

TE Bvwg Erkenntnis 2019/4/26 W113 2016454-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.04.2019

Entscheidungsdatum

26.04.2019

Norm

B-VG Art. 133 Abs4

TKG 2003 §1

TKG 2003 §117

TKG 2003 §121

TKG 2003 §34 Abs1

TKG 2003 §37

TKG 2003 §48

TKG 2003 §50

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. TKG 2003 § 1 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
 2. TKG 2003 § 1 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
 3. TKG 2003 § 1 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
 4. TKG 2003 § 1 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011
 5. TKG 2003 § 1 gültig von 16.07.2009 bis 18.05.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
 6. TKG 2003 § 1 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
 7. TKG 2003 § 1 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 117 gültig von 26.03.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 117 gültig von 01.12.2018 bis 25.03.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
3. TKG 2003 § 117 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
4. TKG 2003 § 117 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
5. TKG 2003 § 117 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. TKG 2003 § 121 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 121 gültig von 01.01.2014 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2013
3. TKG 2003 § 121 gültig von 16.07.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
4. TKG 2003 § 121 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009

1. TKG 2003 § 34 gültig von 22.11.2011 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 34 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
3. TKG 2003 § 34 gültig von 20.08.2003 bis 30.09.2010

1. TKG 2003 § 37 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 37 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
3. TKG 2003 § 37 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010
4. TKG 2003 § 37 gültig von 16.07.2009 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
5. TKG 2003 § 37 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
6. TKG 2003 § 37 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 48 gültig von 22.11.2011 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 48 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. TKG 2003 § 50 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 50 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
3. TKG 2003 § 50 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W113 2016454-1/23E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Katharina DAVID als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 29.09.2014, Z 3/14-16, betreffend einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung nach dem TKG 2003 (weitere Partei: XXXX) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Katharina DAVID als Vorsitzende und die Richter Dr. Christian EISNER und Mag. Walter TOLAR als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40 gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 29.09.2014, Ziffer 3 /, 14 -, 16,, betreffend einen Antrag auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung nach dem TKG 2003 (weitere Partei: römisch 40) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Vorgeschichte

Zwischen der XXXX (Im Folgenden Beschwerdeführerin) und der XXXX (im Folgenden mitbeteiligte Partei) bestand ein Zusammenschaltungsvertrag vom 31.10.2007 idF vom 06.08.2009. Dazu wurden eine Zusatzvereinbarung vom 30.05.2008 über den Anhang 2 und eine Ergänzungsvereinbarung vom 23.09.2009 über die Anhänge 6 und 7 abgeschlossen, welche mit Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 30.10.2012 gekündigt wurden. Anhang 2 wurde unter Einhaltung einer 4-monatigen Kündigungsfrist zum 01.03.2013 gekündigt, die Anhänge 6 und 7 unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist zum 01.02.2013. Zwischen der römisch 40 (Im Folgenden Beschwerdeführerin) und der römisch 40 (im Folgenden mitbeteiligte Partei) bestand ein Zusammenschaltungsvertrag vom 31.10.2007 in der Fassung vom 06.08.2009. Dazu wurden eine Zusatzvereinbarung vom 30.05.2008 über den Anhang 2 und eine Ergänzungsvereinbarung vom 23.09.2009 über die Anhänge 6 und 7 abgeschlossen, welche mit Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 30.10.2012 gekündigt wurden. Anhang 2 wurde unter Einhaltung einer 4-monatigen Kündigungsfrist zum 01.03.2013 gekündigt, die Anhänge 6 und 7 unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist zum 01.02.2013.

Mit dem Marktanalysebescheid vom 30.09.2013, M 1.8/2012-148, wurde von der Telekom-Control-Kommission (im Folgenden belangte Behörde oder TKG) festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei - wie auch 32 andere öffentliche Netzbetreiber - über beträchtliche Marktmacht verfügt, weshalb u.a. der mitbeteiligten Partei ab 01.11.2013 gemäß § 37 TKG spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin wurde mit Marktanalysebescheid vom 14.07.2014, M 1.11/2012-52, eine beträchtliche Marktmacht festgestellt und mit Wirksamkeit ab 01.08.2014 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Die spezifischen Verpflichtungen bestanden in beiden Fällen u.a. aus der Festlegung von Entgelten in der Höhe, wie sie im nunmehr angefochtenen Bescheid angeordnet wurden. Mit dem Marktanalysebescheid vom 30.09.2013, M 1.8/2012-148, wurde von der Telekom-Control-Kommission (im Folgenden belangte Behörde oder TKG) festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei - wie auch 32 andere öffentliche Netzbetreiber - über beträchtliche Marktmacht verfügt, weshalb u.a. der mitbeteiligten Partei ab 01.11.2013 gemäß Paragraph 37, TKG spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin wurde mit Marktanalysebescheid vom 14.07.2014, M 1.11/2012-52, eine beträchtliche Marktmacht festgestellt und mit Wirksamkeit ab 01.08.2014 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Die spezifischen Verpflichtungen bestanden in beiden Fällen u.a. aus der Festlegung von Entgelten in der Höhe, wie sie im nunmehr angefochtenen Bescheid angeordnet wurden.

2. Mit Antrag vom 29.04.2014 beantragte die mitbeteiligte Partei die Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung bei der belangten Behörde.

3. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Telekom-Control-Kommission über den Antrag der XXXX auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 48 Abs. 1 iVm § 50 Abs. 1 TKG 2003 gegenüber der Beschwerdeführerin beschlossen: 3. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Telekom-Control-Kommission über den Antrag der römisch 40 auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß Paragraph 48, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, TKG 2003 gegenüber der Beschwerdeführerin beschlossen:

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 TKG 2003: Gemäß Paragraphen 48, Absatz eins, 50, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraphen 117, Ziffer 7, 121, Absatz 3, TKG 2003

A. wird der Antrag der XXXX vom 29.4.2014 auf Anordnung "angemessener Entgelte" für die Leistung der Festnetzterminierung ab 1.2.2013 bzw 1.3.2013 bis 31.10.2013 zurückgewiesen. A. wird der Antrag der römisch 40 vom 29.4.2014 auf Anordnung "angemessener Entgelte" für die Leistung der Festnetzterminierung ab 1.2.2013 bzw

1.3.2013 bis 31.10.2013 zurückgewiesen.

B. gelten mit Wirksamkeit ab 1.11.2013 für die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der XXXX sowie der XXXX in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 31.10.2007 idF vom 6.8.2009 folgende Bedingungen für Festnetzterminierungsentgelte: B. gelten mit Wirksamkeit ab 1.11.2013 für die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der römisch 40 sowie der römisch 40 in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 31.10.2007 in der Fassung vom 6.8.2009 folgende Bedingungen für Festnetzterminierungsentgelte:

Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung "Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der XXXX sowie der XXXX
Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung "Anrufzustellung in das öffentliche Telefonnetz an festen Standorten der römisch 40 sowie der römisch 40

Bild kann nicht dargestellt werden

1. Peak-Off-Peak-Zeiten

Als "Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von Montag bis Freitag (werktags) von 8:00 Uhr bis 18:00 Uhr.

Als "Off-Peak-Zeiten" gelten alle Zeiten von

- -Strichaufzählung
Montag bis Freitag (werktags) von 0:00 Uhr bis 8:00 Uhr;
- -Strichaufzählung
Montag bis Freitag (werktags) von 18:00 Uhr bis 24:00 Uhr;
- -Strichaufzählung
Samstag, Sonn- und gesetzlich anerkannte Feiertage von 0:00 Uhr bis 24:00 Uhr.

2. Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind tageszeitabhängig. Sämtliche Entgelte sind verkehrsvolumensunabhängig. Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zu Stande gekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung der zu Stande gekommenen Verbindung.

3. Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der wechselseitigen Verkehrsentgelte erfolgt im Wege der direkten Abrechnung zwischen den Parteien entsprechend Punkt 5 des allgemeinen Teils des Zusammenschaltungsvertrages.

Begründet wurde diese Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die belangte Behörde gesetzlich dazu berufen sei, auf Grund des Antrags der mitbeteiligten Partei eine Zusammenschaltungsanordnung zu treffen. Sie habe nach der Judikatur Entgelte in angemessener Höhe festzulegen. Die mitbeteiligte Partei habe seit 01.11.2013 die im Marktanalysebescheid zu M 1.8/12 angeordneten Entgelte verrechnet, die Beschwerdeführerin habe davon abweichende höhere Entgelte verrechnet, wodurch Dissens entstanden sei.

Es hätten zwar für den hier relevanten Zeitraum ab 01.11.2013 bis 31.07.2014 für die Beschwerdeführerin keine bescheidmäßig auferlegten Verpflichtungen gegolten, es sei aber zu berücksichtigen, dass für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch vor Geltung des Marktanalysebescheides für die Beschwerdeführerin wettbewerbliche Defizite festgestellt worden wären. Im Sinne eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen seien genau jene Entgelte festzulegen, die für die Beschwerdeführerin ab 01.08.2014 galten und die auch schon zuvor von (weitgehend) allen Festnetzterminierungsbetreibern - die mitbeteiligte Partei eingeschlossen - verrechnet (bzw. angeboten) worden seien.

Der Umstand, dass gegenüber der Beschwerdeführerin bis zum 14.07.2014 kein Marktanalysebescheid erlassen wurde, mit welchem die beträchtliche Marktmacht festgestellt worden sei und spezifische Verpflichtungen auferlegt worden seien, bedeute nicht, dass diese davor keine beträchtliche Marktmacht gehabt hätte. Die Beschwerdeführerin habe schließlich ab der Kündigung des Vertrages nicht mehr darauf vertrauen können, dass sie die zuvor verrechneten Entgelte in gleicher Höhe weiterverrechnen könne, insbesondere im Hinblick auf den Marktanalysebescheid, der gegenüber der mitbeteiligten Partei und anderen Betreibern erlassen worden sei.

Die belangte Behörde begründete die Zusammenschaltungsanordnung weiters mit einer näher ausgeführten

ökonomischen Sichtweise und der Wettbewerbssituation.

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, wonach eine rückwirkende Anordnung der Entgelte des Verfahrens M 1.8/12 die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach eine rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung nur ausnahmsweise für zulässig erachtet worden sei, umgehen würde, führte die belangte Behörde aus: Im gegenständlichen Fall würde nämlich gerade kein aufgehobener Zusammenschaltungsbescheid vorliegen hinsichtlich dessen zur Wahrung der Rechtssicherheit ein neuer Ersatzbescheid rückwirkend erlassen werden müsse. Der gegenständliche Zusammenschaltungsbescheid soll dazu dienen, die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Ob bereits ein Bescheid, der vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde, bestanden hat oder nicht, ändert nichts an den bestehenden Wettbewerbsdefiziten und an der Rechtsunsicherheit für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum, insbesondere aber nicht an der aus ökonomischer Sicht bestehenden beträchtlichen Marktmacht der Terminierungsnetzbetreiber, auch wenn diese im Fall der Beschwerdeführerin (noch) nicht bescheidmäßig festgestellt worden sei.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher dessen Spruchpunkt B. angefochten und der Antrag gestellt wird, das Bundesverwaltungsgericht möge gegebenenfalls nach Durchführung einer Verhandlung in der Sache entscheiden und Spruchpunkt B. dahingehend abändern, dass der Antrag der mitbeteiligten Partei auf rückwirkende Teilzusammenschaltung gemäß § 50 iVm §§ 48 Abs. 1, 49 TKG 2003, nämlich angemessene Entgelte für die Leistungen Terminierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten von XXXX ab 01.11.2013 auf Basis der neuen Bescheidlage M 1.8/12 vom 30.09.2013 anzuordnen, abgewiesen wird. 4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit welcher dessen Spruchpunkt B. angefochten und der Antrag gestellt wird, das Bundesverwaltungsgericht möge gegebenenfalls nach Durchführung einer Verhandlung in der Sache entscheiden und Spruchpunkt B. dahingehend abändern, dass der Antrag der mitbeteiligten Partei auf rückwirkende Teilzusammenschaltung gemäß Paragraph 50, in Verbindung mit Paragraphen 48, Absatz eins, 49, TKG 2003, nämlich angemessene Entgelte für die Leistungen Terminierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten von römisch 40 ab 01.11.2013 auf Basis der neuen Bescheidlage M 1.8/12 vom 30.09.2013 anzuordnen, abgewiesen wird.

In eventu möge Spruchpunkt B. dahingehend abgeändert werden, dass dem Antrag der mitbeteiligten Partei auf rückwirkende Teilzusammenschaltungsanordnung, nämlich angemessene Entgelte für die Leistungen Terminierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten von XXXX 15.01.2014 bis 31.07.2014 auf Basis der neuen Bescheidlage M 1.8/12 vom 30.09.2013 anzuordnen, Folge gegeben wird. In eventu möge eine zurückverweisende Entscheidung erfolgen. In eventu möge Spruchpunkt B. dahingehend abgeändert werden, dass dem Antrag der mitbeteiligten Partei auf rückwirkende Teilzusammenschaltungsanordnung, nämlich angemessene Entgelte für die Leistungen Terminierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten von römisch 40 15.01.2014 bis 31.07.2014 auf Basis der neuen Bescheidlage M 1.8/12 vom 30.09.2013 anzuordnen, Folge gegeben wird. In eventu möge eine zurückverweisende Entscheidung erfolgen.

Angefochten wurde somit nur Spruchpunkt B. Somit bleibt strittig zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei der Zeitraum von 01.11.2013 bis 31.07.2014 für die Leistung der Festnetz-Terminierung in das Netz der Beschwerdeführerin.

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag der mitbeteiligten Partei hätte rechtsrichtigerweise zurückgewiesen werden müssen: Hauptanwendungsfall des § 48 TKG sei es vor allem, neu in den Markt eintretenden Anbietern den Auftritt und Durchbruch am Markt erst zu ermöglichen. Gegenständlich seien aber keine neuen Anbieter am Markt betroffen, weshalb eine Voraussetzung für die Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung nicht vorliege. Überdies liege eine aufrechte Vereinbarung vor, lediglich die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung Festnetzterminierung sei strittig. Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag der mitbeteiligten Partei hätte rechtsrichtigerweise zurückgewiesen werden müssen: Hauptanwendungsfall des Paragraph 48, TKG sei es vor allem, neu in den Markt eintretenden Anbietern den Auftritt und Durchbruch am Markt erst zu ermöglichen. Gegenständlich seien aber keine neuen Anbieter am Markt betroffen, weshalb eine Voraussetzung für die Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung nicht vorliege. Überdies liege eine aufrechte Vereinbarung vor, lediglich die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung Festnetzterminierung sei strittig.

Die europarechtlichen Vorgaben würden eine Zusammenschaltungsvereinbarung nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorsehen. Die nationale Regelung gehe in ungerechtfertigter Weise darüber hinaus und sehe eine solche

Verpflichtung für alle öffentlichen Netzbetreiber vor. Dabei handle es sich um eine überschießende, nicht richtlinienkonforme Regelung. Aber selbst wenn man von der Europarechtkonformität der Regelung ausgehe, dürfe diese nicht dem Regelungszweck zuwiderlaufen. Nachdem es sich bei der Beschwerdeführerin erst ab 01.08.2014 um eine Netzbetreiberin mit beträchtlicher Marktmacht handle, sei eine erweiterte Zusammenschaltungsverpflichtung nicht gerechtfertigt. Die Bestimmungen des TKG seien auch so auszulegen, dass Zusammenschaltungsanordnungen nur auf gleicher Marktmacht-Ebene zulässig seien.

Die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid auf Seite 7 festgestellt, dass in mehreren bilateralen Verhandlungen betreffend den Zeitraum ab 01.11.2013 (erstmal am 15.01.2014, zuletzt am 21.02.2014) keine Einigung erzielt werden konnte und habe in der rechtlichen Beurteilung (Seite 9, 3. Absatz) dazu widersprüchlich ausgeführt, dass die Verfahrensvoraussetzungen betreffend den Zeitraum ab 01.11.2013, somit auch das Tatbestandselement geführte Verhandlungen erfüllt seien. Diese rechtliche Beurteilung sei verfehlt, weil es sich beim Angebot bzw. der Nachfrage der mitbeteiligten Partei auf Zusammenschaltung unter Zugrundelegung des Standardangebots um keine Verhandlung im technischen Sinne gehandelt habe.

Die rückwirkende Festlegung von Entgelten verstoße gegen die von der Rechtsordnung zu wahrende Rechts- und Planungssicherheit und sei rechtswidrig. Die Beschwerdeführerin habe auch darauf vertrauen dürfen, dass bis zu einer neuen Vereinbarung oder Neuregelung der aufgekündigten Anhänge weiter zur Anwendung komme. Sie verweist dabei auf Pkt. 11.2 des Hauptvertrages, der die Kündigung betrifft.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dürfe eben keine rückwirkende Auferlegung von spezifischen Regulierungsverpflichtungen erfolgen; dafür bestehe keine Rechtsgrundlage. Es ergäbe sich zudem ein existenzbedrohender Eingriff für die Beschwerdeführerin.

Die belangte Behörde versuche nun auf Grund der verspätet festgestellten Marktmacht eine Korrektur auf kurzem Weg durchzuführen, nämlich durch die rückwirkende Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten im Z-Verfahren. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin negiere eine derartige Vorgehensweise die bestehenden Unterschiedlichkeiten der Betreiber im Faktischen und führe zu einer Ungleichbehandlung der Betreiber und einer Gefährdung eines der Regulierungsziele, nämlich der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähiger Wettbewerbs.

Selbst wenn das BVwG der Ansicht der belangten Behörde folgen sollte, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ein Fall der §§ 48 iVm § 50 TKG vorliege, so sei dies jedenfalls erst ab 15.01.2014 zu bejahen und sei die Anordnung neuer Entgelte durch die belangte Behörde ab 01.11.2013 jedenfalls rechtlich unrichtig und verfehlt: Schließlich führe sowohl die weitere Partei in ihrem Antrag vom 29.04.2014 aus, dass "mehrere bilaterale Gespräche und Verhandlungen (erstmal am 15.01.2014, zuletzt am 21.02.2014, Beilage ./8) erfolgten" und habe auch die belangte Behörde auf Seite 7 des angefochtenen Bescheids übereinstimmende Feststellungen getroffen. Die belangte Behörde hätte daher zum Ergebnis kommen müssen, dass mangels ernstlich betriebener Verhandlungen zu gegenständlicher Leistung vor dem 15.01.2014 der Antrag jedenfalls zurückzuweisen gewesen wäre. Selbst wenn das BVwG der Ansicht der belangten Behörde folgen sollte, dass entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ein Fall der Paragraphen 48, in Verbindung mit Paragraph 50, TKG vorliege, so sei dies jedenfalls erst ab 15.01.2014 zu bejahen und sei die Anordnung neuer Entgelte durch die belangte Behörde ab 01.11.2013 jedenfalls rechtlich unrichtig und verfehlt: Schließlich führe sowohl die weitere Partei in ihrem Antrag vom 29.04.2014 aus, dass "mehrere bilaterale Gespräche und Verhandlungen (erstmal am 15.01.2014, zuletzt am 21.02.2014, Beilage ./8) erfolgten" und habe auch die belangte Behörde auf Seite 7 des angefochtenen Bescheids übereinstimmende Feststellungen getroffen. Die belangte Behörde hätte daher zum Ergebnis kommen müssen, dass mangels ernstlich betriebener Verhandlungen zu gegenständlicher Leistung vor dem 15.01.2014 der Antrag jedenfalls zurückzuweisen gewesen wäre.

Zur Verletzung von Verfahrensvorschriften bemängelt die Beschwerdeführerin weiters das Ermittlungsverfahren der belangten Behörde als unvollständig. Sie habe ihre Erörterungspflicht und eine sich daraus ergebende Feststellungspflicht verletzt und die Beschwerdeführerin nicht zur Offenlegung von Kosten und Kalkulationen aufgefordert. Wäre die Behörde ihrer Verpflichtung nachgekommen, hätte sie die existenzbedrohende Wirkung der Entscheidung erkannt. Zudem hätte sie eine Befristung im Spruch des Bescheides aussprechen müssen.

5. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und wiederholte mit Schreiben vom 19.12.2014 im Wesentlichen die Ausführungen im angefochtenen Bescheid. Ergänzend führte sie aus, dass das Marktanalyseverfahren betreffend die mitbeteiligte Partei und andere Netzbetreiber als Großverfahren geführt

worden sei. Wer nach Ediktsveröffentlichung keine Stellungnahme erhoben hätte, hätte seine Parteistellung verloren. Die Beschwerdeführerin hätte ihre Betroffenheit weder nach Ediktsveröffentlichung glaubhaft gemacht noch sich während des laufenden Verfahrens bei der Behörde gemeldet.

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, sie sei ihrer Verpflichtung zur Nummernanzeige immer nachgekommen und hätte die Behörde bereits Anfang 2012 die Marktmacht der Beschwerdeführerin einschätzen können, führt die Behörde aus, dass weder die Nummernzuteilung noch die Nummernanzeige Rückschlüsse darauf zulasse, dass die Beschwerdeführerin die Leistung der Festnetzterminierung erbringe. Die Behörde hätte sofort nach Bekanntwerden der Tatsache, dass hier Festnetzterminierungsleistungen durch die Beschwerdeführerin erbracht werden, ein entsprechendes Marktanalyseverfahren eingeleitet.

Zum Argument der fehlenden Tatbestandsvoraussetzung geführte Verhandlungen wird ausgeführt, dass Verhandlungen dann vorliegen würden, wenn sich zwei oder mehrere Parteien begegnen und versuchen würden, Auffassungsunterschiede durch eine Einigung beizulegen. Dies sei nach den Beilagen zum Antrag der mitbeteiligten Partei zweifelsfrei erfüllt. Für die Festlegung der Entgelte erst ab 15.01.2014, wie die Beschwerdeführerin dies fordere, sei der Ablauf der sechswöchigen Verhandlungsfrist relevant. Zum einen könne der Antrag gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 bei der Behörde nur gestellt werden, wenn vor Antragstellung die Verhandlungsfrist von sechs Wochen abgelaufen sei. Zum anderen sei Gegenstand der vertragsersetzenden Anordnung der Inhalt, also worüber verhandelt worden sei. Da die Verhandlungen nachweislich die Festnetzterminierungsentgelte ab 01.11.2013 zum Inhalt gehabt hätten, könnten somit auch ab diesem Zeitraum Festnetzterminierungsentgelte angeordnet werden. Zum Argument der fehlenden Tatbestandsvoraussetzung geführte Verhandlungen wird ausgeführt, dass Verhandlungen dann vorliegen würden, wenn sich zwei oder mehrere Parteien begegnen und versuchen würden, Auffassungsunterschiede durch eine Einigung beizulegen. Dies sei nach den Beilagen zum Antrag der mitbeteiligten Partei zweifelsfrei erfüllt. Für die Festlegung der Entgelte erst ab 15.01.2014, wie die Beschwerdeführerin dies fordere, sei der Ablauf der sechswöchigen Verhandlungsfrist relevant. Zum einen könne der Antrag gemäß Paragraphen 48, 50, TKG 2003 bei der Behörde nur gestellt werden, wenn vor Antragstellung die Verhandlungsfrist von sechs Wochen abgelaufen sei. Zum anderen sei Gegenstand der vertragsersetzenden Anordnung der Inhalt, also worüber verhandelt worden sei. Da die Verhandlungen nachweislich die Festnetzterminierungsentgelte ab 01.11.2013 zum Inhalt gehabt hätten, könnten somit auch ab diesem Zeitraum Festnetzterminierungsentgelte angeordnet werden.

Zum Einwand, eine rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung sei rechtswidrig, verweist die Behörde auf § 50 TKG, der hinsichtlich einer Rückwirkung keine Einschränkungen vorsehe, und auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (im Folgenden VwGH) vom 25.06.2008, Zl. 2007/03/0211, welches auch die Anordnung von Entgelten für vor der Erlassung des angefochtenen Bescheides gelegene Zeiträume zulasse. Zum Einwand, eine rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung sei rechtswidrig, verweist die Behörde auf Paragraph 50, TKG, der hinsichtlich einer Rückwirkung keine Einschränkungen vorsehe, und auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (im Folgenden VwGH) vom 25.06.2008, Zl. 2007/03/0211, welches auch die Anordnung von Entgelten für vor der Erlassung des angefochtenen Bescheides gelegene Zeiträume zulasse.

Die behaupteten Verfahrensmängel, so die belangte Behörde, lägen nicht vor. Zur eingeforderten Befristung des Bescheides schließlich wird ausgeführt, dass eine solche nicht notwendig sei, da sich die Kündigungsmöglichkeit aus dem (durch Bescheid ersetzten) Vertrag ergebe. Eine neue Marktanalyseentscheidung sei jedenfalls zu berücksichtigen.

6. Mit Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 21.12.2015 bestreitet diese das Vorbringen der belangten Behörde, wonach die Behörde während Durchführung des Marktanalyseverfahrens betreffend die mitbeteiligte Partei keine Kenntnis davon gehabt hätte, dass die Beschwerdeführerin ebenfalls seit einigen Jahren Festnetzterminierungsleistungen erbringt und legt dazu mehrere Beilagen vor.

Die von der belangten Behörde zitierte Judikatur des VwGH stelle einen Ausnahmefall dar, der anders gelagert gewesen sei, weshalb damit nicht jegliche rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung für zulässig erklärt werde.

Am 08.01.2014 habe die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde telefonisch um Auskunft ersucht, wie sich die Beschwerdeführerin aufgrund der unklaren Lage weiter zu verhalten habe. Der Beschwerdeführerin wurde zugesichert, dass sie gegenüber ihren Wettbewerbern die bisher verrechneten Tarife weiter verrechnen könne, da sie bis dahin keinen entsprechenden Marktanalysebescheid erhalten habe.

Mit weiterem Schriftsatz vom 12.11.2018 bestätigt die Beschwerdeführerin auf Nachfrage ihr Interesse an einer Entscheidung in der Sache.

7. Mit Schreiben vom 25.03.2019 gab die mitbeteiligte Partei eine Stellungnahme ab, in der sie im Wesentlichen die Abweisung der Beschwerde beantragt. Zur Kernfrage, ob eine rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung erlassen werden darf, verweist sie auf Judikatur des VwGH, wonach eine solche zulässig sei.

8. In der mündlichen Beschwerdeverhandlung am 29.03.2019, in der alle Parteien anwesend waren, wurde im Wesentlichen die Sach- und Rechtslage erörtert. Die Beschwerdeführerin gab ergänzend an, dass in der Sache keine verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit bestehe, weshalb sie die Zurückweisung des Antrags beantrage.

9. Mit Schreiben vom 01.04.2019 legte die mitbeteiligte Partei weitere Unterlagen vor, die den Parteien zur Kenntnis gebracht wurden und wurde insbesondere der Beschwerdeführerin eine Frist von 2 Wochen eingeräumt, in der sie dazu Stellung nehmen konnte.

10. Mit Schreiben vom 12.04.2019 legte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme vor, in der sie im Wesentlichen die bisherigen Ausführungen wiederholte. Dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei, dass eine Vereinbarung über den bescheidgegenständlichen Zeitraum vorliege, widerspricht die Beschwerdeführerin.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin und die mitbeteiligte Partei sind jeweils Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes.

Zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei lag ein Zusammenschaltungsvertrag vom 31.10.2007 idF vom 06.08.2009 vor. Dazu wurden eine Zusatzvereinbarung vom 30.05.2008 über den Anhang 2 und eine Ergänzungsvereinbarung vom 23.09.2009 über die Anhänge 6 und 7 abgeschlossen, welche mit Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 30.10.2012 gekündigt wurden. Anhang 2 wurde unter Einhaltung einer 4-monatigen Kündigungsfrist zum 01.03.2013 gekündigt, die Anhänge 6 und 7 unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist zum 01.02.2013. Der restliche Vertrag war für den hier relevanten Zeitraum aufrecht. Zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei lag ein Zusammenschaltungsvertrag vom 31.10.2007 in der Fassung vom 06.08.2009 vor. Dazu wurden eine Zusatzvereinbarung vom 30.05.2008 über den Anhang 2 und eine Ergänzungsvereinbarung vom 23.09.2009 über die Anhänge 6 und 7 abgeschlossen, welche mit Schreiben der mitbeteiligten Partei vom 30.10.2012 gekündigt wurden. Anhang 2 wurde unter Einhaltung einer 4-monatigen Kündigungsfrist zum 01.03.2013 gekündigt, die Anhänge 6 und 7 unter Einhaltung einer 3-monatigen Kündigungsfrist zum 01.02.2013. Der restliche Vertrag war für den hier relevanten Zeitraum aufrecht.

Aus der erwähnten Kündigung geht klar hervor, dass die mitbeteiligte Partei das Zusammenschungsverhältnis weiterhin aufrechterhalten wollte und lud die Beschwerdeführerin ausdrücklich zu diesbezüglichen Gesprächen ein: Damit wollen wir sicherstellen, dass die neuen Entgelte zum frühestmöglichen Zeitpunkt verrechnet werden können. In der Folge wurde in mehreren Schreiben der mitbeteiligten Partei - an die Beschwerdeführerin und andere Zusammenschaltungspartner - darauf hingewiesen, dass ab 01.11.2013 neuen Entgelte, nämlich jene des nunmehr erlassenen Marktanalysebescheides, verrechnet werden und die Einladung zu Gesprächen als Nachfrage iS § 48 iVm § 50 TKG 2003 zu verstehen ist. Aus der erwähnten Kündigung geht klar hervor, dass die mitbeteiligte Partei das Zusammenschungsverhältnis weiterhin aufrechterhalten wollte und lud die Beschwerdeführerin ausdrücklich zu diesbezüglichen Gesprächen ein: Damit wollen wir sicherstellen, dass die neuen Entgelte zum frühestmöglichen Zeitpunkt verrechnet werden können. In der Folge wurde in mehreren Schreiben der mitbeteiligten Partei - an die Beschwerdeführerin und andere Zusammenschaltungspartner - darauf hingewiesen, dass ab 01.11.2013 neuen Entgelte, nämlich jene des nunmehr erlassenen Marktanalysebescheides, verrechnet werden und die Einladung zu Gesprächen als Nachfrage iS Paragraph 48, in Verbindung mit Paragraph 50, TKG 2003 zu verstehen ist.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 30.09.2013, M 1.8/2012-148, wurde festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei - wie auch 32 andere öffentliche Netzbetreiber ausgenommen der Beschwerdeführerin - über beträchtliche Marktmacht verfügt, weshalb u.a. der mitbeteiligten Partei ab 01.11.2013 gemäß § 37 TKG spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin wurde mit Marktanalysebescheid vom 14.07.2014, M 1.11/2012-52, eine beträchtliche Marktmacht festgestellt und mit Wirksamkeit ab 01.08.2014 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Die

spezifischen Verpflichtungen bestanden in beiden Fällen u.a. aus der Festlegung von Festnetzterminierungsentgelten in der Höhe, wie sie im nunmehr angefochtenen Bescheid angeordnet wurden (0,137 peak und 0,085 off-peak, jeweils Eurocent pro Minute, exkl. USt). Mit Bescheid der belangten Behörde vom 30.09.2013, M 1.8/2012-148, wurde festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei - wie auch 32 andere öffentliche Netzbetreiber ausgenommen der Beschwerdeführerin - über beträchtliche Marktmacht verfügt, weshalb u.a. der mitbeteiligten Partei ab 01.11.2013 gemäß Paragraph 37, TKG spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin wurde mit Marktanalysebescheid vom 14.07.2014, M 1.11/2012-52, eine beträchtliche Marktmacht festgestellt und mit Wirksamkeit ab 01.08.2014 spezifische Verpflichtungen auferlegt. Die spezifischen Verpflichtungen bestanden in beiden Fällen u.a. aus der Festlegung von Festnetzterminierungsentgelten in der Höhe, wie sie im nunmehr angefochtenen Bescheid angeordnet wurden (0,137 peak und 0,085 off-peak, jeweils Eurocent pro Minute, exkl. USt).

Mit Schreiben vom 29.04.2014 beantragte die mitbeteiligte Partei bei der belangten Behörde die Erlassung einer Teilzusammenschaltungsanordnung in Bezug auf angemessene Zusammenschaltungsentgelte ab 01.02.2013 bzw. 01.03.2013 für die Leistung der Festnetzterminierung der Beschwerdeführerin. Für den Zeitraum vom 01.02.2013 bzw. 01.03.2013 bis 31.10.2013 sollten Entgelte auf Basis der "alten Bescheidlage" des Bescheides M 8a/06-41 vom 05.02.2007 und für den Zeitraum ab 01.11.2013 Entgelte auf Basis der "neuen Bescheidlage" des Bescheides M 1.8/12 vom 30.09.2013 angeordnet werden. In der Zeit zwischen der Nachfrage vom 30.10.2012 und dem Antrag vom 29.04.2014 fand zwischen der mitbeteiligten Partei und der Beschwerdeführerin eine Kommunikation über die Zusammenschaltungsleistung statt, womit die Verhandlungen darüber jedenfalls mehr als 6 Wochen dauerten, jedoch zu keiner Einigung führten.

Die Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß § 121 Abs. 3 TKG 2003 durch die belangte Behörde führte zu keiner Einigung. Die Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens gemäß Paragraph 121, Absatz 3, TKG 2003 durch die belangte Behörde führte zu keiner Einigung.

Die belangte Behörde erließ die gegenständliche Zusammenschaltungsanordnung schließlich rückwirkend für den Zeitraum ab 01.11.2013 und ordnete in Spruchpunkt B.

Festnetzterminierungsentgelte in das jeweilige Netz in Höhe von 0,137 peak und 0,085 off-peak, jeweils Eurocent pro Minute, exkl. USt, an. Mit Spruchpunkt A. wurde der Antrag der mitbeteiligten Partei betreffend den Zeitraum ab 01.02.2013 bzw. 01.03.2013 bis 31.10.2013 zurückgewiesen.

Angefochten wurde lediglich Spruchpunkt B. Somit bleibt strittig zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei der Zeitraum von 01.11.2013 bis 31.07.2014 für die Leistung der Festnetzterminierung. Für diesen Zeitraum wurde auch danach keine Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei getroffen.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den Verfahrensakten, der Beschwerde, den im Beschwerdeverfahren eingeholten Stellungnahmen sowie der Beschwerdeverhandlung am 29.03.2019. Sie erwiesen sich als weitgehend unstrittig und können folglich dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden.

Zu klären war zum einen die Frage, wie sich die Vertragsverhandlungen tatsächlich gestalteten, da die Beschwerdeführerin einwendete, dass eine Zusammenschaltungsanordnung gegenständlich, wenn überhaupt, frühestens ab 15.01.2014 erlassen werden könne, da davor keine ersthaften Verhandlungen geführt worden seien (vgl. auch VH-Schrift 29.03.2019, S. 4). Zu klären war zum anderen die Frage, wie sich die Vertragsverhandlungen tatsächlich gestalteten, da die Beschwerdeführerin einwendete, dass eine Zusammenschaltungsanordnung gegenständlich, wenn überhaupt, frühestens ab 15.01.2014 erlassen werden könne, da davor keine ersthaften Verhandlungen geführt worden seien (vergleiche auch VH-Schrift 29.03.2019, S. 4).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin steht in klarem Widerspruch zur Aktenlage: Bereits im Kündigungsschreiben der mitbeteiligten Partei vom 30.10.2012 an die Beschwerdeführerin wurde eine klare Einladung zu Gesprächen ausgesprochen. Mit E-Mails an die Beschwerdeführerin, beispielsweise vom 08.11.2013, 20.11.2013 und 12.12.2013, forderte die mitbeteiligte Partei wiederholt eine Einvernehmensherstellung bezüglich der Höhe der strittigen Entgelte ein. Die Beschwerdeführerin wiederum teilte in mehreren Schreiben bzw. E-Mails - auch Bezug nehmend auf ein Angebot der mitbeteiligten Partei vom 15.01.2014 - ihren Rechtsstandpunkt mit, nämlich, dass aus ihrer Sicht eine

rückwirkende Anordnung von Entgelten mit einem Marktanalysebescheid nicht möglich sei und sie daher keine Änderung der verrechneten Entgelte vorzunehmen gedenke. Das Verhalten der Beschwerdeführerin kann vielmehr als strikte Weigerung gedeutet werden in ernsthafte Gespräche mit der mitbeteiligten Partei einzutreten.

Die Feststellung, dass über 6 Wochen hinweg Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei betreffend die Zusammenschaltungsleistung stattgefunden haben, ergibt sich somit zweifelsfrei aus OZ 1 des Verfahrensaktes.

Zum anderen war zu klären, ob es zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei nicht nachträglich eine Vereinbarung über den strittigen Zeitraum gegeben hat, wie die mitbeteiligte Partei in ihrem Schreiben vom 25.03.2019 und in der Beschwerdeverhandlung behauptete (vgl. VH-Schrift 29.03.2019, S. 5 und Beilage 1). Aus der genannten Beilage 1 ergibt sich: Die [...] Vertragspartner kommen überein, dass die Kündigung von XXXX vom 18.12.2015 betreffend [...] des vertragsersetzenden Bescheides Z3/14 für unwirksam erklärt wird und die Bestimmungen dieser Anhänge auch für den Zeitpunkt nach 31.3.2016 unbefristet fortgesetzt werden. Zum anderen war zu klären, ob es zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei nicht nachträglich eine Vereinbarung über den strittigen Zeitraum gegeben hat, wie die mitbeteiligte Partei in ihrem Schreiben vom 25.03.2019 und in der Beschwerdeverhandlung behauptete (vergleiche VH-Schrift 29.03.2019, S. 5 und Beilage 1). Aus der genannten Beilage 1 ergibt sich: Die [...] Vertragspartner kommen überein, dass die Kündigung von römisch 40 vom 18.12.2015 betreffend [...] des vertragsersetzenden Bescheides Z3/14 für unwirksam erklärt wird und die Bestimmungen dieser Anhänge auch für den Zeitpunkt nach 31.3.2016 unbefristet fortgesetzt werden.

Aus weiteren von der mitbeteiligten Partei mit 01.04.2019 vorgelegten Unterlagen ergeben sich mehrere Einsprüche der mitbeteiligten Partei gegen monatliche Rechnungen der Beschwerdeführerin ab November 2013, die, wie oben bereits festgestellt, weiterhin höhere Entgelte für die Leistung der Festnetzterminierung verrechnete. Diesen Einsprüchen wurde von der Beschwerdeführerin zunächst jeweils nicht stattgegeben und forderte diese die mitbeteiligte Partei regelmäßig auf, die ihrer Meinung nach aushaftenden Beträge zu begleichen. Mit Schreiben vom 26.09.2014 teilte die mitbeteiligte Partei der Beschwerdeführerin mit, sie warte die Entscheidung der belangten Behörde im Z-Verfahren ab und sehe jene Entgelte der M 1.8/12-Bescheide als zulässig an. Schließlich teilte die Beschwerdeführerin der mitbeteiligten Partei mit Schreiben vom 31.10.2014 mit, dass sie die aushaftenden Beträge unter Bezugnahme auf den ergangenen gegenständlichen Bescheid am Konto der Beschwerdeführerin gutschreibt.

Der mitbeteiligten Partei kann nicht gefolgt werden, wenn sie auf dieser Grundlage annimmt, dass zwischen ihr und der Beschwerdeführerin für den hier strittigen Zeitraum rückwirkend eine Vereinbarung über die Höhe der Entgelte getroffen wurde. Nur, weil die Parteien vereinbaren, die Bestimmungen dieser Anhänge auch für den Zeitpunkt nach 31.3.2016 unbefristet fortzusetzen, bedeutet das nach Ansicht des erkennenden Senates nicht, dass die Beschwerdeführerin auch für den Zeitraum vom 01.11.2013 bis 31.07.2014 die von der mitbeteiligten Partei geleisteten niedrigeren Zahlungen in dieser Höhe akzeptierte. In diesem Fall hätte sie nämlich keine Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid erhoben bzw. diese wieder zurückgezogen. Die Gutschrift der aushaftenden Beträge als Einwilligung einer solchen Vereinbarung anzusehen verbietet sich ebenso, hat der angefochtene Bescheid doch ex lege keine aufschiebende Wirkung und musste er daher von der Beschwerdeführerin trotz ihrer Beschwerde umgesetzt werden.

Im Übrigen gestand selbst die mitbeteiligte Partei in der Beschwerdeverhandlung ein, dass die Fortsetzung der Zusammenschaltungsvereinbarung nicht die Entgelte betrifft, die im gegenständlichen Bescheid festgelegt wurden (vgl. VH-Schrift 29.03.2019, S. 5, vorletzter Absatz). Im Übrigen gestand selbst die mitbeteiligte Partei in der Beschwerdeverhandlung ein, dass die Fortsetzung der Zusammenschaltungsvereinbarung nicht die Entgelte betrifft, die im gegenständlichen Bescheid festgelegt wurden (vergleiche VH-Schrift 29.03.2019, S. 5, vorletzter Absatz).

Eine Vereinbarung über die Höhe der Entgelte für die Leistung der Festnetzterminierung für den hier strittigen Zeitraum liegt aus Warte des erkennenden Senates nicht vor (vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12.04.2019, S. 5-6). Eine Vereinbarung über die Höhe der Entgelte für die Leistung der Festnetzterminierung für den hier strittigen Zeitraum liegt aus Warte des erkennenden Senates nicht vor (vergleiche auch Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12.04.2019, S. 5-6).

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

Die §§ 48 bis 50 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 in der vorliegend relevanten Fassung BGBl. I Nr. 102/2011, lauten: Die Paragraphen 48 bis 50 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, in der vorliegend relevanten Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011,, lauten:

Pflicht zur Zusammenschaltung

§ 48. (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Paragraph 48, (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

(2) Informationen, die Betreiber im Zuge von Verhandlungen über den Netzzugang von anderen Betreibern erhalten, dürfen diese nur für den Zweck nutzen, für den sie die Daten erhalten haben. Die Betreiber haben dabei stets die Vertraulichkeit der übermittelten Information zu wahren, und dürfen diese nicht an Dritte, insbesondere andere Abteilungen, Tochterunternehmen oder Geschäftspartner, für die diese Informationen einen Wettbewerbsvorteil darstellen könnten, weitergeben; es sei denn, es besteht eine anderslautende Vereinbarung zwischen den Betreibern.

(3) Standardangebote gemäß § 38 Abs. 3 sind der Regulierungsbehörde vorzulegen. Vereinbarungen über Netzzugang sind der Regulierungsbehörde auf deren begründetes Verlangen vorzulegen. (3) Standardangebote gemäß Paragraph 38, Absatz 3, sind der Regulierungsbehörde vorzulegen. Vereinbarungen über Netzzugang sind der Regulierungsbehörde auf deren begründetes Verlangen vorzulegen.

Umfang der Zusammenschaltung

§ 49. (1) Die Zusammenschaltung hat zumindest folgende Leistungen zu umfassen Paragraph 49, (1) Die Zusammenschaltung hat zumindest folgende Leistungen zu umfassen:

1. Zurverfügungstellung der notwendigen Vermittlungsdaten der jeweiligen Verbindung oder der Routingdaten im Fall paketorientierter Dienste an den zusammenschaltenden Betreiber;
2. Zustellung der Verbindungen oder Datenpakete an den Nutzer des zusammengeschalteten Betreibers;
3. Zurverfügungstellung der für die Verrechnung benötigten Daten in geeigneter Weise an den zusammenschaltenden Betreiber.

(Anm.: Abs. 2 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 102/2011) Anmerkung, Absatz 2, aufgehoben durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011,)

(3) Ist für die Zusammenschaltung eine Heranführung über Leitungswege notwendig, so sind die Kosten der Herstellung sowie die laufenden Kosten der Zusammenschaltungsverbindung auf beide Betreiber angemessen aufzuteilen.

Anrufung der Regulierungsbehörde

§ 50. (1) Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 41, 42 oder 47 auferlegt worden sind oder der nach § 22 Abs. 3, § 23 Abs. 2, § 48 oder § 49 Abs. 3 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes oder einem Unternehmen, dem Zugangsverpflichtungen nach diesem Gesetz zugute kommen, eine Vereinbarung über die nach §§ 22 Abs. 3, 23 Abs. 2, 38, 41, 42, 47, 47a, 48 oder § 49 Abs. 3 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Paragraph 50, (1) Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach Paragraphen 38, 41, 42, oder 47 auferlegt worden sind oder der nach Paragraph 22, Absatz 3,, Paragraph 23, Absatz 2,, Paragraph 48, oder Paragraph 49, Absatz 3, verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes oder einem Unternehmen, dem Zugangsverpflichtungen nach diesem Gesetz zugute kommen, eine Vereinbarung über die nach Paragraphen 22,

Absatz 3, 23, Absatz 2, 38, 41, 42, 47, 47 a, 48, oder Paragraph 49, Absatz 3, bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

(2) In begründeten Fällen kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren einleiten.

Unstrittig betreffen die beantragten Regelungen, wie bereits die belangte Behörde richtig erkannte, eine Zusammenschaltungsleistung iSd §§ 3 Z 25 iVm 48 TKG 2003. Die Behörde nahm auch zurecht ihre Zuständigkeit gemäß § 117 Z 7 TKG 2003 zur Erlassung einer Entscheidung in Verfahren nach §§ 48 iVm § 50 TKG 2003 wahr. Unstrittig betreffen die beantragten Regelungen, wie bereits die belangte Behörde richtig erkannte, eine Zusammenschaltungsleistung iSd Paragraphen 3, Ziffer 25, in Verbindung mit 48 TKG 2003. Die Behörde nahm auch zurecht ihre Zuständigkeit gemäß Paragraph 117, Ziffer 7, TKG 2003 zur Erlassung einer Entscheidung in Verfahren nach Paragraphen 48, in Verbindung mit Paragraph 50, TKG 2003 wahr.

Nach § 50 Abs. 1 TKG 2003 ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass Nach Paragraph 50, Absatz eins, TKG 2003 ist für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde Voraussetzung, dass

* die Zusammenschaltungsleistung nachgefragt wurde,

=> Nach den unstrittigen Feststellungen wurde die Zusammenschaltungsleistung von der mitbeteiligten Partei am 30.10.2012 erstmals nachgefragt.

* dass zumindest sechs Wochen über die gegenständlichen Leistungen verhandelt wurde,

=> Der verfahrensgegenständliche Antrag wurde am 29.04.2014 gestellt, womit seit der Nachfrage etwa 1,5 Jahre verstrichen waren. In dieser Zeit fand zwischen der mitbeteiligten Partei und der Beschwerdeführerin eine Kommunikation über die Zusammenschaltungsleistung statt.

* dass beide Parteien selbst ein öffentliches Kommunikationsnetz betreiben,

=> Unstrittig betreiben sowohl die Beschwerdeführerin als auch die mitbeteiligte Partei ein öffentliches Kommunikationsnetz.

* sowie, dass weder eine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung noch eine diesbezügliche Zusammenschaltungsvereinbarung vorliegen.

=> Im betroffenen Zeitraum ab 01.11.2013 bis 31.07.2014 lag zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei keine Zusammenschaltungsvereinbarung und auch keine Anordnung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung vor; auch dies ergibt sich aus den Feststellungen und der Beweiswürdigung.

Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung (z.B. VwGH 30.06.2011, 2009/03/0001) ausführt, [...] ist bei der Entscheidung über eine Zusammenschaltungsstreitigkeit gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 von der Regulierungsbehörde, die mangels Zustandekommen einer Einigung der betroffenen Zusammenschaltungspartner einen vertragsersetzenden Bescheid zu erlassen hat, die Herstellung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien gefordert. Bei der Festlegung der vertragsersetzenden Anordnung zu berücksichtigende Anhaltspunkte finden sich insbesondere in den Regulierungszielen des TKG 2003. § 34 Abs 1 TKG 2003 bestimmt ausdrücklich, dass die belangte Behörde durch die im fünften Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen, zu denen auch die Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten zählt, die Ziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 zu verwirklichen dabei insbesondere der Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat. [...] Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung (z.B. VwGH 30.06.2011, 2009/03/0001) ausführt, [...] ist bei der Entscheidung über eine Zusammenschaltungsstreitigkeit gemäß Paragraphen 48, 50, TKG 2003 von der Regulierungsbehörde, die mangels Zustandekommen einer Einigung der betroffenen Zusammenschaltungspartner einen vertragsersetzenden Bescheid zu erlassen hat, die Herstellung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien gefordert. Bei der Festlegung der vertragsersetzenden Anordnung zu berücksichtigende Anhaltspunkte finden sich insbesondere in den Regulierungszielen des TKG 2003. Paragraph 34, Absatz eins, TKG 2003 bestimmt ausdrücklich, dass die belangte Behörde durch die im fünften Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen, zu denen auch die Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten zählt, die Ziele des Paragraph eins, Absatz 2, TKG 2003 zu verwirklichen dabei insbesondere der Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat. [...]

Solcherart hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid, da auch sämtliche Voraussetzungen dafür vorlagen, eine vertragsersetzende Anordnung insbesondere betreffend die Entgelte für die Leistung der Festnetzterminierung festgelegt.

Die Höhe dieser Entgelte wurde dem Grunde nach nicht bestritten. Die Beschwerdeführerin wendet sich vordergründig gegen die rückwirkende Erlassung der Zusammenschaltungsanordnung und vermeint im Kern ihrer Beschwerde, dass eine solche rechtswidrig sei. Sie bestreitet weiters das Vorliegen der oben angeführten Voraussetzungen, da Verhandlungen über die Zusammenschaltungsleistungen ihrer Meinung nach frühestens ab dem 15.01.2014 ernsthaft stattgefunden hätten.

Mit diesen Einwendungen gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen:

Zunächst genügt dazu ein Verweis auf die Judikatur des VwGH:

In einem jüngst ergangenen Beschluss (VwGH 06.03.2019, Ro 2018/03/0029-5, Rz 49 und 50) beschreibt der VwGH das Verhältnis zwischen Marktanalysebescheid und Zusammenschaltungsanordnung so:

Das Verfahren der Marktanalyse nach § 37 TKG 2003 ist darauf ausgerichtet, die Marktverhältnisse auf den als relevant beurteilten Märkten vorausschauend zu analysieren und - sofern kein wirksamer Wettbewerb festgestellt wird - den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen (oder gegebenenfalls zu ändern), die sie bei ihrem Marktverhalten einzuhalten haben. Die Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht - als Voraussetzung für die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen - bezieht sich dabei nicht auf vergangene Zeiträume; in einem Verfahren nach § 37 TKG 2003 kommt daher die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für die Vergangenheit ebenso wenig in Betracht wie die rückwirkende Auferlegung spezifischer Verpflichtungen (vgl. VwGH 25.6.2008, 2007/03/0211). Das Verfahren der Marktanalyse nach Paragraph 37, TKG 2003 ist darauf ausgerichtet, die Marktverhältnisse auf den als relevant beurteilten Märkten vorausschauend zu analysieren und - sofern kein wirksamer Wettbewerb festgestellt wird - den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht spezifische Verpflichtungen aufzuerlegen (oder gegebenenfalls zu ändern), die sie bei ihrem Marktverhalten einzuhalten haben. Die Beurteilung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht - als Voraussetzung für die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen - bezieht sich dabei nicht auf vergangene Zeiträume; in einem Verfahren nach Paragraph 37, TKG 2003 kommt daher die Feststellung beträchtlicher Marktmacht für die Vergangenheit ebenso wenig in Betracht wie die rückwirkende Auferlegung spezifischer Verpflichtungen (vergleiche VwGH 25.6.2008, 2007/03/0211).

Hingegen hat im Fall einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen (einschließlich der Entgelte) die zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume - die auch in der Vergangenheit liegen können - zu umfassen. Die Entscheidung über Zusammenschaltungsstreitigkeiten erfolgt jedoch nicht im Wege der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen, sondern im Rahmen der der Behörde bzw. dem Verwaltungsgericht nach § 50 TKG 2003 zukommenden Entscheidungsbefugnis (vgl. erneut VwGH 2007/03/0211). Hingegen hat im Fall einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen (einschließlich der Entgelte) die zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume - die auch in der Vergangenheit liegen können - zu umfassen. Die Entscheidung über Zusammenschaltungsstreitigkeiten erfolgt jedoch nicht im Wege der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen, sondern im Rahmen der der Behörde bzw. dem Verwaltungsgericht nach Paragraph 50, TKG 2003 zukommenden Entscheidungsbefugnis (vergleiche erneut VwGH 2007/03/0211).

In einem weiteren vom VwGH entschiedenen Verfahren (vgl. VwGH 24.02.2010, 2007/03/0241) wurde bestritten, dass der Zweck einer Zusammenschaltungsanordnung für einen bereits in der Vergangenheit liegenden Zeitraum erfüllt werden könne. Das TKG (hier: TKG 1997), so das Vorbringen weiter, enthalte auch keine gesetzliche Vorschrift, wonach eine inhaltliche Rückwirkung eines auf dem TKG basierenden Bescheides - und damit eine nachträgliche Zusammenschaltung - zulässig wäre. Daher ergebe sich aus dem TKG kein Anspruch auf eine "nachträgliche Zusammenschaltungsanordnung". In einem weiteren vom VwGH entschiedenen Verfahren (vergleiche VwGH 24.02.2010, 2007/03/0241) wurde bestritten, dass der Zweck einer Zusammenschaltungsanordnung für einen bereits in der Vergangenheit liegenden Zeitraum erfüllt werden könne. Das TKG (hier: TKG 1997), so das Vorbringen weiter, enthalte auch keine gesetzliche Vorschrift, wonach eine inhaltliche Rückwirkung eines auf dem TKG basierenden Bescheides - und damit eine nachträgliche Zusammenschaltung - zulässig wäre. Daher ergebe sich aus dem TKG kein Anspruch auf eine "nachträgliche Zusammenschaltungsanordnung".

Der VwGH führte dazu aus: Die eine vertragliche Übereinkunft substituierende Zusammenschaltungsanordnung erfasst damit [...] eine umfassende Regelung der zwischen den Zusammenschaltungspartnern bestehenden Rechte und Pflichten aus dem Zusammenschungsverhältnis (vgl zur Unzulässigkeit eines Teilbescheides das hg Erkenntnis vom 8. September 2004, ZI 2001/03/0331). Der VwGH führte dazu aus: Die eine vertragliche Übereinkunft substituierende Zusammenschaltungsanordnung erfasst damit [...] eine umfassende Regelung der zwischen den Zusammenschaltungspartnern bestehenden Rechte und Pflichten aus dem Zusammenschungsverhältnis vergleiche zur Unzulässigkeit eines Teilbescheides das hg Erkenntnis vom 8. September 2004, ZI 2001/03/0331).

Vor dem Hintergrund, dass im Beschwerdefall nach den Feststellungen im angefochtenen Bescheid bereits ein aufrechter Zusammenschungsvertrag zwischen der beschwerdeführenden Partei und der mitbeteiligten Partei bestanden hatte, der nach einer Aufkündigung vorläufig bis zum Wirksamwerden einer Entscheidung der Regulierungsbehörde fortgeführt wurde, ist daher nicht zu erkennen, dass die ursprünglich von der beschwerdeführenden Partei und sodann mit einem "Gegenantrag" von der mitbeteiligten Partei beantragte Zusammenschaltungsanordnung zur Festlegung der näheren Bedingungen der Zusammenschaltung für den hier maßgebenden Zeitraum unzulässig wäre.

In einem weiteren Verfahren sprach der VwGH zum TKG 2003 aus (VwGH 25.06.2008, 2007/03/0211): Es steht nicht in Zweifel, dass im Falle einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen - einschließlich der Entgelte - die von der belangten Behörde zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume umfassen kann (vgl dazu das hg Erkenntnis vom 30. Juni 2006, ZI 2005/03/0228). In einem weiteren Verfahren sprach der VwGH zum TKG 2003 aus (VwGH 25.06.2008, 2007/03/0211): Es steht nicht in Zweifel, dass im Falle einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen - einschließlich der Entgelte - die von der belangten Behörde zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume umfassen kann vergleiche dazu das hg Erkenntnis vom 30. Juni 2006, ZI 2005/03/0228).

Tatsächlich ergeben sich aus den oben zitierten Bestimmungen zur Zusammenschaltungsanordnung (insb. §§ 48-50 TKG 2003) keine Hinweise, wonach eine rückwirkende Zusammenschaltung unzulässig wäre, auch nicht unter Berücksichtigung der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie). Tatsächlich ergeben sich aus den oben zitierten Bestimmungen zur Zusammenschaltungsanordnung (insb. Paragraphen 48 -, 50, TKG 2003) keine Hinweise, wonach eine rückwirkende Zusammenschaltung unzulässig wäre, auch nicht unter Berücksichtigung der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie).

Recht zu geben ist der Beschwerdeführerin, wenn sie auf die Judikatur des VwGH zu Marktanalyseverfahren verweist, wonach eine rückwirkende Auferlegung von Verpflichtungen in Marktanalyseverfahren nicht zulässig ist (VwGH 16.12.2015, 2013/03/0138). Als unzulässig erweist sich jedoch der Schluss, dass eine rückwirkende Anordnung von Zusammenschaltungen nicht mehr zulässig wäre, handelt es sich bei dem Institut der vertragsersetzenden Zusammenschaltungsanordnung doch um etwas Grundverschiedenes im Vergleich zur bescheidmäßigen Festlegung einer marktbeherrschenden Stellung samt Auferlegung spezifischer Verpflichtungen für Netzbetreiber (vgl. erneut VwGH 06.03.2019, Ro 2018/03/0029-5). Recht zu geben ist der Beschwerdeführerin, wenn sie auf die Judikatur des VwGH zu Marktanalyseverfahren verweist, wonach eine rückwirkende Auferlegung von Verpflichtungen in Marktanalyseverfahren nicht zulässig ist (VwGH 16.12.2015, 2013/03/0138). Als unzulässig erweist sich jedoch der Schluss, dass eine rückwirkende Anordnung von Zusammenschaltungen nicht mehr zulässig wäre, handelt es sich bei dem Institut der vertragsersetzenden Zusammenschaltungsanordnung doch um etwas Grundverschiedenes im Vergleich zur bescheidmäßigen Festlegung einer marktbeherrschenden Stellung samt Auferlegung spezifischer Verpflichtungen für Netzbetreiber vergleiche erneut VwGH 06.03.2019, Ro 2018/03/0029-5).

Wie der VwGH in den oben zitierten Judikaten ausführt, soll die von der Behörde zu treffende vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung im Falle einer Streitigkeit über die Bedingungen einer Zusammenschaltung, wie z.B. die Entgelte, die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume umfassen. Gegenständlich war der Zeitraum ab 01.11.2013 strittig, da ab diesem Zeitpunkt keine Vereinbarung mehr im Wesentlichen über die Höhe der Festnetzterminierungsentgelte zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei vorlag. Der Einwand, das zitierte Judikat des VwGH vom 25.06.2008 sei auf den gegenständlichen Fall nicht übertragbar, da dort ein

"Ersatzbescheid" betroffen gewesen sei, überzeugt nicht. Ebenso wenig überzeugt ein von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführter Medienartikel zu dieser Thematik, stammt dieser doch aus dem Jahr 2008 und berücksichtigt somit nicht die oben zitierten jüngeren eindeutigen Judikate des VwGH (vgl. Max Stefan Ertl/Bertram Burtscher, Zu den Grenzen rückwirkender Anordnungen in Zusammenschaltungsverfahren in der Zeit, MR 2008, S. 270). Wie der VwGH in den oben zitierten Judikaten ausführt, soll die von der Behörde zu treffende vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung im Falle einer Streitigkeit über die Bedingungen einer Zusammenschaltung, wie z.B. die Entgelte, die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume umfassen. Gegenständlich war der Zeitraum ab 01.11.2013 strittig, da ab diesem Zeitpunkt keine Vereinbarung mehr im Wesentlichen über die Höhe der Festnetzterminierungsentgelte zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei vorlag. Der Einwand, das zitierte Judikat des VwGH vom 25.06.2008 sei auf den gegenständlichen Fall nicht übertragbar, da dort ein "Ersatzbescheid" betroffen gewesen sei, überzeugt nicht. Ebenso wenig überzeugt ein von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführter Medienartikel zu dieser Thematik, stammt dieser doch aus dem Jahr 2008 und berücksichtigt somit nicht die oben zitierten jüngeren eindeutigen Judikate des VwGH vergleiche Max Stefan Ertl/Bertram Burtscher, Zu den Grenzen rückwirkender Anordnungen in Zusammenschaltungsverfahren in der Zeit, MR 2008, S. 270).

Ein Verstoß gegen die von der Rechtsordnung zu wahrende Rechts- und Planungssicherheit, wie die Beschwerdeführerin dies releviert, kann indes vom Gericht nicht erkannt werden, wusste die Beschwerdeführerin doch von der Kündigung der Anhänge 2, 6 und 7 und der Tatsache, dass es für den Zeitraum ab 01.03.2014 keine aufrechte Vereinbarung mehr darüber gab. Ein Vertrauen darauf, dass eine konkludente Weiterführung des aufgekündigten Vertrages samt allen Bedingungen erfolgt, ist nicht schützenswert, war der Beschwerdeführerin doch auch durch die Kommunikation zwischen ihr und der mitbeteiligten Partei bewusst, dass letztere die im Vertrag zuvor geregelte Höhe der Entgelte nicht mehr akzeptiert.

Wenig hilfreich erweist sich in diesem Zusammenhang der Verweis auf Pkt. 11.2 des Hauptvertrages, der die ordentliche Kündigung betrifft: [...] Sofern der kündigende Vertragspartner mit Ausspruch der Kündigung [...] den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung über den Kündigungsstermin hinaus, wenngleich unter geänderten Bedingungen, äußert, [...], so erbringen die Vertragspartner die vertragsgegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen weiter, bis zum Abschluss einer Vereinbarung bzw. einer das Zusammenschungsverhältnis regelnden Anordnung [...]. Daraus ergibt sich klar, dass es sich bei der Erbringung der Leistungen zu den bestehenden Bedingungen nur um einen vorübergehenden Zustand handelt, der eben rückwirkend durch eine von der Behörde zu treffende Anordnung oder eine neue Vereinbarung geändert werden kann. Ansonsten wäre die ausgesprochene Kündigung wirkungslos.

Zur Einwendung der Beschwerdeführerin, vor dem 15.01.2014 hätten keine ernsthaften Verhandlungen stattgefunden und könne die Zusammenschaltungsanordnung frühestens ab diesem Zeitpunkt erlassen werden, schließt sich das erkennende Gericht den rechtsrichtigen Ausführungen der belangten Behörde in ihrem Schreiben vom 19.12.2014 an. Die belangte Behörde verweist dort zutreffend auf den Unterschied zwischen dem Inhalt der Verhandlungen und der vom Gesetz geforderten sechswöchigen Verhandlungsfrist. Dass die gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 geforderten Voraussetzungen für die Anrufung der Regulierungsbehörde gegenständlich vorlagen, wurde bereits weiter oben ausgeführt. Zur Einwendung der Beschwerdeführerin, vor dem 15.01.2014 hätten keine ernsthaften Verhandlungen stattgefunden und könne die Zusammenschaltungsanordnung frühestens ab diesem Zeitpunkt erlassen werden, schließt sich das erkennende Gericht den rechtsrichtigen Ausführungen der belangten Behörde in ihrem Schreiben vom 19.12.2014 an. Die belangte Behörde verweist dort zutreffend auf den Unterschied zwischen dem Inhalt der Verhandlungen und der vom Gesetz geforderten sechswöchigen Verhandlungsfrist. Dass die gemäß Paragraph 50, Absatz eins, TKG 2003 geforderten Voraussetzungen für die Anrufung der Regulierungsbehörde gegenständlich vorlagen, wurde bereits weiter oben ausgeführt.

Darüber hinaus gibt es keine Rechtsgrundlagen, welche die Wirksamkeit einer Zusammenschaltungsanordnung mit dem Beginn von Verhandlungen befristen. Im Gegenteil wird wiederholend auf die Entscheidung des VwGH vom 25.06.2008, 2007/03/0211, verwiesen, wonach im Falle einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen - einschließlich der Entgelte - die von der belangten Behörde zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume umfassen kann. Strittig waren die Bedingungen über die Festnetzterminierung aber bereits seit der diesbezüglichen Kündigung mit Wirksamkeit vom 01.02.2013 bzw. 01.03.2013 und somit jedenfalls ab 01.11.2013.

Die Vorgehensweise der belangten Behörde, die gegenständliche Zusammenschaltungsanordnung rückwirkend für

den genannten Zeitraum zu erlassen und Festnetzterminierungsentgelte in Höhe von 0,137 peak und 0,085 off-peak, jeweils Eurocent pro Minute, exkl. USt, anzuordnen, begegnet daher keinen Bedenken.

Zu den weiteren Einwendungen der Beschwerdeführerin ist auszuführen:

In der Beschwerde und insbesondere im Schriftsatz vom 21.12.2015 betont die Beschwerdeführerin, der belangten Behörde sei bereits im Marktanalyseverfahren betreffend die mitbeteiligte Partei und 32 andere Netzbetreiber (vgl. Bescheid der TKK vom 30.09.2013, M 1.8/2012-174) die Tatsache bekannt gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Leistung der Festnetzterminierung am Markt erbringe und habe diese entweder "vergessen" oder noch wahrscheinlicher nicht miteinbezogen, weil sie davon ausgegangen sei, dass sie eben nicht über eine beträchtliche Marktmacht auf diesem Markt verfüge. In der Beschwerde und insbesondere im Schriftsatz vom 21.12.2015 betont die Beschwerdeführerin, der belangten Behörde sei bereits im Marktanalyseverfahren betreffend die mitbeteiligte Partei und 32 andere Netzbetreiber (vgl. Bescheid der TKK vom 30.09.2013, M 1.8/2012-174) die Tatsache bekannt gewesen, dass die Beschwerdeführerin die Leistung der Festnetzterminierung am Markt erbringe und habe diese entweder "vergessen" oder noch wahrscheinlicher nicht miteinbezogen, weil sie davon ausgegangen sei, dass sie eben nicht über eine beträchtliche Marktmacht auf diesem Markt verfüge.

Es kann dahingestellt bleiben, aus welchem Grund die belangte Behörde die Beschwerdeführerin nicht bereits in das genannte Marktanalyseverfahren miteinbezogen hat. Für das gegenständliche Verfahren ist nur relevant, dass für die Beschwerdeführerin erst mit Marktanalysebescheid vom 14.07.2014, M 1.11/2012-52, eine beträchtliche Marktmacht am Markt der Festnetzterminierung festgestellt wurde und ihr spezifische Verpflichtungen auferlegt wurden. Für den Zeitraum davor wurde gegenständlich eben keine rückwirkende Marktanalyse erstellt und Verpflichtungen für die Vergangenheit auferlegt, sondern lediglich eine vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung für den zwischen den Vertragspartnern strittigen Zeitraum erlassen. Das diesbezügliche Vorbringen bleibt somit ohne Relevanz.

Die Beschwerdeführerin behauptet weiters, die rechtlichen Voraussetzungen einer Zusammenschaltungsanordnung seien nicht gegeben, da der Hauptanwendungsfall des § 48 TKG 2003 es vor allem sei, neu in den Markt eintretenden Anbietern den Auftritt und Durchbruch am Markt erst zu ermöglichen. Überdies liege eine aufrechte Vereinbarung vor, lediglich die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung Festnetzterminierung sei strittig. Die Beschwerdeführerin behauptet weiters, die rechtlichen Voraussetzungen einer Zusammenschaltungsanordnung seien nicht gegeben, da der Hauptanwendungsfall des Paragraph 48, TKG 2003 es vor allem sei, neu in den Markt eintretenden Anbietern den Auftritt und Durchbruch am Markt erst zu ermöglichen. Überdies liege eine aufrechte Vereinbarung vor, lediglich die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für die Leistung Festnetzterminierung sei strittig.

Dazu reicht ein Verweis auf § 48 TKG 2003, der nicht darauf abstellt, ob der jeweilige Anbieter neu am Markt ist. Zwar liegt dem Grunde nach eine Zusammenschaltungsvereinbarung vor, jedoch nicht über die Bedingungen der Festnetzterminierung. Auch die Streitigkeit über (einzelne) Zusammenschaltungsbedingungen, wie etwa der Entgelte, reicht aus, damit die Regulierungsbehörde angerufen werden und letztlich eine entsprechende Anordnung erlassen kann (VwGH 25.06.2008, 2007/03/0211). Dazu reicht ein Verweis auf Paragraph 48, TKG 2003, der nicht darauf abstellt, ob der jeweilige Anbieter neu am Markt ist. Zwar liegt dem Grunde nach eine Zusammenschaltungsvereinbarung vor, jedoch nicht über die Bedingungen der Festnetzterminierung. Auch die Streitigkeit über (einzelne) Zusammenschaltungsbedingungen, wie etwa der Entgelte, reicht aus, damit die Regulierungsbehörde angerufen werden und letztlich eine entsprechende Anordnung erlassen kann (VwGH 25.06.2008, 2007/03/0211).

Wenn die Beschwerdeführerin die nationale Regelung betreffend die Zusammenschaltungsvereinbarung als unionsrechtswidrig beschreibt, da die europarechtlichen Vorgaben eine solche nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorsehen würden, gelingt es ihr damit nicht, Zweifel an der Europarechtskonformität der Bestimmungen zu wecken. Strengere nationale Umsetzungsakte begründen nämlich keine Unionsrechtswidrigkeit (EuGH 08.04.2003, C-44/01, Pippig/Hartlauer).

Auch erschließt sich dem Gericht nicht, welchem Regelungszweck der Zugangsrichtlinie die nationale Umsetzung zuwiderlaufen sollte.

Dass Zusammenschaltungsanordnungen schließlich nur auf gleicher Marktmacht-Ebene zulässig seien, ergibt schon vor dem Hintergrund der Aussage der Beschwerdeführerin keinen Sinn, wonach der Hauptanwendungsfall des § 48

TKG 2003 eine Zugangserleichterung für neu in den Markt eintretende Netzbetreiber (die wohl regelmäßig eine geringere Marktmacht innehaben werden) darstelle. Abgesehen davon hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auf S. 10 nachvollziehbar ausgeführt, dass der Umstand, dass die beträchtliche Marktmacht der Beschwerdeführerin erst mit Bescheid vom 14.07.2014 festgestellt wurde, kein Beleg dafür ist, dass nicht auch davor eine marktbeherrschende Stellung vorlag: [...] Dies ergibt sich auch für den vergangenen Zeitraum bereits aus dem Spezifikum der Terminierungsmärkte, nämlich, dass jeder Terminierungsnetzbetreiber aufgrund der Eigenschaft des Marktes als Monopolmarkt auf seinem Markt 100 % Marktanteil hat und somit auch marktbeherrschend ist. Dass Zusammenschaltungsanordnungen schließlich nur auf gleicher Marktmacht-Ebene zulässig seien, ergibt schon vor dem Hintergrund der Aussage der Beschwerdeführerin keinen Sinn, wonach der Hauptanwendungsfall des Paragraph 48, TKG 2003 eine Zugangserleichterung für neu in den Markt eintretende Netzbetreiber (die wohl regelmäßig eine geringere Marktmacht innehaben werden) darstelle. Abgesehen davon hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auf S. 10 nachvollziehbar ausgeführt, dass der Umstand, dass die beträchtliche Marktmacht der Beschwerdeführerin erst mit Bescheid vom 14.07.2014 festgestellt wurde, kein Beleg dafür ist, dass nicht auch davor eine marktbeherrschende Stellung vorlag: [...] Dies ergibt sich auch für den vergangenen Zeitraum bereits aus dem Spezifikum der Terminierungsmärkte, nämlich, dass jeder Terminierungsnetzbetreiber aufgrund der Eigenschaft des Marktes als Monopolmarkt auf seinem Markt 100 % Marktanteil hat und somit auch marktbeherrschend ist.

Die Beschwerdeführerin bestreitet zwar nicht konkret die Höhe der angeordneten Entgelte, vermeint aber, für einen kurzen Zeitraum seien aber durchaus höhere Entgelte gerechtfertigt, so die Beschwerdeführerin, um faktische Ungleichheiten der Betreiber berücksichtigen zu können. Sie legt jedoch nicht begründet dar, worin diese faktischen Ungleichheiten ihrer Meinung nach liegen würden. Im Gegenteil widerspricht diesem Vorbringen auch die Feststellung im Bescheid, wonach für den betrachteten Zeitraum jeder Terminierungsnetzbetreiber auf seinem Markt marktbeherrschend ist.

Im Rahmen einer Interessenabwägung sei die Tatsache eines für sie existenzbedrohenden Eingriffs sowie ihr Vertrauen auf die frühere Zusammenschaltungsvereinbarung zu beachten, so die Beschwerdeführerin. Auch damit gelingt es ihr schließlich nicht, eine Rechtswidrigkeit des Bescheides aufzuzeigen.

Nach ständiger Judikatur (vgl. etwa VwGH 03.09.2008, 2006/03/0079) hat eine Zusammenschaltungsanordnung einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herzustellen. Regulatorische Ziele, die dabei zu beachten sind, ergeben sich etwa aus Art. 8 der RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), wozu die Förderung des Wettbewerbs, die Entwicklung des Binnenmarktes und die Förderung der Interessen der Bürger zählt. Nach Art. 5 der Zugangsrichtlinie haben allfällige Unternehmen auferlegte Verpflichtungen "objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend" zu sein. Art. 8 der Zugangsrichtlinie bestimmt, dass auferlegten Verpflichtungen "angemessen und gerechtfertigt" sein müssen. Das bedeutet, dass die Regelung auf jene Inhalte beschränkt bleiben muss, die zur Erreichung des Ziels der Zusammenschaltungsanordnung geeignet und erforderlich sind. Nach ständiger Judikatur (vgl. etwa VwGH 03.09.2008, 2006/03/0079) hat eine Zusammenschaltungsanordnung einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herzustellen. Regulatorische Ziele, die dabei zu beachten sind, ergeben sich etwa aus Artikel 8, der RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), wozu die Förderung des Wettbewerbs, die Entwicklung des Binnenmarktes und die Förderung der Interessen der Bürger zählt. Nach Artikel 5, der Zugangsrichtlinie haben allfällige Unternehmen auferlegte Verpflichtungen "objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend" zu sein. Artikel 8, der Zugangsrichtlinie bestimmt, dass auferlegten Verpflichtungen "angemessen und gerechtfertigt" sein müssen. Das bedeutet, dass die Regelung auf jene Inhalte beschränkt bleiben muss, die zur Erreichung des Ziels der Zusammenschaltungsanordnung geeignet und erforderlich sind.

Die belangte Behörde hat die Höhe der Entgelte für beide Parteien in gleicher Höhe festgesetzt und nachvollziehbar wie schlüssig ausgeführt, warum sie diese Anordnung für angemessen und gerechtfertigt erachtet. Eine andere Sichtweise ist auch im Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen. Für die mitbeteiligte Partei galten seit dem Bescheid der TKG vom 30.09.2013, M 1.8/2012-174, auferlegte Verpflichtungen und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Abweichung davon in einer Zusammenschaltungsanordnung ist rechtlich unzulässig und haben sich im Verfahren keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass für die Beschwerdeführerin nun abweichende Anordnungen zu treffen gewesen wären. Im Gegenteil hätte sich eine solche als diskriminierend und unverhältnismäßig erweisen können.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, weil sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Erkenntnis weicht weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt eine solche Rechtsprechung oder wird die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet.

Zur hier maßgeblichen Rechtsfrage, ob eine rückwirkende Zusammenschaltungsanordnung rechtlich zulässig ist, liegt Judikatur vor (VwGH 06.03.2019, Ro 2018/03/0029-5, 25.06.2008, 2007/03/0211; 24.02.2010, 2007/03/0241). Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung ergeht aufgrund einer eindeutigen Rechtslage und folgt der zitierten Judikatur.

Schlagworte

Angemessenheit, Antragstellung, Berechnung, Enteignung, Entgelt, Entgeltfestlegung, Erlass, Interessenabwägung, Interessenausgleich, Kündigung, Marktanalyse, Marktmacht, mündliche Verhandlung, Nachvollziehbarkeit, rückwirkende Rechtsgestaltung, Rückwirkung, Schlüssigkeit, Telekommunikation

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W113.2016454.1.00

Zuletzt aktualisiert am

30.10.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at