jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2004/5/27 2002/03/0039

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.05.2004

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E13103020;
E3L E13206000;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

31990L0387 ONP-RL Einführung Art1 idF 31997L0051;
31990L0387 ONP-RL Einführung Art3 Abs2 idF 31997L0051;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh7 Abschn2 lith;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Anh7 Abschn2;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art3 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs1;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs5;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL;
31997L0051 Nov-31990L0387/31992L0044;
EURallg;
TKG 1997 §1 Abs2 Z2;
TKG 1997 §1;
TKG 1997 §32 Abs1 Z1;
TKG 1997 §32 Abs1 Z5;
TKG 1997 §33;
TKG 1997 §34;
TKG 1997 §38 Abs1 Z4;
TKG 1997 §41 Abs1;
TKG 1997 §41 Abs2;
TKG 1997 §41 Abs3;
TKG 1997 §41;
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §6 Anl;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Riedinger, Dr. Handstanger, Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die

Beschwerde der S GmbH in W, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Sterngasse 13, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 17. Dezember 2001, Zl. Z 19/01-15, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: T AG in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund ist schuldig, der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid erließ die belangte Behörde auf Antrag der Beschwerdeführerin gemäß § 41 Abs. 3 in Verbindung mit § 111 Z. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 134/2001, eine Zusammenschaltungsanordnung, mit der "ergänzend zu der zwischen den Verfahrensparteien bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarung vom 14.12.2000" im Wesentlichen ein weiterer Anhang ("Anhang 26 - Regelungen betreffend Transit und direkte Abrechnung des indirekten Verkehrs") festgelegt wurde. Dieser Anhang enthält unter anderem folgende Regelungen:

"1. Grundsätzliches

Die T erbringt Transitleistungen zwischen dem Netz des Zusammenschaltungspartners und Drittnetzen gemäß den nachstehenden Bedingungen.

Transitleistungen und Verkehrstrennungen im Netz der T sind nur auf der obersten Netzhierarchieebene möglich. Die Transitleistung der T ermöglicht die Erreichbarkeit aller der T bekannt gegebenen Rufnummern in Drittnetzen.

Der Zusammenschaltungspartner verpflichtet sich, an die T nur Verkehr zu senden, für dessen Übernahme eine Terminierungsvereinbarung oder Originierungsvereinbarung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und dem Drittnetzbetreiber besteht.

1.1. Verkehrsabhängige Entgelte

1.1.1. Terminierender Transit ohne Vorliegen einer Terminierungsvereinbarung

Für den Fall, dass der Zusammenschaltungspartner entgegen der Verpflichtung gemäß Punkt 1 Verkehr an die T sendet, für dessen Übernahme keine Terminierungsvereinbarung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und dem Drittnetzbetreiber besteht, wird vereinbart, dass der Zusammenschaltungspartner dem Drittnetzbetreiber für tatsächlich in dessen Netz terminierten Verkehr die Terminierungsentgelte in Höhe des jeweils zwischen der T und dem Drittnetz vereinbarten bzw. angeordneten Terminierungsentgeltes (V3 für Festnetzterminierung bzw. V25 für Mobilnetzterminierung) - zuzüglich eines Aufschlages in der Höhe von V3 (peak) schuldet. Diese Regelung stellt keine Vereinbarung im Sinne des § 41 TKG zwischen dem Zusammenschaltungspartner und dem Drittnetzbetreiber dar.

1.1.2. Originierender Transit ohne Vorliegen einer Originierungsvereinbarung mit dem Zielnetz

Für den Fall, dass der Zusammenschaltungspartner entgegen der Verpflichtung gemäß Punkt 1 Verkehr an die T sendet, für dessen Übernahme keine Originierungsvereinbarung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und dem Drittnetzbetreiber (Dienstenetzbetreiber) besteht, wird vereinbart, dass der Zusammenschaltungspartner dem Drittnetzbetreiber (Dienstenetzbetreiber) für tatsächlich zu Diensten in dessen Netz zugestellten Verkehr die vom Drittnetzbetreiber (Dienstenetzbetreiber) tarifierten Endkundenentgelte schuldet.

1.1.3. Vertrag zu Gunsten Dritter

Die Bestimmungen gemäß Punkt 1.1.1 und 1.1.2 sind echte Verträge zu Gunsten Dritter im Sinne des § 881 Abs. 2 ABGB. Der Drittnetzbetreiber hat gegen den Zusammenschaltungspartner daher einen eigenen, klagbaren, vertraglichen Anspruch auf Bezahlung der nach dieser Vereinbarung geschuldeten Entgelte.

...

2. Verrechnung von Transitleistungen

Für erbrachte Transitleistungen stellt die T die Transitentgelte gemäß Anhang 6 im Fall von terminierendem Transitverkehr dem Quellnetzbetreiber bzw. Verbindungsnetzbetreiber in Rechnung, im Fall von originierendem Transitverkehr bei Verbindungsnetzbetreiberverkehr dem Verbindungsnetzbetreiber, bei Verkehr zu zielnetztarifierten Diensten dem Dienstenetzbetreiber.

Die Verrechnung und weitere Betreibung der Forderungen von Entgelten aus indirekten Zusammenschaltungsverhältnissen zwischen dem Zusammenschaltungspartner und den Drittnetzen erfolgt direkt zwischen diesen.

3. Zurverfügungstellung von Daten bei Transitleistungen durch die T

3.1. Allgemeines

3.1.1. Durchführung

Die T stellt dem Zusammenschaltungspartner längstens binnen fünf Arbeitstagen nach Ablauf jedes Kalendermonats eine Interconnection-Verkehrsanalyse über den jeweiligen Vormonat zur Verfügung.

Diese IC-Verkehrsanalyse hat folgende Informationen zu beinhalten auf deren Grundlage es dem Zusammenschaltungspartner möglich ist, seine Rechnungen zur Abwicklung seiner indirekten Zusammenschaltungsverhältnisse mit Drittnetzen sachlich richtig zu erstellen, sowie die einlangenden Rechnungen aus seinen indirekten Zusammenschaltungsverhältnissen mit Drittnetzbetreibern auf deren Richtigkeit zu überprüfen.

Die IC-Verkehrsanalyse ist in zwei Teile gegliedert:

Teil 1: Diese Daten enthalten den gesamten Verkehr in der Reihenfolge der folgenden Kriterien aufgeschlüsselt:

1.

von und zu Drittnetzen, von und zum Netz der T,

2.

Netzbetreiber,

3.

Verkehrsart,

4.

Zeitfenster (peak, off-peak),

5.

Anzahl der Gespräche,

6.

Dauer der Gespräche in Sekunden.

Teil 2: Statistikdaten, in denen der gesamte über einen NÜP transitierte Verkehr getrennt nach:

1.

Verkehrsrichtung vom Zusammenschaltungspartner

2.

Verkehrsrichtung zum Zusammenschaltungspartner

3.

POI

4.

Netzbetreiber

5.

Verkehrsart

6.

Zeitfenster (peak, off-peak)

7.

Anzahl der Gespräche

8.

Dauer der Gespräche in Sekunden

aufgeschlüsselt ist.

Die T übermittelt diese Daten in bisheriger oder einvernehmlich abzustimmender elektronischer Form per verschlüsselter E-Mail sowie auf Wunsch auch auf Datenträger mittels eingeschriebener Sendung. Die Übermittlung erfolgt an die in Punkt 7.8 genannte Kontaktadresse.

3.1.2. Entgelt

Für die Zurverfügungstellung der Daten stellt die T dem Zusammenschaltungspartner ein Entgelt in der Höhe von Cent 0,18 pro Minute dann in Rechnung, wenn der Zusammenschaltungspartner gemäß Punkt 2 auch zur Zahlung der Transitleistung verpflichtet ist. Dies gilt unabhängig von einer Anforderung zur Zurverfügungsstellung dieser Daten durch den Zusammenschaltungspartner.

Die Anzahl der Minuten, aus denen sich das Datenzurverfügungsstellungs-Entgelt errechnet, entspricht der Anzahl der Minuten des verrechneten Transitverkehrs (V5, V6, V21)."

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass - nachdem die mitbeteiligte Partei unter anderem die Beschwerdeführerin von einer Umstellung von "kaskadierter" zu direkter Abrechnung in Kenntnis gesetzt habe - Gespräche zwischen der mitbeteiligten Partei und dem Verband alternativer Telekomnetzbetreiber, dessen Mitglied auch die Beschwerdeführerin sei, sowie auch zwischen der mitbeteiligten Partei und der Beschwerdeführerin stattgefunden hätten. Dabei sei keine Vereinbarung über die verfahrensgegenständlichen Zusammenschaltungsleistungen betreffend Transit und direkte Abrechnung des indirekten Verkehrs zustande gekommen. Zu Punkt 1. ("Grundsätzliches") bestehe Konsens zwischen den Parteien; hinsichtlich der verkehrsabhängigen Entgelte, welche in Punkt 1.1. festgelegt worden seien, würden die Anträge der Parteien jedoch auseinander gehen. Ein weiterer wesentlicher Dissenspunkt betreffe die grundsätzliche Entscheidung, ob die Möglichkeit, "vertragslosen" Verkehr in fremde Netze zu schicken "und damit die Regelung des Vertrages zugunsten Dritter nur einen subsidiären Rechtsbehelf" darstelle, oder ob die vertragslose Inanspruchnahme fremder Leistungen "eine einer vertraglichen Beziehung gleichwertige Möglichkeit" sei. Die belangte Behörde folge im Wesentlichen dem Antrag der mitbeteiligten Partei und ordne einen Aufschlag für den Fall vertragsloser Inanspruchnahme von Terminierungsleistungen an, da die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter nur als ein zu jeder vertraglichen Vereinbarung subsidiärer Behelf anzusehen sei, der dem Zielnetz wenigstens einen Anspruch auf Bezahlung der erbrachten Leistungen sicherstellen solle.

Die Regelung des Aufschlages auf das "regulierte Entgelt" habe ihren Grund insbesondere darin, dass die Vertragskonstruktion zugunsten Dritter keinesfalls eine gleichberechtigt neben einem Vertrag bzw. einer Anordnung stehende Möglichkeit des Quellnetzes darstelle, auf deren Basis das Quellnetz ohne Vereinbarung Verkehr in ein Zielnetz senden dürfe. Das Senden von Verkehr an ein Zielnetz (Dienstenetz), mit dem der Verfügungsberechtigte über das Quellnetz keinen Vertrag abgeschlossen habe, sei trotz des Vertrages zugunsten Dritter unzulässig, rechtswidrig und nicht erwünscht. Aus diesem Grund erscheine der belangten Behörde auch die Anordnung eines Aufschlages auf das für die erbrachte Leistung des Zielnetzes (Dienstenetzes) zu leistende Entgelt und die damit verbundene pönalisierende Wirkung angemessen, da das Quellnetz dazu angehalten werde, "entweder das rechtswidrige Senden von Verkehr zu unterlassen, oder sich mit dem Zielnetz einen entsprechenden Vertrag auszuhandeln."

Das für den Fall des terminierenden Transits Gesagte gelte nach Auffassung der belangten Behörde auch im Zielnetzszenario (originierender Transit). In diesem Fall bestehe konkret die Gefahr für das Ziel-(=Dienste-)Netz, dass Teilnehmer eines Betreibers, mit dem der Dienstenetzbetreiber keinen Vertrag habe, die im eigenen Netz (Dienstenetz) eingerichteten Dienste anrufen würden, ohne dass das Dienstenetz einen vertraglichen Anspruch auf Bezahlung des vom Teilnehmernetz von dessen Endkunden zu kassierenden Diensteentgelts habe. Für diesen Fall erscheine daher

zum Schutz des Dienstenetzes die Anordnung eines Vertrages zugunsten Dritter als ebenso taugliches und angemessenes Mittel wie im Quellnetzszenario (terminierender Transit). Die "Motivierungsfunktion" werde dadurch erreicht, dass der Quellnetzbetreiber das gesamte Diensteentgelt in der vom Dienstenetz tarifierten Höhe schulde, ohne sich das Zusammenschaltungsentgelt für die Originierung (und sonstige Zahlungen wie z.B. für Inkasso oder Billing) abziehen zu dürfen.

Zu Punkt 3.1.1. des Anhanges 26 führte die belangte Behörde aus, dass in diesem Punkt im Wesentlichen dem Antrag der mitbeteiligten Partei gefolgt werde. Insbesondere erscheine der belangten Behörde eine Lieferung der Verkehrsanalyse nur auf Wunsch des Zusammenschaltungspartners bzw. eine Aufteilung in "zur Rechnungslegung notwendige Daten" und "Statistikdaten" nicht zweckmäßig. Im Hinblick auf das für die Bereitstellung der Verkehrsdaten in Punkt 3.1.2. angeordnete Entgelt seien die Anträge der Parteien sowohl hinsichtlich der Höhe des Entgelts als auch bezüglich der Zahlungsverpflichtung unterschiedlich. Die mitbeteiligte Partei habe das Entgelt in derselben Höhe beantragt, "in der nach den jüngsten Entscheidungen (z.B. Z. 6/01 zwischen denselben Parteien) das kostenorientierte Clearingentgelt" berechnet worden sei (0,18 Cent pro Minute). Die Beschwerdeführerin habe bestritten, dass das Entgelt für die Erstellung und Lieferung der Verkehrsdaten gleich hoch sein könne wie das Clearingentgelt; ein kostenorientiertes Datenbereitstellungsentgelt könne nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gleich hoch sein wie das kostenorientierte Clearingentgelt. Die Beschwerdeführerin habe die Trennung in "zur Rechnungslegung notwendige Daten" und "Statistikdaten" beantragt, wobei nur erstere jedenfalls zu bezahlen sein sollten. Die belangte Behörde habe - im Wesentlichen dem Antrag der mitbeteiligten Partei folgend - Entgelte "in derselben Höhe wie das Clearingentgelt" angeordnet. Die Generierung, Aufbereitung und Übermittlung der Verrechnungsdaten verursache bei der mitbeteiligten Partei Kosten, die nach dem Verursacherprinzip von dem Netzbetreiber zu tragen seien, der die Transitleistung der mitbeteiligten Partei in Anspruch nehme. Transit finde im Netz der mitbeteiligten Partei nur auf der obersten Netzhierarchieebene statt. Auf dieser Ebene würden die für die Evidenzhaltung des zum Transit übergebenden Verkehrs benötigten UDRs (unit data records) gerade wegen dieser Evidenzhaltung des Transitverkehrs extra generiert. Diese UDRs seien nötig, damit die mitbeteiligte Partei ihre Transitleistung und die damit an das jeweils den Transit in Anspruch nehmende Netz zu verrechnenden Entgelte überhaupt bestimmen könne. Diese Kosten würden als notwendigerweise mit der Erbringung des Transits verbunden ebenfalls vom Quellnetz (bzw. Dienstenetz) verursacht und seien nach dem Verursacherprinzip daher auch von diesem zu tragen. Beim terminierenden Transit würden der Nutzer der mit dem Transit zusammenhängenden Datenlieferung, nämlich das Zielnetz, das die Daten zur Rechnungserstellung jedenfalls benötige, und der Zahlungspflichtige, nämlich das Quellnetz, notwendigerweise auseinanderfallen. Hingegen würden im Fall des originierenden Transits der Nutzer der mit dem Transit zusammenhängenden Datenlieferung und der Zahlungspflichtige im Zielnetz (Dienstenetz) zusammenfallen. Entscheidend sei nur, wer den Aufwand verursacht habe. Die Richtigkeit des von der Beschwerdeführerin wiederholt vorgebrachten Arguments, dass sie die Daten nicht benötige, könne im Hinblick auf die Erstellung bzw. Überprüfung von Rechnungen dahin gestellt bleiben, da die Tatsache, ob die Beschwerdeführerin diese Daten zur Erstellung bzw. Überprüfung von Rechnungen benötige, nicht der Grund sei, warum diese Daten erstellt und übermittelt würden. Der Grund liege vielmehr in der Inanspruchnahme von Zusammenschaltungsleistungen (Transit und Terminierung) fremder Netze.

Die von der Beschwerdeführerin vertretene Rechtsauffassung, wonach die Lieferung der Daten eine entbündelbare Leistung des Transitnetzes an dasjenige beteiligte Netz darstellen könne, das diese Daten zur Rechnungserstellung benötige, halte der genauen Überprüfung nicht stand. Es könne zu einem Auseinanderfallen von Nutzer (Zielnetzbetreiber) und Zahler (Quellnetzbetreiber bzw. Verbindungsnetzbetreiber, "weil auch Verursacher") der Leistung (Datenbereitstellung) kommen. Da die Datenerstellung und - lieferung notwendig mit dem Transit (und der Terminierung) zusammenhänge, könne es sich daher auch nicht um eine "entbündelbare Leistung" im Sinne der Zusammenschaltungsverordnung handeln. Die Kosten würden in derselben Höhe anfallen, wenn nur die für die Abrechnung des Transits und die Rechnungserstellung tatsächlich benötigten Daten erstellt und aufbereitet würden. Die zusätzlich generierten Statistiken würden lediglich ein "Nebenprodukt" dieser Datengenerierung darstellen, für das dem Zahlungspflichtigen kein gesondertes Entgelt in Rechnung gestellt werde. Daher sei auch die von der Beschwerdeführerin beantragte Trennung in "zur Rechnungslegung notwendige Daten" und "Statistikdaten" nicht angeordnet worden, da dies an der Zahlungspflicht weder dem Grunde noch der Höhe nach etwas geändert hätte. Die belangte Behörde gehe grundsätzlich davon aus, dass das Quellnetz, in dessen Interesse der terminierende Transit stattgefunden habe (bzw. das Dienstenetz, in dessen Interesse der originierende Transit stattgefunden habe),

zusätzlich zu den Entgelten für die jeweilige Zusammenschaltungsleistung (Transit an die mitbeteiligte Partei; Terminierung an das Zielnetz bzw. Originierung an das Quellnetz) auch die Kosten für die Generierung und Bereitstellung der Daten verursacht habe und daher diese Kosten unabhängig davon, ob es diese Daten im Einzelfall jeweils selbst benötige, zu tragen habe.

Zur Höhe des Datenbereitstellungsentgeltes führt die belangte Behörde aus, dass dieses von der mitbeteiligten Partei mit 0,18 Cent pro Minute beantragt worden sei, was dem zuletzt in den Verfahren "Z 6/01 ff (IC 2001)" von den in diesen Verfahren bestellten Amtssachverständigen errechneten Clearingentgelt entspreche. Die Beschwerdeführerin hätte ein kostenorientiertes Entgelt beantragt, sei jedoch davon ausgegangen, dass dieses jedenfalls niedriger zu sein hätte als das Clearingentgelt.

Voraussetzung für die Abrechnung der Transitleistungen durch die mitbeteiligte Partei sei zunächst die Generierung eines UDR, wofür der mitbeteiligten Partei (anteilige) Kosten für ihr Operations and Maintenance (OAM) Billingsystem entstünden. Weitere Kosten entstünden für die im Zusammenhang mit der Abfrage und Aufbereitung der Daten erforderliche IT, sowie für Personal- und Verwaltungskosten. Nur diese Leistungen bzw. Kosten dafür seien aber in die Berechnung des Clearingentgelts einbezogen worden und lägen daher bereits als Ergebnis der Verfahren "Z 6/01 ff" in kostenorientierter Höhe vor. Soweit die Beschwerdeführerin vorgebracht habe, dass bei direkter Abrechnung keine Kosten für die Rechnungslegung, das Inkasso, den Zahlungsverkehr, die Weiterleitung der inkassierten Beträge, allfällige Zinsnachteile, das Ausfalls- bzw. Rückverrechnungsrisiko mehr anfallen würden und daher das Datenbereitstellungsentgelt nur einen sehr geringen Teil des ehemaligen Clearingentgelts ausmachen könne, sei ihr entgegenzuhalten, dass derartige Kosten gar nicht in die Berechnung des Clearingentgelts einbezogen worden seien. Die mitbeteiligte Partei liefere dieselben Daten, die im Rahmen der kaskadierten Abrechnung zum Preis des Clearingentgelts dem Quellnetzbetreiber in Form einer Rechnung übermittelt worden seien und die zur Überprüfung der der mitbeteiligten Partei vom Zielnetz gelegten Rechnung verwendet worden seien, nunmehr im Rahmen der direkten Abrechnung auf der Basis des Anhanges 26, sogar in detaillierterer Form, an beide Zusammenschaltungspartner (zum Zweck der Rechnungserstellung bzw. Rechnungsüberprüfung). Nach Auffassung der belangten Behörde habe die mitbeteiligte Partei nach wie vor dieselben Aufwendungen und es entstünden daher dieselben Kosten, die bereits in die Berechnung des Clearingentgeltes Eingang gefunden hätten, weshalb im Sinne der Kostenorientierungsverpflichtung der mitbeteiligten Partei auch ein Datenbereitstellungsentgelt nur in derselben Höhe angeordnet werden könne.

2. Mit der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde macht die Beschwerdeführerin Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend und stellt den Antrag, den angefochtenen Bescheid kostenpflichtig aufzuheben.

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

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch die "Anordnung eines Aufschlages für terminierenden Transit und originierenden Transit ohne Vorliegen einer Vereinbarung" in ihrem Recht gemäß § 34 TKG in Verbindung mit Art. 1 der Richtlinie 90/387/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG auf Gewährung eines offenen Netzzuganges verletzt.

Der Aufschlag - der von der belangten Behörde damit begründet worden sei, dass das Senden von Verkehr an ein Zielnetz ohne (Terminierungs- bzw. Originierungs-)Vereinbarung eine unberechtigte und daher unzulässige Inanspruchnahme fremder Infrastruktur darstelle - sei nicht nur rechtswidrig, sondern beruhe auch auf einer unlogischen und in sich unschlüssigen Begründung. Die belangte Behörde rechtfertige den Aufschlag unter anderem damit, dass das Zielnetz dann, wenn das Quellnetz ein Verbindungsnetzbetreiber sei, bei Eintreffen des unerwünschten Verkehrs keine Möglichkeit habe, diesen zu erkennen; ähnlich sei die Situation dann, wenn ein neuer Anbieter Verkehr sende, dessen rechnungsrelevante Daten noch nicht bekannt seien. In diesen Fällen erhalte das Zielnetz erst einen Monat später durch die Rechnungsdaten der mitbeteiligten Partei Kenntnis davon, dass bzw. von wem "vertragsloser" Verkehr gesendet worden sei. Dem sei entgegenzuhalten, dass - da die verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte in der Regel monatlich abgerechnet werden - das Zielnetz spätestens einen Monat nach

der Terminierung von Verkehr des betreffenden Quellnetzes dessen Rechnungsdaten von der mitbeteiligten Partei erhalte. Da das Zielnetz somit die Rechnungsdaten des betreffenden Quellnetzes jedenfalls von der mitbeteiligten Partei erhalte, könne auch keine Gefährdung der Rechtsposition des Zielnetzes vorliegen. Nach Erhalt der Rechnungsdaten werde der Zielnetzbetreiber dem Quellnetz den "vertragslos" gesendeten Verkehr verrechnen. Ab diesem Zeitpunkt sei der Zielnetzbetreiber gegenüber dem betreffenden Quellnetzbetreiber in keiner schlechteren Rechtsposition als gegenüber anderen Quellnetzen. Sofern im vertragslosen Senden von Verkehr überhaupt ein Eingriff in die Rechtsposition eines Zielnetzbetreibers erblickt werden könne, sei dieser jedenfalls so marginal, dass dieser keinen Aufschlag in der von der belangten Behörde festgesetzten Höhe rechtfertige. Schließlich qualifiziere selbst die belangte Behörde den Eingriff nur als "kurzfristig". Diese nur marginale Beeinträchtigung des Zielnetzes könne aber auch durch gelindere Mittel, insbesondere durch einen niedrigeren Aufschlag, ausgeglichen werden.

Der "Aufschlag" widerspreche den Prinzipien eines offenen Netzzuganges entsprechend Art. 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 90/387/EWG in der Fassung der Richtlinie 97/51/EG. Er diene keiner grundlegenden Anforderung, die nach Art. 3 Abs. 2 der zitierten Richtlinie zur Beschränkung des Zuganges zu Telekommunikationsnetzen und -diensten führen könnte.

2. Die von der Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Vorbringens herangezogenen Rechtsvorschriften lauteten in der zum Zeitpunkt der Entscheidung der belangten Behörde maßgeblichen Fassung:

§ 34 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."

Art 1 RL 90/387/EWG (ONP-Rahmenrichtlinie) in der Fassung RL 97/51/EG:

"(1) Diese Richtlinie betrifft die Harmonisierung der Bedingungen für den offenen und effizienten Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und gegebenenfalls zu öffentlichen Telekommunikationsdiensten sowie die Harmonisierung der Bedingungen für deren offene und effiziente Benutzung.

(2) Mit den Bedingungen gemäß Absatz 1 soll die Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze und/oder öffentlicher Telekommunikationsdienste in den Mitgliedstaaten und zwischen ihnen erleichtert werden; dies gilt insbesondere für die Bereitstellung von Diensten durch Gesellschaften oder natürliche Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind als die Gesellschaften oder die natürliche Person, für die die Dienste bestimmt sind.

(3) Die Bedingungen für den offenen Netzzugang (Open Network Provision - ONP) bezwecken in der gesamten Gemeinschaft folgendes:

-

ein Mindestangebot an Diensten sicherzustellen,

-

den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen und öffentlichen Telekommunikationsdiensten sowie die Zusammenschaltung mit diesen zu gewährleisten,

-

insbesondere durch gezielte Festlegung und Förderung harmonisierter technischer Schnittstellen für den offenen, effizienten Zugang und effiziente Zusammenschaltung sowie entsprechender Normen und/oder Spezifikationen auf freiwilliger Basis die Bereitstellung harmonisierter Telekommunikationsdienste zugunsten der Benutzer zu fördern und

-

den Universaldienst in der Telekommunikation zu gewährleisten, wobei jeder künftigen Entwicklung Rechnung zu tragen ist."

Art. 3 Abs. 2 RL 90/387/EWG in der Fassung der RL 97/51/EG:

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

3. Mit dem angefochtenen Bescheid entschied die belangte Behörde in einer Zusammenschaltungsstreitigkeit, in der mangels Einigung zwischen den an der Zusammenschaltung beteiligten Unternehmen gemäß § 41 Abs. 2 TKG die Regulierungsbehörde zur Entscheidung angerufen worden war. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 28. April 2004, Zl. 2002/03/0129, ausgesprochen hat, zählt die in Art. 9 Abs. 5 und 6 der RL 97/33/EG vorgesehene Streitentscheidungskompetenz der Regulierungsbehörde, wie sie auch im vorliegenden Beschwerdefall von der belangten Behörde auf Grund des diese Bestimmungen umsetzenden § 41 TKG herangezogen wurde, zu den ONP-Bedingungen, die mit RL 97/33/EG - der ONP-Einzelrichtlinie für den Bereich der Zusammenschaltung - festgelegt wurden. Sie steht damit nicht in Widerspruch zum Grundsatz des offenen Netzzugangs, sondern dient dessen Verwirklichung durch die Sicherstellung der Zusammenschaltung, wie es die Zielbestimmung des Art. 1 RL 97/33/EG vorsieht.

Die Beschwerdeführerin vermag auch nicht darzulegen, dass durch die im angefochtenen Bescheid festgelegten konkreten Bedingungen der Zusammenschaltung eine Einschränkung des offenen Netzzugangs im Sinne der von ihr angesprochenen Rechtsvorschriften erfolgt wäre. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass mit der beschwerdegegenständlichen Zusammenschaltungsanordnung Regelungen für die Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen zwischen dem Netz der Beschwerdeführerin und dem Netz der mitbeteiligten Partei getroffen wurden, die sich auf Transitleistungen sowie die Zurverfügungstellung von Daten in diesem Zusammenhang beschränken. Die von der mitbeteiligten Partei zu erbringende Zusammenschaltungsleistung umfasst daher insbesondere nicht die Terminierung bzw. Originierung in einem Drittnetz.

Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie in Punkt 1., dritter Absatz, des Anhanges 26 angeordnet hat, dass die Beschwerdeführerin der mitbeteiligten Partei (zum Zweck des Transits an ein Drittnetz) nur Verkehr senden darf, für dessen Übernahme (durch das Drittnetz) eine Terminierungs- oder Originierungsvereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Drittnetzbetreiber besteht. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann im "vertragslosen Senden von Verkehr" nicht nur eine marginale Beeinträchtigung des Zielnetzes gesehen werden, zumal der Grad der Beeinträchtigung - etwa im Hinblick auf die Verkehrsmenge und allfällige Risken bei der Einbringung von aus den Verkehrsleistungen entstehenden Forderungen - nicht eingrenzbar ist. Der Drittnetzbetreiber (Zielnetzbetreiber) hat ein berechtigtes Interesse daran, dass von der mitbeteiligten Partei als Transitnetzbetreiber nur Verkehr übergeben wird, für den zwischen dem Drittnetzbetreiber und dem Quellnetzbetreiber aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarungen bestehen, insbesondere wenn der

Drittnetzbetreiber - etwa aufgrund einer fehlenden Verkehrstrennung am Übergabebündel - nicht in der Lage ist, unmittelbar zu erkennen, von wem der ihm übergebene Verkehr ausgeht. Der Drittnetzbetreiber ist zudem ohne vertragliche Vereinbarung mit dem Quellnetzbetreiber - bzw. ohne eine die Vereinbarung ersetzende Anordnung gemäß § 41 TKG - jedenfalls nicht verpflichtet, Terminierungs- oder Originierungsleistungen zu erbringen. Zutreffend hat die belangte Behörde daher im angefochtenen Bescheid das "vertragslose" Senden von Verkehr auch als rechtswidrig beurteilt.

Auch aus dem Recht auf offenen Netzzugang lässt sich nicht ableiten, dass ein Netzbetreiber berechtigt wäre, ohne aufrechte Vereinbarung Zusammenschaltungsverkehr an andere Netze - wenn auch über ein Transitnetz - zur weiteren Verkehrsführung zu übergeben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gehen auch die ONP-Bedingungen - insbesondere die hier maßgebliche ONP-Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG - von vertraglichen Vereinbarungen zwischen den an der Zusammenschaltung beteiligten Unternehmen aus. Dies ergibt sich schon aus Art. 3 Abs 1 RL 97/33/EG, in dem es wörtlich heißt:

"Technische und kommerzielle Zusammenschaltungsvereinbarungen werden zwischen den beteiligten Parteien unter Einhaltung dieser Richtlinie und der Wettbewerbsregeln des Vertrags ausgehandelt."

Die Beschwerdeführerin vermeint, aus Anhang VII zur RL 97/33/EG, in dem Punkte vorgesehen sind, "deren Regelung in Zusammenschaltungsvereinbarungen gefördert werden soll", ableiten zu können, dass die ONP-Richtlinien den Abschluss von Zusammenschaltungsvereinbarungen grundsätzlich nicht als Voraussetzung für den offenen Netzzugang ansehen. Dem kann nicht gefolgt werden: Schon die Überschrift des Anhangs VII zur RL 97/33/EG ("Verhandlungsrahmen für Zusammenschaltungsvereinbarungen") zeigt, dass die Richtlinie keineswegs davon ausgeht, dass Zusammenschaltungsleistungen ohne Vereinbarung zu erbringen wären; auch der von der Beschwerdeführerin zitierte Wortlaut der Überschrift zu Abschnitt 2 des Anhangs VII zur RL 97/33/EG verweist lediglich darauf, dass die Aufnahme bestimmter Punkte in Zusammenschaltungsvereinbarungen gefördert werden soll, eröffnet aber nicht die Auslegung, dass zur Bewirkung der Zusammenschaltung eine Zusammenschaltungsvereinbarung nicht erforderlich wäre.

(Dritt-)Netzbetreiber können daher nicht - wie dies die Beschwerdeführerin vermeint - zur Erbringung von Zusammenschaltungsleistungen "vertragslos" in Anspruch genommen werden. Auch der Grundsatz des offenen Netzzuganges entbindet die Beschwerdeführerin nicht davon, mit den Unternehmen, die zur Gewährung des Netzzuganges verpflichtet sind, diesbezüglich Vereinbarungen abzuschließen oder - sollten Vereinbarungen nicht zustande kommen - gemäß § 41 TKG die Regulierungsbehörde anzurufen.

4. Die von der Beschwerdeführerin bekämpfte Anordnung eines "Aufschlags" für den Fall, dass - entgegen der Verpflichtung in Punkt 1., dritter Absatz, des Anhanges 26 - Verkehr ohne vertragliche Vereinbarung mit dem Zielnetzbetreiber gesendet wird, legt kein Zusammenschaltungsentgelt gegenüber der mitbeteiligten Partei fest, sondern sichert im Ergebnis eine Verhaltenspflicht der Beschwerdeführerin gegenüber der mitbeteiligten Partei. Diese hat als Transitnetzbetreiberin ein berechtigtes Interesse daran, dass der von ihr an den Drittnetzbetreiber weiterzuleitende Verkehr von diesem auch tatsächlich (auf Grund der vertraglichen Beziehung zum Quellnetzbetreiber) zu übernehmen ist, könnte doch sonst der Drittnetzbetreiber möglicherweise Ansprüche auch gegen den Transitnetzbetreiber geltend machen.

Die von der belangten Behörde getroffene Festlegung hat damit den Charakter und die Wirkung einer Vertragsstrafe, mit der Verstöße gegen die Zusammenschaltungsbedingungen sanktioniert werden, auch wenn der "Aufschlag" nicht der mitbeteiligten Partei, sondern direkt dem - vertragslos in Anspruch genommenen - Drittnetzbetreiber zu entrichten ist. Dies steht nicht im Widerspruch zu den für die Entscheidung der belangten Behörde maßgeblichen Rechtsvorschriften:

Gemäß der Anlage zu § 6 der Zusammenschaltungsverordnung, BGBl. II Nr. 14/1998, haben Zusammenschaltungsvereinbarungen jedenfalls auch "Festlegungen zu und Abgrenzung von Haftung und Schadenersatz" zu enthalten (gleichlautend Anhang VII Abschnitt 2 lit. h der RL 97/33/EG). Solche Festlegungen können auch in der Vereinbarung von Vertragsstrafen bestehen, durch die insbesondere die oft schwierige Schadensfeststellung vermieden werden soll. Auch in einer behördlichen Anordnung, welche die nicht zu Stande gekommene privatrechtliche Vereinbarung ersetzt, sind daher Festlegungen über Pönalezahlungen zulässig, soweit diese geeignet sind, einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen.

Die von der belangten Behörde getroffene Anordnung kann nicht als ungeeignetes Mittel zur Vermeidung von Verstößen gegen die Zusammenschaltungsbedingungen angesehen werden. Wie bereits dargelegt, besteht sowohl bei der mitbeteiligten Partei als Transitnetzbetreiber wie auch beim Drittnetzbetreiber ein berechtigtes Interesse daran, dass kein "vertragsloser" Verkehr übergeben wird; demgegenüber kann die Beschwerdeführerin nicht aufzeigen, dass der "Aufschlag" unangemessen wäre. Insbesondere macht die Beschwerdeführerin auch nicht geltend, dass Verstöße gegen die Verpflichtung, keinen "vertragslosen" Verkehr zu senden, aus besonderen, berücksichtigungswürdigen Gründen in Einzelfällen nicht vermeidbar wären, sondern begründet ihren Standpunkt vielmehr damit, dass sie "vor dem Abschluss von Terminierungsvereinbarungen erhebliche finanzielle Mehrbelastungen" hätte, da sie "gezwungen" wäre, diesen Aufschlag zu bezahlen. Damit bringt sie jedoch zum Ausdruck, dass sie in Betracht zieht, gegen die zulässigerweise vorgesehene Verpflichtung, keinen "vertragslosen" Verkehr zu senden, zu verstoßen. Die beabsichtigte Wirkung des "Aufschlags" - nämlich die Beschwerdeführerin von der Verletzung ihrer Verpflichtung, keinen "vertragslosen" Verkehr zu senden, abzuhalten - würde daher im Falle einer niedrigeren Festlegung nicht in ausreichendem Maße eintreten. Der Verwaltungsgerichtshof kann daher nicht erkennen, dass die belangte Behörde mit der Festlegung dieses Aufschlags ihre Verpflichtung, angemessene Bedingungen festzulegen und dadurch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0164), verletzt hätte.

5. Die Beschwerdeführerin vermeint weiters, dass der von der belangten Behörde festgesetzte Aufschlag im Widerspruch zu den Regulierungszielen des TKG stehe, die einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt ermöglichen sollen. Der Aufschlag schaffe zusätzliche Eintrittsbarrieren, indem die sofortige und leichte Erreichbarkeit der Teilnehmer erschwert werde.

Auch dieses Vorbringen vermag keine Rechtswidrigkeit der getroffenen Anordnung aufzuzeigen. Das Erfordernis, einen Vertrag mit dem Zielnetzbetreiber abzuschließen, stellt keine unzumutbare Markteintrittsbarriere dar; vielmehr ist die vertragliche Vereinbarung mit einem Unternehmen, dessen Vorleistungen für die eigene Leistungserbringung in Anspruch genommen werden, eine selbstverständliche Voraussetzung im wirtschaftlichen Verkehr. Die Rechtsposition des neu in den Markt eintretenden Betreibers ist zudem - im Vergleich zu anderen Wirtschaftssektoren - insofern günstiger, als bei Verweigerung des Vertragsabschlusses oder bei seiner Ansicht nach unangemessenen Bedingungen eine die vertragliche Vereinbarung ersetzende Anordnung durch die Regulierungsbehörde in einem Verfahren gemäß § 41 TKG erreicht werden kann.

6. Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, in ihrem Recht gemäß § 41 Abs. 3 TKG auf Anordnung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte verletzt zu sein. Es sei denkunmöglich, dass der Beschwerdeführerin auch bei direkter Abrechnung dieselben Kosten entstünden, die sie bereits bei kaskadierter Abrechnung zu tragen habe. Die Beschwerdeführerin habe klar dargelegt, wie sich die einzelnen Kostenelemente für die IC-Verkehrsanalyse zusammensetzen würden; aus der von der Beschwerdeführerin erstellten Aufstellung ergebe sich, dass bei einer Datenbereitstellung, welche nur die für die Verrechnung notwendigen Daten enthalte, dem Netzbetreiber, der Verkehr übermittle, nur die Kosten der Sammlung der AMA-Tickets sowie der Verkehrsstatistik für den Empfänger in Rechnung zu stellen wären. Die belangte Behörde sei auf diese Ausführungen der Beschwerdeführerin jedoch gar nicht eingegangen; der angefochtene Bescheid leide somit an einem Verfahrensmangel.

Mit diesem Beschwerdevorbringen zeigt die Beschwerdeführerin im Ergebnis einen relevanten Verfahrensmangel auf. Das "Datenbereitstellungsentgelt" stellt ein Entgelt für eine Zusammenschaltungsleistung im Sinne des § 38 Abs. 1 Z. 4 TKG dar und ist daher im Hinblick auf die mitbeteiligte Partei als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 33 TKG gemäß § 41 Abs. 3 TKG kostenorientiert festzulegen. Im angefochtenen Bescheid finden sich jedoch keinerlei Feststellungen zu den Kosten, welche der Festlegung der Höhe des "Datenbereitstellungsentgelts" zu Grunde gelegt wurden. Die belangte Behörde begründet die Festlegung der Höhe dieses Entgelts - ausschließlich im Zuge der rechtlichen Ausführungen der Bescheidbegründung - im Wesentlichen damit, dass das Entgelt in dieser Höhe von der mitbeteiligten Partei beantragt worden sei und in der Höhe jenem Entgelt entspreche, das in einem vorangegangenen Verfahren vor der belangte Behörde als Clearingentgelt - somit als Entgelt für eine von der hier gegenständlichen "Datenzurverfügungstellung" abweichende Leistung - festgelegt worden sei. Weiters stützt die belangte Behörde die Festlegung der Höhe des Datenbereitstellungsentgelts darauf, dass für die Abrechnung der Transitleistungen (anteilige) Kosten für OAM-Billing, IT sowie Personal- und Verwaltungskosten entstünden, wobei auch nur diese Kostenelemente in die Berechnung des Clearingentgelts in den vorangegangenen Verfahren einbezogen worden seien.

Weder aus dem angefochtenen Bescheid noch aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ist erkennbar, dass zur Prüfung dieser von der belangten Behörde angenommenen Umstände ein Ermittlungsverfahren geführt und den Verfahrensparteien Parteiengehör gewährt worden wäre; dies obgleich die Beschwerdeführerin im Verfahren Vorbringen erstattet hat, wonach ihrer Ansicht nach geringere Kosten anfallen würden.

Die belangte Behörde hat durch das Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens hinsichtlich der Kosten, welche der Festlegung des "Datenbereitstellungsentgelts" zugrunde zu legen sind, Verfahrensvorschriften verletzt, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Da der Bescheid schon aus diesem Grunde aufzuheben war, erübrigt sich ein Eingehen auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die von ihr begehrte "entbündelte" Bereitstellung der Abrechnungsdaten.

7. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

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

Wien, am 27. Mai 2004

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Gemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2004:2002030039.X00

Im RIS seit

07.07.2004

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at