

**TK03/2007  
VOM 20.03.2007**

■ **Regulatorisches: Transitmarkt im Wettbewerb**

Am 06.02.2007 notifizierte die TKK der Europäischen Kommission im Verfahren M 16/06, M 16a/06 gemäß Art. 7 der Rahmenrichtlinie einen Maßnahmenentwurf. Die Europäische Kommission bezog dazu am 06.03.2007 Stellung.

Seite 02

■ **Regulatorisches: Verwaltungsgerichtshof zur Marktanalyse der Mobil-Terminierungsmärkte**

Mit fünf Erkenntnissen hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) Bescheide zu M 15a-e/03 wegen Rechtswidrigkeit ihrer Inhalte aufgehoben. Die TKK hat daher Ersatzbescheide zu erlassen, mit denen der Auffassung des VwGH Rechnung getragen wird.

Seite 03

■ **Regulatorisches: Parteistellung in Verfahren nach § 37 TKG 2003 – Die Schlussanträge des Generalanwaltes im Vorabentscheidungsverfahren EuGH C-426/05**

Die TKK wies mit Bescheid vom 06.09.2004 den Antrag eines Unternehmens auf Zuerkennung der Parteistellung in einem Marktanalyseverfahren ab. Das Unternehmen wandte sich in weiterer Folge an den VwGH, der wiederum zur Klärung der Auslegung von Art. 4 Rahmenrichtlinie den EuGH befasste.

Seite 04

**IMPRESSUM:**

Medieninhaber (Verleger),  
Herausgeber, Hersteller und  
Redaktion:  
Rundfunk und Telekom  
Regulierungs-GmbH  
A-1060 Wien  
Mariahilfer Straße 77-79  
Tel.: +43 (0) 1 58058 - 0  
Fax: +43 (0) 1 58058 - 9191  
e-mail: [rtr@rtr.at](mailto:rtr@rtr.at)  
<http://www.rtr.at>  
FN 208312t  
Verlags- und Herstellungsort:  
Wien

## Regulatorisches Transitmarkt im Wettbewerb

Am 06.02.2007 notifizierte die Telekom-Control-Kommission (TKK) der Europäischen Kommission (EK) im Verfahren M 16/06, M 16a/06 gemäß Art. 7 der Rahmenrichtlinie einen Maßnahmenentwurf, mit dem festgestellt wurde, dass auf dem Markt für Transitsdienste im öffentlichen Festtelefonnetz effektiver Wettbewerb herrscht.

Diese Feststellung effektiven Wettbewerbs beruht auf dem im Verfahren eingeholten ökonomischen Gutachten der RTR-GmbH, im Rahmen dessen insbesondere die Wettbewerbsindikatoren der Marktanteile, der Markteintrittsbarrieren, der Kontrolle über nicht ersetzbare Infrastruktur („bottlenecks“) sowie des Vorliegens nachfrageseitiger Gegenmacht eingehend geprüft wurden. Als Ergebnis dieser Analyse steht fest, dass kein Unternehmen, insbesondere auch nicht mehr die Telekom Austria AG, über beträchtliche Marktmacht verfügt, weshalb die derzeit geltenden regulatorischen Verpflichtungen der Telekom Austria AG, wie z.B. die Verpflichtung Leistungen zu kostenorientierten Entgelten anzubieten, per 30.06.2007 aufgehoben werden.

### Stellungnahme der EK vom März 2007

Mit ihrer Stellungnahme vom 06.03.2007 erklärte sich die EK „mit dem Vorschlag der TKK zur Aufhebung der ex ante-Regulierung auf diesem Markt einverstanden“. Die Kommission führt aus, „dass keine hohen und nicht nur vorübergehende Markteintrittsbarrieren im österreichischen Transitmarkt bestehen und dass der Markt ohne Regulierung zu wirksamem Wettbewerb im Sinn des Drei-Kriterien-Tests der Märkteempfehlung neigt“. Mit der Annahme des notifizierten Maßnahmenentwurfs am 19.03.2007 trug die TKK dieser Stellungnahme gemäß § 129 TKG 2003 weitestgehend Rechnung.

### Hintergrund

Am 20.07.2004 wurde der EK im Verfahren M 9/03 im Rahmen der ersten Runde von Marktanalyseverfahren der TKK erstmals ein Maßnahmenentwurf notifiziert (AT/2004/0090), in dem effektiver Wettbewerb auf dem Transitmarkt festgestellt worden war. Am 20.08.2004 eröffnete die EK eine Phase-II-Prüfung nach Art. 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie und teilte der TKK ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit dieses notifizierten Entwurfs mit dem Gemeinschaftsrecht mit. Mit Entscheidung der EK vom 20.10.2004 wurde die TKK zur Rücknahme des Maßnahmenentwurfs aufgefordert („Veto“). Im Juni 2005 legte die TKK die Frage nach der Gültigkeit dieser Entscheidung dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 des EG-Vertrags zur Vorabentscheidung vor, der sich allerdings mit Beschluss vom 06.10.2005 für unzuständig erklärte, weil das vor der TKK anhängige Marktanalyseverfahren keinen „Rechtssprechungscharakter“ im Sinne der ständigen Judikatur des Gerichtshofs habe.

## **Regulatorisches** **Verwaltungsgerichtshof zur Marktanalyse der Mobil-Terminierungsmärkte**

Mit fünf Erkenntnissen vom 28.02.2007 hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) Bescheide zu M 15a-e/03 wegen Rechtswidrigkeit ihrer Inhalte aufgehoben.

Mit diesen am 27.10.2004 erlassenen Bescheiden wurde festgestellt, dass Mobilkom Austria AG & Co KG (nunmehr Mobilkom Austria AG), T-Mobile Austria GmbH, One GmbH, tele.ring Telekom Service GmbH (nunmehr T-Mobile Austria GmbH) sowie Hutchison 3G Austria GmbH jeweils über beträchtliche Marktmacht auf den Märkten für Terminierung in ihre betreiberindividuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen verfügen. Weiters wurden den Betreibern spezifische Verpflichtungen zur Zusammenschaltung, zur Veröffentlichung von Standard-Terminierungsangeboten, zur Nichtdiskriminierung sowie zur Kostenorientierung auferlegt.

Der VwGH bestätigt die Kompetenz der RTR-GmbH zur Erlassung der Telekommunikationsmärkteverordnung sowie deren Gesetzmäßigkeit. Auch bestätigt der VwGH die von der TKK vorgenommene Auswahl und Bewertung einzelner Marktmachtindikatoren iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003.

Jedoch bemängelt der VwGH, dass einer Stellungnahme der EK entgegen § 129 Abs. 2 TKG 2003 nicht *„weitestgehend Rechnung getragen wurde“*. Die Europäische Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 07.10.2004 im Wesentlichen ausgeführt, dass es nicht *„die effektivste Herangehensweise (ist), das identifizierte Wettbewerbsproblem zu lösen, wenn die Festlegung kostenorientierter Terminierungsentgelte den kommerziellen Verhandlungen überlassen wird“*. Weiters garantiert *„eine fehlende Vorabspezifizierung des LRAIC-Modells und der zu berücksichtigenden Kosten nicht, dass Terminierungsentgelte sich ausschließlich an den effizienten Kosten orientieren“*.

Darüber hinaus hat der VwGH die konkret auferlegte Verpflichtung zur Kostenorientierung (*„LRAIC eines effizienten Betreibers“*) als zu unbestimmt erachtet. Die geforderte Deutlichkeit bedeutet für *„Leistungsbefehle“* Bestimmtheit in dem Sinn, dass aufgrund des Bescheides ohne Dazwischentreten eines weiteren Ermittlungsverfahrens und neuerliche Entscheidung, eine Vollstreckungsverfügung ergehen kann.

Weiters hat der VwGH befunden, dass die Untersuchung des Marktmachtindikators der *„nachfrageseitigen Gegenmacht“* nicht konkret auf die Situation der Verfahrenspartei eingeht.

Durch die Aufhebung der Bescheide M 15a-e/03 treten die Verfahren damit in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung der angefochtenen Bescheide befunden haben. Die TKK hat daher Ersatzbescheide zu erlassen, mit denen der Auffassung des VwGH Rechnung getragen wird.

**Regulatorisches Parteistellung in Verfahren nach § 37 TKG 2003:  
Die Schlussanträge des Generalanwaltes im  
Vorabentscheidungsverfahren EuGH C-426/05**

Mit Bescheid vom 06.09.2004 wies die TKK den Antrag eines Unternehmens auf Zuerkennung der Parteistellung in einem Marktanalyseverfahren ab. Die TKK begründete die Abweisung des Antrages im Wesentlichen mit der Bestimmung des § 37 Abs. 5 TKG 2003, wonach in diesem Verfahren nur demjenigen Unternehmen Parteistellung zukommt, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden, was im gegenständlichen Fall nicht auf die Antragstellerin zutrif.

**Verfahrenspartei  
ortet Widerspruch  
zwischen TKG 2003  
und RL**

Das Unternehmen erhob gegen den Bescheid Beschwerde an den VwGH und brachte vor, dass die innerstaatliche Regelung des § 37 Abs. 5 TKG 2003 im Widerspruch zu Art. 4 Rahmenrichtlinie<sup>1</sup> stehe, der einen Rechtsbehelf für jeden Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste vorsieht, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist. Da das Gemeinschaftsrecht somit den Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf gewährleiste, ergebe sich nach Ansicht der Beschwerdeführerin, dass auch ihr die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, sich am Marktanalyseverfahren als Partei im Sinne des § 8 AVG zu beteiligen, insbesondere da nur die Rechtsposition als Partei eine wirksame Ausübung ihres Rechts auf Inanspruchnahme eines Rechtsmittels sicherstellen könne.

Der VwGH hat zur Klärung der Auslegung von Art. 4 Rahmenrichtlinie dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zwei Fragen zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EGV vorgelegt. Die erste Frage lautet dahingehend, ob Art. 4 und 16 Rahmenrichtlinie so auszulegen sind, dass in einem Marktanalyseverfahren nicht nur das, den speziellen Verpflichtungen unterliegende Unternehmen, sondern auch die als Wettbewerber auftretenden – konkurrierenden – Unternehmen als „betroffene“ Parteien anzusehen sind.

<sup>1</sup> RL 2002/21 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie).

Für den Fall der Bejahung dieser Frage stellte der VwGH zudem die Frage, ob Art. 4 Rahmenrichtlinie, der nationalen Vorschrift des § 37 Abs. 5 TKG 2003 entgegenstehe, wonach nur dem Unternehmen Parteistellung zukommt, dem gegenüber spezifische Verpflichtungen auferlegt, abgeändert oder aufgehoben werden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH nahmen neben den Streitparteien auch Vertreter von Slowenien, Dänemark, Belgien und der Europäischen Kommission teil. Der ebenfalls anwesende Generalanwalt kündigte seine Schlussanträge für den 15.02.2007 an.

In seinen schriftlichen Schlussanträgen führte der Generalanwalt zur Frage der „Betroffenheit“ (Frage 1) im Wesentlichen aus, dass jede Entscheidung einer nationalen Behörde, mit der ein vom Gemeinschaftsrecht gewählter Vorteil verweigert wird, gerichtlich überprüfbar sein muss. Nach Ansicht des Generalanwaltes ist es nicht rechtfertigen, den Begriff des „betroffenen“ Unternehmens in einer engen Weise dahingehend auszulegen, dass dieser nur jene Unternehmen erfasst, die als Adressaten der Entscheidung der Regulierungsbehörde unmittelbar unterliegen, sondern der vorgesehene Rechtsweg auch bestimmten betroffenen Dritten offen stehen muss. Der Generalanwalt sieht insbesondere die Wettbewerber als unmittelbar Betroffene von denjenigen spezifischen Verpflichtungen, die einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht von der Regulierungsbehörde auferlegt worden sind.

Zusammenfassend beantwortet der Generalanwalt die erste Vorlagefrage somit dahingehend, dass nach Art. 4 Rahmenrichtlinie jedem Konkurrenzunternehmen, das vertragliche Ansprüche gegen ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem relevanten Markt hat und das von der Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Aufhebung oder die Änderung spezifischer Verpflichtungen in ihren Rechten berührt wird oder aber auch ein Unternehmen, das ein Interesse an der Aufnahme vertraglicher Beziehungen zu einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht haben könnte, die Möglichkeit der Beschreitung des Rechtsweges gegen eine Entscheidung der Regulierungsbehörde offen steht.

Hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage, weist der Generalanwalt einleitend darauf hin, dass die Rahmenrichtlinie keine ausdrückliche Bestimmung enthält, aus der hervorgehe, wer Partei des nicht streitigen Verwaltungsverfahren nach Art. 16 Rahmenrichtlinie (also § 37 TKG 2003) ist. Zwar hätten nach Art. 6 Rahmenrichtlinie alle „interessierten Parteien“ Anspruch auf Stellungnahme im Rahmen des Konsultationsverfahrens, dieser Anspruch dürfe jedoch nicht mit dem Begehren des klagenden Unternehmens auf Parteistellung im Marktanalyseverfahren verwechselt werden, welche weitergehende Rechte umfasse. Der Generalanwalt führte dazu weiter aus, dass nach dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Verfahrensrecht grundsätzlich nicht vorgesehen werden müsse, die Wettbewerber am Marktanalyseverfahren zu beteiligen. Insbesondere dürfe der nationale Gesetzgeber, die „Befruchtung des

*Vorverfahrens mit einer gegebenenfalls sehr hohen Zahl von Parteien zulässigerweise als nicht sachgerecht ansehen<sup>2</sup>.*

Dies dürfe aber nicht dazu führen, dass der zulässige Rechtsbehelf des Mitbewerbers nach Art. 4 Rahmenrichtlinie zu einem „rein formalen Recht“ wird, obwohl aus Sicht des Generalanwaltes „auf den ersten Blick“<sup>3</sup> die Beteiligung der Mitbewerber als Partei im Sinne des § 8 AVG im Rahmen des Marktanalyseverfahrens nicht unbedingt zur Erlangung eines effektiven Rechtsbehelfes notwendig erscheint. Dem von der Klägerin argumentierten Anspruch auf ein faires Verfahren und dem Grundsatz der Waffengleichheit konnte der Generalanwalt nicht folgen, da ein Marktanalyseverfahren offenkundig kein Streitiges Verfahren zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und seinen Mitbewerbern darstellt.

Der Generalanwalt stellte abschließend zur zweiten Vorlagefrage fest, dass es Sache des vorliegenden Gerichtes sei, unter Berücksichtigung des österreichischen Verfahrensrechts festzustellen, ob die Bestimmung des § 37 Abs. 5 TKG 2003, mit der der Klägerin die Parteistellung im Marktanalyseverfahren verwehrt wird, geeignet ist, die Ausübung eines Rechtsbehelfes nach Art. 4 Rahmenrichtlinie unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.

Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften wird für den Sommer 2007 erwartet.

<sup>2</sup>Schlussanträge des Generalanwaltes M. Poyares Maduro von 15.02.2007, Rechtssache C-426/06 Tele2UTA Telecommunication GmbH gegen Telekom-Control-Kommission, RZ 44

<sup>3</sup>Schlussanträge des Generalanwaltes M. Poyares Maduro von 15.02.2007, Rechtssache C-426/06 Tele2UTA Telecommunication GmbH gegen Telekom-Control-Kommission, RZ 45