jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/17 2000/03/0287

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.06.2004

**Index**

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E13103020;
E3L E13206000;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
26/01 Wettbewerbsrecht;
91/01 Fernmeldewesen;

**Norm**

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh1 Abschn3;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art6 lita;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;
EURallg;
KartG 1988 §35;
KartG 1988 §52 Abs1;
TKG 1997 §1;
TKG 1997 §110;
TKG 1997 §111 idF 2000/I/026;
TKG 1997 §32 Abs1;
TKG 1997 §32 Abs2;
TKG 1997 §33;
TKG 1997 §41 Abs3;
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §6 Abs1;
TKG ZusammenschaltungsV 1998 Anl;
VwGG §42 Abs2 Z1;

**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 S GmbH (nunmehr T GmbH) in Wien, vertreten durch Dorda Brugger & Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien,

Dr. Karl Lueger-Ring 12, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 31. Juli 2000, Zl. Z 4/00-14, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: A AG in W, vertreten durch Cerha Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

I.

Mit dem angefochtenen Bescheid erließ die belangte Behörde auf Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 26/2000, eine Anordnung für die Zusammenschaltung des öffentlichen festen Telekommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Mobiltelekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin. Diese Zusammenschaltungsanordnung enthält u.a. in Anhang 6 eine Festlegung der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte. Demnach ist für die Verkehrsart V 25 (Terminierung vom Netz der mitbeteiligten Partei in das Mobilnetz der Beschwerdeführerin) folgendes Entgelt pro Minute (exklusive Umsatzsteuer) festgelegt:

"ATS 2,20 vom 1. März 2000 bis zum 31. Juli 2000 ATS 1,90 vom 1. August 2000 bis zum 31. März 2001".

Das für die Verkehrsart V 26 "Zugang Dienst regional (mobile Originierung)" (Zugang aus dem Mobilnetz der mitbeteiligten Partei zu Diensterufnummern der Beschwerdeführerin) festgesetzte Entgelt beträgt "ATS 1,81" pro Minute.

Die belangte Behörde stellte fest, dass die (am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligte) M AG sowie die mitbeteiligte Partei entsprechend den von ihr erlassenen Bescheiden vom 31. Juli 2000, Zlen. M 2/99-99 und M 2/99-100, über eine marktbeherrschende Stellung (u.a. auf dem Zusammenschaltungsmarkt) verfügten. Der Marktanteil der Beschwerdeführerin liege "auf dem Zusammenschaltungsmarkt bei unter 20 %". Bereits mit Bescheid vom 23. Juli 1999, M 1/99-254, habe die belangte Behörde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin "auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen Mobilkommunikationsnetzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt". Im österreichischen Mobilmarkt agierten zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung vier Netzbetreiber, wobei die Beschwerdeführerin als zweiter Netzbetreiber nach der mitbeteiligten Partei im Februar 1996 ihren Betrieb aufgenommen habe. In Bezug auf die "in Österreich verrechneten bzw. tatsächlich zur Anwendung gelangenden Mobilterminierungs- und Mobiloriginierungsentgelte" stellte die belangte Behörde Folgendes fest:

"Mit dem zwischen der M AG und der A AG 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 24.7.1997) wurde zwischen den Vertragsparteien eine Stufenregelung insofern vereinbart, als Mobilterminierungsentgelte in der Höhe von ATS 2,50/min (1.3.98 - 28.2.99) sowie in weiterer Folge in der Höhe von ATS 2,20/min (1.3.99 - 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 überein gekommen sind, dass die M im Wettbewerb gegenüber anderen Mobilfunkbetreibern in sämtlichen, die Zusammenschaltung betreffenden Belangen nicht benachteiligt (werden soll); der M AG 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 vom Festnetz ins Mobilnetz schrittweise abgesenkt. Bis zum 31.12.1999 hatte die UTA ATS 2,20 (0,160 EUR) pro Minute an die M, zwischen dem 1.1.2000 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 S wurde in einem Zusammenschaltungsvertrag zwischen der A und S vom 22.8.1997 vereinbart, dass das Mobilterminierungsentgelt ATS 2,70/min beträgt. Im Änderungsvertrag zum Zusammenschaltungsvertrag vom 10.7.1998 wurde ein Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von ATS 2,50/min (1.3.1998 bis 28.2.1999) sowie in der Höhe von ATS 2,20/min (01.03.1999 bis 29.2.2000) vereinbart. Vergleichbar mit der M AG wurde auch zwischen der A und S am selben Tag ein "Sideletter" zum Änderungsvertrag zwischen den Parteien abgeschlossen, mit welchem spezielle Nichtdiskriminierungsgebote und Anpassungsmechanismen vereinbart wurden.

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

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

Zu den technischen Besonderheiten einer direkten Festnetz-Mobilnetz-Zusammenschaltung habe die belangte Behörde ein Gutachten erstellen lassen, aus dem sich zusammenfassend ergeben habe, dass die Unterschiede zwischen der Zusammenschaltung zweier Festnetze und eines Festnetzes mit einem Mobilnetz gering seien, sodass aus technischer Sicht Regelungen für die Festnetzzusammenschaltung - mit einigen Adaptionen - auch auf die Zusammenschaltung zwischen einem Festnetz und einem Mobilnetz übertragbar seien. Die Telekommunikationsnetze der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei seien bereits miteinander verbunden, wobei die Zusammenschaltung aus technischer Sicht "funktioniert, jedoch über die Bedingungen jedenfalls ab dem 1. März 2000 Uneinigkeit besteht".

Die mitbeteiligte Partei habe beantragt, die an die Beschwerdeführerin für die Terminierung in deren Netz zu entrichtenden Zusammenschaltungsentgelte mit S 2,00/min ab dem 1. März 2000 und mit S 1,90/min ab dem 1. April 2000 festzusetzen. Die Beschwerdeführerin habe dagegen in ihrer Stellungnahme beantragt, ein angemessenes Entgelt in der Höhe der "üblichen Marktpreise" von S 2,70/min festzusetzen.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass für marktbeherrschende Unternehmen die Zusammenschaltungsentgelte nach dem Grundsatz der Kostenorientierung festzulegen seien. Für die Entgelte von auf dem Zusammenschaltungsmarkt nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern fehle "eine verbindliche gesetzliche Festlegung im Hinblick auf die Kostenorientierung", vielmehr sei für die Beschwerdeführerin ein "angemessenes Entgelt" festzulegen. Bei der Anordnung der Zusammenschaltung bzw. der Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen komme der belangten Behörde ein Ermessensspielraum zu, bei dessen Ausfüllung "eine möglichst getreue Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durchzuführen" sei. Das Erfordernis der Regulierung der Terminierungsentgelte für Anrufe in das Anschlussnetz eines nicht marktbeherrschenden Mobilnetzbetreibers ergebe sich auch daraus, dass dieser - weil die an sein Netz direkt angeschlossenen Teilnehmer nur über sein Netz erreichbar seien - "im Segment seines Anschlussnetzes eine monopolähnliche Stellung, die ihm erlaubt, die Zusammenschaltungsentgelte ohne intensiven Wettbewerbsdruck festzusetzen", besitze. Aus Sicht der anderen Netzbetreiber stelle dessen Anschlussnetz eine notwendige, kaum substituierbare Komponente ("essential facility") dar.

Das angemessene Entgelt solle sich grundsätzlich in jener Höhe bewegen, die sich bei einer Wettbewerbssituation ergeben würde. Zusätzlich sei jedoch auch der Grundsatz des Investitionsschutzes für die Aufbauphase neuer Marktteilnehmer auf Grund des Regulierungszieles der Förderung des Markteintrittes neuer Anbieter zu berücksichtigen. Zur Ausfüllung des der Regulierungsbehörde im Rahmen der Festlegung des angemessenen Entgelts zukommenden Ermessensspielraumes böten sich als Parameter das Vergleichsmarktkonzept ("Benchmarking"), die Methode des "Retail minus" (bei der sich die Terminierungsentgelte an den Endkundentarifen des Mobilfunkbetreibers orientierten) und die Ermittlung des Zusammenschaltungsentgelts in Abhängigkeit von der Unternehmensgröße und

der erreichten Marktposition (wobei mit stärkerer Marktposition eine Reduktion der Zusammenschaltungsentgelte eintreten sollte) an. Da es sich beim Zusammenschaltungsmarkt im Hinblick darauf, dass die an ein Mobilnetz angeschlossenen Teilnehmer nur über dieses Anschlussnetz erreichbar seien und in Mobilnetzen auf Grund subventionierter Endgeräte, Bindungsfristen, Kundenbindungsprogrammen, speziellen Tarifen für netzinterne Gespräche und nicht übertragbaren Endgeräten sowie das Fehlen der Möglichkeit der Mitnahme der Anschlussnummer bei einem Betreiberwechsel eine besonders starke Kundenbindung bestehe, handle es sich beim Zusammenschaltungsmarkt um keinen Wettbewerbsmarkt. Das angemessene Entgelt könne daher nicht aus den von den verschiedenen Betreibern tatsächlich vereinbarten Entgelten abgeleitet werden. Ein nationales "Benchmarking" (Vergleich der auf dem nationalen Markt tatsächlich zur Anwendung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte) sei nur geeignet, "um die Bandbreite für das angemessene Entgelt aufzuspannen". Das untere Limit könne aus dem Entgelt, das für ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung festgesetzt werden müsste, abgeleitet werden. Auf Grundlage der Entscheidung der belangten Behörde vom 11. November 1999, Z 8/99, komme dafür das seit 1. April 1999 gegenüber der marktbeherrschenden M AG festgesetzte Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von S 1,90/min zur Anwendung. Das obere Limit, das derzeit auf Grund des nationalen "Benchmarkings" aufgezeigt werde, liege bei S 2,70/min; dieses Mobilterminierungsentgelt sei von der belangten Behörde für den Markteinsteiger "Te" angeordnet worden.

Bei der konkreten Festlegung der Mobilterminierungsentgelte der Beschwerdeführerin habe sich die belangte Behörde von folgenden Überlegungen leiten lassen: Der Markteintritt der Beschwerdeführerin sei im Februar 1996 erfolgt, sodass die "erste Phase des Markteintrittes bereits abgeschlossen" sei und die Beschwerdeführerin "sich auf dem Markt etabliert" habe. Zum Schutz neuer Betreiber in der ersten Phase des Markteintrittes erscheine eine "Schutzfrist von einem Zeitraum von etwa drei Jahren als angemessen", sodass die Beschwerdeführerin nicht mehr von dieser aus dem Gesamtzweck des Gesetzes ableitbaren wettbewerblichen Schutzfrist umfasst sei. Die Beschwerdeführerin könne jedenfalls nicht mit einem Markteinsteiger verglichen werden, sondern es sei der belangten Behörde ein (historischer) Vergleich der Beschwerdeführerin mit der M AG als angebracht erschienen. In dem diese Gesellschaft betreffenden Bescheid der belangten Behörde vom 11. November 1999 sei auf der Grundlage eines FL-LRAIC-Kostenrechnungsmodells und unter Heranziehung der Daten der M für das Jahr 1998 das Mobilterminierungsentgelt in einer Höhe von S 2,20/min bis zum 31. Dezember 1999, S 2,00/min bis zum 31. März 2000 sowie S 1,90/min ab dem 1. April 2000 festgelegt worden. Bei einem Vergleich der auf Basis der terminierenden Zusammenschaltungsentgelte erzielten Umsätze und der terminierenden Verkehrsminuten werde deutlich, dass die Beschwerdeführerin gegenwärtig eine ähnliche Marktposition erreicht habe, wie sie die M AG am Ende des Jahres 1998 innegehabt habe. Gemessen an der Unternehmensgröße und der erreichten Marktposition der Beschwerdeführerin hätte sich das Zusammenschaltungsentgelt an den im erwähnten Bescheid vom 11. November 1999 festgesetzten "Wettbewerbspreisen" zu orientieren. Außerdem sei zu beachten gewesen, das in dem zwischen der mitbeteiligten Partei und der Beschwerdeführerin vereinbarten "Änderungsvertrag" vom 10. Juli 1998 für den Zeitraum vom 1. März 1999 bis zum 29. Februar 2000 ein Zusammenschaltungsentgelt von S 2,20/min vereinbart und daher von der Beschwerdeführerin "als angemessenes, wohl auch zumindest kostendeckendes Mobilterminierungsentgelt" erachtet worden sei, und dass die Beschwerdeführerin ihrem Festnetzdienst "max.plus" ein Mobilterminierungsentgelt in der Höhe von maximal S 1,97/min in Rechnung gestellt habe. Die Senkung des zunächst mit S 2,20/min festzusetzenden Mobilterminierungsentgelts auf S 1,90/min ab dem 1. August 2000 habe sich daraus ergeben, dass im Mobilfunkmarkt bereits jetzt ein - im Unterschied zum Festnetzmarkt - intensiver Wettbewerb herrsche, wobei der Wettbewerbspreis S 1,90/min betrage. Um einen "disruptiven" regulatorischen Eingriff zu vermeiden, sei das festzusetzende Entgelt stufenweise "der internationalen Praxis entsprechend" an diesen Wettbewerbspreis heranzuführen gewesen. Dass eine derartige Einschleifregelung im positiven Recht vorgesehen sei, verdeutliche "auch die Anlage zu § 6 ZVO, welche als Mindestbestandteile einer Vereinbarung u. a. die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten und deren Weiterentwicklung" enthalte. Das Entgelt in der Höhe von S 1,90/min entspreche jenem, wie es von der belangte Behörde in ihrer schon erwähnten Entscheidung Zl. Z 8/99 für die Zeit ab dem 1. April 2000 gegenüber der M AG "basierend auf dem Kostenrechnungssystem FL-LRAIC" festgelegt worden sei. Mit dem Kostenrechnungssystem FL-LRAIC werde das Zusammenschaltungsentgelt eines "effizienten Betreibers" ermittelt und ein "simulierter" Preis auf einem Wettbewerbsmarkt festgestellt. Es handle sich bei dem auf dieser Basis errechneten Zusammenschaltungsentgelt um "den Wettbewerbspreis, also um jenen Preis, der sich bei funktionierendem Wettbewerb auf dem relevanten Markt einstellen würde". Die Unternehmensgröße und Marktposition der

Beschwerdeführerin sei jener der M AG zum Zeitpunkt der Festlegung der kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte vergleichbar. Da es bei der Zusammenschaltung mit dem mobilen Netz nur einen effizienten Preis je Gesprächstyp geben könne, bestehe bei vergleichbaren Wettbewerbspositionen nur ein Wettbewerbspreis, sodass das gegenüber der M AG festgelegte Zusammenschaltungsentgelt "einen angemessenen Preis unter vergleichbaren Wettbewerbspositionen" darstelle.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der eine Verletzung im Recht auf Anordnung von gesetzmäßigen - nicht kostenorientierten - Zusammenschaltungsentgelten geltend gemacht wird. Konkret wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die für die Verkehrsarten "V 25 Terminierung Mobilnetz" und "V 26 Zugang Dienst regional" festgelegten Zusammenschaltungsentgelte und beantragt, den angefochtenen Bescheid kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift. Die mitbeteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurden Zusammenschaltungsentgelte für den Zeitraum vom 1. März 2000 bis 31. März 2001 (vgl. Spruchpunkt I Z 11.2) festgesetzt.

Nach § 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 26/2000, ist der Telekom-Control-Kommission unter anderem die Aufgabe der "Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41" zugewiesen.

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 3 TKG soll durch die Maßnahmen der Regulierung u.a. das Ziel erreicht werden, "den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Missbräuchen vorzubeugen" (siehe auch § 32 Abs. 1 Z 3 TKG). § 32 Abs. 2 leg. cit. ordnet an, dass "die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes ... unberührt" bleiben.

Der für die Entscheidung der belangten Behörde maßgebliche § 41 Abs. 1 bis 3 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997, lautete:

"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."

Die zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften waren Art. 6 lit. a, Art. 7 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Anhang I sowie Art. 9 Abs. 1, 3, 5 und 6 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG; diese hatten folgenden Wortlaut:

"Art. 6 Hinsichtlich der Zusammenschaltung der in Anhang I aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste, die von Organisationen bereitgestellt werden, die

nach Meldung durch die nationalen Regulierungsbehörden beträchtliche Marktmacht besitzen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass

a) die betreffenden Organisationen hinsichtlich der Zusammenschaltung, die sie anderen anbieten, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung einhalten. Sie wenden gegenüber mit ihnen zusammengeschalteten Organisationen, die gleichartige Dienstleistungen erbringen, unter vergleichbaren Umständen gleichwertige Bedingungen an und stellen Zusammenschaltungsleistungen und Informationen für andere zu denselben Bedingungen und mit derselben Qualität bereit, die sie für ihre eigenen Dienste oder die ihrer Tochtergesellschaften oder Partner bereitstellen; (...)

Art. 7 (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, das die Absätze 2 bis 6 auf Organisationen angewandt werden, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste betreiben und von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden.

(2) Die Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung. Die Beweislast, dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten, liegt bei der Organisation, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Die nationalen Regulierungsbehörden können eine Organisation dazu auffordern, ihre Zusammenschaltungsentgelte vollständig zu begründen, und gegebenenfalls eine Anpassung von Entgelten verlangen. Dieser Absatz gilt auch für die in Anhang I Abschnitt 3 aufgeführten Organisationen, die von den nationalen Regulierungsbehörden als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet werden."

Anhang I der RL 97/33/EG:

"SPEZIFISCHE ÖFFENTLICHE TELEKOMMUNIKATIONSNETZE UND FÜR DIE

ÖFFENTLICHKEIT ZUGÄNGLICHE TELEKOMMUNIKATIONSDIENSTE (nach Artikel 3 Absatz 2)

Den nachstehend aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetzen und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten wird auf europäischer Ebene entscheidende Bedeutung beigemessen. Für Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht, die die nachstehenden öffentlichen Telekommunikationsnetze und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste anbieten, gelten hinsichtlich Zusammenschaltung und Zugang Sonderverpflichtungen gemäß Artikel 4 Absatz 2, Artikel 6 und Artikel 7.

Abschnitt 1 Das feste öffentliche Telefonnetz

(...)

Abschnitt 2 der Mietleitungsdienst

(...)

Abschnitt 3 Öffentliche mobile Telefonnetze

(...)"

"Art. 9 (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 (ZB. 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 wendet sich gegen die mit dem angefochtenen Bescheid (im Anhang 6 der Zusammenschaltungsanordnung) erfolgte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten für die von ihr erbrachten Zusammenschaltungsleistungen, wobei im Vordergrund des Beschwerdevorbringens die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V 25 Terminierung Mobilnetz (Terminierung aus dem Netz der mitbeteiligten Partei A AG in das Mobilnetz der Beschwerdeführerin) steht. Dieses Zusammenschaltungsentgelt wurde mit S 2,20 vom 1. März 2000 bis zum 31. Juli 2000 und mit S 1,90 vom 1. August 2000 bis zum 31. März 2001 festgelegt. Die Beschwerdeführerin macht dagegen im Wesentlichen geltend, diese Entgelte entsprächen im Wesentlichen jenen, die im Bescheid vom 11. November 1999, Z 8/99, von der belangten Behörde als Zusammenschaltungsentgelte für den auf dem Zusammenschaltungsmarkt beherrschenden Betreiber M AG entsprechend dem Grundsatz der Kostenorientierung festgelegt worden seien. Da es sich bei der Beschwerdeführerin jedoch nicht um einen auf dem Zusammenschaltungsmarkt beherrschenden Betreiber handle, sei "die Anordnung von im Ergebnis - nach der FL-LRAIC-Methode für Mobilkom berechneten - kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelten" in Bezug auf die Beschwerdeführerin unzulässig. Insbesondere sei auch der von der belangten Behörde herangezogene Vergleich der absoluten Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin mit jenen der M unzulässig, weil dabei außer Acht gelassen worden sei, dass der Vergleich "von absoluten Umsatzzahlen, die sich auf verschiedene Zeitpunkte beziehen - im vorliegenden Fall liegen die Vergleichszeitpunkte 15 Monate auseinander - in einem dynamischen Markt (wie dem Zusammenschaltungsmarkt) überhaupt nicht aussagekräftig" sei. Wenn die belangte Behörde schon einen "historischen Vergleich" heranziehe, so hätte sie auf die "relative Marktposition der Verfahrensparteien, also auf deren Marktanteile, abstellen müssen; dabei hätte sich herausgestellt, dass M im Dezember 1998 jedenfalls mehr als 25 % Marktanteil auf dem Zusammenschaltungsmarkt gehabt habe und somit marktbeherrschend gewesen sei, während die Beschwerdeführerin im März 2000 lediglich 18 % der Marktanteile gehalten habe (und somit nicht marktbeherrschend gewesen sei). Solange die Beschwerdeführerin nicht ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung erreicht habe, müssten die für die Terminierung in ihr Mobilnetz vorgeschriebenen Zusammenschaltungsentgelte jedenfalls höher liegen als die für einen marktbeherrschenden Mobilfunkbetreiber nach dem Grundsatz der

Kostenorientierung festgelegten Zusammenschaltungsentgelte. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin u.a. geltend, dass der angefochtene Bescheid an einem wesentlichen Verfahrensmangel leide, weil ihr die Einzelheiten der Berechnung des angeordneten Entgeltes nicht bekannt seien; an dem Verfahren, in dem dieses Entgelt in Bezug auf die M AG ermittelt worden sei, sei sie nicht beteiligt gewesen. Die belangte Behörde habe es im angefochtenen Bescheid verabsäumt zu begründen, warum die auf der Grundlage des Netzes der M nach dem Ansatz FL-LRAIC berechneten Kosten eines effizienten Betreibers auch die Basis für die Berechnung des angemessenen Zusammenschaltungsentgelts der Beschwerdeführerin bilden könnten.

Außerdem macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die belangte Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides nicht zuständig gewesen sei, weil diese sich eine ihr nicht zustehende Kompetenz als "die Marktverhältnisse regelnde Wettbewerbsbehörde" angemaßt habe. Sie habe nämlich ihre Entscheidung insofern (auch) auf die §§ 34 ff Kartellgesetz gestützt, als sie ausgeführt habe, dass bei der Beschwerdeführerin "nach allgemeinem Wettbewerbsrecht eine marktbeherrschende Stellung zu vermuten sei und die Erzwingung eines unangemessenen Preises auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des allgemeinen - nationalen wie europäischen - Wettbewerbsrechts darstellen könnte" und dass "die Festsetzung reziproker Zusammenschaltungsentgelte" nach dem Grundsatz der Kostenorientierung auch daraus folge, dass es sich bei einer Terminierung von Gesprächen im Netz eines Mobilfunkbetreibers um eine sogenannte "essential facility" handle.

3. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Unzuständigkeit liegt nicht vor. Die Aufgaben, die der nach § 110 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 26/2000, eingerichteten Telekom-Control-Kommission zugewiesen sind, sind in § 111 TKG angeführt. Nach § 32 Abs. 2 leg. cit. lässt die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes ausdrücklich unberührt. Die Regulierungsbehörde und das Kartellgericht können daher wegen ein und desselben Sachverhaltes angerufen werden, wobei sie den Sachverhalt jeweils nach unterschiedlichen Kriterien zu beurteilen haben (vgl. etwa Parschalk/Zuser/Otto, Telekommunikationsrecht (2002) 77 f). Missbräuche können, wie der OGH in seinem Beschluss vom 1. März 1999, 16 Ok 1/99, ausgesprochen hat, im Telekommunikationsbereich - bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen - sowohl nach den §§ 35, 52 Abs. 1 Kartellgesetz als auch nach dem TKG abgestellt werden, auch wenn dies teilweise zu überschneidenden Verfahren führen kann (vgl. auch die Nachweise im erwähnten Beschluss des OGH sowie nunmehr das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. April 2004, Zl. 2002/03/0129).

Die belangte Behörde hat die Zusammenschaltungsanordnung in Wahrnehmung der ihr nach § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 111 Z 6 TKG (in der Fassung BGBl. I Nr. 26/2000) zugewiesenen Aufgaben erlassen. Von einer Unzuständigkeit der belangten Behörde zur Erlassung des angefochtenen Bescheides kann daher im vorliegenden Fall keine Rede sein.

4. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0164, festgehalten hat, hat die Regulierungsbehörde bei der Entscheidung über die Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen gemäß § 41 Abs. 3 TKG - soweit es nicht um die Festlegung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens geht - angemessene Bedingungen festzulegen und dadurch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen. Aus § 41 Abs. 3 TKG sowie aus Art. 7 der Richtlinie 97/33/EG ergibt sich zwingend, dass der Grundsatz der Kostenorientierung - im Sinne einer Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unter Zugrundelegung eines FL-LRAIC-Kostenrechnungsansatzes - ausschließlich auf die Zusammenschaltungsentgelte jener Unternehmen anzuwenden ist, die im Sinne des § 33 TKG auf dem Zusammenschaltungsmarkt marktbeherrschend sind. Generell ist nach Art. 6 lit. a der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Zusammenschaltung aller öffentlichen Telekommunikationsnetze und für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdienste, die von Organisationen bereitgestellt werden, die "beträchtliche Marktmacht" besitzen, sicherzustellen, dass die betreffenden Organisationen hinsichtlich der Zusammenschaltung, die sie anderen anbieten, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung einhalten. Während diese Richtlinienbestimmung auch jene Unternehmen erfasst, die nur auf dem Mobilfunkmarkt "beträchtliche Marktmacht" besitzen, ist hingegen nach Art. 7 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang I Abschnitt 3 der Richtlinie die kostenorientierte Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Hinblick auf Mobilfunkunternehmen nur vorgesehen, wenn diese "als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem Zusammenschaltungsmarkt" eingestuft werden.

Zutreffend ist die belangte Behörde daher davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall keine kostenorientierten, sondern im Sinne des Gesagten angemessene Zusammenschaltungsentgelte festzulegen waren, wobei im Hinblick auf

die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Mobilfunkmarkt auch der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß Art. 6 lit. a RL 97/33/EG zu beachten ist.

5. Bei der konkreten Festlegung der (angemessenen) Zusammenschaltungsentgelte sind sowohl die Gesetzes- bzw. Regulierungsziele der §§ 1 und 32 Abs. 1 TKG als auch die für die Entscheidung in einer Zusammenschaltungsstreitigkeit maßgeblichen Kriterien gemäß Art. 9 Abs. 5 und 6 RL 97/33/EG und die Zielsetzungen des Art. 9 Abs. 1 RL 97/33/EG zu berücksichtigen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0164, sowie in der Folge etwa die Erkenntnisse vom 28. April 2004, Zlen.2003/03/0084 und 2002/03/0125).

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid unter Bezugnahme auf ein vorangegangenes Verfahren, in dem die Beschwerdeführerin nicht Partei war, angeordnet, dass die dort für die Zusammenschaltungsleistungen des auf dem Zusammenschaltungsmarkt marktbeherrschenden Unternehmens (M AG) auf der Grundlage eines FL-LRAIC-Kostenrechnungsansatzes als kostenorientiert festgelegten Entgelte stufenweise (innerhalb von fünf Monaten) auch für die Zusammenschaltungsleistung der Beschwerdeführerin, bei der es sich nicht um ein marktbeherrschendes Unternehmen handle, maßgeblich seien. Das auf Grundlage des erwähnten Kostenrechnungsansatzes ermittelte Entgelt sei "der Wettbewerbspreis", also jener Preis, "der sich bei funktionierendem Wettbewerb auf dem relevanten Markt einstellen würde". Für die Beschwerdeführerin und die M AG sei auf Grund des Umstandes, dass die Wettbewerbsposition der Beschwerdeführerin nunmehr jener der M AG bei Festsetzung des für diese geltenden kostenorientiert festgelegten Zusammenschaltungsentgelts vergleichbar sei, der selbe "angemessene Preis" festzulegen gewesen.

5.1. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es - wie der Verwaltungsgerichtshof mittlerweile in seinen Erkenntnissen vom 28. April 2004, Zlen. 2002/03/0084 und 2002/03/0125, festgehalten hat - nicht ausgeschlossen, dass gegebenenfalls auch die Zusammenschaltungsentgelte nicht marktbeherrschender Unternehmen - welche unter Berücksichtigung einer umfassenden Interessenabwägung, insbesondere unter Zugrundelegung der Kriterien des Art. 9 Abs. 5 und 6 RL 97/33/EG festzulegen sind - in derselben Höhe wie die kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte des Marktbeherrschers festgelegt werden können. Eine sowohl den Gesetzes- bzw. Regulierungszielen der §§ 1 und 32 Abs. 1 TKG als auch den für die Entscheidung in einer Zusammenschaltungsstreitigkeit maßgeblichen Kriterien gemäß Art. 9 Abs. 5 und 6 RL 97/33/EG und Zielsetzungen des Art. 9 Abs. 1 RL 97/33/EG gerecht werdende gesetzmäßige Interessenabwägung ist jedoch nur möglich, wenn die belangte Behörde die für die Interessenabwägung wesentlichen Umstände auf Seiten des betroffenen Unternehmens ermittelt und ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat.

5.2. Gegen die von der belangten Behörde angeordnete stufenweise Absenkung des Zusammenschaltungsentgeltes bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten kann eine den Umständen angemessene stufenweise Absenkung oder Erhöhung der bisher maßgeblichen Entgelte geboten sein, wenn dies nach Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung erforderlich erscheint, um den von Art. 9 Abs. 5 RL 97/33/EG geforderten fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen. Zutreffend hat die belangte Behörde in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die von ihr angeordnete Einschleifregelung mit der Zusammenschaltungsverordnung, BGBl. II Nr. 14/1998, im Einklang steht. § 6 Abs. 1 in Verbindung mit der Anlage zu dieser Verordnung zählt zu den zwingend in Zusammenschaltungsvereinbarungen vorzusehenden Bestandteilen einer solchen Vereinbarung auch "Festlegungen zu Zusammenschaltungsentgelten und deren Weiterentwicklung". Der belangten Behörde kann nicht entgegen getreten werden, wenn sie darunter auch eine stufenweise Heranführung von Zusammenschaltungsentgelten an einen vereinbarten oder festzulegenden Preis verstanden hat.

5.3. Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid jedoch insoweit mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, als sie auf die konkreten Kosten bei der Erbringung der Zusammenschaltungsleistungen auf Seiten der Beschwerdeführerin nicht in einer dem Gesetz entsprechenden Weise eingegangen ist. Im Zuge ihrer Interessenabwägung hatte die Regulierungsbehörde als ein Kriterium unter mehreren grundsätzlich auch die konkreten Kosten bei der Erbringung der Zusammenschaltungsleistungen auf Seiten der Beschwerdeführerin (als auf dem Zusammenschaltungsmarkt nicht marktbeherrschendem Unternehmen) zu berücksichtigen (vgl. die Erkenntnisse vom 18. März 2004, Zlen. 2002/03/0164, 2002/03/0165 und 2002/03/0188). Die Beschwerdeführerin hat schon im Verfahren vor der belangten Behörde darauf hingewiesen, dass das unter Zugrundelegung des FL-LRAIC-Kostenrechnungsansatzes für die M AG ermittelte Zusammenschaltungsentgelt nicht auf die Beschwerdeführerin übertragbar sei, weil diese ausschließlich ein GSM-Netz betreibe, während bei der M AG ein sich aus der Nutzung des

GSM- und des D-Netzes ergebender Mischsatz angewandt worden sei. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt, aus welchen Gründen der erwähnte Umstand - entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, dass deren Kosten höher lägen als jene der M - nicht von Bedeutung wäre. Da die belangte Behörde ersichtlich nicht auf die tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin abgestellt und die Beschwerdeführerin auch einen Umstand aufgezeigt hat, von dem nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei dessen Berücksichtigung auf Seiten der Beschwerdeführerin andere Kosten ermittelt worden wären, ist der angefochtene Bescheid schon aus diesem Grund mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

5.4. Dazu kommt, dass der angefochtene Bescheid dadurch, dass die belangte Behörde der Entgeltfestsetzung einen Preis zugrunde gelegt hat, der auf Grundlage eines Verfahrens, an dem die Beschwerdeführerin nicht beteiligt war, ermittelt wurde, ohne der Beschwerdeführerin zu den Ermittlungsergebnissen dieses Verfahrens im Sinne des § 45 Abs. 3 AVG Parteiengehör eingeräumt zu haben, an einem Verfahrensmangel leidet, dessen Wesentlichkeit die Beschwerdeführerin (unter anderem) mit dem zuvor erwähnten Hinweis aufgezeigt hat.

5.5. Weiters ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid davon ausgegangen, dass bei der Beurteilung der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien im Rahmen der Zusammenschaltung nicht marktbeherrschender Unternehmen auch von Bedeutung ist, zu welchen Bedingungen und mit welchen Netzbetreibern von den verfahrensbeteiligten Unternehmen auf privatrechtlicher Basis Zusammenschaltungsvereinbarungen ohne Anrufung der Regulierungsbehörde abgeschlossen wurden. Die Berücksichtigung dieser Umstände entspricht, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 28. April 2004, Zl. 2002/03/0084, festgehalten hat, dem Gesetz.

In diesem Zusammenhang hat die belangte Behörde festgestellt, dass im Zeitraum vor der verfahrensgegenständlichen Festsetzung zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei ein Zusammenschaltungsentgelt von S 2,20/min und mit der C GmbH, die nach der Beschwerdeführerin in den Mobilfunkmarkt eingetreten ist, ein Entgelt von S 2,70/min vereinbart worden sei. Das zuletzt erwähnte Mobilterminierungsentgelt komme auf Grund eines Bescheids der belangten Behörde auch für die Te GmbH als zuletzt in den Markt eingetretenem Mobilfunkunternehmen zur Anwendung. In Bezug auf das Zusammenschaltungsentgelt, welches die Beschwerdeführerin ihrem Festnetzdienst "max.plus" verrechnet, wird von der belangten Behörde im Rahmen der rechtlichen Würdigung ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin diesem ein Mobilterminierungsentgelt von "maximal" S 1,97/min in Rechnung stelle. Die Beschwerdeführerin hat dem gegenüber behauptet, dass sie dem Festnetzdienst "max.plus" ein Entgelt von S 2,70/min verrechne. Da im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt wird, auf Grund welcher Überlegungen die belangte Behörde - entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin - von dem im Rahmen ihrer rechtlichen Begründung erwähnten Entgelt im Verhältnis zu "max.plus" ausgegangen ist, hat die belangte Behörde dieses Zusammenschaltungsentgelt nicht nachvollziehbar festgestellt. Die von ihr vorgenommene Interessenabwägung kann daher auch auf Grund dieses Begründungsmangels keinen Bestand haben.

5.6. Schließlich hat die belangte Behörde ihrem Bescheid insofern eine unrichtige Rechtsansicht zugrunde gelegt, als sie die Entgeltfestsetzung damit begründet hat, dass die Unternehmensgröße und die erreichte Marktposition der Beschwerdeführerin und der M AG deshalb vergleichbar seien, weil die Beschwerdeführerin im März 2000 800 Millionen Verkehrsminuten im terminierenden Verkehr pro Jahr und die M im Jahr 1998 765 Millionen derartige Verkehrsminuten erreicht gehabt hätten, wobei auch die Umsätze in den auf diese Weise verglichenen Zeiträumen ungefähr gleich hoch gewesen seien. Nach Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 97/33/EG ist bei der Streitbeilegung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten von der Regulierungsbehörde unter anderem "die relative Marktstellung der Parteien" zu berücksichtigen. Der von der belangten Behörde vorgenommene "historische Vergleich" wird diesem Berücksichtigungsgebot insofern nicht gerecht, als dabei nicht die relative Marktstellung der betroffenen Parteien, sondern deren absolute Umsatz- bzw. Verkehrsminutenzahlen miteinander verglichen wurden. Sollte es zutreffen, dass - wie in der Beschwerde ausgeführt wird - die M auf dem Zusammenschaltungsmarkt im Dezember 1998 einen Marktanteil von mehr als 25 % inne hatte, während die Beschwerdeführerin "im März 2000 lediglich 18 % der Marktanteile hielt (und somit nicht marktbeherrschend war)", so hätte die belangte Behörde entgegen der erwähnten Richtlinienbestimmung nicht berücksichtigt, dass (jedenfalls "unter anderem") die relative Marktstellung der Parteien zu vergleichen war und daher auch der Umstand zu berücksichtigen gewesen wäre, dass die Marktanteile der beiden Unternehmen in den zum Vergleich herangezogenen Perioden nicht annähernd vergleichbar gewesen wären.

6. Die Aufhebung eines Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes geht der Aufhebung wegen Rechtswidrigkeit infolge von Verfahrensmängeln vor. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen

Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II/333.

Wien, am 17. Juni 2004

**Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Gemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2
Gemeinschaftsrecht Richtlinie richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts EURallg4/3

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2000030287.X00

**Im RIS seit**

28.07.2004

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at