

- einschreiben -

An die
Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH

Mariahilferstrasse 77-79
1060 Wien

Vorab per Fax 58058 9191

RTR - GmbH					
GZ: / /					
eingel. am: 27. Dez. 2005					
GF - TK	TKK	GF - RF	KOA		
F	T	R	B	V	FM

Wien, am 20.12.2005
CA / SB

Betrifft: M10/05

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben vom 02.12.2005 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung erstatten wir binnen offener Frist folgende

Stellungnahme:

1. Allgemeines

Wir wurden mit Schreiben vom 2.12.2005 davon in Kenntnis gesetzt, dass die Telekom Control Kommission (TKK) beabsichtigt, als Ergänzung des Bescheides der TKK vom 27.10.2004 zu M15c/03-29 die folgende zusätzliche spezifische Verpflichtung aufzuerlegen:

„One GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die One GmbH ihrem eigenen Festnetzbereich bereitstellt.“

Diese Verpflichtung basiert laut Begründung der TKK darauf, dass mit Bescheid der TKK vom 27.10.2004 zu M15c/03 die beträchtliche Marktmacht von ONE auf dem Markt für Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz festgestellt wurde.

Basis für die Abgrenzung des Marktes, der die Grundlage für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist, ist die TKMVO.

2. Zur TKMVO

Wie bereits im Zuge vorhergegangener Verfahren der Regulierungsbehörde gegenüber zur Kenntnis gebracht, steht die gegenständliche Verordnung nicht im Einklang mit der Rechtsordnung. Aus diesen und anderen Gründen wurde auch gegen den Bescheid M15c/03 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, das diesbezügliche Verfahren ist bis dato nicht abgeschlossen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf die Stellungnahmen der ONE GmbH in den Verfahren M 14/03 und M15/03 hingewiesen und nur grundlegendes an dieser Stelle ausgeführt.

Jeder Markt kann solange einer Eingrenzung zugeführt werden, bis ein einzelnes Unternehmen zwangsläufig als marktbeherrschend angesehen werden kann. Es bedarf also vielmehr zusätzlich noch objektiver Gründe, warum ein Markt derartig abgegrenzt wird. Hierbei reicht es aber nicht aus, dass man sich auf andere Rechtsvorschriften, die sich mehr oder weniger der Rechtskontrolle durch die Höchstgerichte entziehen, beruft oder gar das Instrument der Marktabgrenzung dazu verwendet, um über diesen Umweg Ziele in Form von Auflagen zu erreichen.

Im gegenständlichen Markt erscheint es für ONE daher unmöglich, sich durch ein wie immer geartetes Verhalten einer Qualifizierung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem eigenen Terminierungsmarkt zu entziehen. Auch das der Entscheidung zu Grunde liegende Gutachten wirkt teilweise als Begründung/Rechtfertigung einer im Vorhinein festgelegten Marktdefinition.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auf den auch besonders in § 34 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG) hingewiesen wird, wurde jedenfalls bereits durch die Definition der Märkte in der Verordnung vernachlässigt bzw. verletzt.

Dies kann auch nicht durch die Tatsache verdeckt werden, dass die TKMVO eine Übernahme einer Empfehlung der Europäischen Kommission¹ darstellt. Gem. § 36 Abs. 2 TKG 2003 ist auf die Empfehlung der Europäischen Kommission jedoch lediglich Bedacht zu nehmen, deren Umsetzung im Wortlaut ist daher keineswegs verpflichtend. Ein Abweichen von der Marktaufteilung wäre unter entsprechender Begründung und Mitteilung an die Europäische Kommission möglich gewesen. Die TKMVO, so wie sie erlassen wurde, ist jedoch weder geeignet, die Ziele gem. § 1 TKG 2003 zu erreichen, noch ist sie angemessen.

3. Zur Marktbeherrschung und zu den Auflagen:

§ 37 TKG 2003 sieht vor, dass die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen erteilen kann, soweit auf dem relevanten Markt durch die marktbeherrschende Stellung kein effektiver Wettbewerb besteht.

Wie bereits unter Punkt 2 ausgeführt, handelt es sich im gegenständlichen Fall um eine rechtswidrige Marktabgrenzung, was zur Folge hat, dass auch die auf Grundlage dieser Marktabgrenzung ergangenen Bescheide zur Feststellung von Marktmacht einer entsprechenden Grundlage enbehren.

Im gegenständlichen Fall ist die Marktmacht nicht dadurch entstanden, dass ein Unternehmen durch First-Mover-Vorteile, Expansion und dgl. eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat. Vielmehr wurde diese Macht künstlich im Nachhinein durch eine entsprechende Eingrenzung des Marktes herbeigeführt.

Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass es sich in Bezug auf Terminierung bei der ONE GmbH um ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung handelt.

¹ Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. 2003 L 114/45 vom 8.5.2003

Verpflichtungen können nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden. Da ONE GmbH nicht über beträchtliche Marktmacht auf dem Vorleistungsmarkt der Terminierung verfügt, kann sie auch nicht Adressat einer derartigen Verpflichtung sein.

Die gegenständliche Verpflichtung steht somit mangels marktbeherrschender Stellung der ONE GmbH nicht im Einklang mit den Bestimmungen des TKG 2003.

4. Zur Auflage selbst

Unter Berücksichtigung des Rechtsstandpunktes der Regulierungsbehörde besteht seitens ONE durchaus Verständnis für die Auflage selbst, diese erscheint auch weitgehend konsistent mit den bereits verhängten Verpflichtungen.

Die Auflage selbst ist jedoch hinsichtlich des Umfangs des durch den Festnetzbereich der ONE GmbH adressierten Kundenkreises nach wie vor unverhältnismäßig und überschießend.

5. Zusammenfassung

Alles in Allem kann nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der ONE GmbH am Markt für die Terminierung ins Netz der ONE GmbH ausgegangen werden, der gegenständliche Markt entspricht nicht den Anforderungen einer objektivierten Marktabgrenzung, eine Auferlegung von Verpflichtungen ist daher unzulässig.

Mit freundlichen Grüßen


ONE GmbH