jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2004/12/17 2001/03/0181

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.12.2004

Index

E3L E13103020;
E3L E13206000;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;
ABGB §880a;
TKG 1997 §41 Abs1;
TKG 1997 §41 Abs3;
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §6;
TKG ZusammenschaltungsV 1998 Anl;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger, Dr. Handstanger, Dr. Berger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der M KG in W, vertreten durch Cerha Hempel und Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 7. Mai 2001 (ausgefertigt mit dem Datum 9. Mai 2001), Zl. Z 02/01-15, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: T GmbH in W, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Sterngasse 13), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid erließ die belangte Behörde auf Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 41 Abs. 3 iVm § 111 Z. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 32/2001, eine Anordnung für die Zusammenschaltung der selbst betriebenen mobilen Telekommunikationsnetze (Mobilfunknetze A1 (Bereichskennzahl 0664) und D (Bereichskennzahl 0663)) sowie des festen Telekommunikationsnetzes (ausschließlich im Hinblick auf die

erbrachten 0800-Dienste) der Beschwerdeführerin mit dem festen Telekommunikationsnetz der mitbeteiligten Partei. Entsprechend der Präambel des angefochtenen Bescheids gilt diese Anordnung ab Rechtskraft des Bescheides (Zustellung an beide Parteien) und insoweit, als zwischen den Parteien jeweils nichts anderes vereinbart wird.

Der allgemeine Teil des Bescheides enthält unter anderem Regelungen über "Dauer, Kündigung, Anpassung" (Punkt 11). Dieser Passus legt zunächst fest, dass die Zusammenschaltungsanordnung ab Rechtskraft des Bescheides wirksam wird und auf unbestimmte Zeit gilt, befristet dann die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte mit 31. Oktober 2001 und trifft Anordnungen für das Zustandekommen einer Nachfolgeregelung sowie die Voraussetzungen und Wirkungen einer Kündigung und von Entscheidungen der Regulierungsbehörde.

Punkt 11.6 ("Anpassung an Entscheidungen der Regulierungsbehörde") lautet:

"Liegt eine rechtskräftige Entscheidung einer Regulierungsbehörde vor, deren Rechtskraft sich zwar nicht unmittelbar auf diese Anordnung und deren Parteien erstreckt, die aber Fragen der Zusammenschaltung betrifft, welche in der gegenständlichen Anordnung nicht oder anders geregelt sind und neue Erkenntnisse über Zusammenschaltungsentgelte berücksichtigt, so kann jede der Parteien eine Anpassung dieser Anordnung entsprechend der Entscheidung der Regulierungsbehörde verlangen und zwar mit gleichem Wirksamkeitszeitpunkt wie in der betreffenden Entscheidung vorgesehen. Diesfalls werden die Parteien die Zusammenschaltungsbedingungen einvernehmlich anpassen. Kommt über die Anpassung keine Einigung zu Stande, so steht es jeder Partei frühestens nach dem Verstreichen einer Frist von sechs Wochen frei, gemäß § 37 ff TKG die Regulierungsbehörde anzurufen.

Wird die Entscheidung der Regulierungsbehörde auf Grund der eine Anpassung erfolgte, durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts aufgehoben, so wird die Anpassung vereinbarungsgemäß rückwirkend beseitigt."

In der Folge werden in zu integrierten Bestandteilen der Anordnung erklärten Anhängen weitere Einzelregelungen getroffen.

So werden im Anhang 2 einzelne Arten von Zusammenschaltungsverbindungen dargestellt, nämlich "End of Span"-Zusammenschaltung (Punkt 1.1) und "In Span"-Zusammenschaltung (Punkt 1.2). Die "End of Span"-Zusammenschaltung wird derart definiert, dass eine Partei bzw. ein von ihr beauftragtes Unternehmen die Zusammenschaltungsverbindung wie in einer angeschlossenen Abbildung dargestellt errichtet und betreibt. Hinsichtlich dieser Art von Verbindung wird Folgendes ausgeführt (S. 28 des angefochtenen Bescheides):

"Die Abbildung zeigt die Komponenten der physikalischen Verbindung der beiden Netze. Im oberen Teil der Abbildung werden bei einem End of Span Link die Varianten SDH- und PDH Realisierung beschrieben. Die Übergabe des Verkehrs der 2 Mb/s-Leitungen erfolgt an einem 2 Mb/s-Verteiler am Netzübergangspunkt (NÜP). Der Verteiler wird von jener der beiden Parteien bereitgestellt, die die Verbindung realisiert. Die 2 Mb/s-Leitung wird an 120 Ohm symmetrisch betrieben. Die Steckerbelegung und Steckertype ist von der realisierenden Partei der anderen Partei kurzfristig bekannt zu geben. Jede Partei ist für die Errichtung, den Betrieb und die Wartung des Leitungsabschnittes bis zum NÜP verantwortlich.

Die realisierende Partei stellt den Leitungsabschnitt von ihrer Vermittlungsstelle bis zum NÜP gegen Entgelt (siehe unten) zur Verfügung. Die zur Verrechnung kommende Leitungslänge ist auf Luftlinienbasis als 'Verrechnungslänge' in unten stehender Abbildung eingezeichnet.

Die Übertragungssysteme für die 'End of Span' Zusammenschaltung sind standardmäßig nicht durch einen physikalischen Zweitweg gegen Ausfall geschützt. Auf Nachfrage kann ein gesonderter Vertrag hinsichtlich der physikalischen Zweitwegeführung gegen Verrechnung der Kosten vereinbart werden.

Die Parteien ermöglichen einander (bzw. den von ihnen mit der Her- und Zurverfügungstellung des Leitungsabschnitts beauftragten Unternehmen) das Errichten und Betreiben der dazu erforderlichen technischen Einrichtung, wozu insbesondere Umgebungsbedingungen, Zutrittsberechtigung und Stromversorgung zählen, ohne Verrechnung von Kosten.

Die M ist verpflichtet, binnen einer Frist von drei Monaten mit Nachdruck darauf hinzuwirken, entsprechende Platzverhältnisse für neue Zusammenschaltungsverbindungen mit der T zu schaffen. Dies schließt insbesondere allfällige Verhandlungen mit Vermietern mit ein."

Demgegenüber wird die "In Span"-Zusammenschaltung derart definiert, dass beide Parteien (bzw. von diesen beauftragte Unternehmen) je einen Teil der Zusammenschaltungsverbindung errichten und betreiben, wobei auch hier auf eine bildliche Darstellung verwiesen wird.

Anhang 14 regelt den wechselseitigen Zugang zu tariffreien Diensten und bestimmt in seinem Punkt 4 ("Einrichtungskosten und - zeiten"), dass die Parteien verpflichtet seien, die Einrichtung oder Änderung der in diesem Anhang geregelten Dienstenummern zu folgenden Bedingungen durchzuführen:

"Die Parteien übermitteln einander zu jedem 1. und 15. eines Monats alle aktuellen Konfigurationswünsche hinsichtlich ihrer Dienstenummern. Die Übermittlung der Konfigurationswünsche erfolgt auf schriftlichem Wege. Die entsprechenden Kontaktstellen sind in Anhang 9 bzw. im Annex zu diesem Anhang genannt; jede Änderung der Ansprechpartner wird der jeweils anderen Partei ehestmöglich bekannt gegeben. Die Fristen für die Einrichtungszeit beginnen mit oben genannten Stichtagen.

Die Parteien verpflichten sich, zu den genannten Terminen der jeweils anderen Partei einmalig auch ihnen aberkannte (nicht mehr rechtskräftig zugeteilte) Rufnummern bekannt zu geben.

Bei nicht mit Diensten beschalteten Rufnummern, die freigeschalten sind, dürfen nur uncompleted calls (nicht zustande gekommene Verbindungen) abgewickelt werden. Uncompleted Calls werden von den Parteien nicht in Rechnung gestellt.

Die Einrichtungszeit bei M für von T nachgefragte dekadische Rufnummernblöcke bzw. Einzelrufnummern hat höchstens zwei Wochen ab Nachfrage zu betragen. Die Einrichtungszeit bei T für von M nachgefragte dekadische Rufnummernblöcke bzw. Einzelrufnummern hat höchstens drei Wochen ab Nachfrage zu betragen.

...

Eine Vermittlungsstelle bzw. ein MSC entspricht dann einem HVSt-Äquivalent, wenn bei der Einrichtung einer Rufnummer bzw. eines Rufnummernblocks (nur) routingrelevante Konfigurationen vorzunehmen sind. Die Parteien sind verpflichtet, einander die Anzahl der routingrelevanten HVSt-Äquivalente sowie jede Änderung mitzuteilen."

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus:

Die mitbeteiligte Partei sei Inhaberin einer Konzession gemäß § 14 Abs. 2 Z. 1 und 2 TKG. Die Beschwerdeführerin sei zur Erbringung des mobilen Sprachtelefondienstes mittels des analogen Mobilfunknetzes (D-Netz) bzw. mittels des digitalen Mobilfunknetzes (GSM-Netz) berechtigt und erbringe derzeit mobilen Sprachtelefondienst über das analoge D-Netz (Bereichskennzahl 663) und das digitale GSM-Netz (Bereichskennzahl 664). Darüber hinaus sei sie auch Betreiberin des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Telekommunikationsnetzes. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 31. Juli 2000, Zl. M 2/99, sei festgestellt worden, dass die Beschwerdeführerin sowohl auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines mobilen Netzes als auch auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Derzeit sei bei der belangten Behörde ein Verfahren anhängig (M 1/01), das der Feststellung jener Betreiber diene, die unter anderem auf dem Zusammenschaltungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügten.

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen den Parteien beruhe auf der - durch den Bescheid der belangten Behörde vom 11. November 1999, Z 8/99, hinsichtlich des Verkehrsentgeltes abgeänderten - Terminierungsvereinbarung vom 9. Februar 1999. Diese umfasse nicht den wechselseitigen Zugang zu Sonderdiensten, etwa zu tariffreien Diensten.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, es bestehe zwar eine aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarung über die indirekte Zusammenschaltung, nicht aber über die Bedingungen einer direkten Zusammenschaltung und des Zugangs zu tariffreien Diensten. Eine Klärung der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Zusammenschaltungsmarkt und dem Markt für das Erbringen von Mobilkommunikationsleistungen (die Beschwerdeführerin meinte, dass entgegen früheren Bescheiden der belangten Behörde nunmehr nicht mehr von einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf diesen Märkten ausgegangen werden dürfe) erübrige sich im vorliegenden Fall, weil diese Vorfrage nur für die Entgelthöhe relevant sei, die Parteien in diesem Punkt aber ohnehin übereinstimmten. Auch treffe die Ansicht der Beschwerdeführerin, die Regulierungsbehörde habe bisher die Verpflichtung zur direkten Zusammenschaltung von der marktbeherrschenden Stellung abhängig gemacht, nicht zu. Vielmehr bestehe die Verpflichtung zur Zusammenschaltung gegenüber jedem -

auch nicht marktbeherrschenden - Betreiber, was sich auch in den Entscheidungen der belangten Behörde widerspiegle.

Die Bestimmungen über die Fälligkeit des Entgelts hätten im Wesentlichen dem Antrag der Beschwerdeführerin entsprochen, wobei aber von einer von der Beschwerdeführerin beantragten Regelung hinsichtlich der Verzugszinsen abzusehen gewesen sei. Eine solche Regelung sei für die Durchführung dieser Anordnung nicht unerlässlich, "insbesondere unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes, dass klare gesetzliche Regelungen, die die Höhe der Verzugszinsen determinieren, bestehen, welche bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung subsidiär zur Anwendung gelangen". Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin, eine vertragliche Regelung von über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgehenden Verzugszinsen sei deshalb sinnvoll, weil die gesetzlichen Verzugszinsen derart niedrig seien, dass es für eine Zusammenschaltungspartei durchaus sinnvoll sein könne, die Zusammenschaltungsentgelte trotz Fälligkeit nicht zu bezahlen und das Entgelt anderweitig anzulegen und damit letztlich über Spekulationsgeschäfte auf dem Rücken des Zusammenschaltungspartners Geld zu verdienen, sei auf Grund seines rein spekulativen Charakters nicht nachvollziehbar.

Auch dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Statuierung einer Sicherheitsleistung in der Höhe des Dreifachen des im letzten Monats vor Freischaltung in Rechnung gestellten Betrages sei keine Folge zu geben gewesen. Die Beschwerdeführerin habe dazu vorgebracht, dass der Zeitraum zwischen Leistungserbringung und Fälligkeit der Forderungen deutlich mehr als drei Monate betragen könne. Darüber hinaus habe sie geltend gemacht, dass sie ein massives wirtschaftliches Risiko wegen der sich in letzter Zeit häufenden wirtschaftlichen Probleme von österreichischen Telekommunikationsunternehmen habe. Bezogen auf die mitbeteiligte Partei habe die Beschwerdeführerin aber keine Beweise einer schlechten Zahlungsmoral vorgelegt, vielmehr betont, "dass es in diesem Punkt nicht um ein aktuelles Misstrauen gegenüber der wirtschaftlichen Kraft der Antragstellerin" ginge. Aus Sicht der Beschwerdeführerin sei wesentlich, in Hinkunft in Verhandlungen mit Drittnetzbetreibern auf - regulatorisch anerkannte - Fälligkeits-/Verzugsregelungen zurückgreifen zu können. Von einer verpflichtenden Festlegung einer Sicherheitsleistung in diesem Verfahren habe aber abgesehen werden können, weil die Beschwerdeführerin konkret auf die mitbeteiligte Partei bezogen keine Belege für eine schlechte Zahlungsmoral dargelegt habe. Die Erlegung einer Sicherheitsleistung auf Verlangen der Beschwerdeführerin könne aber im Einzelfall legitim sein, um den Interessen an der Verhinderung finanzieller Einbußen gerecht zu werden. Eine sachliche Rechtfertigung liege etwa dann vor, wenn ein Zusammenschaltungspartner seiner Zahlungsverpflichtung trotz Fälligkeit, nach Mahnung und Nachfristsetzung, nicht nachgekommen sei. Das Verlangen nach einer Sicherheitsleistung in diesem Fall wäre dann weder ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot noch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine im Einzelfall sachlich gerechtfertigte Sicherheitsleistung sollte jedoch so ausgestaltet sein, dass sie eine möglichst geringe Markteintrittsbarriere darstelle und nicht dazu führe, kleinere Mitbewerber aus dem Markt zu drängen. Hierzu gehöre etwa die Festsetzung in angemessener Höhe.

Der Geltungsbeginn der Anordnung sei mit Rechtskraft des Bescheides festzulegen gewesen, zumal eine direkte physikalische Verbindung zwischen den Netzen der Parteien zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht realisiert sei und sich die nunmehr angeordneten Bedingungen lediglich auf eine in Zukunft zu realisierende direkte physikalische Verbindung der Netze beziehen könnten. Dies gelte auch für die Zusammenschaltungsentgelte, deren Geltung ebenso mit Rechtskraft des Bescheides beginne und mit 31. Oktober 2001 ende.

Entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin sei eine viermonatige Frist für die Kündigung der Gesamtanordnung und eine dreimonatige Frist für die Kündigung von einzelnen Anhängen festzulegen gewesen, zumal diese Frist als angemessen und ausreichend erscheine, um den Unternehmen eine entsprechende Planungs- und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Darüber hinaus sei der bisherigen Regulierungspraxis entsprechend die sinngemäße Anwendung der bewährten "Öffnungsklausel" anzuordnen gewesen, was im wesentlichen inhaltlich dem Antrag der mitbeteiligten Partei entspreche. Dies solle einen Fortbestand des Zusammenschaltungsverhältnisses im Falle der Neuverhandlung zwischen den Parteien sowie einer etwaigen Anrufung der Regulierungsbehörde gewährleisten, einen für diesen Zeitraum etwaigen vertragslosen Zustand verhindern und den Parteien bei den Verhandlungen einen gewissen Spielraum belassen.

Die mitbeteiligte Partei habe (in Punkt 11.6) vorweg Regelungen beantragt, die sicherstellen sollten, "dass für den Fall, dass eine rechtskräftige Entscheidung einer Regulierungsbehörde vorliegt, deren Rechtskraft sich zwar nicht

unmittelbar auf diese Anordnung und deren Parteien erstreckt, die aber Fragen der Zusammenschaltung betrifft, welche in der gegenständlichen Anordnung nicht oder anders geregelt sind und nach der Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung seitens der M auf die T (anzuwenden sind), jede der Parteien eine Anwendung verlangen kann." Die Beschwerdeführerin habe inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmende Regelungen beantragt.

Die beantragte Klausel resultiere aus der gesetzlich eindeutig gebotenen Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung (§ 34 TKG). In der bisherigen Regulierungspraxis habe diese Anpassungsklausel klarstellende Funktion gehabt, doch sei die Notwendigkeit der Aufnahme dieser Bestimmung in die Zusammenschaltungsanordnungen auch darin begründet gewesen, dass für die Wahrung des § 34 TKG nicht die belangte Behörde, sondern die Telekom-Control-GmbH (jetzt: Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH) zuständig sei. Auf Grund der Änderung des TKG durch BGBl. I Nr. 32/2001 sei nunmehr die belangte Behörde für die Wahrung des § 34 TKG zuständig, weshalb diese bereits auf Grund der klaren gesetzlichen Vorgaben in den aufrechten Zusammenschaltungsvertrag eingreifen könne, womit der Wahrung der Rechte der Parteien Genüge getan werde. Zwar sei die Tätigkeit der belangten Behörde auf Basis des § 41 TKG grundsätzlich subsidiär gegenüber den privatautonom geführten Verhandlungen der Parteien, doch bestünden in Verfahren gemäß § 34 TKG bei unzulässiger Diskriminierung Eingriffsmöglichkeiten in einen aufrechten Vertrag. Eine Kündigung sei daher entgegen der Ansicht der mitbeteiligten Partei im Falle des Vorliegens unzulässiger Diskriminierungen sowie eines Vorgehens auf der Basis von § 34 TKG nicht erforderlich (S. 66 des Bescheides). Die getroffene Regelung eröffne eine Anpassungsoption an Entscheidungen der Regulierungsbehörde, die neue Erkenntnisse über die Zusammenschaltungsentgelte berücksichtigten. Diese Anpassungsoption erscheine der belangten Behörde "auf Grund der Dynamik der Entwicklungen am Mobilfunk- und am Zusammenschaltungsmarkt zweckmäßig."

Auch die beantragte Anpassung an günstigere Bedingungen für Dritte (Punkt 11.7) betreffe eine weitere Konkretisierung des bereits in § 34 TKG verankerten Diskriminierungsverbots für marktbeherrschende Betreiber. Auf Grund der Verschiebung der Zuständigkeit für die Vollziehung des § 34 TKG auf die belangte Behörde durch die TKG-Novelle BGBl. I Nr. 32/2001 erscheine die beantragte Anordnung nicht mehr notwendig, weil sie sich ohnedies aus§ 34 TKG ergebe (S. 67 des Bescheids).

Die Beschwerdeführerin habe die Festlegung eines gesonderten Entgelts für terminierenden Transit in das TACS-Netz (D-Netz) beantragt. Es werde die physikalische Verbindung zwischen den Vermittlungsstellen der mitbeteiligten Partei und den Vermittlungsstellen des digitalen Netzes der Beschwerdeführerin (MSC) hergestellt und erfolge keine Anbindung an die Vermittlungsstellen des analogen D-Netzes. Deshalb sei offenkundig, dass im Falle von Gesprächen mit Teilnehmern des D-Netzes eine Transitleistung anfallen müsse, nämlich entweder über das Netz der A oder über das A1-Netz der Beschwerdeführerin. Dieser Transit sei entgegen der Ansicht der mitbeteiligten Partei im Terminierungsentgelt für das D- bzw. A1-Netz (im Verfahren Z 8/99) nicht einkalkuliert worden. Die Beschwerdeführerin habe deshalb ein Transitentgelt in der Höhe von ATS 0,12 pro Minute beantragt, das sich an den aktuellen durchschnittlichen Kosten, die bei einem Vermittlungsstellendurchgang durch einen "MSC" der Beschwerdeführerin anfielen, orientiere.

Demgegenüber lehne die mitbeteiligte Partei grundsätzlich Entgelte für Transit von Gesprächen innerhalb desselben Unternehmens ab. Ein rein intern im Netz der Beschwerdeführerin bestehender Transit verursache nämlich keine verrechenbaren Kosten. Darüber hinaus sei von der belangten Behörde im Bescheid Z 8/99 ausgeführt worden, dass nicht zwischen analoger und digitaler Technologie unterschieden werden könne, weshalb für gleichartige Leistungen basierend auf einem Mischsatz für die Entgeltfestelegung gleiche Entgelte für D- und GSM-Netz festgelegt worden seien.

Die belangte Behörde habe von einer Anordnung des von der Beschwerdeführerin beantragten Transitentgelts aus folgenden Erwägungen abgesehen:

"Den übereinstimmenden Parteienanträgen entsprechend werden in der gegenständlichen Anordnung für die Terminierung vom Netz der T in das Mobilnetz der M (GSM; TACS), Gesprächstyp V 25, ATS 1,90/Minute und für den Zugang aus dem Mobilnetz der M (GSM; TACS) zu Diensterufnummern im Netz der T, Gesprächstyp V 26, ATS 1,81/Minute angeordnet. Diese kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte basieren auf Berechnungen, welche von amtlichen und nichtamtlichen Sachverständigen im Verfahren Z 8/99 angestrengt wurden. Wie auch die T in ihrer Stellungnahme vom 19.4.2001 zutreffend ausführt, hat die Telekom-Control-Kommission - im Hinblick auf eine

bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) - für den Gesprächstyp V 25 ein Entgelt in der Höhe von ATS 1,90/Minute (gewichteter Durchschnitt aus GSM-Netz und D-Netz) und für den Gesprächstyp V 26 ein Entgelt in der Höhe von ATS 1,81/Minute (gewichteter Durchschnitt aus GSM-Netz und D-Netz) angeordnet. Es wird daher deutlich, dass in der gegenständlich relevanten Entscheidung Z 8/99 für das D- und das GSM-Netz keine unterschiedlichen Zusammenschaltungsentgelte, sondern der mit dem Verkehrsaufkommen gewogene Durchschnitt angeordnet, sohin - bei Gleichartigkeit der von der M erbrachten Zusammenschaltungsleistungen - nicht zwischen analoger und digitaler Technologie unterschieden wurde. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission ist von einer Gleichartigkeit der Leistungen auszugehen, weswegen die Anordnung eines Transitentgeltes nicht gerechtfertigt ist. Dies vor dem Hintergrund folgender Erwägungen:

Beide genannten Netze werden von ein und demselben Unternehmen, nämlich der M, betrieben. Mit beiden Netzen, obzwar sie unterschiedlichen technischen Standards folgen, erbringt die M in gleicher Weise den öffentlichen mobilen Sprachtelefondienst, sowie Zusammenschaltungsleistungen. Sie ist daher Teilnehmerin am Markt für das Erbringen des öffentlichen mobilen Sprachtelefondienstes sowie am Markt für das Erbringen von Zusammenschaltungsleistungen. Diese Märkte sind auch nach § 33 TKG relevante Märkte. Kraft ihrer (gegenwärtigen) Stellung auf dem Markt für Zusammenschaltung (Marktbeherrschung iSd. § 33 TKG; vgl. den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 31.7.2000, M 2/99) ist die M auch zur Kostenorientierung ihrer Zusammenschaltungsentgelte verpflichtet. Die Notwendigkeit oder Möglichkeit einer Unterteilung insbesondere dieses Marktes in analoge oder digitale mobile Sprachtelefonie (mithin in D- und GSM-Netz) ist nicht notwendig. Auch hinsichtlich der von der M am Markt erbrachten Zusammenschaltungsleistungen wird daher - bei Gleichartigkeit der Leistungen - nicht zwischen analoger und digitaler Technologie unterschieden. Für gleichartige Leistungen wurde daher im Verfahren Z 8/99 der von den Gutachtern berechnete Mischsatz für die Entgeltfestlegung herangezogen, mit dem die mit dem tatsächlichen Verkehrsaufkommen gewogenen durchschnittlichen Kosten von D- und GSM-Netz ausgewiesen wurden.

Angemerkt wird darüberhinaus, dass das D-Netz gegenwärtig ohnehin nur noch geringe und weiterhin sinkende Teilnehmerzahlen aufweist. Das hat in weiterer Folge zur Konsequenz, dass die Gewichtung immer weniger von Relevanz ist und sich zudem die Zusammenschaltungsentgelte in Hinkunft immer weiter in Richtung GSM-Kosten annähern werden.

Aus diesen Erwägungen wird deutlich, dass - entgegen der Ansicht der M - aufgrund des gewichteten Durchschnitts sehr wohl die Kosten für das D-Netz miteinberechnet wurden, weswegen von einer gesonderten Anordnung des Transitentgeltes abgesehen werden konnte."

Hinsichtlich des Anhanges 14 ("Regelungen betreffend Zugang zu den tariffreien Diensten") hielt die belangte Behörde fest, dass dieser Anhang im Wesentlichen - gekürzt und redaktionell geändert - den Anträgen der Verfahrensparteien entspreche. Von einer Festschreibung der Anzahl der jeweils routingrelevanten HVSt-Äquivalente sei abgesehen worden, weil es hierbei zu Änderungen kommen könne. Die Parteien seien verpflichtet, gegenseitig die Anzahl mitzuteilen und auch jeweils die andere Partei über Änderungen zu informieren.

Das von der Beschwerdeführerin beantragte Verbot von "Callingcards oder funktional ähnlichen Diensten" sei nicht zu erlassen gewesen: Die von der Beschwerdeführerin begehrte Klausel "Die Parteien verzichten ausdrücklich darauf, unter Einsatz von tariffreien Diensten Endkunden der jeweils anderen Vertragspartei Dienste wie Callingcards, Callback oder funktional gleichgelagerte Dienste anzubieten", sei damit begründet worden, dass sie dazu diene, den Verpflichtungen der NVO nachzukommen. Die Inanspruchnahme von 0800-Diensten habe aus Sicht der Endkunden tariffrei zu erfolgen, was bedeute, dass hinter "tariffreien Diensten keine entgeltpflichtigen Sprachtelefondienste versteckt sein dürften". Dem sei aber nicht zu folgen gewesen, weil Tariffreiheit im gegebenen Zusammenhang bedeute, dass dem Nutzer von Netzbetreiber kein Entgelt in Rechnung gestellt werde. Der Bereich 804 sei Teil jenes Rufnummernbereiches, der in der NVO für die Nutzung durch tariffreie Dienste ohne weitere funktionale Dienstespezifikation vorgesehen sei. Trotz dieser "Tariffreiheit" könnten Endkunden Entgelte zwischen dem Diensteanbieter (Nutzer der Rufnummer) und dem Endkunden auf Grund gesonderter Verträge verrechnet werden, was die belangte Behörde in ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2000, Zl. Z 10/00-52, klargestellt habe. Gleich verhalte es sich auch in der verfahrensgegenständlichen Konstellation. Tariffreiheit bedeute, dass der zur 0800-Nummer anrufende Kunde für dieses Gespräch dem Quellnetzbetreiber kein Entgelt zu entrichten habe. Wenn hinter dieser Rufnummer ein Dienst erbracht werde, der entgeltlich sei, stehe dies nicht im Widerspruch zu § 3 EVO bzw. den Regelungen in der NVO, weil das Vertragsverhältnis zwischen dem Quellnetzbetreiber und seinem Endkunden davon

keineswegs berührt werde. Darüber hinaus erscheine das Vorbringen der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund, dass diese ihren Mobilteilnehmern den Zugang zur im Netz der A eingerichteten Rufnummer 0800226622 ("Jet2WebCallingcard") ermögliche, widersprüchlich. Folgte man nämlich der von der Beschwerdeführerin vertretenen Rechtsansicht, so würde sie durch den Zugang zu dieser Rufnummer selbst rechtswidrig handeln.

2. Mit der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde machte die Beschwerdeführerin Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und stellte den Antrag, den angefochtenen Bescheid kostenpflichtig aufzuheben.

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

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsvorschriften lauten:

1.1. § 41 Abs. 1 bis 3 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997:

"Verhandlungspflicht

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

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

(3) Die Regulierungsbehörde hat nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung, über die Anordnung der Zusammenschaltung zu entscheiden. Die Regulierungsbehörde kann das Verfahren um längstens vier Wochen verlängern. Die Anordnung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990, S 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Entsprechend der Richtlinie findet der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung."

1.2. §§ 1, 6 bis 9 sowie Anlage 1 der Zusammenschaltungsverordnung (ZVO), BGBl. II Nr. 14/1998:

"Gegenstand

§ 1. Gegenstand dieser Verordnung ist die Umsetzung der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) (97/33/EG, ABl. Nr. L 199/32, 26. 7. 1997).

(...)

Zusammenschaltungsvereinbarungen

§ 6. (1) Vereinbarungen über die Zusammenschaltung haben jedenfalls die in der Anlage angeführten Bestandteile zu enthalten.

(2) Zusammenschaltungsvereinbarungen müssen schriftlich erfolgen. Die beteiligten Parteien haben der Regulierungsbehörde unverzüglich nach Vertragsabschluss eine vollständige Ausfertigung der Zusammenschaltungsvereinbarung zu übermitteln.

Zusammenschaltungsanordnung

§ 7. (1) Kommt innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen des Begehrens auf Zusammenschaltung eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zu Stande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Die Anrufung muss schriftlich erfolgen und begründet werden. Insbesondere muss dargelegt werden, wann die Zusammenschaltung und welche Leistungen dabei nachgefragt worden sind. Die Anrufung ist widerrufbar.

(2) Bei der Entscheidung nach § 41 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde die Interessen der Nutzer sowie die Interessen der beteiligten Parteien zu berücksichtigen und auf die technische Realisierbarkeit Bedacht zu nehmen.

(3) Die beteiligten Parteien müssen der Anordnung innerhalb einer Frist von längstens drei Monaten nachkommen.

Entgelte für die Zusammenschaltung

§ 8. (1) Zusammenschaltungsentgelte von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen folgende Elemente

(Tarifstruktur) und Grundsätze enthalten, wobei unter Tarifstruktur die Hauptkategorien bezeichnet werden, in die Zusammenschaltungsentgelte unterteilt werden:

1. Entgelte für die erstmalige Herstellung der physischen Zusammenschaltung (§ 3 Abs. 2 und 3);

2. Miete für die laufende Benutzung von Geräten und Betriebsmittel;

3. variable Entgelte für Hilfs- und zusätzliche Dienstleistungen;

4. verkehrsabhängige Entgelte für die Übermittlung von Verkehr zu und von den zusammengeschalteten Netzen.

(2) Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung und sind auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen.

(3) Zusammenschaltungsentgelte können nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit einen angemessenen Anteil an gemeinsamen Kosten, Gemeinkosten und den Kosten beinhalten, die durch die Gewährung eines gleichwertigen Zugangs und die Übertragbarkeit von Nummern sowie die Erfüllung grundlegender Anforderungen entstehen.

Kostenrechnungssysteme für die Zusammenschaltung

§ 9. (1) Die Kostenrechnungssysteme von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen gemäß § 45 TKG jedenfalls folgende Elemente enthalten:

1. Kostenelemente, die im Zusammenschaltungstarif eingeschlossen sind (einschließlich Gewinnelement);

2. Grad und Verfahren, insbesondere die Behandlung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten;

3. Gegenüberstellung von Erträgen und Kapitalkosten bei anderen wesentlichen Ausgabenposten.

(2) Marktbeherrschende Betreiber haben ihre Tätigkeiten im Rahmen der Zusammenschaltung gemäß§ 45 TKG in einer getrennten Buchführung darzustellen.

(3) Die Kostenrechnungssysteme gemäß Abs. 1 sind auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward-looking long run average incremental costs) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten.

(...)

Anlage gemäß § 6

Bestandteile einer Vereinbarung

-

Beschreibung der bereitzustellenden Zusammenschaltungsleistungen

-

Zahlungsbedingungen einschließlich Abrechnungsverfahren

-

Standorte der Zusammenschaltungspunkte

-

Technische Zusammenschaltung

-

Interoperabilitätstests

-

Maßnahmen zur Erfüllung grundlegender Anforderungen

-

geistige Eigentumsrechte

-

Festlegungen zu und Abgrenzung von Haftung und Schadenersatz

-

Festlegungen zu Zusammenschaltungsentgelten und deren Weiterentwicklung

-

Streitbeilegungsverfahren zwischen den Parteien, ehe die nationale Regulierungsbehörde eingeschaltet wird

-

Laufzeit und Neuaushandlung von Vereinbarungen

-

Verfahren für den Fall, dass Änderungen der Netz- oder Dienstangebote einer der Parteien vorgeschlagen werden

-

Sicherstellung eines gleichwertigen Zugangs

-

gemeinsame Nutzung von Einrichtungen

-

Zugang zu Hilfs-, Zusatz- und innovativen Dienstleistungen

-

Verkehrs-/Netzmanagement

-

Unterhaltung sowie Qualität von Zusammenschaltungsdienstleistungen

-

Vertraulichkeit nicht-öffentlicher Teile von Vereinbarungen

-

Schulung von Personal"

1.3. § 3 der Entgeltverordnung - EVO, BGBl. II Nr. 158/199:

"Entgelte für Rufe zu tariffreien Diensten

Das Entgelt für Rufe in den Nummerierungsbereich für nationale Rufnummern mit den Bereichskennzahlen 800, 801, 802, 803 und 804 ist für anrufende Teilnehmer kostenfrei."

1.4. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 der ONP-Richtlinie 90/387/EWG idF RL 97/51/EG:

"(2) Die ONP-Bedingungen dürfen - außer wegen grundlegender Anforderungen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts - den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlichen Telekommunikationsdiensten nicht einschränken. Außerdem finden die allgemein geltenden Bedingungen für den Anschluss von Endgeräten an das Netz Anwendung.

(3) Die ONP-Bedingungen dürfen - abgesehen von Einschränkungen, die mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind - keinerlei weitere Einschränkungen der Nutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze und/oder öffentlicher Telekommunikationsdienste gestatten."

1.5. Art. 9 Abs. 1, 3, 5 und 6 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG:

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

-

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

-

die Notwendigkeit, einen wettbewerbsorientierten Markt zu fördern;

-

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

-

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

-

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

-

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

-

die Notwendigkeit, einen Universaldienst aufrechtzuerhalten und zu entwickeln.

(2) ...

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

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

Die nationale Regulierungsbehörde kann ferner jederzeit von sich aus oder auf Ersuchen einer Partei Fristen vorgeben, innerhalb deren die Zusammenschaltungsverhandlungen abzuschließen sind. Wird innerhalb der vorgegebenen Frist keine Einigung erzielt, so kann die nationale Regulierungsbehörde Maßnahmen treffen, um nach den von ihr

festgelegten Verfahren eine Vereinbarung herbeizuführen. Die Verfahren sind gemäß Artikel 14 Absatz 2 der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

(4) ...

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

Dabei berücksichtigt die nationale Regulierungsbehörde unter

anderem

-

die Interessen der Benutzer;

-

ordnungspolitische Verpflichtungen oder Einschränkungen, die einer Partei auferlegt sind;

-

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

-

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

-

das Streben nach Sicherstellung gleichwertiger Zugangsvereinbarungen;

-

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

-

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

-

die relative Marktstellung der Parteien;

-

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

-

die Förderung des Wettbewerbs;

-

die Notwendigkeit, einen Universaldienst aufrechtzuerhalten

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

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

2. Die Beschwerdeführerin meint, der belangten Behörde fehle die Kompetenz zur Statuierung der im Punkt 11.6 normierten Anpassungsklausel, deren Inhalt weit über eine bloße Darstellung der Verpflichtungen nach § 34 TKG hinausgehe. Zwar sei die belangte Behörde seit der TKG-Novelle BGBl. I Nr. 32/2001 auch zur Vollziehung des § 34 TKG zuständig, sie hätte jedoch das dort vorgesehene Verfahren einhalten müssen und sich nicht ausschließlich auf § 41 TKG stützen dürfen. Die subsidiäre Heranziehung des § 34 TKG erweise sich aber schon deshalb als unberechtigt, weil diese Bestimmung nur für marktbeherrschende Betreiber gelte und die Eingriffskompetenz des § 34 Abs. 3 TKG zudem voraussetze, dass der Anbieter seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnütze. Mit diesen Voraussetzungen habe die belangte Behörde, die das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin ausdrücklich als nicht relevant erachtet habe, sich nicht auseinander gesetzt. Selbst wenn aber eine Anpassungsklausel grundsätzlich zulässig sein sollte, sei ihre Ausgestaltung im vorliegenden Fall überschießend und greife in exzessiver Weise in die Rechte der Beschwerdeführerin ein, weil sie nicht auf den Fall einer marktbeherrschenden Stellung eingeschränkt sei und auch eine rückwirkende Anpassung etwa der Zusammenschaltungsentgelte ermögliche. Dies bedeute einen völlig unverhältnismäßigen Eingriff in die privatautonome Gestaltungsfreiheit eines Anbieters und führe zu einer aus betriebswirtschaftlicher Sicht inakzeptablen Unsicherheit für die Entscheidungsfindung, die sich regelmäßig auch an erwarteten Einnahmen und Ausgaben orientiere. Müsste die Beschwerdeführerin für solch drohende "Anpassungen" etwa Rückstellungen bilden, hätte dies Auswirkungen auf die Kostenstruktur, was - durch eine allenfalls notwendige Verteuerung der von der Beschwerdeführerin angebotenen Leistungen - dem Gesetzeszweck der Versorgung mit preiswerten Telekommunikationsleistungen widersprechen würde.

Mit diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin im Ergebnis im Recht.

Die belangte Behörde konnte ihre Zuständigkeit für die Erlassung der gerügten "Anpassungsklausel" auf § 41 Abs. 3 TKG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 ZVO stützen. Gemäß § 6 Abs. 1 ZVO haben Zusammenschaltungsvereinbarungen jedenfalls die in der Anlage zur ZVO angeführten Bestandteile zu enthalten, somit auch Bestimmungen über "Laufzeit und Neuaushandlung von Vereinbarungen". Die belangte Behörde hatte daher in der Anordnung nicht nur den Anwendungszeitraum der Vereinbarung festzulegen, sondern war auch befugt, Regelungen über die Aushandlung allfälliger Änderungswünsche vorzusehen. Die von der belangten Behörde im Kontext "Dauer, Kündigung, Anpassung" unter Punkt 11.6 getroffene Anpassungsregelung ist eine solche über die "Neuaushandlung von Vereinbarungen" im Sinne der Anlage gemäß § 6 ZVO, weshalb es entgegen dem Beschwerdevorbringen zur Begründung der Zuständigkeit der belangten Behörde keiner Auseinandersetzung mit den von

§ 34 TKG geforderten Voraussetzungen der missbräuchlichen Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung bedurfte. Vielmehr stellt schon

§ 41 Abs. 3 TKG in Verbindung mit § 6 ZVO die gesetzliche Basis für das Tätigwerden der belangte Behörde dar.

Die Ermöglichung der "Anpassung an Entscheidungen der Regulierungsbehörde" durch die von der Beschwerdeführerin inkriminierte Anpassungsklausel hat die belangte Behörde - unabhängig von einer ausdrücklich offen gelassenen marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin - auf Grund der "Dynamik der Entwicklungen am Mobilfunk- und am Zusammenschaltungsmarkt" für zweckmäßig erachtet, zumal diese Option inhaltlich "im Wesentlichen den übereinstimmenden Parteienanträgen entsprochen" habe.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Stellungnahme vom 26. Februar 2001 (ON 3 des Verwaltungsaktes) hinsichtlich dieses Punktes primär die "gänzliche Streichung dieser Bestimmung" beantragt. Nur in eventu, "für den Fall, dass die Behörde dem Antrag ... auf gänzliche Streichung der Anpassungsklausel nicht folgt", wurde eine Anpassungsklausel beantragt, die zwar auch den gleichen "Wirksamkeitszeitpunkt" wie der nun angefochtene Bescheid nennt, aber durch den Verweis auf § 34 TKG das Tatbestandsmerkmal einer marktbeherrschenden Stellung hereinbringt. Damit kann von "übereinstimmenden Parteienanträgen", deren Erfüllung allenfalls eine Beschwer durch die ihnen folgenden Entscheidung fraglich erscheinen ließe, nicht ausgegangen werden.

Die belangte Behörde hat zwar ausgeführt, dass die "Anpassungsklausel" aus der sich aus § 34 TKG ergebenden Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung resultiere, sie aber nicht auf den Fall einer marktbeherrschenden Stellung eines der Zusammenschaltungspartner eingeschränkt. Vielmehr wurde ausdrücklich offen gelassen, ob die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt immer noch marktbeherrschend ist. Die angeordnete Klausel wurde auch nicht etwa auf - neben den sektorspezifischen Wettbewerbsregeln des TKG weiterhin geltende - allgemeine

Wettbewerbsregeln gestützt. Damit kann aber die - nur marktbeherrschende Unternehmen treffende - Nichtdiskriminierungspflicht des § 34 Abs. 1 TKG keine ausreichende Basis für die hier beiden Parteien auferlegte Anpassungsverpflichtung sein. Die darüber hinaus ins Treffen geführte "Dynamik der Entwicklung am Mobilfunkmarkt" kann nicht als ausreichende Begründung für die Anpassungsklausel angesehen werden, zumal diese Dynamik schon wesentlicher Grund für die Befristung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte an sich war. Schon deshalb erweist sich die angeordnete Anpassung als inhaltlich rechtswidrig.

3. Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Nichtanordnung eines Verbotes von "Calling cards" und funktional ähnlichen Diensten, die es ermöglichten, unter Anwahl einer 0800- Nummer einen dahinter stehenden Dienst in Anspruch zu nehmen, der den Ruf an die tatsächlich gewünschte Zielnummer weiter leite oder einen von der tatsächlich gewünschten Zielrufnummer ausgehenden Rückruf vermittle. Auf diese Weise werde die tatsächlich gewünschte Gesprächsverbindung technisch und rechtlich zweigeteilt, nämlich zum einen in die für den Anrufenden kostenfreien Inanspruchnahme der 0800-Nummer, sowie zum anderen in die Inanspruchnahme des hinter dieser 0800-Nummer stehenden Dienstes. Stelle die Verwendung von Sprachtelefondiensten ausgehend von einer 0800-Nummer nur den "Einstieg in eine nicht entgeltfreie Inanspruchnahme des Sprachtelefondienstes" dar, sei deren Verwendung der einer kostenpflichtigen Nummer völlig vergleichbar und stehe daher mit § 3 EVO in Widerspruch. Dazu komme der Umstand, dass die Inanspruchnahme von - regelmäßig hohe Gebühren pro Gesprächsminute aufweisenden - Callingcards sich von Seiten des Endkunden wegen des Wegfalls einer monatlichen Grundgebühr als wirtschaftlich sinnvoll darstelle. Aus Sicht des Anbieters einer Callingcard werde der Wegfall der Grundgebühr durch die höheren Gesprächsgebühren kompensiert und damit wirtschaftlich sinnvoll. Fielen die Gesprächsgebühren - wegen Inanspruchnahme einer kostenfreien 0800-Nummer - aber weg, wäre dies für Anbieter von grundgebührenfreien Diensten auf Dauer nicht tragbar, würde damit zu deren Ausscheiden aus dem Markt führen, was dem durch die §§ 1 und 32 TKG gesteckten Ziel der Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und der Versorgung der Bevölkerung mit preiswerten und innovativen Telekommunikationsleistungen zuwider laufen würde.

Damit ist die Beschwerde nicht im Recht.

Mit dem von der Beschwerdeführerin beantragten Verbot wäre eine Einschränkung des Netzzuganges zum 0800-Bereich verbunden. Gemäß § 34 Abs. 2 TKG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 RL 90/387/EWG idF RL 97/51/EG ist eine solche Beschränkung nur unter wegen "grundlegender Anforderungen im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes" zulässig, die in der Fassung der RL 90/387/EWG vor Änderung durch die RL 97/51/EG mit "Sicherheit des Netzbetriebs, Aufrechterhaltung der Netzintegrität, Interoperabilität der Dienste und Datenschutzgründen" aufgezählt waren. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass eine dieser Voraussetzungen oder eine vergleichbare vorliege. Die von ihr vorgenommene Interpretation des § 3 EVO wäre damit gemeinschaftsrechtswidrig. Dazu kommt, dass § 3 EVO zwar vorschreibt, dass das Entgelt für Rufe in den Nummerierungsbereich für nationale Rufnummern mit den Bereichskennzahlen 800, 801, 802, 803 und 804 für den anrufenden Teilnehmer kostenfrei zu sein hat. Damit wird aber die Entgeltlichkeit eines über eine 0800-Nummer erreichten Dienstes nicht ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin selbst gesteht nämlich zu, dass erst in einer "weiteren Stufe" ein allenfalls kostenpflichtiger Verbindungsaufbau zustande kommt. Gerade die Notwendigkeit eines weiteren Tätigwerdens des Endkunden nach Anwahl der 0800-Nummer (etwa Eingabe der gewünschten "Zielrufnummer") verhindert eine allenfalls "ungewollte" Entgeltpflicht durch Weitervermittlung. Auch ein allfälliger "Erwartungshorizont" des Endkunden (keine Entgeltpflicht bei Anwahl einer 0800-Nummer) wird durch die von der belangten Behörde nicht verbotene Möglichkeit der Inanspruchnahme auch kostenpflichtiger Dienste mittels 0800-Rufnummern nicht verlassen, gewährleistet doch die Notwendigkeit eines weiteren aktiven Tuns des Endkunden, dass diesem klar ist, einen weiteren - allenfalls entgeltpflichtigen - Dienst in Anspruch zu nehmen. Die von der Beschwerdeführerin befürchtete Verarmung des Marktangebots durch Ausscheiden grundgebührenfreier Dienste würde zunächst voraussetzen, dass durch Callingcard-Nutzer in besonders hohem Ausmaß über den 0800-Nummernbereich erreichbare Dienst

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

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at