

TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/17 2003/03/0157

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.06.2004

Index

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

Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Erwägungsgrund12;
AVG §37;
AVG §39 Abs2;
AVG §45 Abs2;
AVG §45 Abs3;
AVG §58 Abs2;
AVG §59 Abs1;
AVG §60;
EURallg;
TKG 1997 §1;
TKG 1997 §32 Abs1;
TKG 1997 §41 Abs2;
TKG 1997 §41 Abs3;
TKG 1997 §41;
VwGG §34 Abs1;

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2003/03/0156 E 17. Juni 2004

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger,

Dr. Handstanger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der M AG & Co KG in W, vertreten durch Cerha Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 14. April 2003, Zl. Z 28/02-77, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: S GmbH in W, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Dr. Karl Lueger Ring 12), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt A ("Zusammenschaltungsanordnung") wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften 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 erließ die belangte Behörde auf Antrag der mitbeteiligten Partei eine Anordnung gemäß § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 111 Z. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 134/2002, für die Zusammenschaltung der öffentlichen Telekommunikationsnetze der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin. Mit Spruchpunkt A wurde Anhang 3 ("Zusammenschaltungsentgelt") des zwischen der mitbeteiligten Partei und der Beschwerdeführerin bestehenden Vertrages über die gegenseitige Verkehrsabwicklung vom 23. Juli 2002 ab dem 1. Jänner 2003 festgelegt; in Spruchpunkt B wurde die mitbeteiligte Partei zum Ersatz von Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen verpflichtet.

Wesentlicher Inhalt des in Spruchpunkt A festgelegten Anhangs 3 sind die ab dem 1. Jänner 2003 geltenden verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte, wobei für die Verkehrsart V 25MK (Terminierung im Mobilnetz der Beschwerdeführerin) ein tageszeitunabhängiges Entgelt von 11,25 Cent im Zeitraum 1. Jänner bis 31. März 2003, 11,11 Cent im Zeitraum 1. April bis 30. August 2003 und 10,86 Cent ab dem 1. September 2003 festgelegt wurde. Für die Verkehrsart V 25TR (Terminierung im Mobilnetz der mitbeteiligten Partei) wurde für den Zeitraum ab 1. Jänner 2003 ein tageszeitunabhängiges Entgelt in der Höhe von 19,62 Cent festgelegt. Für die Verkehrart V 26 MK (Zugang aus dem Mobilnetz der Beschwerdeführerin zu Diensterufnummern im Netz der mitbeteiligten Partei) wurde für den Zeitraum vom 1. Jänner bis zum 31. März 2003 ein Entgelt von 10,75 Cent, für den Zeitraum vom 1. April bis 30. August 2003 ein Entgelt von 10,61 Cent und für den Zeitraum ab 1. September 2003 ein Entgelt von 10,28 Cent festgelegt; für die Verkehrsart V 26 TR (Zugang aus dem Mobilnetz der mitbeteiligten Partei zu Diensterufnummern im Netz der Beschwerdeführerin) wurde für den Zeitraum ab 1. Jänner 2003 ein tageszeitunabhängiges Entgelt von 19,62 Cent festgelegt. In Punkt 6 des Anhangs 3 wurde festgelegt, dass die Geltungsdauer der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte nach diesem Anhang am 30. September 2003 endet.

2. Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die mitbeteiligte Partei Inhaberin von Konzessionen für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste, für das Erbringen des öffentlichen Festnetzsprachtelefondienstes sowie für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen sei. Die Beschwerdeführerin sei ebenfalls Betreiberin eines öffentlichen Mobilfunknetzes und Anbieterin des öffentlichen Festnetzsprachtelefondienstes. Weder die Beschwerdeführerin noch die mitbeteiligte Partei seien als marktbeherrschend im Sinne des § 33 TKG festgestellt worden. Der Marktanteil der mitbeteiligten Partei am nationalen Zusammenschaltungsmarkt habe im Beobachtungszeitraum des der Erlassung des angefochtenen Bescheides zuletzt vorangegangenen Verfahrens zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung stets unter 5 % betragen; der Anteil der M habe nach der Berechnungsmethode der belangten Behörde stets unter 25 % betragen. Der Beobachtungszeitraum habe sich von Jänner 2001 bis März 2002 erstreckt.

Zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens sei eine Einigung "über die verfahrensgegenständlichen Fragen" nicht erzielt worden. Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen dem Mobilnetz und - soweit es um die gegenseitige Erreichbarkeit von Diensten gehe - dem Festnetz der Beschwerdeführerin sowie dem mobilen und festen Telekommunikationsnetz der mitbeteiligten Partei beruhe auf einem Vertrag über die gegenseitige Verkehrsabwicklung, der am 23. Juli 2002 auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei. Anhang 2 über die Mobil- und Festnetzzusammenschaltungsentgelte sei zum 31. Dezember 2002 gekündigt worden.

3. Nach der Berechnungsvariante "K 1", bei der die anteiligen Kosten jener Netzelemente berücksichtigt würden, die für Zusammenschaltungsleistungen der Terminierung und Originierung erforderlich seien, sowie anteilige Gemeinkosten, welche durch Zusammenschaltungsleistungen entstünden, ergäben sich für die mitbeteiligte Partei unter Heranziehung eines Zinssatzes für die Kapitalkosten von 13,17 % Kosten für die Terminierung in der Höhe von 69,65 Cent pro Minute und für die Originierung in der Höhe von 80,96 Cent pro Minute für das Jahr 2001. Unter Berücksichtigung einer Reduktion für überhöht angesetzte Kosten für Vermittlungs- und Übertragungstechnik sowie unter Zugrundelegung der Planverkehrsmengen 2002 ergebe sich für die Terminierung ein "K 1"- Wert von 48,95 Cent pro Minute und für Originierung ein Wert von 39,11 Cent pro Minute. Dies sei in einem Gutachten vom März 2002 im Verfahren vor der belangten Behörde zur Zl. Z 30/01 erhoben worden. Zur Überprüfung der Validität der Aussagen des Gutachtens, welches im Verfahren Z 30/01 erstellt worden sei, sei die mitbeteiligte Partei aufgefordert worden, detaillierte Daten des Jahres 2002 betreffend Verkehrsmengen und Kosten zu übermitteln. Eine Überprüfung dieser Daten zeige, dass sich die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten der mitbeteiligten Partei auf Basis von Daten des Jahres 2002 ("K 1") im Vergleich zu den Istwerten des Jahres 2001 um etwas mehr als 40 % gesenkt hätten. Unter Annahme einer Halbierung der im Gutachten im Verfahren vor der belangten Behörde zur Zl. Z 30/01 ermittelten Werte für "K 1" auf Basis der Daten des Jahres 2001 würden sich für das Jahr 2002 Kosten ("K 1") für Terminierung in Höhe von etwa 36,5 bis 44,8 Cent pro Minute ergeben. Die Überprüfung der zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten der mitbeteiligten Partei auf Basis von Daten des Jahres 2002 durch die belangte Behörde ergebe somit, dass die Kosten, die durch die Beanspruchung der Netzelemente einschließlich der anteiligen Gemeinkosten entstünden, weiterhin deutlich über jenem Zusammenschaltungsentgelt zu liegen kämen, welches die belangte Behörde im Verfahren zur Zl. Z 30/01 (Bescheid vom 6. Mai 2002) für die Zusammenschaltung mit dem Mobilnetz der mitbeteiligten Partei angeordnet habe.

4. Hinsichtlich der Kosten der Beschwerdeführerin seien in einem Verfahren vor der belangten Behörde zu den Zlen. Z 5, 7/01 sowie Z 8/01 (Bescheide vom 5. November 2001) die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten für das Jahr 2000 erhoben worden. Unter Zugrundelegung eines in diesem Verfahren durch nichtamtliche Sachverständige erhobenen Kapitalkostenzinssatzes in der Höhe von 13,75 % ergebe die Berechnung nach der Berechnungsvariante K 1 für die Terminierung 8,299 Cent pro Minute und für die Originierung 7,761 Cent pro Minute für das Jahr 2000. Hinsichtlich der Kapitalkosten seien für den Telekommunikationsmarkt unter besonderer Berücksichtigung der mobilen Sprachtelefonie je nach verwendeten Risikoprämien (lang- bzw. kurzfristig) im Intervall zwischen 10,24 % und 12,58 % ermittelt worden. Da in der Kapitalkostenschätzung keine Transaktions- bzw. Emissionskosten für Finanzierungen inkludiert seien, gehe die belangte Behörde vom obersten Wert des errechneten Intervalls aus. Hinsichtlich der aktuellen Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin auf Basis einer Vollkostenrechnung würden jene Kosten berücksichtigt, welche für die Produkte "Terminierung" und "Originierung" unvermeidbar seien ("Berechnungsvariante K 1"). Es seien dies alle Kosten der durch die Terminierung und Originierung beanspruchten Netzelemente (Abschreibung, Betrieb), Kosten der Kapitalverzinsung, anteilige Gemeinkosten, IT/IC-Billing-Kosten und das entrichtete Frequenznutzungsentgelt. Weiters werde berücksichtigt, dass es durch die gemeinsame Infrastruktturnutzung mit anderen Produkten zur Kostendegression komme. Im Gegensatz zum Ansatz der FL-LRAIC seien keine Abschläge für allfällig vorhandene Effizienzsteigerungspotenziale und Überkapazitäten vorgenommen worden; ebenso sei die Bewertung nicht zukunftsorientiert, die Kalkulation basiere auf Buchwerten und nicht auf Wiederbeschaffungswerten. Die Berechnungsvariante K 1 ergebe unter Heranziehung eines Zinssatzes für die Kapitalkosten von 12,58 % Kosten für die Terminierung in der Höhe von 7,99 Cent pro Minute und für die Originierung in der Höhe von 7,26 Cent pro Minute für das Jahr 2002. Bis zum Jahr 2002 habe die Beschwerdeführerin im Vergleich zu 2000 eine Verkehrsmengensteigerung über alle Verkehrsarten in der Höhe von ca. 25 % erreichen können, wobei die Kosten nur um ca. 8 % angestiegen seien. Werde diese Mengen- /Kostenrelation auf die von den amtlichen Sachverständigen prognostizierte Verkehrsmengensteigerung von etwa 10 % von 2002 auf 2003 angewandt, so lasse sich eine Kostenreduktion für eine abstrakte, durchschnittliche Minute im Jahr 2003 in der Höhe von etwa 6 % abschätzen. Für das Jahr 2003 hätten unter Zugrundelegung eines Kapitalkostenzinssatzes von 12,58 % sowie einer Kostenzurechnung gemäß der Berechnungsvariante "K 1" Kosten für eine abstrakte durchschnittliche Minute in Höhe von 7,51 Cent für die Terminierung sowie in Höhe von 6,83 Cent für die Originierung ermittelt werden können.

5. Die belangte Behörde werde im § 41 Abs. 3 TKG zu einer Entscheidung über die Bedingungen der Zusammenschaltung verpflichtet, sobald sie von einem Netzbetreiber mangels Einigung mit dem anderen Netzbetreiber angerufen werde. Soferne die Entgelte nicht marktbeherrschender Netzbetreiber betroffen seien, habe

sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde an den in § 41 Abs. 3 TKG ausdrücklich angesprochenen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften sowie an den grundsätzlichen Regulierungszielen des TKG zu orientieren. Die belangte Behörde sei im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags gemäß § 111 Z. 6 in Verbindung mit § 41 Abs. 3 TKG zu einer Entscheidung im Streitfall verpflichtet; sie habe dabei auch die Kompetenz, über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte zu entscheiden. Die Zusammenschaltungsentgelte von nach dem TKG nicht marktbeherrschenden Betreibern seien im Falle der Nichteinigung in angemessener Höhe festzulegen. Die belangte Behörde habe in ihrer bisherigen Regulierungspraxis durchgängig die Meinung vertreten, dass sich langfristig, bei identischen Netzen und bei Vorliegen vergleichbarer Wettbewerbspositionen ein einheitlicher Marktpreis einstellen müsse. Sie sei jedoch zur Auffassung gelangt, dass die Verwirklichung des einheitlichen Marktpreises nicht in der anfänglich angenommenen Geschwindigkeit erreicht werden könne. Eine ausführliche Erhebung der Vollkosten, die dem einzelnen Mobilnetzbetreiber für die Leistung der Zusammenschaltung entstünden, habe nämlich ein klares Bild von den sehr unterschiedlichen Kostenstrukturen und Marktpositionen gezeigt:

Die Beschwerdeführerin als "First Mover" und mit der höchsten Zahl an Teilnehmern habe weit geringere durchschnittliche Kosten, während die zweit- und drittplatzierten Unternehmungen auf Grund der geringeren Teilnehmeranzahl unbestritten höhere Kosten aufwiesen. Die mitbeteiligte Partei als viel später startendes Unternehmen verfüge zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung über einen Marktanteil von unter 5 %, die zusammenschaltungsrelevanten Kosten seien demgemäß hoch. Diese bemerkenswerten Unterschiede zwischen den Betreibern seien in nicht unerheblichem Ausmaß auf die jeweiligen Markteintrittszeitpunkte sowie auf die unterschiedlich hohen Teilnehmerzahlen (bzw. Minuten) zurückzuführen. Jeder Betreiber eines Mobilnetzes weise bei Aufnahme seines kommerziellen Betriebes, bedingt durch seine hohen Fixkosten, auch hohe Stückkosten pro Leistungseinheit (je Terminierungsminute) auf. Die hohen Anfangsinvestitionen seien ihrerseits auf in Konzessionen festgelegte Mindestversorgungspflichten sowie den Marktdruck seitens der Endkunden und der Mitbewerber zurückzuführen. Um den angestrebten bzw. geforderten Versorgungsgrad zu erreichen und eine bestimmte Mindestqualität anbieten zu können, sei eine Mindestanzahl an Funkzellen und Basisstationen notwendig, die bis zur Erreichung der Kapazitätsgrenze konstant bleibe. Mit zunehmendem Wachstum der Verkehrsmenge würden sich diese Fixkosten verteilen, weshalb es zu einer Stückkostendegression komme. Die Durchschnittskostenfunktion weise daher einen (stark) degressiven Verlauf auf.

Die konkrete Festlegung des angeordneten Zusammenschaltungsentgeltes der Beschwerdeführerin leite sich wie folgt ab:

Die Beschwerdeführerin habe die Hälfte ihres "Produktivitätsfortschrittes" von ihrem bis 31. Dezember 2002 zur Anwendung gelangten Zusammenschaltungsentgelt in Höhe von 11,25 Cent (Terminierung) bzw. 10,75 Cent (Originierung) bis zum Ende des Geltungszeitraumes der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Anordnung weiter zu geben. Der Produktivitätsfortschritt bestehe in der Differenz zwischen den Vollkosten gemäß der Berechnungsvariante "K 1" der Sachverständigen im gegenständlichen Verfahren und der Berechnung von "K 1" in den Verfahren vor der belangten Behörde zu den Zlen. Z 5, 7/01 und Z 8/01.

Die belangte Behörde trage mit dieser Festlegung folgenden Umständen Rechnung: Zum Einen gehe sie von jenen individuellen Kosten aus, die auf Basis einer Vollkostenrechnung für die Zusammenschaltungsleitung jedenfalls entstünden ("K 1"). Damit sei sichergestellt, dass grundsätzlich keine überhöhten Zusammenschaltungsentgelte zur Auszahlung gelangten und somit Wettbewerbsverzerrungen sowie unerwünschte Subventionierungen hintangehalten würden. Da die zusammenschaltungsrelevanten Kosten auch die Marktposition wiederspiegeln, werde zum Anderen auch die relative Stellung des jeweiligen Unternehmens ausreichend berücksichtigt. Die Miteinbeziehung der relativen Marktanteile bzw. der unternehmensindividuellen Kosten stehe im Einklang mit dem ONP-Rechtsrahmen: Gemäß Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG in der Fassung Richtlinie 98/16/EG habe die Regulierungsbehörde im Fall einer Streitbeilegung "die relative Marktstellung der Parteien" zu beachten. Die belangte Behörde komme dieser europarechtlichen Vorgabe durch Heranziehung eines wesentlichen Indikators für die Marktposition - der Kosten - nach. Durch die Weitergabe von lediglich 50 % der Produktivitätssteigerung solle der Markterfolg bzw. der Produktivitätsfortschritt eines Unternehmens honoriert werden; es stelle somit einen Leistungsanreiz dar, weitere Kostensenkungen vorzunehmen und auf der grundsätzlich degressiven Stückkostenkurve voranzuschreiten. Die Verpflichtung, lediglich die Hälfte der Kosteneinsparungen weiterzugeben, erfolge darüber hinaus vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin derzeit mit hohen Investitionstätigkeiten konfrontiert sei: Auf Grund der

Auflagen der der Beschwerdeführerin erteilten Konzession für UMTS/IMT 2000-Dienste sei die Beschwerdeführerin gefordert, weit reichende Investitionen zu tätigen. Die belangte Behörde habe es abgelehnt, einzelne Kostenblöcke betreffend UMTS im Rahmen der Ermittlung der zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten zu berücksichtigen, da derzeit UMTS noch nicht kommerziell angeboten werde und für den Zeitraum der Entscheidung keine gesicherten Informationen über Verkehrsmengen bestünden. Weiters hätten keine zweifelsfrei gesicherten Fakten über die durch UMTS zusätzlich entstehenden Kosten erhoben werden können. Die Investitionen in UMTS würden - wie die mit der Einführung von UMTS bestehenden Unsicherheiten - pauschal mit einer teilweisen Nicht-Weitergabe der erfolgten Kosteneinsparung bei GSM abgegolten.

Eine Weitergabe von 50 % des Produktivitätsfortschrittes bedeute, dass von jenem Zusammenschaltungsentgelt der Beschwerdeführerin ausgegangen werde, das zuletzt von der belangten Behörde mit den Bescheiden Z 5, 7/01 angeordnet worden sei. Die damalige Festlegung des Zusammenschaltungsentgeltes sei ebenfalls von den Vollkosten ausgegangen, die durch die Leistung der Zusammenschaltung jedenfalls entstünden ("K 1"). Darüber hinaus seien weitere Aufwendungen, wie für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handset-Stützungen, die über die der Berechnungsvariante "K 1" hinausgingen, als zusammenschaltungsrelevant identifiziert worden. Diese Aufwendungen bewirkten, dass die Anzahl der Mobilkunden steige bzw. nicht abnehme und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunehme, wodurch ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer entstehe, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten sei. Da die bis 31. Dezember 2002 angeordneten Zusammenschaltungsentgelte die Ausgangsbasis der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Anordnung darstellten, würden die Netzwerkexternalitäten im selben Ausmaß wie in der Entscheidung der belangten Behörde vom 5. November 2001 zur Zl. Z 5, 7/01 berücksichtigt.

In der aktuellen Situation würde ein einheitliches Terminierungsentgelt, das sich am marktführenden Unternehmen orientiere, dazu führen, dass Unternehmen mit geringen Verkehrsmengen aus der Terminierungsleistung negative Deckungsbeiträge erwirtschaften würden, wohingegen der Marktführer positive Deckungsbeiträge erwirtschaften könnte. Da die degressive Kostenfunktion nicht nur für Terminierungsleistungen, sondern vielmehr für alle Mobilfunkprodukte prinzipiell gültig sei, spiegle sich die selbe Situation auch am Endkundenmarkt wieder. Für Betreiber mit geringerem Verkehrsvolumen führe eine solche Situation dazu, dass sie Gefahr liefern, sowohl originierend als auch terminierend Verluste zu erwirtschaften; eine Situation, die auf längere Sicht die Gefahr in sich berge, dass Unternehmen aus dem Markt austreten und die wettbewerblichen Strukturen gefährdet würden (Verringerung an Anbietern). Es sei daher auch unter Bedachtnahme auf die Regulierungsziele der §§ 1 und 32 TKG aus Sicht der belangten Behörde von einer einheitlichen Festlegung der Terminierungsentgelte für den Zeitraum bis 30. September 2003 Abstand zu nehmen gewesen und auf die tatsächlich anfallenden Kosten der Verfahrensparteien als wesentliche Grundlage für die Anordnung der Zusammenschaltungsentgelte abzustellen. Dies stehe insbesondere in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen gemäß § 1 Abs. 2 Z. 1 und 2 TKG der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs.

6. Zum Entgelt der mitbeteiligten Partei führt die belangte Behörde u.a. aus, dass die vorgenommene Kalkulation das Ergebnis gebracht habe, dass die zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten der mitbeteiligten Partei weiterhin deutlich über jenem Entgelt liegen würden, welches für die mitbeteiligte Partei im Rahmen des Verfahrens vor der belangten Behörde zur Zl. Z 30/01 angeordnet worden sei. Die mitbeteiligte Partei biete ihren Mobilfunkdienst im Einklang mit der von der belangten Behörde im Konzessionsbescheid verfügten Auflage mit einem Versorgungsgrad von 98 % (Versorgung der Bevölkerung) an. Die Kosten für den Aufbau und Betrieb des Netzes in der derzeitigen Ausbaustufe würden primär auf Grund der Verpflichtung anfallen, einen bestimmten Versorgungsgrad anzubieten bzw. auf Grund der Spezifika des Mobilfunkmarktes, dass Kunden eine flächendeckende Erreichbarkeit erwarten würden und diese Erwartungshaltung unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer bzw. der abgewickelten Verkehrsminuten bestehe. Erst ab einer gewissen Verkehrsmenge würden Investitionen in das Netz in Abhängigkeit von der konkreten Auslastung erfolgen. Bis zu dieser Kapazitätsgrenze würden die Kosten hingegen relativ unabhängig von der aktuellen Auslastung bleiben. Da die Kosten in der Startphase primär Kosten für die Versorgung der Bevölkerung seien, würden diese erst mit steigenden Verkehrsmengen zu einer Kostendegression der Minutenkosten führen. Die mitbeteiligte Partei befände sich zum Entscheidungszeitpunkt noch im steil abfallenden Abschnitt dieser Kostenfunktion, was zur Folge habe, dass zusätzliche Minuten zu einer überproportionalen Reduktion der Kosten pro

Minute führen würden. Dies führe zum Ergebnis, dass eine Festsetzung der Kosten für Mobilterminierung und -originierung auf Basis der tatsächlichen Kosten eines Mobilfunkbetreibers in dessen Startphase nicht zweckmäßig erscheine. Vielmehr werde von der belangten Behörde in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis für Mobilfunkbetreiber in deren Startphase unabhängig von den tatsächlichen Kosten des jeweiligen Betreibers das Entgelt für mobile Terminierung und Originierung mit 19,62 Cent festgelegt. Das Mobilterminierungsentgelt sei sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei der T-GmbH und der

C GmbH in deren Start-up-Phase ebenfalls in der Höhe von 19,62 Cent gelegen. In der Entscheidung der belangten Behörde zur Zl. Z 5/00 sei das Entgelt für die Terminierung und Originierung für das Mobilnetz der mitbeteiligten Partei in der Höhe von 19,62 Cent festgesetzt worden. In dieser und auch in der Folgenentscheidung zur Zl. Z 6/00 sei ausgeführt worden, dass die belangte Behörde von einer gewissen Frist ausgehe, innerhalb der ein Neueinsteiger in den Mobilfunkmarkt besonders schützenswert erscheine. In Anlehnung an § 125 Abs. 3 TKG, in welchem hinsichtlich der Frequenzzuweisung aus dem GSM 1800-Bereich an bestehende Betreiber eine Schutzfrist zu Gunsten der C im Ausmaß von 3 Jahren vorgesehen war, sei eine daran angelehnte Frist auch im Mobilzusammenschaltungsbereich angewandt worden. Die Konzessionserteilung an die mitbeteiligte Partei sei mit Bescheid vom 3. Mai 1999 erfolgt; die dreijährige "Schutzfrist" sei mit Mai 2002 ausgelaufen. In diesem Zusammenhang sei aber darauf Bedacht zu nehmen, dass die Dauer der Markteintrittsphase von der belangten Behörde nicht als alleiniges Kriterium für die Festlegung der Entgelte herangezogen worden sei. Im Bescheid der belangten Behörde zur Zl. Z 7/00 seien die Mobilterminierungs- und Originierungsentgelte der C neu festgelegt worden; dabei sei das Entgelt von 19,62 Cent auf 15,99 Cent abgesenkt worden. In der Begründung sei ausgeführt worden, dass C die erste Phase des Markteintritts bereits abgeschlossen und sich auf dem Markt etabliert habe. Die von der belangten Behörde in diesem Zusammenhang angeführten Zahlen seien ein starkes Indiz dafür, dass sich C am Markt etabliert habe und der Rolle eines Markteinsteigers entwachsen sei. Anders stelle sich hingegen die Situation der mitbeteiligten Partei zum Entscheidungszeitpunkt dar. Bei Betrachtung der Marktpositionen aller Mobilfunkbetreiber ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei in der nationalen Bandbreite der derzeitigen Mobilterminierungs- bzw. -originierungsentgelte nach wie vor am obersten Rand dieser Bandbreite einzureihen sei. Der Marktanteil der mitbeteiligten Partei liege deutlich unter jenem des nächstgrößeren Betreibers. Dieser verfüge über einen mehr als vierfachen Marktanteil; zudem müsse berücksichtigt werden, dass sich die Marktbedingungen für die mitbeteiligte Partei ungleich schwieriger als beim Markteintritt der nächstgrößeren Betreibers darstellen würden. Hinsichtlich der mitbeteiligten Partei könne trotz Ablaufens der ursprünglich angenommenen "Schutzfrist" nicht davon ausgegangen werden, dass sie sich bereits im Markt etabliert habe. Gemäß den Regulierungszielen in den §§ 1 und 32 TKG sollten durch Maßnahmen der Regulierung insbesondere die Ziele der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation erreicht und der Markteintritt neuer Anbieter gefördert werden. Die Verwirklichung dieser Ziele erfordere im gegenständlichen Zusammenhang, dass bei der Festlegung der angemessenen Entgelte der Umstand, dass (insbesondere im Bereich des Mobilnetzes) ein kostenintensiver Aufbau der bundesweiten Netzinfrastruktur, um die Versorgung der Bevölkerung mit zuverlässigen und hochwertigen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten, vonnöten sei, ausreichend Berücksichtigung finde.

7. Hinsichtlich der Laufzeit der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte sei die belangte Behörde dem Antrag der Beschwerdeführerin gefolgt, wobei wesentlicher Grund dafür sei, dass bis zum 24. Juli 2003 der neue europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste in innerstaatliches Recht umzusetzen sei. Die materiellen Änderungen, die das neue Telekommunikationsgesetz ab dem 25. Juli 2003 mit sich bringen werde, würden bedingen, dass die bisherige Regulierung einer Überprüfung unterzogen werde und womöglich andere Ansatzpunkte vorgesehen seien. Von einer weiter gehenden Regelung über eine Verhandlungspflicht über die Neugestaltung der Zusammenschaltungsentgelte sei vor dem Hintergrund des neuen Rechtsrahmens abgesehen worden.

8. Mit der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde macht die Beschwerdeführerin Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und stellt den Antrag, den angefochtenen Bescheid kostenpflichtig aufzuheben. Als Beschwerdepunkt macht die Beschwerdeführerin geltend, in ihren Rechten darauf verletzt zu sein, dass ihr als nicht marktbeherrschendem Unternehmen gemäß § 41 Abs. 3 TKG keine Entgelte vorgeschrieben würden, dass ihr gemäß § 41 Abs. 3 TKG keine unangemessenen

Zusammenschaltungsbedingungen auferlegt würden, dass ihr als nicht marktbeherrschendem Unternehmen in einem Wettbewerbsmarkt keine anderen Entgelte auferlegt würden als anderen gleichfalls nicht marktbeherrschenden Anbietern und dass sie keine unverhältnismäßig niedrigen Zusammenschaltungsentgelte vorgeschrieben erhalten.

9. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Der belangte Behörde hat in Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides der mitbeteiligten Partei die Tragung von Sachverständigengebühren auferlegt. Beim Kostenausspruch handelt es sich um einen trennbaren Spruchteil (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1998, ZI. 95/09/0166), sodass die gesonderte Anfechtung nur der Hauptsachenentscheidung zulässig ist. Auf dem Boden des oben wiedergegebenen Beschwerdepunktes bekämpft die Beschwerde daher die in Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides getroffene Zusammenschaltungsanordnung, nicht aber den - die Beschwerdeführerin nicht belastenden - Kostenausspruch in Spruchpunkt B.

2. Mit der im angefochtenen Bescheid vom 14. April 2003 getroffenen Zusammenschaltungsanordnung wurden Zusammenschaltungsentgelte für den Zeitraum zwischen 1. Jänner 2003 und 30. September 2003 festgelegt. Die für die Entscheidung der belangten Behörde maßgebliche Rechtsvorschrift, § 41 Abs. 1 bis 3 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997, lautete:

"Verhandlungspflicht

§ 41. (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Alle Beteiligten haben hiebei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

(2) Kommt zwischen einem Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Vereinbarung über Zusammenschaltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zu Stande, kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

(3) Die Regulierungsbehörde hat nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung, über die Anordnung der Zusammenschaltung zu entscheiden. Die Regulierungsbehörde kann das Verfahren um längstens vier Wochen verlängern. Die Anordnung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Entsprechend der Richtlinie findet der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung."

Die zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften waren Art. 9 Abs. 1, 3, 5 und 6 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG; diese hatten folgenden Wortlaut:

"(1) Die nationalen Regulierungsbehörden fördern und sichern eine adäquate Zusammenschaltung im Interesse aller Benutzer, indem sie ihre Zuständigkeiten in einer Art und Weise ausüben, die den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen und den größtmöglichen Nutzen für die Endbenutzer erbringt. Die nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen dabei insbesondere

-

die Notwendigkeit, für die Benutzer eine zufrieden stellende Ende-zu-Ende-Kommunikation sicherzustellen;

-

die Notwendigkeit, einen wettbewerbsorientierten Markt zu fördern;

-
die Notwendigkeit, eine faire und geeignete Entwicklung eines harmonisierten europäischen Telekommunikationsmarkts sicherzustellen;

-
die Notwendigkeit, mit den nationalen Regulierungsbehörden in anderen Mitgliedstaaten zusammenzuarbeiten;

-
die Notwendigkeit, den Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze und Dienste, die Zusammenschaltung nationaler Netze und die Interoperabilität von Diensten sowie den Zugang zu solchen Netzen und Diensten zu fördern;

-
den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (einschließlich des gleichberechtigten Zugangs) und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit;

-
die Notwendigkeit, einen Universaldienst aufrechtzuerhalten und zu entwickeln.

(2) ...

(3) Bei der Verfolgung der im Absatz 1 genannten Ziele können die nationalen Regulierungsbehörden jederzeit von sich aus eingreifen, und sie müssen dies tun, wenn sie von einer Partei aufgefordert werden, um vorzugeben, welche Punkte in einer Zusammenschaltungsvereinbarung abgedeckt werden müssen, oder um spezifische Bedingungen festzulegen, die von einer oder mehreren Parteien einer solchen Vereinbarung einzuhalten sind. Die nationalen Regulierungsbehörden können in Ausnahmefällen Änderungen bereits getroffener Zusammenschaltungsvereinbarungen fordern, soweit dies gerechtfertigt ist, um wirksamen Wettbewerb und/oder Interoperabilität von Diensten für Benutzer sicherzustellen.

Von der nationalen Regulierungsbehörde vorgegebene Bedingungen können unter anderem Bedingungen zur Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs, technische Bedingungen, Tarife, Liefer- und Nutzungsbedingungen, Bedingungen hinsichtlich der Einhaltung relevanter Normen und grundlegender Anforderungen, hinsichtlich des Umweltschutzes und/oder zur Aufrechterhaltung einer durchgehenden Dienstqualität umfassen.

Die nationale Regulierungsbehörde kann ferner jederzeit von sich aus oder auf Ersuchen einer Partei Fristen vorgeben, innerhalb deren die Zusammenschaltungsverhandlungen abzuschließen sind. Wird innerhalb der vorgegebenen Frist keine Einigung erzielt, so kann die nationale Regulierungsbehörde Maßnahmen treffen, um nach den von ihr festgelegten Verfahren eine Vereinbarung herbeizuführen. Die Verfahren sind gemäß Artikel 14 Absatz 2 der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

(4) ...

(5) Bei Zusammenschaltungsstreitigkeiten zwischen Organisationen in einem Mitgliedstaat unternimmt dessen Regulierungsbehörde auf Ersuchen einer Partei Schritte, um den Streit innerhalb von sechs Monaten ab diesem Ersuchen beizulegen. Die Streitbeilegung muss einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien zum Ergebnis haben.

Dabei berücksichtigt die nationale Regulierungsbehörde unter anderem

-
die Interessen der Benutzer;

-
ordnungspolitische Verpflichtungen oder Einschränkungen, die einer Partei auferlegt sind;

das Bestreben, innovative Marktangebote zu fördern und Benutzern eine breite Palette von Telekommunikationsdiensten auf nationaler und Gemeinschaftsebene bereitzustellen;

-
die Verfügbarkeit technisch und wirtschaftlich tragfähiger Alternativen zu der geforderten Zusammenschaltung;

-
das Streben nach Sicherstellung gleichwertiger Zugangsvereinbarungen;

-
die Notwendigkeit, die Integrität des öffentlichen Telekommunikationsnetzes und die Interoperabilität von Diensten aufrechtzuerhalten;

-
die Art des Antrags im Vergleich zu den Mitteln, die zur Verfügung stehen, um ihm stattzugeben;

-
die relative Marktstellung der Parteien;

-
die Interessen der Öffentlichkeit (z.B. den Umweltschutz);

-
die Förderung des Wettbewerbs;

-
die Notwendigkeit, einen Universaldienst aufrechtzuerhalten

Eine Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde in dieser Sache wird der Öffentlichkeit nach Maßgabe der innerstaatlichen Verfahren zugänglich gemacht. Die betroffenen Parteien erhalten eine ausführliche Begründung der Entscheidung.

(6) In den Fällen, in denen Organisationen, die zur Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglicher Telekommunikationsdienste befugt sind, ihre Einrichtungen nicht zusammengeschaltet haben, können die nationalen Regulierungsbehörden unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und im Interesse der Benutzer als letzte Möglichkeit von den betreffenden Organisationen verlangen, ihre Einrichtungen zusammenzuschalten, um wesentliche öffentliche Interessen zu schützen, und gegebenenfalls Zusammenschaltungsbedingungen festlegen."

3. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, in ihrem Recht darauf verletzt zu sein, dass ihr als nicht marktbeherrschendem Unternehmen gemäß § 41 Abs. 3 TKG keine Entgelte vorgeschrieben würden. Die belangte Behörde nehme im angefochtenen Bescheid eine Preisfestlegung für Mobilfunkleistungen vor, die "der Sache nach auf eine Einzelpreisregulierung durch Fixpreise" hinauslaufe, wie sie gegenüber Monopolen und marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung finde. Zu einer solchen Anordnung ermächtige § 41 TKG die belangte Behörde nicht, die behördliche Anordnung sei daher "von Vornherein gesetzwidrig." § 41 TKG übertrage der belangten Behörde - nach Anrufung durch eine Verfahrenspartei - die Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten; diese Entscheidungskompetenz besage aber keineswegs, dass die Behörde damit "zu einer Fixpreisregulierung berufen" sei. Insbesondere sage das Gesetz mit keinem Wort, dass die Behörde gegenüber nicht marktbeherrschenden Unternehmen auch zur Festlegung von Entgelten ermächtigt sei.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18. März 2004, Zi. 2002/03/0164, ausgesprochen hat, ist es nicht zweifelhaft, dass auch im Falle einer Streitigkeit zwischen nicht marktbeherrschenden Unternehmen die von der Regulierungsbehörde gemäß § 41 Abs. 3 TKG zu treffende Anordnung eine Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte zu enthalten hat. Die für die vertragstypischen Leistungen zu entrichtenden Entgelte

sind Essentialia jedes Vertrages und müssen daher, wenn diesbezüglich keine Einigung zwischen den Parteien besteht, auch in einer behördlichen Anordnung, die nach dem Gesetz an die Stelle einer vertraglichen Vereinbarung treten soll, geregelt werden.

Der belannten Behörde kann daher auch im vorliegenden Beschwerdefall nicht entgegengetreten werden, wenn sie in der Zusammenschaltungsstreitigkeit zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei auch Entgeltfestlegungen getroffen hat.

4. Die Beschwerdeführerin führt unter Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weiter aus, dass die "Preisregulierung" durch die belangte Behörde in keiner Weise erforderlich sei und die "beständige Behördenerenz im Markt im Wege von Einzelpreisbestimmungen nach § 41 TKG die Entwicklung der üblichen Form des Leistungsaustausches im Markt, nämlich durch kommerzielle Vereinbarungen zwischen den Marktteilnehmern," hindere. Hiezu ist festzuhalten, dass die belangte Behörde auf Grund des § 41 Abs. 3 TKG verpflichtet ist, in der ihr auf Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 41 Abs. 2 TKG vorgelegten Zusammenschaltungsstreitigkeit eine Entscheidung zu treffen, durch die eine vertragliche Einigung substituiert wird. Das Nichtvorliegen einer vertraglichen Einigung ist Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung der belangten Behörde nach § 41 Abs. 2 TKG. Auch im vorliegenden Fall konnte die Zusammenschaltungsstreitigkeit zwischen den Marktteilnehmern durch kommerzielle Vereinbarungen eben gerade nicht geregelt werden, sodass das Verfahren vor der belangten Behörde eingeleitet wurde; dass die Entscheidung der belangten Behörde über die zwischen den Verfahrensparteien wesentliche strittige Frage der Höhe der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte nicht erforderlich gewesen wäre, trifft daher nicht zu. Aus welchem Grunde die Verhandlungen zwischen den Marktteilnehmern gescheitert sein mögen, ist dabei für die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Entscheidung in der Zusammenschaltungsstreitigkeit nicht von Bedeutung.

5. Soweit die Beschwerdeführerin die Entgeltfestlegung an sich als "unverhältnismäßigen Eingriff in das 'Gemeinschaftsgrundrecht' Eigentum" sowie als Verletzung des gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rügt, genügt es darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit der belangten Behörde zur Regelung von Zusammenschaltungsstreitigkeiten - einschließlich der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten - gemeinschaftsrechtlich in Art. 9 RL 97/33/EG begründet ist; diese Bestimmung dient, wie insbesondere aus Art. 9 Abs. 1 und Erwägungsgrund 12 der Richtlinie hervorgeht, der Förderung und Sicherung einer adäquaten Zusammenschaltung im Interesse aller Benutzer. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem bereits zitierten Erkenntnis vom 18. März 2004 ausgesprochen hat, hat die Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen gemäß § 41 Abs. 3 TKG - soweit es nicht um die Festlegung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens geht - angemessene Bedingungen festzulegen und dadurch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen, wobei sowohl die Gesetzes- bzw. Regulierungsziele der §§ 1 und 32 Abs. 1 TKG als auch die für die Entscheidung in einer Zusammenschaltungsstreitigkeit maßgeblichen Kriterien gemäß Art. 9 Abs. 5 und 6 RL 97/33/EG und die Zielsetzungen des Art. 9 Abs. 1 RL 97/33/EG zu berücksichtigen sind. Im Hinblick auf diese, die Entscheidung der belangten Behörde bestimmenden Kriterien kann der Verwaltungsgerichtshof keine Rechtswidrigkeit darin erkennen, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid eine ziffernmäßige Festlegung der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte - wie sie im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin selbst in ihrem "(Gegen-)Antrag" vom 29. Jänner 2003 begehrt wurde - getroffen hat.

6. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur "Einzelpreisregulierung" nach nationalem und gemeinschaftsrechtlichem Wettbewerbsrecht lassen einen Bezug zu der mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Entscheidung der belangten Behörde in einer Zusammenschaltungsstreitigkeit im Sinne des § 41 TKG nicht erkennen. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass eine Eingriffskompetenz der Wettbewerbsbehörden nach nationalem oder gemeinschaftsrechtlichem Wettbewerbsrecht nur hinsichtlich marktbeherrschender Unternehmen im Falle eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch exzessiv überhöhte Preise bestünde. Daraus lässt sich jedoch für den Beschwerdefall, in dem eine auf der Grundlage des TKG getroffene Entscheidung der sektorspezifischen Regulierungsbehörde (nicht aber eine Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde auf Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts) auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen ist, nichts gewinnen. Die Festlegung von

Zusammenschaltungsentgelten durch die Regulierungsbehörde im Streitfall gemäß § 41 TKG setzt nicht voraus, dass eines der beteiligten Unternehmen über eine beherrschende Marktstellung verfügt und diese zur Erzwingung überhöhter Preise nützen könnte.

7. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid weiters in ihrem Recht, dass ihr gemäß § 41 Abs. 3 TKG keine unangemessenen Zusammenschaltungsbedingungen auferlegt würden, verletzt sowie "in ihrem Recht darauf, dass ihr als nicht marktbeherrschendes Unternehmen in einem Wettbewerbsmarkt keine anderen Entgelte auferlegt werden als anderen gleichfalls nicht marktbeherrschenden Anbietern." Soweit sich die Beschwerdeführerin damit dagegen wendet, dass die belangte Behörde für die von den Verfahrensparteien zu erbringenden Zusammenschaltungsleistungen unterschiedliche Entgelte festgelegt hat, ist darauf hinzuweisen, dass weder § 41 Abs. 3 TKG noch die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen in Art. 9 RL 97/33/EG zwingend vorsehen, dass die Zusammenschaltungsentgelte nicht marktbeherrschender Betreiber in gleicher Höhe festzulegen sind (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. März 2004, 2002/03/0165). Zu den in Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG festgelegten Kriterien, die bei der Entscheidung der Regulierungsbehörde zu berücksichtigen sind, zählt auch die relative Marktstellung der an der Zusammenschaltung beteiligten Parteien.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid die relative Marktstellung der Verfahrensparteien dargelegt. Weiters hat die belangte Behörde unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Verpflichtung zur Berücksichtigung der relativen Marktstellung der Parteien im Sinne des Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG ausgeführt, dass sie "dieser europarechtlichen Vorgabe durch Heranziehung eines wesentlichen Indikators für die Marktposition - der Kosten -" nachkomme.

Dass die Marktposition der beteiligten Unternehmen bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten berücksichtigt wird, ist vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG rechtlich nicht zu beanstanden, sondern vielmehr ausdrücklich geboten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0164). Auch die Ausführungen der belangten Behörde, wonach die Kosten als wesentlicher Indikator der Marktposition anzusehen seien, sind vor dem Hintergrund der im angefochtenen Bescheid dargelegten Kostenstrukturen eines Mobilfunkbetreibers (wonach im Wesentlichen die Kosten für Aufbau und Betrieb des Mobilfunknetzes unabhängig von der Anzahl der Teilnehmer bzw. der abgewickelten Verkehrsminuten anfallen und mit steigenden Verkehrsmengen eine Kostendegression eintritt) nicht als unzutreffend zu erkennen; die Berücksichtigung der betreiberindividuellen Kosten im Rahmen der Abwägung der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien belastet den angefochtenen Bescheid daher nicht mit Rechtswidrigkeit.

8. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid schließlich in ihrem Recht verletzt, "keine unverhältnismäßig niedrigen Zusammenschaltungsentgelte vorgeschrieben zu erhalten." Der angefochtene Bescheid sei auch im Hinblick auf die Einzelheiten der konkreten Entgeltfestlegung in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. So seien sämtliche UMTS-Kosten unberücksichtigt geblieben, obwohl diese relevante Netzkosten seien. Ebenso seien die Gesamtkosten der Beschwerdeführerin in mehrere "Kostenblöcke" unterteilt worden, wobei die belangte Behörde die festgelegten Entgelte derart bestimmt habe, dass sie nur einen Teil der Gesamtkosten der Beschwerdeführerin abbilden würden. Insbesondere habe die belangte Behörde wesentliche - von ihr selbst als "zusammenschaltungsrelevant" beurteilte - Kosten (Kostenblöcke für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb ("K2") und Handset-Stützungen ("K3")) größtenteils unberücksichtigt gelassen. Die belangte Behörde habe die konkret verfügten Zusammenschaltungsentgelte auf Basis ihrer Entgeltberechnung im "Vorgängerbescheid" angeordnet; in diesem Bescheid habe die belangte Behörde aber letztlich die Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin nicht auf Grundlage des im Verfahren erstellten Gutachtens ermittelt, sondern "in einer durch keinerlei sachbezogene Gesichtspunkte begründeten Kombination aus den reinen Netzkosten der (Beschwerdeführerin) ("K1") mit einem Zuschlag zur Abgeltung der übrigen zusammenschaltungsrelevanten Kosten." Diesen Zuschlag habe die belangte Behörde nicht nach den Kosten der Beschwerdeführerin, sondern nach einer allgemeinen Abschätzung in einem Positionspapier der britischen Regulierungsbehörde Ofcom bestimmt.

Diesem Vorbringen kommt im Ergebnis insofern Berechtigung zu, als sich die konkrete Entgeltfestlegung als mangelhaft begründet erweist. Zur Berücksichtigung der UMTS-Kosten ist zunächst festzuhalten, dass die von der belangten Behörde festgelegten Zusammenschaltungsentgelte - wie in der Begründung des angefochtenen Bescheides auch ausdrücklich betont wird - für die Zusammenschaltung mit den mobilen Telekommunikationsnetzen der Verfahrensparteien unabhängig von der zu Grunde liegenden Technologie (GSM oder UMTS) zur Anwendung gelangen;

eine Berücksichtigung jener Kosten, die für die im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung über UMTS erbrachten Zusammenschaltungsleistungen entstehen, ist bei der Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte daher zulässig.

Die belangte Behörde führt im angefochtenen Bescheid aus, dass im Entscheidungszeitpunkt noch keine gesicherten Informationen über Verkehrsmengen vorgelegen seien bzw. "keine gesicherten Fakten über die durch UMTS entstehenden zusätzlichen Kosten erhoben werden" konnten; zudem wird im Gutachten der Amtssachverständigen festgehalten, dass "trotz mehrmaliger Aufforderung weder geplante Verkehrs volumina noch ausreichendes Datenmaterial hinsichtlich der Kosten für den UMTS-Netzaufbau zur Verfügung" gestellt worden seien. Die Beschwerdeführerin räumt in ihrer im Verwaltungsverfahren abgegebenen Stellungnahme vom 7. April 2003 auch ein, dass keine aufgeschlüsselten UMTS-Investitionsplanwerte und UMTS-Verkehrsplanwerte für 2003 übermittelt worden waren. Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde zwar nicht entgegengetreten werden, wenn sie bei der Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte UMTS-Kosten "pauschal" berücksichtigt; auch in diesem Fall muss allerdings nachvollziehbar sein, welche konkreten Überlegungen dieser "Pauschalierung" zu Grunde gelegt wurden.

Aus der Begründung des angefochtenen Bescheides ist nicht erkennbar, welche - allenfalls auf Schätzungen beruhenden - Annahmen hinsichtlich der über UMTS terminierten bzw. originierten Verkehrsmengen und der diesen Leistungen zuordenbaren zusammenschaltungsrelevanten Kosten getroffen wurden und in welchem Verhältnis diese in die konkrete, sowohl GSM- als auch UMTS-Zusammenschaltungsleistungen betreffende Entgeltfestlegung eingegangen sind; auch geht aus der Begründung nicht hervor, ob die belangte Behörde im Hinblick auf das zum Entscheidungszeitpunkt in Aufbau befindliche UMTS-Netz der Beschwerdeführerin in ähnlicher Weise wie für das (GSM-)Netz der mitbeteiligten Partei davon ausgegangen ist, dass die Zusammenschaltungsentgelte in der Startphase nicht die gesamten zusammenschaltungsrelevanten Vollkosten abdecken sollen. Die Begründung der belangten Behörde, wonach die UMTS-Kosten "pauschal mit einer durch die teilweise Nicht-Weitergabe der erfolgten Kosteneinsparung bei GSM abgegolten" werden sollten, erweist sich schon insofern als mangelhaft, als ein relevanter Zusammenhang zwischen den Einsparungen bei GSM einerseits und den zusammenschaltungsrelevanten Kosten für UMTS andererseits nicht aufgezeigt wurde.

Da der Verwaltungsgerichtshof somit nicht in der Lage ist, die von der belangten Behörde vorgenommene Entgeltfestlegung auf ihre Rechtmäßigkeit - insbesondere im Hinblick auf eine gesetzmäßige Abwägung der berechtigten Interessen beider Parteien -

zu beurteilen, war der angefochtene Bescheid schon aus diesem Grunde wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

9. Auch im Hinblick auf die Berücksichtigung externer Effekte erweist sich der angefochtene Bescheid als mangelhaft begründet. Die belangte Behörde geht zunächst von jenen Kosten aus, die auf Basis einer Vollkostenrechnung jedenfalls entstehen ("zusammenschaltungsrelevante Kosten"). Diese - als "K1" bezeichneten - Kosten wurden in den im Verwaltungsverfahren erstellten Gutachten der Amtssachverständigen errechnet und von der belangten Behörde den im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellungen zu Grunde gelegt. Für die konkrete Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte der Beschwerdeführerin berücksichtigt die belangte Behörde jedoch weitere "als zusammenschaltungsrelevant identifiziert(e)" Aufwendungen, "wie für Marketing, Billing, Customer Care, Vertrieb und Handsetstützungen", die über die Berechnungsvariante K1 - somit über die für die Zusammenschaltungsleistung jedenfalls entstehenden Kosten - hinausgehen. Durch diese Aufwendungen werde bewirkt, dass die Anzahl der Mobilkunden steige bzw. nicht abnehme und durch bessere Erreichbarkeit die Anzahl der Terminierungsminuten zunehme, wodurch ein positiver externer Effekt für den rufenden Teilnehmer entstehe, der in Form von höheren Terminierungsentgelten von diesem abzugelten sei. In der Folge wird ohne nähere Herleitung darauf verwiesen, dass die Netzwerkexternalitäten im selben Ausmaß wie in einer vorangegangenen Entscheidung der belangten Behörde berücksichtigt werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18. März 2004, ZI. 2002/03/0164, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, im Zusammenhang mit der Berücksichtigung externer Effekte bereits ausgesprochen, dass die Behörde nachvollziehbar darzulegen hat, auf welchen konkreten Überlegungen bzw. konkreten Rechenschritten die vorgenommene Entgeltfestlegung beruht; auch der vorliegend angefochtene Bescheid ist durch den pauschalen Verweis auf eine in einem vorangegangenen Verfahren erfolgte Entgeltfestlegung in diesem Punkt mangelhaft begründet.

10. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die von ihr an die mitbeteiligte Partei zu bezahlenden Zusammenschaltungsentgelte wendet, ist ihr im Hinblick auf die als inhaltlich rechtswidrig geltend gemachte "Entgeltfestlegung nach dem Verhältnis der relativen Marktposition" entgegenzuhalten, dass - wie bereits unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0164, ausgeführt - die Berücksichtigung der relativen Marktstellung zulässig und geboten ist. Hingegen kommt der Verfahrensrüge betreffend die unvollständige Übermittlung des Gutachtens betreffend die Kosten der mitbeteiligten Partei Berechtigung zu. Wie sich aus dem Verwaltungsakt ergibt, wurden die von den Amtssachverständigen erstellten Gutachten zu den Kosten der Verfahrensparteien diesen in unterschiedlicher Form zugestellt. Die belangte Behörde räumt in der Gegenschrift auch ein, dass die den Gutachten zu Grunde liegende Kostendaten der mitbeteiligten Partei "lediglich in einem beschränkten Ausmaß" der Beschwerdeführerin zugänglich gemacht wurden.

Der belangten Behörde kann nicht darin gefolgt werden, dass den Verfahrensparteien (bloß) "grundsätzlich" das Recht gemäß § 45 Abs. 3 AVG zukomme, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen, im Einzelfall jedoch eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse einer Partei auf Stellungnahme zum Beweisergebnis einerseits und dem Interesse der anderen Partei auf Geheimhaltung andererseits vorzunehmen wäre, wie dies in der Gegenschrift ausgeführt wird. Es ist mit den ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren tragenden Grundsätzen des Parteiengehörs und der freien Beweiswürdigung unvereinbar, einen Bescheid auf Beweismittel zu stützen, welche der Partei nicht zugänglich gemacht worden sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Dezember 1990, Zl. 89/06/0018). Wenn sich die belangte Behörde in ihren Feststellungen auf ein Beweismittel stützt, hat sie den Verfahrensparteien zuvor hiezu Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auch aus dem zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides noch nicht in Geltung stehenden § 125 TKG 2003, auf den die belangte Behörde in der Gegenschrift verweist, lässt sich für die belangte Behörde nichts gewinnen, da sich aus dieser Bestimmung keine Einschränkung von Parteienrechten in Mehrparteienverfahren ableiten lässt.

Da der Beschwerdeführerin nur ein unvollständiges Gutachten übermittelt wurde, war es ihr nicht möglich, sich mit für das Ergebnis des Gutachtens wesentlichen Ausgangswerten auseinander zu setzen; sie war damit in der Verfolgung ihrer Parteienrechte gehindert und in ihrem Recht auf Parteiengehör gemäß § 45 Abs. 3 AVG verletzt. Der Verfahrensmangel ist auch wesentlich, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die belangte Behörde im Falle konkreter Einwendungen der Beschwerdeführerin gegen das - vollständige - Gutachten zu einem anderen Bescheid gekommen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2002/03/0273

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

© 2026 JUSLINE

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