

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/10/18 2003/03/0110

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.10.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13103020;  
E3L E13206000;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs2;  
AVG §37;  
AVG §59 Abs1;  
AVG §76;  
B-VG Art130 Abs1;  
B-VG Art131 Abs1 Z1;  
EURallg;  
TKG 1997 §41 Abs3;  
VwGG §28 Abs1 Z4;  
VwGG §28 Abs1 Z6;  
VwGG §34 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Beachte

Vorabentscheidungsverfahren:\* Ausgesetztes Verfahren: 99/03/0471 B 29. Jänner 2003 \* EuGH-Entscheidung: EuGH 61999CJ0462 22. Mai 2003

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Kleiser und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, in der Beschwerdesache der UTA Telekom AG in Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien,

Seilergasse 16, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11. November 1999, ZI Z 8/99-90, betreffend Zusammenschaltung (mitbeteiligte Partei: Mobilkom Austria Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2),

## **Spruch**

1. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt A. des angefochtenen Bescheides richtet, zurückgewiesen.

2. über die Beschwerde zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seines Spruchpunktes C.2. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

1.1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurden gemäß § 41 Abs 3 iVm § 111 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 188/1999 (TKG), für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der beschwerdeführenden Partei im Wege des Transits über die Telekom Austria AG (TA) (sogenannte "indirekte Zusammenschaltung") die Bedingungen gemäß Spruchpunkt A. angeordnet.

Spruchpunkt A. enthält die für die angeordnete indirekte Zusammenschaltung geltenden generellen Bedingungen. Im gegenständlichen Zusammenhang zweckmäßige technische und betriebliche Detailregelungen, Preise und sonstige Detailregelungen (insbesondere den wechselseitigen Zugang zu den tariffreien Diensten betreffend) sind als Anhänge beigefügt und als solche Bestandteil dieser Anordnung. So definiert etwa Anhang 2 die Gesprächstypen, in Anhang 3 werden die Zusammenschaltungsentgelte für die Terminierung geregelt, Anhang 4 enthält Regelungen betreffend Zugang zu den tariffreien Diensten einschließlich Zusammenschaltungsentgelte für die Originierung. In der Begründung wird darauf hingewiesen, von der belangten Behörde sei mit dem rechtskräftigen Bescheid der belangten Behörde vom 23. Juli 1999, ZI M 1/99-256, festgestellt worden, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefoniedienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes sowie auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltungsleistungen in Österreich jeweils über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Im Übrigen wird - um Wiederholungen zu vermeiden - auf das hg Erkenntnis vom 25. Februar 2004, ZI 2003/03/0109 verwiesen.

Im Spruchpunkt C.1. werden gemäß § 83 Abs 2 und 3 TKG Informationspflichten der beschwerdeführenden sowie der mitbeteiligten Partei angeordnet.

Im Spruchpunkt C.2. "Kosten der Sachverständigen Univ. Prof. Dr. Dockner und Univ. Prof. Dr. Zechner" wurde ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin die Sachverständigengebühren für die Genannten gemäß § 53a und § 76 AVG in der Höhe von S 240.000,-- zu tragen habe.

In der Begründung des bekämpften Bescheides wird unter anderem ausgeführt, dass die nichtamtlichen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens über die Bestimmung von Kapitalkosten der mitbeteiligten Partei unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für mobile Sprachtelefonie im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen der mitbeteiligten Partei beauftragt worden seien. Ferner wird bezüglich des Spruchpunktes C.2. Folgendes festgehalten:

"Unter Punkt 2 des Spruchpunktes C wurde über die Sachverständigengebühren abgesprochen. Gemäß §§ 53a und 76 AVG hat die UTA Telekom AG die Sachverständigengebühren für o. Univ.- Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und o. Univ.- Prof. Mag. Dr. Josef Zechner zu tragen, da die UTA Telekom AG als Antragsteller iS v § 76 AVG zu werten ist. Gemäß § 76 AVG hat, wenn einer Behörde bei einer Amtshandlung Barauslagen erwachsen, dafür, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch dies(e) Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen

zustehen. Die Höhe der Gebühren bemißt sich aus den Gesamtkosten der Gutachtenserstellung in Höhe von ATS 240.000 (incl. USt). Die UTA Telekom AG hat daher die Sachverständigenkosten in der Höhe von ATS 240.000 (incl. USt.) zu tragen."

1.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende

Beschwerde, an deren Beginn Folgendes ausgeführt wird:

"Angefochten werden die nachfolgenden Teile des bekämpften

Bescheides:

-

in der Zusammenschaltungsanordnung, Spruchpunkt A des bekämpften Bescheides, die Entgeltfestlegungen in Anhang 3, Pkt 1;

-

in der Zusammenschaltungsanordnung, Spruchpunkt A des bekämpften Bescheides, die Entgeltfestlegungen in Anhang 4 Pkt 3.1;

-

Spruchpunkt C des bekämpften Bescheides.

Der Bescheid leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhalts als auch an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften."

Die Beschwerdepunkte werden in der Beschwerde wie folgt festgelegt:

"Der angefochtene Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht darauf, einem marktbeherrschenden Netzbetreiber Zusammenschaltungsentgelte lediglich in kostenorientierter Höhe, und zwar auf der Basis des Kostenstandards der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten ('forward-looking long run average incremental costs' - 'FL-LRAIC') bezahlen zu müssen und in ihrem Recht darauf, daß die der Beschwerdeführerin zustehenden Zusammenschaltungsentgelte angemessen, aber nicht kostenorientiert sein müssen.

Weiters verletzt der angefochtene Bescheid die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Parteigehör.

Die Beschwerdeführerin wird zuletzt auch in ihrem Recht auf Anordnung einer gesetzes- und europarechtskonformen Kostentragungsregel hinsichtlich der Kosten der Sachverständigen verletzt, und insbesondere in ihrem Recht darauf, keine Sachverständigenkosten dafür tragen zu müssen, daß ein marktbeherrschender Betreiber keine höheren als kostenorientierte Zusammenschaltungsentgelte verlangen darf."

Ferner stellte die Beschwerdeführerin in der Beschwerde

folgende Anträge:

"Die Beschwerdeführerin stellt daher den Antrag,

der Verwaltungsgerichtshof möge

1. Spruchpunkt A, Anhang 3 Pkt 1. und Anhang 4 Pkt 3.1 sowie Spruchpunkt C des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von wesentlicher Verfahrensvorschriften aufheben und

2. der Beschwerdeführerin Kostenersatz im gesetzlichen Ausmaß und Ersatz ihrer sonstigen Aufwendungen (Stempelgebühren in der Höhe von ATS 2.500,-) zuzuerkennen."

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Erstattung von Gegenschritten seitens der belangten Behörde und der mitbeteiligten Partei - hinsichtlich des Spruchpunktes A. des angefochtenen Bescheides in einem gemäß § 12 Abs 3 VwGG gebildeten Senat - erwogen:

2.1. Auf dem Boden des Gesagten richtet sich die vorliegende Beschwerde gegen die Spruchpunkte A und C.2. des angefochtenen Bescheides.

2.2. Mit hg Erkenntnis vom 9. September 2003, ZI 2003/03/0095, auf welches gemäß § 43 Abs 2 VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der auch im Beschwerdefall geltenden Rechtslage (TKG idF vor der Novellierung durch das Bundesgesetz BGBl I Nr 26/2000) gemäß Art 133 Z 4 B-VG Angelegenheiten, über die die belangte Behörde entschieden hat, nach österreichischem nationalen Recht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgenommen waren und dass sich die vom EuGH mit Urteil vom 22. Mai 2003 (Rechtssache C- 462/99) aus Art 5a Abs 3 der Richtlinie 90/387/EWG idF der Richtlinie 97/51/EG abgeleitete Verpflichtung des Verwaltungsgerichtshofes zur Nachprüfung nur auf den Schutz der dem einzelnen vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten materiellen Rechte, nicht aber auch auf den Schutz bloß im nationalen Recht verankerter individueller Rechte beziehen kann.

2.3. Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, dass die Zusammenschaltungsentgelte einen wesentlichen, das Äquivalenzgefüge bestimmenden Bestandteil einer Zusammenschaltungsanordnung - wie sie vorliegend unter Spruchpunkt A getroffen wurde - darstellen (vgl etwa das hg Erkenntnis vom 8. September 2004, ZI 2001/03/0331, mwH). Aus dem zuletzt genannten Erkenntnis, auf das gemäß § 43 Abs 2 VwGG verwiesen wird, ergibt sich ferner, dass die Regelung der Zusammenschaltungsentgelte - auf die die Anfechtung und das Aufhebungsbegehren der beschwerdeführenden Partei gerichtet sind - als nicht trennbar von Art und Umfang der Zusammenschaltung anzusehen ist.

Aus der Beschwerde ist aber der eindeutige Wille der beschwerdeführenden Partei zu ersehen, dass die Beschwerde lediglich auf Aufhebung der im oben wiedergegebenen Antrag (vgl § 28 Abs 1 Z 6 VwGG) genannten Teile des Spruchpunktes A. gerichtet ist. Im Hinblick auf die Eindeutigkeit und Übereinstimmung der Anfechtungserklärung zu Beginn der Beschwerde sowie des Aufhebungsantrags der Beschwerdeführerin kann von einem Vergreifen im Ausdruck keine Rede sein.

Da nach der hg Rechtsprechung (vgl den Beschluss vom 25. Februar 1992, ZI 91/04/0126, auf den gemäß § 43 Abs 2 und 9 VwGG verwiesen wird) ein untrennbarer Teil eines Bescheides nicht bekämpft werden kann, war die Beschwerde, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt A. des bekämpften Bescheids richtet, gemäß § 34 Abs 1 VwGG wegen offenkundiger Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

2.4. Mit ihrem gegen den ihr im - vom Spruchpunkt A. trennbaren - Spruchpunkt C.2. aufgetragenen Ersatz von Sachverständigenkosten gerichteten Hinweis auf Art 7 Abs 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG ist der Beschwerde Erfolg beschieden.

Art 7 Abs 1 und 2 sowie Anhang I Abschnitt 3 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl Nr L 199 vom 26. Juli 1997, S 32-52, lauten wie folgt:

"Artikel 7

Grundsätze für Zusammenschaltungsentgelte und Kostenrechnungssysteme (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absätze 2 bis 6 auf Organisationen angewandt werden, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden.

(2) Die Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung. Die Beweislast, dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten, liegt bei der Organisation, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Die nationalen Regulierungsbehörden können eine Organisation dazu auffordern, ihre Zusammenschaltungsentgelte vollständig zu begründen, und gegebenenfalls eine Anpassung von Entgelten verlangen. Dieser Absatz gilt auch für die in Anhang I Abschnitt 3 aufgeführten Organisationen, die von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet werden."

"ANHANG I

SPEZIFISCHE ÖFFENTLICHE TELEKOMMUNIKATIONSNETZE UND FÜR DIE

## ÖFFENTLICHKEIT ZUGÄNGLICHE TELEKOMMUNIKATIONSDIENSTE

(nach Artikel 3 Absatz 2)

Den nachstehend aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetzen und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten wird auf europäischer Ebene entscheidende Bedeutung beigemessen. Für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht, die die nachstehenden öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste anbieten, gelten hinsichtlich Zusammenschaltung und Zugang Sonderverpflichtungen gemäss Artikel 4 Absatz 2, Artikel 6 und Artikel 7.

.....

### Abschnitt 3

#### Öffentliche mobile Telefonnetze

Ein öffentliches mobiles Telefonnetz ist ein öffentliches Telefonnetz, dessen Netzabschlusspunkte sich nicht an festen Standorten befinden.

#### Öffentliche mobile Telefondienste

Ein öffentlicher mobiler Telefondienst ist ein Telefondienst, dessen Bereitstellung ganz oder teilweise im Aufbau einer Funkverbindung zu einem mobilen Benutzer besteht und der sich dazu ganz oder teilweise eines öffentlichen mobilen Telefonnetzes bedient."

Vorliegend ist es unstrittig, dass der mitbeteiligten Partei auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes sowie auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltungsleistungen in Österreich jeweils eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Damit ist diese als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht im Sinn des Art 7 Abs 2 letzter Satz leg cit anzusehen. Nach der inhaltlich unbedingten, hinreichend bestimmten und damit vorliegend unmittelbar anzuwendenden Regelung des Art 7 Abs 2 leg cit trifft sie, soweit sie die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt, die Beweislast dafür, dass sich Zusammenschaltungsentgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten.

Insoweit ist damit eine Beweislast der beschwerdeführenden Partei nicht gegeben. Trifft aber eine Partei keine Beweislast im Sinn der genannten Bestimmung, ist es ausgeschlossen, dass sie (insoweit) mit Kosten für den Nachweis von Tatsachen belastet wird, für die eine andere Partei die Beweislast trifft.

Dies hat die belangte Behörde nicht berücksichtigt, wenn sie bei ihrer Beurteilung betreffend den in Spruchpunkt C.2. des angefochtenen Bescheides vorgesehenen Ersatz von Sachverständigengebühren lediglich - im Sinn des § 76 AVG - darauf abstellte, welche Partei den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Derart hat die belangte Behörde die Rechtslage verkannt.

2.5. Auf dem Boden des Gesagten war der angefochtene Bescheid daher im Umfang seines Spruchpunktes C.2. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

2.6. Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere § 50 VwGG iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003, BGBl II Nr 333.

Wien, am 18. Oktober 2005

### **Schlagworte**

Trennbarkeit gesonderter Abspruch Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweislast Besondere Rechtsgebiete Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Gemeinschaftsrecht Richtlinie unmittelbare Anwendung EURallg4/1

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

ECLI:AT:VWGH:2005:2003030110.X00

**Im RIS seit**

16.11.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

03.05.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

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