

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/4/28 2002/03/0285

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.04.2004

## Index

E000 EU- Recht allgemein;

E3L E13103020;

E3L E13206000;

91/01 Fernmelbewesen;

## Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art6 lita;

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs1;

EURallg;

TKG 1997 §34 Abs1;

TKG 1997 §34;

TKG 1997 §41 Abs3;

TKG 1997 §41;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Riedinger, Dr. Berger und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der TAG in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. September 2002, Zl. Z 17/02- 15, betreffend Zusammenschaltungsanordnung (mitbeteiligte Partei: e AG in Eisenstadt), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid erließ die belangte Behörde gemäß § 41 Abs. 3 i.V.m. § 111 Z. 6 Telekommunikationsgesetz (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997, i.d.F. BGBl. I Nr. 32/2002, auf Antrag der mitbeteiligten Partei eine Anordnung für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Beschwerdeführerin mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der mitbeteiligten Partei. Der Inhalt der von der belangten Behörde mit dem angefochtenen Bescheid festgelegten Zusammenschaltungsanordnung folgt der von der belangten Behörde

- u.a. - mit Bescheid vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38, für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Beschwerdeführerin mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz eines anderen, nicht marktbeherrschenden Festnetzbetreibers festgelegten Bedingungen, wobei geringfügige redaktionelle Änderungen vorgenommen wurden, wie sie in Punkt 5.2. des angefochtenen Bescheides von der belangten Behörde im einzelnen dargelegt und begründet wurden. Mit hg. Erkenntnis vom 18. März 2004, Zl. 2002/03/0120, wurde die von der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die mitbeteiligte Partei mit dem verfahrenseinleitenden Antrag die Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung begeht habe, die materiell den Bescheiden "Z 20/01 und Z 17/01" der belangten Behörde entspreche. Die Beschwerdeführerin sei marktbeherrschend auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes sowie auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes und auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen. Die Beschwerdeführerin habe der mitbeteiligten Partei einen Vertragsentwurf angeboten - und im Verfahren vor der belangten Behörde eventualiter beantragt -, der über weite Teile den Zusammenschaltungsanordnungen der belangten Behörde in den Verfahren "zu IC 2002" (dies betrifft u.a. die Zusammenschaltungsanordnung der belangten Behörde vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38) entsprochen habe, jedoch Änderungen hinsichtlich der Präambel, der Sicherheitsleistung, der Einrichtungskosten bei Mehrwertdiensten und der Regelungen betreffend den Zugang zu Online-Diensten im Bereich 80400 enthalten habe.

Die Beschwerdeführerin sei als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit gemäß § 34 Abs. 1 TKG verpflichtet, Wettbewerbern auf diesem Markt Leistungen in nichtdiskriminierender Weise unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in der selben Qualität bereitzustellen, die es am Markt anbiete oder für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitstelle. Die Beschwerdeführerin habe gegen das sie nach dieser Bestimmung treffende Nichtdiskriminierungsverbot verstößen und der mitbeteiligten Partei kein entsprechendes Zusammenschaltungsangebot gelegt, welches die mitbeteiligte Partei in eine Lage versetzt hätte, in der sich jene Unternehmen befänden, die neben der Beschwerdeführerin Parteien der Verfahren zu "IC 2002" gewesen seien. Eine sachliche Rechtfertigung, der mitbeteiligten Partei ungünstigere Zusammenschaltungsbedingungen anzubieten, sei für die Regulierungsbehörde nicht erkennbar und habe von der Beschwerdeführerin trotz Aufforderung nicht dargelegt werden können.

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

3. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

## II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde in einem Verfahren gemäß der zum Entscheidungszeitpunkt der belangten Behörde maßgeblichen Rechtsvorschrift des § 41 TKG, BGBI. I Nr. 100/1997, eine Zusammenschaltungsanordnung getroffen. § 41 Abs. 1 bis 3 TKG hatten folgenden Wortlaut:

"§ 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."

§ 34 Abs. 1 und 4 TKG lauteten wie folgt:

"§ 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.

(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."

2. Art. 6 lit a der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG lautete:

"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. 9 Abs. 1 RL 97/33/EG lautete:

"(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 zufriedenstellende 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."

3. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht "auf selbständige Sachentscheidung der Behörde über Zusammenschaltungsstreitigkeiten gemäß § 41 TKG" verletzt. Die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid angenommen, dass während der Geltungsdauer sacheinschlägiger Vorentscheidungen nachfolgende Zusammenschaltungsverfahren nicht als selbständige neue Verfahren zu führen seien; sie habe vielmehr angenommen, dass in einem solchen Fall lediglich der formale Rahmen des Verfahrens durch die Bestimmungen des Streitschlichtungsverfahrens im Sinne des § 41 TKG determiniert werde, während die Entscheidung der Sache nach ihre materielle Begründung im Wesentlichen im Nichtdiskriminierungsgebot gemäß § 34 TKG finde. Dementsprechend obliege es nach dem Rechtsverständnis der belangten Behörde der Beschwerdeführerin nachzuweisen, dass Abweichungen von den Vorbescheiden sachlich gerechtfertigt seien. In Wahrheit hätten jedoch § 34 TKG und § 41 TKG überhaupt nichts miteinander zu tun. Die belangte Behörde habe in einem Verfahren nach § 41 TKG die Sachgrundlagen der Zusammenschaltung vollständig zu erheben. Daran ändere sich dadurch nichts, dass die belangte Behörde in einem anderen Verfahren eine inhaltsgleiche Streitigkeit bereits als Hauptfrage entschieden habe. Es bestehe weder eine formelle noch eine materielle Bindung an frühere Entscheidungen über inhaltsgleiche Hauptfragen. Eine Verschiebung der "Beweislast" im Sinne einer Obliegenheit einer Partei zur Darlegung spezieller Umstände, die eine abweichende Sachentscheidung rechtfertigten, finde in einer solchen Konstellation nicht statt. Die Behörde habe auch hier den Sachverhalt selbständig und umfassend amtswegig zu ermitteln.

§ 41 TKG regle jene prozeduralen Bestimmungen, die zum Erlass bescheidmäßig festgelegter Zusammenschaltungsbedingungen führen.

§ 34 TKG richte sich demgemäß an das einzelne marktbeherrschende Unternehmen und verpflichte dieses zur Nichtdiskriminierung im Verhältnis zu den Konditionen der eigenen Dienste und gegenüber dritten Betreibern. Demgemäß könnten die in einem Verfahren gemäß § 41 festgelegten Zusammenschaltungsbedingungen zwar Maßstab einer Diskriminierungsprüfung gemäß § 34 TKG sein, niemals jedoch Maßstab der Beurteilung eines weiteren Zusammenschaltungsverfahrens gemäß § 41 TKG, denn derartige Verfahren gemäß § 41 TKG seien untereinander gleichrangig.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Die Beschwerdeführerin ist als Marktbeherrscherin iSd § 33 TKG zur Nichtdiskriminierung gemäß § 34 TKG verpflichtet. Sie hat daher Wettbewerbern im Sinne des § 34 Abs. 1 TKG, zu denen auch die mitbeteiligte Partei zählt, unter vergleichbaren Umständen zu gleichwertigen Bedingungen in derselben Qualität Leistungen bereitzustellen, die sie am Markt anbietet oder die sie für eigene Dienste oder für Dienste verbundener Unternehmen bereitstellt. Die belangte Behörde hat, von der Beschwerdeführerin unbestritten, festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf der Grundlage rechtskräftiger Bescheide der belangten Behörde in den so genannten "IC 2002"-Verfahren ihr Telekommunikationsnetz mit Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber zusammenschaltet und dabei die in diesen Bescheiden festgelegten Bedingungen anwendet.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass - wie die Beschwerdeführerin auch einräumt - die in einem Verfahren gemäß § 41 TKG festgelegten Zusammenschaltungsbedingungen "Maßstab einer Diskriminierungsprüfung gemäß § 34 TKG" sein können. Ob ein Angebot am Markt bzw. das Bereitstellen von Leistungen iSd § 34 TKG auf Grund eigenen Entschlusses des marktbeherrschenden Unternehmens erfolgt oder (nur) aufgrund behördlicher Anordnung, ist für die Gleichbehandlungsverpflichtung nicht maßgeblich: in beiden Fällen bildet das jeweilige Angebot den Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob Wettbewerbern gleichwertige Bedingungen unter vergleichbaren Umständen angeboten werden.

Im vorliegenden Fall ist zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei keine privatrechtliche Einigung über die Zusammenschaltungsbedingungen zu Stande gekommen, so dass die mitbeteiligte Partei von der Möglichkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde nach § 41 Abs. 2 TKG Gebrauch gemacht hat. Sowohl in den der Antragstellung vorausgegangenen Verhandlungen zwischen den Parteien des Verwaltungsverfahrens als auch im Verfahren vor der belangten Behörde hat die mitbeteiligte Partei von der Beschwerdeführerin die Anwendung jener Zusammenschaltungsbedingungen begehrte, die diese auch anderen Betreibern tatsächlich einräumt.

Die Beschwerdeführerin hat demgegenüber die Anwendung der im Bescheid der belangten Behörde vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38, festgelegten Bedingungen abgelehnt und einen Vertragsschluss nur mit wesentlichen Änderungen angeboten bzw. im Verfahren vor der belangten Behörde entsprechende Gegenanträge gestellt.

Die belangte Behörde hat die Beschwerdeführerin ausdrücklich aufgefordert, Umstände darzulegen, die vor dem Hintergrund des Nichtdiskriminierungsgebotes eine abweichende Festlegung rechtfertigen würden. Die Beschwerdeführerin hat dazu kein konkretes Vorbringen erstattet, sondern darauf hingewiesen, dass die Abweichungen gegenüber der Anordnung, auf deren Grundlage die mitbeteiligte Partei ein gleichwertiges Angebot begehrte hatte, vier Hauptpunkte beträfen (Präambel, Akontozahlung als Sicherheitsleistung, Anhang 17 sowie Anhang 22). Diese Änderungen seien von der Beschwerdeführerin nicht willkürlich vorgenommen worden, sondern es sei vielmehr Intention der Beschwerdeführerin gewesen, der mitbeteiligten Partei keine Klauseln im IC-Vertrag vorzulegen, die aus Sicht der Beschwerdeführerin "entweder rechtlich oder/und technisch nicht sinnvoll oder ökonomisch unangemessen" seien.

Damit hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt, dass im vorliegenden Fall keine dem Sachverhalt, wie er dem Bescheid vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38, zugrunde lag, vergleichbaren Umstände vorgelegen hätten. Auch die Beschwerde wendet sich ausschließlich gegen den konkreten Inhalt einzelner Bestimmungen der Zusammenschaltungsanordnung, führt jedoch nicht aus, dass eine abweichende Festlegung gegenüber der im Bescheid der belangten Behörde vom 18. März 2002 getroffenen Zusammenschaltungsanordnung auf Grund von Umständen im Tatsächlichen geboten gewesen wäre.

Der Beschwerdeführerin kann nicht darin gefolgt werden, dass § 34 TKG und § 41 TKG "überhaupt nichts miteinander zu tun" hätten. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen ist im Bereich der Zusammenschaltung wesentlich durch die sich aus § 34 TKG ergebende Gleichbehandlungsverpflichtung bestimmt. Auch in Verfahren betreffend die Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen nach § 41 TKG hat die Regulierungsbehörde sicherzustellen, dass das marktbeherrschende Unternehmen unter vergleichbaren Umständen gleichwertige Bedingungen anwendet (vgl. Art. 6 lit. a und Art. 9 Abs. 1, 6. Spiegelstrich, RL 97/33/EG).

Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie - ausgehend von der durch den rechtskräftigen Bescheid vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38, gegebenen Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Gewährung bestimmter Bedingungen im Rahmen der Zusammenschaltung - mit der im angefochtenen Bescheid getroffenen Zusammenschaltungsanordnung festgelegt hat, dass auf Grund der Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 34 TKG diese Bedingungen auch gegenüber der mitbeteiligten Partei anzuwenden seien.

4. Soweit sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde gegen einzelne Bestimmungen der Zusammenschaltungsanordnung wendet, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese aus der mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 18. März 2002, Zl. Z 20/01-38, getroffenen Zusammenschaltungsanordnung übernommen wurden und die belangte Behörde den gesamten Inhalt der im angefochtenen Bescheid getroffenen Zusammenschaltungsanordnung - einschließlich der von der Beschwerdeführerin im einzelnen gerügten Bestimmungen - auf das die Beschwerdeführerin treffende Nichtdiskriminierungsgebot, aufbauend auf dem zitierten Bescheid vom 18. März 2002, gestützt hat.

5. Da die von der Beschwerdeführerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliegt, war die Beschwerde somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i. V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. April 2004

**Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2002030285.X00

**Im RIS seit**

03.06.2004

**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)