

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Tele 2 Telecommunication Services GmbH, Schönbrunnerstraße 213 - 215, 1120 Wien, vertreten durch Dr. Albert Adametz, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Zaunerg. 1 - 3, vom 5.04.2002 auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Telekom Austria AG und auf Erteilung eines Auftrags an die Telekom Austria AG zur Legung eines Angebotes über die Bereitstellung der intern genutzten Anschlussleistung in ihrer Sitzung vom 03.06.2002 einstimmig beschlossen:

I. Spruch

Die Anträge auf Abstellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und auf Erteilung eines Auftrags an die Telekom Austria AG zur Legung eines Angebotes über die Bereitstellung der intern genutzten Anschlussleistung werden gemäß § 8 AVG iVm § 34 Abs 3 TKG zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Sachverhalt:

Antrag

Die Tele 2 Telecommunication Services GmbH (nachfolgend kurz „Tele2“) begehrt mit Antrag vom 5.04.2002, die Telekom-Control-Kommission möge – nach Aufforderung gemäß § 34 Abs 3 TKG – der Telekom Austria AG (nachfolgend kurz „TA“) auftragen, den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung abzustellen, der darin bestehe, dass die TA der Tele2 die Bereitstellung der intern genutzten und am Markt angebotenen Anschlussleistung samt den zugehörigen Nebenleistungen verweigere; Tele2 begehrt weiters, die Telekom-Control-Kommission möge der TA insbesondere gemäß § 34 Abs 3 TKG auftragen, der Tele2 binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang ein Angebot über die Bereitstellung der intern genutzten Anschlussleistung zu legen, welches die Bereitstellung der in Beilage ./A zum Antrag genannten Leistungen maximal zu den darin genannten Entgelten zum Gegenstand hat und der Tele2 ermöglicht, auf Basis der Anschlussleistung selbst gestaltete Produkte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten.

Begründend wird im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Da TA die nachgefragten Leistungen ihren Wholesale- und Retail-Abteilungen bzw. den Abteilungen Marketing und Vertrieb zur Vermarktung an die Endkunden bereitstelle und gleichzeitig auf einer anderen Handelsstufe gegenüber Endkunden am Markt anbiete, stelle die generelle Weigerung der Leistungserbringung an Tele 2 eine Diskriminierung iSd § 34 TKG dar, weil ein marktbeherrschender Anbieter Wettbewerbern unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen habe, die er am Markt anbiete oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstelle. Diese Diskriminierung sei nicht gerechtfertigt, da zulässige Leistungsverweigerungsgründe iSd § 34 Abs 2 TKG nicht bestünden. Eine derartige ungerechtfertigte Diskriminierung durch einen Marktbeherrscher stelle schon eo ipso einen Marktmachtmissbrauch dar; zudem greife die Vermutungsregel des § 34 Abs 3 TKG ein, da die Totalverweigerung des Zugangs zu den von TA intern genutzten bzw. am Markt bereitgestellten Leistungen ungünstigere Bedingungen darstelle, als TA sich selbst bei der Leistungsbereitstellung einräume.

Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung könne wirksam nur dadurch abgestellt werden, dass der TA eine Verpflichtung zum Angebot der nachgefragten Leistungen zu nichtdiskriminierenden Bedingungen gemäß § 34 Abs 1 TKG auferlegt werde.

2. Rechtliche Würdigung

Zuständigkeit

§ 111 Z 10 TKG weist der Telekom-Control-Kommission als Aufgabe „Untersagung oder Auferlegung eines bestimmten Verhaltens sowie Erklärung von Verträgen als ganz oder teilweise unwirksam gemäß §§ 34 Abs 3 und 35 Abs 2“ zu.

Gemäß § 34 Abs 3 TKG kann die Regulierungsbehörde einem Anbieter, der gegen § 34 Abs 1 Abs 1 verstößt, soweit er seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, ein Verhalten auferlegen oder untersagen bzw. Verträge (ganz oder teilweise) für unwirksam erklären. Zuvor hat sie die Beteiligten aufzufordern, den Missbrauch abzustellen. § 34 Abs 1 TKG normiert, dass ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen hat, die er am Markt anbietet, oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt. Gemäß § 34 Abs 2 TKG darf der Zugang nur soweit beschränkt werden, als dies den grundlegenden ONP-Anforderungen (zB Netzintegrität, Sicherheit des Netzbetriebs) entspricht. Gemäß § 34 Abs 4 TKG wird ein Missbrauch vermutet, wenn der marktbeherrschende Betreiber sich selbst oder einem verbundenen Unternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen ermöglicht, als er sie den Wettbewerbern bei der Nutzung dieser Leistungen für ihre Dienstleistungsangebote einräumt.

Antragslegitimation

Tele2 verfügt jedoch nicht über die erforderliche Antragslegitimation, da es ihr im gegenständlichen Verfahren an einer Parteistellung mangelt.

Nach § 8 AVG sind Parteien eines Verwaltungsverfahrens Personen, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind. Der Rechtsanspruch oder das rechtliche Interesse im Sinne des § 8 AVG kann nur aus der Wirksamkeit erschlossen werden, die die den Einzelfall regelnde materielle Norm für den interessierten Personenkreis entfaltet, es sei denn, dass der Gesetzgeber die Parteistellung autoritativ bestimmt und damit die Prüfung des Falles auf die Grundsätze des § 8 AVG für das Verwaltungsverfahren entbehrlich macht. Das Tatbestandsmerkmal der Parteistellung in einer Verwaltungsangelegenheit bestimmt sich demnach nach dem normativen Gehalt der in der Rechtssache anzuwendenden Vorschriften (st. Rspr des VwGH, vgl zB VwSlg 5258 A/1960).

Wie schon im Antrag zutreffend ausgeführt wird, ist das Verfahren nach § 34 Abs 3 TKG von Amts wegen einzuleiten. Die zitierte Vorschrift enthält jedoch keine ausdrückliche Regelung, wem Parteistellung im Verfahren betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zukommt. Auch die Erläuterungen zu § 34 TKG (759 BlgNR, XX. GP) sind diesfalls nicht ergiebig.

Soweit die Verwaltungsvorschriften über die Parteistellung keine ausdrückliche Regelung enthalten, ist im Wege der Auslegung zu prüfen, ob durch die maßgebenden Rechtsvorschriften nur eine Rechtspflicht der Behörde oder auch ein subjektiver Anspruch - und damit eine Parteistellung - für die Person begründet wird. Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es wesentlich auf den Zweck der Norm an.

Demnach ist für die Zuerkennung der Parteistellung maßgebend, „dass die Sachentscheidung in die Rechtssphäre des Betreffenden bestimmend eingreift und weiters, dass darin eine unmittelbare, nicht bloß mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt“ (VwGH Zl. 93/10/162 v. 24.10.1994; zahlreiche weitere Nachweise bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*², E 46 zu § 8 AVG; *Hauer/Leukauf*, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens*⁵, S. 111 unter Nr. 8).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind somit zwei Tatbestandsmerkmale kumulativ erforderlich, um Parteistellung zu begründen: Erstens muss die Sachentscheidung einen bestimmenden Eingriff in die Rechtssphäre bedeuten und zweitens muss diese Entscheidung eine unmittelbare Wirkung entfalten. Diese Tatbestandsmerkmale treffen für Tele2 jedoch nicht zu, da aus § 34 Abs 1 TKG ein schutzwürdiges rechtliches Interesse der Tele2 nicht abgeleitet werden kann.

Die in der Vorschrift normierte, den Marktbeherrscher treffende Verpflichtung zur Beachtung des Nichtdiskriminierungsgebotes steht allgemein im öffentlichen Interesse. Aus der behördlichen Verpflichtung zu dessen Beachtung kann jedoch kein subjektives Recht abgeleitet werden (VwGH 30.9.1992, 89/03/0224; VwGH 29.9.1993, 92/03/0084; VwGH 26.4.1995, 93/03/0191; VwGH 10.12.1991, 91/04/0279: dem Bewerber einer Konzession steht kein aus dem Gesetz ableitbares rechtliches Interesse an der Rechtmäßigkeit und Richtigkeit einer Entscheidung in einem Verfahren über das Konzessionsansuchen eines Mitbewerbers zu). Aus der Verpflichtung der Behörde, bei ihrer Entscheidung die Interessen der wirtschaftlich Betroffenen zu berücksichtigen, folgt nicht, dass

diese Personen schon wegen dieser Verpflichtung der Behörde an der Sache vermöge eines Rechtsanspruchs oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind.

Die Interessen der Tele2 sind rein wirtschaftlicher Natur, die durch keine Rechtsvorschrift zu rechtlichen Interessen erhoben werden und damit keine Parteistellung begründen (etwa VwSlg 495 A/1948; VwGH 2.2.1990, 89/07/0189; 18.10.1994, 94/04/0016). Ebenso wenig vermag eine bloße Antragstellung ein rechtliches Interesse und damit eine Parteistellung im Verfahren zu begründen (vgl VwSlg 7544 A/1969, VwGH 18.6.1991, 90/05/0198, 90/05/0199, 90/05/0200, 90/05/0202, VwGH 18.9.1996, 96/12/0061)

Eine Bedeutung des Inhalts, dass § 34 TKG nicht nur dem öffentlichen Interesse dient, sondern zumindest auch als Schutznorm für Einzelne angesehen werden kann und daher ausreichen könne, um ein subjektives öffentliches Recht der Tele2 zu begründen, kann dieser Norm ebenfalls nicht beigelegt werden. Auch wenn § 34 Abs 1 TKG den marktbeherrschenden Anbieter auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit verpflichtet, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung Leistungen bereitzustellen, kann hieraus nicht schon abgeleitet werden, der Gesetzgeber habe diese Wettbewerber auch gegenüber der Regulierungsbehörde mit Verfahrensrechten ausstatten wollen.

Durch die diesbezüglich in der Literatur erörterten Meinungen wird die Rechtsansicht der Telekom-Control-Kommission im Ergebnis bestätigt. So vertritt etwa *Raschauer* (Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz 1143), dass Parteistellung Dritten zukomme, deren rechtliche Interessen (rechtlich geschützte Interessen) durch die gegen die Hauptpartei ergehende Entscheidung tangiert würden; „die mitbeteiligte Partei ist befugt, eine zu gewärtigende Beeinträchtigung der zu ‚ihrem‘ Schutz bestehenden Bestimmungen (Schutznormen) geltend zu machen“, und führt dann weiter aus (Rz 1144), dass eine solche mitbeteiligte Partei nur (in primär negatorischer Weise) die Schutznormen als subjektive Rechte geltend machen könne. Als Beispiel dafür nennt *Raschauer* § 74 Abs 2 Z 2 GewO, der (unter bestimmten Voraussetzungen) eine Genehmigungspflicht für Betriebsanlagen statuiert. Im Einklang mit § 74 Abs 2 Z 2 GewO räumt § 356 GewO Nachbarn von Betriebsanlagen Parteistellung im Genehmigungsverfahren ein. Diese Fallkonstellation ist aber mit der dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden nicht vergleichbar, da die Interessen der Nachbarn durch § 74 Abs 2 Z 2 GewO ausdrücklich zu rechtlichen Interessen erhoben werden. Des Weiteren sind die in § 74 Abs 2 Z 2 GewO erwähnten Interessen nicht wirtschaftlicher Natur; diejenigen der Tele2 hingegen sind ausschließlich wirtschaftlich begründet. Aus der bereits oben zitierten Judikatur ergibt sich hingegen, dass wirtschaftliche Interessen einer positiven Norm bedürfen, um als rechtliche Interessen anerkannt zu werden. Auch *Antoniolli/Koja* weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Tatsache, „dass eine Rechtsvorschrift dem Bürger Vorteile bringt“, für sich alleine noch kein subjektives Recht begründet, sondern nur eine günstige Reflexwirkung vermittelt (Allgemeines Verwaltungsrecht³, S. 298).

Eine Antragslegitimation der Tele2 kann auch nicht auf ein subjektives öffentliches Recht der Tele2 dahingehend gestützt werden, dass die Regulierungsbehörde das ihr in § 34 Abs 3 TKG eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei dergestalt auszuüben hätte, indem sie eine Anordnung zur Abstellung des behaupteten Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der TA in der von Tele2 beantragten Weise erließe, da eine derartige Reduzierung des in § 34 Abs 3 TKG eingeräumten Ermessens vorliegend nicht erkennbar ist. Eine derartige Ermessensreduktion lässt sich weder dem – weit formulierten –

Wortlaut des § 34 Abs 3 entnehmen, der es in die Diskretion der Regulierungsbehörde stellt, dem missbräuchlich agierenden Marktbeherrscher – unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips - ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen bzw. zu untersagen, noch ergibt sie sich aus der in § 34 Abs 4 TKG enthaltenen Vermutungsregel, da diese lediglich die Voraussetzungen dafür umschreibt, wann jedenfalls vom Vorliegen eines diskriminierenden Verhaltens des Marktbeherrschers auszugehen ist.

Vielmehr obliegt es der Regulierungsbehörde, darüber zu befinden, ob Verdachtsmomente für das Vorliegen eines derartigen Missbrauchs vorliegen, und von Amts wegen ein diesbezügliches Verfahren einzuleiten, in welchem allenfalls zu prüfen wäre, inwieweit TA die von Tele2 begehrten Leistungen für ihre eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt und inwieweit sie nach dem Nichtdiskriminierungsgebot – unter Berücksichtigung der hiermit verbundenen technischen und wirtschaftlichen Detailfragen - auch zu einer Bereitstellung derartiger Leistungen an ihre Wettbewerber verpflichtet ist.

Entscheidungspflicht

Schließlich erweist sich der Hinweis der Tele2, wonach die Entscheidungspflicht nach § 73 AVG auch in einem von Amts wegen durchzuführenden Verfahren durch einen Parteiantrag ausgelöst werden kann, zwar als richtig, doch für die Begründung von Parteistellung als nicht stichhaltig. Zum einen ist festzuhalten, dass § 73 AVG insbesondere für diejenigen Situationen geschaffen wurde, in denen eine Verwaltungsbehörde ihrer Entscheidungspflicht über Anträge und Berufungen nicht binnen der in § 73 Abs 1 AVG festgelegten Sechsmonatsfrist nachkommt, und für diesen Fall auf schriftlichen Antrag der Partei nach Fristablauf einen Zuständigkeitsübergang auf die sachlich ihn Betracht kommende Oberbehörde bzw. bei Berufungsmöglichkeit zum UVS auf den UVS normiert.

In der von Tele2 angeführten Judikatur wurde zB im Erkenntnis des VwGH, ZI 93/07/0123, eine gegen die Zurückweisung eines Devolutionsantrags durch den Obersten Agrarsenat beim BMLUF gerichtete Beschwerde u.a. unter Bezugnahme darauf abgewiesen, dass eine Entscheidungspflicht gem. § 73 AVG jedenfalls nur durch einen Antrag oder eine Berufung von Parteien ausgelöst werden könne; ein die Entscheidungspflicht auslösender Antrag war jedoch im der zit. Entscheidung zu Grunde liegenden Verfahren „weder im Gesetz vorgesehen noch wurde er gestellt“. Aus dem zitierten Erkenntnis kann jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass es sich bei der von der Behörde zu treffenden Entscheidung um eine Sachentscheidung handeln muss. Dies ergibt sich bereits aus der diesbezüglich eindeutigen Judikatur des VwGH: war das der Erledigung zu Grunde liegende Anbringen als förmlicher Parteiantrag aufzufassen, hatte die Behörde unter allen Umständen einen Bescheid zu erlassen, wobei ein solcher Bescheid auch bloß dahingehend lauten kann, dass der Partei der erhobene Anspruch auf einen in der Sache selbst eingehenden Bescheid nicht zusteht (VwGH 30.10.1930, A 884/30).

Wegen Fehlens der Antragslegitimation war der Antrag der Tele2 daher im Ergebnis zurückzuweisen.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Im Übrigen weist die Telekom-Control-Kommission darauf hin, dass sie das Vorbringen der Tele2 zum Anlass nimmt, gegen die TA von Amts wegen ein Verfahren nach § 34 TKG einzuleiten.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 03.06.2002

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann