

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/6/30 2005/03/0228

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.06.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

AVG §73 Abs1;  
AVG §73 Abs2;  
TKG 1997 §34;  
TKG 1997 §41;  
TKG 2003 §117 Z7;  
TKG 2003 §121 Abs3;  
TKG 2003 §133 Abs7;  
TKG 2003 §37 Abs2;  
TKG 2003 §38 Abs1;  
TKG 2003 §38 Abs2;  
TKG 2003 §48 Abs1;  
TKG 2003 §48;  
TKG 2003 §50 Abs1;  
TKG 2003 §50;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Telekom Austria AG in Wien, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 26. September 2005, ZI Z 3/04-71, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: atms Telefon- und Marketing Services GmbH in Wien, vertreten durch Dr. Norbert Wiesinger, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Rudolfsplatz 3), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt B wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß § 48 Abs 1 und § 50 Abs 1 iVm § 117 Z 7 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 178/2004, für die Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der beschwerdeführenden Partei ergänzend zu einem Zusammenschaltungsvertrag vom 2. Juli 2002 weitere Bedingungen angeordnet. Diese Bedingungen betreffen im Wesentlichen "Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste" (Anhang 17), welche in zwei unterschiedlichen Fassungen, einerseits für den Zeitraum vom 1. Jänner 2004 bis 31. Dezember 2004 (Spruchpunkt B) und andererseits für den Zeitraum vom 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2005 (Spruchpunkt C) festgelegt wurden. Spruchpunkt A enthält eine Änderung der in Punkt 20.3. des Zusammenschaltungsvertrages vom 2. Juli 2002 enthaltenen Übersicht über die Anhänge. Mit Spruchpunkt D. wurden "sonstige Anträge der Verfahrensparteien" abgewiesen.

Gemäß Spruchpunkt B tritt mit Wirkung vom 1. Jänner 2004 bis 31. Dezember 2004 an Stelle des gekündigten Anhangs 17 (gemeint: der Zusammenschaltungsvereinbarung vom 2. Juli 2002) der mit diesem Spruchpunkt festgelegte Anhang 17, dessen Punkte 3.4. und 3.5. folgendermaßen lauten:

#### **"3.4. Billing und Inkasso**

Für das Billing einer Verbindung zu Diensten mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten gebührt dem Quellnetzbetreiber ein Betrag von EUR 0,002180 pro Minute.

Für das Inkasso (gesamter Inkassoaufwand einschließlich Inkassorisiko) einer Verbindung zu Diensten mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten gebühren dem Quellnetzbetreiber 10 % des Diensteentgelts (exkl. USt), das vom diensteebringenden Netz mitgeteilt wird.

#### **3.5. Teilnehmereinwendungen**

Erhebt ein Teilnehmer Einwendungen oder beantragt er eine Streitschlichtung gemäß den Bestimmungen des TKG 2003 gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen für Verbindungen zu Diensten mit einer geregelten Entgeltobergrenze oder frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten, die im Netz des Dienstenetzbetreibers angeboten wurden, obliegt es dem Quellnetzbetreiber, vorab zu prüfen, ob die bestrittenen Verbindungen hergestellt worden sind. Ergibt diese Überprüfung, dass die Verbindungen hergestellt worden sind, und bringt der Teilnehmer inhaltliche Einwendungen gegen das Diensteentgelt vor, fordert der Quellnetzbetreiber den Dienstenetzbetreiber dazu auf, unverzüglich, längstens jedoch binnen 3 Wochen ab Kenntnisaufnahme, in der Sache Stellung zu nehmen. Die Abführung des Einspruchsverfahrens bzw. die Teilnahme am Schlichtungsverfahren bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) sowie die Abgabe rechtsverbindlicher Erklärungen gegenüber dem Teilnehmer und der RTR-GmbH in derartigen Verfahren obliegt dem Quellnetzbetreiber. Der Quellnetzbetreiber ist berechtigt, dem Endkunden Name und Anschrift des Dienstenetzbetreibers bekannt zu geben; der Dienstenetzbetreiber hat an einer einvernehmlichen Lösung mitzuwirken.

Ergibt sich im Zuge des Verfahrens über die Einwendungen oder bei der Streitschlichtung, dass ein begründeter Verdacht wegen nicht gesetzeskonformen Verhaltens des Diensteanbieters besteht, wird der bestrittene Betrag vom Quellnetzbetreiber bis zur Klärung der Angelegenheit gegenüber dem Teilnehmer gestundet. Der Quellnetzbetreiber hält in solchen Fällen die bestrittenen und gegenüber dem Teilnehmer gestundeten Entgelte vom Dienstenetzbetreiber bis zur rechtsverbindlichen Lösung des Streitfalles zurück bzw. rechnet bereits weitergereichte Entgelte gegen. Führt das Verfahren über die Einwendungen bzw. ein allfälliges Streitschlichtungsverfahren bei der RTR-GmbH durch entsprechende Einigung (zwischen Quellnetzbetreiber, Dienstenetzbetreiber und Teilnehmer) oder ein rechtskräftiges Urteil zu einer Änderung des dem Teilnehmer in Rechnung gestellten Betrages, so gebührt dem Dienstenetzbetreiber nur jener Teil, der als richtig festgestellt wurde. Dieser Betrag wird nach Abschluss des Verfahrens an den Dienstenetzbetreiber weitergeleitet."

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die beschwerdeführende Partei am 19. Mai 2004 einen Antrag auf Erlass einer "Teilzusammenschaltungsanordnung" eingebracht habe, in der sie die Erlassung einer in einer Anlage zum

Antrag enthaltenen Zusammenschaltungsanordnung begehrte. Die beantragten Zusammenschaltungsbedingungen hätten sich an dem bis zum 31. Dezember 2003 zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens bestehenden Zusammenschaltungsstatus, dh im Wesentlichen am Wortlaut von Anhang 17 des am 2. Juli 2002 geschlossenen Zusammenschaltungsvertrages, orientiert und im Rahmen der Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste zusätzlich zu dem Inkassoentgelt von 10 % Kostenersatzregelungen in unterschiedlichen Höhen für die Behandlung von Teilnehmereinwendungen vorgesehen.

In dem von der RTR GmbH durchgeführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 Abs 2 und 3 TKG 2003 habe eine abschließende einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens nicht herbeigeführt werden können.

In der Folge habe die beschwerdeführende Partei mit Schreiben vom 14. Juli 2004 beantragt, das Verfahren bis zum Abschluss der von ihr in Bezug auf eine Neuformulierung des Anhangs 17 geführten Gespräche "vorläufig ruhen zu lassen"; die mitbeteiligte Partei habe mit Schreiben vom 19. Juli 2004 erklärt, mit dem von der beschwerdeführenden Partei beantragten "vorläufigen Ruhen" einverstanden zu sein. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2004 habe die beschwerdeführende Partei um Fortsetzung des Verfahrens ersucht, da sie im Rahmen ihrer multilateralen Gespräche mit verschiedenen Betreibern, darunter auch der mitbeteiligten Partei, keine Einigung über eine Verhandlungslösung für den Inhalt eines Anhangs 17 habe erzielen können.

In der Folge legt die Begründung des angefochtenen Bescheides den weiteren Verfahrensgang, einschließlich der im Konsultationsverfahren gemäß § 128 TKG 2003 und im Koordinationsverfahren gemäß § 129 TKG 2003 eingelangten Stellungnahmen, dar.

In den Feststellungen des angefochtenen Bescheides führt die belangte Behörde aus, dass die marktbeherrschende Stellung der beschwerdeführenden Partei bis zum 20. Dezember 2004 aus der Fortgeltung der Verpflichtungen nach dem TKG 1997 gemäß § 133 Abs 7 TKG 2003 resultiere. Demnach sei die beschwerdeführende Partei als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Zusammenschaltungsmarkt anzusehen. § 41 Abs 3 TKG 1997 habe für marktbeherrschende Unternehmen eine Verpflichtung zu kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten vorgesehen; zudem habe für die beschwerdeführende Partei das in § 34 TKG 1997 normierte Diskriminierungsverbot gegolten. Hinsichtlich des Zeitraums nach dem 20. Dezember 2004 sei zu berücksichtigen, dass mit Bescheid der belangten Behörde vom 20. Dezember 2004 festgestellt worden sei, dass die beschwerdeführende Partei auf dem Markt für "Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten" über beträchtliche Marktmacht verfüge. Gleichzeitig seien ihr mit dem erwähnten Bescheid spezifische Verpflichtungen auferlegt worden, so etwa die Verpflichtung, die direkte und indirekte Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten betreffend die Leistung "Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten" mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten, sowie die Verpflichtung, für diese Zusammenschaltungsleistung ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers orientiere. Darüber hinaus seien der beschwerdeführenden Partei Verpflichtungen betreffend Gleichbehandlung, Veröffentlichung eines Standardangebotes, getrennte Buchführung und Einsatz eines Kostenrechnungssystems auferlegt worden.

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der beschwerdeführenden Partei und der mitbeteiligten Partei beruhe auf dem von diesen geschlossenen Vertrag über indirekte Zusammenschaltung vom 2. Juli 2002. Hinsichtlich des Zugangs zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten habe der Anhang 17 des Zusammenschaltungsvertrages nähere Regelungen vorgesehen. Mit Schreiben vom 29. September 2003 habe die mitbeteiligte Partei den Anhang 17 des Zusammenschaltungsvertrages mit Wirkung zum 31. Dezember 2003 gekündigt. Auf Grund von Punkt 11.2. dieses Vertrages würden die Regelungen des gekündigten Anhangs 17 so lange weiter gelten, bis die belangte Behörde eine diesbezügliche Entscheidung erlassen habe.

Zwischen den Parteien sei "dem Grunde und der Höhe nach" strittig, ob der beschwerdeführenden Partei bei Verbindungen zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten neben dem Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % des Diensteentgelts bei Überschreitung eines bestimmten Schwellwertes an Teilnehmereinwendungen zusätzlich ein Kostenersatz für die Behandlung von Teilnehmereinwendungen zustehen solle. Die beschwerdeführende Partei habe diesbezüglich den Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung beantragt, mit welcher die mitbeteiligte Partei zur Leistung eines bearbeitungsabhängigen Kostenersatzes pro

Teilnehmereinwendung verpflichtet werden solle. Dies sei im Wesentlichen damit begründet worden, dass die mitbeteiligte Partei insbesondere im Jahr 2004 einen Großteil der Teilnehmereinwendungen und der der beschwerdeführenden Partei aus deren Behandlung entstehenden Kosten verursacht habe. Die mitbeteiligte Partei vertrete demgegenüber die Auffassung, dass die zwischen den Parteien ab 1. Jänner 2004 anzuordnenden Regelungen des Anhangs 17 sich einerseits am Text des Bescheides der belangten Behörde vom 18. März 2002, Z 20/01-38, sowie andererseits an der im Rahmen von Verhandlungen bei der Wirtschaftskammer Österreich beschlossenen "Deklaration der österreichischen Kommunikationsnetzbetreiber zur Bearbeitung netzübergreifender Einsprüche von Endkunden bei Mehrwertdiensten" orientieren sollten.

Zu den Inkassokosten im Zusammenhang mit Verbindungen zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten stellte die belangte Behörde fest, dass das zuletzt mit Bescheid Z 20/01-38 der belangten Behörde vom 18. März 2002 angeordnete Inkassoentgelt der beschwerdeführenden Partei neben dem reinen Forderungsausfallsrisiko auch die mit dem Betreiben von Entgeltforderungen aus Verbindungen zu zielnetztarifierten Diensterufnummern verbundenen Kosten umfasse. Hierunter fielen etwa anteilige Kosten für die Früherkennung von Missbrauch, jedoch ohne anteilige EDV-Kosten. Anteilig zurechenbare Kosten für die Behandlung von Kundenanfragen bezüglich Rechnungen über Verbindungsentgelte zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten im Call-Center der beschwerdeführenden Partei seien mangels Lieferung entsprechender Zahlen durch die beschwerdeführende Partei nicht berücksichtigt worden. Kundeneinsprüche gegen Rechnungen verursachten weiters Aufwände in Form von Recherchen, Telefonaten, administrativen bzw technischen Überprüfungen, meist mehrfachen, teils auch schriftlichen Kontaktaufnahmen, Mahnungen und eventuellen Sperren bis hin zur Dokumentation des Sachverhalts. Bei Eskalation kämen weitere interne Kosten sowie externe Kosten für Inkassobüros und Rechtsanwälte hinzu. Kosten für Schulungen im Bereich Customer Service seien in diesem Zusammenhang nicht gesondert berücksichtigt worden, da sie üblicherweise in den Vollkostenstundensätzen der entsprechenden Mitarbeiter enthalten seien. Forderungen, die nach Abschluss des Inkassoprozesses nachträglich beglichen würden, könnten wegen des geringen Anteils an den abgeschrieben Forderungen vernachlässigt werden. Eine weitere Erhöhung der Inkassokosten der beschwerdeführenden Partei resultiere aus dem Umstand, dass diese als Universaldiensterbringer auch Kunden schlechter Bonität versorgen müsse.

Der Anteil aus dem Risiko des Forderungsausfalls ("eigentliches Inkassorisiko") entspreche bei einer Höhe von 4,68 % den derzeitigen Kosten. Der Einsatz des Fraud-Managements führe zu einer Reduktion des eigentlichen Inkassorisikos und liege daher im Interesse der Dienstebetreiber. Die Anwendung des Fraud-Managements führe zu einer Vermeidung von Einsprüchen und somit auch zu einer Reduktion der damit verbundenen Kosten. Der Kostenanteil für das Fraud-Management sei daher dem Inkassorisiko umsatzabhängig hinzuzurechnen; die Kosten dafür seien mit 4,06 % anzusetzen. Hinsichtlich der Kosten der Einspruchsbehandlung ergebe sich auf Basis der Ist-Kosten je Einspruchsbehandlung der beschwerdeführenden Partei des Jahres 2003, ergänzt um die Daten aus dem Beobachtungszeitraum Februar, April und Mai 2004, ein Zuschlag von 5,49 %. Neben dem Inkassoentgelt erziele die beschwerdeführende Partei Einnahmen aus dem sogenannten "Schlupf", die mit den Gesamtkosten gegengerechnet werden müssten. Der Schlupf wirke sich dahingehend aus, dass den Kunden um 3,34 % mehr verrechnet werde als bei sekundengenaue Abrechnung; dies stelle einen Erlös dar, der mit den Kosten gegenzurechnen sei. Addiere man nun die einzelnen Komponenten aus Risiko des Forderungsausfalls, einem 90 %-Anteil der Fraud-Management-Kosten sowie den Kosten für Entgelteinsprüche, so ergebe dies einen Wert von insgesamt 14,23 %. Abzüglich der Mehrerlöse für die beschwerdeführende Partei aus dem Schlupf in Höhe von 3,34 % würden sich somit Gesamtkosten für das Inkassoentgelt in Höhe von 10,89 % ergeben. Da weitere Effizienzsteigerungen in diesem Bereich nicht möglich seien, entsprächen die festgestellten Kosten somit im Ergebnis jenen der effizienten Leistungsbereitstellung.

Ein Absinken des Ausfallsrisikos der beschwerdeführenden Partei durch den im Rahmen der Wirtschaftskammer Österreich vereinbarten betreiberübergreifenden Prozess zur Behandlung von Endkundeneinsprüchen gegen Entgeltforderungen für Verbindungen zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten (sogenannter "WKÖ-Prozess") sei nicht abschätzbar.

Hinsichtlich der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste würden "auf sämtliche Zusammenschaltungspartner" der beschwerdeführenden Partei die von der belangten Behörde angeordneten Bedingungen des Anhangs 17 zum Bescheid Z 20/01-38 vom 18. März 2002 zur Anwendung kommen. Die beschwerdeführende Partei habe mit

verschiedenen Netzbetreibern Ergänzungsvereinbarungen zu bestehenden Zusammenschaltungsanordnungen bzw Zusammenschaltungsverträgen abgeschlossen. In diesen Ergänzungsvereinbarungen, die rückwirkend zum 1. Jänner 2005 in Kraft getreten seien, seien mit diesen Unternehmen neue Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste getroffen worden; dies betreffe ua Regelungen in Bezug auf den Ersatz von Kosten der beschwerdeführenden Partei für die Behandlung von Teilnehmereinwendungen.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass die Parteien des Verwaltungsverfahrens seit entsprechenden Nachfragen der mitbeteiligten Partei vom 29. September 2003 bzw der beschwerdeführenden Partei vom 5. April 2004 für die Dauer von mehr als 6 Wochen vor Antragstellung durch die beschwerdeführende Partei am 19. Mai 2004 über die in Anhang 17 enthaltenen Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste verhandelt hätten und die Anrufung der belangten Behörde gemäß § 50 Abs 1 TKG 2003 daher zulässig sei. Hinsichtlich der beantragten Regelungen liege auf Grund der Kündigung des Zusammenschaltungsvertrages durch die mitbeteiligte Partei ab dem 1. Jänner 2004 keine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung und auch keine aufrechte Anordnung der belangten Behörde vor. Die dem Inkassoentgelt zu Grunde liegenden Risiken und Leistungen würden von der Zusammenschaltung umfasste Leistungen sowohl auf dem nach § 33 TKG 1997 abgegrenzten nationalen Markt für Zusammenschaltungsleistungen als auch auf dem Vorleistungsmarkt für Originierung in öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten gemäß § 1 Z 7 TKMVO 2003 darstellen.

Hinsichtlich der anzuordnenden Bestimmungen sei einerseits auf Grund der Geltung unterschiedlicher Regelungen vor bzw nach dem 20. Dezember 2004 in Bezug auf die spezifischen Verpflichtungen, die aus der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin resultierten, sowie andererseits auf Grund der vor bzw nach dem 31. Dezember 2004 bestehenden Vereinbarungen zwischen der beschwerdeführenden Partei und ihren übrigen Zusammenschaltungspartnern zu differenzieren. Aus diesem Grund habe es die belangte Behörde für erforderlich erachtet, jeweils unterschiedliche Fassungen des Anhanges 17 für die Zeiträume vor bzw nach dem 31. Dezember 2004 anzuordnen. Für den Zeitraum vor dem 20. Dezember 2004 würden die von der belangten Behörde anzuordnenden Bestimmungen jedenfalls dem Gebot kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte aus dem über § 133 Abs 7 TKG 2003 bis dahin weiterhin anwendbaren § 41 Abs 3 TKG 1997 unterliegen. In ihrer ständigen Spruchpraxis zu den auf Zusammenschaltungsleistungen der beschwerdeführenden Partei nach § 41 Abs 3 TKG 1997 anwendbaren Entgelten habe die belangte Behörde bei Beurteilung der Kostenorientierung ausgehend von den §§ 8 Abs 3 und 9 ZVO auf den Kostenrechnungsmaßstab FL-LRAIC abgestellt. Dieser Kostenorientierungsmaßstab habe insoweit jedenfalls für den Zeitraum vor dem 20. Dezember 2004 auch für die verfahrensgegenständlichen, dem Inkassoentgelt zu Grunde liegenden Leistungen zu gelten. Nach dem festgestellten Sachverhalt seien bis zum 31. Dezember 2004 auf sämtliche Zusammenschaltungspartner der beschwerdeführenden Partei in Bezug auf Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste die von der belangten Behörde angeordneten Bedingungen in der Fassung des Anhanges 17 zum Bescheid Z 20/01-38 vom 18. März 2002 zur Anwendung gekommen. Diese würden zur Abgeltung des Inkassorisikos der beschwerdeführenden Partei ein Inkassoentgelt von 10 %, nicht jedoch einen zusätzlichen Kostenersatz vorsehen.

Auf Grund der sowohl nach § 133 Abs 7 TKG 2003 iVm § 34 Abs 1 TKG 1997 als auch nach Spruchpunkt 2.3. des Bescheides der belangten Behörde vom 20. Dezember 2004, ZI M 7/03-52, auf die von der beschwerdeführenden Partei erbrachten Originierungsleistungen anwendbaren Gleichbehandlungsverpflichtung habe die beschwerdeführende Partei diejenigen Regelungen, die sie sich selbst bzw verbundenen oder anderen Unternehmern anbiete, auch ihren Zusammenschaltungspartnern anzubieten. Dem (Haupt-)Antrag der beschwerdeführenden Partei sei schon deshalb nicht zu folgen gewesen, da die von ihr beantragten Kostenersatzregelungen mit Sätzen von EUR 157,15 (bei Weiterleitung an den Dienstenetzbetreiber), EUR 413,32 (administrative Bearbeitung durch Quellnetzbetreiber) bzw EUR 560,57 (administrative Bearbeitung durch Quellnetzbetreiber und Streitschlichtungsverfahren) sowie einem aufwandsbezogenen Kostenersatz für den Betreuungsaufwand bei Klagseinbringung nach dem Sachverhalt in den mit anderen Betreibern geltenden Zusammenschaltungsanordnungen bzw -verträgen nicht enthalten gewesen seien. Die beschwerdeführende Partei habe also bei der Behandlung von Teilnehmereinwendungen gegen Entgeltforderungen aus Verbindungen zu den im Anhang 17 relevanten

zielnetztarifierten Mehrwertdiensten von anderen Betreibern auf Grund der mit diesen bestehenden Zusammenschaltungsanordnungen bzw -verträge vor dem 31. Dezember 2004 keinen derartigen Kostenersatz verlangt.

Entgegen dem Vorbringen der beschwerdeführenden Partei sei auch die sachliche Rechtfertigung für eine Andersbehandlung der mitbeteiligten Partei nicht ersichtlich. Obgleich die Behauptung der beschwerdeführenden Partei zutrefte, dass die mitbeteiligte Partei im Jahr 2004 im Vergleich zu anderen Betreibern überdurchschnittlich viele Einsprüche gegen Entgeltforderungen aus Verbindungen zu Mehrwertdiensten zu verantworten habe, vermöge die belangte Behörde die Schlussfolgerung der beschwerdeführenden Partei nicht zu teilen, dass im Hinblick auf den von der mitbeteiligten Partei für die Behandlung von Teilnehmereinwendungen zu leistenden Kostenersatz eine Einräumung ungünstigerer Bedingungen im Vergleich zu den übrigen Zusammenschaltungspartnern der beschwerdeführenden Partei im Sinne des § 34 Abs 4 zweiter Satz TKG 1997 sachlich gerechtfertigt sei. Dies deshalb, weil die Konditionen eines vertragsersetzenden, in die Vergangenheit - hier auf den 1. Jänner 2004 - zurückwirkenden "schiedsrichterlichen Bescheids" nach Ansicht der belangten Behörde den betreffenden Zusammenschaltungspartner nicht auf der Basis von Erwägungen schlechter stellen könnten, welche erst im Zuge der fortgesetzten Vertragsbeziehung zwischen den Zusammenschaltungspartnern hervorkommen würden. Vielmehr sei die beschwerdeführende Partei hinsichtlich der Geltendmachung von Ersatzforderungen für einen allfälligen Mehraufwand, der durch die Behandlung von Teilnehmereinwendungen gegen Entgeltforderungen aus Verbindungen zu Mehrwertdiensten im Netz der mitbeteiligten Partei im fraglichen Zeitraum entstanden sei, nach Ansicht der belangten Behörde auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.

Auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung habe dem Hauptantrag der beschwerdeführenden Partei, soweit er den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2004 betroffen habe, keine Folge gegeben werden können. Aus den gleichen Gründen habe sich die belangte Behörde auch dem Eventualantrag der beschwerdeführenden Partei - nach dem ein Kostenersatz von EUR 35,-- pro Teilnehmereinwendung bei Überschreitung eines Schwellwertes beantragt worden sei - nicht anschließen können. Dieser Kostenersatz sei im Zeitraum vor dem 31. Dezember 2004 gegenüber anderen Zusammenschaltungspartnern der beschwerdeführenden Partei ebenso wenig angewandt worden wie die weiter gehenden Kostenersatzbeträge nach dem Hauptantrag. Hieran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass das tatsächliche Inkassorisiko der beschwerdeführenden Partei nach dem Sachverhalt bei 10,89 % zu liegen komme. Eine Berechtigung der beschwerdeführenden Partei zur Zuerkennung eines zusätzlichen Kostenersatzes neben dem Inkassoentgelt könne aus diesem Wert deshalb nicht abgeleitet werden, weil die mitbeteiligte Partei diesfalls im Verhältnis zu anderen Zusammenschaltungspartnern schlechter gestellt würde, was der beschwerdeführenden Partei auf Grund der Nichtdiskriminierungsverpflichtung verwehrt sei. Insoweit sei auch der Eventualantrag der beschwerdeführenden Partei, soweit er den Zeitraum vor dem 31. Dezember 2004 betreffe, abzuweisen gewesen.

In der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerde beantragt die beschwerdeführende Partei, Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass der mit dem angefochtenen Bescheid geregelte Themenbereich einer eigenständigen, den bestehenden Zusammenschaltungsvertrag ergänzenden Anordnung zugänglich und die Zusammenschaltungsanordnung daher zulässig ist (vgl das hg Erkenntnis vom 18. Oktober 2005, ZI 2004/03/0204).

Die Anfechtungserklärung bezieht sich ausschließlich auf Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides, der - ergänzend zu einer zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarung - als "Anhang 17" Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Entgeltobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste, beschränkt auf den Zeitraum vom 1. Jänner 2004 bis zum 31. Dezember 2004, festlegt.

Im Hinblick darauf, dass mit Spruchpunkt C Regelungen für diese Dienste für einen anderen Zeitraum festgelegt wurden, Spruchpunkt A lediglich eine - für beide Zeiträume geltende - Übersicht über die Anhänge enthält, und schließlich in Spruchpunkt D weitere Anträge abgewiesen werden, kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei der mit

Spruchpunkt B erfolgte Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen für die gegenständlichen Dienste für einen beschränkten Zeitraum um einen trennbaren Teil des Spruchs handelt und die Anfechtung lediglich hinsichtlich dieses Spruchpunktes zulässig ist.

2. Von den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wird nicht in Zweifel gezogen, dass die beschwerdeführende Partei hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsleistungen im Jahr 2004 - neben einer Verpflichtung zur Kostenorientierung - einem Nichtdiskriminierungsgebot unterlag, welches sich bis zum 20. Dezember 2004 aus § 133 Abs 7 TKG 2003 iVm § 34 Abs 1 TKG 1997 ergab, für den Zeitraum ab dem 20. Dezember aus einer gemäß § 37 Abs 2 TKG 2003 der beschwerdeführenden Partei mit Bescheid der belangten Behörde auferlegten spezifischen Verpflichtung im Sinne des § 38 TKG 2003. Die belangte Behörde hat die getroffene Anordnung, soweit diese vorliegend angefochten wurde, ausschließlich mit der die beschwerdeführende Partei treffenden Gleichbehandlungsverpflichtung begründet.

Die beschwerdeführende Partei bestreitet nicht, dass die von ihr im Verwaltungsverfahren beantragten Zusammenschaltungsbedingungen für die mitbeteiligte Partei ungünstiger wären als jene, die sie mit anderen Zusammenschaltungspartnern vereinbart hat.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof streitgegenständlich ist damit im Wesentlichen, ob im Hinblick auf das konkrete Zusammenschungsverhältnis der beschwerdeführenden Partei mit der mitbeteiligten Partei die Anordnung von Bedingungen zulässig wäre, die im Hinblick auf die Kosten der Behandlung von Teilnehmereinwendungen die mitbeteiligte Partei schlechter stellen würden als andere Zusammenschaltungspartner der beschwerdeführenden Partei.

3. § 34 Abs 1 und 4 TKG 1997 lautete:

"§ 34. (1) Ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, hat Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen, die er am Markt anbietet oder die er für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt.

...

(4) Ein Mißbrauch wird vermutet, wenn ein Anbieter, der auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, sich selbst oder verbundenen Unternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen ermöglicht, als er sie den Wettbewerbern bei der Nutzung dieser Leistungen für ihre Dienstleistungsangebote einräumt. Dies kann dadurch entkräftet werden, daß der Anbieter Tatsachen nachweist, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich rechtfertigen."

§ 38 Abs 1 und 2 TKG 2003 lautet:

"Gleichbehandlungsverpflichtung

§ 38. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen.

(2) Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen."

Spruchpunkt 2.3. des gegenüber der beschwerdeführenden Partei ergangenen Bescheides der belangten Behörde vom 20. Dezember 2004, Zl M 7/03-52, lautet:

"Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 1 und Abs. 2 TKG 2003 anderen Unternehmen, die gleichartige Leistungen gegenüber Endkunden bzw. Diensteanbietern erbringen, die Leistung 'Originierung im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten' unter gleichen Umständen zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität anzubieten, wie sie diese sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt. Telekom Austria AG hat insbesondere

betreffend alle angebotenen Endkundenprodukte, die Originierungsleistungen als Vorleistungen erfordern, diese Vorleistungen anderen Unternehmern zu denselben Bedingungen und mit der gleichen Qualität spätestens zeitgleich mit der Einführung der Endkundenprodukte anzubieten."

4. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, dass das Diskriminierungsverbot des § 34 TKG 1997 einer Anordnung nicht entgegenstehe, nach der der mitbeteiligten Partei höhere Entgelte vorgeschrieben würden, wenn sich gerade in Bezug auf diese besondere kostenrelevante Umstände ergäben, die im Verhältnis zu anderen Zusammenschaltungspartnern eine höhere Entgeltregelung rechtfertigten.

Demgegenüber führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, dass eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung der mitbeteiligten Partei nicht gegeben sei,

"weil die Konditionen eines vertragsersetzenden, in die Vergangenheit zurückwirkenden schiedsrichterlichen Bescheids nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission den betreffenden Zusammenschaltungspartner nicht auf der Basis von Erwägungen schlechter stellen können, welche erst im Zuge der fortgesetzten Vertragsbeziehung zwischen den Zusammenschaltungspartnern hervorkommen. Vielmehr ist die TA hinsichtlich der Geltendmachung von Ersatzforderungen für einen allfälligen Mehraufwand, der durch die Behandlung von Teilnehmereinwendungen gegen Entgeltforderungen aus Verbindungen zu Mehrwertdiensten im Netz der (mitbeteiligten Partei) im fraglichen Zeitraum entstand, nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission auf den Zivilrechtsweg zu verweisen."

5. Der belangten Behörde kann nicht darin gefolgt werden, dass schon auf Grund der eben zitierten Überlegungen die Anordnung der von der beschwerdeführenden Partei beantragten Bedingungen nicht erfolgen könne.

5.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die gemäß § 37 Abs 2 iVm § 38 Abs 1 und 2 TKG 2003 der beschwerdeführenden Partei mit Bescheid der belangten Behörde vom 20. Dezember 2004 auferlegte Gleichbehandlungsverpflichtung - ebenso wie das im vorliegenden Fall hinsichtlich des Zeitraumes bis zum 20. Dezember 2004 gemäß § 133 Abs 7 TKG 2003 noch anwendbare Nichtdiskriminierungsgebot nach § 34 TKG 1997 - keine schematische Gleichbehandlung ohne Bedachtnahme auf konkrete Umstände des Einzelfalls fordert. Vielmehr setzt die Gleichbehandlungsverpflichtung voraus, dass "gleiche Umstände" (nach § 34 TKG 1997: "vergleichbare Umstände") vorliegen, sodass sachlich - auf Grund von relevanten Unterschieden im Tatsächlichen - gerechtfertigte Differenzierungen zulässig sind.

Die beschwerdeführende Partei hat im Verwaltungsverfahren vorgebracht, dass die mitbeteiligte Partei überdurchschnittlich viele Einsprüche gegen Entgeltforderungen aus Verbindungen zu Mehrwertdiensten zu verantworten habe; dies wurde von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid auch ausdrücklich, wenngleich ohne dazu nähere Feststellungen zu treffen, als zutreffend festgehalten. Da nach der Begründung des angefochtenen Bescheides das "Inkassoentgelt" auch unter Zugrundelegung von Kosten der Einspruchsbehandlung berechnet wurde, kann eine überproportionale Einspruchshäufigkeit hinsichtlich der Verbindungen zu Mehrwertdiensten im Netz der mitbeteiligten Partei nicht von vornherein als unsachlicher Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung bei der Festlegung der Höhe des Inkassoentgeltes (oder eines allfälligen gesonderten Beitrags für die Behandlung von Teilnehmereinsprüchen) angesehen werden.

5.2. Die belangte Behörde hätte daher, ausgehend vom Vorbringen der beschwerdeführenden Partei, zu prüfen gehabt, ob - und gegebenenfalls in welchem Ausmaß - im Hinblick auf die behaupteten Besonderheiten des konkreten Zusammenschaltungsverhältnisses eine Differenzierung bei der Entgeltfestlegung, wie von der beschwerdeführenden Partei beantragt, sachlich gerechtfertigt wäre. Sie hat sich mit diesem Vorbringen jedoch nicht näher auseinander gesetzt und die mit Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides getroffene Zusammenschaltungsanordnung im Ergebnis ausschließlich auf die Gleichbehandlungsverpflichtung gestützt.

Die dafür maßgebliche Begründung, die Konditionen eines "in die Vergangenheit zurückwirkenden" Bescheids könnten die mitbeteiligte Partei nicht auf der Basis von erst im Zuge der fortgesetzten Vertragsbeziehung zwischen den Zusammenschaltungspartnern hervorgekommenen Erwägungen schlechter stellen, erweist sich als nicht schlüssig.

Die beschwerdeführende Partei hat einen Antrag auf Erlassung einer - von den bestehenden Anordnungen oder Verträgen abweichenden - Zusammenschaltungsanordnung gestellt. Da sie die mit anderen Zusammenschaltungspartnern bestehenden Regelungen hinsichtlich der streitgegenständlichen



Zusammenschaltungsleistungen nicht aufgekündigt hat, hat sie damit zu erkennen gegeben, dass sie gegenüber der mitbeteiligten Partei die Anwendung abweichender Bedingungen wünscht und somit - im Hinblick auf die sie treffende Gleichbehandlungsverpflichtung - davon ausgeht, dass dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht.

Zumindest für den nach Einbringung des von der belangten Behörde als verfahrenseinleitend beurteilten Schriftsatzes der beschwerdeführenden Partei vom 19. Mai 2004 - der als "ergänzende Stellungnahme und Antrag(sänderung)" bezeichnet war - liegenden Zeitraum stand für die Parteien des Verwaltungsverfahrens fest, dass eine Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte durch die belangte Behörde erfolgen würde, sodass insoweit von einer "in die Vergangenheit zurückwirkenden" Festlegung nicht gesprochen werden kann. Daran ändert auch das zwischenzeitlich von den Parteien beantragte "Ruhen des Verfahrens" - das gesetzlich nicht vorgesehen ist, aber als befristeter Verzicht auf die Behandlung der Angelegenheit gedeutet werden kann (vgl. den hg. Beschluss vom 15. Dezember 1993, ZI 93/01/0307) - nichts, zumal die Parteien gerade durch den Umstand, dass keine Antragsrückziehung erfolgte, sondern lediglich "Ruhen" des Verfahrens beantragt wurde, zu erkennen gegeben haben, dass die Zusammenschaltungsstreitigkeit weiterhin unerledigt ist.

Dass die für die von der beschwerdeführenden Partei beantragte Regelung maßgeblichen Erwägungen erst "im Zuge der fortgesetzten Vertragsbeziehung" - gemeint wohl während der auf einer Klausel des Zusammenschaltungsvertrages beruhenden weiteren Anwendung des gekündigten Anhangs 17 bis zur Entscheidung durch die belangte Behörde - hervorgekommen wären, lässt sich nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens nicht nachvollziehen. In dem von der belangten Behörde als verfahrenseinleitend gewerteten Schriftsatz der beschwerdeführenden Partei vom 19. Mai 2004 wird jedenfalls auf Verhaltensweisen der mitbeteiligten Partei verwiesen, die nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei ein erhöhtes Entgelt rechtfertigen.

Die offenbar materiell auf einen gewissen "Vertrauensschutz" abstellende Argumentation der belangten Behörde geht daher jedenfalls im Hinblick auf den Zeitraum ab Einleitung des gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahrens ins Leere (inwieweit die Frage einer möglichen Differenzierung im Hinblick auf eine besonders hohe Anzahl an Teilnehmereinsprüchen auch bereits Gegenstand der unmittelbar nach Kündigung des Anhangs 17 im September 2003 zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens geführten Verhandlungen bzw. eines Verfahrens vor der belangten Behörde war, lässt sich aus dem angefochtenen Bescheid und den vorgelegten Verwaltungsakten nicht nachvollziehen).

Der Umstand, dass die Entscheidung über die das Jahr 2004 betreffende, in diesem Jahr auch anhängig gemachte Zusammenschaltungsstreitigkeit erst nach Ablauf des Jahres 2004 getroffen wurde, vermag nicht zu rechtfertigen, dass Umstände, die allenfalls eine Ungleichbehandlung von Zusammenschaltungspartnern rechtfertigen können, trotz entsprechenden Vorbringens der beschwerdeführenden Partei von der belangten Behörde nicht geprüft wurden.

5.3. Die belangte Behörde wird bei Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung in schiedsrichterlich-regulatorischer Weise zur Substituierung einer vertraglichen Übereinkunft tätig (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, ZI 2004/03/0151); die Zusammenschaltungsanordnung regelt damit das Zusammenschaltungsverhältnis der Parteien des Verwaltungsverfahrens in umfassender Weise in der Art einer privatrechtlichen Vereinbarung, die sie gemäß § 121 Abs 3 vierter Satz TKG 2003 ersetzt ("vertragsersetzender Bescheid"; zur diesbezüglich vergleichbaren Rechtslage gemäß § 41 TKG 1997 vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. April 2004, ZI 2002/03/0166). Nach den §§ 48, 50, 117 Z 7 und 121 Abs 3 TKG 2003 ist es Aufgabe der belangten Behörde, im Streitfall die Bedingungen der Zusammenschaltung festzulegen; für eine "Verweisung auf den Zivilrechtsweg" hinsichtlich der Festlegung einzelner Zusammenschaltungsentgelte besteht keine gesetzliche Grundlage.

Daher erweist sich auch die Ansicht der belangten Behörde, ein "Mehraufwand" für die Behandlung von Teilnehmereinwendungen könne (über das in der Zusammenschaltungsanordnung festgelegte Entgelt hinaus) im Zivilrechtsweg geltend gemacht werden, als nicht zutreffend, da sie mit der Zusammenschaltungsanordnung die zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens für die verfahrensgegenständlichen Leistungen - einschließlich der Behandlung von Teilnehmereinwendungen - anfallenden Entgelte abschließend festgelegt hat.

6. Die belangte Behörde hat die vorliegend angefochtene Regelung ausschließlich mit der die beschwerdeführende Partei treffenden Gleichbehandlungsverpflichtung begründet und daher auch nicht geprüft, ob das für den Zeitraum vom 1. Jänner 2004 bis zum 31. Dezember 2004 festgelegte Entgelt den im vorliegenden Fall maßgeblichen

Grundsätzen der Kostenorientierung, gegebenenfalls unter Zugrundelegung der von der beschwerdeführenden Partei behaupteten Sondersituation im Zusammenschungsverhältnis mit der mitbeteiligten Partei, entspricht.

7. Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang der - lediglich seinen Spruchpunkt B betreffenden - Anfechtung gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl II Nr 333.

Wien, am 30. Juni 2006

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete Rechtsgrundsätze Treu und Glauben erworbene Rechte VwRallg6/2 Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Organisationsrecht Justiz - Verwaltung Verweisung auf den Zivilrechtsweg VwRallg5/1 Rechtsgrundsätze Verzicht Widerruf VwRallg6/3

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

ECLI:AT:VWGH:2006:2005030228.X00

#### **Im RIS seit**

17.07.2006

#### **Zuletzt aktualisiert am**

26.06.2017

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)