jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/22 2005/03/0109

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.11.2005

**Index**

E000 EU- Recht allgemein;
E3D E08400000;
E3L E13206000;
E3L E15201000;
E5XC E13206000;
E6A;
E6J;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
91/01 Fernmeldewesen;

**Norm**

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art14 Abs2;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art15 Abs2;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art16 Abs1;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art16 Abs4;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Erwägungsgrund25;
32002L0022 Universaldienst-RL Art17 Abs1;
32002L0022 Universaldienst-RL Erwägungsgrund26;
32004D0271 Verbund/EnergieAllianz;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Abschn3;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz114;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz20;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz75;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze Rz79;
52002XC0711(02) Rechtsrahmen Kommunikationsnetze;
61976CJ0027 United Brands / Kommission;
61976CJ0085 Hoffmann-La Roche / Kommission;
61986CJ0062 AKZO / Kommission;
61996TJ0102 Gencor;
61999TJ0342 Airtours;

62001TJ0310 Schneider Electric;
AVG §58 Abs2;
AVG §59 Abs1;
AVG §60;
EURallg;
TKG 2003 §1 Abs2;
TKG 2003 §133 Abs7;
TKG 2003 §34 Abs1;
TKG 2003 §35 Abs1;
TKG 2003 §35 Abs2 Z2;
TKG 2003 §35 Abs2;
TKG 2003 §35;
TKG 2003 §36 Abs1;
TKG 2003 §36 Abs2;
TKG 2003 §37 Abs1;
TKG 2003 §37 Abs2;
TKG 2003 §37 Abs3;
TKG 2003 §38;
TKG 2003 §39;
TKG 2003 §40;
TKG 2003 §41;
TKG 2003 §42;
TKG 2003 §43 Abs1 Z2;
TKG 2003 §43 Abs2;
TKG 2003 §43 Abs3;
TKG 2003 §45;
TKG 2003 §46;
TKMV 2003 §1 Z6;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Telekom Austria AG in Wien, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 4. Februar 2005, Zl M 6/03-60, 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 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Markt für Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt) gemäß § 1 Z 6 der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1.). Mit Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides wurden der Beschwerdeführerin gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

"2.1. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 43 Abs. 1 iVm Abs. 2 iVm Abs. 3 TKG 2003 ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen inklusive Dienstebeschreibungen sowie ihre Endkundenentgelte, ausgenommen Aktionsangebote bis zu einer Dauer von drei Monaten, der Regulierungsbehörde vorab zur Genehmigung vorzulegen. Die Endkundenentgelte müssen dem Maßstab der Kostenorientierung entsprechen.

Von der Kostenorientierung sind folgende Verbindungsentgelte umfasst:

a) Tarife für Gespräche zu allen Auslandszonen und zu ausländischen Mobilnetzen,

b) Tarife für Gespräche innerhalb VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes erfolgt,

c) Verbindungsnetzbetrieb durch Telekom Austria AG ('Dial 1001') betreffend die genannten Verbindungsprodukte gemäß

a) - b)

d) Rabatte betreffend a) - c).

2.2. Die Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung erstmals bezogen auf das Jahr 2004 ihre Kosten und Erträge auf dem vorliegenden Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln ('getrennte Buchführung'). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

-

Erträge,

-

Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),

-

detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere die Verkehrsmengen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendigen Informationen."

Mit Spruchpunkt 3. des angefochtenen Bescheides wurden sämtliche auf Grund der festgestellten marktbeherrschenden Stellung nach § 33 TKG (1997) iVm § 133 Abs 7 TKG 2003 bis zur Rechtskraft des angefochtenen Bescheides geltenden Verpflichtungen der Beschwerdeführerin "in Bezug auf die Leistungen hinsichtlich des Spruchpunktes 2.1." gemäß § 37 Abs 2 zweiter Satz TKG 2003 aufgehoben.

2. In der Begründung des angefochtenen Bescheides stellt die belangte Behörde - nach einer Darlegung des Verfahrensablaufes - zunächst fest, dass der Markt "Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)" sowohl horizontal als auch vertikal mit anderen Märkten der TKMVO 2003 in Beziehung stehe. Es bestünden komplementäre Beziehungen zwischen dem gegenständlichen Markt und dem Zugangsmarkt für Privatkunden. Anschlussleistungen gemäß den Märkten nach § 1 Z 1 und 2 der TKMVO 2003 würden - unter der Voraussetzung, dass der betreffende Betreiber seine Endkunden entweder selbst angeschlossen habe oder über entbündelte Leitungen verfüge - vielfach im Bündel mit Leistungen für Gesprächsverbindungen, sohin auch mit Leistungen des gegenständlichen Marktes angeboten. Anbieter, die sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenmärkten tätig seien, hätten grundsätzlich andere Möglichkeiten der Angebotserstellung (Integration, Entwicklung neuer Dienste, etc) als Anbieter, die ausschließlich auf den Zukauf von Vorleistungsprodukten zur Erstellung von Endkundenprodukten angewiesen seien.

3. Zum Vorliegen beträchtlicher Marktmacht trifft der angefochtene Bescheid Feststellungen zu einzelnen Markmachtindikatoren, die sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen lassen:

Zum Indikator "Marktentwicklung und Marktanteile" wird festgestellt, dass die größten vier am Nichtprivatkundenmarkt tätigen Anbieter inklusive der Beschwerdeführerin mehr als 85 % der Umsatzmarktanteile auf sich vereinigten; der Marktanteil der Beschwerdeführerin habe sich seit dem Jahr 2002 stabilisiert und sie verfüge nach

wie vor über 60 % der in Umsätzen gemessenen Marktanteile. Auf dem gegenständlichen Markt zeige sich eine im Laufe der letzten beiden Jahre sehr nachhaltig ausgeprägte Stabilisierung der Marktstruktur. Die Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl sei auch auf dem gegenständlichen Markt - neben der ex ante-Entgeltregulierung - das bedeutendste Regulierungsinstrument der bisherigen Regulierung gewesen. Die insbesondere in den Jahren 1998 bis 2001 erfolgten Marktanteilsgewinne der alternativen Anbieter gingen mit einem spiegelbildlichen Anstieg in der Verwendung von Betreiberauswahl einher.

Zum Indikator "vertikale Integration" stellt die belangte Behörde fest, dass für die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs am gegenständlichen Markt bei Abwesenheit von jeglicher Regulierung insbesondere der Anreiz der Beschwerdeführerin relevant sei, durch die grundsätzliche Verweigerung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung bzw der Möglichkeit zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl den möglichen Wettbewerb auf den horizontal nachgelagerten Verbindungsmärkten zu verhindern. Auf dem gegenständlichen Markt reduziere sich allerdings die Abhängigkeit von der Beschwerdeführerin als Vorleistungsanbieter. Für die internationale Weiterleitung und Zustellung von Auslandsgesprächen stünden allen Betreibern eine Reihe von internationalen Carriern zur Verfügung. Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bzw die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl stelle bezüglich des auf das Inland entfallenden Anteils der notwendigen Vorleistung eine notwendige Voraussetzung für die Diensteerbringung auf den Verbindungsmärkten dar. Alternative Betreiber, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügten, könnten mit der Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl den Endkunden im Wettbewerb mit der vertikal integrierten Beschwerdeführerin Dienste anbieten.

Zum Indikator "Marktzutrittsbarrieren" führt die belangte Behörde aus, dass im Gegensatz zu den Zugangsmärkten die Frage nach der Höhe von Marktbarrieren im gegenständlichen Markt "weniger eindeutig zu beantworten" sei. Zwar seien die mit einem Marktauftritt verbundenen und versunkenen Kosten im Vergleich zu den Märkten im Anschlussbereich als gering einzustufen, dennoch bestünden auch hier gewisse und nicht vernachlässigbare Markteintrittsbarrieren. So seien auch für "reine" Verbindungsnetzbetreiber in der Regel Investitionen für eine Mindestnetzkonfiguration notwendig. Zudem entstünden spezifisch dem Retail-Bereich zurechenbare versunkene Kosten, da alternative Anbieter festnetzgebundener Sprachtelefonie hier typischerweise größere Werbekampagnen zu betreiben hätten, um eine hinreichende Anzahl von Kunden über mögliche Wechselvorteile zu informieren und letztlich auch zu akquirieren. Diesbezüglich sei die Struktur der österreichischen Wirtschaft mit ihrer, international gesehen, übergroßen Anzahl an Klein- und Mittelbetrieben erschwerend für die Kundengewinnung. Um bestehende Markteintrittsbarrieren zu überwinden, müsse von alternativen Betreibern "ein entsprechend aggressiver Einsatz unternehmerischer Aktionsparameter, insbesondere im Bereich des Preis-, Werbe-, Marketing- und Distributionswettbewerbs forciert werden". Derartige Kosten könnten typischerweise im Fall eines Marktaustritts nicht mehr wiedergewonnen werden. Der bereits beobachtbare Trend zum "One-Stop-Shopping" begründe eine Notwendigkeit, als Komplettanbieter auf den jeweiligen Märkten agieren zu können. Dies begründe für potenzielle Neueinsteiger einen erhöhten Kapitalbedarf und reduziere so die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts. Die Wettbewerbsproblematik liege daher primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren. Als Beleg dafür habe sich in letzter Zeit eine Phase der Konsolidierung der Marktanteile der Beschwerdeführerin auf hohem Niveau (rund 60 %) abgezeichnet. Alternative Anbieter würden die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen können. Auf das Funktionieren der Bestreitbarkeit des Marktes (im Sinne der Theorie der "contestable markets") bzw auf die disziplinierenden Effekte potenzieller Konkurrenz könne nicht vertraut werden. Die "Marktbarrieren" seien daher auch auf dem gegenständlichen Markt nicht vernachlässigbar.

Zum Indikator des Verhaltens am Markt stellt die belangte Behörde im Hinblick auf die Preissetzungspolitik fest, dass im Gegensatz zur Vergleichssituation auf den Märkten für Inlandsgespräche die Beschwerdeführerin auf dem gegenständlichen Markt bei stabil bleibenden Marktanteilen jedenfalls in Ausschnitten höhere Preisniveaus aufrecht erhalten könne. Diese höheren Preisaufschläge würden jedoch im Gegensatz zum Markt für Privatkunden auf dem vorliegenden Markt für Nichtprivatkunden deutlich weniger auf Kosten niedrigerer Marktanteilsniveaus gehen. Die Marktanteile der Beschwerdeführerin auf dem gegenständlichen Markt seien daher beträchtlich höher als auf dem Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden. Auch auf dem gegenständlichen Markt verschiebe sich die eigentliche Wettbewerbsproblematik in den Fragenkomplex "Produktbündelung" bzw der Übertragung von Marktmacht sowie "excessive pricing". Für die Beschwerdeführerin, die als einziges Unternehmen flächendeckend als Komplettanbieter (Anschluss- und Verbindungsleistungen) agiere, entstehe dadurch ein relativer Vorteil in den

Preisgestaltungsmöglichkeiten. Dem Potenzial an Wohlfahrtszugewinnen, die mit der Produktbündelung einhergingen, müsse die damit verbundene Problematik der Marktmachtübertragung gegenübergestellt werden. Nichtprivatkunden würden oftmals eine Vielfalt von unterschiedlichen Telekommunikationsleistungen nachfragen, wobei die Auswahl des Betreibers oftmals im Zusammenhang mit der Abwicklung von Projektgeschäften erfolge. Insbesondere die nach Anschlussarten differenzierten Tarifstrukturen würden zeigen, dass die Beschwerdeführerin bei Auslandsgesprächen von Nichtprivatkunden eine höhere Tarifvielfalt offeriere. Auf Grund der je nach Tarifmodell unterschiedlichen Abrechnungsformen ergebe sich nur eine eingeschränkte Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Tarife. Im Gegensatz zur Vergleichssituation auf dem Markt für Auslandsgespräche von Privatkunden könne die Beschwerdeführerin auf dem gegenständlichen Markt für Nichtprivatkunden bei stabil bleibenden Marktanteilen zum Teil deutlich höhere Preisniveaus aufrecht erhalten. Diese höheren Preisaufschläge würden im Vergleich zu der Marktsituation bei Auslandsgesprächen von Privatkunden jedoch nicht zu einem niedrigeren Marktanteil führen.

Zum Indikator "Performance" stellt die belangte Behörde fest, dass die Beschwerdeführerin auf dem gegenständlichen Markt in den Jahren 2001 bis 2003 eine Umsatzrentabilität von etwa 30 % (einschließlich eines fiktiven Kapitalkostenzinssatzes) erreicht habe. Die relativ hohen Kostenüberdeckungsgrade würden zum Ausdruck bringen, dass der Beschwerdeführerin vergleichsweise hohe Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stünden. Die Feststellungen zur erzielten Performance (Rentabilität) würden daher ergeben, dass die im Durchschnitt höher gelegenen Preise der Beschwerdeführerin auch mit einer entsprechenden Kostenüberdeckung für das Produkt "Auslandsgespräche von Nichtprivatkunden" korrelierten. Obgleich die Preissetzung der Beschwerdeführerin einem ex ante-Entgeltgenehmigungsverfahren unterliege, könne auf Grund der implizit enthaltenen Preisgestaltungsspielräume auch auf dem gegenständlichen Markt von gewissen Freiheitsgraden hinsichtlich Tarifstruktur im Sinne einer aktiv unternehmensinduzierten, strategischen Preisgestaltung ausgegangen werden.

Zum Indikator "nachfrageseitige Gegenmacht" hält die belangte Behörde fest, dass auf dem gegenständlichen Markt selbst der größte Kunde weniger als 3 % des Marktumsatzes der Beschwerdeführerin habe. Es gebe innerhalb der Gruppe der Geschäftskunden keinen einzigen, der auf Grund seiner Größe eine für den Gesamtmarkt hinreichend disziplinierende Gegenmacht auf die Beschwerdeführerin ausüben könnte.

4. Im Anschluss an die Analyse der Marktmachtindikatoren stellt die belangte Behörde fest, dass die Wettbewerbsproblematik am vorliegenden Markt primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren liege. Als Beleg dafür habe sich in letzter Zeit eine Phase der Konsolidierung der Marktanteile der Beschwerdeführerin auf hohem Niveau (rund 60 %) abgezeichnet. Alternative Anbieter würden die Nachfrager nur mit spürbaren Preisvorteilen zum Überwinden der existierenden Wechselbarrieren bewegen können. Diese seien im gegenständlichen Markt deshalb vergleichsweise hoch, da Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale hier besonders wichtig seien und marktrelevante Leistungen häufig in Form von Projektgeschäften bezogen würden. Sowohl tatsächliche Qualitätsvorsprünge auf Seiten der Beschwerdeführerin auf Grund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile würden solche Wechselbarrieren erklären. Auf Grund der hohen Wechselkosten bestünde die Gefahr, dass die Beschwerdeführerin ihre Marktmacht zum Nachteil der Nichtprivatkunden ausübe und überhöhte Endkundenpreise zur Anwendung bringe. Weiters bestehe die Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nur bedingt repliziert werden könnten. Diese Problematik werde auf dem vorliegenden Markt durch die hohe Bedeutung individueller Gesamtlösungen noch verschärft. Die Anreize für die Beschwerdeführerin, den Wettbewerb auf dem gegenständlichen Markt nachhaltig zu beeinflussen, seien auf Grund der dafür vorhandenen Möglichkeiten gegeben.

5. Zur Auswahl der Regulierungsinstrumente führt die belangte Behörde aus, dass die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene im hier relevanten Zeitraum von etwa zwei Jahren nicht geeignet seien, den Wettbewerbsproblemen der überhöhten Preise, der Behinderung des Eintritts neuer Marktteilnehmer und der Marktmachtübertragung durch ungerechtfertigte Bündelung von Diensten zu begegnen. Die Regulierungsinstrumente des Wiederverkaufs der Teilnehmeranschlussleistung sowie die Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl seien für sich alleine nicht geeignet, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Dem Wettbewerbsproblem überhöhter Preise könne gegenwärtig nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante-Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden. Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfülle die Verpflichtung, die Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen zur

Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch nicht nachbildbare Bündelung von Produkten) verhindert werde. Aus den Eckpunkten der derzeitigen ex ante Tarifgenehmigung für die Beschwerdeführerin ergebe sich, dass innerhalb dieser Restriktionen hinreichend Preisgestaltungsspielräume zur Verfügung stünden, die die Beschwerdeführerin in Reaktion auf wettbewerbliche Marktprozesse entsprechend einsetzen könne. Aus ökonomischer Sicht erschienen darauf aufbauend folgende Mindestkriterien der ex ante-Entgeltkontrolle als notwendig, um den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen:

Jede von der Beschwerdeführerin angebotene Tarifzone müsse, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen (zB Werbeaktionen), über alle Tarifoptionen hinweg kostendeckend sein. Je Tarifoption müssten die Tarifzonen in Summe, nach Berücksichtigung von Rabatten und anderen Vergünstigungen, kostendeckend sein. Die Entgelte für einzelne Tarifzonen innerhalb einzelner Tarifoptionen sowie die Entgelte für Grundentgelte einzelner Tarifoptionen müssten sich hinsichtlich ihrer Untergrenze an den Vorleistungskosten für das entsprechende Produkt orientieren.

Price-Caps könnten am gegenständlichen Markt die Wettbewerbsprobleme nicht adäquat bekämpfen, da diese primär darauf ausgerichtet seien, Effizienzverbesserungen an Nachfrager weiterzugeben. Ineffizienzen seien jedoch in späteren Liberalisierungsphasen (wie im gegenständlichen Markt) nicht das Hauptproblem, vielmehr müsse mit der Übertragung von Marktmacht in Verbindungsmärkte gerechnet werden.

Die "unmittelbar bestehenden, horizontal-komplementär verbundenen, Zusammenhänge zwischen Zugangs- und Gesprächsbereichen" würden die Notwendigkeit einer Genehmigung der Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen für sämtliche Endkundenmärkte der Sprachtelefonie, auf denen die Beschwerdeführerin über beträchtliche Marktmacht verfüge, begründen. Die gegenwärtigen Tarifangebote der Beschwerdeführerin würden teilweise Produkte von verschiedenen Märkten der TKMVO 2003 beinhalten.

Die Verpflichtung zur getrennten Buchführung solle mittels einer getrennten Aufschlüsselung von Kosten und Erlösen mögliche Quersubventionen aufzeigen. Sie sei als unterstützendes Element der Entgeltkontrolle zu betrachten, soweit die Verpflichtung der Entgeltkontrolle auf Kostenorientierung basiere. Obwohl dieses Regulierungsinstrument nicht konkret auf ein Wettbewerbsproblem angewendet werden könne, treffe es notwendige Vorkehrungen zur Unterstützung der Einhaltung der Verpflichtung zur Entgeltkontrolle, die ihrerseits direkt der Begegnung eines Wettbewerbsproblems diene. Um die Entgeltkontrolle sicherzustellen, sei eine Gesamtsicht hinsichtlich der Erlöse und Kosten auf aggregierter Ebene erforderlich, wodurch Gewinn- oder Kostenverschiebungen von regulierten Bereichen zu nicht regulierten Bereichen (oder umgekehrt) transparent gemacht werden könnten. Ein Unternehmen könnte andernfalls einen Anreiz haben, zB gemeinsame Kosten jenen Bereichen zuzuordnen, die einer Regulierung unterlägen. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betreffe und diese in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstellten, sei eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig. Da die Beschwerdeführerin derzeit auch auf anderen Märkten der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfüge und aus denselben Überlegungen auf diesen Märkten ebenfalls zur getrennten Buchführung verpflichtet sei, seien die inkrementellen Kosten dieser Verpflichtung auf diesem Markt gering, da erhebliche Synergien bestünden.

6. Die im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen werden überwiegend auf zwei im Verwaltungsverfahren erstellte Gutachten von Amtssachverständigen gestützt, wobei sich die belangte Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung mit den unter Vorlage eines Privatgutachtens erhobenen Einwendungen der Beschwerdeführerin auseinandersetzt.

7. In rechtlicher Hinsicht erörtert die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zunächst - nach Ausführungen zur Zuständigkeit und zur Marktabgrenzung - im Hinblick auf das Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003 die Frage des Vorliegens effektiven bzw selbsttragenden Wettbewerbs. Die Beschwerdeführerin habe kritisiert, dass in den beiden im Verwaltungsverfahren erstatteten Gutachten die Begriffe des effektiven oder selbsttragenden Wettbewerbs nicht konsistent verwendet würden, wobei es der Verwendung des Begriffes des selbsttragenden Wettbewerbs überhaupt an einer gesetzlichen Grundlage mangle. Die belangte Behörde führt dazu - hier auf das Wesentlichste zusammengefasst - aus, dass die Definition des effektiven Wettbewerbs in § 35 Abs 1 TKG 2003 das Wettbewerbsverständnis des selbsttragenden Wettbewerbs gerade nicht ausschließe und sich bereits

aus dem Charakter der ex ante-Regulierung selbst ergebe, dass auch die Auswirkungen der Aufhebung von Regulierungsinstrumenten mit zu berücksichtigen seien. Ein unterschiedlicher Prüfmaßstab sei - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht zur Anwendung gekommen.

8. In der Folge setzt sich die belangte Behörde unter Darlegung der angewendeten Rechtsvorschriften und unter Bezugnahme auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren mit der Frage des Bestehens beträchtlicher Marktmacht der Beschwerdeführerin auf dem gegenständlichen Markt auseinander und kommt zusammenfassend zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin als Unternehmen mit alleiniger beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 37 Abs 2 iVm § 35 Abs 1 und 2 TKG 2003 einzustufen sei.

Die Wettbewerbsproblematik am gegenständlichen Markt liege primär in der Beständigkeit der Marktbarrieren. Diese manifestierten sich insofern, als Zuverlässigkeitsanforderungen und sonstige Qualitätsmerkmale in der Wahrnehmung der Marktgegenseite auf dem gegenständlichen Markt besonders wichtig seien. Sowohl tatsächliche Qualitätsvorsprünge auf Seiten der Beschwerdeführerin auf Grund höherwertiger und vor allem eigener Infrastruktur oder der historisch gewachsenen internationalen (Partner-)Netzstruktur, als auch subjektiv von Nachfragern empfundene Vorteile erklärten die Wechselbarrieren für Endkunden der Beschwerdeführerin. Auf Grund der Wechselkosten bestehe die Gefahr, dass die Beschwerdeführerin ihre Marktmacht zum Nachteil der Nichtprivatkunden ausübe und überhöhte Preise verlange. Weiters bestehe die Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nicht repliziert werden könnten. Diese Problematik werde auf dem vorliegenden Markt durch die hohe Bedeutung individueller Gesamtlösungen (zB Bündelung mit Produkten, die außerhalb der TKMVO 2003 lägen) noch verschärft. Der festgestellte Marktanteil der Beschwerdeführerin und der beträchtliche Abstand zu den Mitbewerbern spreche auch unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Zusammenschlusses von Tele2 und UTA für das Vorhandensein von beträchtlicher Marktmacht der Beschwerdeführerin. Weiters für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht spreche das Performance-Ergebnis von über 30 % auf Grund der Fähigkeit, ein vergleichsweise erhöhtes Preisniveau aufrecht zu erhalten. Die Indikatoren "technologische Entwicklung" sowie der internationale Tarifvergleich hätten nicht wesentlich zur abschließenden Wettbewerbsbeurteilung beitragen können. In der Marktverhaltensdimension verwiesen die insbesondere bei Nichtprivatkunden praktizierten Gesamtlösungen, sowie die auch im Rahmen von Rabatten nicht zu vernachlässigende Verdrängungsproblematik auf tatsächliche und potenzielle Wettbewerbsprobleme, wie der Beständigkeit der Marktbarrieren, der Gefahr überhöhter Preise sowie der Gefahr der horizontalen Marktmachtübertragung durch Anbieten von Bündelprodukten, die von Mitbewerbern nicht repliziert werden könnten. Die ausgewiesenen Marktanteilsverläufe würden auf keine grundlegende Änderung innerhalb der nächsten (zwei) Jahre verweisen.

9. Zu den Regulierungsinstrumenten geht die belangte Behörde nach Darstellung der wesentlichen Rechtsvorschriften auf die von der ERG in Zusammenarbeit mit den Diensten der europäischen Kommission entwickelten vier Prinzipien ein, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu berücksichtigen seien. Dabei handle es sich um folgende vier Prinzipien:

Prinzip 1: Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohlbegründet sein und im Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinie entstehen.

Prinzip 2: Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden.

Prinzip 3: Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens ersetzbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasiertem Wettbewerb gefördert werden.

Prinzip 4: Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, dh der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein als der Anreiz zur Umgehung.

Zur konkreten Auswahl der Regulierungsinstrumente führt die belangte Behörde aus, dass es sich dabei um komplementäre und nicht alternative Instrumente handle. Jedes für sich diene der Begegnung bestimmter Teilprobleme im Zusammenhang mit den identifizierten Wettbewerbsproblemen. Nur bei Einsatz aller Instrumente sei sichergestellt, dass den Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme tatsächlich begegnet werden könne. In § 43 TKG 2003 komme der Grundsatz des Vorranges der Regulierung auf Vorleistungsebene zum Ausdruck. Nur wenn die Regulierungsbehörde gemäß § 43 Abs 1 Z 1 TKG 2003 festgestellt habe, dass das betreffende Unternehmen

auf dem gegenständlichen Markt über beträchtliche Marktmacht verfüge und gemäß Z 2 leg cit spezifische Verpflichtungen nach § 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs 2 TKG 2003 vorgegebenen Regulierungsziele führen würden, seien auf Endkundenmarktebene ex ante Regulierungsinstrumente aufzuerlegen.

Es sei daher von der belangten Behörde eine Prognoseentscheidung über die Effekte einer Regulierung auf Vorleistungsebene auf die nachgelagerten Verbindungsmärkte zu treffen. Die Verpflichtung zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl stelle von ihrer Intention her sicher, dass Wettbewerber der Beschwerdeführerin, die über keinen direkten Zugang zum Teilnehmer verfügten, diesem gleichwohl im Wettbewerb mit der integrierten Beschwerdeführerin Dienste anbieten könnten. Diese Verpflichtung beziehe sich auf Verbindungsleistungen und sei nach Ansicht der belangten Behörde nicht geeignet, wettbewerblichen Defiziten im Anschlussbereich zu begegnen. Durch die Verpflichtung zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung werde zwar eine Möglichkeit geschaffen, auf den komplementären Zugangsmärkten in preislicher Hinsicht mit der Beschwerdeführerin in Konkurrenz zu treten, sie könne aber nur in Teilbereichen wettbewerbliche Parität sicherstellen, wobei sich bestehende Wettbewerbsdefizite auch auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt auswirkten. Trotz bestehender Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl bestehe auf dem gegenständlichen Markt das Wettbewerbsproblem der exzessiven Preise bei selektiver Rabattgewährung in Verbindung mit dem Weiterbestand von Markteintrittsbarrieren weiter. Nach Ansicht der belangten Behörde bestehe für die Beschwerdeführerin gegebenenfalls die Möglichkeit, einzelne Anschlussprodukte und Verbindungsprodukte in einer Weise zu bündeln, sodass eine Replizierbarkeit seitens anderer Anbieter auf Basis der bestehenden Vorleistungsprodukte nicht möglich sei. Die auf dem komplementären Zugangsmarkt auferlegten Verpflichtungen zur Verbindungsnetzbetreiber(vor)auswahl und zum Wiederverkauf der Teilnehmeranschlussleistung seien daher nicht alleine zur effektiven Begegnung der festgestellten Wettbewerbsprobleme geeignet.

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin sei nach Ansicht der belangten Behörde gesetzlich nicht geboten, dass zunächst auf der Vorleistungsebene als geeignet festgestellte Regulierungsinstrumente anzuordnen seien, sodann deren Auswirkungen auf den nachgelagerten Endkundenmarkt zu untersuchen wären und (erst) danach in einem weiteren Schritt auf den nachgelagerten Endkundenmärkten unter Umständen Regulierungsinstrumente aufzuerlegen wären. Diese Interpretation des § 43 Abs 1 TKG 2003 im Sinne des Vorbringens der Beschwerdeführerin finde im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung.

Da gemäß den im Verwaltungsverfahren erstellten Gutachten die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene nicht ausreichten, um den Wettbewerbsproblemen zu begegnen, sei die Genehmigung von Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderungen vorzusehen. Dem Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise könne nur mit kostenorientierten Preisen in Form einer ex ante-Entgeltgenehmigung effizient begegnet werden. Ergänzend zu den Maßnahmen der Entgeltregulierung bestehe weiters die Notwendigkeit einer getrennten Buchführung, da diese die Basis für eine rasche Überprüfung der Entgelte schaffe und auch Produktbündelung als (potenzielles) Wettbewerbsproblem identifiziert worden sei. Da die Preiskontrolle nur die Produkte am relevanten Markt betreffe und dieser in der Regel nur einen kleinen Ausschnitt der Aktivitäten des integrierten Betreibers darstelle, sei eine getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen notwendig.

Neben der Hintanhaltung von überhöhten Preisen erfülle die Verpflichtung, die Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie deren Änderung zur Genehmigung vorzulegen, auch den Zweck, dass der Eintritt neuer Marktteilnehmer nicht (etwa durch Bündelung von Produkten) verhindert werde. Da die Regulierungsinstrumente auf Vorleistungsebene innerhalb des relevanten Zeitraums von ca zwei Jahren nicht alleine dazu beitragen könnten, den festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, seien die genannten Regulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt notwendig, geeignet sowie das gelindeste - weil einzig effektive - Mittel, um die Ziele der Regulierung (Schutz der Konsumenten vor dem Missbrauch von Marktmacht, Verhinderung von Marktmachtübertragung und Förderung von Markteintritten und des Wettbewerbs) zu fördern. Die Auferlegung der Verpflichtung zur ex ante-Entgeltkontrolle erscheine ferner auch vor dem Hintergrund der bereits auf Grund des ONP-Rechtsrahmens bestehenden Verpflichtung zur ex ante-Entgeltkontrolle und der getrennten Buchführung als verhältnismäßig. Die Feststellungen des "Marktanalyse-Gutachtens" in Bezug auf das Vorliegen von effektivem Wettbewerb zeigten, dass das mittlerweile erreichte Wettbewerbsniveau auf dem gegenständlichen Verbindungsmarkt nach wie vor von der infrastrukturbasierten Abhängigkeit der meisten alternativen Anbieter vom Zugang zur Infrastruktur der Beschwerdeführerin geprägt sei.

Der Kostenrechnungsstandard für die zur Genehmigung vorzulegenden Tarife habe sich am Konzept der "Prognosekosten" - Kosten, die dem Anbieter durch den Aufbau, den Betrieb und die Wartung des Dienstes sowie durch dessen Vermarktung und Abrechnung direkt entstehen und die auch den dem Dienst zuordenbaren indirekten Kosten Rechnung tragen - zu orientieren. Prognosekosten seien voraussichtlich anfallende zukünftige Istkosten. Die Prognosekosten seien unter Bedachtnahme auf die Istkosten abgelaufener Zeiträume und die voraussichtliche Entwicklung zu ermitteln.

Im Hinblick auf die angeordnete ex ante-Endkundentarifgenehmigungspflicht für Aktionsangebote mit einer Dauer bis zu drei Monaten führte die belangte Behörde aus, dass es das Kriterium der Kostenorientierung mit sich bringe, dass auch die aus Aktionsangeboten resultierende Erlösschmälerung bei der ex ante-Tarifgenehmigung mit zu berücksichtigen sei. Das Ausmaß der auf Grund vorgesehener Aktionsangebote geschätzten Erlösschmälerung sei daher Bestandteil der ex ante-Tarifgenehmigung.

Im Hinblick auf die angeordnete ex ante-Endkundentarifgenehmigungspflicht von virtuellen privaten Netzen (VPNs) habe die belangte Behörde erwogen, dass die Verwendung des öffentlichen Netzes der Beschwerdeführerin bei der Bewerkstelligung eines VPNs, sofern die Kommunikation über Netzabschlusspunkte des öffentlichen Telefonnetzes bzw Zusammenschaltungspunkte erfolgt, im Hinblick auf die beschriebenen Wettbewerbsprobleme (Abhängigkeit von Vorleistungsprodukten) die Auferlegung der ex ante-Entgeltkontrolle rechtfertige, um den Wettbewerbsproblemen effektiv zu begegnen.

Zur getrennten Buchführung führt die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass dieses Instrument grundsätzlich als Ergänzung zu anderen Instrumenten, wie gegebenenfalls der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder auch der Preiskontrolle zu sehen sei. Auf Grund der Tatsache, dass die von der Beschwerdeführerin beantragten Tarife unterschiedliche Märkte der TKMVO 2003 beträfen, seien im Regelfall Produkte der Beschwerdeführerin auf unterschiedlichen relevanten Märkten der TKMVO 2003 betroffen, daher sei die getrennte Buchführung für das ganze Unternehmen zumindest entsprechend der Märktegliederung der TKMVO 2003 erforderlich. Die Beschwerdeführerin habe hiezu vorgebracht, dass sich eine Gliederung der getrennten Buchführung nach den Märkten der TKMVO 2003 nicht mit den Geschäftsbereichen der Beschwerdeführerin decke und eine Zuordnung der relevanten Kosten auf einzelne Märkte oder Geschäftsbereiche wegen der erforderlichen Kosten und Erlösermittlung auf Produktebene wegen des damit verbundenen Umsetzungsaufwandes unverhältnismäßig und nicht zumutbar sei.

Die belangte Behörde führt dazu aus, dass eine Gliederung nach den Märkten der TKMVO 2003 erforderlich sei, um die Verpflichtung zur Kostenorientierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums überprüfen zu können. Eine Gliederung etwa nach den Geschäftsbereichen wäre demgegenüber ungeeignet, da diese von Veränderungen der Unternehmensstruktur betroffen sein könnten und die Zuordnung von Kosten zu bestimmten Produkten in zu weit gehendem Maße in das Belieben des regulierten Unternehmens gestellt werde. Die Beschwerdeführerin unterliege bereits derzeit der Verpflichtung zur getrennten Buchführung, da sie mit Bescheid der belangten Behörde vom 20. September 2002 gemäß § 33 Abs 4 TKG (1997) als marktbeherrschend auf den Märkten für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen festgestellt worden sei. Da zudem auf Grund der Feststellungen der belangten Behörde in parallelen Marktanalyseverfahren derzeit davon ausgegangen werde, dass die Beschwerdeführerin auch auf anderen Märkten über Marktmacht verfüge, erscheine die Verpflichtung zur getrennten Buchführung angemessen und verhältnismäßig, insbesondere auch, da die inkrementellen Kosten dieses Regulierungsinstruments auf Grund der bisherigen Regulierung von Endkundenentgelten gering seien und erhebliche Synergien bestünden.

10. Schließlich geht die belangte Behörde auf die im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach § 128 TKG 2003 und des Koordinationsverfahrens nach § 129 TKG 2003 eingelangten Stellungnahmen ein. Sie hält dabei fest, dass die Stellungnahme der Europäischen Kommission im Verfahren nach § 129 TKG 2003 das Ergebnis der belangten Behörde stütze; die Europäische Kommission habe mitgeteilt, dass sie keine Anmerkungen habe.

11. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hat auf die Gegenschrift repliziert.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der sektorspezifischen Regulierung nach dem 5. Abschnitt des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003, unterliegen die von der Regulierungsbehörde durch Verordnung gemäß§ 36 TKG 2003 festzulegenden Märkte.

§ 1 Z 6 der auf Grund des § 36 Abs 1 und 2 TKG 2003 erlassenen Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der die der sektorspezifischen ex-ante Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte für den Telekommunikationssektor festgelegt werden (Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 - TKMVO 2003), bestimmt "Auslandsgespräche für Nichtprivatkunden über das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten (Endkundenmarkt)" als sachlich relevanten nationalen Markt. § 2 TKMVO 2003 legt das Bundesgebiet als räumlich relevantes Ausdehnungsgebiet der in § 1 angeführten sachlich relevanten Märkte fest.

§ 37 TKG 2003 regelt das Marktanalyseverfahren und hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

"§ 37. (1) Die Regulierungsbehörde führt von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 festgelegten relevanten Märkte durch. Ziel dieses Verfahrens ist nach der Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist, die Aufhebung, Beibehaltung, Änderung oder Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen.

(2) Gelangt die Regulierungsbehörde in diesem Verfahren zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt.

(3) Stellt die Regulierungsbehörde auf Grund des Verfahrens fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmarkt verfügt, darf sie - mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 - keine Verpflichtungen gemäß Abs. 2 auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

(...)"

Entwürfe von Maßnahmen, welche die Marktanalyse betreffen und Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben werden, unterliegen dem Koordinations- bzw Konsolidierungsverfahren gemäß § 129 TKG 2003 (Art 7 Rahmenrichtlinie).

Ein Unternehmen gilt gemäß § 35 Abs 1 TKG 2003 als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten. Gemäß § 35 Abs 2 TKG 2003 sind bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmarkt hat, von der Regulierungsbehörde insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

"1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im

Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,

2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,

3.

das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,

4.

das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,

5.

die jeweilige Marktphase,

6.

der technologiebedingte Vorsprung,

7.

allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,

8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,

9.

das Ausmaß vertikaler Integration,

10.

das Ausmaß der Produktdifferenzierung,

11.

der Zugang zu Finanzmitteln,

12.

die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,

13.

das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren."

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es gemäß§ 35 Abs 5 TKG 2003 auch auf horizontal und vertikal bzw geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

Bei den in den §§ 38 bis 46 und§ 47 Abs 1 TKG 2003, auf welche § 37 Abs 2 TKG 2003 verweist, geregelten spezifischen Verpflichtungen handelt es sich einerseits um Verpflichtungen auf Vorleistungsmärkten (Gleichbehandlungsverpflichtung gemäß § 38, Transparenzverpflichtung gemäß § 39, getrennte Buchführung gemäß § 40, Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen gemäß § 41, Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang gemäß § 42 sowie nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände zulässige weitergehende Verpflichtungen gemäß § 47 Abs 1), wie sie europarechtlich in Art 8 bis 13 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG vorgesehen sind, andererseits um Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer (§§ 43 bis 46), welche auf Art 17 bis 19 der Universaldienstrichtlinie (2002/22/EG) zurückgehen.

Im gegenständlichen Beschwerdefall hat die belangte Behörde die in Spruchpunkt 2.1. des angefochtenen Bescheides auferlegte spezifische Verpflichtung auf § 43 TKG 2003 gestützt; diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

"Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer

§ 43. (1) Sofern die Regulierungsbehörde in einem Marktanalyseverfahren festgestellt hat, dass

1. auf dem relevanten Endnutzermarkt kein Wettbewerb herrscht und

2. spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 nicht zur Erreichung der in § 1 Abs. 2 vorgegebenen Ziele führen würden, hat sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Endnutzermarkt spezifische Verpflichtungen nach Abs. 2 oder 3 aufzuerlegen.

(2) Spezifische Verpflichtungen nach Abs. 1 können insbesondere beinhalten, dass es dieses Unternehmen unterlässt,

1.

überhöhte Preise zu verlangen,

2.

den Eintritt neuer Marktteilnehmer zu behindern,

3.

Kampfpreise zur Ausschaltung des Wettbewerbs anzuwenden,

4.

bestimmte Endnutzer unangemessen zu bevorzugen oder

5.

Dienste ungerechtfertigt zu bündeln.

(3) Spezifische Verpflichtungen nach Abs. 1 können auch beinhalten, dass die Regulierungsbehörde diesem Unternehmen geeignete Maßnahmen

1.

zur Einhaltung von Obergrenzen bei Endnutzerpreisen oder,

2.

zur Kontrolle von Einzeltarifen im Hinblick auf kostenorientierte Entgelte oder im Hinblick auf Preise von vergleichbaren Märkten auferlegt.

(4) Unternehmen, denen spezifische Verpflichtungen nach den vorangegangenen Absätzen auferlegt werden, haben hierzu Kostenrechnungssysteme einzusetzen, deren Format und anzuwendende Berechnungsmethode von der Regulierungsbehörde angeordnet werden kann. Die Einhaltung des Kostenrechnungssystems ist durch die Regulierungsbehörde oder eine von ihr beauftragte qualifizierte unabhängige Stelle zu überprüfen. Die Regulierungsbehörde hat sicher zu stellen, dass einmal jährlich eine Erklärung hinsichtlich der Übereinstimmung mit diesen Vorschriften veröffentlicht wird."

Die belangte Behörde hat mit der in Spruchpunkt 2.1. auferlegten spezifischen Verpflichtung eine Genehmigungspflicht für Entgelte und Allgemeine Geschäftsbedingungen festgelegt, sodass die Beschwerdeführerin Pflichten nach § 45 TKG 2003 treffen; diese Bestimmung lautet:

"Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelte

§ 45. (1) Stellt ein Betreiber von Kommunikationsdiensten oder -netzen, dem gemäß § 43 die Verpflichtung auferlegt wurde, seine Entgelte und Allgemeinen Geschäftsbedingungen genehmigen zu lassen, oder ein Betreiber von Kommunikationsdiensten oder - netzen, dem Verpflichtungen gemäß § 44 auferlegt wurden, einen Antrag auf Genehmigung von Entgelten oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen, hat die Regulierungsbehörde über diesen Antrag innerhalb von acht Wochen zu entscheiden.

(2) Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Entscheidung der Regulierungsbehörde, so gelten die beantragten Entgelte oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen als genehmigt. Der Fristenlauf ist gehemmt, so lange die für die Genehmigung erforderlichen Unterlagen und Nachweise vom Antragsteller nicht beigebracht werden. Die Regulierungsbehörde hat dem Antragsteller innerhalb von drei Wochen nach Einbringung seines Antrages mitzuteilen, ob und gegebenenfalls welche zur Beurteilung der Kostenorientierung erforderlichen Unterlagen nachzureichen sind.

(3) Genehmigungspflichtige Entgelte sind unter Bedachtnahme auf die nach § 43 Abs. 2 und 3 verhängten Maßnahmen, die zu erfüllenden Aufgaben und die Ertragslage festzulegen.

(4) Die Regulierungsbehörde kann die Genehmigung der Entgelte auch in der Form der Festlegung von Tarifentwicklungen (price-cap-Verfahren) erteilen; sie kann auch Sondertarife vorsehen.

(5) Soweit die Erreichung effektiven Wettbewerbs dies erfordert, kann die Genehmigung der Entgelte insbesondere folgende Nebenbestimmungen enthalten:

1.

eine angemessene zeitliche Befristung,

2.

die Verpflichtung, bestimmte Daten gemäß § 90 zu übermitteln,

3.

Auflagen betreffend den Zeitpunkt der Einführung genehmigter Tarife,

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

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