

Z 2/2000-49

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Telekabel Wien GmbH, Wolfganggasse 58-60, 1120 Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs. 3 TKG gegenüber der Telekom Austria AG, Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, in der Sitzung vom 10. Juni 2003 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß § 41 Abs. 3 TKG in Verbindung mit § 111 TKG werden für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Telekabel Wien GmbH (nachstehend „Telekabel“ oder auch „Zusammenschaltungspartner“ genannt) mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Telekom Austria AG (nachstehend auch „Telekom Austria“ oder „TA“ genannt) ergänzend zur Zusammenschaltungsanordnung vom 17.4.2000, Z 33/99-87 folgende weitere Bedingungen angeordnet:

1. Ergänzung der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z 33/99-87

A. Punkt 18.3 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000 wird ergänzt und hat nunmehr zu lauten wie folgt:

18.3 Anhänge

Die nachstehend aufgelisteten Anhänge bilden einen integrierten Bestandteil dieser Anordnung. Jede Bezugnahme auf diese Anordnung bezieht sich daher auch auf die Anhänge.

Übersicht über die Anhänge:

Anhang 1	Definitionen und Abkürzungsverzeichnis
Anhang 2	Zusammenschaltungsverbindungen
Anhang 3	Technische Spezifikationen
Anhang 4	Übergabe des terminierenden Verkehrs der Zusammenschaltungspartner an die TA (HVSt)
Anhang 5	Verkehrsarten
Anhang 6	Tariffestlegung, Entgelte, Kosten
Anhang 7	Registrierungsparameter
Anhang 8	Verrechnungssätze
Anhang 9	nicht festgelegt
Anhang 10	nicht festgelegt
Anhang 11	Ergänzende Regelungen für Terminierung und Transit (HVSt)
Anhang 12	Regelungen betreffend Verbindungsnetzbetreiber
Anhang 13	Allgemeine Regelungen betreffend die Zusammenschaltung auf unterer Netzhierarchieebene
Anhang 13a	Regelungen betreffend die Zusammenschaltung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen für bestimmte NVSt und OVSt
Anhang 14	Regelungen betreffend Zugang zu den tariffreien Diensten
Anhang 15	Regelungen betreffend den Zugang zu internationalen tariffreien Diensten ("Universal International Freephone Services"- 00800)
Anhang 16	Regelungen betreffend Notrufe
Anhang 17	Regelungen betreffend Dienste mit geregelten Tarifobergrenzen und frei kalkulierbare Mehrwertdienste ¹
Anhang 18	nicht festgelegt
Anhang 19	Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
Anhang 20	nicht festgelegt
Anhang 21	nicht festgelegt
Anhang 22	nicht festgelegt
Anhang 23	Regelungen betreffend die wechselseitigen Bedingungen für das Funktionieren der Portierung von geographischen Rufnummern ²
Anhang 24	Regelungen betreffend die wechselseitigen Bedingungen für das Funktionieren der Portierung von Diensterufnummern ³

B. Neben den Anhang 13 tritt der folgende Anhang 13a:

Anhang 13a

Regelungen betreffend die Zusammenschaltung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen für bestimmte NVSten und OVSten

¹ Vgl den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.10.1999, Z 16/99-33.

² Vgl den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27.3.2000, Z 22/99-86 sowie vom 3.4.2000, Z 22/99-88.

³ Vgl den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 9.5.2000, Z 22/99-95.

1. Grundsätzliches

Dieser Anhang regelt die Herstellung der physikalischen Verbindung des Netzes der TA mit dem Netz des Zusammenschaltungspartners an bestimmten NVSten bzw. OVSten samt der für diese Zusammenschaltung anzuwendenden Bedingungen im Sinne des Anhangs 13 Punkt 3 der Zusammenschaltungsanordnung Z 33/99-87.

Die TA ist verpflichtet, nach Maßgabe der folgenden Regelungen ihr Netz auf Wunsch des Zusammenschaltungspartners an jenen unterhalb der Ebene der HVSt liegenden Vermittlungsstellen zusammenzuschalten, die in Punkt 4 dieses Anhangs angeführt sind (Zusammenschaltung auf lokaler Ebene).

Soweit die in diesem Anhang getroffenen Regelungen vom allgemeinen Teil bzw. den anderen Anhängen abweichen, gehen die Bestimmungen dieses Anhangs vor.

2. Joining Link – Physikalische Verbindung der Netze

Die physikalische Verbindung des TA-Netzes mit dem Partnernetz erfolgt von der betreffenden TA-Vermittlungsstelle über einen Netzübergangspunkt („NÜP“) zum Partnernetz. Die Schnittstelle sowie die nähere technische Ausgestaltung und Kostentragung der physikalischen Verbindung entsprechen für den Bereich der NVSt bzw. OVSt den im Anhang 2 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z 33/99-87 (Zusammenschaltungsverbindungen, 1. "End of Span" Zusammenschaltung; 2. „In Span“-Zusammenschaltung) festgelegten Regelungen.

Die Mindestauslastung der 2-Mbit-Systeme der Zusammenschaltungsbündel sowie die Realisierung einer redundanten SDH-Übertragungseinrichtung richten sich ebenfalls nach den in der Zusammenschaltungsanordnung Z 33/99-87 festgelegten Regelungen.

3. Zusammenschaltungsentgelte

Es gelten die nachstehenden tageszeitabhängigen und verkehrsvolumensunabhängigen Zusammenschaltungsentgelte:

Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Telekom Austria AG auf Ebene der NVSt bzw. OVSt ins Netz der Telekabel Wien GmbH bezahlt die Telekom Austria an die Telekabel V 39¹.

		ATS	ATS	EUR/100	EUR/100	in der Höhe von
Kurz-bez.	Verkehrsart / Netzelemente / Verkehrsrichtung	Peak	Off-Peak	Peak	Off-Peak	
V 39	Terminierung lokal (local switch) TA -> ANB Terminierung vom Netz der Telekom Austria in das Netz des Vertragspartners lokal (NVSt, OVSt)	0,21	0,10	1,52613	0,72673	V 3

Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zu Stande gekommene Verbindungen werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemisst sich auf der Basis einer Sekundenabrechnung der zu Stande gekommenen Verbindungen.

Peak- und Off-Peak-Zeiten, Clearing-Entgelte und Verrechnung richten sich nach Anhang 6 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17.04.2000, Z 33/99-87.

¹ Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Telekabel Wien GmbH ins Netz der Telekom Austria AG auf Ebene der NVSt bzw. OVSt bezahlt die Telekabel an die Telekom Austria jenes Entgelt, das bereits durch den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 17.04.2000, Z 33/99-87, festgelegt wurde.

Die Registrierungsparameter für die Abrechnung des Verkehrs zwischen den Netzen der Parteien richten sich nach Punkt 5.7 des allgemeinen Teils und Anhang 7 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17.04.2000, Z 33/99.

4. Durchführung

Die TA hat die Zusammenschaltung ihres Netzes mit dem Netz der Telekabel an folgenden Vermittlungsstellen auf niedriger Netzhierarchieebene zu realisieren:

Tabelle 1:

Einzugsbereich	VST-Name	Standort-Name	Strasse	PLZ
1	Wien-Krugerstrasse	Wien-Krugerstrasse	Krugerstrasse 13	1010
1	Wien-Dreihufeisengasse	Wien-Dreihufeisengasse	Lehargasse 7	1060
1	Wien-Berggasse	Wien-Berggasse	Berggasse 35	1090
1	Wien-Hebragasse	Wien-Hebragasse	Zimmermannngasse 4-6	1090

Die Realisierung hat an den in der Tabelle genannten Vermittlungsstellen binnen einer Woche ab 10.05.2000 zu erfolgen.

Der Verkehr, den Telekabel am lokalen NÜP zur Terminierung übergibt, muss sein Ziel in jenem geografischen Nummernbereich haben, welcher dem NÜP zugeordnet ist. Mit den vier angeordneten Vermittlungsstellen ist der gesamte geografische Rufnummernbereich der Ortsnetzkennzahl 1 abzudecken.

Der Verkehr, den TA am lokalen NÜP zur Terminierung übergibt, muss sein Ziel im geografischen Gebiet der ONKZ 1 haben. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die vorhandenen Kapazitäten an den vier Vermittlungsstellen möglichst gleichmäßig genützt werden. Die TA informiert Telekabel über die zu erwartenden Verkehrsvolumina an den einzelnen lokalen NÜPs. Bei Änderungen dieser Verkehrsmengen wird TA Telekabel zeitgerecht vorab informieren. Der in Punkt 5 festgesetzte Überlauf ist zu garantieren.

Kommt die TA der Verpflichtung zur Realisierung der Zusammenschaltung an einer der oben in Tabelle 1 angeführten Vermittlungsstellen binnen einer Woche ab 10.05.2000 aus nicht von der Telekabel zu vertretenden Gründen nicht rechtzeitig nach, so hat die Telekabel unabhängig von der tatsächlichen Zusammenschaltung für Verkehr, der im Einzugsbereich dieser Vermittlungsstellen zu terminieren ist, als Verrechnungsentgelte lediglich die für die Terminierung auf lokaler Netzebene festgesetzten Entgelte zu bezahlen.

5. Überlauf

Im Falle der Auslastung des NÜP auf niedriger Netzebene wird von beiden Parteien ein Überlauf zum jeweiligen NÜP auf höherer Netzebene (HVSt-Ebene) garantiert.

6. Pönaleregulung

6.1. Pönaleregulung für NÜPs, Links und SS7-Links

Hinsichtlich der Planung und der Bestellung von NÜPs, Links und SS7-Links als auch der Lieferfristen und der Rechtsfolgen bei Lieferverzug gelten die in Punkt 4 des Allgemeinen Teils der Anordnung Z 33/99-87 vom 17.04.2000 festgelegten Regelungen.

6.2. Sonderregelungen für Lieferfristen von 2 Mb/s-Systemen und SS7-Links

Die von der TA bereits in der Kalenderwoche 51/99 zugesicherten 4 x 20 x 2 Mb/s-Systeme (20 je NVSt) sind Telekabel binnen 10 Arbeitstagen nach dem von der Telekabel der TA anzuzeigenden Abschluss der durch Telekabel durchzuführenden Arbeiten (Grabungen bis zur NVSt) durch die TA betriebsbereit zu stellen.

Innerhalb von 4 Wochen ab 10.05.2000 hat die TA der Telekabel zur Nutzung der PCM-30-Systeme zwei zusätzliche SS7-Links zur Verfügung zu stellen, je einen am STP Arsenal und am STP Schillerplatz.

Werden die Systeme nicht gemäß den vorgenannten Bestimmung zur Verfügung gestellt, sind die Regelungen gemäß Punkt 6.1. dieses Anhangs anzuwenden.

7. Befristung

Diese Anordnung gilt vom 10.05.2000 bis zum 31.12.2000.

C. Informationspflichten

Gemäß § 83 Abs. 2 und 3 TKG haben die Telekom Austria AG und die Telekabel Wien GmbH der Telekom-Control-Kommission erstmals bis zum 31.7.2000 zum Stichtag 30.6.2000 (für das zweite Quartal 2000) und sodann innerhalb eines Monats nach jedem Quartalsende (für das jeweilige Quartal) Informationen über den auf der Basis dieser Anordnung abgewickelten Verkehr zu übermitteln. Dabei ist die Anzahl der Gesprächsminuten und die Anzahl der Verbindungsaufbauten – aufgeschlüsselt nach den Verkehrstypen – sowie deren regionale Verteilung (aufgeschlüsselt nach NÜPs) anzugeben. Weiters sind der Telekom-Control-Kommission zu den genannten Stichtagen die Anzahl der aktiven 2Mbit-Systeme je Netzübergangspunkt sowie Aus- bzw. Rückbaupläne und Planungsdaten bekannt zu geben.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

(...).

2. Festgestellter Sachverhalt

(...)

3. Beweiswürdigung

(...)

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Allgemeines zum fortgesetzten Verfahren und zur Erlassung des Ersatzbescheides:

4.1.1. Zur Zulässigkeit von Verweisen auf andere Bescheide:

Die Rechtsprechung des VwGH zur Frage der Zulässigkeit von Verweisen in der Begründung eines Bescheides auf die Begründung eines anderen Bescheides, insbesondere zu Verweisen im Ersatzbescheid auf den aufgehobenen Bescheid, ist – soweit überblickbar – uneinheitlich.

So hat der Gerichtshof in seinem Erkenntnis vom 19.03.1991 zur Zahl 85/08/0042 erkannt, dass es nicht rechtswidrig ist, „*in der Begründung eines Bescheides auf jene eines anderen Bescheides zu verweisen. Insbesondere gilt dies für einen Ersatzbescheid, in welchem auf die Begründung des aufgehobenen ersten Bescheides verwiesen wird.*“

Gegenteilig fiel jedoch die Entscheidung im Erkenntnis vom 30.03.1993, 92/04/0253, aus. Danach verletzt die „*Behörde ihre Begründungspflicht, wenn sie im fortgesetzten Verfahren auf Ausführungen des insoweit durch den VwGH behobenen Bescheides verweist.*“

Zu Vermeidung eines diesbezüglichen Verfahrensfehlers im fortgesetzten Verfahren wird der gegenständliche Bescheid ohne Verweise auf andere Bescheide, insbesondere ohne Verweis auf den aufgehobenen Bescheid Z 2/00 - 13 vom 09.05.2000 und ohne Verweise auf den Bescheid Z 33/99 - 87 vom 17.03.2000, begründet. Die Tatsache, dass sich die Begründungen dieses Bescheides inhaltlich größtenteils mit den Begründungen des Bescheids Z 33/99-87 und Z 2/00-13 decken, ist insbesondere auf die Bindungswirkung des aufhebenden Erkenntnisses des VwGH vom 11.12.2002 zurückzuführen, in dem der VwGH wesentliche Teile der Begründung des Erstbescheides, der diesbezüglich auf Z 33/99-87 basierte, als rechtsrichtig erkannt hat.

Insbesondere wurden auch die im Verfahren Z 33/99 eingeholten Gutachten den Parteien nunmehr im gegenständlichen Verfahren zur Stellungnahme zugestellt (ON 42 und ON 43) um die vom VwGH diesbezüglich erkannten Verfahrensfehler (Erkenntnis vom 11.12.2002, Seite 43 ff, Punkt 3) im fortgesetzten Verfahren zu vermeiden (vgl. auch oben unter Punkt 3.3.1).

4.1.2. Zur Frage der im fortgesetzten Verfahren anwendbaren Sach- und Rechtslage:

Nach den einschlägigen Bestimmungen des AVG haben Verwaltungsbehörden grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage zu entscheiden, die im Zeitpunkt der Entscheidung gegeben ist. Die auch im gegebenen Zusammenhang wesentliche Frage nach der anwendbaren Sach- und Rechtslage bei der Erlassung des gegenständlichen Ersatzbescheides wird auch in einer (umfangreichen) Judikatur des VwGH behandelt.

4.1.2.1. Zur im gegenständlichen Fall maßgeblichen Rechtslage:

Die für die Entscheidung in der gegenständlichen Verwaltungssache relevante Rechtslage hat sich seit der ersten – nunmehr aufgehobenen Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 09.05.2000, Z 2/00 - 13, trotz einiger Änderungen des TKG, nicht geändert. Im Einzelnen darf diesbezüglich auf die ausführliche Begründung unten unter Punkt 4.5. (insbesondere 4.5.3. zur Entgelthöhe) dieses Bescheides verwiesen werden.

Die Telekom-Control-Kommission hat daher auf der Basis derselben (gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen) Rechtsnormen zu entscheiden wie beim aufgehobenen Erstbescheid. Diesbezüglich ist auch auf die Bindungswirkung des aufhebenden Erkenntnisses nach § 63 Abs 1 VwGG hinzuweisen.

4.1.2.2. Zur im gegenständlichen Fall maßgeblichen Sachlage:

Wie unter Punkt 4.1.2. dargestellt, ist grundsätzlich auch nach der im Entscheidungszeitpunkt aktuellen Sachlage zu entscheiden. Von diesem Grundsatz der Entscheidung nach der Sachlage, die im Entscheidungszeitpunkt gegeben ist, sind jedoch nach der Judikatur des VwGH Ausnahmen möglich. Diese sind sinnvollerweise insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Entscheidung auf der Basis des aktuellen Sachverhalts im Entscheidungszeitpunkt nicht angemessen oder aus anderen Gründen rechtlich nicht geboten erscheint.

So hat der VwGH diesbezüglich entschieden (Hauer–Leukauf, *Verwaltungsverfahren*⁵, E 95a zu § 56 AVG), dass sich die „*Feststellung des maßgebenden Sachverhalts ... auf die Ermittlung der unter dem Gesichtspunkt der anzuwendenden Rechtsvorschriften im konkreten Falle in Betracht kommenden Tatsachen*“ erstreckt. Diese Judikatur lässt sich nach Meinung der Telekom-Control-Kommission auch auf den gegenständlichen Fall anwenden. Die Telekom-Control-Kommission verkennt zwar nicht, dass sich dieses Erkenntnis in erster Linie wohl darauf bezieht, dass sich die für die Entscheidung erforderlichen Sachverhaltselemente nur unter Rückgriff auf die Tatbestandselemente der anzuwendenden Rechtsnormen ermitteln lassen und sich das Erkenntnis daher nicht primär mit der Frage der Aktualität – also der zeitlichen Dimension – des zu ermittelnden Sachverhalts bezieht.

Der Telekom-Control-Kommission erscheint jedoch die in diesem Erkenntnis zu Ausdruck gebrachte grundsätzlich Rechtsmeinung, dass sich der für eine konkrete Entscheidung maßgebende Sachverhalt nur unter Rückgriff auf die anwendbaren Rechtsnormen ermitteln lässt, durchaus auch auf die Frage nach dieser zeitlichen Dimension anwendbar. Auch die in Hauer–Leukauf, *Verwaltungsverfahren*⁵, E 100 zu § 56 AVG zitierte Entscheidung des VwGH, wonach lediglich „*mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ... auf die Sachlage im Zeitpunkt der beh. Entscheidung abzustellen*“ ist, zeigt, dass es durch gesetzliche Anordnung Ausnahmen vom oben genannten allgemeinen Grundsatz geben kann.

Eine derartige gesetzliche Regelung, wonach andere als die aktuellsten verfügbaren Daten der Entscheidung des Ersatzbescheides zu Grunde zu legen sind, besteht nach Auffassung

der Telekom-Control-Kommission – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch zweifellos nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung (siehe dazu Punkt 4.1.2.2.1.) – hinsichtlich der im gegenständlichen Verfahren zu treffenden Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten:

Die gegenständliche Frage nach dem entscheidungswesentlichen Sachverhalt ist insbesondere deshalb von Relevanz, weil in die (im Verfahren Z 33/99 erstellten und auch dem Erstbescheid zugrunde gelegten) Gutachten teilweise Prognosen – z. B. betreffend Verkehrsmengen – eingeflossen sind und teilweise sonstige Annahmen getroffen wurden (z. B. betreffend den Effizienzabschlag), die die im damaligen Zeitpunkt der Erstellung der Gutachten (Frühjahr 2000) wahrscheinlichsten Annahmen darstellten, die sich jedoch aus heutiger Sicht (Erlassung des Ersatzbescheides am 10.06.2003) aus ex-post Sicht überprüfen ließen und daher bei Berücksichtigung dieser heute bekannten Tatsachen möglicherweise zu anderen Ergebnissen der Gutachten und damit potenziell zu einer anderen Entscheidung hinsichtlich der Entgelte führen könnten.

Der im fortgesetzten Verfahren zu erlassende Ersatzbescheid hat den selben Geltungszeitraum wie der aufgehobene Erstbescheid, nämlich von Mai bis Dezember 2000. Der Unterschied zur Erstentscheidung ON 13 liegt jedoch darin, dass dieser Geltungszeitraum nunmehr zur Gänze in der Vergangenheit liegt und daher betreffend diesen Geltungszeitraum Tatsachen bekannt sein können, die im Zeitpunkt der Erlassung des Erstbescheides noch in der Zukunft lagen. Im gegenständlichen Fall stellt sich daher diesbezüglich die Frage nach der (grundsätzlichen) Verwendbarkeit der bereits für den Erstbescheid herangezogenen Gutachten – nach Verbesserung der als unschlüssig erkannten Teile – auch für die Erlassung des Ersatzbescheides.

Im fortgesetzten Verfahren ist daher zusammengefasst die Rechtsfrage zu lösen, ob der „maßgebende Sachverhalt“ iSd AVG eine Berücksichtigung der seit der Erlassung des Erstbescheides eingetretenen tatsächlichen Vorkommnisse (z. B. der Verkehrsmengen) erforderte, was zur Beauftragung gänzlich neuer Gutachten führen hätte müssen, oder ob mit einer Verbesserung der als unschlüssig erkannten Teile der Gutachten, insbesondere des betriebswirtschaftlichen Gutachtens von Dockner und Zechner, das Auslangen zu finden war und die neuerliche Entscheidung somit auf der Basis der (verbesserten) ursprünglichen Gutachten zu fällen war.

Die nach Auffassung der Telekom-Control-Kommission rechtsrichtige Vorgangsweise war aus folgenden Gründen die zweitgenannte, somit die Verwendung der verbesserten ursprünglichen Gutachten ohne auf die aktuell bekannten Daten zurückzugreifen:

4.1.2.2.1. ex ante Regulierung

Die der Regulierung des Telekommunikationssektors zu Grunde liegenden europarechtlichen und innerstaatlichen Rechtsgrundlagen für die Entgeltfestsetzung (siehe dazu im Einzelnen unter Punkt 4.5.3.) sehen klar den Grundsatz einer „ex-ante“-Betrachtung vor. Diese „ex-ante“-Betrachtung der relevanten Sachverhalte stellt den wesentlichen Unterschied zwischen den sektorspezifischen Rechtsgrundlagen der Regulierung des Telekommunikationssektors und dem auf „ex-post“-Betrachtung ausgelegten allgemeinen Wettbewerbsrecht dar.

Nach Meinung der Telekom-Control-Kommission kann auch die Aufhebung eines Bescheides an dieser verpflichtenden „ex-ante“-Betrachtung bei Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten nichts ändern. Im Normalfall erfolgt nämlich die Entgeltfestsetzung für einen in der Zukunft liegenden Zeitraum. Diesfalls besteht die einzige Möglichkeit der Annäherung an erforderliche aber notwendigerweise zukünftige Daten darin, Prognosen zu erstellen. Wenn es zu keiner Bescheidaufhebung kommt, besteht nach dem System der „ex-ante“-Regulierung faktisch keine andere Möglichkeit, als mit Prognosen zu arbeiten. Die (bezogen auf den Inhalt der Entgeltfestlegung: zufällige) Tatsache, dass es –

wie im vorliegenden Fall – wegen eines Verfahrensmangels zur Aufhebung des Bescheides kommt und lediglich dadurch eine neuerliche Entscheidung über die Entgelte für einen dann in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt kommen kann, kann nach Meinung der Telekom-Control-Kommission keine Auswirkung auf die genannten inhaltlichen Grundlagen der Entgeltfestsetzung, insbesondere auf den Grundsatz der „ex-ante“-Regulierung und den FL-Grundsatz (dazu sogleich) haben. Auch der Ersatzbescheid muss sich daher darauf beschränken, die Zulässigkeit und Richtigkeit der Prognosen zu überprüfen, dies allerdings immer noch aus der „ex-ante“ Sicht. Die gegenteilige Rechtsmeinung würde nach Meinung der Telekom-Control-Kommission allenfalls sogar zu völlig willkürlichen Ergebnissen (dazu siehe sogleich unter 4.1.2.2.3.) führen.

4.1.2.2.2. Zum Grundsatz der FL-RLAIC:

Auch der betreffend seiner Anwendbarkeit auf die gegenständliche Entgeltfestsetzung unstrittige „Forward-Looking“-Ansatz verlangt definitionsgemäß eine zukunftsorientierte und keine vergangenheitsbezogene (ex-post) Betrachtung. In diesem Sinn hat auch der VwGH in seinem aufhebenden Erkenntnis (Seite 29 erster Absatz) ausgeführt, dass *„dem auch von der Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkannten FL-LRAIC-Ansatz [...] somit ein Effizienzgrundsatz zu Grunde liegt, der den alleinigen Bezug auf konkrete historische Kosten oder Gegebenheiten [...] ausschließt.“* Ebenso führt der Gerichtshof (Punkt 2.6, Seite 40 am Ende) diesbezüglich aus, dass *„wenn die Kostenrechnung auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten erfolgen soll, ... in der Zukunft gelegene Daten Teil des von der Behörde zu ermittelnden Sachverhalts“* sind.

Die auf den gegenständlichen Fall anwendbaren Rechtsnormen verlangen daher nach der vom VwGH bereits als richtig erkannten Rechtsmeinung der Telekom-Control-Kommission gerade eine „ex-ante“-Betrachtung auf der Basis von damals zu erstellenden Prognosen und keine Aktualisierung dieser Prognosen auf eine (beeinflusste, siehe dazu unten 4.1.2.2.3.) ex-post Betrachtung.

Die bei der Gutachtenserstellung vor Erlassung des Erstbescheides getroffene Prognosen können daher nach richtiger Rechtsansicht nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf der Basis von aus der damaligen Sicht plausiblen Annahmen erstattet wurden. Sie werden allerdings nicht geändert, auch wenn (scheinbar: dazu sogleich) ex post betrachtet nunmehr „Echtdaten“ bekannt sind und sich von den Prognosen unterscheiden.

4.1.2.2.3. Vermeintliche „Echtdaten“ - Beeinflussung:

Der mit dem Erkenntnis des VwGH aufgehobene Erstbescheid wurde zwar mit ex-tunc Wirkung aus dem Rechtsbestand beseitigt. Dies ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass er während seines ursprünglichen Geltungszeitraumes von seiner Erlassung bis 31.12.2000 tatsächlich die Grundlage der zwischen den Parteien abgewickelten Terminierungsleistungen auf der niederen Netzebene war und daher den tatsächlichen Ablauf des Sachverhalts zumindest mitbestimmt hat.

Die aus damaliger Sicht gültigen Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen auf der niederen Netzebene hatten zweifellos einen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Parteien hinsichtlich der Übergabe des Verkehrs an den jeweils anderen Zusammenschaltungspartner. Diese Routingentscheidungen wurde daher maßgeblich durch den aufgehobenen Bescheid und damit auch durch die in die Gutachten eingeflossenen Prognosen mitbeeinflusst.

Durch diese (zumindest nicht ausschließbare) Beeinflussung der tatsächlichen Vorkommnisse durch den Erstbescheid stellen die aus heutiger Sicht bekannten Daten somit gar nicht „validierte Echtdaten“ der Daten dar, die man damals versucht hat (ex ante) zu prognostizieren, so dass sich ihre Verwendung schon aus diesem Grund verbietet.

Würde man diese nunmehr bekannten Änderungen bei der neuen Entscheidung berücksichtigen, wäre der erste Bescheid im Übrigen entgegen der Intention des VwGG nicht mit ex-tunc Wirkung beseitigt, sondern würde über diese Beeinflussung in die Ersatzentscheidung einfließen. Auch aus diesem Grund scheint eine Änderung der Gutachten, die über die Verbesserung der als unschlüssig erkannten Teile hinausgeht, als unzulässig.

Eine den einschlägigen Rechtsgrundlagen entsprechende FL-Betrachtung, die den anzuordnenden Entgelten zugrunde zu legen ist, ist daher nach Meinung der Telekom-Control-Kommission auch aus diesem Grund nur tatsächlich ex-ante, das heißt aus der Sicht vor Ablauf des Geltungszeitraumes sinnvoll möglich und rechtlich zulässig.

Die ursprünglichen Gutachten waren daher, insbesondere auch weil die darin getroffenen Prognosen inhaltlich vom VwGH nicht als fehlerhaft erkannt wurden (nach Verbesserung der gerügten Verfahrensmängel) auch als Grundlage der nunmehrigen Entscheidung im fortgesetzten Verfahren heranzuziehen.

4.1.2.2.4. Verhinderung der Umsetzung des Erkenntnisses:

Würde man dem Ersatzbescheid tatsächlich die im Zeitpunkt seiner Erlassung aktuellsten bekannten Daten zu Grunde legen, könnte im Übrigen auch das Erkenntnis des VwGH insoweit nicht umgesetzt werden, als die darin als fehlerfrei erkannten Grundlagen des ersten Bescheides – insbesondere die Annahme des 20 %-igen Effizienzabschlages wegen nicht ausreichender Mitwirkung der Telekom Austria am Ermittlungsverfahren – allenfalls geändert werden müssten.

Diese Konsequenz stünde somit im Gegensatz zur in § 63 Abs 1 VwGG statuierten Bindungswirkung des Erkenntnisses des Gerichtshofes.

4.1.2.3. Sach- und Rechtslage - Zusammenfassung:

Da sich die für die Entscheidung in der gegenständlichen Verwaltungssache relevante Rechtslage seit der Erstentscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 09.05.2000, Z 2/00 - 13, nicht geändert hat (oben 4.1.2.1) und auch hinsichtlich des für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts keine Änderung eingetreten ist, die die Erstellung neuer Gutachten erforderlich gemacht hätte (oben 4.1.2.2), legt die Telekom-Control-Kommission im fortgesetzten Verfahren die ursprünglichen Gutachten – z. T. soweit erforderlich nach Verbesserung (siehe dazu Punkt 3.3.) – der Entscheidung auch des Ersatzbescheides zugrunde.

4.1.3. Zur Bindung an das aufhebende Erkenntnis:

Der VwGH hat nun zusammengefasst in folgender Hinsicht die im Erstbescheid dargestellte Rechtsansicht der Telekom-Control-Kommission mit Bindungswirkung für den nunmehrigen Bescheid bestätigt:

- die Heranziehung eines Bottom-Up-Modells neben einem Top-Down-Modell für die Berechnung kostenorientierter Entgelte nach FL-LRAIC ist rechtlich und wirtschaftlich zulässig (Punkte 2.2 bis 2.4 des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 20 ff);
- dem dem Verfahren zugrunde gelegten Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) wurde mit dem von der Telekom Austria AG vorgelegte CSELT-Modell (Modell der Telecom Italia) nicht auf fachlich gleicher Ebene entgegengetreten (Punkt 2.5 des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 36 f);

- der zur Anwendung gelangte Effizienzabschlag auf die Kostenrechnungsergebnisse aus dem Top-Down-Kostenrechnungsmodell der Telekom Austria AG sowie die Mittelwertbildung zwischen Top-Down- und Bottom-Up-Ergebnissen sind zulässig, insbesondere dann, wenn Telekom Austria AG selbst keine diesbezüglichen Daten liefert (Punkte 2.6 und 2.7. des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 37 f);
- die Methodik zur Berechnung des Kapitalkostenzinssatzes war zulässig (Punkt 3.2.1 des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 44 ff); siehe dazu auch Punkt 3.3.2. dieses Bescheides;
- die vorgenommene Verwendung bestimmter Inputdaten für die Berechnung mittels des WIK-Bottom-Up-Modells war zulässig (Punkte 3.3.3 des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 53ff)
- die den wirtschaftlichen Gutachten zugrunde gelegten Annahmen von Parametern (z.B. die wirtschaftliche Nutzungsdauer, die Berücksichtigung von Planverkehrsmengen) und die Heranziehung internationaler Vergleichswerte im Bottom-Up-Modell zur Bestimmung der FL-LRAIC-Kosten für Zusammenschaltungsleistungen war ausreichend dargelegt und zulässig (Punkte 3.4.1 bis 3.4.4. des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 55 ff);
- die Festlegung der Höhe von Zusammenschaltungsentgelten im Festnetz unter Berücksichtigung der technischen Unterschiede in der Netzwerktopologie der Telekom Austria AG und der Mitbewerber war zulässig (Punkt 3.6. des Erkenntnisses vom 11.12.2002, Seiten 57 f).

Die diesbezüglichen Begründungselemente wurden daher aus Gründen der Vollständigkeit (vgl. oben Punkt 4.1.1.) in den gegenständlichen Bescheid aufgenommen, geben allerdings wegen der Bindungswirkung inhaltlich die jeweils entsprechenden bereits als rechtsrichtig erkannten Begründungen des Erstbescheides (bzw des Bescheides Z 33/99-87) wieder.

4.2. Zulässigkeit des Antrags

Gemäß § 41 Abs. 1 TKG ist jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Nach § 41 Abs. 2 TKG kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen, wenn binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nicht zu Stande kommt. Als Regulierungsbehörde ist gemäß § 111 Z 6 TKG, wonach der Telekom-Control-Kommission die Aufgabe der „Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41“ zugewiesen ist, die Telekom-Control-Kommission berufen.

Für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist somit Voraussetzung, dass der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, die Zusammenschaltungsleistung mindestens sechs Wochen vor der Anrufung bei einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nachgefragt hat und keine Vereinbarung über die Zusammenschaltung zu Stande gekommen ist. Sowohl TA als auch Telekabel sind unstrittig Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbieten und daher zur Zusammenschaltung berechtigt und bei Vorliegen einer entsprechenden Nachfrage auch verpflichtet sind. Eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung an den in diesem Verfahren gegenständlichen Vermittlungsstellen besteht nicht.

Anhang 13 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17.04.2000, Z 33/99-87 legte Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung auf NVSt- und OVSt-Ebene fest und statuierte insbesondere, dass über die Herstellung der physikalischen Verbindung des Netzes der TA mit dem Netz des Zusammenschaltungspartners an der jeweiligen NVSt oder

OVSt sowie über die für diese Zusammenschaltung anzuwendenden Bedingungen im Sinne des § 37 Abs. 1 TKG bzw. § 3 Abs. 3 ZusammenschaltungsVO im Einzelfall verhandelt wird. Ausdrücklich wurde auch festgehalten, dass das Recht jedes Zusammenschaltungspartners, infolge Nichtzustandekommens einer Vereinbarung die Telekom-Control-Kommission gemäß § 41 TKG anzurufen, hierdurch unberührt bleibt. Es steht außer Streit, dass dieser Zugang derzeit nicht gewährt wird und eben auch keine Vereinbarungen über die Bedingungen für diesen Zugang bestehen.

Die Telekom-Control-Kommission sah auf Grund der unterschiedlichen Inhalte – eine komplexe Zusammenschaltungsanordnung mit der Festlegung von Grundregelungen für die Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene auf der einen Seite und der speziellen Zusammenschaltungsanordnung für Detailregelungen hinsichtlich der Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene auf der anderen Seite – keine Notwendigkeit, die Verfahren miteinander zu verbinden. Dem Antrag der TA auf Verbindung der Verfahren Z 33/99 und Z 2/2000 wurde daher gem. § 39 Abs 2 AVG nicht entsprochen, da dies weder unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit, noch im Hinblick auf Raschheit oder Kostenersparnis von Vorteil gewesen wäre.

4.3. Nachfrage und Nichteinigung

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist die gegenüber dem Antragsgegner erfolgte Nachfrage nach der – später bei der Regulierungsbehörde zur Anordnung beantragten – Zusammenschaltungsleistung. Bei der Nachfrage nach einer Zusammenschaltungsleistung handelt es sich um eine nach allgemein privatrechtlichen Kriterien zu beurteilende Willenserklärung. Das Vorliegen einer Nachfrage nach der Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene ist daher nach dem objektiven Erklärungswert der von der Antragstellerin abgegebenen Willenserklärung(en) zu beurteilen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich nun zweifelsfrei, dass die Telekabel der TA gegenüber jene vier Vermittlungsstellen in Wien bekannt gegeben hat, bei denen sie auf der Ebene der NVSt bzw. OVSt zusammenschalten wollte und dass diese Erklärung auch von der TA als Nachfrage im Sinne des § 41 Abs. 1 TKG sowie auch im Sinne des Punkts 3 des Anhangs 13 der Zusammenschaltungsanordnung vom 5.10.1998, Z 3/98 (nunmehr materiell gleich lautend Punkt 3 des Anhangs 13 der Zusammenschaltungsanordnung Z 33/99) verstanden wurde. Auf Grund der Nachfrage wurden auch Verhandlungen aufgenommen. Die im Antrag der Telekabel genannten Vermittlungsstellen entsprechen jenen, die bereits am 19.11.1999 – sohin mehr als sechs Wochen vor Antragstellung bei der Telekom-Control-Kommission – der TA bekannt gegeben wurden. Es konnte keine Einigung zwischen der Telekabel und der TA hinsichtlich des Zugangs auf niedriger Netzhierarchieebene erreicht werden.

Es liegt daher auch im fortgesetzten Verfahren ein zulässiger Antrag der Telekabel, gerichtet auf die Anordnung von Bedingungen für die Zusammenschaltung an bestimmten Vermittlungsstellen niedriger Netzhierarchieebene, vor. Diesbezüglich verweist die Telekom-Control-Kommission auch auf die Judikatur des VwGH zur Bindung der (belangten) Behörde an aufhebende Erkenntnisse (94/20/0743 vom 14.03.1995), nämlich dass diese Bindung nicht nur an die im aufhebenden Erkenntnis geäußerte Rechtsansicht des VwGH, sondern auch hinsichtlich der Fragen besteht, die notwendige Voraussetzung für den Inhalt des aufhebenden Erkenntnisses sind. Da der VwGH eine Unzuständigkeit der Telekom-Control-Kommission oder eine Unzulässigkeit des Verfahrens nach § 41 TKG nicht erkannt hat, ist auch im fortgesetzten Verfahren ohne weiteres vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anrufung der Telekom-Control-Kommission auszugehen.

4.4. Form der Anordnung

Die Anordnung der Zusammenschaltung wie auch die Festlegung konkreter Bedingungen für die Zusammenschaltung betrifft zumindest zwei Netzbetreiber, deren Interessen im Rahmen privater Verhandlungen trotz der besonderen Verhandlungspflicht nach § 41 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht in Übereinstimmung gebracht werden konnten. In dieser Situation ist es die gesetzliche Aufgabe der Regulierungsbehörde, eine Anordnung zu treffen, die die nicht zu Stande gekommene Vereinbarung ersetzt; die Regulierungsbehörde wird "als Schiedsrichter tätig und entscheidet über die Zusammenschaltung" (Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51). Bei der Entscheidungsfindung ist daher ausgehend vom Vorbringen der Verfahrensparteien eine Entscheidung zu treffen, die dem in § 1 TKG festgelegten Gesetzeszweck wie auch den in § 32 ausgeführten Regulierungszielen bestmöglich entspricht.

Das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen den Verfahrensparteien für die Zusammenschaltung auf HVSt-Ebene ist durch eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission geregelt. Diese Anordnungen enthalten unter anderem allgemeine Bestimmungen, die auch für die Zusammenschaltung auf der Ebene von OVSt und NVSt von Bedeutung sind. Die Telekom-Control-Kommission hat daher die Bedingungen für die Zusammenschaltung an den festgelegten Vermittlungsstellen auf niedriger Netzebene in Form eines Anhangs 13a zur bestehenden Zusammenschaltungsanordnung angeordnet, wie dies auch von Telekabel und von der TA beantragt worden war.

Der Antrag der Telekabel war auf eine Teilzusammenschaltungsanordnung ergänzend zum Bescheid vom 05.10.1998, Z 3/98, gerichtet. Der Bescheid wurde jedoch noch vor Erlassung des Erstbescheides durch die Zusammenschaltungsanordnung der Telekom-Control-Kommission vom 04.03.2000, Z 33/99-87, ersetzt, sodass im Ergebnis ein Anhang 13a zu dieser zwischen den Verfahrensparteien bestehenden Anordnung anzuordnen war.

4.5. Inhalt der Anordnung

Vorrangiges Ziel einer Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene ist die Entlastung der Netzinfrastruktur auf HVSt-Ebene. Diese Überlegung lag bereits der Anordnung des Anhangs 13 in Z 33/99-87 zu Grunde. Anhang 13a konkretisiert insofern die Verpflichtung zur Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene, die seitens der TA seit 01.01.1999 anzubieten ist, als nun die konkreten Bedingungen, vor allem die konkreten Vermittlungsstellen, an denen eine Zusammenschaltung zu ermöglichen ist, und die anzuwendenden Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V39 festgelegt werden. Punkt 1 des Anhangs 13a hält daher den Anwendungsbereich dieses Anhangs fest, der auf die Anordnung der Zusammenschaltung und der hierfür geltenden Bedingungen an bestimmten, von der Telekabel nachgefragten Vermittlungsstellen gerichtet ist.

4.5.1. Inhaltliche Verweise auf den Hauptteil der Zusammenschaltungsanordnung und auf spezielle Anhänge:

Wie in Punkt 4.4 dargestellt wird mit dem gegenständlichen Bescheid ein zusätzlicher Anhang 13a zur zwischen den Parteien im Geltungszeitraum anzuwendenden Zusammenschaltungsregelung angeordnet. Der Zweck eines derartigen Anhanges liegt gerade darin, dass er nur die Regelungen enthält, die spezifisch für den jeweiligen Regelungsgegenstand – hier: Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene – relevant sind. Allgemeine Regelungen finden sich zur Vermeidung von Wiederholungen oder Doppelgleisigkeiten im Hauptteil, Regelungen betreffend spezieller Gegenstände in anderen Anhängen, auf den bzw die lediglich im Anhang lediglich verwiesen wird.

Aus diesem Grund wurden auch die entsprechenden Regelungen des Spruchs betreffend „Grundsätzliches“ (Punkt 1 erster Absatz), „Joining Link“ (Punkt 2), Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V33 (Punkt 3, zweite Tabelle), Peak und Off-Peak-Zeiten, Clearing Entgelt, Verrechnung und Registrierungsparameter für die Abrechnung des Verkehrs (Punkt 3, nach den Tabellen) sowie betreffend die Pönalregelungen (Punkt 6.1) im durch den gegenständlichen Bescheid angeordneten Anhang 13a nicht auch für die Zusammenschaltung auf niederer Netzebene neuerlich konstitutiv angeordnet, sondern wurde diesbezüglich nur auf den, den Hauptteil und die anderen Anhänge umfassenden, Bescheid Z 33/99-87 verwiesen. Aus diesem Grund sind betreffend diese genannten Punkte auch keine Begründungen im gegenständlichen Bescheid erforderlich.

4.5.2. Zur Anordnung eines Terminierungsentgelts für die Verkehrsart V39 in Höhe von V3:

4.5.2.1. Bindungswirkung:

Im aufgehobenen Erstbescheid ON 13 wurde in Spruchpunkt I. 1. B) 3.) das Terminierungsentgelt für Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Telekom Austria in das Netz der Telekabel, somit für die Verkehrsart V39, in derselben Höhe angeordnet, die im Verfahren Z 33/99 für die Verkehrsart V3 – Terminierung regional in das Netz der Telekom Austria – berechnet wurde.

Dem Beschwerdevorbringen der Telekom Austria hält der VwGH im aufhebenden Erkenntnis (Punkt 3.6, Seite 57) entgegen, dass für die Annahme der Telekom Austria, dass die von der belangten Behörde vorzuschreibenden Entgelte für die Beschwerdeführerin und die mitbeteiligte Partei in gleicher Höhe erfolgen müssten, weder eine Grundlage im TKG noch im Gemeinschaftsrecht erkennbar ist.

Die Telekom-Control-Kommission ist nach § 63 Abs1 VwGG verpflichtet, den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Von dieser Bindungswirkung an das aufhebende Erkenntnis ist auch die im gegenständlichen Punkt dargelegte Rechtsansicht des VwGH umfasst, so dass eine der Rechtsauffassung der Telekom Austria entsprechende – somit abweichende – rechtliche Beurteilung der Telekom-Control-Kommission schon aus diesem Grund verwehrt ist.

Der Vollständigkeit halber sei im Folgenden jedoch dargelegt, warum die Anordnung des Entgeltes V39 in Höhe von V3 (Terminierung an TA regional) und nicht wie von der TA beantragt, in Höhe von V33 (Terminierung an TA lokal) erfolgt. Zur konkreten Berechnung des Entgeltes für die Verkehrsart V3 wird auf die Begründung in Punkt 4.5.3. dieses Bescheides verwiesen.

4.5.2.2. Zur Reziprozität der Entgelte:

Bereits in ihrem Bescheid Z 1/97 vom 9.3.1998 ordnete die Telekom-Control-Kommission die reziproke Geltung der Zusammenschaltungsentgelte an. Die Terminierungs- und Originierungsentgelte der ANB blieben damit auf dem von der Telekom-Control-Kommission festgelegten Niveau der TA.

§ 41 Abs 3 TKG bestimmt ein Kostenorientierungsgebot für die Zusammenschaltungsentgelte nur für die marktbeherrschenden Betreiber. Sofern die Entgelte nicht marktbeherrschender Unternehmen betroffen sind, hat sich die Entscheidung der Regulierungsbehörde an den in § 41 Abs 3 TKG ausdrücklich angesprochenen Richtlinien der europäischen Gemeinschaft sowie an den grundsätzlichen Regulierungszielen des TKG zu orientieren und in dem Sinne „angemessene“ Entgelte festzulegen (vgl. bereits den Bescheid vom 9.3.1998, Z 1/97).

Gem. Art 9 Abs 1 und 3 RL 97/33/EG ist die Regulierungsbehörde dazu angehalten, den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen und den größtmöglichen Nutzen für die Endbenutzer zu fördern. Die nationalen Regulierungsbehörden können auch, soweit dies gerechtfertigt ist, Änderungen bereits getroffener Zusammenschaltungsvereinbarungen fordern, um wirksamen Wettbewerb und/oder Interoperabilität von Diensten für Benutzer sicherzustellen.

Das für den Gesprächsverkehr zwischen dem Netz des ANB und jenem der TA festgelegte Zusammenschaltungsentgelt ist als Wettbewerbspreis anzusehen, also als jener angemessene Preis, der sich bei Wettbewerb auf dem relevanten Markt einstellen würde. Dieser Preis würde einem angemessenen Preis unter Wettbewerbsbedingungen entsprechen, sodass eine Festlegung der Entgelte in selber Höhe für den Verkehr in beide Richtungen angemessen ist. Sowohl die TA als auch Telekabel sprechen sich grundsätzlich für die reziproke Geltung der Zusammenschaltungsentgelte aus.

Die reziproke Geltung der Zusammenschaltungsentgelte hat überdies die Wirkung, dass die Markttransparenz erhöht und das Marktrisiko für die TA verringert werden. Die Transaktionskosten für die Verhandlungen der Zusammenschaltungsentgelte können damit erheblich gesenkt werden, denn ohne das Prinzip der Reziprozität könnten die ANB an die TA immer wieder wegen Neuverhandlungen über die Entgelte herantreten. Diese hohen Kosten würden zu einer Verschwendung von Ressourcen führen. Außerdem wäre der Verhandlungsspielraum der TA diesfalls gegenüber den Forderungen der ANB sehr eingegrenzt. Die Gefahr, dass Verhandlungen abgebrochen werden und die Zusammenschaltung der Netze nicht gewährleistet wäre, würde erheblich steigen. Schließlich müsste auch das Billing System der TA die nach ANB unterschiedlichen Entgelte verwalten.

Für Teilnehmernetzbetreiber, die mit der TA einen überwiegend symmetrischen Verkehr aufweisen, stellen ungleiche Zusammenschaltungsentgelte eine Subvention der TA zu Gunsten der ANB dar. Bereits bisher haben die ANB eindrucksvoll bewiesen, dass die Zusammenschaltungsentgelte im Verhältnis zu den Endkundertarifen der TA ein Niveau aufweisen, durch das durchaus ein funktionsfähiger Wettbewerb entstehen kann.

4.5.2.3. Zur Anordnung eines Entgeltes für die Verkehrsart V39 in Höhe von V3:

Grundsätzlich sieht sich die Telekom-Control-Kommission daher nicht veranlasst, vom Prinzip der reziproken Geltung der Zusammenschaltungsentgelte bei der Zusammenschaltung zwischen zwei Festnetzen abzugehen. Es ist daher im vorliegenden Zusammenhang nunmehr zu fragen, welches Entgelt im Sinne der so verstandenen – und auch von keiner der Parteien bestrittenen – Reziprozität als Vergleich heranzuziehen ist. Dies ist aus folgenden Gründen entgegen dem Vorbringen der Telekom Austria das Entgelt für die Verkehrsart V3:

Wie bereits im Erstbescheid diesbezüglich ausgeführt wurde, stellt sich hinsichtlich der Entgelte für Verkehr, der von der TA der Telekabel an einem NÜP auf niedriger Netzebene zur Terminierung übergeben wird, folgende rechtliche Situation dar. Grundsätzlich wird bereits mit der Verbindung auf HVSt-Ebene die Zusammenschaltung bewirkt (vgl dazu insb auch den Bescheid der TKG vom 5.10.1999, Z 3/98. S 96 ff und 129 ff). Gemäß § 37 Abs 1 TKG sowie § 3 ZVO hat die TA als Marktbeherrscher jedoch darüber hinaus auch die Verpflichtung, entbündelten Netzzugang an den Vermittlungsstellen auf niedriger Netzhierarchieebene zum Zweck der Zusammenschaltung zu gewähren. Da bei einer Übergabe des Verkehrs an die Telekom Austria auf niedrigerer Netzebene (für Verkehr, der im Einzugsbereich der Vermittlungsstelle terminiert wird) die hierarchisch darüber liegenden Netzelemente der TA nicht beansprucht werden, ergeben sich in diesem Fall auch niedrigere Kosten, die – unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Marktbeherrschers zur Kostenorientierung auf der Basis FL-LRAIC – zu dem im Verfahren Z 33/99 bereits festgelegten Entgelt für diese Verkehrsart V 33 (Terminierung im Netz der TA auf der

niederen Netzebene) geführt haben. Diese Unterscheidung (V3 und V33) setzt allerdings eine tatsächlich gegebene Netzhierarchie voraus.

Andererseits besteht keine Verpflichtung der nicht marktbeherrschenden Telekabel, in vergleichbarer Weise wie der Marktbeherrscher Zugang zu entbündelten Elementen des eigenen Netzes, somit zu einer vergleichbaren Möglichkeit der Zusammenschaltung auf einer allfälligen niederen Netzebene zu gewähren. Zusätzlich ist jedoch auch davon auszugehen, dass die Netzstrukturen der Netze der TA und der Telekabel gerade in diesem Punkt nicht vergleichbar ist. Telekabel bringt diesbezüglich vor (zuletzt in Punkt 2.1 der Replik von 03.03.2003, ON 35) – und dieses Vorbringen wird im Ergebnis auch von der Telekom Austria nicht bestritten – dass die Telekabel im hier relevanten Zeitraum (Geltungsbereich auch des Ersatzbescheides von Mai bis Dezember 2000) in Wien nur über eine Art von Vermittlungsstellen verfügte. Diesbezüglich darf insbesondere auf das Diagramm verwiesen werden, das von Seiten der TA ihrer Beschwerde gegen den Erstbescheid beigelegt wurde und auf das sich die TA auch im fortgesetzten Verfahren beruft (vgl. Punkt 2.2, der Stellungnahme vom 21.03.2003, ON 38). Diese Vermittlungsstellen können im Netz der Telekabel nun sowohl HVSt – ähnliche Funktionen, als auch Funktionen, die im Netz der TA von TVSten auf der niederen Netzebene erbracht werden, übernehmen. Eine direkte Vergleichbarkeit der Netzstrukturen der Telekabel und der TA ist daher im Hinblick auf das Vorliegen verschiedener Netzhierarchieebenen nicht gegeben.

Da Telekabel nur über einen Typus von Vermittlungsstellen verfügt (an denen auch Teilnehmer angeschaltet sind), kann nicht festgestellt werden, ob es sich bei dieser Vermittlungsstelle um eine HVSt oder NVSt (bei Annahme einer TA-Netzinfrastruktur) handelt, was wiederum zur Konsequenz hat, dass kein Unterschied zwischen lokaler (=V33, wie von TA beantragt) und regionaler Terminierung (=V3) festgemacht werden kann. Selbst unter der Annahme, dass Telekabel im Wien über mehrere solche Vermittlungsstellen verfügt, wie die TA z. B. in ihrer Stellungnahme vom 21.03.2003, ON 38 (Punkt 2.3.) vorbringt, betrifft der Unterschied zwischen der Zustellung von Verkehr an der „richtigen“ VSt (an der also der Teilnehmer angeschlossen ist), und einer „falschen“ VSt, nicht die Frage nach der Unterscheidung zwischen regionaler und lokaler Zustellung, da immer nur eine Netzhierarchieebene involviert ist. Insofern ist nach Meinung der Telekom-Control-Kommission daher der Argumentation der Telekabel im Schriftsatz vom 03.03.2003, ON 35, zu folgen und nicht dem gegenteiligen Vorbringen der TA (ON 27 und ON 38), das eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Netzhierarchieebenen voraussetzen würde.

Es ist daher aus Sicht der Telekom-Control-Kommission technisch gesehen kein Unterschied gegeben, ob TA den im Netz der Telekabel zu terminierenden Verkehr dieser an einer ihrer HVSten oder an einer VSt der niederen Netzebene übergibt. Die TA soll zwar nicht daran gehindert sein, Verkehr auch an den NÜPs zu übergeben, die auf ihrer niedrigen Netzebene mit dem Netz der Telekabel eingerichtet sind, in jedem Fall werden im Netz der Telekabel jedoch dieselben Ressourcen benutzt wie bei Übergabe von einer TA-HVSt, weshalb auch das für diese Verkehrsart V3 in den Gutachten im Verfahren Z 33/99 (zu denen die Parteien nunmehr auch im fortgesetzten Verfahren Z 2/00 Stellungnahmemöglichkeit gehabt haben; siehe auch Punkt 4.5.3.) errechnete Entgelt angemessen erscheint und im Sinne der Reziprozität angeordnet wurde.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass – wie auch schon im Bescheid Z 33/99 betreffend die Verkehrsarten V 9, V 10, V 15 sowie V 16 dargestellt wurde (Seite 134 f) – auf Basis der Erwägungen der Telekom-Control-Kommission zur reziproken Anwendung der Zusammenschaltungsentgelte und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Netzstruktur der Telekabel – im Gegensatz zu jener der TA – im relevanten Zeitraum keine eindeutige Definition von Hierarchieebenen und damit von (lokalen bzw regionalen) Verkehrsarten zulässt, das verkehrsabhängige Zusammenschaltungsentgelt auch für die Verkehrsart V39 demjenigen für die Verkehrsart V 3 entsprechen muss. Der gegenteiligen

Rechtsansicht der Telekom Austria wurde auch im aufhebenden Erkenntnis des VwGH – wie dargestellt mit Bindungswirkung für den Ersatzbescheid – eine Absage erteilt.

4.5.3. Zur Entgelthöhe V3:

4.5.3.1. Vorbemerkung:

Auch betreffend die rechtliche Beurteilung zur Entgeltfestsetzung wird einleitend angemerkt, dass diese ebenfalls wegen der Bindungswirkung der Telekom-Control-Kommission im fortgesetzten Verfahren inhaltlich der des Bescheides Z 33/99-87 (auf den im Erstbescheid verwiesen wurde) entspricht. Aus verfahrensrechtlichen Gründen wurde jedoch auch die rechtliche Beurteilung aus Z 33/99 – anders als im Erstbescheid – soweit sie für die Entgeltfestsetzung im gegenständlichen Verfahren relevant ist, nunmehr direkt in den gegenständlichen Ersatzbescheid aufgenommen.

Zusätzlich zu den in der Folge dargestellten rechtlichen Überlegungen verweist die Telekom-Control-Kommission jedoch auch diesbezüglich auf das aufhebende Erkenntnis des VwGH vom 11.12.2000, in dem die von der Telekom Austria gerügten Rechtmängel als nicht stichhaltig erkannt wurden.

4.5.3.2. Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

4.5.3.2.1. Zur Frage der Kostenorientiertheit der Zusammenschaltungsentgelte

Besteht die Ermächtigung der Regulierungsbehörde, eine Zusammenschaltungsanordnung nach § 41 TKG über die beantragten Zusammenschaltungsleistungen zu erlassen, steht aber auch fest, dass die Regulierungsbehörde dazu ermächtigt ist, Preise für diese Zusammenschaltung festzulegen. Diese stellen ja die essentialia einer Zusammenschaltungsvereinbarung dar. Eine Anordnung nach § 41 Abs 3 TKG ersetzt eine solche Vereinbarung. Nach welchen Kriterien das Entgelt festzusetzen ist, ist freilich gesetzlich (und europarechtlich) determiniert.

Europarechtliche Vorgaben

Hinsichtlich der für die Zusammenschaltung zu verrechnenden Entgelte normiert der Anhang der RL 90/387/EWG in der Fassung der RL 97/51/EG in Z 3 unter dem Titel „harmonisierte Tarifgrundsätze“: „Die Tarife müssen auf objektiven Kriterien beruhen und [...] grundsätzlich kostenorientiert sein“. „Bei allen Tarifen für den Zugang zu Netzressourcen oder Diensten sind die genannten Grundsätze und die Wettbewerbsregeln des Vertrags einzuhalten und das Prinzip der angemessenen Umlegung der Gesamtkosten für die genutzten Ressourcen sowie die notwendige Investitionsrendite [...] gemäß der Richtlinie über die Zusammenschaltung zu berücksichtigen.“

Nach dem Willen des Richtliniengebers haben daher alle Tarife für den Zugang zu Netzressourcen oder Diensten marktbeherrschender Unternehmen kostenorientiert zu sein.

Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) stellt klar, dass der Grundsatz der Kostenorientierung bei der Festlegung der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet. Mit den in Punkt 2.2 genannten Bescheiden der Telekom-Control-Kommission wurde festgestellt, dass die TA im relevanten Zeitraum sowohl auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes als auch auf dem Zusammenschaltungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Das

Entgelt für diesen Netzzugang hat daher nach den genannten Richtlinien kostenorientiert zu sein.

Freilich ergibt sich dies auch schon aus Art 82 (früher Art 86 EGV): Gemäß dieser Bestimmung bedeutet die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung unangemessener Verkaufspreise eine Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die Angemessenheit wird dabei auf Grund des Werts der Gegenleistung beurteilt (EuGH Rs 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207 Rn 257). Für die Beurteilung der Angemessenheit werden auch Vergleiche mit Preisen anderer Unternehmen (EuGH Rs 110/88, *Lucazeau ua/SACEM*, Slg 1989, 2811 Rn 25), Vergleiche mit anderen geographischen Gebieten, die dem Wettbewerb unterliegen (EuGH Rs 30/87, *Bodson*, Slg 1988, 2479 Rn 31), oder die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (z.B. EuGH Rs 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg 1989, 803 Rn 43) herangezogen. Die Kommission führt im Speziellen aus, dass sie in passenden Fällen die Berechnungen der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens durch die nationalen Telekom-Regulierungsbehörden zur Bestimmung eines angemessenen Preises heranziehen würde (Mitteilung, Rn 109).

Auf Grund des Anhangs der RL 90/387/EWG idF 97/51/EG und Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG sowie auf Grund Art 82 EG (früher Art 86 EGV) ergibt sich daher die Unterwerfung sämtlicher Leistungen der TA unter das Prinzip der Kostenorientierung. Vor diesem Hintergrund ist das nationale Recht zu interpretieren – dieses ist nach der Judikatur des EuGH so weit als möglich im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen.

Die Richtlinie enthält ferner in Art 7 Abs 2 die Bestimmung, dass sich die Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten lassen müssen, wobei die Beweislast dafür bei der Organisation liegt, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Wie schon der Begriff „herleiten“ zum Ausdruck bringt, bedeutet dies keineswegs einen „Kostenpreis“, der sich unter Berücksichtigung sämtlicher Kosten des Netzbetreibers ergibt. Die zur Auslegung der Richtlinie heranzuziehenden Erwägungsgründe präzisieren, was unter dem Grundsatz der Kostenorientierung im Sinne des Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG zu verstehen ist: „Die Höhe der Entgelte sollte die Produktivität und eine effiziente Markterschließung fördern; sie sollten nicht unterhalb einer Grenze liegen, die anhand langfristiger Grenzkosten und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung berechnet wird und auch nicht eine Obergrenze überschreiten, die sich aus den Kosten ergibt, die anfallen würden, wenn die betreffende Zusammenschaltung unabhängig von anderen Leistungen bereitgestellt wird („stand-alone-costs“). Zusammenschaltungsentgelte, die auf einem Preisniveau beruhen, das sich eng an den langfristigen Grenzkosten für die Bereitstellung des Zugangs zur Zusammenschaltung orientiert, sind dazu geeignet, die rasche Entwicklung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes zu fördern.“ (Erwägungsgrund 10 zur RL 97/33/EG). Der Begriff „Grenzkosten“ ist dabei aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht ganz zutreffend: offensichtlich gemeint sind Zusatzkosten, wie dies etwa auch in der englischen Sprachfassung („incremental costs“) zum Ausdruck kommt; auch die österreichische Umsetzung durch die Zusammenschaltungsverordnung bezieht sich zutreffenderweise auf Zusatzkosten.

Nationales Recht

Das Prinzip der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte findet sich in § 41 Abs 3 TKG und in § 8 Abs 2 ZVO.

§ 41 Abs 3 TKG bestimmt, dass “(e)ntsprechend der Richtlinie [...] der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung” findet. Zudem nimmt diese Bestimmung auf das Prinzip der Kostenorientierung indirekt Bezug, nämlich insofern als diese Bestimmung die Regulierungsbehörde verpflichtet, bei der Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung die ONP-Richtlinien zu beachten. Unter diesen Richtlinien sind unter anderem die RL

90/387/EWG, 97/33/EG, 97/51/EG und 98/10/EG zu nennen. Der Verweis auf diese Richtlinien bewirkt, dass diese Richtlinien von der Regulierungsbehörde insofern beachtet werden müssen, als sie kraft des Europarechtes direkt wirken und unmittelbar anwendbar sind, oder insofern sie auf Grund der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts indirekt Wirksamkeit inter partes haben.

Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG normiert – wie bereits dargelegt – eindeutig, dass Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und der Kostenorientierung unterliegen. Wenngleich die Richtlinie 97/33/EG zum Zeitpunkt der parlamentarischen Behandlung des TKG nicht veröffentlicht war, wurde auf sie durch Einfügung des letzten Satzes des § 41 Abs 3 TKG bereits Bezug genommen; in diesem Satz wird festgelegt, dass – wie dies in Artikel 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG vorgesehen ist – der Grundsatz der Kostenorientierung nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet. Angesichts dieser Historie und in konsequenter Anwendung des Grundsatzes der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts ergibt sich daher die Unterwerfung der Zusammenschaltungsleistungen der TA unter das Prinzip der Kostenorientierung.

In Übereinstimmung damit hat auch der Verordnungsgeber der ZVO in § 8 Abs 2 ZusammenschaltungsVO generell für Zusammenschaltungsentgelte den Grundsatz der Kostenorientierung angeordnet. Unter dem Begriff "Zusammenschaltungsentgelte" kann dabei nichts anderes verstanden werden, als alle Entgelte für Zusammenschaltleistungen, das sind Leistungen, die im Sinne des § 3 Z 16 TKG und § 41 TKG als Zusammenschaltung zu qualifizieren sind. Diese klare Anordnung der ZVO ist, wie oben dargelegt, gesetzeskonform und auch durch das Gemeinschaftsrecht gefordert.

§ 8 Abs. 3 ZVO determiniert die Kostenorientierung noch weiter, indem er bestimmt, dass die Kosten auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme nach § 9 ZVO zu ermitteln sind. § 9 Abs. 3 ZVO ordnet dabei die Verwendung der FL-LRAIC-Methode an (zukunftsorientierte langfristige durchschnittliche zusätzliche Kosten entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung).

Für die von der Telekom-Control-Kommission zu treffende Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte ist daher der entscheidungsrelevante Grundsatz der Kostenorientiertheit im Sinne des § 41 Abs 3 TKG eindeutig dahingehend zu verstehen, dass eine Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward looking long run average incremental costs, FL-LRAIC) zu erfolgen hat. Im Folgenden wird näher auf die Berechnungsmethoden für FL-LRAIC eingegangen.

Berechnungsmethoden für FL-LRAIC

In Abhängigkeit von der gewählten Annahme der Netztopologie (Hierarchieebenen, Anzahl und Standort der Vermittlungs- und Übertragungstechnik) ergeben sich in der Praxis mehrere Möglichkeiten zur Berechnung von FL-LRAIC. Dabei bedient man sich Kostenmodellen, die die komplexen Produktionsprozesse für Telekommunikationsprodukte bzw. Dienstleistungen auf eine überschaubare Zahl von wesentlichen Beziehungen zwischen eingesetzten Produktionsfaktoren und Leistungsangebot abbilden.

Zur Berechnung mittels des Top Down Ansatzes

Bei diesem Ansatz geht man am Beginn der Modellierung vom bestehenden Netz aus und versucht dieses mit der entsprechenden Wahl von Kostenstellen, Kostenträgern und aktivitätsorientierten Zurechnungen möglichst wahrheitsgetreu abzubilden. Ausgangsbasis sind dafür die bestehenden Informationen aus der Kostenrechnung bzw. der Buchhaltung. Bei einem Top Down Ansatz werden alle für Zusammenschaltung nicht relevanten Kosten

eliminiert (der Zusammenschaltung nicht direkt zurechenbare Kosten, Altlasten, Überkapazitäten, Ineffizienzen).

Da der Ansatz auf tatsächlichen Kosten beruht und alle Kosten aktivitätsorientiert ermittelt werden, bietet er bei entsprechender Transparenz und Nachvollziehbarkeit gute Ergebnisse für die Höhe der auf der Basis von FL-LRAIC ermittelten Zusammenschaltungsentgelte. Werden jedoch vorhandene Ineffizienzen nicht aus dem Modell eliminiert, so ergeben sich durch diese Berechnung zu hohe Werte für FL-LRAIC.

Ein Top Down Ansatz sehr feiner Granularität und die Berücksichtigung vieler Kostenstellen und Abhängigkeiten führen dazu, dass das Modell sehr komplex und intransparent wird. Vereinfachungen und Komplexitätsreduktionen bergen wiederum die Gefahr in sich, dass das Gebot der Verursachungsgerechtigkeit nicht ausreichend beachtet wird.

Die Ergebnisse eines Bottom Up Modells (vgl dazu die nachfolgenden Ausführungen) wiederum tragen dazu bei, Anhaltspunkte über die bereits oben erwähnten Ineffizienzen zu liefern.

Zur Berechnung mittels des Bottom Up Ansatzes

Mit Bottom Up Kostenmodellen versucht man in der Praxis, auf analytischer Basis zunächst zu bestimmen, welche Netzwerkelemente notwendig sind, um eine bestimmte Nachfrage effizient zu befriedigen. Dazu ist eine aufwändige technische Modellierung eines optimalen Netzes notwendig, bei der die Art, Zahl, Standorte der Netzknoten und die eingesetzte Vermittlungs- und Übertragungstechnik für das Anschluss- und Vermittlungsnetz bestimmt werden. Nach der Modellierung erfolgt die Zurechnung von Kosten auf die einzelnen Netzwerkelemente. Durch entsprechende Berücksichtigung von allen zur Leistungserstellung notwendigen Kosten kann eine Annäherung an FL-LRAIC erzielt werden.

Ein Bottom Up Modell muss jedoch Vereinfachungen vornehmen, da es in der Praxis nicht möglich ist, ein in ganz Österreich flächendeckendes Netz bis auf jeden einzelnen Haushalt zu modellieren. Ein wesentlicher Erfolgsfaktor für die Modellierung ist die Verfügbarkeit von Daten. Dabei ist es einerseits Voraussetzung, dass vom marktbeherrschenden Unternehmen entsprechende Daten über das Gesprächsverhalten bzw. die Nachfrage vorliegen. Diese Daten bilden den Ausgangspunkt für die Dimensionierung des Netzes. Im daran angeknüpften Modellierungsprozess müssen realistische Wiederbeschaffungswerte in das Modell eingebracht werden. Diese Wiederbeschaffungswerte sollten von den Marktteilnehmern zur Verfügung gestellt werden.

Der Ansatz ist auf Grund seiner geringeren Komplexität transparenter und leichter nachvollziehbar als ein Top Down Ansatz. Er orientiert sich teilweise (z.B. Orte der Vermittlungsstellen) an einem bestehenden Netz. Je realitätsnaher und je feiner die Modellierung durchgeführt wird und je verlässlicher und genauer die Angaben und Annahmen zur Netzstruktur, den Wiederbeschaffungswerten und den Betriebskosten sind, desto größer wird die Aussagekraft eines solchen Modells sein.

4.5.3.2.2. Zur Festlegung der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

Allgemeines

Um die von der TA angebotenen Zusammenschaltungsentgelte hinsichtlich ihrer Kostenorientiertheit beurteilen zu können, wurden von der Telekom-Control-Kommission sechs betriebswirtschaftliche Amtssachverständige mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens unter Zuhilfenahme eines Top-Down-Ansatzes sowie zwei nicht amtliche Sachverständige mit der Erstellung eines Gutachtens unter Zuhilfenahme eines Bottom-Up-Modells beauftragt.

Zur Frage der Zulässigkeit des Bottom Up Modells

Die TA brachte im bisherigen Verfahren Z 2/00 und im Verfahren vor dem VwGH vor, dass das von der Regulierungsbehörde als Basis zur Kostenerstellung herangezogene Bottom Up Modell als analytischer Ansatz weder von den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen noch von den nationalen Bestimmungen gedeckt sei (vgl. Z 33/99-ON 55, Seite 3). Art 7 Abs 2 Satz 2 der RL 97/33 EG normiere den Grundsatz der Kostenorientierung von Zusammenschaltungsentgelten. Aus Satz 2 der genannten Richtlinienbestimmung ergebe sich, dass Zusammenschaltungsentgelte dann als kostenorientiert gerechtfertigt seien, wenn sie sich „aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten“. Daraus leitet die TA ab, dass ein Bottom-up Modell, das Berechnungen aufgrund fiktiv angenommener Netze anstellt, nicht geeignet wäre, die tatsächlichen Kosten iSd RL zu bestimmen.

Entgegen der Ansicht der TA ist das analytische Kostenkonzept eines Bottom-Up-Modells durchaus eine Methode zur Verwirklichung des im Gemeinschaftsrecht manifestierten Grundsatzes der Kostenorientierung. So spricht zwar die RL 97/33/EG in ihrem Art. 7 Abs. 2 Satz 2 von den tatsächlichen Kosten, dies schließt jedoch die Heranziehung eines Bottom-Up-Modells zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte nicht aus. Dies lässt sich auch aus der Mitteilung der Europäischen Kommission über Zusammenschaltungsentgelte in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt vom 19.3.1998, ABI. C 84/98, S 3-11, ableiten. Darin bringt die Kommission zum Ausdruck, dass sich die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten für die Übergangszeit mit dem Konzept der „besten gegenwärtigen Praxis“ behelfen sollten, bis die Informationen vorliegen, die zur Ermittlung der Kosten LRAIC-Basis nach der Bottom-up Methode erforderlich sind. Es wird sohin deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht den Bottom-up Ansatz als taugliches Instrument zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte ansieht.

Darüberhinaus ist der TA entgegenzuhalten, dass den nicht amtlichen Sachverständigen Dr. Schmidt und Dr. Neu bei der Durchführung des Gutachtens eine Reihe von Daten vorlagen, die von der TA selbst zur Verfügung gestellt worden sind. So war wesentliche Grundlage eine von der TA übermittelte Datenbank mit Hauptverteilerinformationen. Konkret enthält die Datenbank Namen, Geokoordinaten sowie angeschlossene Teilnehmer für alle 1488 Hauptverteilerstandorte der TA. Weiters erstattete die TA im Rahmen einer Fragebogenbeantwortung Angaben über die wesentlichen Inputparameter des Bottom-up Modells. Über diese Parameter erfolgte darüberhinaus eine Abstimmung zwischen den Sachverständigen und Vertretern der TA (vgl. das Gutachten Schmidt/Neu, S 3). Es wird somit deutlich, dass es entgegen der Ansicht der TA auf Grund dieser von der TA bereitgestellter Inputparameter zu keiner Entgeltbestimmung „kraft analytischer – von real existierende Bedingungen völlig abgehobener – Berechnungen auf Grund fiktiv angenommener Netze“ kommt.

Verfehlt ist schließlich die Forderung der TA, wonach die Telekom-Control-Kommission „ihren Gutachtensauftrag hätte dahingehend formulieren müssen, dass die Gutachter das entwickelte Kostenrechnungsmodell der Telekom-Austria auf die Anforderungen der Bestimmungen der ZVO überprüfen.“ Ein solcher Gutachtensauftrag würde der gem. AVG vorgesehenen Rollenverteilung zwischen Behörde und Sachverständigen im Verwaltungsverfahren nicht entsprechen. Bei der Forderung der TA handelt es sich um die Beantwortung einer Rechtsfrage, die der Behörde vorbehalten bleibt. Der Gutachtensauftrag sieht demnach keine Überprüfung der Anforderungen der Bestimmungen der ZVO vor, sondern bestimmt konkret, dass die Sachverständigen die Ermittlung der Kosten auf Basis FL-LRAIC zu ermitteln haben, wobei die Grundlage dafür eine – von den Gutachtern zu erstellende – Kostenstudie und Sensitivitätsanalyse auf Basis des WIK-Bottom-Up-Modells bilden soll.

Zur Festlegung der konkreten Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V 3 (regionale Terminierung):

Wie bereits ausgeführt, sind die Entgelte kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen. Die bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten eines effizienten Netzbetreibers hat für die Verkehrsart V 3 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,21/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,10/Minute ergeben. Dies auf Grund nachfolgender Erwägungen:

Die Zusammenschaltungsentgelte für regionale Terminierung, d. h. die Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V 3 ergeben sich aus dem arithmetischen Mittel aus einem Szenario des Bottom-Up-Modells (Bottom-Up-Modell mit Inputdatensätzen des VAT) und aus dem Top-Down-Modell mit Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials.

Konkret werden zum einen die Ergebnisse des Top-Down-Modells (unter Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials) als Kostenobergrenze herangezogen. Die Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials basiert auf folgenden Erwägungen:

Wie in Punkt 2.6. festgestellt wurde, stellen die Ergebnisse aus dem Top-Down-Modell die Plankosten für das Jahr 2000 dar. Insbesondere unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes, dass im Kostenrechnungsmodell eine alte Netzstruktur (Stand 31.12.1998) zur Anwendung gelangt und es darüber hinaus an einer zukunftsorientierten Betrachtung der Mietleitungsnachfrage mangelt, ist es für eine Annäherung an die FL-LRAIC notwendig, Ineffizienzen zu eliminieren. Indiz für diese Notwendigkeit ist darüberhinaus der Umstand, dass die von den amtlichen Sachverständigen auf der Basis des Top Down Modells ermittelten Kosten tendenziell höhere Werte ergeben als die von den nicht amtlichen Sachverständigen auf der Grundlage des Bottom Up Modells ermittelten Kosten.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission wird auf Grund dieser Differenz deutlich, dass mögliche Effizienzpotenziale noch nicht vollständig ausgeschöpft sind. Für die Annäherung an FL-LRAIC erscheinen der Telekom-Control-Kommission daher im Bereich der Terminierung Effizienzabschläge in der Größenordnung von 20% als gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergibt sich aus dem Umstand, dass die Mietleitungsnachfrage stärker ansteigen wird als die Nachfrage nach Sprachtelefonie und auch die economies of scope in der Übertragungstechnik zunehmen werden. Darüberhinaus werden durch den Rückbau von Vollvermittlungsstellen auf abgesetzte Konzentratoren Einsparungen im Bereich der Vermittlungstechnik möglich sein. Weiters sind im Netz der TA im Bereich der Linientechnik Reservekapazitäten vorhanden und schließlich gibt es in den innerbetrieblichen Prozessen der TA noch erhebliche Effizienzsteigerungspotenziale.

Daraus folgt, dass bei der Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V 3 eine Orientierung an den auf der Basis des Top-Down-Modells mit Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials berechneten FL-LRAIC eines effizienten Netzbetreibers gerechtfertigt ist. Konkret ergeben die Berechnungen auf Basis des Top-Down-Modells unter Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials für die Verkehrsart V 3 für die Peak-Zeit Zusammenschaltungsentgelte in der Höhe von ATS 0,28/Minute und für die Off-Peak-Zeit in der Höhe von ATS 0,13/Minute.

Andererseits wird das analytische Bottom-Up-Modell der nicht amtlichen Sachverständigen als Orientierung hinsichtlich der Kostenuntergrenze herangezogen. Konkret wurde das analytische Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell von den nicht amtlichen Sachverständigen mit drei unterschiedlichen Inputdatensätzen (Inputparameter der TA, Inputparameter des VAT sowie Inputparameter des WIK) gerechnet. Bei Zugrundelegung der Inputparameter der

TA ergibt das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell Kosten, welche über den Vollkosten der TA liegen. Dies liegt daran, dass für die einzelnen Komponenten die aktuellen Einkaufspreise auf der Basis von langfristigen Rahmenverträgen, welche noch vor der Liberalisierung des Sprachtelefondienstes abgeschlossen wurden, angegeben wurden. Darüberhinaus wurden von der TA keine verlässlichen Angaben über das Verhältnis zwischen schmal- (Sprache) und breitbandiger (Daten) Nutzung der Infrastruktur gemacht. Ein zusätzliches Problemfeld bildeten auch die unverhältnismäßig hohen Kosten für das Zeichengabernetz. Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission erscheint daher eine Orientierung an dem Bottom-Up-Modell, welches nur auf den Inputparametern der TA basiert, nicht zweckmäßig.; es ist vielmehr auf die Ergebnisse des Bottom-Up-Modells auf Basis der Inputparameter des VAT abzustellen.

Konkret ergeben die Berechnungen auf Basis des Bottom-Up-Modells (basierend auf den Inputparametern des VAT) folgende Zusammenschaltungsentgelte für die Verkehrsart V 3: für die Peak-Zeit ATS 0,14/Minute und für die Off-Peak-Zeit ATS 0,07/Minute.

Das arithmetische Mittel aus der oben aufgezeigten Preisobergrenze, welche sich aus dem Top-Down-Modell unter Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials ergibt sowie der Preisuntergrenze, welche sich aus dem Bottom-up-Modell (basierend auf den Inputparametern des VAT) ergibt, erscheint daher zur Bestimmung der konkreten Zusammenschaltungsentgelte als gerechtfertigt. Konkret geht die Telekom-Control-Kommission auf der Grundlage der vorgenommenen Beweiswürdigung davon aus, dass das Top-Down-Modell unter Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials sowie das Bottom-Up-Modell (basierend auf den Inputparametern des VAT) sowohl gute als auch unabhängige Werte liefern, welche nach den Grundsätzen der mathematischen Schätzung im Sinne eines Mittelwertes ein Ergebnis liefern, welches die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten minimiert.

Die Orientierung an diesem arithmetischen Mittel zeigt jedoch auch, dass die daraus resultierenden Werte zwar geringfügig über den Benchmarks der (nicht verbindlichen) Empfehlung der Europäischen Kommission vom 20.3.2000 liegen, sich aber dennoch im internationalen Vergleich (vgl. das Gutachten der betriebswirtschaftlichen Amtssachverständigen, Z 33/99-ON 26) im besseren Mittelfeld bewegen. Zu den Benchmarks sei festgehalten:

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass sich eine Entgeltfestlegung allein auf der Basis von Vergleichswerten anderer Länder nicht rechtfertigen ließe. Zum einen ist zu beachten, dass die Europäische Kommission davon ausging, dass sich die Mitgliedstaaten lediglich für die Übergangszeit mit diesem Vergleichsmarktkonzept bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten behelfen sollten, da der Aufbau entsprechender Kostenrechnungsmodelle einige Zeit in Anspruch nimmt. Das Vergleichsmarktkonzept sollte also nur herangezogen werden, wenn keine Möglichkeit besteht, die Kosten auf andere Weise (d.h. über ein geeignetes Kostenrechnungsmodell) zu berechnen. Die Telekom Austria verfügt jedoch über ein Kostenrechnungsmodell, weswegen eine Berechnung auf der Grundlage desselben sinnvoll und zweckmäßig erscheint. Es fehlt weiters an einer ausdrücklichen Grundlage im österreichischen Telekommunikationsgesetz für die Heranziehung des Vergleichsmarktkonzeptes. Gemäß den Ausführungen unter Punkt 4.5.1 sind die Zusammenschaltungsentgelte vielmehr auf Grund des § 8 Abs 2 ZVO anhand der Kosten des marktbeherrschenden Betreibers und nicht anhand eines Vergleichsmarktkonzeptes zu ermitteln. Konkret sieht § 8 Abs 2 ZVO die Regelung vor, dass Zusammenschaltungsentgelte „auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen“ sind.

All dies heißt nicht, dass es in einzelnen Fragen der Zusammenschaltung nicht hilfreich ist, auf die Erfahrungen anderer Länder bzw. anderer Regulierungsbehörden zurückzugreifen. Es ginge jedoch zu weit, die Entscheidung in der äußerst umstrittenen Frage der

Zusammenschaltungsentgelte aus einem - wie immer - festzulegenden Korb von Vergleichsländern bzw. Vergleichsentgelten zu treffen.

Vergleichsmarktdaten beruhen zudem nicht notwendigerweise auf - von den jeweiligen Regulierungsbehörden - geprüften Kostenrechnungen, was zur Konsequenz hat, dass der Ansatz als solcher schon allein aus diesem Grund an Relevanz für die gegenständliche Entscheidung verliert. Darüberhinaus werden häufig unterschiedliche Gewichtungen zwischen peak- und off-peak-Zeiten und unterschiedliche durchschnittliche Verbindungsdauern angenommen. Durch die verschiedenen Tarifstrukturen (peak off-peak Tarif bzw. setup und Minutentarife) kann es je nach Gewichtung und angenommener Dauer zu Abweichungen in den Vergleichsergebnissen kommen. Es bestehen zum Beispiel auch im gegenständlichen Fall hinsichtlich der nationalen Terminierung, Verkehrsart V 4, Unterschiede in der Höhe der Benchmarks und dem in der gegenständlichen Anordnung festgelegten Entgelt für die Verkehrsart V 4. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Benchmarks unter anderem von Luxemburg beeinflusst werden. Luxemburg ist jedoch auf Grund der geringen Landesfläche und der daher sehr einfachen Netzstruktur für die nationale Terminierung kein geeigneter Maßstab. Obwohl im gegenständlichen Verfahren Z 2/00 die nationale Terminierung (V4) nicht unmittelbar relevant ist, zeigt das Beispiel dennoch die hier darzustellenden Schwierigkeiten bei der Heranziehung von Benchmarks für die Entgeltfestsetzung. Die Benchmarkuntergrenze wird in diesem Fall zudem von Schweden bestimmt, wobei hier signifikante Wechselkursschwankungen in den Berechnungen der EU-Kommission nicht adäquat berücksichtigt wurden (in Fußnote 7 der Empfehlung vom 20.3.2000 wird darauf hingewiesen, dass einfach der niedrigste Wert angenommen wurde). Die von der Europäischen Kommission in ihrer Empfehlung vom 20.3.2000 veröffentlichten "Benchmarks" sind zudem auf Grund der angewandten Methodik nicht geeignet, ohne nähere Prüfung der zugrundegelegten Daten als verlässliche Vergleichsmarktdaten herangezogen werden. Die Quellen sind nicht eindeutig nachvollziehbar und es bestehen Zweifel an der Qualität der verwendeten Daten, was sich schon allein daraus zeigt, dass etwa für Österreich die Werte für lokale Terminierung unrichtig sind und dass überdies nicht die aktuellen Wechselkurse berücksichtigt wurden (vgl. dazu bereits oben die Beispiele Großbritannien und Schweden). Ferner ergibt sich auf Grund der Verbindungsdauern von drei Minuten bei der Verwendung von Set-Up/Hold-Tarifen unter realistischen Annahmen (durchschnittliche Verbindungsdauer eher im Bereich von etwa 100 Sekunden) eine Verzerrung zu Lasten jener Länder, die keine Set-Up-Tarife vorsehen.

Auf Grund dieser Erwägungen ist daher ein Vergleichsmarktkonzept bzw. das Heranziehen der Benchmarks nicht geeignet als Grundlage der gegenständlichen Entscheidung zu dienen. Desweiteren wird deutlich, dass die im Spruch getroffene Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte auf Basis des arithmetischen Mittels aus der oben aufgezeigten Preisobergrenze, welche sich aus dem Top-Down-Modell unter Annahme eines 20%-igen Verbesserungspotenzials ergibt sowie der Preisuntergrenze, welche sich aus dem Bottom-up-Modell ergibt, für die Verkehrsart V39 = V3 für die Peak-Zeit in der Höhe von ATS 0,21/Minute und für die Off-Peak-Zeit in der Höhe von ATS 0,10/Minute als angemessen erscheint.

4.5.3.3. Set-Up-Charges

Eine Set Up Charge bedeutet im Bereich der Zusammenschaltung die Einrichtung eines Sockelbetrages für jedes erfolgreiche Gespräch. Hiezu gilt zunächst festzuhalten, dass laut Antrag des ANB keine Set-Up-Charge angeordnet werden soll. Die TA bringt dagegen vor, dass die Frage der Set-Up-Charges jedenfalls verfahrensgegenständlich, sohin zulässig und auch international üblich wäre.

Entsprechend der EU-Empfehlung zur Zusammenschaltung (KOM (98) 50, endg.) wäre ein Entgelt für die Anrufeinrichtung (call set up) nur dann als zulässiger Bestandteil eines

Zusammenschaltungstarifs anzusehen, wenn der Betreiber nachweisen könnte, in welchem Umfang Anrufe aus zusammengeschalteten Netzen zusätzliche Kosten im anrufzustellenden Netz hinsichtlich der zusätzlichen Verarbeitungskapazität zur Abwicklung der zusätzlichen Anrufeinrichtungsvorgänge während der Spitzenzeiten verursachen. Wird jedoch ein Entgelt für die Anrufeinrichtung – unabhängig vom Zustandekommen bzw. von der Dauer des Gesprächs – erhoben, so müssten die nach der Anrufdauer berechneten Entgelte entsprechend niedriger sein, als dies ohne ein Entgelt für die Anrufeinrichtung der Fall wäre. Da die Kosten, die im Zusammenhang mit nicht zustandegekommenen Anrufen entstehen, bereits im Zuge der Überprüfung der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte berücksichtigt und entsprechend auf alle zustandegekommenen Gesprächsminuten umgelegt wurden, ist für eine gesonderte Berechnung von set-up-charges kein Raum.

Die Anordnung von Set-Up-Charges würde darüberhinaus auch im Widerspruch zu dem von der Regulierungsbehörde bei der Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen zu beachtenden Regulierungsziel des § 1 Abs. 1 TKG stehen. So sieht § 1 Abs. 1 TKG vor, dass es Zweck des TKG ist, [...] "die Versorgung der Bevölkerung mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten." So würde die Einführung einer Set-up Charge im Widerspruch mit der geforderten Zuverlässigkeit der Telekommunikationsdienstleistungen stehen, da sie die Tarifkomplexität zweifelsohne erhöhen würde. Um den Sockelbetrag auf seinen Tarifen abzubilden, könnte der ANB zunehmend seine Endkumentarife von der transparenten Sekundenabrechnung auf die Impulsverrechnung umstellen oder aber ein Mindestentgelt für jedes Gespräch einführen. Damit würde für den Endkunden der Tarifvergleich noch schwieriger, da die Kosten eines Gesprächs kaum noch abschätzbar wären. Ein weiteres Problem würde sich darüberhinaus ergeben, wenn Set-Up-Charges in Kombination mit den gegenständlich festgelegten Peak und Off-Peak-Entgelten (vgl dazu sogleich unter Punkt 4.5.3.4.) angeordnet würden: Bei Festsetzung eines tageszeitunabhängigen Sockelbetrages könnte es dazu führen, dass bei den Peak-Tarifen zwar die Relation des Sockelbetrages zu den Peak-Entgelten noch vertretbar wäre, in der Off-Peak-Zeit, in der die Minutenentgelte niedriger sind, könnte jedoch der Sockelbetrag auf Grund seiner Höhe einen erheblichen Anteil an den Gesprächskosten einnehmen, was wiederum zur Konsequenz hätte, dass die Attraktivität der Off-Peak-Tarife deutlich geschmälert werden würde.

Auf Grund dieser Erwägungen wurde daher von der Anordnung von Set-Up-Charges abgesehen.

4.5.3.4. Zur Anordnung von Peak und Off-Peak-Entgelten

Eine Tarifierung nach Zeitfenstern ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht durchaus sinnvoll, da einerseits ein über den Tag „konstanter“ Preisvorteil (im Vergleich zu den Endkumentarifen der TA) an die Kunden weitergegeben und andererseits eine verkehrsvolumensabhängige Beeinflussung des Nachfrageverhaltens erzielt werden kann, um eine günstigere zeitliche Verteilung des Verkehrs zu erreichen. Die gegenständliche Anordnung von Peak und Off-Peak-Entgelten steht auf Grund nachfolgender Erwägungen im Einklang mit den Regulierungszielen:

Tageszeitunabhängige Tarife können zu einer Verknappung der Ressource in Spitzenzeiten führen, da kein ökonomisches Signal gesetzt wird, um die Beanspruchung zu verringern oder auf andere Zeiten zu verschieben. Spitzenlasttarife hingegen spiegeln die unterschiedliche Auslastung einer knappen Ressource wieder. In Zeiten starker Beanspruchung leisten die Nutzer ein höheres Entgelt für die höhere Auslastung; in den übrigen Zeiten hingegen sinken die Entgelte, weil die Ressource nicht vollkommen ausgelastet ist. Spitzenlasttarife geben daher einen ökonomischen Anreiz, die Ressourcen erst dann zu belasten, wenn sie genügend freie Kapazitäten haben. Spitzenlasttarife haben daher einen – nach Ansicht der Regulierungsbehörde durchaus begrüßenswerten – verkehrssteuernden Effekt.

Solange der Unterschied zwischen Peak und Off-Peak-Zusammenschaltungsentgelten deutlich genug ausfällt, wird sich zudem die Struktur in den Endkundertarifen niederschlagen; denn zunehmend wird diesfalls der ANB zu verschiedenen Tageszeiten unterschiedliche Preise verlangen und seinen Tarifen eine weitere Dimension hinzufügen. Hinreichende Preiselastizität der Nachfrage vorausgesetzt, erreicht die Anordnung von Spitzenlasttarifen damit auch, dass der (private) Endkunde durch den günstigeren Off-Peak Tarif einen Teil seiner Gespräche auf die Zeit verlegt, in der das Netz weniger belastet ist. Damit wird in weiterer Folge auch eine gleichmäßigere Auslastung des Netzes der TA erreicht werden.

Die Festlegung des Tarifgradienten erfolgte in Übereinstimmung mit dem bei den Endkundenentgelten der TA Anwendung findenden Peak/Off-Peak-Entgelten. Bei der Ermittlung der lokalen und regionalen Entgelte wurde der Regionaltarif zugrundegelegt, bei Double Tandem der Österreich-Tarif.

Die gegenständliche Anordnung der Spitzenlasttarife begünstigt daher hauptsächlich jene Bevölkerungsteile, die mehr in der Off-Peak-Zeit telefonieren bzw. ihre Gespräche flexibel in die Off-Peak-Zeit verschieben können. Es wird daher in Hinkunft ein noch größerer Kreis an Privatkunden von der Liberalisierung des Sprachtelefonienmarktes profitieren. Damit steht die gegenständliche Anordnung von Peak und Off-Peak-Tarifen im Einklang mit den Regulierungszielen des TKG, insbesondere mit dem Ziel des § 1 Abs. 1 TKG, welche Bestimmung statuiert, dass es Zweck des TKG ist, durch Förderung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.

Durch die gegenständliche Anordnung von Peak und Off-Peak-Tarifen wird daher im Einklang mit den Regulierungszielen eine Regelung getroffen, die einen Anreiz schafft, die Netze gleichmäßiger zu belasten und welche darüberhinaus zu einer Stärkung des Wettbewerbes auch in der Off-Peak-Zeit führt.

Desweiteren könnten tageszeitunabhängige Tarife, die allenfalls unter den derzeit bestehenden Tarifen liegen, dazu führen, dass durch dieselben weitere Infrastrukturinvestitionen (Teilnehmeranbindung, Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene etc.) für alternative Netzbetreiber an Attraktivität verlieren.

Aus diesen Erwägungen wurden daher Peak- und Off-Peak-Entgelte auch für die gegenständliche Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene angeordnet. Hinsichtlich der Zeitfenster wurde aus Gründen der Einheitlichkeit auf die Anordnung Z 33/99-87 verwiesen.

4.5.4. Zur Höhe des Clearing-Entgeltes

Hinsichtlich des Clearingentgeltes wird im gegenständlichen Bescheid lediglich auf die Anordnung Z 33/99-87 verwiesen. Eine (neuerliche) Anordnung erfolgt nicht, so dass diesbezüglich auch keine rechtliche Beurteilung erforderlich sind.

4.5.5. Originierende Zusammenschaltungsentgelte

Die Festlegung originierender Zusammenschaltungsentgelte wurden im gegenständlichen Verfahren Z 2/2000 nicht beantragt. Für die Telekom als Teilnehmernetzbetreiber ist eine Originierung zu 10xx nicht relevant. Anrufe zu Rufnummern mit Zielnetzтарифierung werden generell an der HVSt übergeben.

Dadurch war es nicht erforderlich, Kosten für originierende Zusammenschaltungsleistungen auf NVSt bzw. OVSt-Ebene festzulegen.

4.5.6. Durchführung

4.5.6.1. Zu den angeordneten Vermittlungsstellen

Die Anordnung betrifft die von der Telekabel konkret nachgefragten Vermittlungsstellen und stellt daher auch keine abschließende Entscheidung über die von der TA anzubietenden Vermittlungsstellen für die Zusammenschaltung dar. Sollten in Folge von der Telekabel weitere NVSt bzw. OVSt zur Zusammenschaltung nachgefragt werden, so ist darüber zwischen den Parteien entsprechend der Verhandlungspflicht des § 41 Abs. 1 TKG bzw. entsprechend den Regelungen in der bestehenden Zusammenschaltungsanordnung oder einer dieser nachfolgenden Zusammenschaltungsvereinbarung oder –anordnung zu verhandeln. Sollte dabei binnen sechs Wochen ab Nachfrage kein Konsens erzielt werden, steht die Anrufung der Regulierungsbehörde zur Entscheidung über die Zusammenschaltung an der jeweiligen Vermittlungsstelle offen.

4.5.6.2. Zum Einzugsbereich der Vermittlungsstellen

Die Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene wurde antragsgemäß an folgenden Vermittlungsstellen angeordnet:

<u>STANDORT NAME</u>	<u>PLZ</u>	<u>STRASSENBEZEICHNUNG</u>
Wien-Berggasse	1090	Berggasse 35
Wien-Hebragasse	1080	Zimmermannngasse 4-6
Wien-Dreihufeisengasse	1060	Lehargasse 7
Wien Krugerstraße	1010	Krugerstraße 13

Die über die jeweiligen VSt erreichbaren geographischen Rufnummernbereiche („Trichter“) sind für die vier beantragten Vermittlungsstellen bereits aus dem Verfahren Z 33/99 bekannt. Von der Anordnung einer diesbezüglichen Informationspflicht wurde daher seitens der Telekom-Control-Kommission abgesehen. Aus dem Verfahren Z 33/99 sind für den Geltungszeitraum des Ersatzbescheides folgende Einzugsbereiche je oben angeführter Vermittlungsstellen bekannt, die der Vollständigkeit halber hier dargestellt seien:

POI	Einzugsbereich
Wien – Berggasse	22220,22221,222240,222241,22225,22227,22228,22229,2223,22273
Wien – Hebragasse	22240,22244,22247,22248,22249,22270,22271,22272,22274,22276,22277,22279,2230
Wien Dreihufeisengasse	222242,22226,22250,22253,22254,22258,22259,2226
Wien Krugerstraße	22241,22251,22252,22257,22278,2228,2229

Hinsichtlich der Anordnung in Punkt 4 des Spruchs (betreffend die Übergabe des Verkehrs) hat die Telekom-Control-Kommission Folgendes erwogen:

Telekabel terminiert Gespräche mit dem Ziel in Wien gemäß der oben stehenden Tabelle. Seitens der Telekom Austria kann an diesen VSTn Verkehr mit dem Ziel im ONKZ-Bereich 1 übergeben werden. Eine Verpflichtung, diesen Verkehr nur an diesen NÜPs zu übergeben, besteht nicht. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die zu erwartenden Verkehrsmengen an den vier lokalen NÜPs zwischen den Parteien - etwa in den Planungsrunden – besprochen werden und dass im Wesentlichen eine gleichmäßige Verkehrsauslastung (entsprechend den an den NÜPs vorhandenen Kapazitäten) erreicht werden soll.

4.5.6.3. Zum Beginn des Fristenlaufes in den Punkten 4 und 6 des Spruchs:

In einigen Punkten wurden im aufgehobenen Erstbescheid Fristen angeordnet, die mit nunmehr bereits in der Vergangenheit liegenden Ereignissen zu laufen begannen. So wurde in Punkt 4 des Spruches (Seite 5 erster Absatz) die Frist für die Realisierung der Zusammenschaltung an den NÜPs der niederen Netzebene „binnen einer Woche ab Rechtskraft dieser Anordnung“ angeordnet. Entsprechend begann auch die Frist betreffend die Rechtsfolgen bei verspäteter Realisierung (Seite 5 vierter Absatz) mit der Rechtskraft des Erstbescheides zu laufen. Auch in Punkt 6.2 des Bescheides werden Regelungen angeordnet, die bei Erlassung des Ersatzbescheides – im Gegensatz zum Erstbescheid – bereits zur Gänze in der Vergangenheit liegende Zeiträume bzw Fristen betreffen („Innerhalb von 4 Wochen ab Rechtskraft ...“; Punkt 6.2 erster Absatz).

Die neuerliche Anordnung derselben Beginnzeitpunkte des jeweiligen Fristenlaufs auch im Ersatzbescheid – wenn auch nicht unter Referenz auf die Rechtskraft des nicht mehr dem Rechtsbestand angehörenden Erstbescheides, sondern datumsmäßig fixiert – erscheint diesbezüglich jedoch sinnvoll, weil sich aus der Einhaltung bzw allenfalls Nichteinhaltung dieser Fristen (z. B. Bereitstellung bzw allenfalls Nichtbereitstellung der gegenständlichen E1-Systeme bzw SS7 Links im damaligen Zeitraum) auch zukünftig allenfalls Streitigkeiten zwischen den Parteien ergeben könnten, für deren Lösung eine entsprechende Grundlage bestehen muss. Da eine neuerliche Anordnung ab Rechtskraft des Ersatzbescheides jedoch – wegen des in der Vergangenheit liegenden Geltungszeitraumes des Ersatzbescheides – nicht sinnvoll ist, wird diesbezüglich auf den ursprünglichen Zeitpunkt (d. h. auf den Zeitpunkt der Erlassung des Erstbescheides) abgestellt, da dieser Zeitpunkt die aus damaliger Sicht angemessenste und daher authentischste Lösung darstellt. Die Rechtskraft des Erstbescheides trat mit Zustellung an die Parteien am 10.05.2000 ein (vgl. Rückscheine zu ON 13).

4.5.6.4. Realisierungsfrist

Wie bereits oben zu den angeordneten Vermittlungsstellen ausgeführt, wurde die Realisierung der Zusammenschaltung an bestimmten, von der Telekabel beantragten VSt angeordnet. In Abweichung vom Antrag der Telekabel wurde eine einwöchige Realisierungszeit (zum Beginn des Fristenlaufs siehe Punkt 4.5.6.3.) angeordnet. Die TA war bereits seit 01.01.1999 verpflichtet, die Zusammenschaltung an allen NVSt und OVSt anzubieten. Die TA hat die nunmehr nachgefragten vier Vermittlungsstellen in Wien auch selbst angeboten (vgl. dazu das Standardzusammenschaltungsangebot 2000). Überdies war sie im Sinn der Nichtdiskriminierung bereits seit der Zusammenschaltungsanordnung der Telekom-Control-Kommission vom 03.11.1999, Z 14/99, verpflichtet, den Zugang zur niedrigen Netzebene jedenfalls an diesen Vermittlungsstellen auch anderen ANB zu gewähren. Es war ihr daher möglich, die entsprechenden Adaptionen bereits vorzunehmen.

Die Anordnung der Telekom-Control-Kommission vom 17.04.2000, Z 33/99-87 betreffend die Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene, Anhang 13 Punkt 1, stimmt mit Punkt 1 des Anhangs 13 des Bescheides Z 3/98 vom 05.10.1998 überein. In Anbetracht der Verpflichtung

aus Z 33/99-87, die Rahmenbedingungen für eine Zusammenschaltung auf niedriger Netzebene festlegt bzw. die bereits seit der Anordnung im Verfahren Z 3/98 geltende Regelung wiederholt, kam die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass ein Einrichtungszeitraum an den vier Wiener Vermittlungsstellen von einer Woche angemessen war.

4.5.7. Überlauf

Hinsichtlich der Überlaufsregelung sowie der redundanten Leitungsführung wurde antragsgemäß entschieden. Ist ein NÜP auf niedriger Netzebene überlastet, so ist von der TA zwingend ein Überlauf auf die HVSt-Ebene vorzusehen. Dabei ist ein Überlauf zur entsprechenden HVSt zu garantieren.

Angesichts der amtsbekannten Tatsache, dass Telekabel ein reiner Teilnehmernetzbetreiber ist, ist es für den unterbrechungsfreien Betrieb und eine störungsfreie Kommunikation von entscheidender Bedeutung, dass ein Überlauf von der niedrigen Netzebene auf die HVSt zwingend gegeben ist. Im Falle eines reinen Verbindungsnetzbetreibers ist das Problem in geringerem Ausmaß gegeben, steht doch dem Kunden alternativ immer noch die Möglichkeit zu, über die TA zu telefonieren. Verluste können durch die Garantie eines Überlaufes jedenfalls eingedämmt werden. Die Telekom-Control-Kommission folgt aus diesem Grund dem Vorbringen der Antragstellerin.

4.5.8. Pönaleregulung

Die Telekabel beantragt auch die Festsetzung einer Pönaleregulung. Begründet wird dies im Wesentlichen mit den im Februar 2000 massiv aufgetretenen Problemen im Übergabe- und Signalisierungsnetz. In einem Punkt 6 soll eine Pönaleregulung festgelegt werden, die im Übrigen auch im Verfahren Z 33/99 beantragt wurde. Die Pönale soll im Fall des Lieferverzugs der TA eintreten. Die Telekabel beantragt auch, eine Berechnungsformel für diese Pönaleregulung festzulegen.

Hinsichtlich der Planung und der Bestellung von NÜPs, Links, als auch der Lieferfristen und der Rechtsfolgen bei Lieferverzug konnte auf die in Punkt 4 des Allgemeinen Teils der Anordnung Z 33/99-87 vom 17.04.2000 festgelegten Regelungen verwiesen werden. Diese Regelungen gelten für die Planung und die Bestellung, sowie die Lieferfristen und die Rechtsfolgen bei Lieferverzug für SS7-Links analog.

Hinsichtlich der von der TA bereits in der Kalenderwoche 51/99 zugesicherten 4 x 20 x 2 Mb/s-Systeme (20 je VSt) war in Entsprechung des Antrags festzulegen, dass dieses Systeme der Telekabel binnen 10 Arbeitstagen nach Abschluss der durch Telekabel durchzuführenden Arbeiten (Grabungen bis zur VSt) durch die TA betriebsbereit zu stellen sind.

Innerhalb von 4 Wochen ab Rechtskraft der Zusammenschaltungsanordnung im gegenständlichen Verfahren hat die TA der Telekabel zur Nutzung der PCM-30-Systeme zwei zusätzliche SS7-Links zur Verfügung zu stellen, je einen am STP Arsenal und am STP Schillerplatz. Die Regelung des Punktes 3.4.2. des allgemeinen Teils der Zusammenschaltungsanordnung Z 33/99-87 bleibt davon unberührt.

Werden die Systeme nicht gemäß den vorgenannten Bestimmung zur Verfügung gestellt, treten die Pönaleregulungen gemäß Punkt 6.1. der gegenständlichen Anordnung in Kraft.

Betreffend den Beginn des Fristenlaufs wird auf die Ausführungen unter Punkt 4.5.6.3 verwiesen.

4.5.9. Befristung – Anpassungsklausel

Ähnlich wie bereits in Punkt 4.5.6.3. betreffend die angeordneten Beginndaten der Fristen ausgeführt wurde, erscheint der Telekom-Control-Kommission auch die Anordnung desselben Beginnzeitpunktes des Geltungsbereiches des Ersatzbescheids wie im Erstbescheid sinnvoll, weil sich aus der Einhaltung bzw. allenfalls Nichteinhaltung dieser Anordnungen auch zukünftig allenfalls Streitigkeiten zwischen den Parteien ergeben könnten, für deren Lösung eine entsprechende Grundlage bestehen muss. Eine Anordnung ab Rechtskraft des Ersatzbescheides scheidet daher – wegen des in der Vergangenheit liegenden Geltungszeitraumes – als nicht sinnvoll aus, Es wird daher auf den ursprünglichen Beginnzeitpunkt (d. h. auf den Zeitpunkt der Erlassung des Erstbescheides) abgestellt, da dieser Zeitpunkt der aus damaliger Sicht authentischste ist. Die Rechtskraft des Erstbescheides trat mit Zustellung an die Parteien am 10.05.2000 ein.

Die Laufzeit der Anordnung bis zum 31.12.2000 ist unstrittig und wird von beiden Verfahrensparteien beantragt.

Die im Erstbescheid enthaltene Anordnung, dass im Fall, dass vor diesem Zeitpunkt neue Entgelte für V 39 (entspricht V 3) oder V33 festgelegt werden (sei es vertraglich zwischen den Parteien dieses Verfahrens oder durch Anordnung der Telekom-Control-Kommission – auch in Verfahren, die zwischen anderen Parteien geführt werden), eine Verhandlungspflicht auf Nachfrage einer Partei besteht und in der Folge eine Anrufung der Regulierungsbehörde zulässig wäre, wurde in den Ersatzbescheid nicht mehr aufgenommen, da wegen der amtsbekannten Tatsache, dass im (zur Gänze in der Vergangenheit liegenden) Geltungszeitraum des Ersatzbescheides keine neuen Entgelte angeordnet oder der Regulierungsbehörde angezeigt wurden, die Klausel keinen Anwendungsbereich mehr haben kann.

4.5.10. Sonstige Anordnungen – Informationspflichten

In Spruchpunkt C des Erstbescheides wurde angeordnet, dass die Parteien des Verfahrens der Regulierungsbehörde Informationen über die auf Basis der vorliegenden Anordnung abgewickelten Verkehrsströme zu übermitteln hatten. Diese von den Betreibern gemäß § 83 Abs. 2 TKG zu gebenden Auskünfte waren für die Regulierungsbehörde erforderlich, um die ihr auf Grund des Gesetzes zukommenden Aufgaben, wie insbesondere auch die Entscheidung im Falle von Verfahren gemäß § 41 TKG, erfüllen zu können. Die nach NÜPs aufgeschlüsselten Verkehrsdaten sollen auch eine Grundlage für allfällig erforderliche weitere Entscheidungen über entbündelte Zusammenschaltung auf NVSt- und OVSt-Ebene bilden und dazu beitragen, die gemäß § 3 ZusammenschaltungsVO zu berücksichtigende Entwicklung des Wettbewerbs im lokalen Bereich beurteilen zu können.

Damit den im Jahr 2000 tatsächlich erfolgten Datenlieferungen nicht nachträglich die Rechtsgrundlage entzogen wird, wurde die entsprechende Regelung auch in den Ersatzbescheid aufgenommen, obwohl keine weiteren Datenlieferungen auf ihrer Basis mehr erfolgen werden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 115 Abs. 2 TKG kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweise

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 180,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 10.06.2003

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann

Zustellverfügung:

- Telekabel Wien GmbH, z. Hdn. RA Dr. Stefan Köck, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Rsa
- Telekom Austria AG, z. Hd. des Vorstandes, Schwarzenbergplatz, per Rsa