) erweckte keine Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der einzelnen Netzbetreiber.

Hinsichtlich der von Mobilkom gerügten doppelten Berücksichtigung gewisser Posten bei der Berechnung der Marktanteile nach der Methode der Explanatory Note der DG XIII betreffend „Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives“ vom 1.3.1999 (ON 245; in der Folge: Explanatory Note), veröffentlicht im Internet unter <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, wurde eine dem Einwand Rechnung tragende Berichtigung der Zahlen vorgenommen. Tatsächlich fand in der ersten Rechnung die von Mobilkom gerügte Doppelverrechnung statt, die berichtigten Zahlen wurden diesem Bescheid zugrunde gelegt.

Die Ergebnisse hinsichtlich der Marktanteile sind plausibel und werden durch Pressemitteilungen der betroffenen Unternehmen (amtsbekannt) bestätigt. Hinsichtlich der Richtigkeit der von den einzelnen Unternehmen bezüglich ihr Unternehmen angegebenen Daten wurden von keiner Partei substantiierte Zweifel vorgebracht. Die allgemeine Ausführung der Mobilkom, sie vertraue den eigenen Daten und jenen der TA, hege aber eine gewisse Skepsis hinsichtlich der von den Mitbewerbern vorgelegten Daten (ON 245), kann für sich genommen die Glaubwürdigkeit dieser Angaben nicht erschüttern. Der von Mobilkom genannte Grund für ihre Skepsis liegt nach eigenen Angaben darin, daß max.mobil. 2/3 der Teilnehmerzahlen der Mobilkom habe, jedoch am Zusammenschaltungsmarkt weniger als die Hälfte an Umsatz aufweise (ON 245). Diese Annahme ist jedoch inkorrekt. Max.mobil. wies im Februar 1999 – legt man die glaubwürdigen Angaben von Mobilkom und max.mobil. zugrunde – lediglich unbedeutend mehr als die Hälfte der Teilnehmerzahlen der Mobilkom auf. Im selben Verhältnis steht auch der Umsatz von max.mobil. auf dem Zusammenschaltungsmarkt zum Umsatz der Mobilkom auf dem Zusammenschaltungsmarkt, dies unter Zugrundelegen der glaubwürdigen Angaben der beiden Unternehmen. Die Angaben sind daher 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.

Dem Vorbringen der Mobilkom (ON 210), eine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sei – hinsichtlich des Mobilfunkmarktes – nicht notwendig, da sich ein Regulierungseingriff aufgrund von ausreichendem bestehenden Wettbewerb erübrige, ist entgegenzuhalten, daß die Feststellung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung selbst noch keinen Regulierungseingriff darstellt, sondern lediglich bereits bestehende Rechtsverhältnisse verbindlich klarstellt (vgl. Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsrechts, Rz 406). Ob auf einem Markt bereits ausreichend Wettbewerb besteht, sodaß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 33 Abs. 1

TKG nicht gegeben ist, ist aber gerade die materiell in einem Feststellungsverfahren gemäß § 33 Abs. 4 TKG zu lösende Rechtsfrage.

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-Sprachtelefonmarkt 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 sowie neben dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes – die im Spruch genannten Märkte als sachlich relevante Märkte heranzuziehen sind. 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. Die im Spruch genannten Märkte sind daher auch im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevante Märkte.

Der Hinweis der Mobilkom (ON 210, S. 7), daß der Markt für mobile Sprachtelefonie und für feste Sprachtelefonie möglicherweise in Zukunft im logischen Sinn zusammengelegt werden soll, mag zwar de lege ferenda eine Möglichkeit darstellen, sie ist aber derzeit rechtlich nicht vorgesehen.

Eine weitere Unterteilung der genannten Telekommunikationsmärkte ist durch die einzelnen Richtlinien nicht vorgesehen. So ist etwa das Anbieten von analogen Mobiltelefoniediensten (D-Netz der Mobilkom) und von digitalen Mobiltelefoniediensten (GSM 900, DCS 1800) beides – wenn überhaupt – lediglich Segmente des in RL 97/33/EG vorgesehenen Marktes für das Anbieten öffentlicher mobiler Sprachtelefoniedienste, bzw. – hinsichtlich der Netzleistungen an andere Netzbetreiber – Segmente des Marktes für Zusammenschaltung (siehe dazu unten 3.6). An die beträchtliche Marktmacht auf diesen Marktsegmenten sind keine Rechtsfolgen geknüpft, weshalb hier kein im Sinne des § 33 Abs. 1 TKG relevanter Markt vorliegt.

Zum Einwand der Mobilkom, ihre drei Netze D, A1 und Paging müßten differenziert betrachtet werden (ON 210, S. 8 ff), hat die Telekom-Control-Kommission folgendes erwogen: Der Paging-Dienst der Mobilkom ist kein öffentlicher Sprachtelefondienst, da über diesen Dienst weder Transport noch Vermittlung von Sprache in Echtzeit stattfindet (§ 3 Z 12 TKG). Die Dienste des D-Netzes und des A1-Netzes bestehen beide in Transport und Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu mobilen Netzabschlußpunkten. Beide Dienste sind daher Bestandteil des Marktes für öffentliche mobile Sprachtelefonie (und hinsichtlich der Netzleistungen an andere Netzbetreiber auch des nationalen Zusammenschaltungsmarktes). Eine Unterteilung dieses Marktes ist in den EG-Richtlinien (insbesondere in RL 97/33/EG) nicht vorgesehen.

Als Bestandteil des Marktes für öffentliche mobile Sprachtelefonie (und hinsichtlich der Netzleistungen an andere Netzbetreiber auch des nationalen Zusammenschaltungsmarktes) sind auch die Leistungen des D-Netzes und des A1-Netzes in großem Ausmaß austauschbar, auch wenn einzelne Funktionalitäten des digitalen A1-Netzes beim analogen D-Netz nicht zur Verfügung stehen. Letztlich kommt es im Rahmen der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung aufgrund der ONP-Richtlinien, und damit aufgrund von § 33 TKG, nicht auf die Marktabgrenzung im wettbewerbsrechtlichen Sinn an (vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln im Telekommunikationsbereich, ABI 1991, C 233/2; Mitteilung der

Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABI 1998, C 265/2).

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 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:

Alternativ in Betracht kommende Kriterien zur Messung der ökonomischen Aktivität einzelner Marktteilnehmer auf dem Markt für öffentliches Anbieten von Mietleitungen, wie Mietleitungskapazität oder Kundenzahlen, geben als einzelne Indikatoren kein umfassendes Bild über die tatsächlichen Marktverhältnisse. 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. Kapazitätsangaben vermögen zwar die theoretische Leistungsfähigkeit widerzuspiegeln, geben aber keine Auskunft über den tatsächlichen Leistungsumfang und die tatsächliche Leistungsfähigkeit.

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.

Das Argument der Mobilkom, die Leistungen am Zusammenschaltungsmarkt seien so homogen, daß keine unterschiedlichen „Qualitäten der Produkte“ vorhanden seien, weshalb Verkehrsminuten als Maßzahl heranzuziehen seien, ist irrig. Der Grund für die

Heranziehung der Umsatzzahlen als Marktmachtindikator statt der 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. Ebenso wenig ist eine Minute nationaler Zusammenschaltungsverkehr (nationales Ferngespräch) mit einer Minute im lokalen Zusammenschaltungsverkehr (Regionalzone) 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.

Auch auf dem öffentlichen mobilen Sprachtelefonmarkt gibt ebenfalls das Umsatzkriterium die tatsächliche ökonomische Aktivität und das Verhältnis der relativen Marktstellungen wieder. Das ebenfalls denkbare 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 allen vier relevanten Märkten 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). Auch der von Mobilkom bei der mündlichen Verhandlung beigezogene Privatgutachter ist der Ansicht, daß die Marktanteile am Zusammenschaltungsmarkt primär nach Umsätzen zu berechnen sind (ON 245).

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.

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 Zusammenschaltleistungen 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.

Dem Einwand der Mobilkom, es wären in den Zusammenschaltungsmarkt auch Umsätze von Pagingnetzbetreibern (Personenrufdienste, Datenrufe und Pagerdienste), sowie Umsätze aus Netzleistungen an Pagingnetzbetreiber einzubeziehen (ON 210, S. 10), ist entgegenzuhalten, daß solche Umsätze im inter-carrier-Verhältnis derzeit nur von drei Unternehmen, nämlich der Airpage Telekommunikation AG, der Paging 1 Service GmbH und der Mobilkom angeboten werden. Würde man nun solche Umsätze in die Berechnung des Zusammenschaltungsmarktes miteinbeziehen, so würde dadurch im Verhältnis zu den beiden anderen größeren Marktteilnehmern am Zusammenschaltungsmarkt der Umsatzanteil der Mobilkom lediglich größer werden, als er mit der hier gewählten Berechnungsmethode aussieht. Ein anderes Ergebnis als das spruchgemäße könnte also mit der von Mobilkom vorgeschlagenen Berechnungsmethode nicht erzielt werden.

Mobilkom wendet weiters dagegen ein, daß gemäß der Explanatory Note der DG XIII vom 1.3.1999 am Zusammenschaltungsmarkt lediglich die Umsätze aus Terminierungsleistungen (d.h. Gesprächszustellungsleistungen) zu berücksichtigen sein. Darüber hinaus seien auch die Terminierungsleistungen, die die einzelnen Unternehmen an sich selbst erbringen, als fiktive Leistungen einzuberechnen.

Dazu hat die Telekom-Control-Kommission folgendes erwogen: Die Explanatory Note der DG XIII vom 1.3.1999 ist rechtlich nicht verbindlich. Es handelt sich dabei auch um keine Empfehlung der Kommission, die bei der Auslegung des EG- oder nationalen Rechts zu berücksichtigen wäre. Die Explanatory Note gibt lediglich den gegenwärtigen Stand im noch andauernden Diskussionsprozeß wieder, die darin dargelegte Position ist durchaus – auch im ONP-Ausschuß – umstritten. Eine rechtliche Relevanz ist mithin nicht gegeben. Rechtlich relevant ist dagegen die Bestimmung des Art 7 Abs. 2 RL 97/33/EG, wonach der nationale Zusammenschaltungsmarkt ein relevanter Markt ist. Zusammenschaltung umfaßt jedoch verschiedene Leistungen, darunter Originierung und Transit (vgl. Bescheide der Telekom-Control-Kommission Z 1/97 und Z 1/98 1. Teilbescheid; ebenso *Parschalk/Zuser*, Netzzugang und Zusammenschaltung im Telekommunikationsrecht, MR 1998, 363 und MR 1999, 44). Diese Leistungen sind daher auch als Bestandteil des Zusammenschaltungsmarktes zu berücksichtigen.

Selbst wenn man jedoch den Zusammenschaltungsmarkt so kalkulieren würde, wie dies von Mobilkom gefordert wird, käme man auf dasselbe Ergebnis – ja, der Marktanteil der Mobilkom läge sogar höher:

3.3.2.1 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 S. 8f. vorgebrachten Ansatz und wurde insbesondere aufgrund eines entsprechenden Antrags der Mobilkom (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 originierendem Verkehr) terminierendem 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.

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 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 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 alternativen Netzbetreibern 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 von alternativen Netzbetreibern erzielten Umsatzes aus internationaler Zusammenschaltung auch tatsächlich Terminierungsleistung im eigenen Netz ist, der einzurechnen wäre, im Gegensatz zu den Umsätzen aus Transit, die eigentlich herauszurechnen wären.

Als Ergebnis zeigt sich, daß die Mobilkom nach diesem Ansatz im Zeitraum 1.1.1999 bis 28.2.1999 einen Marktanteil von 37,58% am Zusammenschaltungsmarkt hält.

Die folgende Tabelle zeigt einen Vergleich der Ergebnisse nach den verschiedenen Berechnungsmethoden.

		Ergebnis der Beweisaufnahme (vom 20.05.1999)	Kontrollrechnung
		Berechnungsansatz der Telekom-Control-Kommission	nach der Explanatory Note
		Jän/Feb	Jän/Feb
TA	UMSÄTZE		
	ANTEIL	>35%	>35%
Mobilkom	UMSÄTZE		
	ANTEIL	> 35 %	> 35 %
max.mobil.	UMSÄTZE		

	ANTEIL	>20%	>20%
SUMME		94,12%	96,71%

Insgesamt zeigt sich, daß sowohl der Anteil der Mobilkom als auch jener von max.mobil am Zusammenschaltungsmarkt – folgt man dem in der Explanatory Note 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.

3.3.3 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. 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 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 Mobilkom 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

Die Mobilkom lag sowohl im Zeitraum vom 1.1.1998 bis zum 28.2.1999 als auch in den ersten beiden Monaten des Jahres 1999 deutlich über der 25 % - Grenze des § 33 Abs. 2 TKG. Für die Mobilkom besteht daher die Vermutung der Marktbeherrschung. Aufgrund der bedeutenden Überschreitung der 25 % - Grenze ist es im Hinblick auf die Mobilkom nicht mehr nötig, die Kriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG zu untersuchen. Tatsachen, die diese Vermutung erschüttern könnten, konnten von Mobilkom trotz Aufforderung (ON 245) nicht vorgebracht werden. Die Behauptung der Mobilkom betreffend ihren mangelnden Einfluß auf die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte beschränkt sich im wesentlichen auf den Hinweis, daß diese von ihrer Konzernmutter festgelegt würden (ON 245). Wo im Konzernverhältnis Entscheidungen intern getroffen werden, ist freilich im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kein relevantes Kriterium zur Beurteilung, ob Marktmacht vorliegt. Die Behauptung mangelnden Zugangs der Mobilkom zu Finanzmitteln wegen hoher Schulden ihrer Mutter Telekom Austria AG ist – betrachtet man den im Verhältnis zu den Verbindlichkeiten ausgezeichneten cash-flow-Wert der Telekom Austria AG – nicht geeignet, Zweifel an der marktbeherrschenden Stellung der Mobilkom zu erwecken. Dies umsoweniger, als die Mobilkom selbst eingestanden hat, daß sie in einem strategischen Beteiligungsverhältnis mit der Stet, und damit letztlich mit der Telecom Italia, stehe (ON 245).

Der Antrag der Mobilkom, betreffend der Verkehrsminuten am mobilen Sprachtelefoniemarkt weitere Ermittlungen durchzuführen (ON 210, S. 8) wurde nun durch eine Nacherhebung vom 16.06.1999 (ON 219) Rechnung getragen; das Ergebnis blieb jedoch praktisch unverändert, da die Mobilkom sowohl über das Jahr 1998 als auch im Jänner und Februar 1999 über 55% Marktanteil der Verkehrsminuten am Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes für sich beanspruchte.

Dasselbe Ergebnis, wie unter Heranziehung der Umsätze, würde auch bei Heranziehung der Verkehrsminuten erzielt. 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.

Obwohl dies angesichts der klaren Überschreitung der 25 % - Grenze nicht mehr nötig ist, zeigt auch ein kurzer Blick auf die Einzelkriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG, daß die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung richtig ist:

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 Mobilkom. Insbesondere verfügt die Mobilkom über erheblicher Vorteile des Zuerstkommenden (bereits akquirierter Kundenstock, ehemalige Monopolstruktur, Erfahrung, Bekanntheitsgrad des Firmennamens (Brandname), etc.), sowohl gegenüber max.mobil., als auch gegenüber Connect und gegenüber dem Inhaber der vierten Mobilfunklizenz.

So hat Mobilkom gegenüber ihren Mitbewerbern insbesondere einen erheblichen zeitlichen Vorsprung hinsichtlich des Netzausbaues.

(b) Der Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes

Der umsatzmäßige Marktanteil des zweitgrößten Marktteilnehmers max.mobil. ist im Vergleich zu jenem der Mobilkom deutlich geringer (zuletzt < 35 % gegenüber [> 60 %]).

(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, der zweitgrößte Marktteilnehmer max.mobil. über einen Anteil von $> 35\%$. Auch hier verfügt Mobilkom über eine erhebliche Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern. Mobilkom verfügt daher auch im Hinblick auf den Zugang zu den Endbenutzern über eine im Vergleich zu den Mitbewerbern überragende Marktstellung, was für die Annahme beträchtlicher Marktmacht spricht.

(d) Zugang zu Finanzmitteln

Mobilkom verfügt, nicht zuletzt aufgrund ihrer Beteiligungsstruktur (TA, Telecom Italia), über eine gute Zugangsmöglichkeit zu Finanzmitteln. Aus dem Verkauf von 25 % der Anteile an der Telekom Austria AG konnte die Post und Telekom Austria AG einen Erlös von 27,23 Milliarden, laut Pressemitteilung Standard 21.10.1998, erzielen. Daraus kann ersehen werden, daß seitens des TA-Konzerns eine gute Zugangsmöglichkeit zu Finanzmitteln besteht.

(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.

3.4.1.4 Ergebnis

Auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes verfügt die Mobilkom aufgrund der klaren Überschreitung der 25 % - Grenze des § 33 Abs. 2 TKG über eine marktbeherrschende Stellung. Die Vermutung des § 33 Abs. 2 TKG wurde nicht erschüttert. Die Richtigkeit der Vermutung wird auch durch Prüfung der Einzelkriterien des § 33 Abs. 1 Z 2 TKG bestätigt. Gründe für ein Abgehen von der Vermutung des § 33 Abs. 2 TKG bestehen daher nicht.

3.4.2 Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen

3.4.2.1 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 über 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.

3.4.2.2 Vermutung der Marktbeherrschung

Die TA und die Mobilkom verfügen über einen umsatzmäßigen Marktanteil von jeweils deutlich über 25 %. Aufgrund dieser Zahlen wird daher gemäß § 33 Abs 2 TKG vermutet, daß sowohl die TA als auch die Mobilkom 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 Mobilkom eine Beurteilung der Marktstellung der Mobilkom 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 Mobilkom trotz Aufforderung auch nicht vorgebracht werden.

3.4.2.3 Ergebnis

Auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltleistungen ist die Mobilkom marktbeherrschend im Sinne des TKG.

Daß Mobilkom auf diesem Markt über Marktmacht verfügt, ist nicht zuletzt auch daraus ersichtlich, daß sie trotz niedriger Endkundentarife für netzinterne Gespräche (z.T. unter öS 1 pro Minute inkl. USt.) hohe Zusammenschaltungsentgelte im Verhältnis zu anderen Netzbetreibern (derzeit öS 2,20 pro Minute exkl. USt.) aufrechterhalten kann.

Dementsprechend konnte auch dem gegenteiligen Antrag der Mobilkom vom 20.7.1999 (ON 253, S. 3) nicht stattgegeben werden.

3.5 Zu den Verfahrensrügen und –anträgen der Mobilkom

Dem Vorbringen der Mobilkom (ON 210), das gegenständliche Ermittlungsverfahren sei durch die Veröffentlichung der Mobilkom als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des TKG auf der Homepage der Regulierungsbehörde präjudiziert, muß die Telekom-Control-Kommission entgegentreten: Gemäß § 33 Abs. 3 TKG ist die Regulierungsbehörde (nämlich gemäß § 109 TKG die Telekom-Control GmbH) verpflichtet, einmal jährlich zu veröffentlichen, welche Anbieter auf welchen Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Eine solche Veröffentlichung – die auch im Amtsblatt zur Wiener Zeitung erschien – hat gemäß § 33 Abs. 3 letzter Satz TKG keine Rechtswirkungen und hat schon deshalb keine verbindliche Wirkung auf die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 33 Abs. 4 TKG vor der Telekom-Control-Kommission.

Zur Verfahrensrüge, die Mobilkom sei in ihrem Recht auf Akteneinsicht verletzt worden (ON 210), ist darauf zu verweisen, daß Aktenstücke, die Betriebs- und Geschäftsstücke enthalten, im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG von der Akteneinsicht auszunehmen sind. Umsatzzahlen, Angaben über die Kundenzahlen, die abgewickelten Verkehrsminuten sowie die Mietleitungsenden, stellen beispielsweise Daten dar, die Aufschluß über den Geschäftserfolg bzw. die Geschäftsstrategie der einzelnen Unternehmen geben können und daher von der Akteneinsicht auszunehmen sind. Die gesamten verfahrensrelevanten Ergebnisse der Beweisaufnahme, auf welche allein sich die gegenständliche Entscheidung stützt, wurden der Mobilkom jedoch unter expliziten Verweis auf § 45 Abs. 3 AVG zur Stellungnahme vorgehalten (ON 200/3), womit ihr Recht auf Parteiengehör gewahrt ist.

Zur Rüge der Mobilkom, die Berechnungsmethode der Umsätze sowie die Bewertung der einzelnen Sachverhaltselemente im Entscheidungsprozeß sei nicht zeitgerecht offengelegt worden (ON 210, S. 5 und S. 8), verweist die Telekom-Control-Kommission auf die bereits in den ursprünglichen Informationensersuchen (z.B. betreffend Mobilkom: ON 5/3, 6/3) vorgenommenen Definitionen und Anleitungen zur Umsatzberechnung. Die Bewertung der

einzelnen Sachverhaltselemente selbst im Hinblick auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung stellt bereits eine rechtliche Beurteilung dar, die als solche nicht zum Gegenstand des Parteiengehörs zählt (VwSlgNF 1737 A, 6397 A, 7509 A).

Dem Antrag der Mobilkom, betreffend der Verkehrsminuten am mobilen Sprachtelefoniemarkt weitere Ermittlungen durchzuführen (ON 210, S. 8) wurde Rechnung getragen. Ebenso wurde dem Antrag der Mobilkom auf „Durchführung einer mündlichen Verhandlung“ (ON 210, S. 4) Rechnung getragen. Dem Antrag der Mobilkom auf Gewährung der uneingeschränkten Akteneinsicht wurde – abgesehen von Geschäftsgeheimnissen - entsprochen. Dem Antrag auf Fristerstreckung für die Stellungnahme bis mindestens 11.6.1999 wurde insofern nachgegeben, als die Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung und insbesondere in der über Antrag der Mobilkom anberaumten mündlichen Verhandlung – und damit zumindest wie beantragt bestand.

Zum Antrag der Mobilkom, ein Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen darüber einzuholen, inwieweit sich der Markt für Zusammenschaltung bis Ende 1999 entwickeln wird und ob die Mobilkom einen vom Gesetz geforderten Einfluß auf die Marktbedingungen hat, sowie zum Eventualantrag, der Mobilkom möge bis Mitte Juli 1999 Gelegenheit eingeräumt werden, selbst entsprechende Gutachten einzuholen und vorzubringen (ON 216 S. 2) hat die Telekom-Control-Kommission erwogen: Die Frage nach der zukünftigen Entwicklung des Marktes für Zusammenschaltung ist nach § 33 Abs. 1 TKG nicht entscheidungsrelevant. Der Feststellungsbescheid bezieht sich auf die Tatsachen zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung und betrifft die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt eine Marktbeherrschung im Sinne des Telekommunikationsgesetzes besteht. Dem entsprechenden Verfahrens Antrag, ebenso wie dem im wesentlichen gleichlautenden Verfahrens Antrag vom 20.7.1999 (ON 253, S. 4) konnte daher als nicht entscheidungsrelevant wegen offenkundiger Unerheblichkeit nicht stattgegeben werden. Die Frage, ob die Mobilkom einen vom Gesetz geforderten Einfluß auf die Marktbedingungen hat, stellt eine Rechtsfrage dar, für deren Beantwortung ein Gutachter nicht bestellt werden kann. Auch diesem Antrag konnte daher nicht stattgegeben werden. Dem Eventualantrag der Mobilkom wurde insofern Rechnung getragen, als die Mobilkom bis zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung die Gelegenheit hat, Vorbringen bei der Behörde anzubringen. Die Mobilkom hatte daher antragsgemäß die Gelegenheit, bis Mitte Juli ein solches Gutachten einzuholen und vorzubringen.

Zum Antrag der Mobilkom, es mögen Marktdaten ab März 1999 erhoben werden (ON 253, S. 4) ist folgendes auszuführen: Die Telekom-Control-Kommission hat in der Verständigung vom 16.6.1999 von der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowohl die Mobilkom (ON 219/1), als auch die max.mobil. (ON 219/2) und die Connect (ON 219/3) aufgefordert, ihre Endkundenumsätze auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes für das Monat März 1999 und, sofern verfügbar, auch für die Folgemonate bekanntzugeben. Mobilkom selbst, ebenso wie max.mobil. und Connect, gaben ihre Endkundenumsätze lediglich für das Monat März 1999, nicht jedoch für die Folgemonate bekannt. Die Telekom-Control-Kommission geht daher davon aus, daß die betreffenden Daten nicht verfügbar sind. Die von allen am Zusammenschaltungsmarkt tätigen Unternehmen im März 1999 und danach erzielten Umsätze auf diesem Markt wurden von der Telekom-Control-Kommission aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit des Verfahrens nicht mehr erhoben, da hier eine erhebliche Verzögerung zu erwarten wäre. Eine höhere Aktualität der betreffenden Daten wäre durch eine solche Erhebung nicht zu erwarten gewesen, da eine vollständige Markterhebung von der rechtzeitigen Auskunftserteilung aller Marktteilnehmer abhängig ist und – angesichts der Vielzahl der Betreiber – stets einen gewissen Zeitraum in Anspruch nimmt.

Speziell die TA ist nicht in der Lage, aktuellere Daten zu übermitteln. So gab die TA der Telekom-Control-Kommission in einem Schreiben vom 31.3.1999 bekannt, daß sie hinsichtlich des Zusammenschaltungsmarktes keine Angaben für das Jahr 1999 machen könne. Nach weiterer Aufforderung am 7.4.1999 (ON 137) gab die TA in einem Schreiben vom 13.4.1999 (ON 138) und in einem weiteren Schreiben vom 21.4.1999 (ON 173) nochmals an, keine Angaben für die Monate Jänner und Februar des Jahres 1999 machen zu können, da die Erhebungen noch im Gange seien. Nach einem bescheidmäßigen Auskunftsbegehren gemäß § 83 Abs. 2 TKG vom 21.4.1999 (ON 79/2) legte die TA mit Schreiben vom 23.4.1999 einige Daten (grobe Schätzwerte) betreffend die Umsätze für Jänner und Februar vor. Wesentliche Umsatzbestandteile (verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelte) für die Monate Jänner und Februar 1999 wurden von der TA jedoch erst nach einem weiteren bescheidmäßigen Auskunftsbegehren vom 3.5.1999 (ON 176) mit Schreiben vom 7.5.1999 bekanntgegeben. Noch am 14.5.1999 (ON 187) brachte die TA der Telekom-Control-Kommission eine nicht unwesentliche Korrektur ihrer früheren Angaben zur Kenntnis. Aus alledem kann ersehen werden, daß es – nicht zuletzt aufgrund von diesbezüglichen Schwierigkeiten auf Seiten der gesellschaftsrechtlichen Mutter der Mobilkom, der TA – unmöglich ist, die Aktualität der Daten über den Gesamtmarkt zu erhöhen.

Durch die von der Mobilkom gewünschte Nacherhebung wäre daher, außer einer Verfahrensverzögerung, nichts erreicht, insbesondere wäre keine verbesserte Entscheidungsgrundlage gegeben. Aufgrund der klaren Marktsituation (erhebliche Überschreitung der 25 % - Grenze durch Mobilkom) ist die Verwaltungssache hingegen bereits spruchreif. Die Telekom-Control-Kommission ist daher gehalten, ohne weitere Erhebungen ihre Entscheidung zu fällen.

Zum Antrag der Mobilkom auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art 177 EGV (alt) über die Frage, nach welcher Berechnungsmethode der Marktanteil am Zusammenschaltungsmarkt zu ermitteln sei (ON 210, S. 11), hat die Telekom-Control-Kommission folgendes erwogen: Gemäß Erkenntnis des VfGH B 1625/98-32 ist Art 5a Abs. 3 RL 90/387/EWG idF RL 97/51/EG, der gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eines „Einspruches“ fordert, unmittelbar anwendbar und verdrängt im Anwendungsbereich der genannten Richtlinie den Art 133 Z 4 B-VG, sodaß gegen Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission die Beschwerdemöglichkeit an den Verwaltungsgerichtshof gegeben ist. Die Telekom-Control-Kommission ist daher kein höchstinstanzliches Gericht im Sinne des Art 177 EGV (alt) und somit zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht verpflichtet.

Im Sinne der Raschheit, Einfachkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit (§ 39 Abs. 2 AVG) mußte daher ein Vorabentsuchersuchen unterbleiben. Ein subjektives öffentliches Recht der Mobilkom auf Vorlage eines Vorabentsuchersuchens an den EuGH besteht nicht, weshalb der betreffende Antrag der Mobilkom zurückzuweisen war (vgl. Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, E 6 zu § 38a AVG).

3.6 Zum Antrag der Mobilkom auf Feststellung des Nichtbestandes der marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Netze der Mobilkom am Markt für Zusammenschaltung

Mit Schreiben vom 7.6.1999 (ON 219, S. 12) beantragte die Mobilkom „die Feststellung des Nichtbestandes der marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Netze der Mobilkom am Markt für Zusammenschaltung“.

Dazu hat die Telekom-Control-Kommission erwogen: Als marktbeherrschend im Sinne von § 33 Abs. 1 TKG kann nach dessen Wortlaut sowie auch übereinstimmend nach § 33 Abs.

4 TKG nur ein Unternehmer in Betracht kommen. Eine Marktbeherrschung eines Telekommunikationsnetzes sowie ein diesbezüglicher Feststellungsanspruch ist in § 33 TKG konzeptionell nicht vorgesehen.

Im übrigen ist die Regulierungsbehörde gemäß § 33 Abs. 4 TKG lediglich ermächtigt (bzw. auf Antrag verpflichtet), festzustellen, daß ein bestimmter Unternehmer marktbeherrschend im Sinne des TKG ist, nicht aber, festzustellen, daß ein bestimmter Unternehmer nicht marktbeherrschend im Sinne des TKG ist. Dies sieht schon – obzwar vom Wortlaut her für sich genommen nicht ganz klar – § 33 Abs. 4 TKG vor, nachdem die Regulierungsbehörde auf Antrag eines betroffenen Unternehmers durch Bescheid festzustellen hat, „ob dieser marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes ist“. (Nicht aber ist eine Verpflichtung zur Feststellung vorgesehen, ob dieser Unternehmer nicht marktbeherrschend ist.) Im Zusammenhang mit § 111 Z 5 TKG ergibt sich jedoch zweifellos, daß die Telekom-Control-Kommission lediglich festzustellen hat, „welcher Anbieter gemäß § 33 als marktbeherrschend einzustufen ist“, nicht aber die gegenteilige Feststellung zu treffen hat.

Der diesbezüglich mangelhafte Antrag der Mobilkom war auch nicht einer Verbesserung im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG zugänglich, da er sich in der Sache zur Gänze auf eine Feststellung richtet, die materiell von der Telekom-Control-Kommission gemäß § 33 Abs. 4 und § 111 Z 5 TKG nicht getroffen werden kann, stellt er doch inhaltlich auf Märkte ab, die keine im Sinne des TKG relevanten Märkte, sondern lediglich Marktsegmente dieser relevanten Märkte darstellen. Sowohl die Zusammenschaltungsleistungen des D-Netzes als auch jene des A1-Netzes sind in diesem Sinne beides – wenn überhaupt – lediglich Segmente des relevanten Zusammenschaltungsmarktes (siehe dazu oben 3.2).

Der diesbezügliche Antrag der Mobilkom ist daher entsprechend Spruchpunkt B.) zurückzuweisen.

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