

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/2/25 2003/03/0109

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.02.2004

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E13103020;  
E3L E13206000;  
E6j;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31990L0387 ONP-RL Einführung Art5a Abs3 idF 31997L0051;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art2 Abs1 lita;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs2;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art9 Abs6;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL;  
31997L0051 Nov-31990L0387/31992L0044;  
61999CJ0462 Connect Austria VORAB;  
B-VG Art133 Z4;  
EURallg;  
TKG 1997 §111;  
TKG 1997 §115 Abs2;  
TKG 1997 §33 Abs4;  
TKG 1997 §41 Abs3;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §8;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §9 Abs3;  
VwGG §34 Abs1;

## Beachte

Vorabentscheidungsverfahren:\* Ausgesetztes Verfahren: 99/03/0467 B 19. Dezember 2002 \* EuGH-Entscheidung:  
EuGH 61999CJ0462 22. Mai 2003

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Stoll und den Senatspräsidenten

Dr. Sauberer sowie die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Riedinger und Dr. Handstanger als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Mobilkom Austria Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 11. November 1999, Zl. Z 8/99-90, betreffend Zusammenschaltung (mitbeteiligte Partei: UTA Telekom AG in Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren der mitbeteiligten Partei wird abgewiesen.

### **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid wurden gemäß § 41 Abs. 3 iVm § 111 Telekommunikationsgesetz, BGBl. I Nr. 100/1997 idF BGBl. I Nr. 188/1999 (TKG), für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der mitbeteiligten Partei mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der beschwerdeführenden Partei im Wege des Transits über die Telekom Austria AG (TA) (sogenannte "indirekte Zusammenschaltung") die Bedingungen gemäß Spruchpunkt A. angeordnet.

Spruchpunkt A. enthält die für die angeordnete indirekte Zusammenschaltung geltenden generellen Bedingungen. Im gegenständlichen Zusammenhang zweckmäßige technische und betriebliche Detailregelungen, Preise und sonstige Detailregelungen (insbesondere den wechselseitigen Zugang zu den tariffreien Diensten betreffend) sind als Anhänge beigefügt und als solche Bestandteil dieser Anordnung.

Im Anhang 2 werden die Gesprächstypen wie folgt definiert:

"Verkehrsart/Verkehrsrichtung

Anzahl

HVSt- Durchgänge

(bei Annahme einer TA- Netzinfrastruktur)

V 9

Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria (GSM, TACS) in das Netz des Zusammenschaltungspartners

1

V 10

Terminierung vom Netz der Mobilkom Austria (GSM, TACS) in das Netz des Zusammenschaltungspartners

2

V 25

Terminierung vom Netz des Zusammenschaltungs- partners der Mobilkom Austria (GSM, TACS)

V 26

Zugang vom Netz der Mobilkom Austria (GSM, TACS) zu 0800-Rufnummern des Zusammenschaltungspartners

V 19

Zugang vom Netz des Zusammenschaltungspartners zu 0800-Rufnummern der Mobilkom Austria (GSM, TACS)

1"

Anhang 3 regelt die Zusammenschaltungsentgelte für die Terminierung wie folgt:

"1. Die Zusammenschaltungsentgelte für die

Terminierung betragen

für den Gesprächstyp V 25 ab Rechtskraft dieser Anordnung bis zum 31. Dezember 1999 2,20 ATS/Minute, exclusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer;

für den Gesprächstyp V 25 ab dem 1. Jänner 2000 bis zum 31. März 2000 2,00 ATS/Minute, exclusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer;

für den Gesprächstyp V 25 ab dem 1. April 2000 1,90 ATS/Minute, exclusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer.

für den Gesprächstyp V 9 gelten die Entgelte gemäß dem dieser Anordnung zugrundeliegenden Zusammenschaltungsvertrag bzw. -anordnung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und der TA ('V 3-Äquivalent');

für den Gesprächstyp V 10 gelten die Entgelte gemäß dem dieser Anordnung zugrundeliegenden Zusammenschaltungsvertrag bzw. -anordnung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und der TA ('V 4-Äquivalent').

Die Gesprächstypen V 9, V 10 und V 25 verstehen sich nach der im Anhang 2 der gegenständlichen Anordnung angeführten Definition.

2. Die Verrechnung der Terminierungsentgelte erfolgt

im Wege der kaskadierten (indirekten) Abrechnung durch die Telekom Austria auf der Grundlage der zwischen dem Zusammenschaltungspartner bzw. der Mobilkom einerseits und der TA andererseits bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarungen bzw. -anordnungen. Mobilkom ist verpflichtet, die Verrechnung des in Punkt 1 dieses Anhangs angeführten Terminierungsentgeltes (Gesprächstyp V 25) zu gewährleisten."

Anhang 4 enthält folgende Regelungen betreffend den Zugang zu den tariffreien Diensten:

"1. Wechselseitiger Zugang zu tariffreien Diensten

1.1. Mobilkom ermöglicht den Teilnehmern des Zusammenschaltungspartners ehestmöglich ab Zustellung dieses Bescheides, längstens jedoch binnen 7 Tagen, den unbeschränkten Zugang zu den tariffreien Diensten, die unter Nutzung einer von ihren Endkunden erreichbaren Teilnehmernummer innerhalb des Nummernbereiches 0800 bis 0804 in ihrem eigenen Netz angeboten werden.

1.2. Der Zusammenschaltungspartner ermöglicht den Teilnehmern der Mobilkom ehestmöglich ab Zustellung dieses Bescheides, längstens jedoch binnen 7 Tagen, den unbeschränkten Zugang zu den tariffreien Diensten, die unter Nutzung einer von ihren Endkunden erreichbaren Teilnehmernummer innerhalb des Nummernbereiches 0800 bis 0804 in seinem Netz angeboten werden.

2. Durchführung

2.1. Wählt ein Teilnehmer des Zusammenschaltungspartners die Rufnummer eines tariffreien Dienstes (Bereichskennzahl 800 bis 804), der im Netz der Mobilkom realisiert ist, so wird dieses Gespräch vom Netz des Zusammenschaltungspartners zum nächstgelegenen Netzübergangspunkt, der zwischen der UTA und der TA besteht, geroutet.

Wählt ein Teilnehmer der Mobilkom die Rufnummer eines tariffreien Dienstes (Bereichskennzahl 800 bis 804), der im Netz des Zusammenschaltungspartners realisiert ist, so wird dieses Gespräch vom Netz der Mobilkom zum nächstgelegenen Netzübergangspunkt, der zwischen der Mobilkom und der TA besteht, geroutet.

2.2. Der Netzbetreiber (Zusammenschaltungspartner bzw. Mobilkom), an dessen Netz der tariffreie Dienst angeschaltet ist, darf die Ermöglichung des Zugangs zum tariffreien Dienst nicht von der Zustimmung des Anbieters des tariffreien Dienstes abhängig machen.

3. Zusammenschaltungsentgelte für die Originierung

3.1. Die Zusammenschaltungsentgelte betragen

für die Originierung

für den Gesprächstyp V 26 1,81 ATS/Minute, exclusive einer

gesetzlichen Umsatzsteuer;

für den Gesprächstyp V 19 gelten die Entgelte gemäß dem dieser Anordnung zugrundeliegenden Zusammenschaltungsvertrag bzw. -anordnung zwischen dem Zusammenschaltungspartner und der TA.

Die Gesprächstypen V 19 und V 26 verstehen sich nach der im Anhang 2 der gegenständlichen Anordnung angeführten Definition.

### 3.2. Die Verrechnung der Originierungsentgelte

erfolgt im Wege der kaskadierten (indirekten) Abrechnung durch die Telekom Austria auf der Grundlage der zwischen dem Zusammenschaltungspartner bzw. der Mobilkom einerseits sowie der TA andererseits bestehenden Zusammenschaltungsvereinbarungen bzw. -anordnungen. Mobilkom ist verpflichtet, die Verrechnung des in Punkt 3.1. dieses Anhangs angeführten Originierungsentgeltes (Gesprächstyp V 26) zu gewährleisten."

Im Spruchpunkt C.1. des angefochtenen Bescheides werden gemäß § 83 Abs. 2 und 3 TKG Informationspflichten der beschwerdeführenden Partei und der mitbeteiligten Partei geregelt.

Gegen die Spruchpunkte A und C.1. des angefochtenen Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die Beschwerdepunkte wurden wie folgt ausgeführt:

"Der angefochtene Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht darauf, dass ihr gemäß § 41 Abs 3 TKG keine Zusammenschaltungsanordnung betreffend 'indirekte Zusammenschaltung' auferlegt werde. Der Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin sodann in ihrem Recht auf kostenorientierte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten. Der Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin weiters in ihrem Recht gemäß § 41 TKG auf mündliche Anhörung durch die Behörde sowie in ihrem Recht darauf, dass die Behörde keine längere Laufzeit der Zusammenschaltungsanordnung normiert, als von den Parteien beantragt wurde. Schließlich verletzt der Bescheid die Beschwerdeführerin in ihrem Recht, Änderungen ihrer jeweiligen Zusammenschaltungsverträge mit der Telekom Austria der UTA nicht unverzüglich mitteilen und offenlegen zu müssen, in ihrem Recht, in ihren Zusammenschaltungsverbindungen mit der Telekom Austria nicht über ausreichend Bündel zur Abwicklung auch des dieser Anordnung unterliegenden Verkehrs verfügen zu müssen, in ihrem Recht, mit der Telekom Austria nicht die erforderlichen Vereinbarungen zur Vornahme einer kaskadierten Abrechnung treffen zu müssen, in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer Öffnungsklausel, in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer Anpassungsklausel für den Fall rechtskräftiger zusammenschaltungsrelevanter Entscheidungen der Regulierungsbehörde sowie in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer Mitteilungsverpflichtung betreffend den abgewickelten Zusammenschaltungsverkehr."

Aus den Ausführungen in der Beschwerde geht hervor, dass die geltend gemachte Verletzung im "Recht auf kostenorientierte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten" nur die Entgeltfestsetzung für die Gesprächstypen V 25 und V 26 betrifft.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung von Gegenschriften durch die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei erwogen:

Mit hg. Erkenntnis vom 9. September 2003, Zl. 2003/03/0095, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der - auch im Beschwerdefall geltenden - Rechtslage (TKG idF vor der Novellierung durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 26/2000) gemäß Art. 133 Z. 4 B-VG Angelegenheiten, über die die belangte Behörde entschieden hat, nach österreichischem nationalem Recht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgenommen waren und dass sich die vom EuGH mit Urteil vom 22. Mai 2003 (Rechtssache C- 462/99) aus Art. 5a Abs. 3 der Richtlinie 90/387/EWG idF der Richtlinie 97/51 EG abgeleitete Verpflichtung des Verwaltungsgerichtshofes zur Nachprüfung nur auf den Schutz der dem Einzelnen vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten materiellen Rechte, nicht aber auch auf den Schutz bloß im nationalen Recht verankerter individueller Rechte beziehen kann.

Daraus folgt, dass auch im Beschwerdefall auf das eine Verletzung lediglich letzterer Rechte betreffende Beschwerdevorbringen nicht einzugehen ist.

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechtes sind folgende Fragen wesentlich:

1. "Indirekte Zusammenschaltung" als Zusammenschaltungsleistung:

Bereits im hg. Erkenntnis vom 6. Oktober 2003, Zl. 2003/03/0101, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, wurde ausgesprochen, dass auch der Transit zur Zusammenschaltung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 97/33/EG gehört. Art. 9 Abs. 6 der genannten Richtlinie lautet:

"(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."

Auf dem Boden dieser Rechtslage mangelte daher der belangten Behörde - entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei - aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht keineswegs die "Anordnungsbefugnis für die 'indirekte Zusammenschaltung'".

2. Kompetenz der belangten Behörde zur Entgeltfestsetzung für Zusammenschaltungsleistungen:

Die beschwerdeführende Partei vertritt den Standpunkt, dass auf dem österreichischen Mobilfunkmarkt bereits ein funktionierender Wettbewerb bestehe, sodass Regulierungseingriffe zur Preisgestaltung hinfällig und daher unzulässig wären.

Dem ist entgegenzuhalten, dass - wie im zitierten Erkenntnis vom 6. Oktober 2003 ausgeführt - für das den Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht zu entrichtende Entgelt für Zusammenschaltungsleistungen die in Art. 7 der Richtlinie 97/33/EG geregelten Grundsätze gelten. Damit unterliegt die Festsetzung des Entgeltes in einem solchen Fall aber - unabhängig von den sonstigen Marktverhältnissen - jedenfalls der Regelungsbefugnis der nationalen Regulierungsbehörden.

Unbestritten ist, dass mit rechtskräftigem Bescheid der belangten Behörde vom 23. Juli 1999, Zl. M 1/99-256, gemäß § 33 Abs. 4 TKG festgestellt wurde, dass die beschwerdeführende Partei auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines Mobilkommunikationsnetzes sowie auf dem Markt für das Erbringen von Zusammenschaltungsleistungen in Österreich jeweils über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Annahme einer Regulierungsbefugnis hinsichtlich der der beschwerdeführenden Partei als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht zu entrichtenden Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen begegnet daher aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht keinen Bedenken.

3. Höhe der Zusammenschaltungsentgelte:

In der Begründung ihres Bescheides ging die belangte Behörde davon aus, dass die Entgelte für die Gesprächstypen V 25 und V 26 kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen seien. Die bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten habe für die Gesprächstyp V 25 ein Entgelt in der Höhe von 1,90 ATS/Minute (gewichteter Durchschnitt aus GSM-Netz und D-Netz) und für den Gesprächstyp V 26 ein Entgelt in der Höhe von 1,81 ATS/Minute (gewichteter Durchschnitt aus GSM-Netz und D-Netz) ergeben.

Der Berechnung dieser Entgelte sei ein der belangten Behörde zugänglich gemachtes Kostenrechnungsmodell der beschwerdeführenden Partei zugrundegelegt worden, allerdings seien unter anderem - den Gutachten der nichtamtlichen Sachverständigen Dr. Dockner/Dr. Zechner und den betriebswirtschaftlichen Amtssachverständigen folgend - der Kapitalzinssatz mit 16,2 % statt - wie von der beschwerdeführenden Partei begehrt - mit 19,38 % festgelegt und der Firmenwert nicht berücksichtigt worden.

Dagegen wendet die beschwerdeführende Partei unter Vorlage einer gutachtlichen Stellungnahme des Univ.Prof. Dr. Günter Knieps im Wesentlichen ein, dass die Zusammenschaltungsentgelte auf einem "Unter-Kosten-Niveau" festgelegt worden seien, weil in einer "Forward-looking-Perspektive" auf den "Marktwert" des Eigenkapitals abzustellen gewesen wäre. Es sei daher nicht nur der Kalkulationszinssatz, sondern auch das eingesetzte Kapital

rechtsirrig ermittelt worden, dies auch deshalb, weil sowohl der "Netzmehrwert" als auch der Firmenwert ausgeblendet worden seien. Mit diesen Ausführungen ist die beschwerdeführende Partei darauf zu verweisen, dass nach dem für die Berechnung des Zusammenschaltungsentgeltes maßgebenden Grundsatz der Kostenorientiertheit auf der Basis FL-LRAIC (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 6. September 2001, Zl. 2000/03/0195, und vom 11. Dezember 2002, Zl. 2000/03/0190) die Wiederbeschaffungswerte der für die Leistungserbringung notwendigen Ausstattung die Basis für die Berechnung der zukünftigen langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten darstellen. Diesem Grundsatz entspricht es aber, wenn die Sachverständigen Dr. Dockner/Dr. Zechner in ihrem von der belangten Behörde dem angefochtenen Bescheid zugrundegelegten Gutachten davon ausgehen,

"dass die Regulierungsvorschriften den Marktwettbewerb ersetzen sollen. In einem kompetitiven Produktmarkt würden sich die Preise so einpendeln, dass die Kapitalgeber eine Rendite auf das investierte Kapital realisieren, die sie genau indifferent macht, ihr Kapital für die erforderlichen Investitionen zur Verfügung zu stellen.

Wenn die von der Regulierungsbehörde erlaubten Kapitalkosten mit jenen eines kompetitiven Produktmarktes übereinstimmen, dann wäre der Marktwert des Vermögens grundsätzlich gleich den Wiederbeschaffungswerten der notwendigen Vermögensgegenstände. Eine zusätzliche Verzinsung eines über diesen Wert hinausgehenden 'Firmenwerts' ist nicht gerechtfertigt."

Den von der belangten Behörde auf Grund des Gutachtens der Sachverständigen Dr. Dockner/Dr. Zechner in Anschlag gebrachten Zinssatz von 16,2 % hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Stellungnahme zum Gutachten dieser Sachverständigen als "vom methodischen Ansatz auch plausibel" bezeichnet. Schon von daher bestehen keine Bedenken gegen die Annahme eines Zinssatzes von 16,2 %.

Aus dem dem angefochtenen Bescheid zugrundegelegten Gutachten der betriebswirtschaftlichen Amtssachverständigen geht hervor, dass die Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens "auf Basis von Wiederbeschaffungswerten der notwendigen Infrastruktur" erfolgte. Diese Vorgangsweise steht ebenfalls in Einklang mit dem oben dargelegten Grundsatz. Auf die von der beschwerdeführenden Partei erstmals in der Beschwerde erhobene Rüge der unzulässig gewesenen "Ausblendung des Netzmehrwertes" kann zufolge des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden Neuerungsverbot nicht eingegangen werden.

Zusammenfassend vermag es die beschwerdeführende Partei daher nicht, Unschlüssigkeiten in den der Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte zugrundegelegten Sachverständigengutachten aufzuzeigen.

Da auch die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde im Rahmen der zu prüfenden Beschwerdepunkte keinem Einwand begegnet, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Das Kostenmehrbegehren der mitbeteiligten Partei war abzuweisen, weil neben dem Pauschalbetrag für Schriftsatzaufwand kein gesonderter Ersatz der Umsatzsteuer gebührt.

Wien, am 24. Februar 2004

### **Schlagworte**

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1 Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Bescheide von Kollegialbehörden iSd B-VG Art133 Z4

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

ECLI:AT:VWGH:2004:2003030109.X00

### **Im RIS seit**

18.03.2004

### **Zuletzt aktualisiert am**

18.04.2012

**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)