

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/10/19 2000/03/0300

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.10.2004

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13103020;  
E3L E13206000;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
19/05 Menschenrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art2 Abs1 lita;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;  
AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs3;  
EURallg;  
MRK Art6;  
TKG 1997 §1;  
TKG 1997 §115 Abs1;  
TKG 1997 §125 Abs3;  
TKG 1997 §22;  
TKG 1997 §3 Z16;  
TKG 1997 §32 Abs1;  
TKG 1997 §39 Abs1;  
TKG 1997 §41 Abs3;  
TKG 1997 §41;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §6 Abs1;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 Anl;  
VwRallg;

## 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 AG in W, vertreten durch Cerha Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 31. Juli 2000, Zl. Z 6/00-25, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei:

S GmbH in W, vertreten durch Dr. Albert Adametz, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Schwarzenbergplatz 6), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

### **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid erließ die belangte Behörde auf Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 41 Abs. 3 iVm § 111 Z. 6 des Telekommunikationsgesetzes (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 26/2000, eine Anordnung, mit der für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Mobiltelekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin im Wege des Transits über das Netz der T AG (im Folgenden auch: "T") "die Bedingungen gemäß Spruchpunkt A. angeordnet" wurde (so genannte "indirekte Zusammenschaltung").

Spruchpunkt A. enthält die für die angeordnete indirekte Zusammenschaltung geltenden generellen Bedingungen. Im gegenständlichen Zusammenhang zweckmäßige technische und betriebliche Teilregelungen, insbesondere Entgeltregelungen, sind als Anhänge beigefügt und als solche Bestandteil dieser Anordnung.

Spruchpunkt A. enthält unter anderem folgende Bestimmung:

"3.2 Zusammenschaltungsverträge mit der T

Die Bedingungen, zu denen die Parteien gegenüber der T Zusammenschaltungsdienstleistungen erbringen, sind in den jeweiligen Zusammenschaltungsverträgen der Parteien einerseits und der T andererseits geregelt. Die Parteien sind verpflichtet, alle Änderungen ihrer jeweiligen Zusammenschaltungsverträge bzw. -anordnungen mit der T, welche für die Durchführung der gegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung von Bedeutung sind, einander wechselseitig unverzüglich mitzuteilen und offen zu legen.

...

#### 4.2 Dimensionierung des Netzes

Die Parteien sind verpflichtet, in ihren Zusammenschaltungsverbindungen mit der T über ausreichend dimensionierte Bündel zu verfügen, welche auch den anordnungsgegenständlichen Verkehr abwickeln können.

...

#### 5. Entgelte für Gesprächsverbindungen (Zusammenschaltungsentgelte)

...

5.1.2. Die Verrechnung der Entgelte erfolgt im Wege der kaskadierten (indirekten) Abrechnung auf der Grundlage der zwischen der S und der T bzw. der zwischen der M und der T bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarungen bzw. -anordnungen. Die Parteien werden - soweit nicht ohnedies bereits gegeben - mit der T die erforderlichen Vereinbarungen treffen, damit eine kaskadierte (indirekte) Abrechnung erfolgen kann.

...

#### 6.2 Befristung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte

Die Geltungsdauer der Regelungen über die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte (Punkt 5.1. des Allgemeinen Teils sowie Anhang 3) endet - in Abweichung vom Punkt 6.1. - am 31.12.2000, ohne dass es einer Kündigung einer der beiden Parteien bedarf. Bis zum 31.12.2000 werden einander die Parteien wechselseitig allfällig begründete Änderungswünsche hinsichtlich der Entgelte für die Zeit ab dem 1.1.2001 mitteilen und unverzüglich

Verhandlungen darüber aufnehmen. Es steht jeder Partei frei, die Regulierungsbehörde betreffend der Anordnung einer diesbezüglichen Nachfolgeregelung für die Zeit ab dem 1.1.2001 anzurufen, wenn und soweit binnen sechs Wochen ab Einlangen eines mit Gründen versehenen Änderungswunsches bei der anderen Partei keine Einigung erfolgt ist. Ab dem 1.1.2001 wenden die Parteien die Zusammenschaltungsentgelte für die Terminierung vom Mobilnetz der S in das Mobilnetz der M (GSM; TACS) in das Netz der S in der Höhe von ATS 2,70/Minute vorläufig weiter an. Diese Regelung hinsichtlich der vorläufigen Fortgeltung der oben genannten Zusammenschaltungsentgelte gilt solange, bis ein rechtskräftiger Spruch der Regulierungsbehörde vorliegt. Wird die Regulierungsbehörde spätestens bis zum 30.6.2001 angerufen, so tritt eine solche Neuregelung mit Wirkung vom 1.1.2001 in Kraft."

Im Anhang 2 werden die Gesprächstypen wie folgt definiert:

"Verkehrsart / Verkehrsrichtung

V 25

Terminierung im Mobilnetz der M

S -> M

Terminierung vom Mobilnetz der S in das Mobilnetz der M (GSM; TACS)

V 25a

Terminierung im Mobilnetz der S

M -> S

Terminierung vom Mobilnetz der M (GSM; TACS) in das Mobilnetz der S"

Anhang 3 "Tariffestlegung, Entgelte, Kosten" enthält insbesondere folgende Bestimmungen:

"Kurzbez.

Verkehrsart/Verkehrsrichtung

ATS

EURO

V 25

Terminierung im Mobilnetz der M

S -> M

Terminierung vom Mobilnetz der S in das Mobilnetz der M (GSM; TACS)

ATS 1,90/Minute

vorläufige Geltung ab dem 1.1.2001 (vgl Punkt 6.2. des allgemeinen Teils):

ATS 1,90/Minute

0,14

V 25a

Terminierung im Mobilnetz der S

M ->

Terminierung vom Mobilnetz der M (GSM; TACS) in das Mobilnetz der S

ATS 2,70/Minute

Vorläufige Geltung ab dem 1.1.2001 (vgl. Punkt 6.2. des allgemeinen Teils=

0,20

...

Verrechnung der Entgelte

Die Verrechnung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte erfolgt im Wege der kaskadierten (indirekten) Abrechnung durch die T auf der Grundlage der zwischen den Parteien einerseits und der T andererseits bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarungen bzw. -anordnungen."

Begründend wird im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die mitbeteiligte Partei habe am 29. Mai 2000 einen Antrag auf Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs. 3 TKG für die indirekte Zusammenschaltung in Bezug auf das Mobilnetz der Beschwerdeführerin eingebracht. Die von der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren beantragten Zusammenschaltungsbedingungen hätten sich grundsätzlich am Bescheid der belangten Behörde vom 11. November 1999, Zl. Z 8/99, orientiert. Die belangte Behörde habe gemäß § 33 Abs. 4 TKG mit Bescheid vom 31. Juli 2000, Zl. M 2/99-100, festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, weiters verfüge die Beschwerdeführerin auch auf dem Markt für das Erbringen eines öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobiltelekommunikationsnetzes über eine marktbeherrschende Stellung (Bescheid der belangten Behörde vom 23. Juli 1999, Zl. M 1/99-254). Die mitbeteiligte Partei verfüge über keine marktbeherrschende Stellung und habe den öffentlichen Sprachtelefondienst mittels eines selbstbetriebenen mobilen Telekommunikationsnetzes erst am 26. Mai 2000 aufgenommen.

Zur Höhe der Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte in Österreich wird in der Begründung unter anderem Folgendes festgehalten:

"Mit dem zwischen der M und der T abgeschlossenen Zusammenschaltungsvertrag vom 24.2.1997 wurde zwischen den Parteien vereinbart, dass der Mittelwert des Mobilterminierungsentgeltes für im Festnetz entstehende Gespräche, die im Mobilnetz beendet werden (Gesprächstyp P8), ATS 2,70/Minute betragen soll. Mit Änderungsvertrag vom 5.8.1998 (zum Zusammenschaltungsvertrag vom 24.2.1997) wurde zwischen den Vertragsparteien eine Stufenregelung insofern vereinbart, als Mobilterminierungsentgelte in der Höhe von ATS 2,20/Minute (28.2.98 - 28.2.99) sowie in weiterer Folge in der Höhe von ATS 2,20/Minute (1.3.98 - 28.2.00) vereinbart wurden. Mit einem am selben Tag abgeschlossenen 'Sideletter' zum Änderungsvertrag wurde ergänzend dazu eine Meistbegünstigung zwischen den Vertragsparteien vereinbart, mit welcher die Parteien übereingekommen sind, dass die M im Wettbewerb gegenüber anderen Mobilfunkbetreibern in sämtlichen, die Zusammenschaltung betreffenden Belangen, nicht benachteiligt wird; der M sind sohin die jeweils günstigsten Konditionen einzuräumen, die mit einem oder mehreren Mitbewerbern vereinbart werden. Auf Grund eines Antrages der U AG wurden - unter Berücksichtigung der marktbeherrschenden Stellung der M AG auf dem Zusammenschaltungsmarkt (vgl. dazu die Entscheidung M 1/99-255 vom 23.7.1999) - die Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte durch die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 11.11.1999, Z 8/99, auf der Basis des FL-LRAIC-Kostenrechnungsmodells festgelegt. Konkret wurden mit der gegenständlichen Entscheidung die Zusammenschaltungsentgelte für Gespräche in das Mobilnetz der M schrittweise abgesenkt und gilt (dies) für alle Marktteilnehmer, die in das Mobilnetz der M terminieren. Bis zum 31.12.1999 hatte die U ATS 2,20 (0,160 EUR) pro Minute an die M, zwischen dem 1. Jänner und dem 31.3.2000 ATS 2,00 (0,145 EUR) pro Minute und ab 1.4.2000 sodann ATS 1,90 (0,138 EUR) pro Minute (jeweils exkl. USt.), zu entrichten. Die Originierungsentgelte für den Zugang zu tariffreien Diensten, die im Netz der U AG angesiedelt sind, wurden in der Höhe von 1,81 ATS (EUR 0,131) pro Minute angeordnet. Eine analog zu den Terminierungsentgelten stufenweise Annäherung an die kostenorientierten Entgelte erschien der Telekom-Control-Kommission im Hinblick auf das für diese Dienste zwischen den Parteien bloß geringe Marktvolumen als nicht erforderlich. Die Anordnung der Telekom-Control-Kommission ist bis zum 31.12.2000 befristet. Hinsichtlich der X GmbH wurde in einem Zusammenschaltungsvertrag zwischen der T und X vom 22.8.1997 vereinbart, dass das Mobilterminierungsentgelt ATS 2,70/Minute beträgt. Im Änderungsvertrag zum Zusammenschaltungsvertrag vom 10.7.1998 wurde ein Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von ATS 2,50/Minute (1.3.1998 bis 28.2.1999) sowie in der Höhe von ATS 2,20 (01.03.1999 bis 29.2.2000) vereinbart. Vergleichbar mit der M wurde auch zwischen der T und X am selben Tag ein 'Sideletter' zum Änderungsvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen, mit welchem spezielle Nichtdiskriminierungsgebote und Anpassungsmechanismen vereinbart wurden.

Weiters wurde zwischen der C und der T - basierend auf einer Zusammenschaltungsvereinbarung vom 27.3.1998 - ein Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von ATS 2,70/Minute vereinbart, welches jedenfalls gegenwärtig zur Anwendung gelangt.

Darüber hinaus legte die Telekom-Control-Kommission mit ihrer Anordnung vom 20.3.2000, Z 5/00, die Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte zwischen dem Mobilnetz der S GmbH und dem Festnetz der T in einer Höhe von jeweils ATS 2,70 pro Minute ab dem 1.4.2000 fest. Die Entscheidung ist befristet mit 31.3.2001."

Zur Festsetzung der von der mitbeteiligten Partei zu verrechnenden Entgelte wird insbesondere Folgendes ausgeführt:

"Auf der Grundlage der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 11.11.1999, Zl. Z 8/99, gelangt seit 1.4.2000 gegenüber der marktbeherrschenden M ein Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von ATS 1,90/Minute zur Anwendung. Das obere Limit, das derzeit durch das nationale 'benchmarking' aufgezeigt wird, liegt bei ATS 2,70/Minute. Ein Mobilterminierungsentgelt in dieser Höhe wurde von der Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 5/00 eben für die S in der von ihr beantragten Höhe von ATS 2,70/Minute angeordnet. Diese beiden Werte (ATS 1,90/Minute auf der einen und ATS 2,70/Minute auf der anderen Seite) spannen auf der Grundlage des nationalen 'benchmarks' das Spektrum auf, innerhalb dessen das angemessene Entgelt auch in diesem Verfahren angesiedelt werden könnte. ...

Wie bereits ... aufgezeigt, wurde der S mit Bescheid vom 3.5.1999, K 39/98 die Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze erteilt. In diesem Bescheid wurde das Frequenznutzungsentgelt gemäß § 21 Abs. 2 iVm § 22 TKG mit ATS 1.350.000.000 (EUR 98.108.326,--) festgesetzt. Seit diesem Zeitpunkt baut die S mit großem finanziellem Aufwand ein bundesweites Mobilnetz auf.

Die S befindet sich daher gegenwärtig in der Aufbauphase bzw. in der ersten Phase ihres Marktauftritts. Gemäß den Regulierungszielen in § 1 Abs. 1 und Abs. 2 TKG ist es insbesondere Zweck des Gesetzes, durch Förderung des Wettbewerbes im Bereich der Telekommunikation die Versorgung der Bevölkerung mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten. So sollen durch Maßnahmen der Regulierung insbesondere die Ziele der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau sowie die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten der Telekommunikation erreicht werden.

Die Verwirklichung dieser Ziele erfordert im gegenständlichen Zusammenhang, dass bei der Festlegung der angemessenen Entgelte der Umstand, dass (insbesondere im Bereich des Mobilnetzes) ein kostenintensiver Aufbau der bundesweiten Netzinfrastruktur, um die Versorgung der Bevölkerung mit zuverlässigen und hochwertigen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten, vonnöten ist, ausreichend Berücksichtigung findet.

Dass das TKG die Förderung des Markteintritts neuer Betreiber als Regulierungsziel und ein schützenswertes Interesse am Netzaufbau der neuen Betreiber vorsieht, wird im Übrigen auch aus anderen Bestimmungen des TKG deutlich. So sieht etwa § 125 Abs. 3 TKG vor, dass die Regulierungsbehörde bestehenden Erbringern des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines mobilen Netzes zusätzliche Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich zuweisen darf, wenn seit der Rechtskraft des Konzessionsbescheides der Lizenzwerber für die 1997 zu vergebende DCS-1800-Konzession zumindest drei Jahre vergangen sind. Vor Ablauf der erwähnten dreijährigen Frist sollen an die bestehenden Mobilfunkbetreiber nur dann weitere Frequenzen aus dem DCS-1800-Frequenzbereich zugewiesen werden, wenn ihre Teilnehmerkapazität 'unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten nachweislich ausgeschöpft ist'. Diese Bestimmung verdeutlicht, dass aus wettbewerbspolitischen Gründen ein temporärer Ausschluss von der Erschließung der 1800-MHz GSM-Technologie geboten scheint, um dem Inhaber einer GSM- 1800 Konzession eine entsprechende Planungssicherheit im Sinne einer Schutzfrist im Wettbewerb zu geben. Dies hat auch der VfGH in seinem Beschluss über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der durch die C GmbH eingebrachten Beschwerde gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission, K 9/98-85, vom 10. Oktober 1998 (beim VfGH zur Zahl B 1625/98 protokolliert) bestätigt. Dabei führt der Gerichtshof zu § 125 Abs. 3 TKG aus, dass das Gesetz dem Interesse an der Förderung neuer Anbieter durch Zuteilungsbeschränkungen für Konzessionsinhaber als Regelfall den Vorzug vor dem Interesse, Inhabern von Konzessionen im Falle des Bedarfs wegen Ausschöpfung der Teilnehmerkapazitäten unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung nicht zu behindern, gibt (vgl. den Beschluss des VfGH vom 3.10.1998, B 1625/98-7).

Diese Bestimmung verdeutlicht somit, dass der Schutz neuer Betreiber in der ersten Phase des Markteintritts bewerkstelligt werden soll, wenngleich sich daraus auch ableiten lässt, einen solchen Schutz nicht unbeschränkt zur

Anwendung gelangen zu lassen. Für die Regulierungstätigkeit der Telekom-Control-Kommission lässt sich jedoch daraus ein deutliches Indiz ableiten, wonach sich eine angemessene Schutzfrist in einem Zeitraum von etwa drei Jahren bewegt."

Zu den von der beschwerdeführenden Partei zu verrechnenden Zusammenschaltungsentgelten wird unter anderem Folgendes festgehalten:

"Die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten für die von der M erbrachten Zusammenschaltungsleistungen ist erforderlich, um die Hauptpunkte der die vertragliche Vereinbarung ersetzenden Anordnung der Regulierungsbehörde zu regeln. Wie bereits eingehend dargelegt, ist die M zur Verrechnung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte verpflichtet. Konkret wurden in dem die M betreffenden Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11.11.1999, Z 8/99 (U/M), auf der Grundlage eines FL-LRAIC-Kostenrechnungsmodells das Mobilterminierungsentgelt in einer Höhe von ATS 2,20/Minute (bis zum 31.12.1999), ATS 2,00/Minute (bis zum 31.3.2000) sowie von ATS 1,90/Minute (ab dem 1.4.2000) festgelegt. Das Mobiloriginierungsentgelt wurde mit ATS 1,81/Minute festgelegt. Gegenwärtig gelangen sohin Mobilterminierungsentgelte in der Höhe von ATS 1,90/Minute zur Anwendung. Die Anordnung ist mit 31.12.2000 befristet.

Wie oben bereits eingehend dargelegt, handelt es sich bei der Terminierung in ein Mobilnetz um dieselbe Leistung, unabhängig davon, ob das Gespräch in einem Mobil- oder in einem Festnetz den Ursprung hat.

Dieses Entgelt hat sich als 'Wettbewerbspreis' für die Zusammenschaltungsleistung 'Mobilfunkterminierung' etabliert. Ausgehend von der Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens wurde(n) im Bescheid Z 8/99 - basierend auf der Entscheidung M 1/99 - die Zusammenschaltungsentgelte auf der Basis FL-LRAIC festgelegt. Konkret wurde in dieser Anordnung basierend auf dem Kostenrechnungssystem FL-LRAIC das Zusammenschaltungsentgelt eines 'effizienten Betreibers' festgelegt. Wie bereits oben ausführlich dargelegt, handelt es sich bei dem errechneten Zusammenschaltungsentgelt um den simulierenden Wettbewerbspreis, also um jenen Preis, der sich bei funktionierendem Wettbewerb auf dem relevanten Markt einstellen würde.

Damit widerspiegelt dieses Zusammenschaltungsentgelt in einem funktionierenden Markt auch den 'einheitlichen Marktpreis', da es auf Grund der eben angeführten Erwägungen bei der Zusammenschaltung mit einem Mobilnetz nur einen effizienten Preis je Gesprächstyp geben kann. Dieser Preis stellt jedenfalls einen angemessenen Preis unter Wettbewerbsbedingungen dar. Auf Basis des Grundsatzes der Reziprozität erscheint eine Festlegung genau dieses Preises, der im Verfahren Z 8/99 berechnet wurde, auch für die M als gerechtfertigt.

Die in Z 8/99 angeordneten Zusammenschaltungsentgelte sind in Übereinstimmung mit den unter Pkt. genannten regulatorischen Rahmenbedingungen kostenorientiert und gelten bis zum 31.12. Dieses kostenorientierte Entgelt ist auch im gegenständlichen Verfahren auf Seiten der M als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt anzuordnen, da die M als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Zusammenschaltungsmarkt gemäß § 34 Abs. 1 TKG zur Nichtdiskriminierung verpflichtet ist. Gleich wie im Verfahren Z 8/99 ist jedoch dieses Entgelt bis zum 31.12.2000 befristet anzuordnen, da nach diesem Zeitpunkt bei Nichteinigung der Verfahrensparteien und Anrufung der Regulierungsbehörde erneut die Klärung der Vorfrage hinsichtlich der Zusammenschaltungsentgelte bzw. gegebenenfalls die Festsetzung der kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte bzw. gegebenenfalls die Festsetzung eines angemessenen Entgeltes zu erfolgen hat."

Zu Punkt 3.2. des Spruchpunktes A wird in der Begründung Folgendes ausgeführt:

"In Übereinstimmung mit dem Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11.11.1999, Z 8/99, an dem sich die wortgleichen Parteienanträge orientieren (ON 1, Anhang .1, Punkt 3.2; ON 7, Beilage .A, Punkt 3.2), war Punkt 3.2. spruchgemäß anzuordnen. Diese Bestimmung sieht eine unverzügliche Mitteilungs- und Offenlegungspflicht hinsichtlich aller Änderungen der jeweiligen mit der T bestehenden Zusammenschaltungsverträge bzw. -anordnungen vor. Diese Verpflichtung ist angesichts des Umstandes, dass die indirekte Zusammenschaltung im Wege des Transits über die T abgewickelt wird und folglich die zwischen den Parteien und der T bestehenden Zusammenschaltungsverträge bzw. -anordnungen notwendige Voraussetzung sind, zweckmäßig. Diese Verpflichtung sichert folglich die Durchführung dieser Anordnung und gilt gleichermaßen für beide Partner. Da eine Verzögerung bei der Übermittlung etwaiger diesbezüglich notwendiger Informationen die Durchführung dieser Anordnung gefährden könnte, erscheint eine unverzügliche Mitteilung und Offenlegung unabdingbar."

Der Punkt 4.2. des Spruchpunktes A. wird wie folgt begründet:

"Diese Regelung in der Anordnung entspricht - vom materiellen Standpunkt aus betrachtet - den Anträgen der beiden Parteien (ON 1, Anlage .1, Punkt 3.4 und ON 7, Anlage .A, Punkt 4.2.) die sich wiederum an der Anordnung des Bescheides Z 8/99 der Telekom-Control-Kommission orientieren. Sie dient auf Grund des Umstandes, dass sich diese Verpflichtung bereits mittelbar aus den zwischen der S bzw. der M einerseits und der T andererseits bestehenden Zusammenschaltungsverträgen bzw. -anordnungen ergibt, lediglich der Klarstellung."

Zu Punkt 5.1.2 des Spruchpunktes A findet sich im bekämpften Bescheid folgende Begründung:

"In Übereinstimmung mit den gleich lautenden Parteienanträgen (ON 1, Anhang .1, Punkt 4.1.3.; ON 7, Beilage .A, Punkt 5.1.2.) regelt dieser Anordnungspunkt die Verrechnung in Form einer kaskadierten Abrechnung durch die T auf der Grundlage der zwischen der T einerseits und der M bzw. der S andererseits bestehenden Zusammenschaltungsverträge bzw. -anordnungen."

Schließlich finden sich zum Antrag der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren auf "Verbot des Refilings" folgende Ausführungen:

"In Pkt. 3.5 ihres Antrags (ON 7) beantragt die M unter dem Titel 'Verbot des Refilings' den Erlass der folgenden Regelung:

'Die Vertragsparteien übergeben den gesamten in ihrem Netz entstehenden nationalen Verkehr unmittelbar (d.h. ohne Inanspruchnahme weiterer, insb. internationaler Transitnetze) an T. Die Vertragsparteien unterlassen ausdrücklich jegliche Verkehrsführungsmaßnahme für den in ihrem Netz entstehenden nationalen Verkehr, die darauf abzielt, die vereinbarten Zusammenschaltungsentgelte zu umgehen (sog. Refilings).

Verstöße gegen diese Bestimmung gelten als schwer wiegende Verletzung dieser Vereinbarung iSd Pkt. 6.2.3 und berechtigen zur außerordentlichen Kündigung dieser Vereinbarung. Darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche bleiben hiedurch unberührt.'

Begründend behauptet die M in ihrem Antrag, dass 'Refiling' in 'erheblichem Ausmaß' betrieben würde. Darüberhinaus führt die antragstellende Gesellschaft aus:

'Die Antragstellerin weiß, dass Refiling nicht 'illegal' ist. Jedoch ist 'Refiling' nach Ansicht der Antragstellerin in höchstem Maße unmoralisch und unsittlich, da im Falle von Refiling durch Lücken in den Vertragswerken eines Vertragspartners Umsätze auf Kosten eben dieses Vertragspartners lukriert werden.'

(vgl. ON 7, Seite 33).

In der Folge erörtert die antragstellende Gesellschaft einen ihrer Meinung nach typischen Refiling-Vorgang, der demnach darin besteht, dass ein österreichischer Betreiber, den er für einen inländischen Mobilfunkbetreiber generiert, ins Ausland sendet. Der ausländische Betreiber übergibt den Verkehr an die T, die dafür ein Flat-Rate Terminierungsentgelt erhält, das jedoch geringer ist als das Terminierungsentgelt österreichischer Mobilfunkbetreiber. S lehnt in ihrer Stellungnahme ein Verbot von Refiling ab, da beim Refiling im Interesse der Endkunden die kostengünstigste Verbindung vom anrufenden zum angerufenen Teilnehmer hergestellt würde. Darüberhinaus würde gegenwärtig kein Refiling betrieben. Sie stimmt in weiterer Folge mit der M darin überein, dass Refiling ein absolut gesetzlicher Vorgang und je nach Marktsituation eine wirtschaftliche Notwendigkeit wäre, weswegen die S die sittliche und moralische Empörung der M über diesen Vorgang nicht nachvollziehen könne. Darüberhinaus bringt die S vor, dass eine derartige Anordnung gemeinschaftsrechtswidrig und nur in jenem Masse zulässig wäre, als dies für die grundlegenden Anforderungen im Sinne von § 39 TKG und Art 10 RL 97/33/EG erforderlich wäre (vgl zu allem ON 17, Seite 20ff).

Die Tele-Control-Kommission sieht von der Anordnung von Regelungen über das Verbot des Refilings aus folgenden Erwägungen ab:

Zunächst ist der antragstellenden Gesellschaft insofern bezupflichten, als sich im TKG keine Regelungen finden, die einem 'Refiling' in dem Sinne, wie es die M versteht, entgegenstehen oder, um deren Formulierung zu verwenden, dass das 'Refiling' nicht 'illegal' ist. Abgesehen davon, dass nun die antragstellende Gesellschaft ihre Wertvorstellungen

hinsichtlich 'Moral' und 'Sitte' nicht konkretisiert, vermag die Telekom-Control-Kommission nicht zu erkennen, inwieweit sie auf diese beiden Begriffe ein Verbot des von der antragstellenden Gesellschaft abgelehnten 'Refilings' zu stützen vermag.

Gemäß Art. 18 Abs. 1 B-VG ist die Telekom-Control-Kommission als Verwaltungsbehörde an die Gesetze (die zweifelsohne Wertevorstellungen widerspiegeln) gebunden. Im Rahmen ihres gesetzlichen Spielraums, im konkreten Fall insbesondere gem. § 41 Abs. 3 TKG, wird die Regulierungsbehörde als Schiedsrichter tätig, in dem sie im Streitfall die Bedingungen über die Zusammenschaltung festsetzt.

Unter Berücksichtigung der Regulierungsziele kann die Telekom-Control-Kommission damit auch Regelungen treffen, die nicht unmittelbar durch das Gesetz determiniert sind. Schließlich ersetzt die Entscheidung der Regulierungsbehörde eine privatrechtliche Vereinbarung. Ein Verbot einer bestimmten Verhaltensweise kann jedoch nur dann im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung geregelt werden, wenn regulatorische Ziele dies zwingend erfordern und andererseits auch keine zwingenden Rechtsvorschriften einem solchen Verbot entgegenstehen. Nun vermag die Telekom-Control-Kommission einerseits die regulatorische Notwendigkeit für ein Verbot des Refilings, zumindest in dieser Anordnung, nicht zu erkennen, und zwar insbesondere deshalb, weil der das Gespräch empfangende Betreiber stets dasselbe Terminierungsentgelt erhält, und zwar unabhängig davon, ob der Verkehr über das Ausland zur T geroutet wird oder direkt vom anderen Zusammenschaltungspartner. Dieser jedoch hat die Wahl, seinen Verkehr möglichst kostengünstig zu routen.

Einer Anordnung des Verbots auf Refiling steht darüberhinaus § 39 Abs. 1 TKG entgegen, welcher vorsieht, dass ein Betreiber die Zusammenschaltung nur aus Gründen beschränken darf, die auf den 'grundlegenden Anforderungen im Sinne des Artikels 3 Abs 2 der RL 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) beruhen und nur insoweit, als die Beschränkung in Übereinstimmung mit dem sonstigen Recht der Europäischen Gemeinschaften steht'. Die grundlegenden Anforderungen iSd ONP-Richtlinie sind die 'Sicherheit des Netzbetriebs, Aufrechterhaltung der Netzintegrität, Interoperabilität der Dienste, wo dies begründet und Datenschutz, wo dies angebracht ist'. Die Beweislast für das Vorliegen etwaiger Gründe, welche die Einschränkung rechtfertigen, liegt gemäß der klaren Regelung in § 39 Abs 2 'beim Betreiber nach Abs. 1', wäre daher im gegenständlichen Verfahren bei der M gelegen. Die M hat zwar sittliche und moralische Bedenken vorgebracht, ansonsten jedoch nicht hinreichend ausgeführt, weswegen ein Verbot von Refiling auf Grund dieser grundlegenden Anforderungen notwendig wäre.

Ein Verbot des 'Refilings' ist schließlich auch aus gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen bedenklich, da es eine Einschränkung des zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehrs bewirken würde."

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Die Beschwerdepunkte werden wie folgt ausgeführt:

"Der angefochtene Bescheid verletzt die M in ihrem Recht darauf, dass ihr gemäß § 41 Abs. 3 TKG keine Zusammenschaltungsanordnung betreffend 'indirekte Zusammenschaltung' auferlegt werde. Der angefochtene Bescheid verletzt die M weiters in ihrem Recht auf Festlegung kostenorientierter, reziproker Zusammenschaltungsentgelte (§ 41 TKG, § 8 Abs. 2 ZVO).

Der Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin auch in ihrem Recht gemäß § 41 TKG auf mündliche Anhörung vor der Regulierungsbehörde sowie in ihrem Recht, in ihrer Zusammenschaltungsverbindung mit der T nicht über ausreichend Bündel zur Abwicklung auch des dieser Anordnung unterliegenden Verkehrs verfügen zu müssen, in ihrem Recht, mit der T nicht die erforderlichen Vereinbarungen zur Vornahme einer kaskadierten Abrechnung treffen zu müssen, in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer Öffnungsklausel sowie schließlich in ihrem Recht auf Anordnung eines Verbotes des Refilings."

3. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift mit dem Begehren, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:



1. Die für die Entscheidung der belangten Behörde maßgeblichen Rechtsvorschriften lauten wie folgt:

#### 1.1. Regelungen des TKG

##### "Offener Netzzugang (ONP)

§ 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.

(2) Er darf insbesondere den Zugang nur so weit beschränken, als dies den grundlegenden Anforderungen im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 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) entspricht. Dabei ist den Wettbewerbern anzugeben, welche der grundlegenden Anforderungen einer Beschränkung im Einzelfall zugrunde liegt.

(3) Die Regulierungsbehörde kann einem Anbieter, der gegen Abs. 1 verstößt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären, soweit dieser Anbieter seine marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt. Vor einem solchen Schritt hat die Regulierungsbehörde die Beteiligten aufzufordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen.

(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."

##### "Einschränkungen

§ 39. (1) Der Betreiber darf den Netzzugang und die Zusammenschaltung nur aus Gründen beschränken, die auf den grundlegenden Anforderungen im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision - ONP) (ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990, S 1) beruhen und nur insoweit, als die Beschränkung in Übereinstimmung mit dem sonstigen Recht der europäischen Gemeinschaft besteht.

(2) Der Betreiber nach Abs. 1 hat den Nachweis gegenüber der Regulierungsbehörde zu führen, dass eine Ablehnung oder Einschränkung berechtigt ist."

##### "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."

"Übergangsbestimmungen

§ 125. ...

(3) Die Behörde darf bestehenden Inhabern einer Konzession zur Erbringung des reservierten Fernmeldedienstes mittels Mobilfunk im digitalen zellularen Mobilfunkbereich bei Bedarf zusätzliche Frequenzen im Ausmaß von jeweils 5 MHz aus dem für DCS- 1800 reservierten Frequenzbereich zuweisen, wenn seit der Rechtskraft des Konzessionsbescheides des Lizenzwerbers für die 1997 zu vergebende DCS-1800-Konzession zumindest drei Jahre vergangen sind. Vor diesem Zeitpunkt können den bestehenden Konzessionsinhabern zusätzliche Frequenzen aus dem für DCS-1800 reservierten Frequenzbereich nur dann zugewiesen werden, wenn deren Teilnehmerkapazität nachweislich, unter Ausnutzung aller wirtschaftlich vertretbarer technischer möglicher Möglichkeiten ausgeschöpft ist."

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

"(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.

...

(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 Auffassung, die belangte Behörde sei nicht dafür zuständig gewesen, eine Zusammenschaltungsanordnung betreffend eine "indirekte Zusammenschaltung" zu treffen, erweist sich auf dem Boden der hg. Erkenntnisse vom 6. Oktober 2003, Zl. 2003/03/0101, und vom 25. Februar 2004, Zl.2003/03/0109, als unzutreffend. Gemäß § 43 Abs. 2 VwGG wird auf die zitierten Erkenntnisse verwiesen. Damit ist auch das auf diese unzutreffende Auffassung der Beschwerdeführerin gestützte weitere Beschwerdevorbringen nicht zielführend, dass die 6-Wochen-Frist gemäß § 41 Abs. 2 TKG noch nicht abgelaufen gewesen sei.

3. Wenn die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass die belangte Behörde angesichts der von ihr im Verfahren Zl. Z 8/99 vorgebrachten Einwände betreffend die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte die Ergebnisse dieses Verfahrens nicht in den vorliegenden Bescheid hätte übernehmen dürfen, ist darauf hinzuweisen, dass sich ihre Einwände gegen die genannte u.a. an sie gerichtete Zusammenschaltungsanordnung der belangten Behörde vom 11. November 1999, Zl. Z 8/99, nach dem schon zitierten hg. Erkenntnis Zl. 2003/03/0109, als unzutreffend herausgestellt haben. Auch der Einwand, die belangte Behörde hätte bei der Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte nicht unter Hinweis auf § 34 TKG - der sich nur an ein marktbeherrschendes Unternehmen, nicht aber an die belangte Behörde in einem Zusammenschaltungsverfahren richte und weiters nichts am Gebot der amtswegigen

Wahrheitsermittlung ändere - dem Bescheid Zl. Z 8/99 folgen dürfen, ohne im vorliegenden Verwaltungsverfahren ein eigenes Ermittlungsverfahren zu führen, geht fehl. § 34 TKG enthält Regelungen betreffend den offenen Netzzugang, die ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, beachten muss. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die in den Art. 9 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 97/33/EG vorgesehene Streitentscheidungskompetenz, wie sie im vorliegenden Beschwerdefall von der belangten Behörde auf Grund des diese Bestimmungen umsetzenden § 41 TKG herangezogen wurde, zu den ONP-Bedingungen zählt, die mit dieser Richtlinie (der ONP-Einzelrichtlinie für den Bereich der Zusammenschaltung) festgelegt wurden, und damit der Verwirklichung des Grundsatzes des offenen Netzzuganges durch die Sicherstellung der Zusammenschaltung dient, wie es die Zielbestimmung des Art. 1 der Richtlinie 97/33/EG vorsieht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Mai 2004, Zl. 2002/03/0039, mwH). Ferner unternimmt gemäß Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG eine Regulierungsbehörde wie die belangte Behörde auf Ersuchen einer Partei Schritte innerhalb von sechs Monaten, um eine Zusammenschaltungsstreitigkeit beizulegen. Die Streitbelegung muss einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien zum Ergebnis haben, wobei insbesondere die in Art. 9 Abs. 5 leg. cit. angeführten Kriterien zu berücksichtigen sind. Es kann damit kein Zweifel daran bestehen, dass die belangte Behörde bei der besagten Herbeiführung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen beider Parteien auch die sich aus § 34 TKG für die beschwerdeführende Partei ergebenden Verpflichtungen betreffend den offenen Netzzugang zu beachten hatte. Abgesehen von ihrem - wie schon erwähnt, nicht zielführenden - Hinweis auf ihre seinerzeitigen Einwendungen betreffend die Zusammenschaltungsanordnung Zl. Z 8/99 erstattet die Beschwerde im Übrigen kein Vorbringen, das die Ermittlung der vom vorliegend bekämpften Bescheid aus dieser Anordnung übernommenen Zusammenschaltungsentgelte als rechtswidrig erscheinen ließe. Es kann somit nicht als rechtswidrig angesehen werden, wenn die belangte Behörde im Beschwerdefall die sich aus § 34 Abs. 1 TKG ergebende Verpflichtung für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, Wettbewerbern auf diesem Markt unter Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in der selben Qualität Leistungen bereitzustellen, die es am Markt anbietet oder die es für seine eigenen Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt, auch für die vorliegende Zusammenschaltungsanordnung - insbesondere betreffend die festzusetzenden Zusammenschaltungsentgelte - für maßgeblich erachtete. Auf dem Boden des Gesagten kann der Behörde daher nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie im Beschwerdefall die Zusammenschaltungsentgelte wie in dem vergleichbaren Fall, der ihrer - u.a. an die Beschwerdeführerin gerichtete - Zusammenschaltungsanordnung vom 11. November 1999, Zl. Z 8/99, zugrunde lag, festsetzte. Entgegen der Beschwerde war die belangte Behörde somit nicht gehalten, bezüglich der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte im Beschwerdefall ein (nochmaliges) Ermittlungsverfahren durchzuführen. Damit erweist sich aber bezüglich der in Rede stehenden Entgeltfestsetzung weder der Sachverhalt als ergänzungsbedürftig noch der bekämpfte Bescheid mit einer "Begründungslücke" behaftet.

4. Soweit sich die beschwerdeführende Partei dagegen wendet, dass die belangte Behörde von einer "Schutzfrist" für Marktteilnehmer ausgegangen sei, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Behörde die Bestimmung des § 125 Abs. 3 TKG nicht zur Begründung des konkret festgelegten Zusammenschaltungsentgelts herangezogen, sondern diese Bestimmung bei der Ermittlung der den Regulierungszielen des TKG zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen berücksichtigt hat. Die Annahme der belangten Behörde, die in § 125 Abs. 3 leg. cit. vorgesehene Schutzfrist für einen neu in den Markt eintretenden Mobilfunkbetreiber im Hinblick auf die Frequenzausstattung von Mitbewerbern könne zur Auslegung der Regulierungsziele, insbesondere der Förderung des Markteintritts neuer Anbieter und der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs herangezogen werden, kann nicht als rechtswidrig eingestuft werden. Die belangte Behörde hat sich im bekämpften Bescheid eingehend mit der Marktposition der mitbeteiligten Partei auseinander gesetzt und gemäß Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG zulässiger Weise diese Marktstellung berücksichtigt. Die beschwerdeführende Partei bringt nichts vor, was geeignet wäre, die von der belangten Behörde im bekämpften Bescheid dargelegten Erwägungen zu widerlegen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0165). Damit erweisen sich aber die eingehenden Ausführungen der Beschwerde, wonach die Annahme "temporär zulässiger nicht-reziproker Entgelte" durch die belangte Behörde rechtswidrig und die Festlegung "reziproker angemessener Entgelte" rechtlich geboten gewesen sei, als nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

5. Wenn sich die Beschwerde gegen die aus Punkt 3.2. des Spruchpunktes A des bekämpften Bescheides ergebende Verpflichtung der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei, alle Änderungen ihrer jeweiligen

Zusammenschaltungsverträge bzw. -anordnungen mit der T AG, welche für die Durchführung der gegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung von Bedeutung sind, einander wechselseitig und unverzüglich mitzuteilen und offen zu legen, wendet, ist sie zunächst auf § 41 Abs. 5 TKG zu verweisen, wonach Zusammenschaltungsvereinbarungen der Regulierungsbehörde schriftlich vorzulegen sind und von dieser veröffentlicht werden. Die besagte Regelung des bekämpften Bescheids bewegt sich somit bezüglich des Mitteilungsinhaltes im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmung. Ferner liegt diese Regelung im Rahmen des von der belangten Behörde (wie schon erwähnt) in der Zusammenschaltungsanordnung zu erzielenden fairen Ausgleichs zwischen den berechtigten Interessen der Parteien und dem derart zu schaffenden Äquivalenzgefüge, zumal die Verpflichtung zu unverzüglichen wechselseitigen Mitteilung und Offenlegung lediglich auf eine Beschleunigung des Informationsflusses im Verhältnis zu den nach der besagten gesetzlichen Regelung Gegebenen abzielt. Die belangte Behörde bedarf entgegen der offenbar von der Beschwerde vertretenen Auffassung zur Festlegung dieses fairen Ausgleichs nicht für jede in einer Zusammenschaltungsanordnung getroffene Bestimmung jeweils einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, vielmehr müssen die in einer Zusammenschaltungsanordnung enthaltenen einzelnen Regelungen der Anforderung eines fairen Ausgleichs in dem oben beschriebenen Rahmen gerecht werden. Vor diesem Hintergrund erscheinen auch - anders als die Beschwerde meint - weder die im Punkt 4.2. des Spruchpunktes A des bekämpften Bescheides enthaltene Verpflichtung der Zusammenschaltungsparteien, in ihren Zusammenschaltungsverbindungen mit der T AG über ausreichend dimensionierte Bündel zu verfügen, welche auch den anordnungsgegenständlichen Verkehr abwickeln können, noch die im Punkt 5.1.2. des Spruchpunktes A des bekämpften Bescheids vorgesehene Verrechnung in Form einer kaskadierten Abrechnung problematisch, zumal sich die aus Punkt 4.2. des angefochtenen Bescheids ergebende Verpflichtung nach den nicht in Zweifel gezogenen Ausführungen in der Begründung des Bescheids ohnehin bereits aus den zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei jeweils mit der T AG abgeschlossenen Zusammenschaltungsverträgen bzw. -anordnungen ergibt, und die besagte Bestimmung des Punktes 5.1.2. (ebenfalls unstrittig) in Übereinstimmung mit gleichlautenden Anträgen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei steht.

6. Bei der von der Beschwerdeführerin bemängelten "Öffnungsklausel" (Punkt 6.2. des angefochtenen Bescheides) handelt es sich nach der hg. Rechtsprechung um eine Regelung über die "Neuaushandlung von Vereinbarungen" im Sinn der Anlage gemäß § 6 der Zusammenschaltungsverordnung (ZVO), BGBl. II Nr. 14/1998, weshalb dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, der diesbezüglichen Anordnung fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, nicht gefolgt werden kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2002/03/0273).

7. Der Einwand der beschwerdeführenden Partei, die Verwertung der von ihr im Verwaltungsverfahren angestrebten Anordnung eines Refiling-Verbots könnte entgegen dem bekämpften Bescheid nicht auf § 39 Abs. 1 TKG gestützt werden, weil die von der belangten Behörde angeordnete "indirekte Zusammenschaltung" von dieser Bestimmung nicht erfasst sei, geht schon deswegen fehl, weil - wie sich aus den oben im Punkt II 2. verwiesenen Erkenntnissen ergibt -

auch eine solche indirekte Zusammenschaltung als Zusammenschaltung im Sinn des Art. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 97/33/EG (und damit auch im Sinne des § 3 Z. 16 TKG) einzustufen ist. Ferner kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, wenn sie aus den im bekämpften Bescheid diesbezüglich angestellten Überlegungen die Anordnung eines Verbots der in Rede stehenden Art mit § 39 Abs. 1 TKG für unvereinbar hielt.

8. Gemäß § 115 Abs. 1 TKG hat die Telekom-Control-Kommission, sofern das TKG nichts anderes bestimmt, das AVG anzuwenden. Dessen § 37 ordnet zwar an, dass den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben ist, doch stellt § 39 Abs. 2 AVG klar, dass - soweit die Verwaltungsvorschriften keine Anordnungen enthalten - eine Pflicht zur (amtswegigen) Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Allgemeinen nicht besteht (vgl. die bei Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, 12 (1998) auf Seite 546 unter E 61 und E 62 angeführte hg. Rechtsprechung). Der in § 41 Abs. 3 TKG enthaltenen Wendung "nach Anhörung der Beteiligten" ist (anders als die Beschwerde meint) eine Pflicht zur (amtswegigen) Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht entnehmbar, vielmehr beinhaltet sie die Verpflichtung zur Wahrung des Parteiengehörs (vgl. §§ 37, 45 Abs. 3 AVG). Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin nicht vorgebracht, dass sie vor der belangten Behörde einen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung gestellt hätte (vgl. § 39 Abs. 21 AVG iVm § 22 TKG). Das

Unterbleiben eines solchen Antrags ist mit Blick auf Art. 6 EMRK als schlüssiger Verzicht auf eine solche mündliche Verhandlung zu sehen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 8. September 2004, Zl. 2003/03/0128, und vom 20. Juli 2004, Zl. 2003/03/0103, beide mWH).

9. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

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

Wien, am 19. Oktober 2004

### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Gemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2  
Gemeinschaftsrecht Richtlinie richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts EURallg4/3 Individuelle  
Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Parteiengehör  
Parteiengehör Allgemein

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

ECLI:AT:VWGH:2004:2000030300.X00

**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)