jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2003/11/18 2002/03/0284

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.11.2003

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3H E13206000;
E3L E13103020;
E3L E13206000;
E3Y E13206000;
E5XC E13206000;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

31992L0044 ONP-RL Mietleitungen Art2 Abs3 idF 31997L0051;
31992L0044 ONP-RL Mietleitungen idF 31997L0051;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh1 Abschn1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh1 Abschn2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh1 Abschn3;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art18;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art4 Abs2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art4 Abs3;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL idF 31998L0061;
31997L0051 Nov-31990L0387/31992L0044;
31998L0010 ONP-RL Anwendung Art2 Abs2 liti;
31998L0010 ONP-RL Anwendung;
31998L0061 Nov-31997L0033;
31998Y082201 Zugangsvereinbarungen Telekommunikationsbereich;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art15 Abs1;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art15 Abs3;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Erwägungsgrund25;
32003H0311 Produktmärkte Dienstmärkte Kommunikationssektor Erwägungsgrund3;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze;

B-VG Art130 Abs2;
EURallg;
TKG 1997 §32 Abs2 Z5;
TKG 1997 §32 Abs2;
TKG 1997 §33 Abs1 Z2;
TKG 1997 §33 Abs1;
TKG 1997 §33 Abs2;
TKG 1997 §33;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Bernegger, Dr. Handstanger und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der T AG in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. September 2002, Zl. M 1/02-114, betreffend Feststellung der Marktbeherrschung, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde gemäß § 33 Abs. 4 des Telekommunikationsgesetzes, BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 32/2002, (TKG) iVm § 111 Z. 5 TKG fest, dass die Beschwerdeführerin auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes, auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen marktbeherrschend im Sinne des TKG sei.

1.1. Die belangte Behörde legte zunächst an Hand von Tabellen folgende Ermittlungsergebnisse dar: Danach habe auf dem Markt für öffentliche Sprachtelefonie im Festnetz der Anteil der Beschwerdeführerin am Gesamtmarkt im Zeitraum von Jänner 2001 bis März 2002 zwischen 77,5 % und 70,9 % des Umsatzes bzw. zwischen 69,7 % und 61,5 % der Verkehrswerte betragen; für Februar und März 2002 habe der Anteil am Gesamtmarkt 71,38 % der Umsätze und 61,7 % der Verkehrswerte betragen. Zum Stichtag 31. März 2002 habe der Anteil der Beschwerdeführerin am Gesamtmarkt der aktivierten Teilnehmeranschlüsse 95,1 % (64 kbit-Äquivalente) bzw. 95,3 % (Anzahl der Anschlüsse) betragen. Diese Werte seien jeweils auf das gesamte Bundesgebiet als räumlicher Markt bezogen. Kein anderer Anbieter habe auf diesem Markt einen Marktanteil von mehr als 10 % erreicht.

1.2. Auf dem Markt für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen habe der Anteil der Beschwerdeführerin an den Umsätzen im Zeitraum von Jänner 2001 bis März 2002 zwischen 69,0 % und 60,3 %, im Februar und März 2002 64,8 %, betragen; der Anteil des auf diesem Markt zweitstärksten Unternehmens habe im Jänner 2001 weniger als 20 %, in den darauf folgenden Zeiträumen bis zum März 2002 jeweils weniger als 15 % betragen. Der Anteil der Beschwerdeführerin an der Gesamtanzahl der in Österreich gelegenen Mietleitungsenden in 64 kbit-Äquivalenten habe zum Stichtag 31. März 2002 41,4 % betragen. Alle Werte seien auf das gesamte Bundesgebiet als räumlicher Markt bezogen.

1.3. Auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltung, der in räumlicher Hinsicht ebenfalls das gesamte Bundesgebiet umfasse, habe der Anteil der Beschwerdeführerin am Umsatz "nach der Berechnungsmethode der Behörde" im Zeitraum Jänner 2001 bis März 2002 zwischen 36,1 % und 29,7 %, im Februar und März 2002 30,4 % betragen, als weitere umsatzstarke Unternehmen hätten im Februar und März 2002 Mobilkom weniger als 25 %, T-Mobile weniger als 20 %, Connect weniger als 15 % und tele.ring weniger als 5 %, alle übrigen Unternehmen kumuliert unter 10 % Anteil am Gesamtmarkt aufgewiesen. An Umsätzen wurden neben erstmaligen Herstellungsentgelten für

den Zusammenschaltungspunkt (POI) und periodischen Entgelten für die Joining-Links sowohl bei Festnetzals auch bei Mobilfunknetzbetreibern Originierungs- und Terminierungsleistungen berücksichtigt, bei Festnetzbetreibern zusätzlich auch Transitleistungen, bei Mietleitungsbetreibern monatliche Erlöse für die Zusammenschaltung.

An den Verkehrsminuten habe die Beschwerdeführerin am Gesamtmarkt "nach der Berechnungsmethode der Behörde" im Februar und März 2002 einen Anteil von 74,0 % erreicht. Dabei wurden Originierungs-, Terminierungs- und Transitverkehr berücksichtigt.

Nach der Berechnungsweise, wie sie in einem Dokument der Generaldirektion XIII (nunmehr Generaldirektion Informationsgesellschaft) der Europäischen Kommission vorgeschlagen werde ("Explanatory Note" vom 1. März 1999), habe die Beschwerdeführerin im Zeitraum von Jänner 2001 bis März 2002 einen Anteil am Umsatz des Gesamtmarktes der Zusammenschaltung zwischen 20,1 % und 14,3 %, im Februar und März 2002 14,9 %, erreicht; nach dieser Berechnungsmethode hätte Mobilkom mehr als 35 %, T-Mobile weniger als 25 % und Connect weniger als 20 % Marktanteil (am Gesamtmarkt der Umsätze). Am Gesamtmarkt der Zusammenschaltung gemessen nach Verkehrsminuten habe die Beschwerdeführerin nach der Berechnungsmethode der "Explanatory Note" einen Anteil von 60,2 % erreicht. Bei dieser Berechnungsmethode seien keine Originierungsleistungen enthalten, hingegen werde der netzinterne Verkehr berücksichtigt (Terminierung netzintern).

1.4. In der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid im Wesentlichen aus, dass die relevanten Märkte die drei in Anhang I der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG genannten Märkte sowie der nationale Zusammenschaltungsmarkt gemäß Art. 7 Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG seien; in diesem Sinne sei auch § 33 Abs. 1 TKG zu interpretieren. In räumlicher Hinsicht sei auf der Grundlage des Art. 4 Abs. 3 der RL 97/33/EG für die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes der geographische Umfang der erteilten Konzession maßgeblich, sodass bei der Beschwerdeführerin das gesamte Bundesgebiet als räumlich relevanter Markt heranzuziehen sei. Zur Bestimmung des Marktanteils seien die Umsatzverhältnisse der im jeweils relevanten Markt tätigen Unternehmen am besten geeignet. Gegenwärtig bestünde kein Grund, an der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen für Telekommunikationsunternehmen im ganzen Bundesgebiet zu zweifeln. Bei Anwendung der Rechtsvermutung des § 33 Abs. 2 TKG auf die einzelnen Märkte ergebe sich eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes, für das Erbringen eines öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für Zusammenschaltungsleistungen. Im Hinblick auf den Markt für Zusammenschaltungsleistungen erachte die belangte Behörde den Ansatz der "Explanatory Note" im Wesentlichen aus vier Gründen als nicht zielführend: Dieser Ansatz stelle nur auf Terminierungsleistungen ab, obwohl Marktmacht auch über Preise für andere Produkte ausgeübt werden könne; der Wertansatz für Terminierungsleistungen aus netzinternem Verkehr bei Mobilfunkbetreibern sei nicht eindeutig geklärt; der Begriff der Zusammenschaltung nach der Legaldefinition des § 3 Z. 16 TKG setze die Zusammenschaltung zwischen verschiedenen Netzen voraus und netzinterne Gespräche seien nicht Teil des Zusammenschaltungsmarktes; die weitere Anwendung der von der belangten Behörde bisher herangezogenen Methode liege im Interesse einer Kontinuität der Entscheidungspraxis und diese Methode weise auch eine größere Genauigkeit auf.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

3. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der für den Beschwerdefall maßgebliche § 33 TKG lautete:

"Marktbeherrschende Unternehmer

§ 33. (1) Ein Unternehmer ist marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, wenn er als Anbieter oder Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen am sachlich und räumlich relevanten Markt

1.

keinem oder nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt ist oder

2.

auf Grund seiner Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen, seines Umsatzes im Verhältnis zur Größe des Marktes, seiner Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern, seines Zuganges zu Finanzmitteln sowie seiner Erfahrung mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt über eine im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern überragende Marktstellung verfügt.

(2) Es wird vermutet, daß ein Unternehmer marktbeherrschend ist, wenn er am sachlich und räumlich relevanten Markt über einen Marktanteil von mehr als 25% verfügt. Die Regulierungsbehörde kann jedoch festlegen, daß ein Unternehmen mit weniger als 25% an dem betreffenden Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Sie kann auch festlegen, daß ein Unternehmen mit einem Anteil von mehr als 25% an dem betreffenden Markt nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. In beiden Fällen sind bei der Festlegung die Kriterien gemäß Abs. 1 zu berücksichtigen.

(3) Die Regulierungsbehörde veröffentlicht einmal jährlich im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, auf welchen sachlich und räumlich relevanten Märkten Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Vor der Veröffentlichung nach Abs. 3 ist den betroffenen Unternehmern die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Die Veröffentlichung hat keine Rechtswirkungen.

(4) Die Regulierungsbehörde hat auf Antrag eines betroffenen Unternehmers durch Bescheid festzustellen, ob dieser marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes ist. Sie kann dies auch von Amts wegen tun."

Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (759 BlgNR 20. GP, S. 51) führen zu § 33 TKG wörtlich aus:

"Der Feststellung, wer als marktbeherrschender Unternehmer eingestuft wird, kommt wesentliche Bedeutung zu, weil den Marktbeherrschenden Pflichten treffen, welche für andere nicht gelten. Diese Pflichten, ebenso wie die Definition des Begriffes Marktbeherrschung, orientieren sich an den einschlägigen EG Richtlinien."

Die in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage angesprochenen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben finden sich zunächst in der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl Nr. L 199 vom 26. Juli 1997, S. 32. Die für den gegenständlichen Sachverhalt relevanten Bestimmungen dieser Richtlinie hatten folgenden Wortlaut:

Art. 3 Abs. 2 RL 97/33/EG:

"(2) Die Mitgliedstaaten stellen die angemessene, effiziente Zusammenschaltung der in Anhang I aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze sicher, soweit dies notwendig ist, um die Interoperabilität dieser Dienste für alle Benutzer in der Gemeinschaft zu gewährleisten."

Art. 4 Abs. 2 und 3 RL 97/33/EG:

"(2) Die zur Bereitstellung der in Anhang I aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste befugten Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht haben allen begründeten Anträgen auf Netzzugang - einschließlich des Zugangs an Punkten, bei denen es sich nicht um die der Mehrheit der Endbenutzer angebotenen Netzabschlusspunkte handelt - stattzugeben.

(3) Die beträchtliche Marktmacht einer Organisation gilt als gegeben, wenn sie einen Anteil von über 25 v. H. an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt. Die nationalen Regulierungsbehörden können jedoch festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von weniger als 25 v. H. an dem betreffenden Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Sie können ferner festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von mehr als 25 v. H. an dem betreffenden Markt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. In beiden Fällen sind bei der Festlegung folgende Faktoren zu berücksichtigen: die Möglichkeit der Organisation, Marktbedingungen zu beeinflussen, ihr Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, ihre Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern, ihr Zugang zu Finanzmitteln sowie ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt."

Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 97/33/EG:

"(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absätze 2 bis 6 auf Organisationen angewandt werden, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden.

(2) Die Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung. Die Beweislast, dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten, liegt bei der Organisation, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Die nationalen Regulierungsbehörden können eine Organisation dazu auffordern, ihre Zusammenschaltungsentgelte vollständig zu begründen, und gegebenenfalls eine Anpassung von Entgelten verlangen. Dieser Absatz gilt auch für die in Anhang I Abschnitt 3 aufgeführten Organisationen, die von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet werden."

Art. 18 Abs. 2 und 3 RL 97/33/EG:

"(2) Die nationalen Regulierungsbehörden teilen der Kommission bis zum 31. Januar 1997 - und danach bei jeder Änderung unverzüglich - die Namen der Organisationen mit, die (...)

- den Bestimmungen dieser Richtlinie über Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen; (...)

Die Kommission kann die nationalen Regulierungsbehörden ersuchen, ihr die Gründe für die Einstufung oder Nichteinstufung einer Organisation als 'Organisation mit beträchtlicher Marktmacht' mitzuteilen.

(3) Die Kommission veröffentlicht die gemäß Absatz 2 mitgeteilten Namen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften."

Anh. I der RL 97/33/EG:

"SPEZIFISCHE ÖFFENTLICHE TELEKOMMUNIKATIONSNETZE UND FÜR DIE

ÖFFENTLICHKEIT ZUGÄNGLICHE TELEKOMMUNIKATIONSDIENSTE (nach Artikel 3 Absatz 2)

Den nachstehend aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetzen und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten wird auf europäischer Ebene entscheidende Bedeutung beigemessen. Für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht, die die nachstehenden öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste anbieten, gelten hinsichtlich Zusammenschaltung und Zugang Sonderverpflichtungen gemäß Artikel 4 Absatz 2, Artikel 6 und Artikel 7.

Abschnitt 1 Das feste öffentliche Telefonnetz

(...)

Abschnitt 2 Der Mietleitungsdienst

(...)

Abschnitt 3 Öffentliche mobile Telefonnetze

(...)"

Weitere gemeinschaftsrechtliche Vorgaben finden sich auch in der Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. Nr. L 101 vom 1. April 1998, S. 24, die in Art. 2 Abs. 2 und 3 folgende Begriffsbestimmungen enthielt:

"(2) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...)

e) 'Sprachtelefondienst' einen der Öffentlichkeit für die kommerzielle Bereitstellung des direkten Transports von Sprache in Echtzeit über das (die) öffentliche(n) vermittelte(n) Netz(e) verfügbaren Dienst, so dass jeder Nutzer das an einem Netzabschlußpunkt an einem bestimmten Standort angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit dem Nutzer eines an einem anderen Netzabschlußpunkt angeschlossenen Endgeräts verwenden kann; (...)

i) 'Organisation mit beträchtlicher Marktmacht' eine Organisation, der gestattet wurde, feste öffentliche Telefonnetze

und/oder Sprachtelefondienste in einem Mitgliedstaat bereitzustellen, und die für die Zwecke dieser Richtlinie von der nationalen Regulierungsbehörde des betreffenden Mitgliedstaates als eine Organisation mit beträchtlicher Marktmacht benannt und der Kommission gemeldet worden ist. Eine Organisation wird als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht angesehen, wenn ihr Anteil an dem betreffenden Markt in dem geographischen Bereich innerhalb eines Mitgliedstaats, für den ihre Zulassung gilt, mindestens 25 v. H. ausmacht. Die nationalen Regulierungsbehörden können jedoch festlegen, dass eine Organisation mit einem Marktanteil von weniger als 25 v. H. auf dem betreffenden Markt über eine beträchtliche Marktmacht verfügt. Sie können ferner festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von mehr als 25 v. H. am betreffenden Markt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. In beiden Fällen sind bei der Festlegung folgende Faktoren zu berücksichtigen: die Möglichkeit der Organisation, Marktbedingungen zu beeinflussen, ihr Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, ihre Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern, ihr Zugang zu Finanzmitteln sowie ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt.

(3) Im Sinne dieser Richtlinie

a) werden die Ausdrücke 'festes öffentliches Telefonnetz' und 'öffentliches mobiles Telefonnetz' in Anhang I der Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung erläutert; (...)"

Für den Mietleitungsdienst enthielt schließlich die Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABl. Nr. L 165 vom 19. Juni 1992, S. 27, in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. Nr. L 295 vom 29. Oktober 1997, S. 23, in Art. 2 Abs. 2 und 3 folgende Bestimmungen:

"(2) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet der Ausdruck - 'Mietleitungen' Telekommunikationseinrichtungen, die

transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlußpunkten, jedoch keine Vermittlungsfunktionen, die der Benutzer selbst als Bestandteil des Mietleitungsangebots steuern kann; (...)

(3) Für die Zwecke dieser Richtlinie gilt die beträchtliche Marktmacht einer Organisation als gegeben, wenn sie einen Anteil von über 25 % an dem betreffenden Mietleitungsmarkt in einem Mitgliedstaat besitzt. Die Beurteilung dieses Marktes erfolgt anhand des bzw. der Mietleitungstypen, die in einem bestimmten geographischen Gebiet angeboten werden. Das geographische Gebiet kann das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats oder einen Teil davon umfassen.

Die nationalen Regulierungsbehörden können festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von weniger als 25 % an dem betreffenden Mietleitungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Sie können ferner festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von mehr als 25 % an dem betreffenden Markt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt.

In beiden Fällen sind bei der Festlegung folgende Faktoren zu berücksichtigen: die Möglichkeit der Organisation, die auf dem Mietleitungsmarkt herrschenden Bedingungen zu beeinflussen, ihr Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, ihr Zugang zu Finanzmitteln sowie ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt."

2. Die Beschwerde wendet sich zunächst gegen die nach Ansicht der Beschwerdeführerin inhaltlich rechtswidrige normative "Vorwegfixierung des relevanten Marktes". Die Frage der Marktbeherrschung lasse sich der Natur der Sache gemäß allein im Licht der einschlägigen Verhältnisse am maßgeblichen Markt beurteilen. § 33 Abs. 1 TKG spreche vom "sachlich und räumlich relevanten Markt", ohne diesen "relevanten" Markt zu definieren oder selbst die Kriterien seiner Beurteilung festzulegen. Diese Unbestimmtheit sei aber eine nur scheinbare, die Begriffe seien "stehende Begriffe" des Wettbewerbsrechts. Im Lichte des Gebots einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts sei daher auch insbesondere das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht unmittelbar für die Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG von Bedeutung. Die von der belangten Behörde vorgenommene normative Marktabgrenzung stehe in offenem Gegensatz zur allgemein wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung.

Die Beschwerdeführerin bringt unter Berufung auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03 vom 9. Dezember 1997) weiters vor, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes darin bestehe, das "den Kunden tatsächlich zur Verfügung stehende Alternativangebot zu bestimmen". Das Telekommunikationswettbewerbsrecht sei zwar ein sektorenspezifisches

Sonderwettbewerbsrecht, seiner Natur nach aber Wettbewerbsrecht, sodass die Artikel 81 und 82 EGV auch für das Telekommunikationswettbewerbsrecht gälten; diesbezüglich verweist die Beschwerdeführerin auf die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (98/C 265/02 vom 22. August 1998), in welcher die volle Geltung des Europäischen Wettbewerbsrechts auch für den Telekommunikationssektor ausdrücklich bekräftigt und anerkannt werde. Auch im Telekommunikationsbereich komme es zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zentral auf das Kriterium der Substituierbarkeit an, dieses lasse sich nur auf Grundlage einer gründlichen Einzelfalluntersuchung, was die Erhebung der konkreten, zu einem bestimmten Zeitpunkt herrschenden Marktsituation erfordere, verlässlich ermitteln.

Diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin kann im Hinblick auf die Feststellung der Marktbeherrschung gemäß § 33 TKG nicht gefolgt werden. Angesichts des an Art. 4 Abs. 2 der RL 97/33/EG, Art. 2 Abs. 2 lit. i der RL 98/10/EG sowie Art. 2 Abs. 3 der RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG orientierten Wortlauts des § 33 TKG und des in § 32 Abs. 2 Z. 5 TKG ausdrücklich positivierten Gesetzesziels, die sektorspezifischen Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaften umzusetzen, zu denen insbesondere die genannten Richtlinien zählen, besteht kein Zweifel, dass der Begriff des "Marktbeherrschers" in § 33 TKG dem in den zitierten Richtlinienbestimmungen verwendeten Begriff der "Organisation mit beträchtlicher Marktmacht" entspricht und im Sinne dieser Richtlinien zu verstehen ist.

3. Die Feststellung von "Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht" im Sinne der oben zitierten Bestimmungen der Richtlinien 97/33/EG, 98/10/EG und 92/44/EWG idF 97/51/EG und der diese Bestimmungen in nationales Recht umsetzenden Norm des § 33 TKG dient - wie sich aus dem Folgenden ergibt - dazu, Unternehmen, die in vorweg definierten Märkten über beträchtliche Marktmacht verfügen, spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen (vgl. Art. 4 Abs. 2, Art. 6, 7, 8 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 7 RL 97/33/EG idF RL 98/61/EG, Art. 16 und 17 RL 98/10/EG, Art. 7, 8 Abs. 2 und Art. 10 RL 92/44 idF RL 97/51/EG bzw. § 18 Abs. 4 und 6 - 8, § 18a Abs. 1, §§ 34 - 37, § 42, § 43 Abs. 2 und 4 sowie § 45 TKG). § 33 TKG bezweckt somit die Festlegung eines allgemeinen Anknüpfungspunktes für bestimmte, das Unternehmen auf Grund gesetzlicher Vorschrift im Falle der Marktbeherrschung im Sinne des TKG treffende Verpflichtungen.

Nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 97/33/EG haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass bestimmte Vorschriften auf jene Organisationen angewendet werden, die die in Anhang I Abschnitt 1 und 2 angeführten Telekommunikationsnetze und/oder - dienste betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden. Daraus folgt, dass die Regulierungsbehörde im Zuge eines Verfahrens zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 33 TKG jedenfalls für die in Anhang I Abschnitt 1 und 2 genannten Netze und/oder Dienste (festes öffentliches Telefonnetz und Mietleitungsdienst) zu prüfen hat, ob (einem oder mehreren) auf diesen Märkten tätigen Unternehmen beträchtliche Marktmacht zukommt. Aus Art. 7 Abs. 2 letzter Satz der Richtlinie 97/33/EG ergibt sich weiters, dass bestimmte Verpflichtungen - Anwendung der Grundsätze der Transparenz und Kostenorientierung auf Zusammenschaltungsentgelte - auch auf die im Anhang I Abschnitt 3 der Richtlinie 97/33/EG angeführten Organisationen (öffentliche mobile Telefonnetze) anzuwenden ist, die als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet werden. Auch der nationale Zusammenschaltungsmarkt ist daher von der Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 33 TKG jedenfalls zu untersuchen. In vergleichbarer Weise sieht auch die RL 98/10/EG Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Bereich fester öffentlicher Telefonnetze und/oder Sprachtelefondienste und die RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG Verpflichtungen für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht für das Anbieten von Mietleitungen vor, wobei die in diesen Richtlinien vorgegebenen Märkte mit den Märkten nach Anhang I Abschnitt 1 und 2 der RL 97/33/EG übereinstimmen.

Schließlich folgt auch aus Art. 18 der RL 97/33/EG, wonach die Regulierungsbehörden der Kommission die Namen jener Organisationen mitteilen müssen, die den Bestimmungen der RL 97/33/EG über Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen, dass die Regulierungsbehörde die in der RL 97/33/EG angeführten Märkte jedenfalls zu untersuchen hat (vgl. dazu die Veröffentlichung der gemeldeten Betreiber durch die Kommission, ABl. Nr. C 66 vom 1. März 2001, S. 2).

Es handelt sich daher bei den von der belangten Behörde untersuchten sachlichen Märkten um normativ vorgegebene Märkte, die nicht mit nach allgemeinem Wettbewerbsrecht festgestellten Märkten übereinstimmen müssen.

Dieses Verständnis der Richtlinie lag auch dem Handeln der mit der Überwachung der Richtlinienumsetzung befassten

Generaldirektion XIII (nunmehr Generaldirektion Informationsgesellschaft) der Europäischen Kommission zugrunde. Die von dieser Generaldirektion veröffentlichte "Explanatory Note" vom 1. März 1999 zum Thema "Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives"

(http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf; im Folgenden "Explanatory Note") zielte auf die Klarstellung von Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung des regulatorischen Rahmens für Telekommunikation ab, stellte aber keine förmliche Position der Kommission oder ihrer Dienststellen. Wörtlich wird in der "Explanatory Note" in Punkt 2.1. ausgeführt:

"One aim of the sector-specific ONP legislation is to provide ex-ante rules which provide legal certainty to market players; the relevant market is therefore defined in the specific ONP Directives (interconnection, voice telephony, leased lines). This differs from a competition law approach, where the relevant market is defined on a case-by-case basis in terms of the product/service in question and the relevant geographical area. It is not appropriate to apply a competition law approach to market segmentation when assessing significant market power for ONP purposes; the relevant market must be assessed on the basis of the markets identified in the specific Directives."

Der Beschwerdeführerin ist nicht entgegenzutreten, wenn sie von einer umfassenden Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Regelungen des Europarechts auf den Bereich Telekommunikation ausgeht. Sie verkennt jedoch die Rechtslage, wenn sie daraus abzuleiten versucht, dass der Feststellung der Marktbeherrschung iSd § 33 TKG zwingend eine (sachliche und räumliche) Marktabgrenzung nach den Kriterien des allgemeinen Wettbewerbsrechts voranzugehen habe. Sektorspezifisches (Wettbewerbs-)Recht und allgemeines Wettbewerbsrecht stehen zueinander im Verhältnis der Komplementarität; die Anwendung der Wettbewerbsregeln ist gegebenenfalls zusätzlich zur Anwendung des sektorspezifischen Rechts geboten, kann diese jedoch nicht ersetzen. So weist die "Explanatory Note" (Fußnote zu Punkt 2.2.) auf die auch von der Beschwerdeführerin zitierte Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich (98/C 265/02) hin, in der die Komplementarität zwischen den Wettbewerbsregeln und der sektorspezifischen ONP-Regulierung (Parschalk/Zuser/Otto, Telekommunikationsrecht (2002), 77, sprechen von einer "Zweischrankentheorie") näher erläutert wird. In Rz. 22 dieser Mitteilung heißt es wörtlich:

"In einer Anzahl von Bereichen unterliegen Vereinbarungen sowohl den Wettbewerbsregeln als auch einzelstaatlichen oder gemeinschaftlichen sektorspezifischen Vorschriften, insbesondere Binnenmarktvorschriften. Im Telekommunikationsbereich bezwecken die ONP-Richtlinien die Schaffung eines Regulierungsrahmens für Zugangsvereinbarungen. Angesichts der Detailliertheit der ONP-Regeln und der Tatsache, daß sie über die Anforderungen von

Artikel 86 hinausgehen können, sollten im Telekommunikationsbereich tätige Unternehmen beachten, daß die Einhaltung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln sie nicht von der Pflicht befreit, den ihnen im Zusammenhang mit den ONP-Regeln auferlegten Verpflichtungen nachzukommen sowie umgekehrt bei der Befolgung der ONP-Regeln auch die Wettbewerbsregeln einzuhalten."

Die von der Beschwerdeführerin zitierten Ausführungen über die Marktabgrenzung in dieser Mitteilung betreffen ausschließlich die von der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde vorzunehmende wettbewerbsrechtliche Marktabgrenzung, nicht jedoch die von den nationalen Regulierungsbehörden in Übereinstimmung mit den ONP-Richtlinien zu treffenden Maßnahmen. Aus der - unstrittigen - Anwendbarkeit (auch) der allgemeinen Wettbewerbsregeln auf den Telekommunikationsbereich lässt sich daher für den Standpunkt der Beschwerdeführerin nichts gewinnen.

4. Die Beschwerdeführerin behauptet ferner, dass die "neuen EU Richtlinien" keine rechtliche Innovation begründen, sondern lediglich anerkannte Prinzipien festschreiben würden. Die neuen Richtlinien würden daher das Gebot einer wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung bestätigen. Diesen Ausführungen kann nur insofern gefolgt werden, als die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33, für den ab 25. Juli 2003 anzuwendenden neuen Rechtsrahmen festlegt, dass die Kommission in einer Empfehlung die Märkte "im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts" definiert (Art. 15 Abs. 1

RL 2002/21/EG) und die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung der Kommission die Märkte ebenfalls "im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts" festzulegen haben (Art. 15 Abs. 3 RL 2002/21/EG).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt dies jedoch eine grundlegende Neuerung gegenüber dem früheren, auf den Beschwerdefall noch anzuwendenden sektorspezifischen Recht dar. So wird in Erwägungsgrund 25 der RL 2002/21/EG folgendes ausgeführt:

"Die Definition der beträchtlichen Marktmacht der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) hat sich in den Anfangsphasen der Marktliberalisierung als Kriterium für Vorabverpflichtungen als sinnvoll erwiesen, sie muss nun jedoch an komplexere, dynamischere Märkte angepasst werden. Daher beruht die in der vorliegenden Richtlinie benutzte Definition auf dem Konzept der beherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften."

Der neue Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und Dienste schreibt daher nicht, wie dies die Beschwerdeführerin meint, "anerkannte Prinzipien" (des sektorspezifischen Wettbewerbsrechts) fest, sondern bedeutet eine wesentliche Abweichung von den bis dahin geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Dies ergibt sich auch aus der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und Dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (2003/311/EG), ABl. Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45; in Erwägungsgrund 3 dieser Empfehlung heißt es:

"Der Rechtsrahmen 1998 sah eine Vorabregulierung in bestimmten Bereichen der Telekommunikation vor. Diese Bereiche wurden in den anwendbaren Richtlinien näher bestimmt, es handelt sich aber nicht durchgehend um 'Märkte' im Sinne des Wettbewerbsrechts und seiner Anwendung."

In ähnlicher Weise führen die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), ABl. Nr. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6, in Rz. 3 aus:

"Nach dem Rechtsrahmen aus dem Jahr 1998 waren die Sparten der Telekommunikationsindustrie, die einer ex-ante-Regulierung unterlagen, in den einschlägigen Richtlinien definiert. Allerdings waren diese Märkte nicht im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts ermittelt worden. In Bezug auf diese aufgrund des Rechtsrahmens aus dem Jahr 1998 ermittelten Bereiche hatten die NRB die Befugnis, Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen, sobald deren Marktanteil bei 25 % lag."

Nach Klotz (Der neue EU-Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikation, wbl 2002, 296, hier: 297) ist "die Abkehr von der sektorspezifischen regulatorischen Interventionsschwelle in der Form des gegenwärtigen strikten Konzepts der beträchtlichen Marktmacht (SMP) mit einem Marktanteil von 25 % und in den bisherigen Richtlinien vordefinierten, rein angebotsorientierten Märkten" eine von drei grundlegenden Neuerungen im EU-Regulierungsrahmen. In ähnlicher Weise sieht auch Ruhle (Marktabgrenzung und -analyse nach dem neuen EU-Regulierungsrahmen, medien und recht 2003, 55) im Übergang zu den Bestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts eines der Kernstücke des neuen regulatorischen Rahmens, dies vor allem im Vergleich zu der (nach dem - für den Beschwerdefall maßgeblichen - früheren Rechtsrahmen) "recht starre(n) Einteilung in nur vier Märkte", auf denen die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht erfolgen kann.

Die RL 2002/21/EG ist mit 24. April 2002 in Kraft getreten und war bis zum 24. Juli 2003 von den Mitgliedstaaten umzusetzen; sie war ab dem 25. Juli 2003 anzuwenden (Art. 28 Abs. 1 RL 2002/21/EG). Mit Wirkung vom Beginn der Anwendung der RL 2002/21/EG wurde die RL 97/33/EG aufgehoben (Art. 26 RL 2002/21/EG). Für den beschwerdegegenständlichen Sachverhalt war daher der neue Rechtsrahmen in der Auslegung des § 33 TKG nicht zu berücksichtigen, vielmehr waren dafür ausschließlich die ONP-Richtlinien, die bis zum 24. Juli 2003 anzuwenden waren, maßgeblich.

5. Die Beschwerdeführerin führt weiters aus, dass das Gemeinschaftsrecht neben der RL 97/33/EG "mehrere ONP-

Richtlinien" kenne und nur eine einzige von ihnen (die RL 97/33/EG) in einem ihrer Anhänge "Telekommunikationsnetze und -dienste" nenne; es sei ihr nicht erklärlich, wieso die belangte Behörde im Lichte dieser Ausgangsposition gerade den Anhang I der RL 97/33/EG zur Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Norm des § 33 TKG heranziehe.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die RL 97/33/EG, wie oben ausgeführt, Märkte vorgibt, auf denen jedenfalls das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht zu untersuchen ist. Unter diesen Märkten sind unter anderem auch jene Märkte, auf denen die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne des § 33 TKG festgestellt hat. Die Beschwerde führt nicht aus, inwieweit sich aus der Berücksichtigung anderer ONP-Richtlinien ergeben könnte, dass die nach der RL 97/33/EG definierten Märkte nicht zu untersuchen wären und auf diesen Märkten die Feststellung der Marktbeherrschung iSd § 33 TKG zu unterbleiben hätte. Zudem hat die belangte Behörde sich in der Auslegung des § 33 TKG nicht - wie die Beschwerdeführerin vermeint - ausschließlich auf die RL 97/33/EG gestützt, sondern ausdrücklich auch die RL 98/10/EG - für den Markt der Festnetz-Sprachtelefonie - und 92/44/EWG idF RL 97/51/EG - für den Mietleitungsdienst - herangezogen (S. 23ff des angefochtenen Bescheides). Die belangte Behörde hat daher alle ONP-Richtlinien, die Bestimmungen über Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht enthalten, bei der Auslegung des § 33 TKG berücksichtigt und die in diesen Richtlinien vorgegebenen Märkte untersucht, wobei der Markt der Festnetz-Sprachtelefonie sowohl in der RL 97/33/EG als auch in der RL 98/10/EG und der Mietleitungsmarkt sowohl in der RL 97/33/EG als auch in der RL 92/44/EG idF RL 97/51/EG vorgegeben ist.

Wenn die Beschwerdeführerin ausführt, dass "neben bzw. innerhalb der vier genannten Märkte aufgrund der derzeitigen Marktsituation bereits eine ganze Reihe weiterer Märkte" bestünden, die nach den von der Beschwerdeführerin aufgezeigten - wettbewerbsrechtlichen - Kriterien einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen würden, so ist dieses Vorbringen nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, mit dem auf den durch das Gemeinschaftsrecht vorweg bestimmten Märkten eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des TKG festgestellt wurde, aufzuzeigen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine weitere Unterteilung der vier Märkte zulässig wäre (dagegen Leitl, Missbrauchsaufsicht über Telekommunikationsunternehmen (2002), 84; ähnlich Rothmüller/Ruhle (medien und recht 2001, 333, hier 334, FN 11), die zutreffend festhalten, dass eine weitere Unterteilung der genannten (vier) Telekommunikationsmärkte in den Richtlinien nicht vorgesehen ist), da selbst im Falle einer Beurteilung von Teilmärkten aus den zitierten Richtlinienbestimmungen abzuleiten ist, dass eine (gegebenenfalls: zusätzliche) Feststellung der Marktbeherrschung iSd § 33 TKG auf den gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen vier "Gesamtmärkten" jedenfalls erforderlich ist. Aus dem selben Grund nicht zielführend ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach der angefochtene Bescheid eine innere Widersprüchlichkeit aufweise, da die belangte Behörde in der Begründung einräume, dass auch "außerhalb der vier zuvor genannten Märkte weitere Telekommunikationsmärkte (z.B. Internet etc.) bestehen könnten". Eine Rechtswidrigkeit der mit dem bekämpften Bescheid getroffenen Feststellung der Marktbeherrschung iSd TKG auf drei konkreten, gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Märkten vermag die Beschwerdeführerin damit nicht darzutun.

6. Auch die von der Beschwerdeführerin behauptete Unvereinbarkeit mit dem nationalen Wettbewerbsrecht liegt nicht vor: nach dem klaren Wortlaut des § 33 TKG hat die Regulierungsbehörde lediglich die marktbeherrschende Stellung "im Sinne dieses Gesetzes" festzustellen. Daraus ergibt sich kein Präjudiz für eine allfällige wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Sachverhalts; die Feststellung nach § 33 TKG kann - da sie lediglich den Anknüpfungspunkt für sektorspezifische Verpflichtungen gemäß dem TKG darstellt - auch nicht in Konflikt zu nationalem Wettbewerbsrecht stehen (vgl. dazu auch § 32 Abs. 2 TKG).

7. Soweit schließlich die Beschwerde rügt, dass die belangte Behörde ihrer Entscheidung eine unrichtige örtliche Abgrenzung des relevanten Marktes zugrunde lege, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Art. 4 Abs. 3 RL 97/33/EG, der bei der Auslegung des § 33 TKG zu berücksichtigen ist, legt ausdrücklich fest, dass die beträchtliche Marktmacht einer Organisation als gegeben gilt, wenn sie einen Anteil von über 25 v. H. an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt. Zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheids verfügte die Beschwerdeführerin auf Grund der ihr erteilten Konzessionen unstrittig über die Berechtigung zur Erbringung von Dienstleistungen auf den von der belangten Behörde beurteilten Märkten im gesamten Bundesgebiet. Der belangten Behörde kann daher nicht

entgegengetreten werden, wenn sie unter Berücksichtigung der RL 97/33/EG im Rahmen der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung gemäß § 33 TKG das gesamte Bundesgebiet als räumlich relevanten Markt iSd § 33 TKG herangezogen hat.

Da die belangte Behörde somit im angefochtenen Bescheid zutreffend davon ausgegangen ist, dass die - jeweils bundesweiten -

Märkte für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes, für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für Zusammenschaltungsleistungen normativ vorgegebene Märkte sind, auf denen nach § 33 TKG das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung iSd TKG zu prüfen ist, kann ihr auch nicht das Unterlassen weiterer Ermittlungstätigkeiten zur Abgrenzung sachlich oder örtlich relevanter Märkte vorgeworfen werden.

8. Im Hinblick auf die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin führt die Beschwerde aus, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid einer kritiklosen "Marktanteilsvergötterung" huldige, die nicht im Einklang mit dem Gesetz stehe. Marktanteile hätten nur ein schwache Indizfunktion für Marktmacht; dies gelte zudem nur, wenn die Marktanteile über den Zeitverlauf nennenswert stabil seien, nicht aber, wenn die Marktanteile abnehmen würden. Dies gelte insbesondere für Wirtschaftsverhältnisse nach Marktöffnung; diesfalls würden sogar sehr hohe Marktanteile keine Marktmacht begründen. Die Beschwerdeführerin vermöge - gänzlich unabhängig davon, wie hoch ihr Marktanteil gegenwärtig sei - nicht, Preise gegen ihre Wettbewerber durchzusetzen und sei durch aktiven Wettbewerb wirksam begrenzt. Auch § 33 TKG nehme auf die bloß sehr beschränkte Indizwirkung nennenswerter Marktanteile differenziert Bezug; sei ein Unternehmen nennenswertem Wettbewerb ausgesetzt, beurteile sich die Marktbeherrschung iSd § 33 TKG nach den Einzelkriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG. Das Gesetz biete (gemeint wohl: nicht) den geringsten Hinweis darauf, dass bei einer - auch deutlichen - Überschreitung der 25 %-Grenze die Behörde von jeder weiteren Ermittlungs- oder Überprüfungstätigkeit dispensiert sei. Die Behörde hätte daher "anhand der allgemeinen Marktbeherrschungskriterien" eine Überprüfung der tatsächlichen Marktsituation vornehmen müssen, im Unterlassen jeglicher eigener Ermittlungstätigkeiten läge eine unrichtige rechtliche Interpretation des § 33 TKG.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass § 33 Abs. 2 TKG eine Rechtsvermutung begründet, wonach im Falle eines Marktanteils von mehr als 25 % eine marktbeherrschende Stellung iSd TKG vorliegt. Auch diese Rechtsvermutung geht auf Bestimmungen der mit dem TKG umgesetzten ONP-Richtlinien - 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 idF RL 97/51/EG - zurück. Beträchtliche Marktmacht "gilt als gegeben" (so Art. 4 Abs. 3 RL 97/33/EG und Art. 2 Abs. 3 RL 92/44/EWG idF RL 97/51/EG), wenn mehr als 25 % Marktanteil erreicht werden. Die ONP-Richtlinien gehen somit davon aus, dass bei Überschreiten dieser Marktanteilsschwelle typischerweise eine Situation vorliegt, die die Anwendung der in den Richtlinien vorgesehenen sektorspezifischen Regulierungsinstrumente rechtfertigt. Das Konzept der Marktbeherrschung nach dem TKG bzw. der beträchtlichen Marktmacht nach den durch das TKG umgesetzten ONP-Richtlinien weicht damit nicht nur in der Marktabgrenzung, sondern auch in der Relevanz des Marktanteils vom allgemeinen Wettbewerbsrecht ab. In der "Explanatory Note" wird dies folgendermaßen ausgeführt:

"Significant market power is not the same as the concept of dominant position used in competition law. Significant market power is an ONP concept used to decide when an organisation should be subject to specific obligations, under specific ONP Directives. An organisation is presumed to have significant market power if it has more than 25% of the relevant market. Typically, organisations need to have a much greater market share than this before they are considered as having a dominant position on a market. A company may be designated as having significant market power under ONP legislation but not be considered to have a dominant position for the purposes of competition law; or a company may have a dominant position in a particular market segment but not be considered to have significant market power for ONP purposes.

The major differences concern the way the relevant market is defined, and the extent of an organisation's influence on that market." (Punkt 2.2.)

Die 25 %-Schwelle des § 33 TKG liegt deutlich unter dem Marktanteilsbereich, ab dem in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Regel das Vorliegen einer beherrschenden Stellung im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts angenommen wird (vgl. dazu insbesondere die Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (2002/C 165/03), Rz. 75). Die Regulierung

nach den ONP-Richtlinien "war in ordnungspolitischer Hinsicht im Verhältnis zu den unregulierten, allein dem allgemeinen Kartellrecht unterliegenden Märkten insofern als atypisch anzusehen, als sie an spezifische, eigens für diesen Sektor entwickelte niedriger angesetzte Voraussetzungen anknüpfte". (Klotz, Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch? Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2003, 283, hier: 288).

Der Beschwerdeführerin kann daher nicht darin gefolgt werden, wenn sie als entscheidendes Kriterium für das Vorliegen von Marktmacht (im Sinne der Marktbeherrschung nach dem TKG) die Fähigkeit eines Unternehmens ansieht, wirtschaftliche Parameter über einen längeren Zeitraum hindurch unabhängig von seinen Wettbewerbern zu bestimmen, bezieht sie sich doch damit auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur beherrschenden Stellung nach europäischem Wettbewerbsrecht (vgl. z.B. United Brands, Slg. 1978, 207, 286), wofür in der Regel ein wesentlich höherer Marktanteil vorausgesetzt wird. Auch nach dem europäischen allgemeinen Wettbewerbsrecht kommt dem Marktanteil freilich wesentliche Bedeutung zu; besonders hohe Marktanteile - über 50 % - liefern nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung (Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht (2002/C 165/03), Rz. 75). In ähnlicher Weise stellt auch nationales allgemeines Wettbewerbsrecht wesentlich auf den Marktanteil ab; nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (Urteile vom 30. Juni 1998, 4 Ob 165/98p, und vom 22. Juni 1999, 4 Ob 90/99k) sind für die Marktmacht "verschiedene Faktoren (Marktstruktur, Charakteristika des Unternehmens) maßgebend; von besonderer Bedeutung ist dabei die Größe des Marktanteiles." Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat der erreichte Marktanteil daher selbst im allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht nur eine "schwache Indizfunktion"; nach dem auf den Beschwerdefall anzuwendenden sektorspezifischen Wettbewerbsrecht des TKG 1997 kommt dem Marktanteil zudem insofern eine besonders hervorgehobene Bedeutung zu, als das Überschreiten der 25 %-Schwelle die Rechtsvermutung der Marktbeherrschung iSd TKG auslöst.

9. Gemäß § 33 Abs. 2 zweiter und dritter Satz TKG - ebenso wie nach 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 idF RL 97/51/EG - kann die Regulierungsbehörde ungeachtet eines unter 25 % liegenden Marktanteils eine marktbeherrschende Stellung feststellen oder ungeachtet eines über dieser Schwelle liegenden Marktanteils von einer derartigen Feststellung absehen; dabei sind die Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG - von deren Vorliegen der Gesetzgeber bei einem Marktanteil von über 25 % im Regelfall ausgeht - zu beachten. § 33 Abs. 2 TKG verwendet zwar das Wort "kann", nicht jede "Kann"-Bestimmung bedeutet aber Ermessen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. November 1993, Zl. 93/07/0085); durch den in § 33 Abs. 2 letzter Satz TKG gegebenen Verweis auf die Kriterien des § 33 Abs. 1 TKG wird das Behördenverhalten so eingehend geregelt, dass für ein Ermessen kein Raum bleibt.

Sind in einem konkret zu beurteilenden Fall daher Anhaltspunkte gegeben, dass trotz eines unter 25 % liegenden Marktanteils ein Unternehmen unter Berücksichtigung der in § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG genannten Umstände über eine Marktstellung verfügt, wie sie typischerweise nur einem Unternehmen mit einem über 25 % liegenden Marktanteil zukommt - wenn nämlich gemäß den Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG eine überragende Marktstellung zu bejahen ist - so ist eine marktbeherrschende Stellung auch bei einem Marktanteil unter 25 % festzustellen. Ebenso hat die Regulierungsbehörde bei einem Marktanteil von mehr als 25 % von der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung abzusehen, wenn Umstände vorliegen, welche die Marktmacht des betroffenen Unternehmens effektiv auf ein Ausmaß begrenzen, das typischerweise Unternehmen mit einem unter 25 % liegenden Marktanteil zukommt, sodass auf Grund der Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG eine überragende Marktstellung nicht gegeben ist. Das betroffene Unternehmen müsste daher beispielsweise über geringere Möglichkeiten verfügen, Marktbedingungen zu beeinflussen, schwächere Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern haben, schlechteren Zugang zu Finanzmitteln finden oder schließlich weniger Erfahrung mit der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt aufweisen. Solche Nachteile - im Vergleich mit einem typischen Unternehmen mit über 25 % Marktanteil - müssten eine substantielle Schwächung der durch den Marktanteil indizierten Marktposition bewirken. Dass derartige Gründe bei der Beschwerdeführerin vorliegen, wurde von ihr selbst in der Beschwerde nicht behauptet.

Im angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde die Anteile der Beschwerdeführerin an den untersuchten Märkten über einen Zeitraum von 15 Monaten hinweg, aufgegliedert nach einzelnen Monaten, fest; der Anteil der Beschwerdeführerin am Umsatz habe demnach - bei insgesamt sinkender Tendenz - in den zuletzt berücksichtigten

Monaten Februar und März 2002 im Festnetz-Sprachtelefondienst 71,38 %, auf dem Mietleitungsmarkt 64,8 %, auf dem Zusammenschaltungsmarkt 30,4 % - somit jeweils deutlich über 25 % - betragen; im Festnetz-Sprachtelefonmarkt habe zudem kein anderer Anbieter einen Marktanteil von mehr als 10 % erreicht, im Mietleitungsmarkt hätte lediglich ein anderes Unternehmen diese Grenze überschritten, verfüge aber über weniger als 15 % Marktanteil; im Zusammenschaltungsmarkt schließlich sei das Unternehmen mit dem zweithöchsten Marktanteil das Mobilfunk-Tochterunternehmen der Beschwerdeführerin, zwei weitere andere Netzbetreiber hätten zwischen 10 und 20 % Marktanteil.

Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie auf Basis der Vermutungsregel des § 33 Abs. 2 TKG vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin iSd TKG auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes, auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen ausgegangen ist, zumal Anhaltspunkte, die im Sinne der Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. Abs. 2 TKG die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung widerlegen hätten können, nicht hervorgekommen sind. Der belangten Behörde kann diesbezüglich auch nicht, wie die Beschwerdeführerin vermeint, ein Unterlassen jeglicher eigener Ermittlungstätigkeiten vorgeworfen werden, hat sie doch auch die Eigentumsverhältnisse, Verkehrswerte, sowie die Anzahl der Anschlüsse im Festnetz-Sprachtelefonmarkt bzw. der Mietleitungsenden im Mietleitungsmarkt - somit Umstände, die für die Beurteilung der Kriterien des § 33 Abs. 1 TKG relevant sind - erhoben.

Die Beschwerdeführerin hat auch in ihrer Beschwerde nichts vorgebracht, was darauf schließen ließe, dass sie nach den Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG trotz eines deutlich über der 25 %-Schwelle liegenden Marktanteils auf allen drei Märkten nicht über eine überragende Marktstellung im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern verfügen würde. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf abnehmende Marktanteile vermag angesichts der absoluten Höhe der auch zum Ende des von der belangten Behörde berücksichtigten Zeitraums gegebenen Marktanteile von deutlich über 25 % sowie des klaren Abstandes zu allen Mitbewerbern in den untersuchten Märkten nicht darzutun, dass die Behörde zu Unrecht von einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des TKG zum Entscheidungszeitpunkt ausgegangen wäre. Auch die nicht näher belegte Behauptung, die Beschwerdeführerin vermöge nicht, Preise gegen ihre Wettbewerber durchzusetzen, ist schon insoferne nicht zielführend, als sie sich auf die zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung gegebene Marktsituation bezieht, in der die Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Preisgestaltung Beschränkungen unterlag, die sich aus ihrer marktbeherrschenden Stellung ergaben (so etwa der Verpflichtung zur Kostenorientierung und des Quersubventionierungsverbots nach § 18 Abs. 6 TKG und §§ 4 und 5 Telekom-Tarifgestaltungsverordnung, BGBl. Nr. 650/1996). Bei der Beurteilung des in § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG genannten Kriteriums der Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen, sind jedoch derartige Beschränkungen auf Grund des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung nicht zu berücksichtigen.

10. Die Beschwerdeführerin bringt schließlich vor, dass die belangte Behörde auf dem Zusammenschaltungsmarkt in Abhängigkeit von der Berechnungsmethode zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen komme, wobei eine von der Generaldirektion Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission empfohlene Berechnungsmethode verworfen werde und sich die belangte Behörde auf eine von ihr selbst gewählte Berechnungsmethode stütze. Dies führe zu einer falschen Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Zusammenschaltungsmarkt. Nach der Berechnungsmethode der "Explanatory Note" ergäbe sich ein Marktanteil von weniger als 25 %, die Beschwerdeführerin sei nicht einmal Marktführer auf diesem Markt. Die belangte Behörde habe nicht dargelegt, nach welchen Kriterien sie der Anwendung einer dieser Methoden gegenüber der Anwendung einer anderen den Vorzug gegeben habe. Durch die Nichtvornahme einer Überprüfung der materiellen Kriterien des § 33 Abs. 1 Z. 2 TKG habe die belangte Behörde den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet. Da der Sachverhalt unzureichend ermittelt worden wäre und der Bescheid mit Begründungsmängeln belastet sei, liege zudem auch eine Verletzung von Verfahrensvorschriften vor. Bei den Ergebnissen der unterschiedlichen Berechnungsmethoden handle es sich um widerstreitende Beweisergebnisse, die belangte Behörde hätte diese einander abwägend gegenüber zu stellen und zu begründen gehabt, wieso sie den Sachverhalt in ei

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at