

TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/6 2003/03/0140

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.09.2005

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E13103020;
E3L E13206000;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art12 Abs7 idF 31998L0061;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art2 Abs1 lita;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art3 Abs2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;
31998L0061 Nov-31997L0033;
AVG §58 Abs2;
AVG §60;
EURallg;
TKG 1997 §1;
TKG 1997 §32 Abs1;
TKG 1997 §41 Abs3;
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

Beachte

Vorabentscheidungsverfahren:* Ausgesetztes Verfahren: 2000/03/0134 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 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 Partnerschaft von Rechtsanwälten in

1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 9. Februar 1999, ZI Z 12/98-25, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: ONE GmbH (früher: Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) in 1210 Wien, Brünner Straße 52), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

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

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid ordnete die belangte Behörde gemäß § 41 Abs 3 in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 idFBGBl I Nr 27/1999 ("TKG"), auf Antrag der mitbeteiligten Partei ergänzend zum Zusammenschaltungsvertrag vom 27. März 1998 weitere Bedingungen für die Zusammenschaltung des öffentlichen mobilen Telekommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen festen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin an, nämlich betreffend Zugang zu tariffreien Diensten (Spruchpunkt I.1. - Anhang 11 zum bestehenden Zusammenschaltungsvertrag) sowie die wechselseitige Erreichbarkeit von personenbezogenen, Mehrwert- und Sonderdiensten (Spruchpunkte I.2. und I.3.).

Unter Punkt 1 des Anhanges 11 wird zunächst festgelegt, dass die Beschwerdeführerin ("TA") den Teilnehmern der mitbeteiligten Partei (als Mobilnetzbetreiber) "ehestmöglich ab Zustellung dieses Bescheides den unbeschränkten Zugang zu den tariffreien Diensten, die unter Nutzung einer von ihren Kunden erreichbaren Teilnehmernummer innerhalb des Nummernbereiches 0800 bis 0804 in ihrem eigenen Netz angeboten werden, (ermöglicht)". Eine inhaltsgleiche Verpflichtung wird der mitbeteiligten Partei auferlegt.

Punkt 3 ("Entgelte") lautet auszugsweise:

"3.1.

Je nach Art der Heranführung der Verbindung durch die TA zum betreffenden Netzübergangspunkt des Zusammenschaltungspartners hat der Zusammenschaltungspartner ein Entgelt von öS 0,25/min exkl. USt (bei einem HVSt-Durchgang) bzw. ein Entgelt von öS 0,52/min exkl. USt (bei zwei HVSt-Durchgängen) zu entrichten.

3.2.

Das Entgelt für die Heranführung der Verbindung durch den Zusammenschaltungspartner zum betreffenden Netzübergangspunkt der TA ist bilateral zu vereinbaren; sofern keine Vereinbarung erfolgt, ist von der TA ein dem Verkehrstyp P8 entsprechendes Entgelt zu entrichten.

3.3.

...

Diese Zusammenschaltungsentgelte gelten, sofern die Parteien keine abweichenden Vereinbarungen treffen, für Leistungen, die zwischen den Parteien im Zeitraum von der Rechtskraft dieser Anordnung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über einen Antrag der TA zur Änderung ihrer Sprachtelefonie-Endkundentarife erbracht werden; jedenfalls aber nicht länger als bis zum 31.12.1999."

Hinsichtlich der wechselseitigen Erreichbarkeit von personenbezogenen Diensten und Mehrwertdiensten (Spruchpunkt I.2.) ebenso wie von Sonderdiensten (Spruchpunkt I.3.), jeweils aus dem öffentlichen mobilen Telekommunikationsnetz der mitbeteiligten Partei und dem öffentlichen festen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin, wird als Voraussetzung das Bestehen eines gültigen Zusammenschaltungsvertrages oder einer gültigen Zusammenschaltungsanordnung zwischen den Parteien normiert.

Entsprechend Punkt 3.1. ("Diensteentgelt") werden die Entgelte für die Inanspruchnahme des Dienstes der Beschwerdeführerin jeweils in (Unter-)Anhang 1 der Spruchpunkte I.2. und I.3. geregelt und richten sich nach dem Netzübergangspunkt der Beschwerdeführerin und der Anzahl der HVSt-Durchgänge.

Unter Punkt 16.1 ("Anordnungsdauer") wird festgelegt, dass die Anordnung mit Zustellung des Bescheides in Kraft trete und auf unbefristete Zeit gelte. Das Zusammenschaltungsverhältnis ende jedoch ohne Kündigung automatisch, wenn die Konzession einer Partei zur Erbringung von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit erlösche oder

zwischen den Parteien kein gültiger Zusammenschaltungsvertrag bzw keine gültige Zusammenschaltungsanordnung mehr bestehe.

Punkt 16.3 ("Öffnungsklausel; Nichtdiskriminierung") lautet:

"Ab dem 30.9.1999 können einander die Anordnungsparteien wechselseitig allfällige Änderungswünsche für diese Zusammenschaltungsanordnung für eine einvernehmliche Änderung mitteilen und unverzüglich Verhandlungen darüber aufnehmen. Es steht jeder Partei frei, die Regulierungsbehörde betreffend die Anordnung einer Nachfolgeregelung anzurufen, wenn und soweit binnen 6 Wochen ab Einlangen eines mit Gründen versehenen Änderungswunsches keine Einigung erfolgt ist. Diesfalls endet dieses Zusammenschungsverhältnis mit Rechtskraft des Bescheides der Regulierungsbehörde.

Sollte die Regulierungsbehörde über die gegenständlichen Zusammenschaltungsleistungen im Verhältnis zwischen der TA und einem anderen Netzbetreiber rechtskräftig absprechen, so kann jede Vertragspartei auch ohne Kündigung eine entsprechende Anpassung dieses Vertrages verlangen. Kommt innerhalb von 6 Wochen ab Einlangen eines solchen Anpassungswunsches keine Einigung zustande, steht es jeder Partei frei, die Regulierungsbehörde anzurufen. Diesfalls endet dieses Zusammenschungsverhältnis mit Rechtskraft des Bescheides der Regulierungsbehörde."

Anhang 1, Punkt 1.2. von Spruchpunkt I.2. ("Tarife") lautet:

"Für Anrufe aus dem Connect-Netz an die TA werden der TA in Rechnung gestellt:

Für den Dienst 071x - 074x

P 8

Für den Dienst 090x - 093x

P 8

Für Anrufe aus dem TA-Netz an Connect werden Connect in Rechnung gestellt:

Für den Dienst 071x - 074x

ATS 1,40

Für den Dienst 090x - 093x

ATS 1,40"

Anhang 1, Punkt 1.2. von Spruchpunkt I.3. ("Tarife") lautet:

"Sonderdienste

(ausg. KRN 17xx)

Die TA erhält

ATS Set up

ATS / Minute

Tag

1,139

1,357

Nacht

0,557

0,656

...

Kurzrufnummer 17xx:

...

Entgelt-Preise:

Für die Zustellung wird als Minutenentgelt der Betrag der jeweiligen Verbindungsart plus ATS 0,10 (exkl. USt) in Rechnung gestellt.

Auskunftsdienste 1611, 1612, 1613 und 1614

Für Anrufe zu den Rufnummern 1611, 1612, 1613 und 1614, die bis zum 31.12.1998 stattfanden, werden Connect Terminierungsentgelte V3/V4 in Rechnung gestellt. Für den Zeitraum ab 1.1.1999 sind die Zugangsentgelte zwischen den Parteien neu zu verhandeln."

Unter Spruchpunkt I.4. werden weitere Anträge abgewiesen, unter Spruchpunkt I.5. Informationspflichten festgelegt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus:

Es bestehe keine Vereinbarung über den gegenseitigen Zugang zu den nun im Bescheid geregelten Diensten, weil der Zusammenschaltungsvertrag vom 21. Dezember 1998 nur das Zusammenschungsverhältnis mit der mitbeteiligten Partei als Festnetzbetreiberin, der Zusammenschaltungsvertrag vom 27. März 1998 nicht die Leistungen des wechselseitigen Zugangs zu den nun im Bescheid geregelten Diensten regle. Der Zusammenschaltungsvertrag vom 27. März 1998 sei zwar mit 31. Dezember 1998 befristet gewesen, jedoch über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt worden, ohne dass die Beschwerdeführerin, die bloß unsubstantiierte "Änderungswünsche" angemeldet habe, die Regulierungsbehörde angerufen habe. Ausgehend vom (hypothetischen) Parteiwillen, wonach bei Änderungswünschen die Regulierungsbehörde anzurufen sei, gelte der Vertrag als fortgesetzt, zumal die Partner des Vertrages nach wie vor Zusammenschaltungsleistungen vertragsgemäß abwickelten. Auf Grund der Subsidiarität einer Anordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG gegenüber einer bestehenden Vereinbarung habe sich die Anordnung - als Anhang - daher auf die im Vertrag nicht normierte Regelung des wechselseitigen Zugangs zu den gegenständlichen Diensten zu beschränken.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin seien die beantragten Dienste als Zusammenschaltungsleistungen zu qualifizieren: Der gewünschte Netzzugang solle der Zusammenschaltung dienen. Die Beschwerdeführerin als Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit marktbeherrschender Stellung treffe gemäß § 37 TKG die Verpflichtung, anderen Nutzern Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz zu ermöglichen. Netzzugang bedeute die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen bzw Teilen davon. Es solle den Nutzern, daher auch der mitbeteiligten Partei, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation ermöglicht werden. Die Ermöglichung der gegenseitigen Erreichbarkeit von personenbezogenen, Mehrwert- und Sonderdiensten durch die Endkunden des jeweils anderen Netzbetreibers bedeute nichts anderes als eine Gesprächszustellung. Dieses Ergebnis entspreche den Intentionen des TKG ebenso wie dem Gemeinschaftsrecht, demzufolge die Zusammenschaltung als Verbindung von Telekommunikationsnetzen dazu dienen solle, den Benutzern einer Organisation den Zugang zu den von einer anderen Organisation angebotenen Diensten zu ermöglichen. Auch der Zugang zu personenbezogenen, Mehrwert- und Sonderdiensten falle daher unter den europarechtlichen Begriff der Zusammenschaltung gemäß Art 2 Abs 1 lit a der Richtlinie 97/33/EG.

Der Inhalt der Anordnung solle - vertragsersetzend - unter Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen einen gerechten Ausgleich der Interessen im Sinne einer vertraglichen Äquivalenz anstreben. Die belangte Behörde sei bei der Festlegung der Bedingungen der Zusammenschaltung insbesondere an den für Netzzugang allgemein in Art 3 Abs 3 RL 90/387/EWG idgF und für die Zusammenschaltung speziell in Art 6 lit a RL 97/33/EG niedergelegten Grundsatz des gleichwertigen Zugangs bzw der Nichtdiskriminierung gebunden. Diese Bindung an den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bei der Festlegung von Bedingungen des Zugangs zum Netz des marktbeherrschenden Unternehmens ergebe sich weiters aus Art 5 bzw 90 EGV iVm Art 85 und 86 EGV. Dieser Grundsatz werde auch in § 32 Abs 1 Z 1 und § 34 Abs 1 TKG normiert. Die Regulierungsbehörde dürfe im Verfahren nach § 41 Abs 3 TKG daher nur bei sachlicher Rechtfertigung gegenüber verschiedenen Netzbetreibern von einander abweichende Bedingungen für die Zusammenschaltung mit dem Netz des marktbeherrschenden Unternehmens festlegen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, § 34 TKG biete keine Grundlage für ihre Verpflichtung, Wettbewerbern Zugang zu gewähren, weil

sie bei den relevanten Diensten nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, stellten die hier geregelten Bereiche bloß ein Segment des Marktes für feste öffentliche Sprachtelefonie dar: Die Beschwerdeführerin erbringe diese Dienste über ihr eigenes festes Netz, es handle sich dabei um "gewöhnliche Sprachtelefonverbindungen", bei denen lediglich das Entgelt nicht dem Anrufer, sondern dem Angerufenen angelastet werde (bezogen auf die tariffreien Dienste). Es bedürfe daher keiner Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne des § 33 TKG auf diesen Marktsegmenten. Ihre Marktbeherrschung auf dem Gesamtmarkt für feste öffentliche Sprachtelefonie sei im Bescheid der belangten Behörde vom 14. Mai 1998, M 1/98, rechtskräftig festgestellt worden und dauere weiter an. Die Beschwerdeführerin sei daher verpflichtet, hinsichtlich ihrer Netzzugangsleistungen, die sie sich selbst oder am Markt anbiete, gleichwertige Bedingungen unter vergleichbaren Umständen in derselben Qualität allen Bewerbern einzuräumen. Im Rahmen des wechselseitigen Zugangs zu tariffreien Diensten habe die Beschwerdeführerin daher auch gegenüber der mitbeteiligten Partei die mit den Bescheiden vom 5. Oktober 1998, Zlen Z 1/98-95 u.a., im Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und anderen Wettbewerbern festgelegten Zusammenschaltungsbedingungen einzuhalten. Dies betreffe insbesondere die Pflicht der Beschwerdeführerin zur Erbringung der Originierungsleistung gegen die Bezahlung eines Entgelts von öS 0,25 bzw öS 0,52 pro Minute.

Zur Höhe der Zusammenschaltungsentgelte führte die belangte Behörde insbesondere aus, die Beschwerdeführerin sei gemäß § 41 Abs 3 TKG und §§ 8 und 9 ZVO zur Kostenorientierung ihrer Zusammenschaltungsentgelte verpflichtet. Die Kosten der Beschwerdeführerin für die Gewährung des wechselseitigen Zugangs zu tariffreien Diensten, berechnet nach dem Kostenstandard FL-LRAIC, seien durch die betriebswirtschaftlichen Amtssachverständigen Mag. Roland Belfin und Dr. Martin Lukanowicz bereits im Rahmen der Verfahren ZI Z 1/98 u.a. in der Höhe von öS 0,25 (bei einem HVSt-Durchgang) bzw öS 0,52 (bei zwei HVSt-Durchgängen) pro Minute exkl. USt ermittelt worden. Aus diesem Grund sei das Entgelt für die Erbringung einer Originierungsleistung zu einem tariffreien Dienst im Netz des Zusammenschaltungspartners durch die Beschwerdeführerin auch in diesem Verfahren in der den Kosten entsprechenden Höhe festzusetzen gewesen.

Auch das Entgelt für die Originierungsleistung der mitbeteiligten Partei sei - als ein *essentiale negotii* - festzusetzen gewesen. In den Bescheiden in den Verfahren Zlen Z 1/98 u.a. sei entsprechend dem Grundsatz der Reziprozität das sich aus den Kosten der Beschwerdeführerin ergebende Entgelt für die Originierungsleistung auch in der selben Höhe als Entgelt für die Originierungsleistung des Zusammenschaltungspartners festgesetzt worden. Im Unterschied zu den bisher von der belangten Behörde getroffenen Zusammenschaltungsanordnungen, welche lediglich die Zusammenschaltung öffentlicher fester Netze untereinander betroffen hätten, habe die gegenwärtige Anordnung die Zusammenschaltung eines öffentlichen mobilen Netzes mit dem öffentlichen festen Netz der Beschwerdeführerin zum Gegenstand. Die Kostenstruktur von mobilen Netzen sei jedoch deutlich unterschiedlich von jener fester Netze, was sich schon aus der unterschiedlichen Netzstruktur ergebe. Aus diesen Gründen verursache die Inanspruchnahme eines mobilen Netzes höhere Kosten als die Inanspruchnahme fester Netze. Dies sei schon aus den höheren Endkundertarifen sowie aus den höheren Zusammenschaltungsentgelten für die Inanspruchnahme mobiler Netze ersichtlich. Auch bezahle die Beschwerdeführerin selbst ihrer eigenen Tochter Mobilkom Austria AG Zusammenschaltungsentgelte, die deutlich über jene lägen, welche die Mobilkom der Beschwerdeführerin für die reziproke Zusammenschaltungsleistung zu bezahlen habe. Diese Unterschiedlichkeit verbiete es, das Prinzip der Reziprozität bei der Festlegung von Entgelten für die Zusammenschaltung mobiler öffentlicher Netze und fester öffentlicher Netze heranzuziehen. Das Entgelt für die Originierungsleistung der mitbeteiligten Partei im Falle eines Anrufes aus ihrem Netz zu einem tariffreien Dienst der Beschwerdeführerin müsse daher nach anderen Kriterien ermittelt werden. Die mitbeteiligte Partei sei als nicht marktbeherrschend einzustufen und gemäß Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG sowie § 41 Abs 3 letzter Satz TKG nicht dazu verpflichtet, kostenorientierte Zusammenschaltungsentgelte anzubieten. Die belangte Behörde habe im Rahmen ihrer schiedsrichterlichen Funktion im Verfahren nach § 41 Abs 3 TKG ein Entgelt festzusetzen, das "dem aktuell geäußerten oder dem fiktiven Willen redlicher Verhandlungsparteien möglichst entspricht". Dazu könne auf die von der Beschwerdeführerin in den Vertragsentwürfen vom 3. Juli 1998 (betreffend den wechselseitigen Zugang zu tariffreien Diensten) vorgeschlagenen Entgelte zurückgegriffen werden. Trotz Bemessung ihrer eigenen Originierungsleistung mit öS 1,25/min habe sie ein Entgelt für die Originierungsleistung der mitbeteiligten Partei in anderer Höhe, nämlich in der Höhe des Entgelts für die Verkehrsart P 8 (Terminierung eines Rufes aus dem Festnetz im Mobilnetz) vorgeschlagen, wie dies nunmehr im Verfahren auch von der mitbeteiligten Partei beantragt werde. Noch am 20. Oktober 1998 sei das Zusammenschaltungsentgelt von öS 2,70/min für die Originierungsleistung der mitbeteiligten Partei vom

beiderseitigen Konsens umfasst gewesen, zumal nur noch "redaktionelle Änderungen" vorzunehmen gewesen wären und bloß Meinungsverschiedenheiten über die Öffnungsklausel das Zustandekommen eines Vertrages verhindert hätten. Das Entgelt für die Originierungsleistung der mitbeteiligten Partei, welches von dieser mit "ein dem Verkehrstyp P 8 entsprechendes Entgelt von öS 2,70/min exkl. USt" beantragt worden sei, habe in Punkt 3.2 des Anhanges 11 mit "ein dem Verkehrstyp P 8 entsprechendes Entgelt" festgelegt werden können, weil die zusätzliche Angabe eines absoluten Preises redundant sei, zumal bereits im Vertrag vom 27. März 1998 ein Entgelt von öS 2,70/min für P 8 vereinbart worden sei. Die allgemeinere Formulierung solle in der Zukunft Anpassungen des Entgelts für P 8 ermöglichen.

Auch hinsichtlich des wechselseitigen Zugangs zu personenbezogenen Diensten und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten seien von der Beschwerdeführerin am 3. Juli 1998 Vertragsentwürfe übermittelt worden, wobei das Zustandekommen eines Vertrages lediglich von den Meinungsverschiedenheiten über die Öffnungsklausel verhindert worden sei. Ausgehend von dem in § 41 Abs 3 TKG zu Tage tretenden öffentlichen Interesse am raschen Zustandekommen von Zusammenschaltungsverträgen und der Subsidiarität von behördlichen Anordnungen gegenüber vertraglichen Einigungen müssten die Verhandlungspartner zügige und ernsthafte Verhandlungen führen und dabei die Grundsätze von Treu und Glauben einhalten, weshalb sie nicht "Scheinangebote" legen dürften, die sie später nicht einzuhalten gewillt seien. Daraus ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin zumindest verpflichtet sei, alle Gründe für eine allfällige Änderung ihrer Position ausführlich darzulegen und die entsprechenden, ihr Vorbringen stützenden, Beweise anzubieten. Die späten Änderungswünsche der Beschwerdeführerin im nunmehrigen Verfahren könnten daher nur dann als Verhandlungsposition einer redlichen Verhandlungspartei berücksichtigt werden, wenn für diese Änderung der Position eine besondere sachliche Rechtfertigung dargetan werden könne, was der Beschwerdeführerin nicht gelungen sei. Die Beschwerdeführerin sei daher auf die von ihr selbst der mitbeteiligten Partei am 3. Juli 1998 angebotenen Zusammenschaltungsentgelte von P 8 (C-T) bzw öS 1,40/min (T-C) zu verweisen.

Die Heranziehung der Bedingungen für die Zusammenschaltung entsprechend der Vertragsentwürfe der Beschwerdeführerin vom 3. Juli 1998 gelte auch für den wechselseitigen Zugang zu Sonderdiensten.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestehe auch ein legitimes Interesse der mitbeteiligten Partei an der Aufnahme einer "Öffnungsklausel" in zweifacher Hinsicht: Die mitbeteiligte Partei habe das Recht, zur Vermeidung von offenkundigen Diskriminierungen eine Vertragsanpassung an andere Entscheidungen der Regulierungsbehörde zu verlangen. Zusätzlich könne sie von sich aus die Regulierungsbehörde - auch während der Geltungsdauer des Vertrages, ohne Kündigung des Zusammenschaltungsvertrages - anrufen, falls eine Einigung über bekannt gegebene Änderungswünsche nicht zustande komme. Eine solche Öffnungsklausel habe die Beschwerdeführerin zudem schon mit zahlreichen anderen Netzbetreibern vereinbart.

Mit Beschluss vom 28. Februar 2000, B 524/99, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der gegen diesen Bescheid von der Beschwerdeführerin erhobenen Beschwerde ab und trat diese mit dem weiteren Beschluss vom 4. Mai 2000 gemäß Art 144 Abs 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde und führte die Beschwerdepunkte wie folgt aus:

"Der angefochtene Bescheid verletzt die Telekom Austria in ihrem gemäß § 41 TKG gewährleisteten Recht darauf, dass nur Zusammenschaltungsleistungen, nicht aber sonstige Telekommunikationsdienste (nämlich tariffreie Dienste, personenbezogene Dienste, Sonderdienste und Mehrwertdienste), in einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG angeordnet werden. Der Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin weiters in ihrem Recht auf kostenorientierte Festlegung von Entgelten für tariffreie Dienste. Der angefochtene Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin auch in ihrem durch die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte gewährleisteten Erwerbsfreiheits- und Eigentumsrecht, dass ihr für die erwähnten Dienste nicht-kostendeckende Entgelte nicht vorgeschrieben werden sowie im gemeinschaftsrechtlichen Recht darauf, nicht zur Unterstützung ihrer Wettbewerber durch nicht-kostendeckende Preise verhalten zu werden. Der Bescheid verletzt die Telekom Austria sodann in ihrem Recht auf Festlegung angemessener Bedingungen in Bezug auf ihre Leistungspflichten und Entgeltzahlungspflichten gegenüber dem gegenbeteiligten

Vertrags(zusammenschaltungs)partner. Letztlich verletzt der angefochtene Bescheid die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Durchführung eines eigenständigen Ermittlungsverfahrens, im Recht auf Anhörung durch die Behörde sowie in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer Öffnungsklausel gemäß § 41 TKG."

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde in einem gemäß § 12 Abs 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwo-gen:

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. Daraus folgt, dass auch im Beschwerdefall auf das eine Verletzung lediglich letzterer Rechte betreffende Beschwerdevorbringen nicht einzugehen ist.

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechtes sind folgende Fragen wesentlich:

1. Zugang zu tariffreien Diensten und Sonderdiensten im Rahmen der Zusammenschaltung:

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass die genannten Zugänge nicht dem Begriff der Zusammenschaltung unterfielen, weshalb der bekämpften Anordnung die Rechtsgrundlage fehle, was den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belaste. Die Verbindung von Gesamtnetzen sei nur dann "Zusammenschaltung", wenn sie der Kommunikation von an unterschiedlichen Netzen angeschalteten Nutzern diene. Zudem sei Sinn der gemeinschaftsrechtlichen regulatorischen Regelung die Sicherstellung des Wettbewerbs; in den Bereichen der im Bescheid geregelten Dienste bestehe aber schon Wettbewerb. Alternative Betreiber könnten nämlich auch derart Zugang zu den "einschlägigen tariffreien Diensten" erlangen, dass sie ihrerseits Vereinbarungen mit den entsprechenden ausländischen Netzbetreibern, aber auch Betreibern nationaler Mehrwertdienste bzw personenbezogener Dienste, schließen. Eine Regulierungsnotwendigkeit bestehe daher nicht.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden: Nach Art 2 Abs 1 lit a 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), ABI Nr L 199 vom 26. Juli 1997 (Zusammenschaltungsrichtlinie) bezeichnet der Begriff "Zusammenschaltung" die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen, die von derselben oder einer anderen Organisation genutzt werden, um Benutzern einer Organisation die Kommunikation mit Benutzern derselben oder einer anderen Organisation oder den Zugang zu den von einer anderen Organisation angebotenen Diensten zu ermöglichen. Dienste können von den beteiligten Parteien erbracht werden oder von anderen Parteien, die Zugang zum Netz habe. Gemäß Art 12 Abs 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 98/61/EG verlangen die nationalen Regulierungsbehörden zumindest von Organisationen, die öffentliche Telekommunikationsnetze im Sinne des Anhangs I Abschnitt 1 betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden, dass sie den Teilnehmern, einschließlich der Nutzer von diensteintegrierenden digitalen Fernmeldenetzen (ISDN), die Möglichkeit des Zugangs zu vermittelten Diensten jedes zusammengeschalteten Anbieters öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste bieten. Nach Art 3 Abs 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten die angemessene, effiziente Zusammenschaltung der in Anhang I aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze sicher, soweit dies notwendig ist, um die Interoperabilität dieser Dienste für alle Benutzer in der Gemeinschaft zu gewährleisten.

Vor diesem Hintergrund besteht kein Zweifel daran, dass der Zugang zu den gegenständlichen Diensten dem Begriff "Zusammenschaltung" nach Art 2 Abs 1 lit a der Zusammenschaltungsrichtlinie unterfällt (vgl das hg Erkenntnis vom 17. Juni 2004, ZI 2003/03/0097).

Der Verweis der Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit des Abschlusses einer Vereinbarung zwischen der mitbeteiligten Partei und anderen alternativen Netzbetreibern bzw Diensteanbietern ändert nichts an der Verpflichtung der Beschwerdeführerin, als marktbeherrschendes Unternehmen Zugang zu den angeführten Diensten

zu gewähren.

2. Zur Festlegung der Entgelthöhe:

Die Beschwerdeführerin bekämpft sowohl die Höhe der von ihr der mitbeteiligten Partei zu entrichtenden wie auch die der von dieser an sie zu entrichtenden Entgelte. Selbst wenn man der Ansicht der belangten Behörde folgen sollte, die Höhe der von der Beschwerdeführerin für ihre gegenständlichen Leistungen zu verlangenden Entgelte sei kostenorientiert nach dem Maßstab FL-LRAIC zu bestimmen, sei das diesbezügliche Verfahren mangelhaft geblieben. Die belangte Behörde habe sich mit dem Hinweis auf die Ergebnisse ihrer Verfahren Z 1/98 u.a. (Originierungsentgelte der Beschwerdeführerin in Höhe von 0,25 bzw 0,52 pro Minute) über das in diesem Verfahren von den Amtssachverständigen erstattete Ergänzungsgutachten, das zu deutlich höheren Entgelten gelangt sei, hinweg gesetzt. Die Begründung der Festsetzung der Höhe der Entgelte der mitbeteiligten Partei sei - durch bloß punktuelle Bezugnahme auf Verhandlungspositionen der Streitparteien in Vorgesprächen - "völlig arbiträr".

Dieses Vorbringen ist zielführend: Die belangte Behörde hat die Übernahme der in ihren Verfahren Z 1/98 u.a. ermittelten Entgelte damit begründet, dass in diesen Vorverfahren von den Amtssachverständigen bereits die Kosten der Beschwerdeführerin - nach dem Kostenstandard FL-LRAIC - ermittelt worden seien und zudem die Beschwerdeführerin kraft des für sie geltenden Diskriminierungsverbots gegenüber der mitbeteiligten Partei nicht höhere Entgelte verlangen dürfe als von Mitbewerbern.

Es ist zwar zutreffend, dass die Beschwerdeführerin als marktbeherrschende Betreiberin wegen des sie treffenden Diskriminierungsverbots von der mitbeteiligten Partei nicht höhere Entgelte verlangen darf, als sie von anderen Mitbewerbern verlangt bzw ihr in Vorverfahren gegenüber anderen Mitbewerbern zugestanden wurden. Doch wurden die Bescheide der belangten Behörde vom 5. Oktober 1998, Zlen Z 1/98 u.a., mit den hg Erkenntnissen vom 17. Juni 2004 bzw 5. Juli 2004, Zlen 2003/03/0097 bis 0099 bzw 2003/03/0102, aufgehoben, weshalb die Grundlage der Begründung des angefochtenen Bescheides in diesem Punkt weggefallen ist. Schon aus diesem Grund ist der angefochtene Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Hinsichtlich der Entgelte der mitbeteiligten Partei hat die belangte Behörde zunächst klargestellt, dass diese nicht dem Grundsatz der Kostenorientiertheit wie bei marktbeherrschenden Betreibern unterworfen seien. Entgegen früherer Festlegungen, die aber nur die Zusammenschaltung fester öffentlicher Netze untereinander betroffen hätten, komme eine reziproke Abgeltung, also in gleicher Höhe wie für die Leistungen der Beschwerdeführerin, wegen der Unterschiedlichkeit der Kostenstruktur von festen und mobilen Netzen nicht in Betracht. Vielmehr habe sich die belangte Behörde bei der gebotenen Herstellung eines fairen Interessenausgleichs an der Höhe der von der Beschwerdeführerin in ihren Vertragsentwürfen angebotenen Entgelten orientiert, zumal eine Einigung nur mehr an unterschiedlichen Ansichten über die "Öffnungsklausel" gescheitert sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinen Erkenntnissen vom 18. März 2004, ZI2002/03/0164, und vom 28. April 2004, Zlen 2002/03/0084 und 2002/03/0125, festgehalten, dass von der Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens angemessene Bedingungen festzusetzen sind, wodurch ein fairer Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeigeführt werden soll. Klargestellt wurde auch, dass bei der konkreten Festlegung der (angemessenen) Zusammenschaltungsentgelte die Gesetzes- bzw Regulierungsziele der §§ 1 und 32 Abs 1 TKG sowie die Zielsetzungen des Art 9 Abs 1, 5 und 6 der Zusammenschaltungsrichtlinie zu berücksichtigen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof tritt der Ansicht der belangten Behörde, bei Festlegung der Entgelte könnten auch außerbehördliche Verhandlungspositionen der Parteien mitberücksichtigt werden, nicht entgegen, zumal die Parteien selbst darin einen Rahmen vorgegeben haben. Die alleinige Bezugnahme der belangten Behörde auf die von der Beschwerdeführerin in Vertragsentwürfen vorgeschlagenen Entgelte übersieht aber, dass nicht bloß das Thema "Öffnungsklausel" einem umfassenden Konsens der Parteien entgegen stand, die Beschwerdeführerin vielmehr auch ein deutlich höheres eigenes Originierungsentgelt verlangt hat, als ihr von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid zugestanden wurde (ATS 1,25/min anstelle ATS 0,25 bzw ATS 0,52/min). Konnte die belangte Behörde aber nicht von einer vom übrigen in Aussicht genommenen Inhalt der Zusammenschaltungsvereinbarung losgelösten Einigung der Parteien hinsichtlich der im angefochtenen Bescheid festgesetzten Entgelte der mitbeteiligten Partei ausgehen, so wäre sie jedenfalls verpflichtet gewesen, die Angemessenheit dieser Entgelte im Sinne der oben angeführten Kriterien im angefochtenen Bescheid zu begründen. Dem ist sie nicht nachgekommen.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl II Nr 333/2003. Wien, am 6. September 2005

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Begründungspflicht und Verfahren vor dem VwGH Begründungsmangel als wesentlicher VerfahrensmangelBegründung BegründungsmangelGemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2Besondere RechtsgebieteGemeinschaftsrecht Terminologie Definition von Begriffen EURallg8

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2003030140.X00

Im RIS seit

04.10.2005

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