

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dkfm. Dr. Oskar Grünwald und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder über Antrag der Telekabel Wien GmbH, Erlachgasse 116, 1100 Wien, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG nach Anhörung der antragstellenden Gesellschaft sowie der Telekom Austria AG, Schwarzenbergplatz 3, 1010 Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, in der Sitzung vom 22.6.2001 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Der Antrag der Telekabel Wien GmbH auf Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Telekabel Wien GmbH mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Telekom Austria AG als Ergänzung zur bestehenden Zusammenschaltungsanordnung vom 17.4.2000, Z 33/99, wird gemäß § 111 Z 6 iVm § 41 Abs 3 TKG abgewiesen.

II. Begründung

A. Festgestellter Sachverhalt

(...)

B. Beweiswürdigung

(...)

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 41 Abs 2 TKG können Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen, die eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit anderen öffentlichen Telekommunikationsnetzbetreibern anstreben, unter der Voraussetzung der Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung und nach Ablauf einer erfolglosen sechswöchigen Verhandlungsdauer über diese Zusammenschaltungsleistung die Regulierungsbehörde anrufen. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der die Zusammenschaltung für die bestimmte Zusammenschaltungsleistung angeordnet wird, ersetzt die zu treffende Vereinbarung (§ 41 Abs 3 TKG).

Gemäß der eindeutigen Zuständigkeitsregelung in § 111 Z 6 TKG ist die Telekom-Control-Kommission für die *"Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41"* zuständig.

2. Zur Antragslegitimation

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 zustandekommt. Die Betreiber sind jedenfalls vor Anrufung der Regulierungsbehörde gehalten, ernsthafte Verhandlungen zu führen. Dies ergibt sich zum einen aus § 41 Abs 2 TKG, welcher eine mindestens sechswöchige verpflichtende Verhandlungsfrist vor Anrufung der Regulierungsbehörde vorsieht als auch aus dem gesamten § 41 TKG, der mit *"Verhandlungspflicht"* betitelt ist, weswegen eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung der Bestimmungen über die Zusammenschaltung ergibt, dass die Verhandlungen mit der notwendigen Ernsthaftigkeit zu führen sind.

Für die Zulässigkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde ist somit Voraussetzung, dass der Anrufende die Zusammenschaltungsleistung mindestens sechs Wochen vor der Anrufung nachgefragt hat, dass er selbst ein öffentliches Telekommunikationsnetz betreibt, und dass keine Vereinbarung über die Zusammenschaltung zustandegekommen ist.

2.1. Nachfrage

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.

Jedenfalls seit 29.12.2000 verhandeln die Verfahrensparteien insbesondere über die Nachfolgeregelung für den jeweils mit 31.3.2001 befristeten Punkt 5 und Anhang 6 (somit über die verfahrensgegenständlichen verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte sowie über das Clearing-Entgelt) der Zusammenschaltungsanordnung vom 17.4.2000, Z 33/99.

Es besteht kein Zweifel, dass - mehr als sechs Wochen vor Antragstellung - über neue Zusammenschaltungsbedingungen, insbesondere neue Zusammenschaltungsentgelte verhandelt wurde bzw. entsprechende gegenseitige Nachfragen gestellt wurden.

2.2. Betreiberstatus

Der Betreiberstatus der Verfahrensparteien ist auf der Basis der erteilten Konzessionen und der erfolgten Aufnahme der Dienstleistungszweifellos gegeben und unstrittig.

2.3. Nichtvorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einer Zusammenschaltungsanordnung

Die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Bedingungen für die Zusammenschaltung ist gegenüber den privatautonom geführten Verhandlungen der Zusammenschaltungspartner subsidiär.

Im gegenständlichen Fall liegt hinsichtlich der beantragten Zusammenschaltungsentgelte (Punkt 5 sowie Anhang 6 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17.4.2000) aufgrund der klaren Regelung des Punkt 11.2. der Zusammenschaltungsanordnung Z 33/99 vom 17.4.2000 seit 1.4.2001 keine aufrechte schriftliche Vereinbarung vor.

3. Zum rechtlichen Rahmen der Zusammenschaltung

Die Grundregel hinsichtlich der Gewährung von Netzzugang enthält § 37 TKG. Dieser verpflichtet marktbeherrschende Unternehmen, Netzzugang zu gewähren. Dies kann sowohl im Wege des allgemeinen, als auch des besonderen Netzzugangs geschehen. Besonderer Netzzugang liegt immer dann vor, wenn der Netzzugang nicht über eine allgemein am Markt nachgefragte Schnittstelle erfolgen soll (§ 2 Abs. 1 ZVO). Dies ist in der Regel insbesondere bei der Zusammenschaltung von Netzen der Fall.

4. Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

4.1. 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 gesetzlich (und europarechtlich) determiniert.

4.1.1. 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“* sowie *„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.“*

Folglich sollen nach dem Willen des Richtliniengebers alle Tarife für den Zugang zu Netzressourcen oder Diensten marktbeherrschender Unternehmen kostenorientiert sein.

Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG idF der RL 98/61/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 Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 18.6.2001, M1/01, wurde festgestellt, dass die TA sowohl auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes als auch auf dem Zusammenschaltungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Das Entgelt für diesen Netzzugang hat daher nach den genannten Richtlinien kostenorientiert zu sein.

Auf Grund des Anhangs der RL 90/387/EWG idF 97/51/EG und Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG idF der RL 98/61/EG 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 97/33/EG idF der RL 98/61/EG 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 in der deutschen Sprachfassung verwendete 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.

4.1.2. Nationales Recht

Das Prinzip der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte findet sich in §41 Abs 3 TKG und in § 8 Abs 2 Zusammenschaltungsverordnung, BGBl II Nr 14/1998 (ZVO).

§ 41 Abs 3 TKG bestimmt, dass *"entsprechend 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.

In Übereinstimmung damit hat auch der Verordnungsgeber in §8 Abs 2 ZVO 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.

4.2. Zur Festlegung der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte

Um – im Lichte der obigen Ausführungen - die von der TA angebotenen Zusammenschaltungsentgelte hinsichtlich ihrer Kostenorientiertheit beurteilen zu können, wurden von der Telekom-Control-Kommission vier betriebswirtschaftliche Amtssachverständige mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens unter Zuhilfenahme eines Top-Down-Ansatzes beauftragt sowie in Teilbereichen auf folgende Gutachten zurückgegriffen: Gutachten des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste: *Gutachten zur Ermittlung der Kosten auf Basis FL-LRAIC der Zusammenschaltung der Telekom Austria AG* (Bad Honnef vom 17. Februar 2000); das *Gutachten über die Bestimmung der Kapitalkosten unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefoniedienstes mittels eines festen Netzes im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen*, erstellt für die Telekom-Control-Kommission durch O.Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und O.Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner (Wien, im März 2000 im Rahmen des Verfahrens Z30/99); das *Ergänzungsgutachten zu dem im Verfahren Z30/99 erstellten Gutachten über die Bestimmung der Kapitalkosten unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefoniedienstes mittels eines festen Netzes insbesondere zur Frage, ob ein Abschlag für das Risiko des Teilnehmeranschlussnetzes gerechtfertigt ist*, erstellt für die Telekom-Control-Kommission durch O.Univ.-Prof. Dr. Engelbert J. Dockner und O.Univ.-Prof. Dr. Josef Zechner (Wien, im November 2000 im Rahmen der Verfahren Z 12/00, Z 14/00 und Z 15/00). (Vgl. dazu bereits den Punkt betitelt mit *„Zu den Kosten der Telekom Austria im Bereich der verfahrensgegenständlichen Leistungen“*).

Im Gegensatz zu den obigen Ausführungen über das Gebot der Kostenorientiertheit gemäß § 41 Abs 3 TKG und § 8 Abs 2 ZVO beantragt Telekabel in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz die Anordnung der Zusammenschaltungsentgelte in jener Höhe, wie sie von der Telekom-Control-Kommission in den Verfahren zu „IC 2000“, beispielsweise Z30/99 sowie Z 33/99, festgelegt wurden. Mit Schreiben vom 12.6.2001 (ON 28) bekräftigt Telekabel diesen verfahrenseinleitenden Antrag.

Sinn und Zweck des wirtschaftlichen Gutachtens der Amtssachverständigen (ON 15) ist die Ermittlung der Kosten der TA für die verfahrensgegenständlichen Leistungen, dh für die Terminierung, Originierung und Transit (lokal, single und double tandem) sowie die

Clearingkosten. Dem wirtschaftlichen Gutachten zu Folge sind die Kosten der TA für erwähnte Leistungen im Vergleich zu den Kosten des Vorjahres, dh die Kosten, die in den Verfahren der Telekom-Control-Kommission Z 30/99 ff ermittelt wurden, gesunken. Aus diesem Grund kann aus heutiger Sicht festgestellt werden, dass die (früheren) Kosten der TA für besagte Zusammenschaltungsleistungen gemäß den wirtschaftlichen Gutachten in den Verfahren Z 30/99 ff, heute nicht (mehr) dem Gebot der Kostenorientiertheit entsprechen. Aus dem Blickwinkel einer aktuellen Betrachtung dürfen nur jene Kosten der TA für die Festlegung der (neuen) Zusammenschaltungsentgelte herangezogen werden, die sich aus dem wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen zu „IC 2001“ ergeben, auch wenn die Antragstellerin ihre Meinung dahingehend zum Ausdruck bringt, dass die Entgelte gemäß den Entscheidungen Z30/99 „nach wie vor“ (Unterstreichungen im Original) dem Gebot der Kostenorientierung entsprechen“ (ON 28, Seite 2).

In diesem Zusammenhang erscheint auch das Vorbringen der Telekabel (ON 28, Seite 2f) verfehlt, dass die Antragsgegnerin durch eine weitere Absenkung der Zusammenschaltungsentgelte „verpflichtet wäre, eigene Netzleistungen unter den tatsächlichen und kostenorientierten Kosten anzubieten“ (Unterstreichungen im Original).“ Wie bereits mehrfach ausgeführt sind die Zusammenschaltungsentgelte auf Basis der Kostenorientiertheit festzulegen; zur Ermittlung der Kosten der TA für die verfahrensgegenständlichen Leistungen wurde die Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens in Auftrag gegeben; die Ergebnisse dieses Gutachtens sind unter Punkt II.A.6. dieser Entscheidung dargestellt.

Wenn Telekabel mit gerade erwähnten Ausführungen zum Ausdruck bringen möchte, dass die Zusammenschaltungsentgelte, die unter jenen der Entscheidung Z 30/99 zu liegen kommen, für die Antragstellerin nicht kostenorientiert sind, so darf ein wiederholtes Mal auf die Rechtsgrundlagen für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte verwiesen werden: Gemäß § 41 Abs 3 TKG findet der Grundsatz der Kostenorientiertheit (nur) bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung.

Bezüglich des Vorbringens der Antragstellerin, dass eine Abwägung des in § 41 Abs 3 TKG positivierten Grundsatzes gegenüber den in § 1 TKG normierten übergeordneten Zielen der Regulierung in Österreich vorzunehmen sei (ON 28, Seite 3), soll lediglich angemerkt werden, dass die zur Entscheidung berufene Telekom-Control-Kommission jede ihrer Entscheidungen im Einklang mit Zweck und Zielen des § 1 TKG trifft. Allerdings vermag die Berufung auf § 1 TKG nicht eine dem klaren Wortlaut von § 41 Abs 3 TKG (bzw. § 8 Abs 2 ZVO) widersprechende Anordnung zu rechtfertigen.

Auf Grund der Tatsache, dass für eine Anordnung von verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelten in der Höhe, wie sie von der Telekom-Control-Kommission am 27.3.2000 zu Z30/99 ff festgelegt wurde und von der Antragstellerin beantragt wird, mangels Kostenorientierung der Entgelte keine Rechtsgrundlage besteht und die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens einen Antrag auf Anordnung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte gestellt hat, war der Antrag der Telekabel abzuweisen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

IV. Hinweis

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 ATS 2.500,- (EUR 181,68) zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 22.6.2001

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann