

TE Vwgh Beschluss 2008/10/23 2008/03/0122

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.10.2008

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

AVG §59 Abs1;
TKG 2003 §37 Abs2;
VwGG §34 Abs1;

1. AVG § 59 heute
2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
1. TKG 2003 § 37 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 37 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
3. TKG 2003 § 37 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
4. TKG 2003 § 37 gültig von 16.07.2009 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
5. TKG 2003 § 37 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
6. TKG 2003 § 37 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006
1. VwGG § 34 heute
2. VwGG § 34 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 34 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 34 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 34 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 34 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 34 gültig von 01.09.1997 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
8. VwGG § 34 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, in der Beschwerdesache der Telekom Austria TA AG in Wien, vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte OEG in 1220 Wien, Donau-City-Straße 11,

gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 4. Juli 2008, ZI M 1/07-534, betreffend Feststellung beträchtlicher Marktmacht und Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Begründung

1.1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei auf dem "Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" im Sinne des § 1 Z 17 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 idF BGBl II Nr 117/2005 über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1.). 1.1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 festgestellt, dass die beschwerdeführende Partei auf dem "Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" im Sinne des Paragraph eins, Ziffer 17, Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 117 aus 2005, über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1.).

Weiters wurden der beschwerdeführenden Partei unter Spruchpunkt 2. gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt: Weiters wurden der beschwerdeführenden Partei unter Spruchpunkt 2. gemäß Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

"2.1. Telekom Austria TA AG hat gemäß § 41 Abs. 2 TKG 2003 auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1 breitbandigen Bitstream-Zugang samt aller dafür notwendigen Annex-Leistungen ungebündelt zu gewähren. Entsprechend der Nachfrage hat die Verkehrsübergabe entweder 'Asynchronous Transfer Mode'-basiert oder 'Internet Protokoll'-basiert zu erfolgen. "2.1. Telekom Austria TA AG hat gemäß Paragraph 41, Absatz 2, TKG 2003 auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1 breitbandigen Bitstream-Zugang samt aller dafür notwendigen Annex-Leistungen ungebündelt zu gewähren. Entsprechend der Nachfrage hat die Verkehrsübergabe entweder 'Asynchronous Transfer Mode'-basiert oder 'Internet Protokoll'-basiert zu erfolgen.

Solange auf dem Markt gem. Spruchpunkt 1 inklusive Telekom Austria TA AG insgesamt mindestens drei große Betreiber iSd Punktes B 3.1.1. dieses Bescheides wirtschaftlich und rechtlich selbstständig tätig sind, ist der Zugang nur in den Versorgungsgebieten jener Hauptverteiler, die nicht nachfolgend aufgezählt werden, dh in 'Gebiet 2' bereitzustellen. Die Bereitstellung hat nur in jenen Hauptverteiltern, in denen Telekom Austria TA AG sich selbst oder anderen Vorleistungskunden breitbandigen Zugang anbietet, zu erfolgen.

Die erwähnten Versorgungsgebiete der Hauptverteiler

('Gebiet 1') sind folgende:

22220

Wien-Kaisermühlen

66204

Salzburg-Residenzplatz

22222

Wien-Stadlau

66205

Salzburg-Itzling

22223

Wien-Kagran

66207

Salzburg-Paris Lodronstraße

22224

Wien- Afrikanergasse

66264

Salzburg-Fuggerstraße

22225

Wien-Leopoldau

66285

Salzburg-Wals

22227

Wien-Brünner-Straße

73204

Linz-Haydnstraße

22228

Wien-Prater

73205

Linz- Grünstraße

22229

Wien- Breitenlee

73207

Linz- Fadinger Straße

22231

Wien- Berggasse

73208

Linz- Wegscheid

22232

Wien- Grinzing

73223

Linz- Leonfeld

22233

Wien- Treustraße

73224

Linz- Steg

22236

Wien- Döbling

73239

Linz- Kleinmünchen

22237

Wien- Heiligenstadt

223602

Mödling

22239

Wien- Jedlersdorf

223603

Brunn am Gebirge

22240

Wien-Ottakring

223653

Guntramsdorf

22242

Wien-Hebragasse

225280

Baden-Ost

22247

Wien-Gersthof

226202

Korneuburg

22249

Wien-Klausgasse

226602

Stockerau

22252

Wien-Krugerstraß

262202

Wiener Neustadt

22255

Wien-Margareten

268202

Eisenstadt

22256

Wien-Dreihufeisengasse

274201

St. Pölten-West

22259

Wien-Gumpendorf

274208

St. Pölten-Ost

22261

Wien-Wienerberg

274222

St. Pölten-Nord

22262

Wien-Favoriten

274281

St. Pölten- Süd

22263

Wien- Neutorgasse

313502

Kalsdorf bei Graz

22265

Wien-Taubstummengasse

335202

Oberwart

22267

Wien-Inzersdorf

357202

Judenburg

22268

Wien-Oberlaa

361202

Liezen

22269

Wien-Vösendorf

384221

Leoben-West

22272

Wien-Rasumofskygasse

386202

Kapfenberg

22274

Wien-Simmering

386205

Bruck a.d. Mur

22276

Wien-Kaiser-Ebersdorf

424203

Villach-Süd

22277

Wien-Schwechat

424204

Villach-Ost

22278

Wien-Arsenal

424205

Villach-West

22282

Wien-Hietzing

522302

Hall in Tirol

22283

Wien-Meidling

522402

Wattens

22284

Wien-Hetzendorf

524202

Schwaz

22286

Wien-Liesing

533202

Wörgl

22288

Wien-Mauer

537202

Kufstein

22289

Wien-Sechshaus

541202

Imst

22292

Wien-Fünfhaus

552202

Feldkirch

22293

Wien-Zollergasse

552302

Götzis

22294

Wien-Baumgarten

555202

Bludenz

22297

Wien-Hadersdorf

557206

Dornbirn

31627

Graz-Triestersiedlung

557402

Bregenz-Mitte

31628

Graz-Straßgang

557403

Bregenz-Schendl

31629

Graz-Puntigam

557602

Hohenems

31631

Graz-Geidorf

557702

Lustenau

31640

Graz-Raaba

557802

Höchst

31641

Graz-St. Peter

624402

Golling

31651

Graz-Eggenberg

624502

Hallein

31661

Graz-Gösting

624602

Grödig

31669

Graz-Stattegg

646202

Bischofshofen

31671

Graz-Mitte

658202

Saalfelden

31691

Graz-Gries

722302

Enns

46302

Klagenfurt-West

722902

Traun

46303

Klagenfurt-SO

722907

Haid bei Ansfeld

46304

Klagenfurt-Nord

723702

St. Georgen a.d. Gusen

51202

Innsbruck-Mitte

724202

Wels

51204

Innsbruck-Pradl

725202

Steyr-Gr

51206

Innsbruck-Rum

725206

Steyr-Ta

51208

Innsbruck-Hötting

761202

Gmunden

66202

Salzburg-Alpenstraße

772202

Braunau am Inn

66203

Salzburg-Lehen

..."

Unter Spruchpunkt 2.1.1. bis 2.5. wurden der beschwerdeführenden Partei weiters gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 näher definierte spezifische Verpflichtungen betreffend Zugang, Entgelt, Gleichbehandlung, Veröffentlichung eines Standardangebotes und getrennter Buchführung auferlegt. Unter Spruchpunkt 2.1.1. bis 2.5. wurden der beschwerdeführenden Partei weiters gemäß Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 näher definierte spezifische Verpflichtungen betreffend Zugang, Entgelt, Gleichbehandlung, Veröffentlichung eines Standardangebotes und getrennter Buchführung auferlegt.

Spruchpunkt 3. des Bescheides betrifft die Aufhebung der mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 28. Februar 2006, ZI M 1/05-59, der beschwerdeführenden Partei auferlegten Verpflichtungen mit näherer Fristbestimmung.

1.2. In der Begründung des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde - nach einer gerafften Darstellung des Verfahrensgangs - hinsichtlich der Abgrenzung des Marktes "breitbandiger Zugang auf Vorleistungsebene" ausgeführt, dass der gegenständliche Markt in § 1 Z 17 TKMVO 2003 definiert würde und dem Markt Nr 5 "Breitbandzugang für Großkunden" der auf Grundlage der Rahmenrichtlinie erlassenen Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors entspreche. Dieser Markt umfasse die Bereitstellung des breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses, CATV-Modem-Technologie auf Basis eines Koax-Kabel-TV-Anschlusses und "Fixed Wireless Access" Produkten (zB mittels WLL, WLAN). Der Transport des Datenstroms zwischen Teilnehmer und Schnittstelle zum Vorleistungsnachfrager erfolge ohne Verfügungsgewalt des Vorleistungsnachfragers über die dafür notwendige Netzinfrastruktur des Zugangsnetzes. Andere Zugangstechnologien seien nicht Bestandteil dieses Marktes, da von ihnen derzeit keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die im Markt inkludierten Produkte ausgehe. Erbringer einer marktgegenständlichen Leistung könne nur ein Betreiber der erforderlichen übertragungstechnischen Infrastruktur im Anschlussnetz sein, der reine Wiederverkauf von marktgegenständlichen Leistungen sei vom Markt nicht umfasst. Der geographische Markt umfasse das gesamte österreichische Bundesgebiet. 1.2. In der Begründung des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde - nach einer gerafften Darstellung des Verfahrensgangs - hinsichtlich der Abgrenzung des Marktes "breitbandiger Zugang auf Vorleistungsebene" ausgeführt, dass der gegenständliche Markt in Paragraph eins, Ziffer 17, TKMVO 2003 definiert würde und dem Markt Nr 5 "Breitbandzugang für Großkunden" der auf Grundlage der Rahmenrichtlinie erlassenen Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors entspreche. Dieser Markt umfasse die Bereitstellung des

breitbandigen bidirektionalen Zugangs zum Teilnehmer auf Vorleistungsebene ausschließlich mittels Digital Subscriber Line (DSL) auf Basis eines Kupferdoppeladeranschlusses, CATV-Modem-Technologie auf Basis eines Koax-Kabel-TV-Anschlusses und "Fixed Wireless Access" Produkten (zB mittels WLL, W-LAN). Der Transport des Datenstroms zwischen Teilnehmer und Schnittstelle zum Vorleistungsnachfrager erfolge ohne Verfügungsgewalt des Vorleistungsnachfragers über die dafür notwendige Netzinfrastruktur des Zugangsnetzes. Andere Zugangstechnologien seien nicht Bestandteil dieses Marktes, da von ihnen derzeit keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf die im Markt inkludierten Produkte ausgehe. Erbringer einer marktgegenständlichen Leistung könne nur ein Betreiber der erforderlichen übertragungstechnischen Infrastruktur im Anschlussnetz sein, der reine Wiederverkauf von marktgegenständlichen Leistungen sei vom Markt nicht umfasst. Der geographische Markt umfasse das gesamte österreichische Bundesgebiet.

Die belangte Behörde stellte weiters fest (Begründung Punkt B.2.1.1), dass mit Bescheid der belangten Behörde vom 28. Februar 2006, ZI M1/05-59, die marktbeherrschende Stellung der beschwerdeführenden Partei festgestellt worden sei, und ihr Regulierungsinstrumente entsprechend den festgestellten Wettbewerbsproblemen auferlegt worden seien. Die beschwerdeführende Partei verfüge sowohl Ende März 2007 als auch am Ende des 4. Quartals 2007 auf dem gegenständlichen Markt über einen bundesweiten Marktanteil von ca 47 % aller Zugangsrealisierungen, während UPC als zweitgrößter Betreiber über einen Marktanteil von ca 28 % verfüge. Der Marktanteil von Tele2 betrage knapp 5 %, der von Liwest ca 4 %, der Marktanteil aller weiteren am gegenständlichen Markt tätigen Wettbewerber liege darunter. Das Marktanteilswachstum der beschwerdeführenden Partei sei Anfang 2006 abgeflacht, habe sich zunächst auf einem Niveau von knapp unter 50 % eingeflacht und sei von Herbst 2006 bis März 2007 leicht gesunken. Der Marktanteil von UPC sei in diesem Zeitraum von ca 34 % auf ca 30 % abgesunken.

Sowohl auf dem Breitband-Endkundenmarkt als auch auf dem Vorleistungsmarkt seien zunehmend geographische Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen festgestellt worden. Zum einen habe die beschwerdeführende Partei damit begonnen, Preise geographisch zu differenzieren, zum anderen sei der Preisabstand zwischen der beschwerdeführenden Partei, die in ganz Österreich tätig sei, und Betreibern, die sich auf Ballungszentren konzentrierten, gestiegen. Kunden in Ballungsräumen sähen sich somit zunehmend anderen Bedingungen gegenüber als Kunden in weniger dicht besiedelten Gebieten. Dies komme auch in Unterschieden in der Marktanteilsverteilung zwischen Ballungsräumen, wo mehrere Betreiber mit eigener Infrastruktur tätig seien, und dünn besiedelten Gebieten, wo die beschwerdeführende Partei oft der einzige Betreiber sei, zum Ausdruck. Eine Untergliederung der Fläche in Hauptverteiler (HVT)-Einzugsbereiche der beschwerdeführenden Partei und Betrachtung nach der Anzahl der "großen" Betreiber, die in einem HVT-Einzugsbereich tätig seien, bestätige dieses Bild: In jenen HVT-Einzugsbereichen, in denen drei bzw vier große Betreiber tätig seien, habe die beschwerdeführende Partei einen wesentlich geringeren Marktanteil als in jenen, wo sie der einzige Betreiber sei bzw mit nur einem größeren Betreiber konkurreiere. Als "große" Betreiber seien jene mit den meisten Anschlüssen am gegenständlichen Markt und einem Marktanteil von zumindest 1 % anzusehen. Dabei handle es sich um die beschwerdeführende Partei (ca 47 %), UPC Austria GmbH (ca 28 %), Tele2 Telekommunikation GmbH (ca 5 %), Liwest Kabelmedien GmbH (ca 4 %), Salzburg AG (ca 3 %), Kabelsignal AG (ca 3 %), und B.net Burgenland Telekom GmbH (ca 1 %). Alle anderen Betreiber würden im Weiteren als "kleine" Betreiber bezeichnet.

Der Marktanteil (wiederum in Zugangsrealisierungen) der beschwerdeführenden Partei sei umgekehrt proportional zur Anzahl der im jeweiligen HVT-Einzugsbereich tätigen Betreiber. In HVT-Einzugsbereichen von mehr als 10.000 Haushalten erziele die beschwerdeführende Partei einen Marktanteil von ca 23 %, in HVT-Einzugsbereichen mit 5.000 bis 10.000 Haushalten einen Marktanteil von ca 42 %. Dieser Marktanteil steige in der Folge bei abnehmender Haushaltsdichte je HVT-Einzugsbereich signifikant an. Der Großteil der Anschlüsse (ca 63 %) liege in Gebieten, in denen drei bzw vier große Betreiber tätig seien.

Unter Punkt B. 3.1.2 der Begründung erörterte die belangte Behörde "Marktzutrittsbarrieren und potentieller Wettbewerb" und stellte dazu fest, dass das Ausmaß an Marktmacht umso höher sei, je höher Marktzutrittsbarrieren seien. In weniger dicht besiedelten Gebieten, wo heute keine Kabelnetze existierten, sei deren Errichtung - aus näher beschriebenen Gründen - auch künftig nicht in größerem Ausmaß zu erwarten. Die beschwerdeführende Partei habe gegenüber anderen Unternehmen den Vorteil, bereits über ein österreichweit flächendeckendes Anschlussnetz zu verfügen. Durch die derzeitige Regulierung am "Entbündelungsmarkt" würden zwar die Marktzutrittsbarrieren am Vorleistungsmarkt für breitbandigen Zugang gesenkt, jedoch müsse ein alternativer Betreiber weiterhin erhebliche

versunkene Kosten auf sich nehmen, um sein Netzwerk bis zum Hauptverteiler auszudehnen. Darüber hinaus seien Investitionen für die Errichtung und Adaptierung des Kollokationsraumes zu tätigen. Weiterer Markteintritt mittels Entbündelung sei auch innerhalb der nächsten Jahre nur dort realistisch, wo hohe Skalenvorteile ausgenützt werden könnten, also in Ballungszentren und dicht besiedelten Gebieten. Da die meisten Ballungsräume jedoch bereits entbündelt seien, könne eine flächenmäßig starke Ausweitung der Entbündelung in den nächsten Jahren eher nicht erwartet werden.

Der Marktmachtindikator "Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur" (Punkt B. 3.1.3 der Begründung) spreche aus ökonomischer Sicht für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der beschwerdeführenden Partei auf dem gegenständlichen Markt:

Diese sei nämlich der einzige Betreiber mit einer österreichweit flächendeckenden Infrastruktur und verfüge darüber hinaus in vielen, insbesondere dünn besiedelten Gebieten als einziger Betreiber über eine nicht leicht ersetzbare Infrastruktur bis zum Teilnehmer. Dem stünde auch nicht entgegen, dass in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten oft mehrere alternative Infrastrukturen existierten.

Die "nachfrageseitige Gegenmacht" (Punkt B.3.1.4 der Begründung) der ISPs (Internet Service Provider) gegenüber der beschwerdeführenden Partei sei aus mehreren Gründen wenig ausgeprägt (was von der belangten Behörde näher ausgeführt wurde).

In der Folge erörterte die belangte Behörde den Einfluss möglicher "Produktdifferenzierung" (Punkt B. 3.1.5 der Begründung) und "vertikaler Integration" (Punkt B. 3.1.6 der Begründung) sowie vom "Preissetzungsverhalten" (Punkt B. 3.1.7 der Begründung), wobei die belangte Behörde ausführte, dass die beschwerdeführende Partei bis Ende 2005 auf der Endkundenebene ihre Produkte österreichweit (bei ADSL-Verfügbarkeit) zu einheitlichen Bedingungen angeboten habe, seit Ende 2005 Aktionsangebote beim Produkt aonPur gemacht habe, bei denen das Produkt auf der Endkundenebene (und auch auf der Vorleistungsebene) in Ballungsräumen zu einem niedrigeren Entgelt bezogen werden konnte. Dabei handle es sich um einen einzigen Tarif, der auf Grund seines Preises und seiner Produkt-Charakteristika auch nur für eine kleine Kundengruppe attraktiv sei. Es sei daher immer noch davon auszugehen, dass jeder regionale Anbieter in seinem Preissetzungsverhalten vom überregionalen Anbieter (der beschwerdeführenden Partei) restringiert werde. Herrsche nun in einem Gebiet Wettbewerb zwischen der beschwerdeführenden Partei und einem regionalen Anbieter, werde dadurch auch das Preissetzungsverhalten der beschwerdeführenden Partei auf nationaler Ebene beeinflusst. Dieser Einfluss werde umso größer sein, je größer die Anzahl der vom konkurrierenden Betreiber versorgten Endkunden sei.

Grundsätzlich sehe sich ein bundesweiter Anbieter, der mit einem regionalen Anbieter, zum Beispiel in Wien, in Konkurrenz stehe und keine regionalen Tarife anwende, folgendem Trade-off gegenüber: Entweder halte er seinen bundesweit einheitlichen Preis hoch, verzichte auf Marktanteile im urbanen Raum, könne jedoch in Restösterreich weiterhin Übergewinne (Monopolrenten) erzielen, oder aber er senke den Preis, erziele höhere Marktanteile in Wien und erwirtschafte dafür in Restösterreich geringere Gewinne. Im Ergebnis werde das Gleichgewicht meist darin bestehen, dass der bundesweite Anbieter einen Preis setze, der zwar unter dem Monopolpreis liege, jedoch über dem Wettbewerbspreis (bzw dem Preis des alternativen Betreibers). Der bundesweite Anbieter werde also geringere Marktanteile in Wien in Kauf nehmen, um seine Gewinne in den Monopolgebieten nicht gänzlich zu verlieren.

In ihrer "abschließenden Beurteilung" (Punkt B. 3.1.9 der Begründung) hielt die belangte Behörde fest, dass in jenen Gebieten, wo die beschwerdeführende Partei keinem oder nur geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei (dem Gebiet 2 im Sinne des Punktes B 4.1. des Spruchs), zusammengefasst folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Bereitstellung der marktgegenständlichen Leistung für den Fall der Nichtregulierung des gegenständlichen Marktes festzustellen seien:

- -Strichaufzählung
Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten
- -Strichaufzählung
Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte
- -Strichaufzählung
Ausübung von Marktmacht gegenüber Abnehmern (insbesondere hinsichtlich der Preissetzung)

Zu den "Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht" (Punkt B. 4 der Begründung) führte die belangte Behörde

folgendes aus:

"4.1. Zur geographischen Unterteilung

Die in Punkt B 3 festgestellten Wettbewerbsprobleme treten nur in vorwiegend dünn besiedelten Gebieten auf, wo Telekom Austria oft der einzige Betreiber ist, oder mit nur einem Betreiber im Wettbewerb steht. In Ballungsräumen und dichter besiedelten Gebieten hingegen, wo Telekom Austria mit zwei oder drei großen Betreibern im Wettbewerb steht, treten diese Wettbewerbsprobleme nicht auf. Aus ökonomischer Sicht sind daher (mit der Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) primär für jene Gebiete, in denen die festgestellten Wettbewerbsprobleme auftreten, geeignete und angemessene Regulierungsinstrumente zur Anwendung zu bringen.

Die Abgrenzung der Gebiete ergibt sich aus einer Analyse der Marktanteile, der Marktzutrittsbarrieren und der vorhandenen Infrastruktur in verschiedenen Gebieten, der weiteren Kriterien des § 35 TKG 2003 (siehe dazu Punkt B 3.1.) sowie den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Die Abgrenzung der Gebiete ergibt sich aus einer Analyse der Marktanteile, der Marktzutrittsbarrieren und der vorhandenen Infrastruktur in verschiedenen Gebieten, der weiteren Kriterien des Paragraph 35, TKG 2003 (siehe dazu Punkt B 3.1.) sowie den Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts.

Für die Unterteilung der Fläche wurde dabei auf die jeweiligen Versorgungsgebiete von Hauptverteilern (HVT-Einzugsbereiche, bzw. Anschlussbereiche) der Telekom Austria zurückgegriffen. Die HVT-Einzugsbereiche der Telekom Austria bilden auch für die Unterteilung der Fläche zum Zweck der Diskussion über die allfällige Auferlegung von Regulierungsinstrumenten aus folgenden Überlegungen ein geeignetes Kriterium: Zum Einen erfolgt der Breitbandausbau von Internet Service Providern (ISP), die sich der DSL-Technologie bedienen (so auch Telekom Austria), auf Ebene von Hauptverteilern, indem deren Standorte mit Digital Subscriber Line Multiplexer (DSLAM) und einer entsprechenden Backboneanbindung ausgestattet werden. Zum anderen findet auch die Entbündelung von Teilnehmeranschlussleitungen auf Ebene von Hauptverteileranschlussbereichen statt. Mit ca. 1.480 Flächeneinheiten bilden sie darüber hinaus eine sinnvolle Granularität, die administrativ handhabbar und für alle Beteiligten nachvollziehbar ist. Gleichzeitig ist die Unterteilung nicht so grob, dass Gebiete, in denen sich die Wettbewerbsbedingungen grundlegend unterscheiden, gleich behandelt werden.

Zur Unterteilung der HVT-Einzugsbereiche in Gebiete mit großem Wettbewerbsdruck ('Gebiet 1') und in Gebiete mit geringem Wettbewerbsdruck ('Gebiet 2') auf Telekom Austria wurde - dem Gutachten der Amtssachverständigen folgend - auf folgende zwei Maßzahlen abgestellt: Die Anzahl der großen Betreiber und die Anzahl der Haushalte in einem HVT-Einzugsbereich.

Von beiden Maßzahlen ist anzunehmen, dass sie mit der Höhe der Marktzutrittsbarrieren korrelieren bzw. ein Indikator für die Höhe der Marktzutrittsbarrieren sind. Sie bilden sowohl die Angebotsseite (Anzahl der Betreiber) als auch die Nachfrageseite (Anzahl der Haushalte) ab.

Hinsichtlich der Anzahl großer Betreiber ist die Grenze bei der Anzahl von drei (also Telekom Austria und zwei weitere große Betreiber) zu ziehen. Dies wird durch die signifikant unterschiedlichen Marktanteile von Telekom Austria in Gebieten mit drei und mehr größeren Betreibern einerseits bzw. zwei und weniger großen Betreibern andererseits unterstützt.

Bei Telekom Austria und den Entbündlern (Tele2 und UPC) ist davon auszugehen, dass sie einen bestimmten HVT-Einzugsbereich immer zu flächendeckend versorgen, bei anderen Kabelnetzbetreibern und Funknetzbetreibern ist das nicht zwingend der Fall.

Eine Einbeziehung von Kabel- (aber auch Funknetzbetreibern) in den Versorgungsgrad eines HVT-Einzugsbereichs ist nur dann sinnvoll, wenn diese innerhalb der Fläche eines HVT-Einzugsbereichs einen signifikanten Wettbewerbsdruck auf die dort tätigen Anbieter von DSL-Anschlüssen ausüben können. Dazu ist es zwar nicht erforderlich, dass sie den gesamten HVT-Einzugsbereich abdecken, unterhalb eines bestimmten Versorgungsgrades ist aber nicht von einem signifikanten Wettbewerbsdruck auszugehen. Im Weiteren wird von einer Abdeckung durch ein Kabelnetz von zumindest 65 % ausgegangen, ab der ein Kabelnetzbetreiber mit berücksichtigt wird. Dieser Wert wurde auch von der britischen Regulierungsbehörde Ofcom herangezogen. Eine Berechnung mit beispielsweise 55 % oder 75 % ergibt nur ein geringfügig anderes Ergebnis (ON 8).

Um dem zukunftsgerichteten Aspekt der ex ante Regulierung Rechnung zu tragen, werden bei Tele2 bzw. UPC nicht nur jene HVT-Anschlussbereiche mit einbezogen, die bereits entbündelt sind, sondern auch jene, für die Ende des zweiten Quartals 2007 bereits entsprechende Bestellungen bei Telekom Austria eingelangt waren.

Hinsichtlich der Anzahl an Haushalten in einem HVT-Einzugsbereich ist davon auszugehen, dass ab einer Anzahl von 2500 Haushalten von einem hinreichend großen Wettbewerbsdruck ausgegangen werden kann. Eine Zahl von 2.500 Haushalten ist deswegen sinnvoll, da in diesem Fall alle HVT-Einzugsbereiche, in denen vier große Betreiber tätig sind, in Gebiet 1 fallen. Bei diesen HVT-Einzugsbereichen kann jedenfalls erwartet werden, dass der Wettbewerbsdruck auf Telekom Austria hinreichend groß ist und keine Wettbewerbsprobleme auftreten.

Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass bereits darunter ein hinreichend großer Wettbewerbsdruck vorliegt bzw. dies darüber nicht immer der Fall ist, ist eine Kombination der beiden Kriterien sinnvoll.

Aus den beiden herangezogenen Kriterien ergeben sich 162 HVT-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria großem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (ON 8). Im Hinblick auf die Spruchpraxis des allgemeinen Wettbewerbsrechts war das Kriterium 'Marktanteil von Telekom Austria im jeweiligen HVT-Einzugsbereich' ebenfalls von der Telekom-Control-Kommission zu berücksichtigen (dazu siehe Punkt D 7.2.). In 31 HVT-Einzugsbereichen der erwähnten 162 HVT-Einzugsbereiche beträgt der Marktanteil von Telekom Austria jeweils über 50 %.

Es ergibt sich daher folgende Regel für die Unterteilung der Fläche bzw. die Definition für das Gebiet 1:

Im HVT-Einzugsbereich sind - Telekom Austria mit einberechnet - zumindest drei große Betreiber tätig, während die Anzahl der Haushalte im HVT-Einzugsbereich zumindest 2.500 beträgt und der Marktanteil von Telekom Austria unter 50 % beträgt.

Aus diesen Kriterien ergeben sich folgende HVT-Einzugsbereiche in 'Gebiet 1', in denen der Wettbewerbsdruck auf Telekom Austria groß genug ist, um aus ökonomischer Sicht von der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten (mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung) abzusehen und Telekom Austria ferner über einen Marktanteil von weniger als 50 % verfügt:

...

Aus ON 38 ergibt sich, dass von den noch verbleibenden 131 HVT-Einzugsbereichen sieben weitere dem Gebiet 2 zuzurechnen sind, da der Marktanteil von Telekom Austria in diesen HVT-Einzugsbereichen über 50 % liegt. Andererseits waren drei HVT-Einzugsbereiche aufgrund verbesserter Datenlage neu in das Gebiet 1 aufzunehmen. . Diese Liste für das Gebiet 1 enthält daher 127 HVT-Einzugsbereiche. 'Gebiet 2' besteht aus all jenen HVT-Einzugsbereichen, die nicht in Gebiet 1 enthalten sind und in denen Telekom Austria sich selbst oder anderen Vorleistungskunden xDSL-Zugänge anbietet ('footprint der TA').

Der Marktanteil der Telekom Austria beträgt zu Jahresende 2007 ca. 27 % in Gebiet 1 sowie ca. 75 % in Gebiet 2. Auf HVT-Ebene liegt der Marktanteil von Telekom Austria in den HVT-Einzugsbereichen des Gebietes 1 immer unter 50 %.

Ein Viertel aller mittels Bitstream-Produkten der Telekom Austria realisierten breitbandigen Endkundenanschlüsse liegt in Gebiet 1 (ON 35).

Die so getroffene geographische Unterteilung bleibt auch dann unverändert, wenn ein weiterer Netzausbau großer Betreiber dazu führt, dass z.B. drei (statt zuvor zwei) große Unternehmen in einem konkreten HVT-Anschlussbereich anbieten sollten. Änderungen in der geographischen Präsenz großer Betreiber können aus ökonomischer Sicht (gegebenenfalls) bei der nächsten Analyse berücksichtigt werden. Dies gilt grundsätzlich auch bei einem Rückbau des Netzes und bei Übernahmen, allerdings nur dann, wenn sie nicht zwei 'große' Betreiber betreffen und die wettbewerblichen Gegebenheiten wesentlich verändern.

Im Juni 2006 wurde öffentlich bekannt, dass zwischen UPC Austria GmbH und Tele2 Telecommunication GmbH Verhandlungen über eine Übernahme geführt werden (amtsbekannt, allen Verfahrensparteien bekannt).

Angesichts des hohen Marktanteiles von 80 % der Telekom Austria in Gebieten, wo sie mit nur einem 'kleinen' Betreiber in Wettbewerb steht (ON 5, Abbildung 7) ist deren Miteinbeziehung angesichts des von solchen Betreibern ausgehenden und vergleichsweise geringen Wettbewerbsdruck ökonomisch nicht gerechtfertigt.

Die getroffene geographische Unterteilung trägt der gegenwärtigen Situation wie der voraussichtlichen Entwicklung in den kommenden 1-2 Jahren Rechnung.

Die im Folgenden untersuchten Regulierungsinstrumente beziehen sich - mit Ausnahme der getrennten Buchführung - nur auf Gebiet 2. Die HVT-Einzugsbereiche in Gebiet 2 ergeben sich aus allen nicht in Gebiet 1 liegenden HVT-Einzugsbereichen, in denen Telekom Austria xDLS-Zugänge anbietet. In Gebiet 1 können aus ökonomischer Sicht die bestehenden Verpflichtungen nach einer entsprechenden Vorankündigungsfrist aufgehoben werden. Ein Zeitraum, der es den nachfragenden Unternehmen erlauben würde, ihre Geschäftspläne entsprechend anzupassen, sollte sich aus ökonomischer Sicht eher am oberen Ende der gesetzlich vorgesehen Frist orientieren.

..."

Unter "Zusammenfassung - Regulierungsinstrumente" (Punkt B. 4.4 der Begründung) führte die belangte Behörde aus, dass folgende Maßnahmen aus ökonomischer Sicht geeignet seien, die in Gebiet 2 festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen:

- -Strichaufzählung
Zugangsverpflichtung (Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen)
- -Strichaufzählung
Gleichbehandlungsverpflichtung einschließlich der Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots inklusive Verpflichtung zur quartalsweisen Lieferung von diesbezüglich einschlägigen Kennzahlen
- -Strichaufzählung
Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang

Demgegenüber könne den wettbewerblichen Defiziten am "verfahrensgegenständlichen Markt (Gebiet 1 und 2)" durch getrennte Buchführung begegnet werden.

Mit Ausnahme der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, die bundesweit gelte, seien die Regulierungsinstrumente nur im Gebiet 2 aufzuerlegen. Dabei handle es sich um komplementäre und nicht alternative Instrumente. Jedes für sich diene der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur beim Einsatz aller Instrumente sei sichergestellt, dass die identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich beseitigt würden. Gleichzeitig sei dieses "Set an Maßnahmen" das am wenigsten eingriffsintensive für das marktmächtige Unternehmen der beschwerdeführenden Partei.

Beweiswürdigend verwies die belangte Behörde im Wesentlichen auf die als eingehend, schlüssig und nachvollziehbar bewerteten Gutachten der Amtssachverständigen. Dabei erörterte die belangte Behörde auch, warum sie den Anträgen auf "Neuevaluierung der Abgrenzungskriterien zwischen den Gebieten 1 und 2" nicht gefolgt sei (Punkt C. 2.23).

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde - nach Erörterung der Marktmachtindikatoren - unter "Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" (Punkt D. 6.9 der Begründung) aus, dass die beschwerdeführende Partei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 35 Abs 1 TKG 2003 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene einzustufen sei und daher kein effektiver Wettbewerb bestehe. Zusammengefasst seien folgende potentielle Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt festgestellt worden: Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde - nach Erörterung der Marktmachtindikatoren - unter "Zusammenfassung der rechtlichen Beurteilung der wettbewerblichen Situation am Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" (Punkt D. 6.9 der Begründung) aus, dass die beschwerdeführende Partei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des Paragraph 35, Absatz eins, TKG 2003 auf dem Markt für den breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene einzustufen sei und daher kein effektiver Wettbewerb bestehe. Zusammengefasst seien folgende potentielle Wettbewerbsprobleme auf dem gegenständlichen Markt festgestellt worden:

- -Strichaufzählung
Errichtung von Markteintrittsbarrieren gegenüber (potentiellen) Konkurrenten
- -Strichaufzählung
Übertragung von Marktmacht in benachbarte Märkte
- -Strichaufzählung
Ausübung von Marktmacht gegenüber den Abnehmern, insbesondere hinsichtlich der Preissetzung

Diesen Wettbewerbsproblemen sei auf der Grundlage der Feststellungen zum unterschiedlich stark ausgeprägten Wettbewerbsdruck (Ballungsräume, Anzahl der Infrastrukturbetreiber am jeweiligen HVT-Standort), dem die beschwerdeführende Partei ausgesetzt sei, regional differenziert zu begegnen.

Unter der Überschrift "Zur geographisch unterschiedlichen Auferlegung von Regulierungsinstrumenten" (Punkt C. 7.2) führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"Ausgehend von der bundesweit einheitlichen Marktdefinition (siehe dazu Punkt B 1) hat die Telekom-Control-Kommission gem. § 37 Abs. 2 TKG 2003 nach Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, dem betroffenen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach § 38 - 46 oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. In leg. cit. wird somit das Erfordernis der 'Eignung' der auferlegten Regulierungsinstrumente zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme gefordert." "Ausgehend von der bundesweit einheitlichen Marktdefinition (siehe dazu Punkt B 1) hat die Telekom-Control-Kommission gem. Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 nach Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, dem betroffenen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach Paragraph 38, - 46 oder Paragraph 47, Absatz eins, TKG 2003 aufzuerlegen. In leg. cit. wird somit das Erfordernis der 'Eignung' der auferlegten Regulierungsinstrumente zur Hintanhaltung der festgestellten Wettbewerbsprobleme gefordert.

Aus der Vorgabe der 'Eignung' sowie dem anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz § 34 Abs. 1 TKG 2003 sowie Aus der Vorgabe der 'Eignung' sowie dem anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Paragraph 34, Absatz eins, TKG 2003 sowie

Artikel 21 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. C 165/6 vom 11.7.2002) folgt, dass auferlegte Verpflichtungen zur Erreichung des gesetzlichen Zwecks geeignet sein müssen und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zweckes angemessen und erforderlich ist. Deshalb ist nur in jenen Gebieten, in denen aktuelle bzw. potentielle Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden, die Auferlegung von geeigneten Regulierungsinstrumenten rechtlich geboten.

Nach den Feststellungen ist Telekom Austria am gegenständlichen Markt je nach Anzahl der konkurrierenden Betreiber bzw. Haushalten unterschiedlich hohem Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Der vorwiegend in Ballungsräumen und dicht besiedelten Gebieten auf Telekom Austria einwirkende vergleichsweise starke Wettbewerbsdruck einerseits und der ebenso vergleichsweise nur geringe Wettbewerbsdruck in vorwiegend dünn besiedelten Gebieten andererseits erfordert daher eine unterschiedliche rechtliche Würdigung durch die Telekom-Control-Kommission.

Die für die Definition der Gebiete 1 und 2 im Sinne dieses Bescheides verwendeten Abgrenzungskriterien (Anzahl der Haushalte je HVT-Einzugsbereich, Anzahl der großen Betreiber in den einzelnen HVT-Einzugsbereichen sowie der Marktanteil von Telekom Austria in den einzelnen HVT-Einzugsbereichen) sind sachgerecht und decken sowohl angebots- als auch nachfrageseitige Aspekte der Wettbewerbssituation ab und berücksichtigen mit dem Marktanteil von Telekom Austria auf HVT-Ebene auch marktstrukturelle Besonderheiten des jeweiligen HVT-Einzugsbereichs. Mit diesen drei Kriterien kann eine den Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts entsprechende Abgrenzung vorgenommen werden. So stellen die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (ABl C 2002/C 165 vom 11.7.2002) gerade auch auf die konkreten Marktanteile als ein wesentliches Kriterium zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht ab (Rn 75). Die für die Definition der Gebiete 1 und 2 im Sinne dieses Bescheides verwendeten Abgrenzungskriterien (Anzahl der Haushalte je HVT-Einzugsbereich, Anzahl der großen Betreiber in den einzelnen HVT-Einzugsbereichen sowie der Marktanteil von Telekom Austria in den einzelnen HVT-Einzugsbereichen) sind sachgerecht und decken sowohl angebots- als auch nachfrageseitige Aspekte der Wettbewerbssituation ab und berücksichtigen mit dem Marktanteil von Telekom Austria auf HVT-Ebene auch marktstrukturelle Besonderheiten des jeweiligen HVT-Einzugsbereichs. Mit diesen drei Kriterien kann eine den Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts entsprechende Abgrenzung vorgenommen werden. So stellen die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste Amtsblatt C 2002/C 165 vom 11.7.2002) gerade auch auf die konkreten Marktanteile als ein wesentliches Kriterium zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht ab (Rn 75).

In Punkt B 4.1. wurde im Zusammenhang mit der Definition jener HVT-Einzugsbereiche, in denen Telekom Austria signifikantem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist, festgestellt, dass die sich ergebende Definition des Gebietes 1 grundsätzlich (u.a.) auch bei Übernahmen, allerdings nur dann, wenn sie nicht zwei große Betreiber im Sinne des Punktes B 3.1.1. betreffen und die Wettbewerbssituation wesentlich beeinträchtigen, bestehen bleibt. Es war dementsprechend eine auflösende Bedingung für die 'Freigabe' des Gebietes 1 in Spruchpunkt 2.1. aufzunehmen, die gemäß dem Gebietsabgrenzungskriterium 'mindestens 3 große Betreiber je HVT' eine auflösende Bedingung für den Wegfall - ein solcher liegt auch bei einem Verlust der wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit im Zuge der Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses durch die zuständigen Kartellbehörden vor - der 'Freigabe' des Gebietes 1 vorsieht. Das Mindestanforderungsmerkmal von einem Marktanteil von zumindest 1 % erscheint der Telekom-Control-Kommission angesichts der zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses unter Beteiligung eines Unternehmens mit einem noch geringeren Marktanteil sachlich angemessen und außerdem operationalisierbar.

Die bundesweite Auferlegung der für das Gebiet 2 aus ökonomischer Sicht als geeignet angesehenen Regulierungsinstrumente ist daher als nicht notwendig und wäre unangemessen und unverhältnismäßig. Von einer solchen 'markteinheitlichen' Auferlegung von Regulierungsinstrumenten, die die Feststellungen zum unterschiedlich stark ausgeprägten Wettbewerbsdruck außer Betracht ließe, war daher dem Grundsatz der geringst möglichen Eingriffsintensität folgend Abstand zu nehmen (vgl. dazu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG 06-33, S. 115 ff.). Die bundesweite Auferlegung der für das Gebiet 2 aus ökonomischer Sicht als geeignet angesehenen Regulierungsinstrumente ist daher als nicht notwendig und wäre unangemessen und unverhältnismäßig. Von einer solchen 'markteinheitlichen' Auferlegung von Regulierungsinstrumenten, die die Feststellungen zum unterschiedlich stark ausgeprägten Wettbewerbsdruck außer Betracht ließe, war daher dem Grundsatz der geringst möglichen Eingriffsintensität folgend Abstand zu nehmen (vergleiche dazu ERG Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG 06-33, S. 115 ff.).

Darüber hinaus legt Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL explizit fest, dass die Maßnahmen der Regulierungsbehörde in angemessenem Verhältnis zu den Zielen in Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rahmen-RL (deren Inhalt wiederum weitgehend den in § 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungszielen entspricht) stehen müssen. Insb. dürfen spezifische Verpflichtungen nur auferlegt werden, soweit die Natur des festgestellten Wettbewerbsproblems dies rechtfertigt. Dies kommt auch in der 'Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework' der European Regulators Group klar zum Ausdruck, wenn diese auf Seite 115 wie folgt ausführt: 'However, variations may be appropriate within a market for various reasons including geographical variations (). Such reasons do not imply that the market should be segmented by geography () NRAs have the ability to vary remedies within SMP markets according to the problems identified and the proposed resolution.' Darüber hinaus legt Artikel 8, Absatz eins, Rahmen-RL explizit fest, dass die Maßnahmen der Regulierungsbehörde in angemessenem Verhältnis zu den Zielen in Artikel 8, Absatz 2 bis 4 Rahmen-RL (deren Inhalt wiederum weitgehend den in Paragraph eins, TKG 2003 enthaltenen Regulierungszielen entspricht) stehen müssen. Insb. dürfen spezifische Verpflichtungen nur auferlegt werden, soweit die Natur des festgestellten Wettbewerbsproblems dies rechtfertigt. Dies kommt auch in der 'Revised Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework' der European Regulators Group klar zum Ausdruck, wenn diese auf Seite 115 wie folgt ausführt: 'However, variations may be appropriate within a market for various reasons including geographical variations (). Such reasons do not imply that the market should be segmented by geography () NRAs have the ability to vary remedies within SMP markets according to the problems identified and the proposed resolution.'

Von mehreren Parteien wurde vorgebracht, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf einem einheitlichen Markt rechtlich unzulässig sei, eine solche Marktunterteilung sei eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und auch ein Verstoß gegen die TKMVO 2003 idgF und wäre dies darüber hinaus auch ein Widerspruch zum ex-post Vollzug des allgemeinen Wettbewerbsrechts durch die Kartellbehörden.

Zur angeblichen rechtlichen Unzulässigkeit der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nur auf einem Teilbereich des Marktes führt die Telekom-Control-Kommission ferner aus wie folgt:

1.) Die Europäische Kommission hat in ihrer gem. Art. 7 der Rahmenrichtlinie zum gegenständlichen Verfahren abgegebenen Stellungnahme die vorgenommene 'Auferlegung von unterschiedlichen Abhilfemaßnahmen

im gleichen relevanten Markt' ausdrücklich als nicht vom Rechtsrahmen ausgeschlossen bezeichnet (ON 58, S 8 letzter Absatz unter Verweis auf die Entscheidungen der Europäischen Kommission zu UK/2003/0035-0039, AT/2006/0508 und FR/2005/0223). 1.) Die Europäische Kommission hat in ihrer gem. Artikel 7, der Rahmenrichtlinie zum gegenständlichen Verfahren abgegebenen Stellungnahme die vorgenommene 'Auferlegung von unterschiedlichen Abhilfemaßnahmen im gleichen relevanten Markt' ausdrücklich als nicht vom Rechtsrahmen ausgeschlossen bezeichnet (ON 58, S 8 letzter Absatz unter Verweis auf die Entscheidungen der Europäischen Kommission zu UK/2003/0035-0039, AT/2006/0508 und FR/2005/0223).

2.) In der zur 'Empfehlung der Europäischen Kommission vom 17.1.2007 zur 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' (veröffentlicht am 27.12.2007 im Amtsblatt der EG zur Zahl L 344/65) ergangenen Explanatory Note (veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Kommission unter C (2007)5406) wird in Punkt 2.4. ausdrücklich festgehalten, dass bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten auf einem national definierten Markt geografisch unterschiedlich stark auf den SMP-Betreiber einwirkende Wettbewerbskräfte (beispielsweise aufgrund unterschiedlich vorhandener Infrastruktur) bei der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten mitberücksichtigt werden können.

3.) Im 'Gemeinsamen Standpunkt der ERG in Hinblick auf die im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen geeigneten Regulierungsinstrumente' ERG (03) 30rev1) wird ebenfalls auf die Möglichkeit zur Auferlegung geografisch unterschiedlicher Regulierungsinstrumente hingewiesen.

In allgemeiner Hinsicht wurde von manchen Parteien kritisiert, dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung der Regulierungsinstrumente das Entstehen eines Digital Divide weiter fördern würde, sowie dass die geografisch unterschiedliche Auferlegung der Regulierungsinstrumente dem Breitbandausbau insbesondere im ländlichen Gebiet nicht förderlich sei. Hinsichtlich dieses Vorbringens ist auszuführen, dass diese Fragen - ungeachtet der unterstützenden Teilnahme der RTR-GmbH an politischen Initiativen im Rahmen bspw. der Breitbandinitiative der Bundesregierung - nicht Gegenstand der Wettbewerbsregulierung im Rahmen des 5. Abschnittes des TKG 2003 sein können. Die Telekom-Control-Kommission folgte daher diesen Anregungen nicht.

Generell wurde unter Verweis auf die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003 vorgebracht, dass diese Anordnung unverhältnismäßig sei, da alternative Anbieter zumindest in beträchtliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht würden. Diesbezüglich ist auszuführen, dass die in § 1 TKG 2003 enthaltenen Regulierungsziele des TKG 2003 die Regulierungsbehörde im Zuge der Wettbewerbsregulierung dazu verpflichten, bezüglich der Frage nach dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und bei Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. Generell wurde unter Verweis auf die Regulierungsziele des Paragraph eins, TKG 2003 vorgebracht, dass diese Anordnung unverhältnismäßig sei, da alternative Anbieter zumindest in beträchtliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gebracht würden. Diesbezüglich ist auszuführen, dass die in Paragraph eins, TKG 2003 enthaltenen Regulierungsziele des TKG 2003 die Regulierungsbehörde im Zuge der Wettbewerbsregulierung dazu verpflichten, bezüglich der Frage nach dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und bei Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 2, TKG 2003 sowie den Zielekatalog des Paragraph 34, TKG 2003 zu berücksichtigen.

In den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art. 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). § 1 TKG 2003 stellt eine programmatische Zweckdefinition dar. Der Zweck der aaO angeführten Regulierungsziele ist durch Förderung des Wettbewerbs zu erreichen. Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass die Erreichung der aaO angeführten unterschiedlichen Regulierungsziele grundsätzlich gleich wichtig ist. In den einschlägigen Bestimmungen des europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Artikel 8, Absatz eins, Rahmen-RL, Artikel 8, Absatz 4, der Zugangs-RL und in Artikel 17, Absatz 2, der Universaldienst-RL). Paragraph eins, TKG 2003 stellt eine programmatische Zweckdefinition dar. Der Zweck der aaO angeführten Regulierungsziele ist durch Förderung des Wettbewerbs zu erreichen. Die Telekom-Control-Kommission ist der Ansicht, dass die Erreichung der aaO angeführten unterschiedlichen Regulierungsziele grundsätzlich gleich wichtig ist.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind.

Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel vorliegen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Guidelines der EK) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (Stratil, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in Paragraph eins, Absatz 2, TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel vorliegen. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Guidelines der EK) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (Stratil, TKG 2003, Rn 3 zu Paragraph 34, TKG 2003).

Gegenstand dieses Bescheides ist die Beantwortung der Frage, ob auf dem gegenständlichen Markt ein (oder mehrere) Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen sowie bejahendenfalls die Auferlegung geeigneter Regulierungsinstrumente zur Bekämpfung der festgestellten Wettbewerbsprobleme. Bei der Beantwortung dieser Fragen hat die Telekom-Control-Kommission die Verhältnismäßigkeit der auferlegten Regulierungsinstrumente in Bezug auf alle Verfahrensparteien zu überprüfen. Es liegt ferner für die Telekom-Control-Kommission aufgrund der wirtschaftlichen Interessenlage auf der Hand, dass die Interessenlage der Verfahrensparteien - von Detailfragen abgesehen - diametral entgegengesetzt ist. Die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten gegenüber einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht stellt für alle anderen Unternehmen eine 'Verbesserung' ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Ausgangslage dar. Es war daher eine gegenüber allen Verfahrensparteien verhältnismäßige und angemessene Anordnung zu treffen. Telekom Austria brachte in ihren Stellungnahmen zum Ausdruck, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau in Gebiet 1 es nicht mehr rechtfertige, die in Gebiet 2 auferlegten Regulierungsinstrumente neuerlich bundesweit aufzuerlegen.

Gemäß den Feststellungen ist davon auszugehen, dass von einem nachhaltigen Wettbewerbsniveau dann auszugehen ist, wenn mindestens drei 'große Betreiber' (dazu Punkt B 4.1.) im Einzugsbereich der jeweiligen Hauptverteiler von Telekom Austria aktiv sind. Erst wenn diese Zahl auf unter drei fällt, ist von einer wesentlichen Veränderung der wettbewerblichen Gegebenheiten auszugehen.

Durch die 'Freigabe' des Gebietes 1 wird nun die ex-ante Wettbewerbsregulierung gemäß den Sektorvorschriften entsprechend dem mittlerweile festgestellten Wettbewerbsniveau in Gebiet 1 größtenteils aufgehoben. Da gemäß den Feststellungen Telekom Austria in Gebiet 1 über einen Marktanteil von ca. 27 % verfügt, ist nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission die allgemeine Wettbewerbsaufsicht (ex post)-Kontrolle des allgemeinen Wettbewerbsrecht ausreichend, um allenfalls weiterhin auftretende Wettbewerbsprobleme zu bekämpfen. Auch die Rechtsprechung der Europäischen Kommission sowie der Kartellgerichte setzen die relevante Schwelle für das Vorliegen einer marktbeherrschenden beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % an. Insoweit käme unpräjudiziell auch die Fallpraxis der Kartellgerichte hinsichtlich des Gebietes 1 nicht zwingend zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Telekom Austria in Gebiet 1.

Den §§ 1, 34 und 37 TKG 2003 kann daher entgegen dem mehrfachen Vorbringen nicht entnommen werden, dass auf dem gegenständlichen Markt keine geografisch segmentierten Regulierungsinstrumente auferlegt werden dürften. Den Paragraphen eins, 34 und 37 TKG 2003 kann daher entgegen dem mehrfachen Vorbringen nicht entnommen werden, dass auf dem gegenständlichen Markt keine geografisch segmentierten Regulierungsinstrumente auferlegt werden dürften.

Die Telekom-Control-Kommission ist angesichts der 'gegenläufigen' Anträge der Verfahrensparteien der Auffassung, dass die auf den erstellten Gutachtern der Amtssachverständigen basierenden Feststellungen eine ausgewogene, verhältnismäßige und daher rechtlich gebotene 'Auswahl' an aufzuerlegenden Regulierungsinstrumenten darstellen. Ferner wurde vorgebracht, dass die 'Freigabe' des Gebietes 1 nicht der Wettbewerbssituation entspreche; auf dem gegenständlichen Markt hätte es seit Erlass des Vorgängerbescheides zu M 1/05 keine wesentlichen Änderungen des Wettbewerbsniveaus gegeben. Im Hinblick auf die momentane Wettbewerbssituation am gegenständlichen Markt und insbesondere im Gebiet 1 desselben ist seitens der Telekom-Control-Kommission auf die getroffenen Feststellungen

und insbesondere auf den Marktanteil von Telekom Austria in Gebiet 1 in Höhe von ca. 27 % und die sich zwischen Telekom Austria und alternativen Anbietern vergrößernde Preisdifferenz am Endkundenmarkt zu verweisen. Da im Verfahren M 1/05 keine vergleichbaren Feststellungen zu geografisch unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen innerhalb des gegenständlichen Marktes getroffen werden konnten, war dem Vorbringen, wonach es keine Änderung der Wettbewerbssituation im Vergleich zum Vorgängerbescheid gegeben hätte, nicht zu folgen.

Es wurde ferner unspezifisch darauf hingewiesen, dass ein erzwungener Marktaustritt (gemeint: verursacht durch den gegenständlichen Bescheid) hohe versunkene Kosten verursache. Die Telekom-Control-Kommission führt dazu aus, dass die mit diesem Vorbringen unterstellte Kausalität des Marktaustritts angesichts lediglich eines allgemeinen Verweises auf sich verschlechternde Rahmenbedingungen nicht ausreichend begründet wurde und folgt daher diesem Vorbringen nicht.

Es wurde vorgebracht, dass eine allfällige Gebietsaufteilung nicht auf Basis der Einzugsbereiche der Hauptverteilerstandorte von Telekom Austria erfolgen sollte, sondern auf Basis der vorgelagerten DSLAMs der Telekom Austria. Die Telekom-Control-Kommission folgt unter Verweis auf die getroffenen Feststellungen, die unter ausdrücklicher Berücksichtigung des Prinzips der Technologieneutralität auf die Hauptverteiler- Einzugsbereiche der Telekom Austria als anzuwendende Abgrenzungseinheit abstellen, diesem Vorbringen nicht.

Es wurde darauf hingewiesen, dass Telekom Austria die derzeitige Kostenorientierungsverpflichtung für terminierende Segmente von Mietleitungen zukünftig durch das Anbieten von ebenbürtigen Produkten auf Basis von SDSL (Symmetric Digital Subscriber Line) Verbindungen umgehen könne. Zu diesem Vorbringen führt die Telekom-Control-Kommission aus, dass die derzeit der Telekom Austria auf dem Vorleistungsmarkt für terminierende Segmente von Mietleitungen auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung (Bescheid der Telekom-Control-Kommission zu M 11/06-59 vom 27.11.2006) vor dem Hintergrund der Gefahr von überhöhten Preisen durch Telekom Austria auferlegt wurde. In diesem Zusammenhang erscheint die wettbewerbliche Gefahr des Unterbietens der derzeit regulierten Entgelte für terminierende Segmente als zu gering, um sich den Ergebnissen der Amtsgutachter zur 'Freigabe' des Gebietes 1 nicht anzuschließen.

Es wurde gefordert, dass HVT-Einzugsgebiete mit vorgelagerten DSLAMs nicht in Gebiet 1 fallen dürften, da am jeweiligen Hauptverteiler entbündelnde Anbieter durch das Vorhandensein von vorgelagerten DSLAMs gestört würden. Die Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich der Auffassung, diese Problematik im Rahmen von Aufsichtsverfahren gemäß § 91 TKG 2003 abzuhandeln ist und verweist lediglich informativ auf ein zu dieser Problematik jüngst vor der Telekom-Control-Kommission geführtes Verfahren (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu R 5/07). Es wurde gefordert, dass HVT-Einzugsgebiete mit vorgelagerten DSLAMs nicht in Gebiet 1 fallen dürften, da am jeweiligen Hauptverteiler entbündelnde Anbieter durch das Vorhandensein von vorgelagerten DSLAMs gestört würden. Die Telekom-Control-Kommission ist diesbezüglich der Auffassung, diese Problematik im Rahmen von Aufsichtsverfahren gemäß Paragraph 91, TKG 2003 abzuhandeln ist und verweist lediglich informativ auf ein zu dieser Problematik jüngst vor der Telekom-Control-Kommission geführtes Verfahren (Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission zu R 5/07).

Eine geographische Differenzierung spezifischer Verpflichtungen ist daher rechtlich zulässig und notwendig, um den Kriterien der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der auferlegten Regulierungsinstrumente zu entsprechen. Die Telekom-Control-Kommission weist daher sämtliche Anträge, die auf eine Abänderung der vorgenommenen geografischen Unterteilung hinsichtlich der auferlegten Regulierungsinstrumente abzielen, als unbegründet zurück."

2. Mit der vorliegenden Beschwerde ficht die beschwerdeführende Partei nur Spruchpunkt 2.1 des Bescheides insoweit an, als dieser die Bestimmung enthält "solange auf dem Markt gemäß Spruchpunkt 1 inklusive Telekom Austria TA AG insgesamt mindestens drei große Betreiber iSd. B 3.1.1. dieses Bescheides wirtschaftlich und rechtlich selbständig tätig sind".

Die beschwerdeführende Partei erklärt, den Bescheid "ausdrücklich auch nicht in eventu zur Gänze" anzufechten, und stellt den Antrag auf Aufhebung (nur) des zitierten Passus wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes.

3. Die sich bloß gegen einen Teil des Bescheides richtende Beschwerde ist entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei nicht zulässig.

3.1. Die beschwerdeführende Partei räumt ein, dass eine Bekämpfung von Nebenbestimmungen grundsätzlich eine Anfechtung des gesamten Bescheides voraussetzt, vertritt aber die Auffassung, bei Trennbarkeit der Nebenbestimmungen vom übrigen Bescheidspruch sei die Nebenbestimmung für sich anfechtbar. Eine derartige

Trennbarkeit liege insbesondere dann vor, wenn die Nebenbestimmung "gesetzlos", also ohne jedwede gesetzliche Ermächtigung, erlassen worden sei.

Die angefochtene Bestimmung sei vom übrigen Bescheidspruch trennbar, zumal die geographisch unterschiedliche Auferlegung von Regulierungsinstrumenten in den Gebieten 1 und 2 auch bei Aufhebung der angefochtenen auflösenden Bedingung erhalten bliebe. Würde nur eine Gesamtanfechtung des Bescheides zugelassen, würden im Fall der Bescheidaufhebung - ex tunc - auch für das Gebiet 1 spezifische Verpflichtungen in Geltung gesetzt, die ab Rechtskraft des Bescheides nicht mehr gegolten hätten (nämlich die spezifischen Verpflichtungen des Bescheides M 1/05-59). Dies, obwohl die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der nach dem gegenständlichen Bescheid grundsätzlich räumlich eingeschränkten Auflagen überhaupt nicht Gegenstand des Anfechtungsverfahrens sei. Deshalb solle eine gesonderte Anfechtbarkeit der Nebenbestimmung zugelassen werden.

3.2. Dieses Vorbringen ist nicht zielführend:

Die oben wiedergegebenen Ausführungen der belangten Behörde zur Notwendigkeit der geographischen Differenzierung der angewendeten Regulierungsinstrumente (weil nach Auffassung der belangten Behörde in den "Ballungsgebieten" hinreichender Wettbewerb bestehe) machen ihre Auffassung deutlich, dass die grundsätzliche Aufhebung der Regulierung (abgesehen von der Beibehaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung; vgl Spruchpunkt 2.5.) im Gebiet 1 unter der Voraussetzung stehe, dass weiterhin effizienter Wettbewerb besteht (wofür die belangte Behörde das Vorhandensein von mindestens drei großen, wirtschaftlich und rechtlich selbständigen Betreibern als ausreichend angesehen hat). Der Entfall der Regulierung im Gebiet 1 wurde also an diese Bedingung geknüpft. Derart bildet die erwähnte auflösende Bedingung mit der Einschränkung der Regulierung eine notwendige Einheit; die auflösende Bedingung allein enthält nämlich keine ohne den anderen Bescheidteil vollziehbare Norm; eine vom übrigen Spruchpunkt abgesonderte Entscheidung über die auflösende Bedingung ist sohin nicht möglich (vgl die bei Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, unter E 318 ff zu § 59 AVG zitierte Judikatur). Die oben wiedergegebenen Ausführungen der belangten Behörde zur Notwendigkeit der geographischen Differenzierung der angewendeten Regulierungsinstrumente (weil nach Auffassung der belangten Behörde in den "Ballungsgebieten" hinreichender Wettbewerb bestehe) machen ihre Auffassung deutlich, dass die grundsätzliche Aufhebung der Regulierung (abgesehen von der Beibehaltung der Verpflichtung zur getrennten Buchführung; vergleiche Spruchpunkt 2.5.) im Gebiet 1 unter der Voraussetzung stehe, dass weiterhin effizienter Wettbewerb besteht (wofür die belangte Behörde das Vorhandensein von mindestens drei großen, wirtschaftlich und rechtlich selbständigen Betreibern als ausreichend angesehen hat). Der Entfall der Regulierung im Gebiet 1 wurde also an diese Bedingung geknüpft. Derart bildet die erwähnte auflösende Bedingung mit der Einschränkung der Regulierung eine notwendige Einheit; die auflösende Bedingung allein enthält nämlich keine ohne den anderen Bescheidteil vollziehbare Norm; eine vom übrigen Spruchpunkt abgesonderte Entscheidung über die auflösende Bedingung ist sohin nicht möglich vergleiche die bei Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, unter E 318 ff zu Paragraph 59, AVG zitierte Judikatur).

Diese Annahme der Untrennbarkeit des in Rede stehenden Bescheidinhalts steht im Einklang damit, dass die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach § 37 Abs 2 TKG 2003 zwingend mit der Feststellung des Nichtbestehens von effektivem Wettbewerb verknüpft ist. Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, kann ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen nicht als mit § 37 Abs 2 TKG vereinbar angesehen werden (vgl das hg Erkenntnis vom 28. Februar 2007, ZI 2004/03/0210). Diese Annahme der Untrennbarkeit des in Rede stehenden Bescheidinhalts steht im Einklang damit, dass die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 zwingend mit der Feststellung des Nichtbestehens von effektivem Wettbewerb verknüpft ist. Die Feststellung allein, dass ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, kann ohne die Auferlegung geeigneter Verpflichtungen nicht als mit Paragraph 37, Absatz 2, TKG vereinbar angesehen werden vergleiche das hg Erkenntnis vom 28. Februar 2007, ZI 2004/03/0210).

Beschränkt sich die Anfechtung auf eine Nebenbestimmung, die mit dem weiteren Spruchinhalt eine untrennbare Einheit bildet (wobei für die Beurteilung der Trennbarkeit die Frage, ob eine Bedingung an sich oder ihre konkrete Ausgestaltung rechtmäßig ist, keine entscheidende Rolle spielt), ist die Beschwerde unzulässig (vgl die bei Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, unter E 323 zu § 59 AVG zitierte Judikatur). Beschränkt sich die Anfechtung auf eine Nebenbestimmung, die mit dem weiteren Spruchinhalt eine untrennbare Einheit bildet (wobei für die Beurteilung der Trennbarkeit die Frage, ob eine Bedingung an sich oder ihre konkrete

Ausgestaltung rechtmäßig ist, keine entscheidende Rolle spielt), ist die Beschwerde unzulässig vergleiche die bei Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I2, unter E 323 zu Paragraph 59, AVG zitierte Judikatur).

4. Da der Antrag der beschwerdeführenden Partei ausdrücklich nur auf die Aufhebung der genannten auflösenden Bedingung gerichtet ist, diese als untrennbarer Teil des Bescheides jedoch für sich allein nicht bekämpft werden kann, war die Beschwerde - in dem gemäß § 12 Abs 3 VwGG gebildeten Senat -wegen offener Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes gemäß § 34 Abs 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen (vgl den hg Beschluss vom 22. November 2005, ZI 2005/03/0213). 4. Da der Antrag der beschwerdeführenden Partei ausdrücklich nur auf die Aufhebung der genannten auflösenden Bedingung gerichtet ist, diese als untrennbarer Teil des Bescheides jedoch für sich allein nicht bekämpft werden kann, war die Beschwerde - in dem gemäß Paragraph 12, Absatz 3, VwGG gebildeten Senat -wegen offener Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes gemäß Paragraph 34, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen vergleiche den hg Beschluss vom 22. November 2005, ZI 2005/03/0213).

Wien, am 23. Oktober 2008

Schlagworte

Trennbarkeit gesonderter Abspruch Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Diverses

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2008030122.X00

Im RIS seit

24.02.2009

Zuletzt aktualisiert am

03.03.2009

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at