

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/10/18 2004/03/0204

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.10.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13206000;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art20 Abs3;  
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8;  
EURallg;  
TKG 1997 §33;  
TKG 1997 §41;  
TKG 2003 §1 Abs2;  
TKG 2003 §133 Abs7;  
TKG 2003 §34 Abs1;  
TKG 2003 §37 Abs2;  
TKG 2003 §48 Abs1;  
TKG 2003 §48;  
TKG 2003 §49 Abs1;  
TKG 2003 §50 Abs1;  
TKG 2003 §50;  
TKMV 2003 §1 Z14;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Lehofer und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der atms Telefon- und Marketing Services GmbH in Wien, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Sternsgasse 13, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11. Oktober 2004, ZI Z 23/03-38, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: T-Mobile Austria GmbH in Wien, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Dr. Karl Lueger-Ring 10), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat der belangten Behörde Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde über Antrag der Beschwerdeführerin für die indirekte Zusammenschaltung des öffentlichen Kommunikationsnetzes der Beschwerdeführerin mit dem öffentlichen Kommunikationsnetz der mitbeteiligten Partei ergänzend zu einem zwischen diesen Parteien bestehenden Zusammenschaltungsvertrag weitere Bedingungen angeordnet. Wesentlicher Inhalt dieser ergänzenden Bestimmungen ist der - neben die bestehenden Anhänge tretende - Anhang 17a mit "Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste".

Nach diesem Anhang ermöglicht jede Partei den Teilnehmern der jeweils anderen Partei den unbeschränkten Zugang zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten, die innerhalb der Rufnummernbereiche 810 und 820 sowie 900 und 930 in ihrem Netz angeboten werden. Weiters ermöglicht jede Partei ihren Teilnehmern den Zugang zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten der jeweils anderen Partei innerhalb der angegebenen Rufnummernbereiche, wenn die Diensterufnummern "per Einrichtungsorder" kommuniziert wurden.

Nach der in Punkt 3.4. des Anhangs 17a enthaltenen Bestimmung gebühren dem Quellnetzbetreiber für "das Inkasso (gesamter Inkassoaufwand einschließlich Inkassorisiko) einer Verbindung zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten" 10 % des Diensteentgelts (exklusive Umsatzsteuer), das vom diensteerbringenden Netz im Sinne der §§ 71, 77 und 105 Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM-V) mitgeteilt wird.

Begründend führte die belangte Behörde nach einer Darstellung des Verfahrensganges aus, dass die Beschwerdeführerin Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 iVm § 133 Abs 4 zweiter Satz TKG 2003 sei und öffentliche Sprachtelefondienste mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes erbringe. Die mitbeteiligte Partei sei ebenfalls Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 iVm § 133 Abs 4 zweiter Satz TKG 2003 und erbringe mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die umsatzmäßig wesentlichste der öffentliche mobile Sprachtelefondienst sei. Keine der Verfahrensparteien sei auf dem Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 37 TKG 2003 festgestellt worden.

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens beruhe auf einem von diesen Parteien geschlossenen Vertrag über indirekte Zusammenschaltung vom 4. August 2003. Dieser habe einen Anhang 17a betreffend den Zugang zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten enthalten, welcher von der Beschwerdeführerin mit Wirkung zum 31. Dezember 2003 gekündigt worden sei. Zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens sei die Höhe des der mitbeteiligten Partei als Quellnetzbetreiber zustehenden Inkassoentgelts für Verbindungen zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten strittig. Nach dem aufgekündigten Anhang 17a zum Zusammenschaltungsvertrag betrage das wechselseitige Inkassoentgelt 10 % des Endkundentarifs exklusive Umsatzsteuer; der Endkundentarif entspreche dem Diensteentgelt, also jenem Entgelt, welches das diensteerbringende Netz (der Zielnetzbetreiber) dem Endkunden des Teilnehmernetzes (Quellnetzbetreiber), aus welchem die Verbindung originiere, gemäß §§ 71, 77 und 105 KEM-V mitteile.

Das "zuletzt mit Bescheid Z 20/01-38 der Telekom-Control-Kommission angeordnete" Inkassoentgelt umfasse neben dem zB durch Insolvenzen, Kulanz, Unauffindbarkeit des Schuldners oder Erfolglosigkeit bei Pfändungen verursachten reinen Forderungsausfallsrisiko ("eigentliches Inkassorisiko") auch die mit dem Betreiben von Entgeltforderungen aus Verbindungen zu zielnetztarifierten Diensterufnummern verbundenen Kosten. Hierunter würden etwa Bonitätsprüfungen der potenziellen Kunden vor Vertragsabschluss, deren Kosten verursachungsgerecht anteilmäßig den Mehrwertdiensten zuzurechnen seien, fallen. Ferner seien auch die anteiligen Kosten für die Früherkennung von Missbrauch (Fraudmanagement) zu berücksichtigen. Hinzu kämen anteilig zurechenbare Kosten für die Behandlung von Kundenanfragen bezüglich Rechnungen über Verbindungsentgelte zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten im Call-Center des Quellnetzbetreibers sowie Kundeneinsprüche zu Rechnungen; diese würden 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 verursachen. Bei Eskalation kämen weiter interne Kosten sowie externe Kosten für Inkassobüros und Rechtsanwälte hinzu. Nachträglich eingebrochene Forderungen könnten wegen des geringen Anteils an der Anzahl der abgeschriebenen Forderungen vernachlässigt werden. Abgesehen von Gebühreneinsprüchen von Kunden käme es noch aus anderen Gründen zu Inkassofällen, ohne dass der Kunde aktiv einen Einspruch erhoben habe. Neben der Zahlungsverweigerung ohne Angaben von Gründen seien dies Todesfälle, falsche Rechnungsanschriften oder der Umstand, dass Kunden übersiedelten, ohne eine neue Anschrift zu hinterlassen. In all diesen Fällen komme es mit Ausnahme des Erstkontaktes des Kunden zu den gleichen Kosten wie in jenen Fällen, in denen der Kunde einen formalen Einspruch erhebe. Aus dem wirtschaftlichen Gutachten ergäben sich Brutto-Inkassokosten der mitbeteiligten Partei in der Höhe von über 16 %, nach Abzug des "Schlupfs" Netto-Inkassokosten in der Höhe von 7,9 %. Als "Schlupf" bezeichne man den Mehrerlös, den die mitbeteiligte Partei so wie auch alle anderen Quellnetzbetreiber dadurch erzielten, dass gegenüber den Endkunden Gespräche nicht sekundengenau ab der ersten Sekunde, Zusammenschaltungsleitungen mit anderen Netzbetreibern hingegen sekundengenau abgerechnet würden.

Zusammenschaltungsvereinbarungen, welche den Parteien auszugsweise übermittelt worden seien, würden zeigen, dass neben der durch die Zusammenschaltungsanordnung Z 20/01-38 hiezu verpflichteten Telekom Austria AG ein breiter Querschnitt der in Österreich tätigen Netzbetreiber - darunter zahlreiche bislang nicht als marktbeherrschend festgestellte Betreiber - in Bezug auf den Zugang zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % vereinbart hätten.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass gemäß 48 Abs 1 TKG 2003 jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet sei, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Komme zwischen diesen Betreibern eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zu Stande, so könne jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Dabei sei grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 35 TKG 2003 bzw über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 133 Abs 7 TKG 2003 iVm § 33 TKG 1997 verfügten oder nicht. Auch Art 5 Abs 4 der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) sehe für den Fall, dass keine Übereinkunft zwischen Unternehmen bestehe, eine Ermächtigung der nationalen Regulierungsbehörden vor, auf Ersuchen einer der beteiligten Parteien tätig zu werden, um die Beachtung der Regulierungsziele des neuen Rechtsrahmens zu gewährleisten.

Als von der Zusammenschaltung umfasste Leistungen seien nach § 49 Abs 1 TKG 2003 zumindest die Zurverfügungstellung notwendiger Vermittlungsdaten der jeweiligen Verbindung an den zusammengeschalteten Betreiber, die Zustellung der Verbindungen an den Nutzer des zusammengeschalteten Betreibers sowie die Zurverfügungstellung der für die Verrechnung notwendigen Daten in geeigneter Weise an den zusammengeschalteten Betreiber anzusehen.

§ 49 Abs 2 TKG 2003 ermächtigte den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zur Festsetzung näherer Bestimmungen über die Zusammenschaltung in einer Verordnung. Aus den in der Anlage zu § 6 der Zusammenschaltungsverordnung (BGBl II Nr 14/1998) angeführten Mindestbestandteilen einer Zusammenschaltungsvereinbarung (etwa "Zahlungsbedingungen einschließlich Abrechnungsverfahren") ergebe sich, dass jedenfalls auch Annexleistungen zu Zusammenschaltungsleistungen vom Inhalt eines von den Parteien abzuschließenden Zusammenschaltungsvertrages mitumfasst sein müssten. Eine Zusammenschaltung zu zielnetztarifierten Dienstertumnummern wäre ohne die zusätzliche Erbringung der Inkassoleistung durch den Quellnetzbetreiber undurchführbar. Das durch Originierung zu Mehrwertdiensten erhöhte Inkassorisiko und die Inkassokosten des Quellnetzbetreibers werde diesem als Annexleistung im Rahmen der Zusammenschaltung in Form des Inkassoentgeltes vom Dienstenetzbetreiber abgegolten. Die diesem Inkassoentgelt zu Grunde liegenden Risiken und Leistungen stellten Annexleistungen im Rahmen der Zusammenschaltung auf dem hier relevanten Vorleistungsmarkt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen dar, da dieser auch die Originierung zu Dienstertumnummern in Drittnetzen umfasse. Die Behauptung der mitbeteiligten Partei, dass es sich beim Inkasso des Entgelts beim Endkunden um eine freiwillig vom Quellnetzbetreiber erbrachte Zusatzleistung handle, übersehe das fehlende Vertragsverhältnis zwischen dem Teilnehmer und Dienstenetzbetreiber. Gemäß § 76 KEM-V sei für die Verrechnung von Mehrwertdiensten zwingend ein Zielnetszenario vorgeschrieben, dh ein bestimmter Dienst habe, unabhängig vom Quellnetz, für den Endnutzer den selben Preis. Bei Anwendung eines Zielnetszenarios sei nach

Ansicht der belangten Behörde zu prüfen, welche Kosten dem Quellnetzbetreiber für die Abrechnungsleistungen entstünden; diese Kosten seien dem Quellnetzbetreiber für das Inkasso des Diensteentgelts bei seinem Endkunden zu ersetzen. Daher sei die Festlegung eines Inkassoentgelts in diesem Fall im Interesse einer funktionsfähigen Zusammenschaltung und für den Zugang zu den verfahrensgegenständlichen Diensten unumgänglich.

Die belangte Behörde sei zur Auffassung gelangt, dass ein Prozentsatz für das Inkassoentgelt in Höhe von 10 % des Diensteentgelts als marktüblich anzusehen sei, sodass das Inkassoentgelt auf Basis der Vergleichsmarktmethode "wie schon bisher erneut in der Höhe des bisherigen Prozentsatzes von 10 % festgesetzt" werde. Im Falle einer Nichteinigung zwischen nicht marktbeherrschenden Betreibern seien Zusammenschaltungsentgelte in angemessener Höhe festzulegen. Auch wenn sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten Brutto-Inkassokosten in der Höhe von über 16 % und nach Abzug des "Schlupfs" Netto-Inkassokosten der mitbeteiligten Partei in der Höhe von lediglich 7,9 % ergäben, bestehet nach Auffassung der belangten Behörde keine Veranlassung dafür, dass die Höhe des von der mitbeteiligten Partei eingehobenen Inkassoentgelts diesen Kosten entsprechen müsse. Mangels beträchtlicher Marktmacht auf dem für das gegenständliche Verfahren relevanten Markt für Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen sei die mitbeteiligte Partei nicht verpflichtet, die von ihr für Annexleistungen im Rahmen der Zusammenschaltung wie dem Inkasso verrechneten Entgelte an den Kosten im Sinne des § 42 TKG 2003 zu orientieren.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass der im Rahmen der Wirtschaftskammer Österreich vereinbarte Prozess zur betreiberinternen Abwicklung bei der Behandlung von Teilnehmereinwendungen gegen Entgeltforderungen bei Verbindungen zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten sowie die neuen Regelungen der KEM-V zu einer signifikanten Senkung der Inkassokosten der mitbeteiligten Partei führen würden, könne sich die belangte Behörde "aus jetziger Perspektive" nicht anschließen. Beide Regelungen seien zu neu, als dass sich zum Entscheidungszeitpunkt schon eindeutige Trends abzeichnen würden, aus welchen konkrete Rückschlüsse auf die Entwicklung der Inkassokosten der mitbeteiligten Partei gezogen werden könnten. Vielmehr ergäbe sich aus den vorliegend getroffenen Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere aus den den Verfahrensparteien auszugsweise übermittelten sechs verschiedenen Zusammenschaltungsverträgen zwischen österreichischen Kommunikationsnetzbetreibern, dass auch eine große Zahl von nicht als marktbeherrschend festgestellten Unternehmen in gegenseitigen Zusammenschaltungsverträgen vereinbart hätten, dass dem Quellnetzbetreiber bei Verbindungen zu Diensten mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % zustehen solle. Aus diesem nationalen Vergleich ziehe die belangte Behörde die Schlussfolgerung, dass ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % auch unter nicht als marktbeherrschend festgestellten Anbietern, die nicht zur Verrechnung kostenorientierter Entgelte verpflichtet seien, als marktüblich anzusehen sei. Eine Auswertung der von beiden Parteien angeführten Prozentsätze für das in anderen europäischen Staaten marktübliche Inkassoentgelt habe unterbleiben können, da die Situationen auf Grund unterschiedlicher Regulierungsregimes für Mehrwertdienste in den anderen europäischen Staaten als nicht vergleichbar angesehen werden könnten und die genannten Zahlen zudem nicht näher substanziert worden seien. Die belangte Behörde sei überdies zur Auffassung gelangt, dass ein Unterschied in der Höhe von zwei Prozentpunkten zwischen dem von der mitbeteiligten Partei verlangten marktüblichen Preis und den dem tatsächlichen Inkassorisiko der mitbeteiligten Partei zu Grunde liegenden Kosten nicht so groß sei, dass der für die Übernahme des Inkassos verlangte marktübliche Preis zur Gegenleistung außer Verhältnis stehe. Überdies habe die belangte Behörde bei ihren Entscheidungen auch auf die Interessen des Gesamtmarktes Bedacht zu nehmen. Zum Einen müsse in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass das Inkassoentgelt bei der zu kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten verpflichteten Telekom Austria AG nach wie vor 10 % betrage. Würde man das für die mitbeteiligte Partei festzulegende angemessene Entgelt in einer Höhe unterhalb dieses Prozentsatzes ansetzen, würde dies dazu führen, dass nicht marktbeherrschende Unternehmen im Ergebnis einer strengeren Regulierung als marktbeherrschende Unternehmen unterworfen würden. Zum anderen wäre eine Festlegung betreiberindividueller Inkassoentgelte in Bezug auf Verbindungen zu zielnetztarifierten Mehrwertdiensten auch deshalb problematisch, da die Inkassokosten in Abhängigkeit von der Kundenstruktur des jeweiligen Quellnetzbetreibers starken Schwankungen unterworfen sein könnten. Auch wenn Quellnetzbetreiber die mit zunehmender Nutzung von Mehrwertdiensten steigenden Kosten einer Behandlung von Teilnehmereinwendungen und Kosten für Fraud-Managementsysteme abfangen könnten, würden von der von der Beschwerdeführerin angestrebten Reduktion jene Diensteanbieter profitieren, die selbst keine angeschlossenen Teilnehmer hätten, jedoch auf Grund der bei ihnen angeschalteten Diensteanbieter zumindest einen nicht unerheblichen Teil der Teilnehmereinwendungen zu verantworten hätten.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn 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. Die mitbeteiligte Partei hat im Verwaltungsverfahren ausdrücklich das "Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung seit der Kündigung des Anhangs 17a des Zusammenschaltungsvertrages vom 29.7.2003 mit Wirkung zum 31.12.2003" außer Streit gestellt. Weder in der Beschwerde noch in der Gegenschrift der mitbeteiligten Partei wird die Zulässigkeit der gegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung, welche im Wesentlichen ergänzend zu einem bestehenden Zusammenschaltungsvertrag einen Anhang mit Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten festlegt, in Zweifel gezogen; auch im Verwaltungsverfahren wurde diesbezüglich kein Vorbringen erstattet. Die Parteien des Verwaltungsverfahrens stimmen demnach nicht nur darin überein, dass hinsichtlich des Regelungsgegenstandes des angefochtenen Bescheids keine vertraglichen Vereinbarungen bestehen, die der Zusammenschaltungsanordnung entgegenstünden, sondern auch darin, dass dieser Themenbereich einer eigenständigen, den bestehenden Zusammenschaltungsvertrag ergänzenden Anordnung zugänglich ist, sodass sich im Hinblick auf den auch nach dem TKG 2003 bestehenden "Vorrang privatrechtlicher Vereinbarung vor regulierungsbehördlicher Anordnung" (Polster in Stratil, TKG 2003, Anm 1 zu § 50) die getroffene Zusammenschaltungsanordnung als zulässig erweist.

2. Gemäß § 48 Abs 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes 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.

Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, der nach § 48 TKG 2003 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes eine Vereinbarung über die nach § 48 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zu Stande, so kann gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

Gemäß § 49 Abs 1 TKG 2003 hat die Zusammenschaltung 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 Datenpakte an den

Nutzer des zusammengeschalteten Betreibers;

3. Zurverfügungstellung der für die Verrechnung

benötigten Daten in geeigneter Weise an den zusammenschaltenden Betreiber."

3. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Festlegung von angemessenen Zusammenschaltungsbedingungen durch die belangte Behörde gemäß § 48 iVm § 50 TKG 2003 verletzt.

Das Beschwerdevorbringen bezieht sich ausschließlich auf die Festlegung der Höhe des "Inkassoentgelts" im angefochtenen Bescheid. Die festgelegte Höhe von 10 % des Diensteentgeltes sei nicht angemessen, da die Kosten der mitbeteiligten Partei für die Erbringung der entsprechenden Leistungen auf 7,9 % des Diensteentgeltes gesunken seien und die mitbeteiligte Partei bei der von der Beschwerdeführerin zu bezahlenden Inkassoleistung eine Gewinnspanne von über 20 % habe. Die Angemessenheit des Inkassoentgelts sei auf der Grundlage der mit der Erbringung der Leistung verbundenen Kosten festzustellen. Dies habe die belangte Behörde im vorliegenden Fall aber unterlassen. Vielmehr habe sie die Inkassokosten mit einem pauschalen Hinweis auf die angebliche "Marktüblichkeit" eines

Inkassoentgelts von 10 % des Diensteentgelts festgehalten; diese Höhe des Inkassoentgelts sei jedoch nicht marktüblich. Marktüblichkeit könne nur dort ein Indiz für die Angemessenheit eines Preises sein, wo Verträge ohne Einwirkung von behördlicher Seite aus einem Spiel von Angebot und Nachfrage entstünden. Dies sei in der Telekommunikation nicht der Fall. 10 % Inkassoentgelt seien, auch wenn sie ohne unmittelbares Regulierungsverfahren zwischen zwei Parteien vereinbart würden, letztlich nichts anderes als das Ergebnis der ständigen Rechtsprechung der belangten Behörde. Diese habe in der Vergangenheit regelmäßig ohne ordentliches Ermittlungsverfahren 10 % Inkassoentgelt angeordnet, unabhängig davon, ob der Quellnetzbetreiber ein marktbeherrschendes oder ein nichtmarktbeherrschendes Unternehmen gewesen sei. Dieser Regulierung hätten sich die Betreiber gebeugt. Die angebliche Marktüblichkeit von 10 % Inkassoentgelt stelle sich nicht als Ergebnis der freien Willensbildung der Vertragsparteien, sondern vielmehr als Ausfluss der ständigen Rechtsprechung der belangten Behörde dar. In einem solchen Fall könne der Gebrauch eines bestimmten regulierten Tarifs durch andere Betreiber, auch wenn dies nicht unmittelbar in einem Regulierungsverfahren geschehe, nicht als Hinweis auf dessen Angemessenheit verwendet werden.

4. Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei unstrittig nicht als marktbeherrschend auf dem Markt "Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen (Vorleistungsmarkt)" gemäß § 1 Z 14 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) festgestellt ist und sie daher auf diesem Markt weder spezifische Verpflichtungen im Sinne des § 37 Abs 2 TKG 2003 treffen, noch für sie Verpflichtungen aus einer früheren Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 33 TKG 1997 iVm § 133 Abs 7 TKG 2003 weiter gelten. Eine Verpflichtung zur Kostenorientierung, welche als spezifische Verpflichtung gemäß § 42 TKG gegebenenfalls angeordnet werden könnte, trifft die mitbeteiligte Partei daher im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen, dem Markt "Zugang und Originierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen" unterfallenden Leistungen nicht.

Auch bei der Entscheidung über eine Zusammenschaltungsstreitigkeit gemäß §§ 48 und 50 TKG 2003 ist - wie dies der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf Zusammenschaltungsstreitigkeiten nach § 41 TKG 1997 ausgesprochen hat - die Herstellung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien gefordert (vgl hiezu das hg Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, ZI 2004/03/0151). § 34 Abs 1 TKG 2003 bestimmt ausdrücklich, dass die belangte Behörde durch die im 5. Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen - zu denen auch die Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten zählt - die Ziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 zu verwirklichen und dabei insbesondere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat (vgl dazu auch Art 20 Abs 3 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABI 2002 L 108, S 33, wonach die Regulierungsbehörde bei der Beilegung einer Streitigkeit Entscheidungen trifft, die auf die Verwirklichung der in Art 8 dieser Richtlinie genannten Ziele - zusammengefasst: Förderung des Wettbewerbs gemäß Art 8 Abs 2, Entwicklung des Binnenmarkts gemäß Art 8 Abs 3 und Förderung der Interessen der Bürger gemäß Art 8 Abs 3 - ausgerichtet sind).

Der belangten Behörde kann daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie bei der Beurteilung der Angemessenheit der festgelegten Entgeltbedingungen für das - im Verhältnis zur "Grundleistung" der Originierung eine Nebenleistung darstellende -

Inkasso nicht ausschließlich die bei der mitbeteiligten Partei entstehenden Kosten, sondern auch die Marktüblichkeit der in Streit stehenden Entgelte berücksichtigt hat, da eine Verpflichtung der mitbeteiligten Partei zur kostenorientierten Festlegung der Entgelte für die fraglichen Leistungen nicht besteht.

Soweit die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf einen Bescheid der belangten Behörde meint, dass die Angemessenheit des Inkassoentgelts (nur) "auf der Grundlage der mit der Erbringung der Leistung verbundenen Kosten" festzustellen sei, ist sie auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit der Festsetzung von Entgelten nicht marktbeherrschender Unternehmen nach dem TKG 1997 zu verweisen, die im Hinblick auf den nach dem neuen Rechtsrahmen weiterhin geforderten fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien auch für den vorliegenden Beschwerdefall von Bedeutung ist. Demnach kann es bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten nicht marktbeherrschender Betreiber nicht ausschließlich auf deren konkrete Kosten bei der Erbringung der Zusammenschaltungsleistungen ankommen, doch können die tatsächlichen Kosten nicht von vornherein als für die Interessenabwägung jedenfalls unerheblich angesehen werden (vgl das hg Erkenntnis vom 28. April 2004, ZI 2002/03/0084).

Die belangte Behörde hat die Kosten (der mitbeteiligten Partei) für die verfahrensgegenständliche Leistung erhoben und das Ergebnis unter anderem mit den marktüblichen Entgelten in Bezug gesetzt sowie eine weitere Interessenabwägung im Hinblick auf die "Interessen des Gesamtmarktes" im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs vorgenommen. Der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, dass dabei die Kosten der mitbeteiligten Partei in der Entscheidungsfindung der belangten Behörde nicht angemessen berücksichtigt worden wären.

5. Die Beschwerdeführerin wendet sich weder gegen die Feststellung der belangten Behörde, wonach die Kosten der mitbeteiligten Partei für das "Inkasso (gesamter Inkassoaufwand einschließlich Inkassorisiko)" 7,9 % des Diensteentgeltes ausmachen, noch gegen die Feststellung, dass ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % in Zusammenschaltungsvereinbarungen, welche ohne Einschaltung der Regulierungsbehörde privatautonom vereinbart wurden, enthalten ist. Die Beschwerdeführerin behauptet auch nicht, dass andere Zusammenschaltungsvereinbarungen niedrigere Inkassoentgelte vorsehen würden.

Vor diesem Hintergrund kann die Auffassung der belangten Behörde, dass ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % des Diensteentgeltes marktüblich und damit auch aus Sicht anderer Marktteilnehmer angemessen ist, nicht als unschlüssig angesehen werden.

Der Verweis der Beschwerdeführerin auf den Umstand, dass sich die Zusammenschaltungsvereinbarungen offenkundig an der Höhe der von der belangten Behörde in einer Zusammenschaltungsordnung für Inkassoentgelte der Telekom Austria AG orientieren, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Auch wenn sich in der Praxis Zusammenschaltungsvereinbarungen - darunter auch jene der Beschwerdeführerin mit der mitbeteiligten Partei, welche vor der diesbezüglichen Aufkündigung ebenfalls zunächst ein Inkassoentgelt in der Höhe von 10 % des Diensteentgeltes vorgesehen hatte - an der Entgeltfestlegung durch die belangte Behörde in einem anderen Parteien betreffenden Verfahren orientierten, so kann dies zumindest hinsichtlich jener Netzbetreiber, die keiner regulatorischen Verpflichtung zur Kostenorientierung oder Gleichbehandlung (mehr) unterliegen, nicht als "Ausfluss der ständigen Rechtsprechung der belangten Behörde" angesehen werden, wie dies die Beschwerdeführerin meint, zumal Festlegungen der belangten Behörde, welche die mitbeteiligte Partei in ihrem Preissetzungsverhalten für die verfahrensgegenständlichen Leistungen gegenüber der Beschwerdeführerin gebunden hätten, nicht bestehen.

Die Beschwerdeführerin meint unter Bezugnahme auf das hg Erkenntnis vom 28. April 2004, ZI2002/03/0084, dass "ein pauschaler Verweis auf von anderen Betreibern verrechnete Beträge" nicht ausreiche, um die Angemessenheit eines Preises festzustellen. Dem ist entgegenzuhalten, dass mit dem von der Beschwerdeführerin zitierten Erkenntnis ein Bescheid der belangten Behörde aufgehoben wurde, in dem für ein nicht marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte in gleicher Höhe wie für ein marktbeherrschendes Unternehmen festgelegt worden waren, ohne dass zu den für die Interessenabwägung relevanten, von der (damaligen) Beschwerdeführerin vorgebrachten Umständen nähere Erhebungen durchgeführt und Feststellungen getroffen worden wären. Im nun vorliegenden Beschwerdefall hat die belangte Behörde jedoch, nach Feststellung der Kosten der mitbeteiligten Partei und der marktüblichen Entgelte für die verfahrensgegenständlichen Leistungen, eine nachvollziehbare Interessenabwägung vorgenommen, in der in nicht zu beanstandender Weise den zwischen anderen (nicht marktbeherrschenden) Betreibern getroffenen Vereinbarungen Indizwirkung für die Angemessenheit der dort vorgesehenen Entgelte zugemessen wurde. Von einem pauschalen Verweis auf von anderen Betreibern verrechnete Entgelte kann in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden.

6. Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, dass die belangte Behörde die Gewinnspanne (der mitbeteiligten Partei im Hinblick auf die Inkassoentgelte) nicht festgestellt habe, ist sie darauf zu verweisen, dass die Frage der konkreten Gewinnspanne der mitbeteiligten Partei angesichts der festgestellten Kosten, welche bei der Festlegung der Entgelte berücksichtigt wurden, nicht von Bedeutung ist.

Auch die Ausführungen hinsichtlich eines nach Ansicht der Beschwerdeführerin von der belangten Behörde gezogenen unrichtigen Vergleichs mit der Telekom Austria AG vermögen nicht darzulegen, dass die vorgenommene Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Kosten der mitbeteiligten Partei, der marktüblichen Entgelte und der Interessen des Gesamtmarktes unzutreffend wäre. Die damit angesprochenen Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid beziehen sich auf die im Rahmen der Regulierungsziele zu berücksichtigenden Interessen an einem chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb; dabei kann es nicht als rechtswidrig erkannt werden,

wenn die belangte Behörde bei der Festlegung eines Inkassoentgelts im Verhältnis zwischen nicht marktbeherrschenden Unternehmen auch die Höhe des (kostenorientiert festzulegenden) Inkassoentgelts eines marktbeherrschenden Unternehmens dahingehend berücksichtigt, dass in der Abwägung der Gesamtinteressen ein niedrigeres Entgelt als jenes des Marktbeherrschers nicht festgelegt wird.

Die Beschwerdeführerin rügt weiters die Ablehnung betreiberindividueller Inkassoentgelte durch die belangte Behörde. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin wäre es möglich, durch entsprechende individuelle Regelungen Unterschiede bei den Kundenstrukturen auszugleichen, sodass letztlich kein Betreiber von einer pauschalen Regulierung benachteiligt werde oder Vorteile daraus ziehe. Auch dieses Vorbringen vermag eine Rechtswidrigkeit der von der belangten Behörde getroffenen Festlegung nicht aufzuzeigen. Die belangte Behörde hat die Frage betreiberindividueller Inkassoentgelte in der Interessenabwägung im Zusammenhang mit den Interessen des Gesamtmarktes erörtert und dabei (ua) festgehalten, dass von der von der Beschwerdeführerin angestrebten Reduktion des Inkassoentgelts jene Dienstnetzbetreiber profitieren würden, die selbst keine angeschlossenen Teilnehmer hätten, jedoch auf Grund der bei ihnen angeschalteten Diensteanbieter zumindest einen nicht unerheblichen Teil der Teilnehmereinwendungen zu verantworten hätten. Die Beschwerdeführerin tritt diesen Ausführungen, die sich auf das Verhältnis zwischen Quellnetzbetreibern und Dienstnetzbetreibern beziehen, nicht konkret entgegen, sondern beschränkt sich auf den Hinweis, dass es mit individuellen Regelungen möglich wäre, Unterschiede in den Kundenstrukturen auszugleichen. Sie lässt damit offen, welche konkreten Überlegungen zu der von ihr postulierten Unrichtigkeit der von der belangten Behörde getroffenen Interessenabwägung im vorliegenden Beschwerdefall führen.

7. Soweit die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass die belangte Behörde Ermittlungen hätte durchführen müssen, um festzustellen, ob die betreffenden Betreiber 10 % Inkassoentgelt wirklich als Marktpreis im Sinne der Bestimmungen über die Angemessenheit verrechnen oder bezahlen, ist eine Relevanz für das Verfahren nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin behauptet insbesondere nicht, dass Betreiber dieses Entgelt nicht verrechnen oder bezahlen würden.

8. Die Beschwerdeführerin wendet sich schließlich gegen die Argumentation der belangten Behörde, wonach eine Senkung des derzeitigen Inkassoentgelts zu einer Schlechterstellung des Marktbeherrschers Telekom Austria gegenüber der mitbeteiligten Partei führen würde. Die belangte Behörde habe es unterlassen, zur angeblichen Schlechterstellung der mitbeteiligten Partei gegenüber der Telekom Austria AG Ermittlungen durchzuführen. Auch dieses Vorbringen ist nicht geeignet, einen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen, zumal die von der Beschwerdeführerin gewünschte Feststellung, "welche Gewinnspanne die Telekom Austria bei der Erbringung der Inkassoleistung sieht", für die Frage der Angemessenheit des von der mitbeteiligten Partei verrechneten Inkassoentgelts nicht von Bedeutung ist.

9. Da die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBI II Nr 333.

Wien, am 18. Oktober 2005

#### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2004030204.X00

#### **Im RIS seit**

11.11.2005

#### **Zuletzt aktualisiert am**

20.05.2011

**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)