

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/2/28 2004/03/0212

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.02.2007

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E5XC E13206000;  
E6A;  
E6j;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rn75;  
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rn78;  
61976CJ0085 Hoffmann-La Roche / Kommission;  
61986CJ0062 AKZO / Kommission;  
61997TJ0228 Irish Sugar;  
62003TJ0340 France Telecom;  
AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
EURallg;  
TKG 2003 §35 Abs1;  
TKG 2003 §35 Abs2;  
TKG 2003 §37 Abs2;  
TKMV 2003 §1 Z15;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der tele.ring Telekom Service GmbH (nunmehr: T-Mobile Austria GmbH) in Wien, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Dr. Karl Lueger-Ring 10, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27. Oktober 2004, ZI M 15d/03-33, betreffend Feststellung beträchtlicher Marktmacht und Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach dem TKG 2003, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003, BGBl I Nr 70 idGF, festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Vorleistungsmarkt "Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der tele.ring Telekom Service GmbH" im Sinne des § 1 Z 15

Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1.).

Weiters wurden der Beschwerdeführerin gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

"2.1. tele.ring Telekom Service GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung 'Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz' dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.2. tele.ring Telekom Service GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung 'Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz' dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.3. tele.ring Telekom Service GmbH hat gemäß § 38 Abs 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend 'Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz' binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen hat:

-

Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen,

-

Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen,

-

Verkehrsarten und Entgelte,

-

Regelungen betreffend Notrufe,

-

Regelungen betreffend private Netze,

-

Regelungen betreffend personenbezogene Dienste,

-

Regelungen betreffend sonstige Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Telefonauskunftsdienste, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, besondere Rufnummern im öffentlichen Interesse sowie die Rufnummern 120 und 123).

2.4. tele.ring Telekom Service GmbH hat gemäß § 41 Abs 2 Z 9 TKG 2003 die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung 'Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz' mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

2.5. tele.ring Telekom Service GmbH hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung 'Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz' ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv 'LRAIC' ('Long Run Average Incremental Cost') orientiert."

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde mit dem Antrag, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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. Was die Begründung des angefochtenen Bescheides, die anzuwendenden Rechtsvorschriften, die Voraussetzungen für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmen auf dem Markt gemäß § 1 Z 15 TKMVO 2003 und die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen nach § 37 Abs 2 TKG 2003 anlangt, kann gemäß § 43 Abs 2 VwGG auf das Erkenntnis vom heutigen Tag, ZI 2004/03/0210, verwiesen werden. Mit diesem wurde der die mobilkom austria AG betreffende Bescheid der belangten Behörde vom 27. Oktober 2004, ZI M 15a/03-30, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die vorliegende Beschwerdesache gleicht in den entscheidungswesentlichen Sach- und Rechtsfragen jener, die dem zitierten Erkenntnis zu Grunde lag. Das Fehlen einer schlüssigen Begründung für die von der belangten Behörde der Beschwerdeführerin unter Spruchpunkt 2.5. des angefochtenen Bescheides auferlegten Verpflichtung zur Kostenorientierung belastet den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, die fehlende Bestimmtheit des genannten Bescheidspruches begründet Rechtswidrigkeit des Inhaltes.

2. Zu dem darüber hinaus gehenden Beschwerdevorbringen ist Folgendes auszuführen:

2.1. Die Beschwerdeführerin macht - auf das Wesentlichste zusammengefasst - geltend, die belangte Behörde habe, den beigezogenen Sachverständigen folgend, den disziplinierenden Faktor der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht unzutreffend beurteilt. Die Gutachter hätten die Nachfragemacht bloß abstrakt für einen hypothetischen Betreiber untersucht und nicht hinreichend zwischen großen und kleinen Betreibern differenziert. Sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene bestehe gegenüber einem kleinen Betreiber wie der Beschwerdeführerin eine deutlich größere nachfrageseitige Gegenmacht als gegenüber einem großen Betreiber. Die Beschwerdeführerin verweist dazu im Wesentlichen auf ihren späten Markteintritt und ihren Marktanteil (am Endkundenmarkt) von bloß rund 10 % sowie auf den "negativen Terminierungsverkehrssaldo", welche Umstände ihre Wettbewerbsposition gegenüber Konkurrenten deutlich schwächten. Bei Berücksichtigung dieser Spezifika hätte die belangte Behörde zum Ergebnis kommen können, dass die Beschwerdeführerin nicht über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 35 Abs 1 TKG 2003 verfüge. Zumindest aber hätte bei der Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen eine Differenzierung gegenüber den "größeren" Betreibern erfolgen müssen.

2.2. Dieses Vorbringen erweist sich als zielführend.

2.2.1. § 35 Abs 2 TKG 2003 nennt die Kriterien, die bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht im Sinne des Abs 1 hat, "insbesondere" zu berücksichtigen sind. Einer der wichtigsten Indikatoren für die Beurteilung von Marktbeherrschung ist der Marktanteil (vgl die Nachweise unter II.3.3 des zitierten hg Erkenntnisses vom heutigen Tag). Auch ein sehr hoher - im Beschwerdefall (definitionsgemäß) 100 %iger - Marktanteil stellt aber lediglich einen Indikator für das Bestehen von Marktmacht dar und bedeutet noch nicht zwingend, dass das betreffende Unternehmen tatsächlich über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Allerdings steigen mit zunehmender Höhe des Marktanteils die Anforderungen an - die Indizwirkung des hohen Marktanteils entkräftende - in die Gegenrichtung weisende Umstände; solchen muss also besonderes Gewicht zukommen, damit sie "entlastend" wirken können.

Die im zitierten Erkenntnis genannten Leitlinien (Rz 75, 78) führen in diesem Zusammenhang aus:

"Wie nachstehend erläutert, kann eine beherrschende Stellung anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden. Die Würdigung beruht wie oben beschrieben auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt. Marktanteile werden oftmals als Marktmachtindikator verwendet. Ein hoher Marktanteil allein bedeutet noch nicht, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt. ... Es ist wichtig, hervorzuheben, dass eine beherrschende Stellung nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden kann. Wie bereits oben ausgeführt, bedeutet ein großer Marktanteil lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Aus diesem Grund sollten die NRB (nationalen

Regulierungsbehörden) die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Markts eingehend und umfassend untersuchen, bevor sie Schlussfolgerungen hinsichtlich des Vorhandenseins von beträchtlicher Marktmacht ziehen. In diesem Zusammenhang können auch die folgenden Kriterien zugrunde gelegt werden, um die Marktmacht eines Unternehmens und dessen Möglichkeiten festzustellen, sich in erheblichen Maße unabhängig von seinen Konkurrenten, Kunden und Verbrauchern zu verhalten. ..."

2.2.2. Sowohl die belangte Behörde als auch die Beschwerdeführerin gehen zutreffend davon aus, dass hinsichtlich des beschwerdegegenständlichen Marktes, auf dem die Beschwerdeführerin definitionsgemäß über 100 % der Marktanteile verfügt und auf dem die Marktzutrittsschranken "unendlich hoch" sind, dem Kriterium der nachfrageseitigen Gegenmacht entscheidende Bedeutung zukommt.

2.2.3. Das Gutachten der Amtssachverständigen vom Mai 2004 befasst sich unter Punkt 4.3.5 (Seiten 92 ff) mit dem Kriterium der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht. Die Sachverständigen legen dabei zunächst dar, dass Voraussetzung für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht ein "Drohpotential" sei, das sowohl effektiv als auch glaubwürdig sein müsse. Eine Drohung sei nur dann glaubwürdig, wenn es für den Nachfrager rational sei, sie auch umzusetzen; sie sei umso effektiver, je höher die Kosten (Erlöseinbußen) auf Seiten des Anbieters seien. Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördere die Gegenmacht, weil "Schlüsselkunden" (mit einer hohen Nachfragemenge) eher in der Lage seien, ihr Drohpotential einer Nachfragereduktion zu artikulieren und durchzusetzen. Die Möglichkeit einer Aggregation von gleichartigen, organisierbaren Interessen fördere ebenso wie Transparenz die nachfrageseitige Verhandlungsmacht. Zentrales Element der Beurteilung nachfrageseitiger Gegenmacht sei letztlich die Existenz von Alternativen, weil damit die Glaubwürdigkeit erheblich unterstrichen würde.

In der Folge differenzieren die Sachverständigen zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht auf Endkunden- und auf Vorleistungsebene. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden bestehe weder seitens "eigener" Endkunden, noch seitens Endkunden anderer Anbieter. Da die Erlösrückgänge aus einer Absenkung der Terminierungsentgelte die mit einem (auch sehr großen) Kunden verbundenen Erträge immer überstiegen, hätte die Drohung, den einen Kunden zu verlieren, kein großes Gewicht. Die "Weitergabe" einer Senkung der Terminierungsentgelte an die Endkunden sei zudem ungewiss; auch bestünde durch Angebot von günstigeren on-net-Tarifen eine Möglichkeit, Kunden zu binden und diese Leistung der Preissetzung am Vorleistungsmarkt Terminierung zu entziehen. Nachfrageseitige Gegenmacht könne sich - wenn überhaupt - auf der Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen finden, zumal der Zusammenschaltungspartner gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden aggregiere. Auf Grund der Bündelung der seitens der Endkunden abgeleiteten Nachfrage nach Terminierungsleistungen durch die Nachfrager auf der Vorleistungsebene könne potentiell mehr Druck auf die Anbieter dieser Leistungen ausgeübt werden. Das "Drohpotential" gegenüber Anbietern von Terminierungsleistungen sei (weil die Terminierungsleistung nur vom konkreten Betreiber erbracht werden könne) im Wesentlichen eingeschränkt auf die Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern (sei es auch durch prohibitiv hohe Preise) bzw zu verzögern und die Drohung, im Gegenzug selbst einen hohen Preis für die Terminierung zu setzen (falls der Nachfrager seinerseits Teilnehmernetzbetreiber sei). Dabei sei zwischen unterschiedlichen Typen von Netzbetreibern zu unterscheiden und in einem zweiten Schritt die Nachfragemenge zu untersuchen. Bedeutung hätten auch Eigentumsverschränkungen sowie die Symmetrie des Zusammenschaltungsverkehrs zwischen Mobilfunkbetreibern. Der bloße Verbindungsnetzbetreiber habe keine nennenswerte Nachfragemacht, weil sein Drohpotential lediglich in der Verweigerung der Zusammenschaltung bestehe, die ihn, unabhängig von der bestehenden Verpflichtung zur Zusammenschaltung, schon deshalb schlechter stellen würde, weil dann auch seine Kunden einen Teil der Teilnehmer nicht erreichen könnten und dem Verbindungsnetzbetreiber deshalb erhebliche Endkundenumsätze verloren gingen.

Dem gegenüber hätte im Fall von two-way-access, wenn also der Nachfrager selbst Terminierung anbiete, also Teilnehmer angeschaltet habe, dieser Nachfrager eine weitere Option, nämlich die Drohung, seine eigene Terminierungsleistung ebenfalls nur zu überhöhten Preisen anzubieten. Besondere Bedeutung habe diese Konstellation am gleichen Endkundenmarkt, also bei der Zusammenschaltung zweier Mobilfunkbetreiber. Da diese im Wettbewerb zueinander stünden, hätten die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte unmittelbare Auswirkungen auf die individuellen Wettbewerbspositionen. "Bei ähnlicher Netzwerkgröße und symmetrischem Verkehr" seien zwei solche Betreiber "unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts". Tatsächlich wiesen die Verkehrsströme zwischen den Mobilfunkbetreibern in Österreich zum

Teil erhebliche Asymmetrien auf. Bei asymmetrischem Verkehr sei Profitneutralität (von überhöhten, reziproken Terminierungsentgelten) nicht gegeben. In diesem Fall habe insbesondere der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo einen hohen Anreiz, die Terminierungsentgelte zumindest auf Höhe des Monopolpreises zu setzen.

Zwar habe der Nachfrager der Terminierungsleistung - unabhängig vom Verkehrssaldo - grundsätzlich immer ein Interesse an niedrigen Kosten für externe Gespräche; sein "Drohpotential", um niedrige Preise durchzusetzen, sei aber gering. Die Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern bzw zu verzögern, wäre nur dann rational, wenn sein Gegenüber "über einen relativ kleinen Kundenstamm verfügt" und er selbst von einem "Marktaustritt" dieses Betreibers profitiere. Dies gelte aber nur, wenn der Zusammenschaltungspartner "ein sehr kleiner, gerade in den Markt eingetretener Betreiber ohne relevanten Kundenstamm ist bzw für den Zeitraum des Markteintritts". Zudem abstrahiere diese Analyse von möglichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung. Gerade die bisherigen Erfahrungen mit kleineren Mobilfunknetzbetreibern in Österreich zeigten, dass diese über Jahre ein höheres Terminierungsentgelt als ihre Konkurrenten verrechnen hätten können, "ohne offensichtlich hinreichendem Nachfragedruck seitens der Konkurrenten ausgesetzt gewesen zu sein".

Die weitere Option, Gegendruck zu erzeugen, sei es, damit zu drohen, selbst die Terminierungsleistung ebenfalls nur zu überhöhten Preisen anzubieten. Dies könne zwar die Position des Nachfragers stärken, aber keinen hinreichenden Gegendruck auslösen, weil es für den anderen Anbieter - auf Grund des positiven Verkehrssaldos - jedenfalls profitabler sei, den Monopolpreis zu setzen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, "dass nur große Mobilfunkbetreiber gegenüber sehr kleinen (neu in den Markt eingetretenen) Mobilfunkbetreibern ohne signifikanten Kundenstamm über ein hinreichendes Drohpotential verfügen, um Nachfrageinteressen auch glaubwürdig durchzusetzen."

Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördere die Gegenmacht, weil Kunden mit großen Nachfragemengen über ein effektiveres Drohpotential verfügen könnten, mit dem sie eher im Stande seien, ihre Preisvorstellungen gegenüber dem Monopolisten durchzusetzen.

Die Amtssachverständigen legten dar, dass - abgesehen von einem einzigen Betreiber - jeder Mobilfunkbetreiber "selbst sein wichtigster Zusammenschaltungspartner" sei und etwa "die Hälfte der gesamten Mobilterminierungsminuten" aus dem eigenen Netz stammten. 23 % stammten von anderen Mobilnetzen, ca 13 % von Telekom Austria, 10 % von alternativen Festnetzanbietern und nur knapp 3 % von ausländischen Zusammenschaltungspartnern.

Unter weiterer Berücksichtigung des Umstands, dass die bestehende Interoperabilitätsverpflichtung die Möglichkeit zur Durchsetzung nachfrageseitiger Gegenmacht entscheidend einschränke, weil die Drohung der Nichtzusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden könne, folgerten die Sachverständigen, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum haben könne.

Diese Überlegungen der Sachverständigen wurden im Kapitel "Gesamtbewertung - effizienter Wettbewerb?" zusammengefasst und in den Kapiteln 5.2 bis 5.6 (Kapitel 5.5. bezieht sich auf die Terminierung im Mobiltelefonnetz der Beschwerdeführerin) auf die einzelnen Mobilfunkbetreiber übertragen. Diese Ausführungen differenzieren allerdings nicht zwischen den einzelnen Betreibern, sind vielmehr - abgesehen von der Nennung der jeweils unterschiedlichen Mobilfunkbetreiber - wortgleich.

2.2.4. Mit Schriftsatz vom 17. August 2004 nahm die Beschwerdeführerin - nach Übermittlung auch des Gutachtens der Amtssachverständigen vom Juli 2004 betreffend Regulierungsinstrumente - zu den beiden Gutachten Stellung:

Ausgehend von ihrem späten Markteintritt (zweites Quartal 2000) und der Stagnation des Marktwachstums im Endkundenbereich im Jahr 2002 habe die Beschwerdeführerin - im Gegensatz zu ihren Mitbewerbern - mit schwierigeren Wettbewerbsverhältnissen in einem zum Großteil bereits saturierten Markt zu kämpfen. Die Gutachter hätten diese Schlussfolgerungen aus den vorliegenden Daten nicht gezogen und nur unzureichend berücksichtigt. Der von den Gutachtern selbst festgestellte negative Terminierungsverkehrssaldo der Beschwerdeführerin sei nicht zureichend berücksichtigt worden. Überhöhte Terminierungsentgelte der Zusammenschaltungspartner der Beschwerdeführerin führten damit aber selbst dann zu überproportionalen Verlusten der Beschwerdeführerin, wenn diese den Partnern Entgelte in der selben Höhe in Rechnung stellen würde. Die Ausführungen der Gutachter zur

fehlenden nachfrageseitigen Gegenmacht durch Endkunden seien durch keine Untersuchungsergebnisse belegt, ihre wesentliche Schwäche bestehe aber darin, dass lediglich abstrakte Ausführungen getroffen würden und nicht zwischen einem großen Betreiber wie Mobilkom und einem kleinen Anbieter (wie der Beschwerdeführerin) differenziert werde. Bei einem kleinen Betreiber sei der drohende Verlust auch nur eines Kunden wirtschaftlich viel einschneidender als bei einem der Marktführer, was das Drohpotential dieses Kunden erhöhe. Der bereits relevierte negative Terminierungsverkehrssaldo habe auch Einfluss auf die nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene, zumal ein negativer Verkehrssaldo die Wettbewerbsposition eines Betreibers gegenüber seinen Konkurrenten schwäche. Überdies führe ein negativer Verkehrssaldo zu überproportionalen Verlusten der Beschwerdeführerin, wenn ihr überhöhte Terminierungsentgelte in Rechnung gestellt würden, auch wenn sie selbst gleich hohe Terminierungsentgelte verrechne. Es fehle auch an einer Untersuchung der Auswirkungen der strukturellen Verbindung zwischen dem größten Mobilfunkanbieter (mobilkom austria) und dem größten Festnetzanbieter (Telekom Austria). Diese Eigentumsverschränkung führe dazu, dass die "gebündelte Nachfragemacht" von mobilkom austria und Telekom Austria weitaus größer sei als die der Beschwerdeführerin.

Dazu komme, dass entgegen den Ausführungen der Gutachter das Portefeuille an Drohpotential nicht mit Verweigerung der Zusammenschaltung und Retaliation durch einen eigenen hohen Terminierungstarif beschränkt sei. Vielmehr verfüge gerade der Marktführer mobilkom austria auf Grund seiner strukturellen Verbindung zu Telekom Austria über weitaus mehr Drohmittel, sodass die Beschwerdeführerin etwa von der Lieferung von Mietleitungen abhängig sei; es habe sich "in der Praxis schon oft gezeigt, dass der Telekom Austria ... Mittel und Wege offen stehen, unliebsame Kunden in ernsthafte Schwierigkeiten zu bringen".

Ausgehend von den Ausführungen der Gutachter, wonach große Betreiber gegenüber Konkurrenten mit einem relativ kleinen Kundenstamm über ein glaubwürdiges Drohpotential verfügten, wäre nach Auffassung der Beschwerdeführerin näher auszuführen gewesen, ob und im Verhältnis zu welchem Betreiber das von den Gutachtern selbst für möglich gehaltene ausreichende Drohpotential tatsächlich bestehe.

Letztlich belege gerade die erst vor kurzem seitens der Beschwerdeführerin auf privatrechtlicher Ebene veranlasste Senkung ihrer Terminierungsentgelte gegenüber anderen Mobil- und Festnetzbetreibern deutlich die Tatsache der Einschränkung ihrer Marktmacht durch die Gegenseite. Diese Entgeltensenkung sei nämlich keineswegs zur Gänze freiwillig, sondern auf Grund des zum Teil massiven Drucks der anderen Betreiber, sowie auch der Öffentlichkeit, also der Endkunden, erfolgt.

In der Folge legte die Beschwerdeführerin ihre Auffassung dar, wonach - im Wesentlichen ausgehend vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - keine inhaltsgleichen spezifischen Verpflichtungen auferlegt hätten werden dürfen, vielmehr zwischen den Betreibern zu differenzieren gewesen wäre.

In ihrer im Zuge des Konsultationsverfahrens gemäß § 128 TKG 2003 (Art 6 der Rahmenrichtlinie) erstatteten Stellungnahme vom 4. Oktober 2004 ergänzte die Beschwerdeführerin dies im Wesentlichen um Ausführungen zu den vorgeschlagenen Regulierungsinstrumenten, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstießen und unbestimmt seien.

2.2.5. Eine Gutachtensergänzung oder Erörterung des dargestellten Vorbringens der Beschwerdeführerin mit den Sachverständigen erfolgte im Verwaltungsverfahren nicht. Die belangte Behörde ist bei ihren Feststellungen den Ausführungen der Sachverständigen gefolgt; die Ausführungen zur "nachfrageseitigen Verhandlungsmacht" (Kapitel 3.7., Seiten 12 bis 22) gehen nicht konkret auf die Situation der Beschwerdeführerin ein; im Kapitel

4.7. "Zur möglichen Differenzierung zwischen großen und kleinen Betreibern sowie zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern" räumt die belangte Behörde ein, dass "in Bezug auf manche der identifizierten Wettbewerbsprobleme" ein Unterschied zwischen Betreibern mit geringerem und höherem Marktanteil bestehe, meint aber, "die wesentlichsten Probleme" seien "im Kern dieselben, so dass aus ökonomischer Sicht auch dieselben Regulierungsinstrumente" angemessen seien.

Im Rahmen der Beweiswürdigung geht die belangte Behörde in den Kapiteln 2 und 3 nur in allgemeiner Form auf die Stellungnahmen ein, unterlässt jedoch eine konkrete Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, das - etwa durch den Hinweis auf die nach ihren Angaben auf den Druck der anderen Betreiber und der Öffentlichkeit zurückzuführende Preissenkung - auch Behauptungen in tatsächlicher Hinsicht enthält, die für die Beurteilung des Ausmaßes nachfrageseitiger Gegenmacht - und damit der beträchtlichen Marktmacht der

Beschwerdeführerin - von Bedeutung sein könnten.

Die belangte Behörde hat nicht ausreichend und nachvollziehbar dargelegt, warum sie annimmt, dass die nachfrageseitige Gegenmacht - als entscheidendes Kriterium zur möglichen Entkräftung der durch den 100%igen Marktanteil am beschwerdegegenständlichen Markt indizierten beträchtlichen Marktmacht - hinsichtlich aller Betreiber, die auf dem Endkundenmarkt ganz unterschiedliche Marktanteile haben, gleich wirken müsse.

Die belangte Behörde hätte das auf dem konkret zu beurteilenden Markt für die Terminierung in das Mobiltelefonnetz der Beschwerdeführerin bestehende Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht festzustellen und ihrer Beurteilung zu Grunde zu legen gehabt und durfte sich angesichts des auf diesen Markt bezogenen Vorbringens der Beschwerdeführerin zu bestimmten Umständen, die ihrer Ansicht nach das Vorliegen von Gegenmacht auf diesem konkreten Markt indizieren, nicht auf eine allgemeine Abhandlung zur nachfrageseitigen Gegenmacht bei der Terminierung in (verschiedenen) Mobiltelefonnetzen beschränken.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Berücksichtigung dieser Umstände zu einem anderen Verfahrensergebnis geführt hätte, hat die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid diesbezüglich mit einem relevanten Verfahrensmangel belastet.

Soweit die Beschwerdeführerin - insbesondere mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - eine fehlende Differenzierung zwischen den (Gesamt-)Marktteilnehmern moniert und in diesem Zusammenhang die Unzulässigkeit der von der belangten Behörde (nach Auffassung der Beschwerdeführerin) verfügten einheitlichen Terminierungsentgelte rügt, ist sie auf das bereits zitierte Erkenntnis vom heutigen Tag zu verweisen, in dem (unter Punkt II.4.3.5.) näher dargelegt wurde, dass dem (insoweit gleichlautenden) Spruchpunkt 2.5. des angefochtenen Bescheides die ausreichende Bestimmtheit fehlt.

3. Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid wegen - prävalierender - Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl II Nr 333/2003.

Wien, am 28. Februar 2007

#### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Auslegung Allgemein EURallg3

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2007:2004030212.X00

#### **Im RIS seit**

19.03.2007

#### **Zuletzt aktualisiert am**

02.02.2017

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)