

## 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 weiteren Mitgliedern

über Antrag

1. der **Citykom Austria Telekommunikation GmbH**, Rosseggerstraße 2, 5021 Salzburg,
  2. der **CONNECT AUSTRIA Gesellschaft für Telekommunikation GmbH**, Brünner Straße 52, 1210 Wien,
  3. der **max.mobil. Telekommunikation Service GmbH**, Kelsenstraße 5-7, 1030 Wien,
  4. der **tele.ring Telekom Service GmbH**, Europaplatz 1, 1150 Wien, sowie
  5. der **UTA Telekom AG**, Rooseveltplatz 2, 1090 Wien,
- alle vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, auf Erlaß einer Teilanordnung betreffend Zusammenschaltungsentgelte,

nach Anhörung der Antragsteller sowie der **Post und Telekom Austria AG**, Postgasse 8, 1011 Wien, diese vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, in der Sitzung vom 9. März 1998 einstimmig beschlossen:

### I. Spruch

1. Gemäß § 41 Abs 3 in Verbindung mit § 111 TKG werden für die Zusammenschaltung der öffentlichen Telekommunikationsnetze der Citykom Austria Telekommunikation GmbH, der tele.ring Telekom Service GmbH und der UTA Telekom AG mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Post und Telekom Austria AG folgende Bedingungen festgelegt:

- a) Die Zusammenschaltungsentgelte betragen tageszeitunabhängig und verkehrsvolumensunabhängig
- |                         |                                       |
|-------------------------|---------------------------------------|
| für den Gesprächstyp V3 | 0,25 ATS/min, exklusive Umsatzsteuer  |
| für den Gesprächstyp V4 | 0,33 ATS/min, exklusive Umsatzsteuer  |
| für den Gesprächstyp V5 | 0,053 ATS/min, exklusive Umsatzsteuer |
| für den Gesprächstyp V6 | 0,104 ATS/min, exklusive Umsatzsteuer |
- Die Gesprächstypen V3, V4, V5 und V6 verstehen sich nach der Definition in Anhang 3 des Standardzusammenschaltungsangebotes der Post und Telekom Austria AG vom Juli 1997.

- b) Die Zusammenschaltungsentgelte werden reziprok angewendet, sodaß für den Verkehr, der vom öffentlichen Telekommunikationsnetz der Post und Telekom Austria AG in oder über das öffentliche Telekommunikationsnetz der Antragsteller zu 1., 4. und 5. geführt wird, Entgelte in gleicher Höhe entsprechend dem jeweiligen Verkehrstyp verrechnet werden.
  - c) Für Verbindungsaufbauleistungen und nicht zustandegekommene Gespräche werden keine zusätzlichen Entgelte verrechnet. Das Entgelt bemißt sich auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung des zustande gekommenen Gesprächs.
  - d) Die in diesem Bescheid festgelegten Zusammenschaltungsentgelte gelten, sofern die Parteien keine abweichenden Vereinbarungen treffen, für Leistungen, die zwischen den Antragstellern zu 1., 4. und 5. einerseits sowie der Post und Telekom Austria AG andererseits im Zeitraum vom 1. Jänner 1998 bis zum 31. Dezember 1999 erbracht wurden bzw. werden.
  - e) Die Antragsteller zu 1., 4. und 5. einerseits sowie die Post und Telekom Austria AG andererseits sind verpflichtet, bis spätestens 30. September 1999 in Verhandlungen über die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte ab dem 1. Jänner 2000 einzutreten. Eine Anrufung der Regulierungsbehörde zur Neufestlegung der mit diesem Bescheid festgelegten Zusammenschaltungsentgelte ist frühestens 6 Wochen nach dem 30. September 1999 zulässig.
2. Der Antrag der Citykom Austria Telekommunikation GmbH, der tele.ring Telekom Service GmbH und der UTA Telekom AG, die Post und Telekom Austria AG zu verpflichten, zusätzlich zu den unter 1 (a) festgelegten Entgelten auf individuelle Nachfrage als Option Zusammenschaltungsentgelte für Peak-Zeiten und Off-Peak-Zeiten anzubieten und darüber zu verhandeln, wobei der Durchschnitt der Peak- und Off-Peak-Entgelte den unter 1 (a) festgelegten Entgelten zu entsprechen hat, wobei der Ermittlung des Durchschnitts objektive, bei der Post und Telekom Austria AG gültige Tagesverkehrskurven zugrunde zulegen sind, wird abgewiesen.
  3. Der Antrag der Citykom Austria Telekommunikation GmbH, der tele.ring Telekom Service GmbH und der UTA Telekom AG, anzuordnen, daß sich die sonstigen von der Post und Telekom Austria AG anzubietenden Zusammenschaltungsentgelte an den hier angeordneten Zusammenschaltungsentgelten zu orientieren haben, wird zurückgewiesen.
  4. Die Anträge der CONNECT AUSTRIA Gesellschaft für Telekommunikation GmbH werden zurückgewiesen.
  5. Die Anträge der max.mobil. Telekommunikation Service GmbH werden zurückgewiesen.

## II. Begründung

### 1 **Gang des Verfahrens**

Die Citykom Austria Telekommunikation GmbH (Antragsteller zu 1, im folgenden Citykom Austria), die CONNECT AUSTRIA Gesellschaft für Telekommunikation GmbH (Antragsteller zu 2, im folgenden CONNECT AUSTRIA), die max.mobil. Telekommunikation Service GmbH (Antragsteller zu 3, im folgenden max.mobil.), die tele.ring Telekom Service GmbH (Antragsteller zu 4, im folgenden tele.ring) sowie die UTA Telekom AG (Antragsteller zu 5, im folgenden UTA), alle vertreten durch RA Dr. Stefan Köck, Seilergasse 16, 1010 Wien, brachten am 29. Dezember 1997 einen Antrag auf Erlass einer Teilanordnung betreffend Zusammenschaltungsentgelte gemäß § 41 Abs 3 TKG bei der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission ein.

Darin beehrten die Antragsteller

- (a) die Festlegung von verkehrsvolumens- und tageszeitunabhängigen Zusammenschaltungsentgelten für die Gesprächstypen V3 in Höhe von öS 0,123 pro Minute, V4 in Höhe von öS 0,161 pro Minute, V5 in Höhe von öS 0,053 pro Minute und V6 in Höhe von 0,104 pro Minute, jeweils exklusive USt, für die Zusammenschaltung ihres Telekommunikationsnetzes mit jenem der Post und Telekom Austria AG (PTA);
- (b) eine Verpflichtung der Post & Telekom Austria AG festzulegen, den Antragstellern zusätzlich zu den laut lit. (a) festgelegten Entgelten auf individuelle Nachfrage Zusammenschaltungsentgelte für Peak- und Off-peak-Zeiten anzubieten und darüber zu verhandeln, wobei der Durchschnitt der Peak- und Off-peak-Entgelte den laut lit. (a) festgelegten Entgelten zu entsprechen habe, und weiters der Durchschnitt auf der Grundlage von objektiven, der Regulierungsbehörde offenzulegenden Tagesverkehrskurven zu ermitteln sei;
- (c) die Anordnung, daß für Verbindungsaufbauleistungen keine zusätzlichen Entgelte verrechnet werden dürfen, daß weiters nur zustandegekommene Gespräche verrechnet werden, und daß sich das Entgelt auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung des zustandegekommenen Gesprächs bemesse;
- (d) die rückwirkende Anordnung der Entgelte ab 1. Jänner 1998 für die Dauer von sechs Monaten;
- (e) eine Anordnung, welche die PTA dazu verpflichten soll, die sonstigen von der PTA angebotenen Zusammenschaltungsentgelte an den nach lit. (a) anzuordnenden Entgelten und an den dazu führenden Entscheidungsgrundlagen zu orientieren.

Dem Antrag legten die Antragsteller das Standardzusammenschaltungsangebot der PTA vom Juli 1997 (./1), zwei Schreiben des Vereins Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) an die PTA vom 29. 7. 1997 und vom 16. 10. 1997 (./2 und ./3), einen Zeitungsartikel der Tageszeitung "Kurier" vom 11. 11. 1997 (./4), ein Protokoll der Sitzungen vom 11. 12. 1997 und 17. 12. 1997 im Rahmen der Verhandlungen zwischen dem VAT und der PTA über die Zusammenschaltung (./5), ein weiteres

Schreiben des VAT an die PTA vom 15. 12. 1997 (./.6), einen Auszug des Amtsblattes 11/97 des deutschen Bundesministeriums für Post und Telekommunikation (./.7), zwei Studien David Lewins von OVUM Ltd. in englischer Sprache (./.8 und ./.9) sowie einen Auszug aus dem Manuskript einer Rede Karel Van Mierts auf der Internationalen Kartellkonferenz in Berlin vom 28. 10. 1997 (./.10) bei.

Der Antrag wurde – abgesehen von den Beilagen ./.8 und ./.9 - vom Rechtsvertreter der Antragsteller der PTA am 24. 12. 1997 auf direktem Wege vorab übermittelt. Die Telekom-Control-Kommission stellte den Antrag einschließlich aller Beilagen der PTA mit Schreiben vom 9. 1. 1998 (zugegangen am 12. 1. 1998) zu und forderte die PTA auf, zum Antrag Stellung zu nehmen.

Am 21. 1. 1998 übermittelte die PTA der Regulierungsbehörde eine erste Stellungnahme zum Antrag auf Erlaß einer Zusammenschaltungsanordnung durch die Antragsteller, welche in Gleichschrift dem Vertreter der Antragsteller mitgeteilt wurde. Darin regte die PTA an, drei von ihr formulierte Fragen, welche die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen, gemäß Art 177 EGV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Am 30. 1. 1998 erreichte die Regulierungsbehörde eine Äußerung und Urkundenvorlage der PTA. Dieser als Anlage beigelegt waren eine Stellungnahme der Eröffnungsprüfer KPMG Austria Wirtschaftsprüfungs-GmbH und Dr. F. Jonasch & Dr. W. Platzer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs-OHG zur Bewertung des Anlagevermögens (./.a), eine Kurzbeschreibung von Coopers & Lybrands Tätigkeit im Telekommunikationssektor (./.b), ein Gutachten von Coopers & Lybrand Inter-Treuhand GmbH über die Überprüfung der Kostenträgerrechnung zur Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte (./.c), eine Stellungnahme der PTA in Zusammenarbeit mit Coopers & Lybrand (./.d) sowie der Text einer geplanten Pressemitteilung (./.e). Die Äußerung samt Anhängen - hinsichtlich des Anhangs ./.d mit Ausnahme der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der PTA - wurden den Antragstellern zugestellt.

Am 2. 2. 1998 übermittelte die Telekom-Control-Kommission den beteiligten Parteien jeweils einen Fragenkatalog, dessen schriftliche Beantwortung sie bis zum 9. 2. 1998 auftrag.

Mit Schreiben vom 3. 2. 1998 wurden die Vorstands- bzw. Geschäftsführungsmitglieder der beteiligten Parteien zur getrennten Vernehmung und Anhörung ("Hearing") am 16. 2. 1998 eingeladen.

Am 9. 2. 1998 gingen bei der Regulierungsbehörde die Beantwortungen der Fragenkataloge der beteiligten Parteien ein.

Die Antragsteller brachten mit 10. bzw. 13. 2. 1998 weitere Gegenäußerungen zum Vorbringen der PTA vom 30. 1. 1998 ein, und legten auch drei weitere Beiträge David Lewins von OVUM Ltd. in englischer Sprache vor (./.12, ./.13, ./.14), die jeweils der PTA zugestellt wurden.

Am 16. 2. 1998 fand eine Anhörung aller am Verfahren Beteiligten statt. Außerdem wurden Dr. Helmut Schönthaler (Vorstand der UTA Telekom AG), DI Dr. Günther

Rabensteiner (Geschäftsführer der tele.ring Telekom Service GmbH), DI Jörg Schmolinski (Bevollmächtigter der Citykom Austria Telekommunikation Service GmbH), DI Hans-Jörg Tengg (Aufsichtsratsvorsitzender der max.mobil Telekommunikation Service GmbH, von dieser zur Vertretung vor der Telekom-Control-Kommission Bevollmächtigter), Dr. Eduard Zehetner (Geschäftsführer der CONNECT AUSTRIA Gesellschaft für Telekommunikation GmbH) sowie Generaldirektor Dr. Josef Sindelka (Vorstandsvorsitzender der PTA), Dr. Johannes Ditz (Vorstandsdirektor der PTA), DI Erich Geißler und DI Josef Singer (beide Angestellte der PTA) von der Telekom-Control-Kommission einvernommen.

Im Zuge ihrer Anhörung beantragte die PTA, die Telekom-Control-Kommission möge ihre Entscheidung über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte auf Basis der Kosten der PTA für 1998 und 1999 fällen. Für das Jahr 2000 solle keine Anordnung getroffen werden. Die Telekom-Control-Kommission möge weiters die Reziprozität der Zusammenschaltungsentgelte in ihren Bescheiden festlegen. Dieser Antrag wurde am 17. 2. 1998 dem Vertreter der Antragsteller übermittelt.

Am 17. 2. 1998 legte die PTA einen Entwurf für einen zwischen der PTA und den Mitgliedern des Verbandes alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) abzuschließenden Zusammenschaltungsvertrag vor.

Die Protokolle über die Anhörung samt den von der PTA anlässlich der Anhörung übergebenen Beilagen ./I.-./III. wurden ebenso wie die Antworten auf die den Parteien schriftlich gestellten Fragen den Verfahrensparteien übermittelt; soweit die Antworten Geschäftsgeheimnisse enthielten, blieben diese von der Übermittlung ausgespart.

Die Telekom-Control-Kommission beauftragte die Telekom-Control GmbH mit der betriebswirtschaftlichen Überprüfung der Kostenorientierung der von der PTA angebotenen bzw. von den Antragstellern geforderten Zusammenschaltungsentgelte. Die Prüfungsarbeiten wurden von den Mitarbeitern der Telekom-Control GmbH Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Roland Belfin durchgeführt, die darüber am 27. 2. 1998 ein Gutachten erstellten. Das Gutachten wurde am 27. 2. 1998 den Parteien übermittelt, wobei ihnen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wurde, zu den vorgelegten Unterlagen und zu den bisherigen Beweisergebnissen Stellung zu nehmen.

Die PTA wurde ferner aufgefordert, die vermuteten ertragsmäßigen Auswirkungen unterschiedlicher Höhen der Zusammenschaltungsentgelte in den nächsten fünf Jahren darzustellen; die diesbezügliche Antwort der PTA wurde, soweit sie keine Betriebsgeheimnisse enthielt, den Antragstellern übermittelt.

Am 27. 2. 1998 langte bei der Telekom-Control-Kommission ein Schreiben der max.mobil. Organisations-Service GmbH ein, in dem der Gang der Verhandlungen zwischen der PTA und max.mobil. dargelegt wurde; diesem Schreiben waren Auszüge aus verschiedenen Protokollen der Verhandlungsrunden, aus Schreiben der PTA und aus der Konzession der max.mobil. Telekommunikation Service GmbH angeschlossen. Die Unterlagen wurden an die PTA und die Antragsteller weitergeleitet, gleichzeitig wurden sowohl die PTA als auch die Antragsteller

aufgefordert, die auszugsweise vorgelegten Unterlagen vollständig der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission zu übermitteln.

Am 3. März 1998 legte der Antragsteller zu 3. die am 27. 2. 1998 nur auszugsweise übermittelten Schreiben der PTA an max.mobil. vollständig vor; die Antragsteller übermittelten auch eine Zusammenstellung sämtlicher Verhandlungsprotokolle der Verhandlungen zwischen VAT und PTA. Am selben Tag ging bei der Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission auch je eine Äußerung und Urkundenvorlage der Antragsteller zu 1. und 2. ein, die auf die Fragen der Antragslegitimation Bezug nahmen.

Die Antragsteller äußerten sich mit Schriftsatz vom 3. 3. 1998 zu den Protokollen der Anhörung der PTA, zur schriftlichen Fragenbeantwortung durch die PTA und zum Antrag der PTA auf reziproke Festlegung der Entgelte. Darin beantragten die Antragsteller, den Antrag der PTA auf reziproke Festlegung der Entgelte zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 4. 3. 1998 äußerten sich die Antragsteller zur betriebswirtschaftlichen Überprüfung der Kostenorientierung Zusammenschaltungsentgelte durch die Telekom-Control GmbH. Ebenfalls mit Schriftsatz vom 4. 3. 1998 legte die PTA die geforderten Unterlagen vor und äußerte sich insbesondere zu den Fragen der Antragslegitimation, zur Rückwirkung und zur Zulässigkeit der Entgeltfestsetzung. Die PTA nahm in diesem Schriftsatz auch zu den Protokollen der Anhörung und zur betriebswirtschaftlichen Überprüfung der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte durch die Telekom-Control GmbH Stellung. Ferner beantragte die PTA ausdrücklich, die Entgelte für die Gesprächstypen V5 und V6 nicht festzulegen. Am 5. und 6. 3. 1998 replizierten die Antragsteller auf die Ausführungen der PTA in deren Äußerung vom 4. 3. 1998.

## **2 Festgestellter Sachverhalt**

### **2.1 Zur Eigenschaft der PTA als marktbeherrschender Netzbetreiber**

Die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes über ein festes Netz war bis zum 31. 12. 1997 der PTA ohne Konzession vorbehalten. Die PTA hat zur Erbringung dieses Dienstes eine Konzession beantragt und mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 17. 12. 1997 erhalten (Konzessionsakt K 7/97 der Telekom-Control-Kommission). Zum Entscheidungszeitpunkt hält die PTA noch einen Marktanteil von beinahe 100%. Die PTA ist auf dem Markt der Sprachtelefonie im Festnetz in Österreich daher marktbeherrschend. Im Juli 1997 hat die PTA ein Standardzusammenschaltungsangebot (SZA) erstellt, das sie seither den Verhandlungen mit Betreibern von Telekommunikationsnetzen, die eine Zusammenschaltung ihrer Netze mit jenem der PTA nachfragen, zugrundelegt (Standardzusammenschaltungsangebot der PTA, Beilage .1 zum Antrag, amtsbekannt).

Das Standardzusammenschaltungsangebot regelt in Pkt 3.4. in Verbindung mit Anhang 4 die Zusammenschaltungs-Entgelte. Demzufolge werden für die jeweiligen Gesprächstypen folgende Entgelte angeboten: für V3 öS 1,05/Min; für V4 öS 1,16/Min; für V5 öS 0,06/Min und für V6 öS 0,17/Min. Änderungen dieser Entgelte sollen gem Pkt 3.4.1.2. SZA unter Beachtung allfälliger Bedingungen der Regulierungsbehörde rechtzeitig und einvernehmlich zwischen den Netzbetreibern erfolgen. Auf die Vertragsdauer bzw. die Kündigung des Vertrags nimmt Pkt 6 SZA Bezug. Verträge werden demnach grundsätzlich unbefristet geschlossen, jedoch endet der Zusammenschaltungsvertrag unter anderem dann, wenn seitens der Regulierungsbehörde Änderungen der Zusammenschaltungsbedingungen verfügt werden, die eine Vertragsfortführung unmöglich machen und sich die Vertragspartner nicht rechtzeitig über eine einvernehmliche Vertragsanpassung geeinigt haben. Darüber hinaus werden die ordentliche Kündigung (unter Einhaltung einer 6-Monate-Frist) und die außerordentliche Kündigung geregelt. Pkt 9 SZA bestimmt schließlich, daß über alle Streitigkeiten im Rahmen der Zusammenschaltungsvereinbarung (unter anderem Abschluß, Änderungen, Beendigung) die Regulierungsbehörde gem § 41 Abs 2 TKG entscheidet (SZA).

## **2.2 Zur Nachfrage auf Zusammenschaltung und den dazu geführten Verhandlungen**

Die Antragsteller zu 3., 4. und 5. haben am 29. September 1997 durch den von ihnen dazu beauftragten und bevollmächtigten Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) die PTA schriftlich ersucht, Verhandlungen über den Zugang zum Telekommunikationsnetz der PTA aufzunehmen. Das Schreiben des VAT wurde ausdrücklich als Nachfrage "gemäß § 41 Abs. 1 TKG" bezeichnet (Anlage ./2 zum Antrag). Als Reaktion auf dieses Schreiben hat die PTA mit Schreiben vom 16. 10. 1997 zu einer ersten Gesprächsrunde am 23. 10. 1997 eingeladen (Anlage ./3 zum Antrag). Die erste Verhandlungsrunde fand schließlich am 6. November 1997 statt. Zu dieser Sitzung wurde von der PTA ein Protokoll verfaßt (Beilage ./23A), das von den Vertretern des VAT nicht akzeptiert und von diesen überarbeitet wurde (Beilage ./23B). Anlässlich dieser Verhandlungsrunde wurden die Mitglieder des VAT – die fünf Antragsteller dieses Verfahrens – bekanntgegeben (Protokoll Beilage ./23 A und B); mündlich wurde bekanntgegeben, daß der VAT von Citykom und Connect bevollmächtigt wurde (Aussage DI Geißler ON 43/6, Aussage DI Tengg ON 43/4); die schriftlichen Vollmachten wurden erst am 17. 12. 1997 übergeben (VAT-Protokoll zu den Sitzungen vom 11. und 17. 12. 1997, Anlage ./5 zum Antrag). In der ersten Verhandlungsrunde wurde vereinbart, daß in den Gesprächen Themen der Zusammenschaltung zwischen Netzen behandelt werden, zu denen die Mitglieder des VAT einen gemeinsamen Standpunkt einnehmen. Themen, die zwischen den Mitgliedern geheimzuhalten sind, sollten ausgeklammert bleiben; der Vertragsschluß sollte jedenfalls bilateral zwischen dem jeweiligen VAT-Mitglied und der PTA erfolgen (diesbezüglich übereinstimmende Protokolle Beilage ./23A und B). In der Sitzung vom 6. 11. 1997 vertrat der VAT die Auffassung, daß die Fristen nach § 41 Abs 2 TKG seit 29. 9. 1997 - dem Datum des Schreiben der Antragsteller zu 3., 4. und 5. an die PTA - bereits laufen (Protokoll Beilage ./23B).

Zwischen der Citykom Austria und der PTA (Dr. Levin) hatte es erstmals am 15. 9. 1997 ein Gespräch gegeben, in welchem die Citykom Austria ihren Wunsch zum

Ausdruck brachte, Verhandlungen zum Thema Zusammenschaltung zu führen. Anschließend daran hat Citykom Austria der PTA auch einen Fragenkatalog übermittelt und in weiterer Folge am 9. 10. 1997 die Vorstellungen für die Zusammenschaltung konkretisiert (Beilagen ./15 bis ./17). Die PTA vertrat zunächst die Auffassung, die Citykom Austria sei zur Nachfrage nach einem Angebot nicht legitimiert. Vertreter der Citykom Austria sprachen daraufhin im Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr bei MR Dr. Stratil vor; dieses Gespräch bestärkte die Vertreter der Citykom Austria in ihrer Auffassung, zur Nachfrage nach einem Zusammenschaltungsangebot berechtigt zu sein. Am 15. 10. 1997 wurde der Citykom Austria durch die PTA (DI Geißler) das Standardzusammenschaltungsangebot der PTA überreicht (Aussage DI Schmolinski, ON 43/3). Am 23. 10. 1997 hat die Citykom Austria dem VAT Vollmacht zur Führung der Zusammenschaltungsverhandlungen erteilt (Aussage DI Schmolinski, ON 43/3, Vollmacht Beilage ./18).

CONNECT AUSTRIA hatte vor Vollmachtserteilung an den VAT keine Verhandlungen mit der PTA geführt; die PTA hat CONNECT AUSTRIA außerhalb der vom VAT geführten Verhandlungen auch kein Zusammenschaltungsangebot übergeben. Am 15. 10. 1997 hat CONNECT AUSTRIA dem VAT Verhandlungsvollmacht erteilt (Beilage ./21).

Am 12. 12. 1997 fand wiederum ein Gespräch statt, an welchem auf Seite des VAT dessen Geschäftsführer Dr. Roithner, Generaldirektor DI Tengg, Dr. Rabensteiner, Ing. Chodasz und Dr. Schönthaler teilnahmen, auf Seite der PTA der gesamte Vorstand, DI Geißler und DI Singer. Im Rahmen dieses Gespräches wurden von der PTA mehrere Angebote unterbreitet, zuletzt ein Angebot, das für die Zusammenschaltung zwischen Festnetzbetreibern für die Gesprächstypen V3 und V4 gestaffelte Entgelte für die Jahre 1998 bis 2000 vorsah. Für 1998 sollten für V3 (single tandem) S 0,45, für V4 (double tandem) S 0,55 verrechnet werden, im Jahr für 1999 für V3 0,32 und für V4 0,42, im Jahr 2000 schließlich für V3 0,24 und für V4 0,34 (Beilage ./III; Antrag S. 7). Zusätzlich wurde noch angeboten, daß im Jahr 2000 die obere EU-Bandbreite zur Anwendung kommen solle, falls diese niedriger als die vorgeschlagenen Werte sei.

Der weitere Ablauf dieses Gespräches ist aus den aufgenommenen Beweisen nicht eindeutig feststellbar. Aus den vorliegenden Unterlagen und den insoweit übereinstimmenden Aussagen der beteiligten Parteien ergibt sich lediglich, daß Verhandlungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte geführt wurden und daß im Verlauf dieser Sitzung seitens der PTA bereits eine Pressemitteilung über eine erfolgte Einigung vorbereitet wurde. Diese Pressemitteilung wurde aber am 12. 12. 1997 weder unterfertigt noch weitergegeben, es wurde dazu einvernehmlich eine Sperrfrist bis Montag, 15. 12. 1997, 15:00 Uhr, festgelegt, bis zu der die VAT-Mitglieder der PTA eine Rückmeldung geben sollten. Ob diese Sperrfrist lediglich dazu dienen sollte, die Mitglieder des VAT bzw. deren jeweilige Gesellschafter zu informieren (Aussage Geißler ON 43/6), oder ob erst die Zustimmung der VAT-Mitglieder einzuholen war (Aussage Schönthaler ON 43/1, Tengg ON 43/4, Rabensteiner ON 43/2, Schriftsatz Antragsteller vom 23. 12. 1997), kann nicht eindeutig festgestellt werden.



Der VAT teilte schließlich am 15. 12. 1997 in einem Fax mit, daß einer Festlegung der Interconnectionstarife auf Basis der am Freitag, 12. 12. 1997 erzielten Gesprächs-ergebnisse nicht zugestimmt werden könne und daß die geplante Veröffentlichung daher nicht möglich sei, daß der VAT aber an weiteren Gesprächen interessiert sei (Fax VAT, Anlage ./6 zum Antrag).

Am 16. 12. 1997 brachte die PTA in einem Schreiben an den VAT ihr Erstaunen über eine Pressemeldung zum Ausdruck, welche basierend auf einer Aussage eines Mitgliedes des VAT dahingehend lautete, daß am 12. 12. 1997 keine Einigung hinsichtlich der Zusammenschaltung erreicht worden sei (Schreiben PTA Beilage ./I).

In der Folge wurden die Gespräche über eine Zusammenschaltungsvereinbarung weitergeführt, die Frage der Entgelthöhe wurde dabei jedoch ausgeklammert; der Vorstand der PTA lehnte weitere Verhandlungen über die Interconnectionpreise definitiv ab, erklärte sich jedoch bereit, auf Basis der von der PTA in der Verhandlungsrunde vom 12. 12. 1997 genannten Entgelte nach Klärung allenfalls auf Expertenebene noch offener (technischer) Fragen einen Vertrag noch im Dezember 1997 abzuschließen (Schreiben PTA Beilage ./I). Hinsichtlich der Entgelte erfolgte mit Antrag vom 23. 12. 1997 (bei der Regulierungsbehörde eingelangt am 29. 12. 1997) die Anrufung der Regulierungsbehörde durch die Antragsteller.

Auch nach Anrufung der Regulierungsbehörde zur Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte sind die Gespräche zwischen den Antragstellern und der PTA über Zusammenschaltungsvereinbarungen fortgeführt worden (Protokolle der Verhandlungen Beilage ./23G bis ./23L). In der Verhandlungsrunde am 23. Jänner 1998 hielt die PTA fest, daß sie über jene Punkte, über die am 12. 12. 1997 Einigkeit erzielt wurde, keine Verhandlungen mehr zu führen bereit sei; dies betraf unter anderem die Reziprozität bei den Preisen. Seitens des VAT wurde dagegen eingewendet, daß es über die Reziprozität am 12. 12. 1997 keine Einigung gegeben habe (VAT-Protokoll Beilage ./23K). Die PTA hat am 10. 2. 1998 einen neuen Entwurf für einen Zusammenschaltungsvertrag vorgelegt, auf dessen Basis die Gespräche fortgeführt werden (ON 44, Aussage Rabensteiner 43/2). Die Parteien gehen davon aus, daß eine Einigung über alle notwendigen Bestandteile einer Zusammenschaltungsvereinbarung, abgesehen von der Festlegung der Entgelthöhe, grundsätzlich möglich ist, zumindest in jenen Punkten, die für eine erste tatsächliche Zusammenschaltung erforderlich sind (Aussage Schmolinski ON 43/3, Schriftsätze ON 23 und 24). Die konkrete Entgelthöhe, wie sie von der Regulierungsbehörde aufgrund der Anrufung festzulegen ist, kann nach Ansicht der Parteien von den anderen, zwischen den Parteien bereits vereinbarten oder noch zu verhandelnden Punkten der Zusammenschaltungsvereinbarung losgelöst betrachtet werden (Aussagen Schmolinski ON 43/3, Rabensteiner ON 43/2).

Im Rahmen der zwischen den Antragstellern und der PTA geführten Verhandlungen ist es am 27. 2. 1998 zu einem Verhandlungsergebnis gekommen, das bis zum 4. 3. 1998 von den Antragstellern zu 2. und 5. paraphiert wurde (ON 73); die Antragsteller zu 1. und 4. haben das Verhandlungsergebnis am 6. 3. 1998 als Basis der noch jeweils mit einem bilateralen besonderen Teil zu versehenden Zusammenschaltungsverträge akzeptiert (Schreiben Dr. Köck ON 78).

Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Teil eines Zusammenschaltungsvertrages, auf dessen Grundlage bilateral vereinbarte besondere Teile weiter verhandelt werden. Im besonderen Teil sind auch die vom Zusammenschaltungspartner der PTA zu erbringenden Zusammenschaltungsdienstleistungen zu regeln. Die Vereinbarung setzt somit voraus, daß auf der Grundlage des allgemeinen Teiles noch eine Einigung über den besonderen Teil zustande kommt, in dem insbesondere die Bestimmungen zu regeln sind, zu denen der jeweilige Zusammenschaltungspartner gegenüber der PTA Zusammenschaltungsdienstleistungen erbringt. Die Vereinbarung enthält Regelungen über die Übergabe des terminierenden Verkehrs des Zusammenschaltungspartners an die PTA ebenso wie von der PTA an den Zusammenschaltungspartner und zum Transit über das PTA-Netz. Die Vertragsdauer ist mit 31. 12. 1998 befristet, wobei die Vertragsparteien bis zum 30. 9. 1998 wechselseitig allfällige Änderungswünsche für die Zeit ab 1. 1. 1999 mitteilen werden. Ausdrücklich festgehalten wird in dieser Vereinbarung, daß es jeder Vertragspartei freisteht, die Regulierungsbehörde für eine Anordnung einer Nachfolgeregelung für die Zeit ab 1. 1. 1999 anzurufen, sofern binnen 6 Wochen ab Einlangen eines begründeten Änderungswunsches keine Einigung erfolgt ist. Im Falle der Anrufung der Regulierungsbehörde bis zum 31. 12. 1998 wird in der Vereinbarung vorgesehen, daß der Zusammenschaltungsvertrag vorläufig weiter angewendet wird, bis ein rechtskräftiger Spruch der Regulierungsbehörde vorliegt; eine solche Neuregelung tritt dann rückwirkend mit 1. 1. 1999 in Kraft (ON 73).

Im Anhang 6 der Vereinbarung wird festgelegt, daß die PTA für den Terminierungssprachverkehr die von der Regulierungsbehörde festgelegten Zusammenschaltungsentgelte verrechnet, ebenso für den Transit, sofern die Regulierungsbehörde darüber eine ausdrückliche Entscheidung trifft. Sollte die Regulierungsbehörde keinerlei inhaltliche Entscheidung treffen, werden einstweilen Durchschnittspreise für einen Gesprächstyp V3 von 0,45 öS/min und für einen Gesprächstyp V4 von 0,55 öS/min verrechnet. Die Festlegung der detaillierten Tarifstruktur unter Zugrundelegung der angegebenen Preise als Durchschnittspreise wird im besonderen Teil bilateral zwischen der PTA und dem jeweiligen Zusammenschaltungspartner geregelt. Die Vereinbarung legt ferner fest, daß der besondere Teil auch die zu vereinbarenden Entgelte – allenfalls eine vereinbarte Reziprozität – für die Zusammenschaltungsleistungen des Zusammenschaltungspartners der PTA zu enthalten hat (Zusammenschaltungsvertrag, Allgemeiner Teil; ON 73).

Eine vollständige Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen einzelnen oder allen Antragstellern einerseits und der PTA andererseits ist - mit Ausnahme des Zusammenschaltungsvertrags zwischen der PTA und max.mobil. vom 21. 8. 1997 - bis zum Zeitpunkt der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission am 9. März 1998 dieser nicht übermittelt worden.

### **2.3 Zum Zusammenschaltungsvertrag mit max.mobil.**

Durch Konzessionsbescheid des BMWVK vom 25. 1. 1996, GZ 101749/IV-JD/96, geändert durch Bescheid des BMWV vom 23. 7. 1997, GZ 101008/IV-JD/97, wurde

dem Antragsteller zu 3. (max.mobil.) das Recht auf Zusammenschaltung mit den Netzen der (damaligen) PTV (Fest- und Mobilnetz) eingeräumt. Gleichzeitig wurde die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte für einzelne Gesprächstypen tageszeitunabhängig festgelegt. Die Vereinbarung tageszeitabhängiger Entgelte wurde der freien Vereinbarung der Parteien überlassen, jedoch der Bedingung unterworfen, daß der aus tageszeitabhängigen Tarifen errechnete Mittelwert den festgelegten Tarifen entsprechen muß. Die festgelegten Entgelte betrafen nur Gespräche aus dem Netz von max.mobil., während Gespräche aus den Netzen der PTV, die im Netz von max.mobil. terminiert werden sollten, "auf Kostenbasis" zu vereinbaren waren (§ 8 der Konzession). § 8 Pkt. 4 des Konzessionsbescheides ordnete an, daß diese Entgelte dem privatrechtlichen Vertrag zwischen Konzessionär und PTV zugrunde zu legen sind und bis längstens 31. 12. 1997 gelten.

Zwischen max.mobil. und der PTA wurde am 21. 8. 1997 ein Zusammenschaltungsvertrag abgeschlossen. Dieser wurde auf unbestimmte Zeit eingegangen und kann unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Quartals gekündigt werden. Die Parteien verzichteten ausdrücklich auf die Ausübung dieses ordentlichen Kündigungsrechts vor Ablauf des Jahres 1997 (Pkt 5). Die Vertragsparteien vereinbarten, alle Streitigkeiten aus dieser Vereinbarung einem für beide Seiten verpflichtenden vorprozessualen Schlichtungsverfahren zu unterwerfen (Pkt 8.) Hinsichtlich der gegenseitigen Zusammenschaltungsentgelte hatten die Parteien folgende Sondervereinbarung geschlossen: "Diese Entgelte gelten bis längstens 31. 12. 1997. Änderungen der Höhe der Entgelte werden seitens der Vertragsparteien rechtzeitig und einvernehmlich unter Beachtung allfälliger Festlegungen der Konzessionsbehörde erfolgen. Nach 1. 1. 1998 gelten, wenn nicht anders vereinbart, die bestehenden Entgelte weiter" (Pkt 3.3.1.) (Zusammenschaltungsvertrag zwischen der PTA und max.mobil., ON 22).

Bei Unterzeichnung der Vereinbarung zwischen max.mobil. und der PTA sind die Vertreter von max.mobil. davon ausgegangen, daß zum 1. 1. 1998 – mit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes – entweder eine neue Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien mit niedrigeren Zusammenschaltungsentgelten zustande komme oder aber daß in Ermangelung einer solchen Einigung eine Entscheidung der Regulierungsbehörde vorliegen werde (Aussage DI Tengg, ON 43/4). max.mobil. hat bereits im September 1997 gegenüber der PTA Unzufriedenheit über die bestehende Preissituation zum Ausdruck gebracht und Verhandlungen über eine Neufestsetzung der Zusammenschaltungsentgelte verlangt; die PTA hat diesbezüglich auch zugesagt, ein neues Angebot zu unterbreiten (Schreiben der PTA, Beilage ./h). Eine ausdrückliche förmliche Kündigung des Vertrages, wie sie in der Vereinbarung vorgesehen ist, ist nicht erfolgt, ebensowenig die Einleitung des Schlichtungsverfahrens nach Punkt 8. der Vereinbarung. Die Zusammenschaltung der Netze von max.mobil. und PTA ist nach dem 31. 12. 1997 weiterhin aufrecht geblieben, die PTA verrechnet auch seit dem 1. 1. 1998 weiterhin die im August 1997 vereinbarten Zusammenschaltungsentgelte, es werden der PTA auch von max.mobil. die Zusammenschaltungsentgelte unverändert in Rechnung gestellt (Aussage DI Geißler, ON 43/6); zu diesbezüglichen Zahlungsströmen ist es aufgrund der Zahlungsziele im Jahr 1998 bis zum 16. 2. 1998 jedoch nicht gekommen (Aussage DI Tengg ON 43/4).

## **2.4 Zum Betreiberstatus der Antragsteller**

### **2.4.1 Citykom Austria**

Citykom Austria stellte am 22. 8. 1997 einen Antrag auf Erteilung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels selbst betriebener fester Telekommunikationsnetze. Die beantragte Konzession wurde von der Telekom-Control-Kommission nach technischer und wirtschaftlicher Prüfung der vorgelegten Unterlagen mit Bescheid vom 17.12.1997 erteilt. Die Konzession ermächtigt die Citykom Austria, ab 1. 1. 1998 öffentliche Sprachtelefonie mittels selbst betriebener fester Telekommunikationsnetze zu erbringen (Konzessionsakt [K 3/97] der Telekom-Control-Kommission). Gesellschafter der Citykom Austria haben aufgrund von Ausnahmegewilligungen nach § 9 FG 1993 im Jahr 1997 Telekommunikationsdienstleistungen an Dritte erbracht, die Ausnahmegewilligungen wurden jedoch nicht an die Citykom Austria übertragen. Citykom Austria hat mit der Erbringung von Telekommunikationsdiensten an Dritte erst im Jahr 1998 begonnen (Aussage DI Schmolinski, ON 43/3).

### **2.4.2 CONNECT AUSTRIA**

CONNECT AUSTRIA stellte am 2. 6. 1997 einen Antrag auf Vergabe einer Konzession zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels Mobilfunk im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (DCS 1800); die Konzession wurde mit Bescheid vom 19. 8. 1997 erteilt (Bescheid des BMWV GZ 101059/IV-JD/97). Der öffentliche Betrieb des Telekommunikationsdienstes wurde bis zum 16. 2. 1998 noch nicht aufgenommen, es wurde lediglich ein interner Testbetrieb durchgeführt (Aussage Zehetner ON 43/5).

### **2.4.3 max.mobil.**

Der max.mobil. Telekommunikation Service GmbH wurde mit Bescheid des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr (Bescheid des BMWV GZ 101008/IV-JD/97) vom 25. Jänner 1996 eine Konzession zur Erbringung eines reservierten Fernmeldedienstes im digitalen zellularen Mobilfunkbereich (GSM) erteilt. Dieser öffentliche Telekommunikationsdienst wird seit 1. 7. 1996 durchgehend betrieben.

### **2.4.4 tele.ring**

Die tele.ring Telekom Service GmbH brachte am 16. 12. 1997 einen Antrag auf Erteilung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels selbst betriebener fester Telekommunikationsnetze ein. Mit Bescheid vom 23. 1. 1998 wurde die beantragte Konzession erteilt (Konzessionsakt K 13/97 der TKC-K). Die Rechte aus den der Österreichischen Elektrizitätswirtschafts-AG und den Österreichischen Bundesbahnen erteilten Ausnahmegewilligungen gemäß § 9 FG 1993 wurden von den genannten Unternehmen der tele.ring überlassen; Telekommunikationsleistungen an Dritte wurden jedoch 1997 noch nicht erbracht, es haben lediglich Probetriebe und Tests stattgefunden (Schreiben tele.ring ON 28, Aussage Dr. Rabensteiner ON 43/2).

### 2.4.5 UTA

Die UTA Telekom AG brachte am 19. 8. 1997 einen Antrag auf Erteilung einer Konzession für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels selbst betriebener fester Telekommunikationsnetze ein; die Konzession wurde am 17. 12. 1997 erteilt (Konzessionsakt K 2/97 der TKC-K).

UTA wurde mit Bescheid des Bundesministeriums für Wissenschaft, Verkehr und Kunst vom 26. Juli 1996, GZ 120252/IV-JD/96 eine Ausnahmebewilligung gemäß § 9 Fernmeldegesetz zur Errichtung und zum Betrieb der Übertragungswege, die zur Verbindung der einzelnen mit Bescheid des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 23. Juli 1996, GZ 103393-JD/96, für die max.mobil.Telekommunikation Service Gesellschaft m.b.H bewilligten Fernmeldeanlagen erforderlich sind, sowie der für die Benutzung dieser Übertragungswege erforderlichen technischen Einrichtungen erteilt.

Weiters wurden den Landesgesellschaften, EVN Energie-Versorgung Niederösterreich AG ("EVN"), Búrgenländische Elektrizitätswirtschafts AG ("BEWAG"), Oberösterreichische Kraftwerke AG ("OKA"), Salzburger AG für Energiewirtschaft ("SAFE"), Steirische Wasserkraft- und Elektrizitäts-AG ("STEWAG"), Tiroler Wasserkraftwerke AG ("TIWAG"), Vorarlberger Kraftwerke AG ("VKW"), Kárlntner Elektrizitäts-AG ("KELAG") und Wiener Stadtwerke ("WIENSTROM"), welche direkte oder indirekte Eigentümer der Vereinigten Telekom Österreich Beteiligungs Ges.m.b.H. ("VTÖB") – ihrerseits 100%-ige Eigentümerin der Antragstellerin zu 5. - sind, mit Bescheid des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr vom 28. Mai 1997 GZ 100 452/IV-JD/97, die Bewilligung erteilt, die ausschließlich für Zwecke des Betriebes errichteten leitungsgebundenen Übertragungswege und fernmeldetechnischen Einrichtungen für die Erbringung von Fernmeldediensten, insbesondere für die Bereitstellung von Übertragungswegen für Dritte, ausgenommen die Erbringung des (damals) reservierten Fernmeldedienstes zu betreiben. Gemäß Punkt 1.4 des Bescheides sind die Landesgesellschaften berechtigt, das Nutzungsrecht an eine Tochtergesellschaft oder sonstige ausschließlich im Telekom-Bereich tätige juristische Person, an denen sie oder eine Tochtergesellschaft beteiligt sind, zu übertragen und von dieser ausüben zu lassen. Eine solche Übertragung erfolgte mit Beschluß des Gesellschafterausschusses der VTÖB per 1. 10. 1997 (Stellungnahme UTA ON 29).

### 2.5 Kosten der PTA im Bereich Zusammenschaltung

Eine Berechnung der Verbindungskosten der PTA auf der Basis einer "top-down Berechnung" zur Feststellung der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) ergibt für den Gesprächstyp V3 einen Betrag von 0,364 öS/min, für den Gesprächstyp V4 von 0,447 öS/min; unter Berücksichtigung eines Aufschlags für gemeinsame und Gemeinkosten ergeben sich Vollkosten in der Höhe von 0,423 öS/min für den Gesprächstyp V3 und 0,519 öS/min für den Gesprächstyp V4. Dieses Ergebnis geht vom bestehenden Netz der PTA aus, die Kosten der Netzelemente wurden mittels aktivitätsorientierter Zurechnung berechnet; zur Errechnung der Kosten für jedes Gespräch wurde von tatsächlich bestehenden Routingtabellen ausgegangen. Offensichtliche Ineffizienzen wurden in dieser Berechnung bereits berücksichtigt.

Ein bottom-up-Ansatz, bei dem die Kosten auf Basis eines modellierten effizienten Netzbetreibers, dessen Netz die gleiche Leistungsfähigkeit wie das Netz des marktbeherrschenden Unternehmens besitzt, berechnet werden, ist kurzfristig nicht realisierbar. Geht man vom Ergebnis der Berechnung aufgrund des top-down-Ansatzes aus und versucht, mögliche weitere Ineffizienzen in den einzelnen Netzelementen aufzudecken, so kommt man zu Ansätzen, die von einem effizienten Betreiber theoretisch bereits heute realisiert werden können. Diese Kosten betragen für den Gesprächstyp V3 auf der Basis von FL-LRAIC 0,220 öS/min und für den Gesprächstyp V4 0,278 öS/min; unter Berücksichtigung eines Aufschlags für die gemeinsamen und Gemeinkosten ergeben sich Vollkosten für den Gesprächstyp V3 in der Höhe von 0,255 öS/min und für den Gesprächstyp V4 in der Höhe von 0,323 öS/min.

Diese Kosten sind ausschließlich Kosten des Kernnetzwerks, Kosten des Zugangsnetzwerks, des Vertriebs und anderer Dienste sind dabei nicht berücksichtigt, ebensowenig ein allfälliger Beitrag zu einem Zugangsdefizit (Access Deficit Contribution). (Gutachten ON 54)

## **2.6 Zur Gestaltung der Tarifstruktur der PTA in der Sprachtelefonie**

Die sogenannte "Tarifreform 1997", mit der die Entgeltbestimmungen für den Fernsprehdienst-Fernsprechananschluß der PTA geändert wurden, wurde mit Bescheid des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr vom 9. Juli 1997, GZ 100905/IV-JD/97 genehmigt. Die Genehmigung der Entgelte erfolgte hinsichtlich der Grundentgelte entsprechend dem Antrag der PTA vom 21. bzw. 24. April 1997. Vom Antrag der PTA wurde nur durch die Auflage eines Price-Cap-Systems für die Verbindungsentgelte abgewichen, dem eine Produktivitätssteigerung von 10% bis Jahr 2000 zugrunde gelegt wurde. Das Price-Cap-System bezieht sich ausschließlich auf die Verbindungsentgelte der Sprachtelefonie (in allen Tarifzonen, in allen Zeitzonen und bei allen Optionaltarifen), nicht aber auf die Anschluß- und Grundgebühr. Die PTA hat seit Genehmigung der Entgelte mit dem Bescheid vom 19. Juli 1997 keinen weiteren Antrag im Sinne des § 18 Abs 6 TKG zur Genehmigung von Entgelten gestellt (Akt BMWV 100905/IV-JD/97; amtsbekannt).

## **2.7 Zu den Kosten effizienter Betreiber in der EU**

In einer Empfehlung der EU-Kommission vom 8.1.1998, KOM(98) 50 endg., werden folgende Entgelte auf Grundlage der "besten gegenwärtigen Praxis" als Obergrenze für die Zusammenschaltungsentgelte ab 1. Jänner 1998 empfohlen:

Für die Einfachtransitzusammenschaltung (entspricht Gesprächstyp V3) eine Untergrenze von umgerechnet 0,124 öS/min und eine Obergrenze von 0,248 öS/min, für Doppeltransitzusammenschaltung (entspricht dem Gesprächstyp V4) eine Untergrenze von 0,207 öS/min und eine Obergrenze von 0,359 öS/min (die Beträge wurden mit einem Wechselkurs von 13,79 öS für 1 ECU umgerechnet). Die zur Festlegung dieser Beträge (benchmarks) angesprochene beste gegenwärtige Praxis bezieht sich auf die Zusammenschaltungsentgelte bei Gesprächsterminierung im Festnetz (Festnetz zu Festnetz) zu Spitzenzeiten, bezogen auf den 1. September 1997, auf der Annahme einer dreiminütigen Gesprächsdauer. Abgaben zum

Ausgleich von Zugangsdefiziten oder von Universaldienstverpflichtungen wurden nicht berücksichtigt. Die genannten Beträge beziehen sich daher auf das Entgelt für die Anrufzustellung als spezifischen Bestandteil der Zusammenschaltungskosten; dies ist nicht notwendigerweise das in den jeweiligen Mitgliedstaaten insgesamt zu zahlende Zusammenschaltungsentgelt. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in Faktoren wie der durchschnittlichen Anschlußdichte, der Arbeitskosten, geologischen Besonderheiten und der zulässigen Kapitalrendite wurden von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften als nicht groß genug angesehen, um der Empfehlung auf der Grundlage der „besten gegenwärtigen Praxis“ ihre Gültigkeit zu nehmen. Die Obergrenze der angegebenen Preisspannen entspricht dem Entgelt, das am 1. 9. 1997 in dem EU-Mitgliedstaat mit den drittniedrigsten Zusammenschaltungsentgelten bestand. Die Untergrenze der angegebenen Preisspannen entspricht dem Entgelt, das am 1. 9. 1997 in dem Mitgliedstaat mit den niedrigsten Kosten galt. Eine auf aktuellen Stand gebrachte Übersicht über die Zusammenschaltungsentgelte, welche von der Europäischen Kommission am 15. Jänner 1998 veröffentlicht wurde (ONPCOM98-03) ergibt, daß die für die Bestimmung der Preisspannen maßgeblichen Entgelte sich bis zum Jänner 1998 nicht weiter verändert haben.

### **3 Beweiswürdigung**

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln. Der Ablauf der Verhandlungen zwischen dem VAT und der PTA, insbesondere hinsichtlich der Verhandlungsrunde am 12. 12. 1997, wurde von den beteiligten Parteien sehr unterschiedlich dargestellt. Der Inhalt des Telefax des VAT vom 15. 12. 1997 und des Briefes von Dr. Ditz an den Präsidenten des VAT vom 16. 12. 1997 steht jedoch außer Streit.

Die marktbeherrschende Stellung der PTA in der Sprachtelefonie über ein festes Netz ist amtsbekannt und unstrittig, ebenso der Inhalt des Standardzusammenschaltungsangebotes der PTA vom Juli 1997.

Die Darlegung der Kosten der PTA ergibt sich aus dem schlüssigen und widerspruchsfreien Gutachten der Telekom-Control GmbH (Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Roland Belfin); die gegen das Gutachten vorgebrachten Einwände der Antragsteller beziehen sich vor allem darauf, daß das Ergebnis der Prüfung einem Plausibilitätstest gegenüber den Ergebnissen des Benchmarking-Verfahrens nicht standhalte. Die Kritik betrifft im wesentlichen Fragen der Beurteilung des Ergebnisses und der diesbezüglichen rechtlichen Situation, kann jedoch die Stichhaltigkeit der Ergebnisse nicht erschüttern. Auch der von den Antragstellern vorgebrachte Einwand, daß eine allfällige Access Deficit Contribution nicht klar ausgewiesen sei, geht ins Leere; aus dem Gutachten ergibt sich eindeutig, daß ausschließlich die Verbindungskosten berücksichtigt wurden.

## **4 Rechtliche Beurteilung**

### **4.1 Zur Antragslegitimation**

#### **4.1.1 Nachfrage**

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.

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

Die Nachfrage nach einem Zusammenschaltungsangebot erfolgte durch die Antragsteller zu 3., 4. und 5. (deren Berechtigung zur Anrufung der Regulierungsbehörde von der PTA aus anderen Gründen bestritten wird) unstrittig am 29. September 1997, schriftlich und unter ausdrücklichem Hinweis auf die relevante Gesetzesstelle des TKG.

Hinsichtlich der Antragsteller zu 1. und 2. bestreitet die PTA das Vorliegen einer Nachfrage im Sinne des § 41 Abs 1 TKG. Da die bloße Erweiterung des Verhandlungsmandats des VAT auf die Antragsteller zu 1. und 2. keine formelle Nachfrage darstelle, fehle es an einer unabdingbaren Voraussetzung für die Anrufbarkeit der Regulierungsbehörde.

§ 41 Abs 1 TKG enthält keine Formvorschriften, die eine Nachfrage zu genügen hat; auch aus der Wortfolge "Einlangen der Nachfrage" in § 41 Abs 2 TKG bzw. nunmehr auch "Einlangen des Begehrens auf Zusammenschaltung" in § 7 Abs 1 ZusammenschaltungsV BGBl II 1998/14, ist eine Formvorschrift im Sinne eines Schriftlichkeitsgebotes oder eines besonderen Bezeichnungserfordernisses nicht abzuleiten. Die Nachfrage im Sinne des § 41 Abs 1 TKG ist die privatrechtliche empfangsbedürftige Willenserklärung eines Netzbetreibers, in Verhandlungen mit einem anderen Netzbetreiber eintreten zu wollen, um eine Zusammenschaltungsvereinbarung auszuhandeln.

Während der monopolistische Anbieter - der die PTA im Bereich der Zusammenschaltung für den im Festnetz terminierenden Gesprächsverkehr derzeit noch ist - schon nach allgemeinen zivil- und kartellrechtlichen Grundsätzen verpflichtet ist, zu angemessenen Bedingungen nichtdiskriminierend zu kontrahieren (vgl zB OGH 25. 2. 1988, RdW 1988, 350; SZ 59/49; SZ 52/52; F. Bydlinski, AcP 180 [1980], 1), wird dieser Kontrahierungszwang durch das TKG und die ZusammenschaltungsV für marktbeherrschende Betreiber von Telekommunikations-



netzen noch konkretisiert und erweitert. Neben der Verpflichtung zur Transparenz und Kostenorientierung für die Zusammenschaltungsentgelte wird der marktbeherrschende Anbieter (aber nicht nur dieser) insbesondere auch verpflichtet, bei entsprechender Nachfrage ein Angebot abzugeben und dabei - bzw. in den darüber zu führenden Verhandlungen - das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Wenngleich diese Verpflichtungen in einer verwaltungsrechtlichen Norm angeordnet werden, handelt es sich bei den im Sinne des § 41 TKG (der unter der Überschrift "Verhandlungspflicht" steht) zu führenden Verhandlungen um solche rein privatrechtlicher Natur; die dabei abgegebenen Willenserklärungen sind ebenso nach privatrechtlichen Kriterien zu beurteilen wie die getroffenen Zusammenschaltungsvereinbarungen.

Für die Beurteilung des Verhaltens der Antragsteller zu 1. und 2. im Lichte des § 41 Abs 1 TKG ist es daher erforderlich, auf den Horizont des redlichen Erklärungsempfängers abzustellen. Der PTA ist zuzugestehen, daß eine Nachfrage auf Zusammenschaltung im Sinne des § 41 Abs 1 TKG von informellen Vorgesprächen bzw. von unverbindlicher Vorkorrespondenz unterschieden werden muß. Das Einholen von Erkundigungen über allgemeine Bedingungen der Zusammenschaltung, die Information über unternehmensinterne Ansprechpartner oder eine Sondierung technischer Möglichkeiten wird nicht als Nachfrage im Sinne des § 41 Abs 1 TKG anzusehen sein. Ebenso wenig ist die bloße Beteiligung an Verhandlungen, die andere Netzbetreiber mit dem marktbeherrschenden Unternehmen begonnen haben, für sich bereits als Nachfrage auf Zusammenschaltung zu beurteilen. Hingegen findet die Auffassung der PTA, daß eine "formelle Nachfrage" (unter der offenbar eine ausdrücklich als solche bezeichnete schriftliche Nachfrage verstanden wird) erforderlich sei, im Gesetz keine Deckung. Die Nachfrage kann grundsätzlich formfrei und sowohl ausdrücklich als auch schlüssig erfolgen. Die Annahme einer schlüssigen Nachfrage setzt freilich voraus, daß im Sinne des § 863 ABGB kein vernünftiger Grund zum Zweifel am Erklärungsinhalt bestehen konnte; dabei ist im konkreten Fall besonders auch darauf Bedacht zu nehmen, daß die Nachfrage im Sinne des § 41 Abs 1 TKG auch Pflichten für den Nachfragenden auslöst und daher auch der entsprechende Rechtsfolgewille für den Erklärungsempfänger unzweifelhaft sein muß.

Seitens der Citykom Austria wurde noch vor dem Beitritt zum VAT das Gespräch mit der PTA auf der Ebene des zum damaligen Zeitpunkt für Zusammenschaltungsfragen verantwortlichen Mitarbeiters der PTA gesucht und geführt. Von der PTA wurde - im Hinblick auf die Frage, ob die Citykom Austria bereits als Betreiber anzusehen sei - die Berechtigung zur Nachfrage bestritten; schließlich wurde aber dennoch das Standardzusammenschaltungsangebot übergeben. Gerade die Bestreitung der Nachfrageberechtigung zeigt, daß seitens der PTA das Gespräch mit den Vertretern der Citykom Austria nicht bloß als "informelles Vorgespräch" betrachtet wurde, sondern als ernsthafte Nachfrage, sodaß schließlich auch ein Angebot - wenn auch bloß das Standardzusammenschaltungsangebot - übergeben wurde. Die von der Citykom Austria der PTA auch schriftlich übermittelten Fragen betrafen Detailspekte der Zusammenschaltung, die ein ernsthaftes und konkretes Interesse an der Zusammenschaltung bzw. an einem konkreten Anbot der PTA zum Ausdruck bringen. Das schließlich übergebene Standardzusammenschaltungsangebot, das auch den Antragstellern zu 3., 4. und 5. vor deren formeller Nachfrage

übergeben worden war, wurde nur rund eine Woche vor dem geplanten Beginn der Verhandlungen zwischen dem VAT und der PTA übergeben, die Vollmachtserteilung an den VAT, auch wenn sie der PTA nur mündlich mitgeteilt wurde, und die Teilnahme von Vertretern der Citykom Austria an den Verhandlungen mit der PTA war unter diesen Umständen nur als Fortführung der mit einer Nachfrage der Citykom Austria und der darauffolgenden Übergabe des Standardzusammenschaltungsangebotes durch die PTA begonnenen Verhandlungen zu verstehen. Es lag daher seitens der Citykom Austria eine Nachfrage auf Zusammenschaltung im Sinne des § 41 Abs 1 TKG vor.

Anders stellt sich die Situation hinsichtlich der CONNECT AUSTRIA dar. Vor der Vollmachtserteilung an den VAT wurden seitens der CONNECT AUSTRIA keine Verhandlungen mit der PTA geführt. Eine vorangegangene mündliche Nachfrage nach einem Zusammenschaltungsangebot wurde vom Antragsteller zu 2. nicht behauptet und konnte auch nicht festgestellt werden, auch hat die PTA kein Angebot gegenüber der CONNECT AUSTRIA abgegeben. Die Mitteilung des VAT über die Vollmachtserteilung durch die CONNECT AUSTRIA im Zuge einer Verhandlungsrunde am 6. 11. 1997 war unter diesen Umständen nicht zweifelsfrei als Nachfrage eines Zusammenschaltungsangebotes zu verstehen, zumal im Unterschied zur Situation hinsichtlich der Citykom Austria keine Vorgeschichte von Kontakten bestanden hat, die in diesem Rahmen fortzuführen gewesen wären. Aus der Sicht der PTA konnten durchaus Zweifel bestehen, ob die Beteiligung der CONNECT AUSTRIA an den Verhandlungsrunden nicht bloß darauf gerichtet war, bereits vor Eintritt in formelle Verhandlungen über einen eigenen Zusammenschaltungsvertrag die Entwicklungen in den Verhandlungen anderer Netzbetreiber zu unterstützen, zumal diese Verhandlungsergebnisse jedenfalls über das Nichtdiskriminierungsgebot nach § 34 Abs 1 TKG auch für die CONNECT AUSTRIA von Bedeutung sein können.

Da sich der VAT zudem klar dahingehend positioniert hatte, daß der Abschluß der Verträge jedenfalls bilateral zu erfolgen habe, war offenbar auch die Klärung des genauen Vollmachtsumfanges des VAT nicht als erforderlich angesehen worden. Eine konkrete Nachfrage eines Zusammenschaltungsangebotes durch die CONNECT AUSTRIA läßt sich aus der bloßen Verhandlungsbeteiligung über "allgemeine Bestimmungen" einer erst bilateral weiterzuverhandelnden Zusammenschaltungsvereinbarung nicht ableiten. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die PTA allenfalls bereit gewesen sein mag, eine Vereinbarung mit allen VAT-Mitgliedern zu treffen; es steht der PTA selbstverständlich frei, auch ohne konkrete Nachfrage ein Anbot abzugeben bzw. den Beitritt zu einer mit anderen Zusammenschaltungswerbern ausverhandelten Vereinbarung – gewissermaßen im Sinne einer Standardzusammenschaltungsvereinbarung – auch anderen Netzbetreibern zu öffnen, ist sie dazu doch im Anwendungsbereich des § 34 TKG bei Vorliegen vergleichbarer Umstände sogar verpflichtet.

Die Anträge der CONNECT AUSTRIA waren daher zurückzuweisen, da es an der Voraussetzung einer Nachfrage auf Zusammenschaltung im Sinne des § 41 Abs 1 TKG mangelt.

#### 4.1.2 Betreiberstellung

Die PTA brachte hinsichtlich der Antragsteller zu 1., 2., 4. und 5. vor, daß diese zur Antragstellung (unter anderem) deshalb nicht legitimiert gewesen seien, da sie zum Zeitpunkt der Nachfrage nach einem Angebot auf Zusammenschaltung noch nicht Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes gewesen seien. Hinsichtlich der Antragsteller zu 1., 4. und 5. brachte die PTA des weiteren vor, daß ein rechtmäßiger Betrieb erst mit Konzessionserteilung - und somit jedenfalls erst nach der im September 1997 erfolgten Nachfrage nach einem Angebot auf Zusammenschaltung - aufgenommen werden könne. Die Voraussetzungen für die Nachfrage und den Beginn des Fristenlaufs wären daher hinsichtlich dieser Antragsteller nicht gegeben gewesen.

Die im Gesetz festgelegte Verhandlungspflicht besteht nur zwischen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze. Unter einem öffentlichen Telekommunikationsnetz versteht das TKG "die Telekommunikationsinfrastruktur, mit der Signale zwischen definierten Netzabschlußpunkten ... übertragen werden und die unter anderem für die Erbringung öffentlicher Telekommunikationsdienste genutzt wird" (§ 3 Z 9 TKG). "Betreiben" bedeutet nach dem Wortlaut des Gesetzes "das Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Telekommunikationsdienstes notwendig sind" (§ 3 Z 1 TKG).

Gemäß § 14 Abs 1 TKG bedarf das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze, gemäß § 14 Abs 2 TKG das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes einer Konzession. Das Betreiben eines Telekommunikationsnetzes hingegen ist nicht konzessionspflichtig. Das Vorliegen einer Konzession zur Erbringung des Sprachtelefondienstes (im Mobil- oder Festnetz) wird daher in aller Regel das Betreiben eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes indizieren, ist jedoch nicht umgekehrt als notwendige Voraussetzung dafür anzusehen. Die Betreiberstellung im Sinne des § 41 Abs 1 TKG bezieht sich auf das Telekommunikationsnetz und nicht auf das Erbringen eines bestimmten (gegebenenfalls konzessionspflichtigen) Dienstes.

Wesentliches Regulierungsziel des TKG ist es, einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen und den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern (§ 32 Abs 1 Z 1 und 2 TKG). Für einen neuen Anbieter im Bereich der Sprachtelefonie im Festnetz ist die Möglichkeit, sein Netz mit jenem der PTA zusammenzuschalten, eine Grundvoraussetzung, um die Sprachtelefonie überhaupt sinnvoll erbringen zu können. Die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmers zur Zusammenschaltung und die in § 41 TKG vorgesehene Verhandlungspflicht setzt voraus, daß Zusammenschaltungsvereinbarungen getroffen werden können (und müssen), selbst wenn der neue Anbieter den von ihm anzubietenden Dienst noch nicht aktuell erbringt. Das in den Verhandlungen der Zusammenschaltungspartner anzustrebende Ziel, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen, kann am besten dadurch gefördert werden, daß die Zusammenschaltung bereits mit Beginn der Betriebsaufnahme des neuen Anbieters erfolgt. Unter Zugrundelegung der Gesetzes- bzw. Regulierungsziele (§§ 1 und 32 TKG) ist der Begriff des Betreibers im Sinne des § 41 TKG daher weit auszulegen;

die tatsächliche Aufnahme eines öffentlichen Telekommunikationsdienstes über das selbst betriebene Telekommunikationsnetz (das bei wörtlicher Auslegung des § 3 Z 9 TKG erst durch einen öffentlichen Telekommunikationsdienst zum öffentlichen Telekommunikationsnetz würde) ist daher keine Voraussetzung für eine Nachfrage auf Zusammenschaltung.

Die Qualifikation als Betreiber wird der Nachfragende im Zweifel dem Unternehmer, mit dessen Netz er Zusammenschaltung begehrt, nachzuweisen haben. Im Sinne einer am Gesetzeszweck orientierten Auslegung des Betreiberbegriffes wird bei Vorliegen einer Konzession oder einer entsprechenden Ausnahmegewilligung (nach § 9 FG 1993 oder § 4 TKG) in der Regel – sofern die geschäftsplanmäßige Erbringung des Dienstes nicht aufgrund besonderer Umstände konkret in Frage gestellt wäre - die Berechtigung zur Nachfrage unzweifelhaft sein. Die bloße Erklärung, eine Konzession beantragen zu wollen oder auch das Einbringen eines Konzessionsantrages reicht jedoch für sich genommen nicht aus, Betreiberstellung zu begründen.

Im Hinblick auf die Antragsteller zu 1., 4. und 5. ist besonders zu berücksichtigen, daß die mit dem TKG entsprechend der europarechtlichen Rahmenbedingungen vorgenommene Liberalisierung des Sprachtelefondienstes im Festnetz mit 1. Jänner 1998 wirksam werden sollte. Angesichts der knappen Zeit zwischen der Veröffentlichung des Gesetzes am 19. 8. 1997 und der Marktöffnung am 1. 1. 1998 wäre es den Antragstellern kaum möglich gewesen, die gesellschaftsrechtlichen und konzessionsrechtlichen Voraussetzungen so rechtzeitig zu schaffen, daß bei Verhandlungsbeginn über die Zusammenschaltung erst nach Konzessionserteilung eine Einigung noch vor dem 1. Jänner 1998 zu erzielen gewesen wäre.

Bei den Antragstellern zu 1., 4. und 5. handelt es sich um (mittelbare) Töchter von Unternehmen aus dem Energie- und Verkehrssektor, von denen einige selbst über Ausnahmegewilligungen nach § 9 FG 1993 verfügen. Die finanziellen und technischen wie auch organisatorischen Rahmenbedingungen seitens der (mittelbaren) Mutterunternehmen ließen es offenbar auch für die PTA nie zweifelhaft erscheinen, daß es sich bei den Antragstellern zu 1., 4. und 5. um Unternehmen handelte, bei denen die Voraussetzungen für eine Konzessionserteilung im Sinne des § 15 Abs 2 TKG gegeben sein würden und die auch ernstlich den Aufbau eines selbst betriebenen öffentlichen Telekommunikationsnetzes vorantreiben würden.

Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit die angeführten Umstände für sich bereits ausgereicht hätten, die Antragsteller zu 1., 4. und 5. als Betreiber im Sinne des § 41 Abs 1 TKG zu qualifizieren. Es steht jedoch fest, daß die PTA die schriftliche Nachfrage der Antragsteller zu 4. und 5. vom 29.9.1997 zum Anlaß für formelle Verhandlungen genommen hat und daß auch der Antragsteller zu 1. nach seiner Nachfrage in die Verhandlungen materiell einbezogen wurde. Die PTA wies noch im Schreiben vom 16. 12. 1997 darauf hin, daß einem Vertragsschluß (mit den Antragstellern) zu den von der PTA vorgeschlagenen Entgelten nichts im Wege stehe. Es stand sohin für die PTA außer Zweifel, daß mit den Antragstellern eine Zusammenschaltungsvereinbarung im Sinne des § 41 TKG - die begrifflich Betreiberstellung der Vertragspartner voraussetzt - abgeschlossen werden kann. Die PTA hat das Angebot zum Vertragsabschluß insbesondere auch der Citykom Austria

unterbreitet, deren Nachfrage ursprünglich unter Hinweis auf mangelnde Betreiberstellung zurückgewiesen worden war.

Wenn die PTA nunmehr die Auffassung vertritt, die Antragsteller zu 1., 4. und 5. wären keine Betreiber im Sinne des § 41 TKG, so steht dies im Widerspruch zu den von ihr vor der Anrufung der Regulierungsbehörde vertretenen Positionen. Nach Treu und Glauben hätten die unter der besonderen Pflicht des § 41 Abs 1 Satz 2 TKG stehenden Verhandlungspartner einander derartige Abschlußhindernisse rechtzeitig mitteilen müssen, hätte dies doch den betroffenen Parteien die Möglichkeit gegeben, allenfalls fehlende Nachweise zu erbringen oder bestimmten formalen Erfordernissen Rechnung zu tragen. Die Antragsteller konnten dementsprechend davon ausgehen, daß die Betreiberstellung außer Streit stehe; die Bestreitung der Antragsberechtigung aus dem Grund mangelnder Betreiberstellung (zum Zeitpunkt des Beginns der Verhandlungen bzw. bei Anrufung der Regulierungsbehörde) durch die PTA ist allenfalls als rechtsmißbräuchlich zu beurteilen und nicht zu berücksichtigen.

Wohl aber hat die Regulierungsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Zusammenschaltungsentgelte die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung zu prüfen; dazu gehört auch die Betreiberstellung, da eine Anordnung der Netzzusammenschaltung oder die Festlegung von Bedingungen für die Netzzusammenschaltung im Streitfall die aufrechte Stellung der Antragsteller als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes voraussetzt. Diese Stellung ist bei allen Antragstellern zum Zeitpunkt der Entscheidung durch die Regulierungsbehörde im Sinne der obigen Ausführungen schon durch die aufrechten Konzessionen zur Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes über ein selbst betriebenes Telekommunikationsnetz gegeben, selbst wenn der tatsächliche öffentliche Betrieb des Telekommunikationsdienstes noch nicht aufgenommen sein mag, zumal an der ernstlichen Absicht, in naher Zukunft mit dem Betrieb zu beginnen, kein Zweifel besteht und dazu bereits konkrete Vorbereitungshandlungen gesetzt werden.

#### **4.1.3 Nichteinigung**

Die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Bedingungen für die Zusammenschaltung ist gegenüber den privatautonom geführten Verhandlungen der Zusammenschaltungspartner subsidiär. Zwar gibt das Gesetz der Regulierungsbehörde weitreichende Befugnisse zur inhaltlichen Ausgestaltung der Anordnung und zur Durchsetzung einer getroffenen Entscheidung zur Hand; sieht man von den Eingriffsmöglichkeiten im Falle unzulässiger Diskriminierungen ab, enden diese Befugnisse jedoch dort, wo die Zusammenschaltungspartner selbst Einigkeit über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten aus der Zusammenschaltung herstellen können.

Im Verfahren hat die PTA vorgebracht, daß bereits anläßlich der Verhandlungsrunde auf Vorstandsebene am 12. Dezember 1997 Einigkeit über die Zusammenschaltungsentgelte erzielt worden sei. Im Zuge der Sachverhaltsfeststellung war angesichts der widersprüchlichen Aussagen der Beteiligten und der das Verhandlungsgeschehen nur mittelbar dokumentierenden schriftlichen Unterlagen eine eindeutige Feststellung des Verhandlungsablaufs und des allfälligen

Verhandlungsergebnisses nicht möglich. Für einen wirksamen Vertragsschluß reicht es zwar aus, wenn über die essentialia negotii Willensübereinstimmung besteht; sofern jedoch auch über Detailfragen abseits der Hauptpunkte des Vertrages bereits verhandelt und über diese noch keine Einigkeit hergestellt wurde, wird man aber im Zweifel annehmen müssen, daß auch die Zustimmung zu den Hauptpunkten des Vertrages noch unter der aufschiebenden Bedingung der Einigung auch über die anderen Vertragspunkte steht.

Im vorliegenden Fall ging aber auch die PTA, die eine Einigung am 12. Dezember 1997 behauptet, in ihrem Schreiben vom 16. Dezember 1997 an den VAT davon aus, daß "auf Expertenebene" noch offene Fragen bestehen könnten. Selbst wenn man eine unbedingte Einigung über die Zusammenschaltungsentgelte am 12. 12. 1997 annehmen würde, hat die PTA in der Folge nicht auf der tatsächlichen Umsetzung dieser Einigung bestanden, sondern die Erklärung des VAT vom 15. 12. 1997 hingenommen, obgleich diese Erklärung - wenn man von einer tatsächlich wirksam zustandegekommenen Vereinbarung am 12. 12. 1997 ausgeht - nur als vorzeitige, ohne wichtigen Grund und damit grundsätzlich unwirksam erfolgte Auflösungserklärung der für drei Jahre abgeschlossenen Vereinbarung anzusehen gewesen wäre. Auch aus dem Verhalten der PTA nach Erhalt der Erklärung des VAT ergibt sich somit kein hinreichender Anhaltspunkt, eine tatsächlich erfolgte Einigung - die die Anrufung der Regulierungsbehörde verhindert hätte - anzunehmen. Darüberhinaus hat die PTA bei ihrer Anhörung erklärt, sich auf eine am 12. 12. 1997 erzielte Einigung mit den Antragstellern im vorliegenden Zusammenhang nicht zu berufen.

#### **4.1.4 Aufrechte vertragliche Vereinbarung mit max.mobil.**

Der Antragsteller zu 3. (max.mobil.) hat mit der PTA einen schriftlichen Zusammenschaltungsvertrag abgeschlossen. Mit Ausnahme der im Vertrag vorgesehenen Zusammenschaltungsentgelte ist die über den 1. 1. 1998 hinaus fortdauernde Geltung der Vertragsbestimmungen zwischen PTA und max.mobil. unstrittig. Tatsächlich wurden auch nach dem 1. 1. 1998 laufend Zusammenschaltungsleistungen zwischen PTA und max.mobil. erbracht. Max.mobil. führt im Antrag aus, daß die Zusammenschaltungsentgelte mit 31. 12. 1997 befristet wären und daß ab 1. 1. 1998 neu verhandelte Entgelte zur Anwendung kommen sollten. Es kann somit keinem Zweifel unterliegen, daß zwischen der PTA und max.mobil. zwar Verhandlungen über eine Änderung der im Zusammenschaltungsvertrag festgelegten Entgelte geführt wurden (Aussagen DI Tengg ON 43/4 und DI Geißler ON 43/6) und daß sich auch die PTA verpflichtet sah, max.mobil. ein neues Angebot für Zusammenschaltungsentgelte zu unterbreiten (Schreiben PTA, Anlage 3 zu ON 61).

Ebenso wie im Verhältnis der anderen Antragsteller zur PTA ist auch zwischen dem Antragsteller zu 3. (max.mobil.) und der PTA am 12. 12. 1997 keine Einigung zustandegekommen; seitens max.mobil. wurde eine derartige Einigung dezidiert abgelehnt (Aussage DI Tengg, ON 43/4). Damit sind zwar die im Vertrag vorgesehenen Verhandlungen über eine Neufestsetzung der Entgelte ergebnislos verlaufen, die Zusammenschaltungsvereinbarung enthält jedoch gerade für diesen Fall die ausdrückliche Bestimmung, daß nach dem 1. 1. 1998, wenn nicht anders vereinbart, die bestehenden Entgelte weiter gelten sollen. Von einer Vertragslücke

oder einem vertragslosen Zustand kann daher angesichts des klaren vertraglichen Wortlauts im Hinblick auf die Zusammenschaltungsentgelte zwischen max.mobil. und der PTA nicht gesprochen werden. Auch die Bestimmung, wonach Änderungen der Höhe der Entgelte seitens der Vertragsparteien rechtzeitig und einvernehmlich "unter Beachtung allfälliger Festlegungen der Konzessionsbehörde" erfolgen würden, kann nicht dahingehend verstanden werden, daß damit den Vertragsparteien bei aufrehtem Vertragsverhältnis einseitig die Anrufung der Regulierungsbehörde eröffnet werde, sofern nicht tatsächlich eine Festlegung der Regulierungsbehörde eine Vertragsanpassung erfordert, über die im Verhandlungsweg keine Einigung erzielt werden kann.

In diesem Zusammenhang bedarf es auch nicht einer Berufung auf das im Punkt 8 der Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen max.mobil. und der PTA vorgesehene Schlichtungsverfahren, auf dessen Nichteinleitung sich die PTA auch stützt. Diese materiell als Schiedsklausel anzusehende Vereinbarung betrifft (unter anderem) Streitigkeiten über die Änderung der Zusammenschaltungsvereinbarung, kann jedoch nicht dahingehend verstanden werden, daß im Falle der Nichteinigung über eine grundsätzlich im Bereich der freien Parteiendisposition liegende Änderung des Vertrages ein Schiedsspruch die auf dem Verhandlungsweg nicht zustande gekommene Einigung ersetzen könnte. Soweit eine zwingende Zuständigkeit der Regulierungsbehörde im Falle der Nichteinigung gegeben ist, könnte diese auch nicht durch eine Schiedsklausel abbedungen werden.

Zum Zeitpunkt der Vertragserstellung und -unterzeichnung war das TKG bereits in Kraft und den Vertretern von PTA und max.mobil. bekannt; es wäre daher möglich gewesen und sicher nahegelegen, bei der Vertragserrichtung auf die Möglichkeiten der Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Rahmen eines Verfahrens nach dem TKG einzugehen, wenn dies gewollt gewesen wäre (wie dies etwa nun auch in den allgemeinen Bestimmungen für Zusammenschaltungsverträge, die zwischen der PTA und dem VAT verhandelt wurden, vorgesehen ist). Gerade dies ist jedoch nicht geschehen.

Der Antragsteller zu 3. vertritt nun die Ansicht, daß das TKG so zu verstehen sei, daß auch bei Nichteinigung über einzelne Vertragspunkte selbst bei bestehendem Vertrag (der die übrigen Vertragspunkte regelt) eine Anrufung der Regulierungsbehörde zulässig sei, zumindest wenn der Vertrag ausdrücklich eine Neuverhandlungspflicht der strittigen Vertragspunkte vorsieht. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, wonach auch dem Antragsteller zu 3. für andere Netzbetreiber geltende niedrigere Zusammenschaltungsentgelte nicht vorenthalten werden dürften (Antrag 29. 12. 1997, S 11). Sollte ein Eingriff der Regulierungsbehörde im Falle der Nichteinigung der Parteien über eine von einer Partei gewünschte Änderung nicht möglich sein, wäre der Antragsteller zu 3. gezwungen, den Gesamtvertrag mit der PTA für die Dauer eines Verfahrens vor der Regulierungsbehörde vollständig zu kündigen, mit allen daran geknüpften, vor allem kaufmännischen Nachteilen, (Gegenäußerung vom 23. 1. 1998, ON 11, S. 5). Die Regulierungsbehörde dürfe sich nicht selbst die Kompetenz absprechen, bestehende unvollständige und daher nicht durchführbare Zusammenschaltungsvereinbarungen zu ergänzen (Gegenäußerung vom 10. 2. 1998 ON 32 S. 3).

Diese Argumentation übersieht, daß im vorliegenden Fall von einer unvollständigen Vereinbarung keine Rede sein kann. Die Parteien haben für den Fall der Nichteinigung über eine von einer Vertragspartei gewünschte Änderung selbst eine klare Regelung getroffen, die ein Fortbestehen des - gesamten - Vertrages ermöglicht. Würde hingegen eine wesentliche Vertragsklausel (etwa im Sinne der Anlage gemäß § 6 ZusammenschaltungsV) tatsächlich wegfallen, sodaß der Vertrag unvollständig würde, so wäre die Anrufbarkeit der Regulierungsbehörde mangels Einigung (sowie bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) eröffnet.

Die Ausführungen des Antragstellers zu 3. hinsichtlich der kaufmännischen Konsequenzen vermögen die rechtliche Position ebensowenig zu stützen. Die Regulierungsbehörde schätzt die wirtschaftliche Bedeutung der Zusammenschaltungsvereinbarung und besonders die möglichen Folgen einer Aufkündigung keineswegs gering; gerade diese besondere wirtschaftliche Bedeutung hätte es jedoch nahegelegt, bei der Verfassung des Vertragstextes in den zentralen Vertragsbestimmungen mit besonderer Sorgfalt vorzugehen. Soll dem Zusammenschaltungspartner - unabhängig von den allfälligen Auswirkungen des zu Lasten des marktbeherrschenden Anbieters in § 34 Abs 1 TKG festgelegten Nichtdiskriminierungsgebots - die Möglichkeit eröffnet werden, auch ohne Kündigung des gesamten Zusammenschaltungsvertrages in angemessener Zeit nach Inkrafttreten des Vertrages Verhandlungen über eine Neufestlegung bestimmter Bedingungen zu verlangen und im Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen die Regulierungsbehörde anzurufen, so könnte dies in einer entsprechenden Klausel, die diesen Grundsatz auch klar zum Ausdruck bringt, festgelegt werden. Verweigert ein marktbeherrschender Anbieter die Aufnahme einer derartigen Klausel in den Vertrag, so könnte darüber eine Entscheidung der Regulierungsbehörde nach § 41 TKG herbeigeführt werden, bzw. könnte in der Weigerung (auch) eine mißbräuchliche Anwendung der Marktmacht im Sinne des § 34 Abs 3 TKG zu sehen sein.

Haben die Vertragspartner keine "Öffnungsklausel" für das Tätigwerden der Regulierungsbehörde vereinbart, so bleibt ihnen tatsächlich bloß die Kündigung des Vertrages, um - im Falle der Nichteinigung über die Bedingungen der Fortführung bzw. des Neuabschlusses - nach Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes und Ablauf einer sechswöchigen Verhandlungsfrist gegebenenfalls die Regulierungsbehörde anzurufen. Zieht man in Betracht, daß im konkreten Fall eine halbjährige Kündigungsfrist vereinbart war, wäre dies dem Antragsteller zu 3. auch wirtschaftlich zumutbar gewesen, zumal die Anrufung der Regulierungsbehörde mit dem Antrag, die Entgelte ab Wirksamwerden der Kündigung festzulegen, damit frühestens sechs Wochen nach Ausspruch der Kündigung - und somit noch wesentlich vor deren Wirksamwerden - möglich gewesen wäre. Angesichts der den marktbeherrschenden Unternehmer treffenden Verpflichtung zur nichtdiskriminierenden Gewährung von Netzzugang und der bereits aufgrund der Zusammenschaltvereinbarung vorgenommenen tatsächlichen Zusammenschaltung wäre die Kündigung der Zusammenschaltvereinbarung und die Antragstellung bei der Regulierungsbehörde auch nicht - wie dies in der Aussage von DI Tengg (ON 43/4) nahegelegt wird - ein unvertretbares wirtschaftliches Wagnis.

Zu Recht weist allerdings der Antragsteller zu 3. darauf hin - und insofern unterliegt die PTA einem Irrtum -, daß es der Regulierungsbehörde zur Erfüllung ihrer



Aufgaben als Hüterin eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den nationalen Telekommunikationsmärkten möglich sein muß, auch in bestehende Zusammenschaltungsvereinbarungen einzugreifen. Vor allem um der den Marktbeherrscher treffenden Verpflichtung zur Kostenorientiertheit der von ihm angebotenen Zusammenschaltungsentgelte und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot zum Durchbruch zu verhelfen, kann die Regulierungsbehörde von Amts wegen (gegebenenfalls auf Anregung) auch in bestehende Zusammenschaltungsvereinbarungen eingreifen. Diesbezügliche Rechte der nationalen Regulierungsbehörde sieht etwa Art 7 Abs 2 und 3 der Richtlinie 97/33/EG ausdrücklich vor; das TKG ermöglicht entsprechende Eingriffe etwa nach § 34 Abs 3 oder § 83 Abs 3 TKG. Der Eingriff in einen Vertrag - der schon begrifflich einen aufrechten Vertrag voraussetzt - ist jedoch von der Situation im Verfahren nach § 41 TKG, das gerade die Nichteinigung der Parteien über die Zusammenschaltungsvereinbarung bzw. über wesentliche Bestandteile derselben voraussetzt, zu unterscheiden.

Primäres Ziel des § 41 TKG ist die Sicherstellung der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen, die noch nicht aufgrund gültiger Vereinbarungen miteinander verbunden sind. Bestehen zwischen den Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen hingegen aufrechte Zusammenschaltungsvereinbarungen, so sind diese - schon im Sinne des Vorrangs der Privatautonomie - nur in beschränktem (eben den Wettbewerb sicherndem) Ausmaß einer Einflußnahme der Regulierungsbehörde zugänglich. Das aktuelle Vorliegen einer Diskriminierung gegenüber anderen Zusammenschaltungspartnern wurde vom Antragsteller zu 3. zudem auch nicht geltend gemacht, auch die Ausführungen in der Gegenäußerung vom 5. 3. 1998 (ON 75) bringen lediglich die Befürchtung einer zukünftigen Diskriminierung zum Ausdruck.

Da zwischen dem Antragsteller zu 3. und der PTA sohin ein aufrechter Zusammenschaltungsvertrag einschließlich einer aufrechten Vereinbarung über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte besteht, war der Antrag von max.mobil. mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 41 Abs 2 TKG zurückzuweisen.

In diesem Zusammenhang ist jedoch ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß die PTA die Entgelte für die Terminierung von Gesprächen im Festnetz gemäß § 34 Abs 1 TKG nichtdiskriminierend anzuwenden hat. Wenn nun die vertragliche Vereinbarung zwischen max.mobil. und PTA vorsieht, daß Änderungen der Höhe der Entgelte „rechtzeitig und einvernehmlich unter Beachtung allfälliger Festlegungen der Konzessionsbehörde“ zu erfolgen haben, so begründet dies die Verpflichtung der Vertragsparteien, im Falle von Entscheidungen der Regulierungsbehörde eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Entgelte vorzunehmen. Wenngleich die Entscheidung der Regulierungsbehörde im vorliegenden Verfahren nicht unmittelbar das Verhältnis zwischen max.mobil. und PTA betrifft, so regelt sie doch (unter anderem) die Entgelte, die das marktbeherrschende Unternehmen für die Gesprächsterminierung im Festnetz verlangen kann, woraus sich zwangsläufig aufgrund des Diskriminierungsverbotes Auswirkungen auch für das Vertragsverhältnis zwischen PTA und max.mobil. ergeben. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung zwischen max.mobil. und PTA wären nunmehr die Entgelte „rechtzeitig und einvernehmlich“ zu ändern, was die unverzügliche Aufnahme von Verhandlungen zwischen max.mobil. und PTA über die wechselseitigen Entgelte erfordert; sollten diese Verhandlungen innerhalb von sechs Wochen zu keiner Vereinbarung

führen, stünde jedem der beiden Vertragspartner die Anrufung der Regulierungsbehörde offen.

#### **4.2 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission**

§ 41 TKG ermöglicht es den Betreibern von Telekommunikationsnetzen, die eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit anderen Netzbetreibern anstreben, unter bestimmten Voraussetzungen die Regulierungsbehörde anzurufen, deren Anordnung eine zu treffende Vereinbarung ersetzt. Gemäß § 111 TKG ist die Telekom-Control-Kommission für die "Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 und 38" zuständig. Auch wenn in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich auf § 41 Bezug genommen wird, so ergibt sich doch aus dem Zusammenhalt der zitierten §§ 37 und 38 mit dem § 41 TKG sowie aus dem Charakter der zu treffenden Entscheidung, die im Kernbereich "civil rights" im Sinne der Menschenrechtskonvention betrifft, die Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission (vgl. die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 57, in denen die Einrichtung der Telekom-Control-Kommission als Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag ausdrücklich unter Hinweis auf die zu treffenden Entscheidungen im Streitverfahren und anderen Entscheidungen in "civil rights" begründet wird).

#### **4.3 Zum Entscheidungsspielraum der Telekom-Control-Kommission**

Die Rolle der Telekom-Control-Kommission im Verfahren nach § 41 ist einer schiedsrichterlichen Tätigkeit nachgebildet (vgl. die Erl zur RV 759 BlgNR 20. GP, 51). Das Tätigwerden der Telekom-Control-Kommission setzt einen Antrag eines Zusammenschaltungswerbers voraus, der zunächst auf seine Zulässigkeit entsprechend den im § 41 Abs 1 und 2 TKG festgelegten Voraussetzungen zu überprüfen ist. Die Anordnung der Zusammenschaltung wie auch die Festlegung konkreter Bedingungen - insbesondere der Entgelte - 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 zustande 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. Entsprechend § 1 TKG ist unter anderem die Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau, die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbes auf den Märkten der Telekommunikation und der Schutz der Nutzer vor Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Ziel der Regulierung anzusehen. § 32 TKG überträgt der Regulierungsbehörde die Wahrung spezifischer Regulierungsziele. Durch die im Gesetz angeführten Maßnahmen der Regulierung, wie insbesondere auch durch die Entscheidung in Fragen der Zusammenschaltung

gemäß § 38 und § 41 TKG hat die Regulierungsbehörde einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen, den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern, den Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Mißbräuchen vorzubeugen, sowie die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzugangs gemäß ONP sicherzustellen.

Bei der Ausfüllung des der Telekom-Control-Kommission in Entscheidungen nach § 41 Abs 3 TKG eröffneten Ermessensspielraums ist schon aufgrund der in dieser Bestimmung ausdrücklich enthaltenen gesetzlichen Anordnung auch auf die entsprechenden Richtlinien der Europäischen Union, deren Umsetzung das TKG dient, zurückzugreifen. Nach Art 9 der Richtlinie 97/33/EG, welche gemäß § 41 Abs 3 TKG bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist, fördern und sichern die nationalen Regulierungsbehörden eine adäquate Zusammenschaltung im Interesse aller Benutzer, indem sie ihre Zuständigkeiten in der Art und Weise ausüben, die den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen und den größtmöglichen Nutzen für die Endbenutzer erbringt. Die Regulierungsbehörden sollen nach dieser Bestimmung dabei insbesondere die Notwendigkeit berücksichtigen, für die Benutzer eine zufriedenstellende Ende-zu-Ende Kommunikation sicherzustellen.

Bei der Anordnung der Zusammenschaltung bzw. der Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen kommt der Telekom-Control-Kommission ein Ermessensspielraum zu, der im Sinne der soeben ausgeführten Gesetzesbestimmungen und – im Sinne der Grundwertung des Gesetzes, eine möglichst getreue Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durchzuführen – entsprechend den Richtlinien der Europäischen Union auszufüllen ist. Wenn auch die Anordnung der Regulierungsbehörde die gesamte Zusammenschaltungsvereinbarung oder einen Teil derselben ersetzen kann und muß, so bedeutet dies demnach dennoch nicht eine schrankenlose Diskretion der Regulierungsbehörde. Die Regulierungsbehörde kann keineswegs alles anordnen, was auch vertraglich vereinbart werden könnte, wohl aber kann sie alle jene Bedingungen für die Zusammenschaltung festlegen, die in Anbetracht der konkreten festgestellten Umstände und unter Berücksichtigung der Regulierungsziele als angemessen anzusehen sind. Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere auch der typische (Mindest-)Inhalt einer Zusammenschaltungsvereinbarung, wie er in der Anlage gemäß § 6 ZusammenschaltungsV dargelegt ist. Bei der Entscheidung ist von den Anträgen der betroffenen Parteien auszugehen, so daß es der Regulierungsbehörde in der Regel verwehrt wäre, eine Festlegung in einem Bereich zu treffen, der von keiner der Verfahrensparteien angesprochen wird, es sei denn, eine Festlegung wäre aus besonderen Gründen für die Durchsetzung der Regulierungsziele erforderlich.

Hingegen würde es dem Charakter des Verfahrens nach § 41 Abs 3 TKG völlig widersprechen, wenn man von einer strengen Antragsbindung ausginge, die es der Regulierungsbehörde praktisch nur ermöglichen würde, undifferenziert einem Antrag stattzugeben oder diesen ebenso undifferenziert abzuweisen, wobei in der Regel im wesentlichen gegenläufige Anträge des von der Zusammenschaltung betroffenen anderen Netzbetreibers in gleicher Weise zu behandeln wären. Ungeachtet des Vorliegens konkreter Anträge wird durch die Anrufung der Regulierungsbehörde ein nur gesamthaft zu verstehendes Verfahren eingeleitet, in dem nach Anhörung und Prüfung der Standpunkte aller Verfahrensparteien seitens der Regulierungsbehörde

eine verbindliche Festlegung zu treffen ist, die geradezu wesensnotwendig über die Anträge zumindest eines Verfahrensbeteiligten hinausgehen wird.

Bei der Ausfüllung des Ermessensspielraumes hat die Regulierungsbehörde, deren Festlegung eine vertragliche Vereinbarung ersetzen soll, in gleicher Weise wie redliche Verhandlungspartner unter Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen einen gerechten Ausgleich der Interessen im Sinne einer vertraglichen Äquivalenz anzustreben, wobei die besonderen Anforderungen aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Kontrahierungszwangs – insbesondere die Verpflichtung zur Kostenorientierung – sowie die gesetzlichen Regulierungsziele zu berücksichtigen sind.

#### **4.4 Zulässigkeit einer Teilanordnung gemäß § 41 TKG**

Gemäß § 41 Abs 3 TKG ersetzt die Anordnung der Zusammenschaltung durch die Regulierungsbehörde die zwischen den Parteien zu treffende Vereinbarung. Hinsichtlich des Mindestumfangs einer Zusammenschaltungsvereinbarung ordnet § 6 ZusammenschaltungsV, BGBl II 1998/14, an, daß derartige, zwischen den Parteien zustande gekommene Vereinbarungen jedenfalls die in der Anlage zur ZusammenschaltungsV angeführten Bestandteile (wie zB Beschreibung der Zusammenschaltungsleistungen, Zahlungsbedingungen, Standorte der Zusammenschaltungspunkte, etc) enthalten müssen.

Die Anrufung der Regulierungsbehörde zum Erlaß einer Anordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG durch die Antragsteller vom 29. 12. 1997 erstreckt sich im wesentlichen nur auf die besonderen Regelungen des Zusammenschaltungsentgelts (Höhe des Entgelts für die Gesprächstypen V3 – V6, Befristung und Rückwirkung der Entgeltfestsetzung, Sekundenabrechnung, etc). Auch der Gegenantrag der PTA vom 16. 2. 1998 bezieht sich nur auf besondere Festlegungen zum Zusammenschaltungsentgelt (Reziprozität, Befristung, etc). Die Anrufung der Regulierungsbehörde von beiden Seiten ist somit bloß auf eine Teilanordnung gerichtet.

Wie sich bereits aus § 41 Abs 1 und 2 TKG ergibt, ist die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bei der Festlegung von Zusammenschaltungsbedingungen grundsätzlich subsidiär gegenüber den privatautonomen Vereinbarungen der Zusammenschaltungspartner. Anders als nach dem dt TKG hat dieser Grundsatz im Gesetz zwar keinen unmittelbaren Niederschlag gefunden (vgl § 37 Abs 2 dt TKG, demzufolge eine Zusammenschaltungsanordnung nur zulässig ist, soweit und solange die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen), er entspricht aber jedenfalls auch den dem österreichischen TKG zugrundeliegenden Wertungen. Dies hat zum einen seine Ursache in dem durch das TKG umgesetzten Gemeinschaftsrecht, das ebenfalls von der grundsätzlich zu bevorzugenden privatrechtlichen Vereinbarung der Zusammenschaltung ausgeht (vgl etwa Erwägungsgrund 5 der RL 97/33/EG: "Organisationen, die berechtigt sind, öffentliche Telekommunikationsnetze ... bereitzustellen, sollte es freistehen, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und vorbehaltlich der Überwachung durch die nationalen Regulierungsbehörden ... Zusammenschaltungsvereinbarungen kommerziell auszuhandeln"). Zum anderen bedeutet die behördlich angeordnete Zusammenschaltung einen Eingriff in rechtliche Positionen der Beteiligten und ist

umso eingriffsintensiver, je umfassender die Anordnung (auf Zusammenschaltung) ist.

Sowohl das einschlägige Gemeinschaftsrecht als auch die nationale Umsetzung (insbesondere in Form der Zusammenschaltungsverordnung) enthalten Bestimmungen, die die Zulässigkeit einer teilweisen Anordnung implizieren. Zwar legt § 6 Zusammenschaltungsverordnung iVm der Anlage zu dieser Bestimmung einen Mindestumfang für Zusammenschaltungsvereinbarungen fest; § 7 der Zusammenschaltungsverordnung, der auf die Anordnung durch die Regulierungsbehörde Bezug nimmt, enthält aber keinen Hinweis darauf, daß das Erfordernis der umfassenden Regelung einer Zusammenschaltungsvereinbarung (im Sinne der Anlage gemäß § 6 Zusammenschaltungsverordnung) auch für die Anordnung durch die Regulierungsbehörde zutrifft. Im Gegenteil: Die Regulierungsbehörde wird durch § 7 Abs 2 Zusammenschaltungsverordnung dazu verpflichtet, bei ihrer Entscheidung über die Anordnung der Zusammenschaltung die Interessen der Nutzer sowie der beteiligten Parteien zu berücksichtigen. Wie sich aus den gegenseitigen Anträgen und mündlichen Äußerungen der Parteien ergibt, besteht von beiden Seiten ein Interesse daran, daß die Regulierungsbehörde nur besondere Regelungen hinsichtlich des Zusammenschaltungsentgelts trifft. Alle übrigen Punkte sollen, sofern über sie nicht ohnedies bereits Einigung besteht, weiter zwischen den Parteien verhandelt und zu einem auf einer privatrechtlichen Basis zustande gekommenen Ergebnis geführt werden. Es besteht somit kein Zweifel daran, daß durch eine Teilanordnung den Interessen der Beteiligten am ehesten entsprochen wird. Dies wird auch durch die trotz Anrufung der Regulierungsbehörde weitergeführten Verhandlungen über die nicht der Regulierungsbehörde vorgelegten Fragen belegt, die mittlerweile auch zu konkreten Ergebnissen im Hinblick auf allgemeine Bestimmungen für den Zusammenschaltungsvertrag geführt haben.

Schließlich soll auch noch – und zwar insbesondere deshalb, weil die Anträge der Parteien im wesentlichen auf die Anordnung des Zusammenschaltungsentgelts abzielen – auf Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG hingewiesen werden. Diese Bestimmung räumt den nationalen Regulierungsbehörden das Recht ein, eine (nachträgliche) Anpassung von Zusammenschaltungsentgelten vorzunehmen. Hierdurch wird deutlich, daß das Gemeinschaftsrecht es ausdrücklich für zulässig hält, die Frage des Zusammenschaltungsentgelts getrennt von sonstigen, für eine funktionierende Zusammenschaltung zu regelnden Details zu behandeln.

#### **4.5 Zur Höhe der Zusammenschaltungsentgelte**

Wird die Regulierungsbehörde nach § 41 Abs 3 TKG angerufen, so hat sie in ihrer Entscheidung gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Artikel 6 der Richtlinie 90/387/EWG vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Die Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlamentes 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 eine derartige Richtlinie dar, die von der Regulierungsbehörde ihrer Entscheidung zugrunde zu legen ist. Diese Richtlinie war gemäß ihrem Art 23 von den Mitgliedstaaten bis zum 31. 12. 1997 umzusetzen.

Wenngleich die Richtlinie 97/33/EG zum Zeitpunkt der parlamentarischen Behandlung des TKG noch 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. Zur näheren Ausführung wurde vom Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr die ZusammenschaltungV (BGBl II 1998/14) erlassen, die am 16. 1. 1998 kundgemacht wurde.

Die Telekom-Control-Kommission hat ihrer Entscheidung daher ausgehend von § 41 Abs 3 TKG insbesondere die Richtlinie 97/33/EG sowie die ZusammenschaltungV zugrunde zu legen.

Während in § 41 Abs 3 TKG nur sehr allgemein der „Grundsatz der Kostenorientiertheit“ postuliert wird, enthält die verwiesene Richtlinie 97/33/EG 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 nachhaltige Markterschließung fördern; sie sollten nicht unterhalb einer Grenze liegen, die anhand langfristiger Grenzkosten und einer Kostenzurechnung aufgrund der tatsächlichen Kostenverursachung berechnet wird, aber 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 ZusammenschaltungV bezieht sich zutreffenderweise auf Zusatzkosten.

Art 7 Abs 5 der RL 97/33/EG sieht eine Verpflichtung der Europäischen Kommission vor, Empfehlungen für die Kostenrechnungssysteme und für die Transparenz der Kostenrechnung im Bereich der Zusammenschaltung zu erstellen. Diese Empfehlungen sind in einem Verfahren gemäß Artikel 15 der Richtlinie 97/33/EG zu erstellen, bei dem die Kommission vom ONP-Ausschuß unterstützt wird. Im Wege dieses Verfahrens hat die Kommission die Empfehlung vom 8. 1. 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt, Teil I –

Zusammenschaltungsentgelte, erstellt (KOM (98) 50 endg.). Diese Empfehlung baut im wesentlichen auf dem im zitierten Erwägungsgrund 10 zur RI 97/33/EG dargelegten Prinzip auf. Die Kommission empfiehlt demgemäß, daß die Zusammenschaltungskosten (gemeint: Zusammenschaltungsentgelte) auf der Grundlage der zukunftsrelevanten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) berechnet werden sollten, da diese Kosten denen eines effizienten Betreibers, der moderne Technologien einsetzt, sehr nahe kommen. Zusammenschaltungsentgelte, die auf solchen Kosten beruhen, können berechnete Zuschläge enthalten, um einen Teil der zukunftsrelevanten gemeinsamen und Gemeinkosten eines effizienten Betreibers abzudecken, die unter Wettbewerbsbedingungen anfallen würden (Pkt. 3 der Empfehlung KOM(98) 50 endg.).

Die Kommission empfiehlt auch Leitlinien für die nationalen Regulierungsbehörden bei der Beurteilung von Zusammenschaltungsentgelten für die Anrufzustellung, „bis errechnete Kosten für die Zusammenschaltung auf der Grundlage zukunftsorientierter langfristiger durchschnittlicher zusätzlicher Kosten verfügbar sind.“ Dabei handelt es sich um Entgelte, die auf der Grundlage der „besten gegenwärtigen Praxis“ ermittelt wurden; sofern die Entgelte außerhalb der angegebenen Bandbreiten (0,124 bis 0,248 öS/min für einen Gesprächstyp entsprechend V3; 0,207 bis 0,359 öS/min für V4) liegen, wird den nationalen Regulierungsbehörden empfohlen, eine umfassende Rechtfertigung der Entgelte zu verlangen; die Bandbreiten werden jedoch als breit genug angesehen, um den bekannten Kostenunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat diese Empfehlung nach Beratungen mit dem ONP-Ausschuß, der die in ihr enthaltenen Grundsätze unterstützt, erlassen. Die Empfehlung kann damit auch als gemeinsame Basis gesehen werden, wie sie von den Mitgliedstaaten der Auslegung insbesondere des Art 7 RL 97/33/EG zugrundegelegt wird.

§ 8 Abs 2 iVm § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV ordnet an, daß Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage von Kostenrechnungssystemen zu erstellen sind, die auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenrechnung zu gestalten sind.

Nun trifft es zu, wie die Antragsteller ausführen, daß die PTA zum gegenwärtigen Zeitpunkt über kein Kostenrechnungssystem verfügt, das den Anforderungen des § 9 ZusammenschaltungsV voll entspricht. Gerade für diese - in Europa derzeit keineswegs untypische - Situation sieht die Empfehlung die Bestimmung von Zusammenschaltungsentgelten auf der Grundlage der „besten gegenwärtigen Praxis“ vor, d.h. die Ableitung von den sogenannten „benchmarks“, wie sie in der Empfehlung angeführt sind. Auch die Empfehlung sieht darin gewissermaßen eine Methode der Annäherung, bis Kostenrechnungssysteme entwickelt und umgesetzt sind, die eine genauere Festsetzung auf der Basis von FL-LRAIC ermöglichen. Vorausgesetzt wird die Tätigkeit der nationalen Regulierungsbehörde als entscheidende Instanz, deren Aufgabe es ist, das Wachstum eines auf Dauer wettbewerbsfähigen Telekommunikationsmarkts zu fördern (Punkt 7 der Begründung zur Empfehlung KOM (98) 50 endg.). Die Empfehlung geht davon aus, daß zum gegenwärtigen Zeitpunkt in den meisten Mitgliedstaaten kein den Anforderungen der

Empfehlung entsprechendes Kostenrechnungssystem des marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt und die zu treffenden Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden - im Sinne einer schiedsrichterlichen Festlegung - eine Annäherung an die tatsächlichen Kosten auf Basis FL-LRAIC vorzunehmen haben; dies könne insbesondere durch die Orientierung an den „benchmarks“ erfolgen.

Für die von der Telekom-Control-Kommission zu treffende Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte - soweit die PTA als marktbeherrschendes Unternehmen betroffen ist - 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.

Um die von der PTA angebotenen Zusammenschaltungsentgelte hinsichtlich ihrer Kostenorientiertheit beurteilen zu können, wurde die Telekom-Control GmbH mit einer betriebswirtschaftlichen Überprüfung beauftragt.

In Ermangelung einer der ZusammenschaltungsV entsprechenden internen Kostenträgerrechnung der PTA wurde bei der Überprüfung das im Jahr 1995 entwickelte und 1997 aufgrund der Begutachtung des Tarifantrags der PTA 1997 – dem bereits die Plankosten für 1998 zugrundelagen - aktualisierte Rechenmodell zur Kalkulation von Netzkosten in Abhängigkeit vom Gesprächsverlauf (Routing) als Kalkulationsmethode für die Ermittlung der Zusammenschaltungskosten verwendet. Entsprechend den im Gutachten im einzelnen ausgeführten Schritten wurden – den Grundsätzen eines bottom-up-Modells folgend – die Kosten eines effizienten Netzbetreibers mit gleicher Leistungsfähigkeit berechnet. Der sich auf diese Weise ergebende Betrag, jeweils für die Gesprächstypen V3 und V4, bietet nun eine für den vorliegenden Zweck ausreichende Annäherung an die tatsächlichen Kosten auf Basis von FL-LRAIC der PTA.

Die Telekom-Control-Kommission hat daher bei ihrer Entscheidung sowohl auf die Kosten der PTA, wie sie sich entsprechend dem Gutachten als Annäherung an FL-LRAIC darstellen, als auch auf die „beste gegenwärtige Praxis“ im Sinne der Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften KOM (98) 50 endg. Bedacht zu nehmen. Sie hat sich dabei vom Ziel des TKG, einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation zu fördern, leiten zu lassen.

#### **4.5.1. Zu den Gesprächstypen V3 und V4**

Entsprechend der ZusammenschaltungsV sind die Entgelte kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen. Die bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten eines effizienten Netzbetreibers hat für den Gesprächstyp V3 0,255 öS, für V4 0,323 öS ergeben.



Die Orientierung an den näherungsweise berechneten FL-LRAIC eines effizienten Netzbetreibers zeigt auch, daß damit im wesentlichen die „benchmarks“ der Empfehlung der Europäischen Kommission KOM (98) 50 endg. erreicht werden. Damit entsprechen die solcherart festgelegten kostenorientierten Zusammenschaltungsentgelte in Österreich der „besten gegenwärtigen Praxis“ im Sinne der Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften KOM (98) 50 endg. Auch dieser Plausibilitätsvergleich mit den Benchmarks der Empfehlung KOM(98) 50 endg. läßt die im Spruch getroffene Festlegung für die Gesprächstypen V3 in der Höhe von 0,25 öS/min und für V4 in der Höhe von 0,33 öS/min angemessen erscheinen.

#### **4.5.2 Zu den Gesprächstypen V5 und V6**

Die Antragsteller beantragen eine Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte weiters für die Gesprächstypen V5 (single-transit) und V6 (double-transit). Eine diesbezügliche Festlegung wird von der PTA abgelehnt, im wesentlichen mit dem Argument, daß es sich dabei nicht um "bottle-neck"-Services handle. In diesem Bereich würden die Entgelte letztlich auf Grundlage von Marktpreisen bestimmt. Die PTA stellte daher den Antrag, für die Verkehrsarten V5 und V6 keine Anordnung zu treffen.

Die Regulierungsbehörde hat jedoch durch die von ihr zu treffende Anordnung die im Wege von Verhandlungen zwischen den Verhandlungsbeteiligten nicht zustandegekommene Vereinbarung zu ersetzen. Eine Differenzierung danach, inwieweit die Zusammenschaltungsleistungen, hinsichtlich derer die Anrufung der Regulierungsbehörde erfolgte, Engpaßdienste darstellen oder nicht, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Antragsteller haben einen auch ziffernmäßig bestimmten Antrag zur Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten auch für die Gesprächstypen V5 und V6 gestellt. Die PTA hatte mehrfach und ausdrücklich Gelegenheit, zur Berechtigung der Antragstellung auch hinsichtlich dieser Gesprächstypen Stellung zu nehmen und zu belegen, daß die von ihr im Standardzusammenschaltungsangebot für diese Leistungen angebotenen Entgelte kostenorientiert sind. Entsprechend dem bei der Auslegung des § 41 Abs 3 TKG heranzuziehenden Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG läge die Beweislast, daß sich die Entgelte aus den tatsächlichen Kosten herleiten, im konkreten Fall bei der PTA. Dieser Beweis wurde von der PTA - auch nach ausdrücklichem diesbezüglichem Hinweis (ON 64/2) - nicht angetreten. Somit war dem Antrag auf Festlegung der Entgelte für die Verkehrsarten V5 in der Höhe von 0,053 öS/min und für V6 in der Höhe von 0,104 öS/min stattzugeben und damit auch der Antrag der PTA, keine Anordnung zu treffen, abweislich zu erledigen.

#### **4.6 Sekundenabrechnung**

In ihrem Antrag auf Erlaß einer Teilanordnung gemäß § 41 Abs 3 TKG vom 29. 12. 1997 beantragen die Antragsteller, daß die anzuordnenden Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung des zustandegekommenen Gesprächs bemessen werden.

Weder in den Stellungnahmen der PTA vom 20. 1. und 30. 1. 1998, noch in den darauffolgenden Äußerungen hat die PTA die technische Machbarkeit der

Sekundenabrechnung auf der Ebene der HVSt (Hauptvermittlungsstellen), auf der die Zusammenschaltung durch die Antragsteller verlangt wird, bestritten. In der schriftlichen Fragenbeantwortung der PTA vom 9. 2. 1998 nimmt die PTA zu dieser Frage ausdrücklich Stellung und hält fest, daß "die Bemessung der Dauer einer Verbindung im Falle der Zusammenschaltung bereits derzeit auf Sekundenbasis erfolgt".

Der Anordnung der Abrechnung von Zusammenschaltungsleistungen auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung steht somit nichts (insbesondere auch nicht eine mangelnde technische Machbarkeit) im Wege. Die Grundlagen für eine derartige Abrechnung werden auch in dem am 27. 2. 1998 ausverhandelten, aber zwischen den Parteien noch nicht rechtsverbindlich vereinbarten Allgemeinen Teil des Zusammenschaltungsvertrages festgehalten (Punkt 5.14 iVm Anhang 7). Es ist daher zu erwarten, daß sich die Parteien auch ohne Festlegung der Regulierungsbehörde für diese Abrechnungsform entscheiden würden; da die Festlegung jedoch ausdrücklich beantragt war und mit den Regulierungszielen im Einklang steht, war dem Antrag, das Entgelt auf der Grundlage einer Sekundenabrechnung des zustandegekommenen Gesprächs zu bemessen, stattzugeben.

#### **4.7 Set-up charges**

In den Verhandlungen zwischen VAT und PTA wurde von der PTA für die Festlegung kostenorientierter Entgelte auch die Berücksichtigung von sogenannten set-up-charges für nicht zustandegekommene Gespräche verlangt. 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 Verrechnungsweise, wonach nur zustandegekommene Gespräche verrechnet werden, ist zudem schon bisher Inhalt von Zusammenschaltungsverträgen gewesen, die ohne Intervention der Regulierungsbehörde zustandegekommen sind (Zusammenschaltungsvertrag PTA mit max.mobil., ON 22; gleichlautend Zusammenschaltungsvertrag PTA mit Mobilkom Austria AG). Auch der mittlerweile ausverhandelte allgemeine Teil eines Zusammenschaltungsvertrags zwischen der PTA und den Antragstellern zu 2. und 5. enthält die Bestimmung, daß nur zustandegekommene Gespräche (completed calls) abgerechnet werden (ON 73 Punkt 5.14.3.1. ). Wie auch bei der sekundengenauen Abrechnung wäre daher auch bei der ausschließlichen Verrechnung

zustandegekommener Gespräche eine Einigung der Parteien auch ohne Festlegung der Regulierungsbehörde zu erwarten; da die Festlegung jedoch ausdrücklich beantragt war und mit den Regulierungszielen im Einklang steht, war dem diesbezüglichen Antrag stattzugeben.

#### **4.8 Zur Berücksichtigung eines Zugangsdefizits (Access Deficit)**

Die PTA macht in Ihrer Stellungnahme vom 30. 1. 1998 (ON 13) insbesondere auf Seite 6 und Seite 30 eine sogenannte "Access-Deficit-Contribution", dh einen Beitrag zur Abgeltung eines Zugangsdefizits geltend, der bei der Festlegung kostenorientierter Zusammenschaltungsentgelte zu berücksichtigen sei.

Unter dem Begriff des "Access Deficit" versteht man jenes Defizit, welches entsteht, "wenn die Einnahmen eines Betreibers aus Anschluß- und Mietgebühren keine vertretbare Rendite im Verhältnis zum investierten Kapital liefern. Beim investierten Kapital handelt es sich um jenes Kapital, das investiert wurde, um den Kunden Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zu gewähren. Die Rendite beschreibt das Verhältnis von rechnerischem Gewinn und rechnerischem investierten Kapital." (Mitteilung der Europäischen Kommission über Bewertungskriterien für nationale Systeme der Kostenrechnung und Finanzierung im Universaldienst in der Telekommunikation und Leitlinien für die Mitgliedstaaten für die Anwendung dieser Systeme vom 27.11.1996, KOM (96) 608, Glossar.)

Mit anderen Worten bezeichnet der Begriff des "Access Deficit" oder Zugangsdefizit jenes Defizit, welches im Geschäftsfeld des lokalen Zugangs besteht und durch Gewinne aus nationalen und internationalen Diensten abgedeckt (quersubventioniert) wird (Punkt 5.2 der Begründung der Empfehlung der Europäischen Kommission KOM(98) 50 endg.).

Art 12 Abs 1 der Richtlinie 95/62/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß die Tarife für die Nutzung des festen öffentlichen Telefonnetzes und des Sprachtelefondienstes den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung gemäß Anhang 2 der Richtlinie 90/387/EWG sowie den nachstehenden Bestimmungen entsprechen.

Entsprechend normieren auch § 18 Abs 6 TKG und § 3 Abs 2 Telekom-TarifgestaltungsV (BGBl II, 1997/650), daß die Entgelte für die Erbringung des öffentlichen Sprachtelefondienstes kostenorientiert zu sein haben. Nach § 3 Abs 2 Telekom-TarifgestaltungsV ist die PTA verpflichtet, auch Preise, für die keine Preisgrenzen festgesetzt sind, kostenorientiert zu bilden. Quersubventionierungen sind nur innerhalb der in den §§ 4 und 5 Telekom-TarifgestaltungsV genannten Kostenträger zulässig, daher insbesondere nicht zwischen Grundgebühren und Gesprächsgebühren.

Daraus ergibt sich eine Verpflichtung zur Kostenorientierung, sowohl hinsichtlich der einmaligen Anschlußgebühr, als auch hinsichtlich der Grundgebühr, als auch schließlich hinsichtlich der Verbindungsentgelte. Eine Quersubventionierung ist jeweils nicht gestattet.

Im Verfahren zur Genehmigung der Tarife gemäß § 21 Abs 3 FernmeldeG 1993 vor dem Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr stellte dieser, gestützt auf ein Gutachten von Deloitte & Touche, Management Consulting GmbH, fest, daß die beantragten und genehmigten Tarife der PTA unter Zugrundelegung von Vollkosten kostenorientiert sind (Bescheid des BMWV vom 9. 7. 1997, GZ 100905/IV-JD/97). Die Kostenorientierung war gemäß § 21 Abs 3 FernmeldeG 1993 iVm den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben zwar eine Voraussetzung für die Genehmigung der Entgelte, war jedoch für die im Spruch des Bescheides getroffene Entscheidung lediglich eine – wenn auch wesentliche - Vorfrage. Geht man davon aus, daß nur der Spruch des Bescheides Bindungswirkung entfaltet (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> 577), wäre die Telekom-Control-Kommission daher in der Frage der Kostenorientierung der Entgelte an die zitierte Entscheidung des BMWV nicht gebunden und kann die Frage der Existenz eines Anschlußdefizits selbst beurteilen.

Aufgrund der folgenden rechtlichen Überlegungen war jedoch eine tatsächliche Feststellung, inwieweit aktuell ein Zugangsdefizit besteht, nicht erforderlich.

Zugangsdefizite können im wesentlichen auf drei unterschiedliche Ursachen zurückgeführt werden: Ineffizienzen des Betreibers, Belastungen aufgrund einer Universaldienstverpflichtung und schließlich nicht ausbalancierte (nicht kostenorientierte) Endkumentarife.

Kosten, welche der PTA aufgrund von Ineffizienz entstehen, können den Wettbewerbern nicht im Rahmen der Zusammenschaltungsentgelte überwältigt werden. Dies ergibt sich zwingend aus dem bei der Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte gemäß § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV (in Entsprechung der Empfehlung KOM (98) 50 endg.) anzuwendenden Kostenstandard der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC).

Die Universaldienstverpflichtung besteht gemäß §§ 24f TKG darin, ein Mindestangebot an öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen bundesweit flächendeckend zu einem einheitlichen und erschwinglichen Preis bereitzustellen. Art 5 Abs 1 und 2 RL 97/33/EG sehen diesbezüglich eine Ermessensentscheidung der Mitgliedstaaten vor, zu beurteilen, ob die einer Organisation aufgebürdeten Universaldienstverpflichtungen eine zumutbare Belastung darstellen oder nicht. Für den Fall, daß die Belastung vom Mitgliedstaat als unzumutbar beurteilt wird, wird er von den genannten Bestimmungen ermächtigt und verpflichtet, ein Verfahren zur Teilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen mit anderen Organisationen einzuführen.

In Umsetzung dieser europarechtlichen Verpflichtungen hat der österreichische Gesetzgeber in den §§ 29 ff TKG den Ersatz der Kosten der Universaldienstverpflichtungen im Rahmen eines Universaldienstfonds vorgesehen. Die vom Europarecht vorgesehene Ermessensentscheidung hinsichtlich der Zumutbarkeit der Belastung wurde vom Gesetzgeber in § 29 Abs 2 TKG so getroffen, daß dem Erbringer des Universaldienstes, das ist gemäß § 125 Abs 8 TKG derzeit die PTA, die Belastungen aus der Universaldienstverpflichtung solange zumutbar sind, als er über einen umsatzmäßigen Marktanteil von mehr als 80%

verfügt. In diesem Fall kann der Universaldienstverpflichtete gemäß § 29 Abs 2 TKG keinen Ausgleich beanspruchen.

Kosten, welche aus der Universaldienstverpflichtung erwachsen, sind daher im Rahmen der §§ 29 ff TKG zu berücksichtigen und allenfalls zu ersetzen. Die von der Zusammenschaltungsrichtlinie (97/33/EG) vorgesehene alternative Möglichkeit, zur Finanzierung der Kosten des Universaldienstes ein Zusatzentgelt zu den Zusammenschaltungsentgelten zu erheben, wurde ausdrücklich nicht gewählt. Im Rahmen der Zusammenschaltungsentgelte gilt daher allein der Grundsatz der Kostenorientierung.

Inwieweit ein aufgrund von Tarifunausgewogenheiten (nicht ausbalancierten Tarifen) bestehendes Access Deficit im Rahmen der Zusammenschaltungsentgelte von der PTA als Kostenfaktor geltend gemacht werden kann, ist nach § 41 Abs 3 TKG zu beurteilen. Dieser verweist auf die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Artikel 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision), ABI Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 1, vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden; dies sind insbesondere RL 95/62/EG, RL 96/19/EG und RL 97/33/EG.

Bei der Auslegung der RL 97/33/EG ist insbesondere die zugehörige Empfehlung der Kommission zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt, Teil I – Zusammenschaltungsentgelte, KOM(98) 50 endg., heranzuziehen, auf die Art 7 Abs 5 der zitierten Richtlinie verweist. Die mitgliedstaatlichen Gerichte und Verwaltungsbehörden sind nach der Judikatur des EuGH verpflichtet, Empfehlungen bei ihrer Rechtsfindung zu berücksichtigen, insbesondere wenn sie geeignet sind, Aufschluß über die Auslegung anderer innerstaatlicher oder gemeinschaftlicher Bestimmungen zu geben (EuGH Rs C-322/88, Grimaldi v Fonds des Maladies Professionelles, EuGHE 1989, I-4421; Schweitzer/Hummer, Europarecht<sup>5</sup> 111; Zahlbruckner, Die Empfehlung im EWG-Vertrag - Rechtswirkung und Kontrolle durch den EuGH, JBl 1993, 355). Diese Pflicht ergibt sich auch aus Art 5 EGV (Schweitzer/Hummer, Europarecht<sup>5</sup> 111).

Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG bestimmt, daß Zusammenschaltungsentgelte von Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung unterliegen. Diese Verpflichtung wurde auch in § 41 Abs 3 TKG explizit umgesetzt. Die Beweislast, daß sich die Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten, liegt gemäß Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG weiters bei der Organisation, die die Zusammenschaltung mit ihren Einrichtungen bereitstellt. Die Zusammenschaltungsentgelte müssen gemäß Art 7 Abs 4 RL 97/33/EG hinreichend aufgegliedert sein, damit der Antragsteller nicht für Leistungen zahlen muß, die mit der gewünschten Dienstleistung nicht direkt in Zusammenhang stehen.

Im Einklang damit verpflichtete schon Art 4a der RL 90/388/EWG idF der RL 96/16/EG die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, daß die Telekommunikationsorganisationen die Zusammenschaltung zu kostenorientierten Entgelten bereitstellen.

Nun ist unbestritten, daß die PTA im Sinne von Art 4 Abs 3 RL 97/33/EG sowie § 33 Abs 1 und 2 TKG über beträchtliche Marktmacht verfügt – ein Marktanteil am relevanten Markt, das ist der Markt für Sprachtelefonie über ein festes öffentliches Telekommunikationsnetz, von über 25 % wäre dafür ausreichend. Die PTA verfügt auf diesem Markt über einen Marktanteil von nach wie vor annähernd 100%.

Die PTA trifft also die Verpflichtung zur Kostenorientierung ihrer Zusammenschaltungsentgelte gemäß Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG und § 41 Abs 3 TKG. Die Berücksichtigung eines Beitrages zum Zugangsdefizit (Access Deficit Contribution) über die durch die Zusammenschaltungsleistung tatsächlich entstehenden Kosten der PTA hinaus ist daher grundsätzlich unzulässig.

Eine Ausnahme vom diesbezüglichen Grundsatz der Kostenorientierung wäre lediglich aufgrund von Art 12 Abs 2 RL 95/62/EG, auf den § 41 Abs 3 TKG unter anderem verweist, unter bestimmten Bedingungen zulässig. Diese Bestimmung wurde von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihrer Empfehlung dahingehend interpretiert, daß sie eine Ausgleichsabgabe für Tarifunausgewogenheiten erlauben würde, wenn die nationale Regulierungsbehörde einem Betreiber Tarifbeschränkungen auferlegt, die sich auf die Geschwindigkeit der Erreichung ausgewogener, d.h. kostenorientierter, Tarife beziehen.

Dementsprechend normiert beispielsweise auch § 3 Abs 4 der deutschen Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung, daß das Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung ein möglicher sachlicher Grund dafür sei, bei den Zusammenschaltungsentgelten von den langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des § 24 Abs 1 dTKG abzuweichen.

Im Gegensatz dazu kann für Tarifunausgewogenheiten, die nicht aufgrund regulatorischer Vorgaben, sondern aufgrund der unternehmerischen Entscheidung einer Telekommunikationsorganisation – entgegen dem gesetzlichen Gebot der Kostenorientierung der Endkundenentgelte – bestehen, kein Ausgleich von den Konkurrenten im Rahmen des Zusammenschaltungsentgelts verlangt werden.

Die PTA behauptet nun, daß die Ergebnisrechnung nach wie vor ein beachtliches Access Deficit aufweise, welches über Verbindungsentgelte gedeckt werden müsse, da die fixen Grundentgelte "wegen verschiedener Einflüsse" nicht auf volle Kostendeckung angehoben werden könnten (ON 13 Schriftsatz vom 30. 1. 1998, Anlage ./d, S. 4). Ein Ausgleich des Access Deficit werde "seitens der Regulierung und sozialpolitischer Instanzen" verhindert (ON 13 Anlage ./d, S. 30) und müsse daher in den Interconnect-Tarifen abgedeckt werden. Die PTA verfüge aufgrund der Entgeltregulierung und "sozialpolitischer Gegebenheiten" nicht über ausreichende unternehmerische Freiheit, ihre Tarife so zu ändern, daß die Access Deficits reduziert werden könnten (ON 13 Anlage ./d, S. 31). Derartige nicht näher bezeichnete informelle Einflußnahmen und politische Erwägungen sind in rechtlicher Hinsicht unbeachtlich. Einzig maßgebliche Beschränkungen eines Rebalancing könnten sich aus rechtsverbindlichen regulatorischen Vorgaben ergeben.

Der von der PTA im Verfahren zur Genehmigung der Entgelte im April 1997 vorgelegte Antrag wurde hinsichtlich der Grundentgelte zur Gänze antragsgemäß genehmigt. Die im Bescheid des BMWV vom 9.7.1997 GZ 100905/IV-JD/97 in Punkt

4 des Spruches der PTA auferlegten Beschränkungen betreffen lediglich ein "price cap" für Verbindungsentgelte. Zunächst ist eine Tarifsenkung der Verbindungsentgelte im Ausmaß von 10% bis zum 31. 12. 2000 vorgesehen. Diese bezieht sich jedoch nur auf die *durchschnittlichen* Tarife, und nur auf die (variablen) Verbindungsentgelte, nicht jedoch auf die Anschluß- oder die Grundgebühr. Die zweite der PTA auferlegte Tarifbeschränkung ist die Deckelung der Orts-/Nahtarife. Gemäß dieser Beschränkung dürfen sowohl der Durchschnitts- als auch der Spitzentarif in der Orts-/Nahzone bis zum 31. 12. 2000 nicht den Wert im ersten Referenzzeitraum (1/98-6/98) überschreiten.

Diese der PTA regulatorisch auferlegten Beschränkungen verhindern jedoch im konkreten Fall nicht das Erreichen kostenmäßig ausgewogener Tarife: Der Ausgleich eines Zugangsdefizits, welches sich im Bereich des Anschlußnetzes ergeben mag, durch eine Erhöhung der Grund- oder der Anschlußgebühr (bei gleichzeitiger Senkung der Verbindungsentgelte) wird durch die genannten Beschränkungen nicht verhindert.

Auch die Telekom-TarifgestaltungsV, BGBl II, 1996/650, beinhaltet keinerlei Beschränkungen, die es verhindern würden, daß die PTA eine kostenmäßige Ausgewogenheit der Tarife erreicht. Insbesondere enthält die Telekom-TarifgestaltungsV keine Preisgrenzen für die (einmaligen) Anschluß- und die (monatlichen) Grundgebühren, sondern schreibt in ihrem § 3 Abs 2 ausdrücklich die Kostenorientierung der Tarife generell, und in § 4 Abs 5 speziell für die Anschlußgebühr vor.

Es existieren daher keine rechtsverbindlichen regulatorischen Vorgaben, welche sich negativ auf die Geschwindigkeit des Erreichens kostenmäßig ausgewogener Tarife bei der PTA auswirken. Im Gegenteil, europarechtliche Vorgaben wie nationales Recht verlangen schon seit geraumer Zeit die Kostenorientierung der Tarife marktbeherrschender Unternehmer.

Ein allfälliges Versäumnis, die Kostenorientierung der Tarife herbeizuführen, würde daher auf der unternehmerischen Entscheidung der PTA beruhen. Aufgrund § 41 Abs 3 TKG iVm mit § 8 ZusammenschaltungsV - sowie unter Berücksichtigung von Art 12 Abs 2 RL 95/62/EG und der Empfehlung KOM(98) 50 endg. - kann daher auf die Zusammenschaltungsentgelte kein Beitrag zu einem allfälligen, von der PTA behaupteten Zugangsdefizit aufgeschlagen werden. Für die Zusammenschaltungsentgelte gilt daher ausschließlich der Grundsatz der Kostenorientierung, wie er in Umsetzung des Art 7 Abs 2 RL 97/33/EG in § 41 Abs 3 TKG bzw. § 8 ZusammenschaltungsV festgelegt ist.

An dieser Beurteilung ändert auch das von der PTA vorgelegte Schreiben des Bundesministeriums für Wissenschaft und Verkehr vom 25. 2. 1998 (Anlage ./n zum Schriftsatz vom 4. 3. 1998) nichts; in diesem - auf eine telefonische Anfrage des Vorstandsdirektors der PTA Dr. Ditz vom 20. Februar 1998 hin ergangenen - Schreiben wird lediglich in allgemeiner Form auf Aspekte des Rebalancing im Zuge der Tarifreform 1997 eingegangen. Das angesprochene Rebalancing betrifft jedoch im wesentlichen jenes zwischen den Tarifzonen (Orts- bzw. Nah- und Fernverkehr). Ausdrücklich wird in diesem Schreiben zudem auch festgehalten, daß die PTA "die

Möglichkeit besitzt, auf die neuesten Kostenrechnungsüberlegungen der EU einzugehen.”

Ein allfälliges Zugangsdefizit der PTA war daher bei der Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte nicht zu berücksichtigen.

#### **4.9 Rückwirkung**

Die Antragsteller beehrten in Punkt (d) des Antrages eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission, die Zusammenschaltungsentgelte mögen rückwirkend ab 1. 1. 1998 gelten; bei der Festlegung der angemessenen (kostenorientierten) Entgelte handle es sich um Rechtsfindung. Die PTA lehnte die Rückwirkung ab, eine derartige Anordnung sei § 41 Abs 3 TKG fremd und komme aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht.

Gemäß § 41 Abs 1 TKG besteht im Falle einer Nachfrage auf Zusammenschaltung eine Verhandlungspflicht der Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen. Im Zuge der Verhandlung haben die Beteiligten das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Benutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Gemäß § 41 Abs 2 TKG haben die Betreiber die Möglichkeit, die Regulierungsbehörde anzurufen, wenn es binnen 6 Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage auf Zusammenschaltung zu keiner Vereinbarung gekommen ist. Die Verhandlungspflicht ist keine leere Formalität, der Gesetzgeber geht vielmehr davon aus, daß es zwischen redlichen Verhandlungspartnern möglich sein soll, innerhalb von 6 Wochen ab Einlangen einer Nachfrage auf Zusammenschaltung einen Zusammenschaltungsvertrag auszuhandeln. Wer als Netzbetreiber derartige Verhandlungen einleitet bzw. von einer Nachfrage betroffen ist, muß daher davon ausgehen, daß längstens 6 Wochen nach Einlangen der Nachfrage eine Vereinbarung unter anderem auch für die Zusammenschaltungsentgelte zustande kommen wird, die hinsichtlich des marktbeherrschenden Unternehmers kostenorientiert im Sinne des § 41 Abs 3 TKG bzw. des § 8 ZusammenschaltungsV zu sein hat.

Die Anordnung der Regulierungsbehörde ersetzt nun die vertragliche Vereinbarung, die entsprechend dem Auftrag des § 41 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 TKG spätestens 6 Wochen nach Einlagen der Nachfrage hätte zustandekommen müssen; auf diesen Zeitpunkt wird man daher bei der Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte in der Regel abstellen müssen. Im Sinne des grundsätzlichen Vorranges von Verhandlungslösungen wäre es nicht angebracht, als relevanten Zeitpunkt für das Wirksamwerden der Entscheidung über die Entgelte grundsätzlich erst das Datum der Entscheidung der Regulierungsbehörde festzulegen, zumal dies dazu führen könnte, daß die Verhandlungspartner unmittelbar nach Ablauf der 6-Wochenfrist die Regulierungsbehörde anrufen, um eine frühestmögliche Entscheidung zu erreichen.

Freilich wird auf den Ablauf der 6-Wochen-Frist nur in jenen Fällen abzustellen sein, in denen die Parteien nicht selbst übereinstimmend von einem späteren Inkrafttretenstermin der auszuhandelnden Vereinbarung ausgegangen sind. Ein derartiger Fall liegt hier vor, da im Hinblick auf die Liberalisierung der Sprachtelefonie im Festnetz die vom VAT mit der PTA geführten Verhandlungen im



Wesentlichen auf den Inkrafttretenszeitpunkt 1. Jänner 1998 abstellten. Dieser von den Antragstellern ausdrücklich beantragte Zeitpunkt, der zudem auch nach dem Einlangen des Antrags liegt, war daher auch der Entscheidung zugrunde zu legen.

Die für die Beurteilung der Kostenorientiertheit der Zusammenschaltungsentgelte herangezogenen Daten beziehen sich zudem auf das gesamte Jahr 1998 (und nur auf dieses), so daß die Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte auch – vom Zeitpunkt der Entscheidung her gesehen rückwirkend – für den Zeitraum ab 1. 1. 1998 beurteilt werden kann. Ab diesem Zeitpunkt war das nunmehr festgelegte Entgelt als kostenorientiert und damit rechtlich geboten anzusehen.

Eine rückwirkende Festsetzung im engeren Sinne liegt daher bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ab dem 1. 1. 1998 nicht vor, handelt es sich doch um eine ihrem Wesen nach schiedsrichterliche Festlegung der bereits für den Zeitraum ab dem 1. 1. 1998 strittigen Entgelte, für die eine rechtzeitige Verhandlungslösung nicht gefunden werden konnte. Zwischen den Verfahrensparteien, für welche die Festlegung erfolgte, lagen zum Zeitpunkt der Entscheidung der Telekom-Control-Kommission noch keine rechtsverbindlichen Zusammenschaltungsvereinbarungen vor; auch die Einigung über den allgemeinen Teil eines Zusammenschaltungsvertrags zwischen dem Antragsteller zu 5. und der PTA, wie sie durch die Vorlage des paraphierten Vertragstextes (ON 73) dokumentiert wurde, bedarf noch der Ergänzung um einen besonderen Teil, um wirksam werden zu können. Gemäß § 6 Abs 2 ZusammenschaltungsV wäre zudem eine Zusammenschaltungsvereinbarung von den Parteien unverzüglich der Regulierungsbehörde zu übermitteln gewesen; abgesehen von der Vorlage des allgemeinen Teils der Zusammenschaltungsvereinbarung sind der Regulierungsbehörde bis zum Tag der Entscheidung keine weiteren Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen den Antragstellern zu 1., 4. und 5. einerseits und der PTA andererseits übermittelt worden.

Sofern daher im Zeitraum zwischen dem 1. Jänner 1998 und dem Zeitpunkt der Entscheidung überhaupt bereits Zusammenschaltungsleistungen erbracht worden sein sollten, konnten diese praktisch nur - mangels Vorliegens jeglicher verbindlicher Vereinbarung (insbesondere über die Entgelte) - unter dem Vorbehalt einer Festsetzung nach Angemessenheit bzw. durch die Regulierungsbehörde gestanden sein, sodaß sich auch unter diesem Gesichtspunkt die Festsetzung der Entgelte mit Wirkung ab 1. 1. 1998 als gerechtfertigt erweist.

Daß eine rückwirkende Entgeltfestlegung auch der PTA nicht fremd ist, wird zudem durch den auch von ihr paraphierten Zusammenschaltungsvertrag - Allgemeiner Teil (ON 73) belegt, in dessen Anhang 6 für den Fall einer späteren Entscheidung der Regulierungsbehörde ausdrücklich die rückwirkende Geltung dieser Entscheidung zwischen den potentiellen Vertragsparteien (mit Ausnahme von max.mobil.) festgelegt wird.

#### **4.10 Befristung der Anordnung der Zusammenschaltungsentgelte**

In ihrer Anrufung der Regulierungsbehörde gemäß § 41 Abs 3 TKG auf Erlaß einer Teilanordnung beantragen die Antragsteller unter Pkt (d) ferner, daß die

angeordneten Entgelte für die Dauer von sechs Monaten verbindlich sein sollen. Eine derartige Befristung wurde von der PTA in ihren Stellungnahmen zunächst gänzlich abgelehnt, anlässlich der Anhörung am 16. 2. 1998 brachte die PTA jedoch einen Antrag ein, die Entgelte für den Rest des Jahres 1998 und für 1999 festzulegen, sohin ebenfalls eine Befristung auszusprechen. Die Ausführungen beider Seiten sind nicht frei von Widerspruch. Zum einen vertrat die PTA ursprünglich die Ansicht, daß eine Befristung, weil im Gesetz nicht explizit vorgesehen, unzulässig sei, brachte dann aber selbst den Antrag ein, die Entgeltfestsetzung mit Ende des Jahres 1999 zu befristen. Die Antragsteller wiederum vertraten hinsichtlich einer unbefristeten Anordnung der Entgelte zunächst die Ansicht, eine solche werfe Probleme auf, weil es schwer sei, zu beurteilen, wann sich die relevanten Umstände so weit geändert hätten, daß ein neuer Antrag zulässig sei, meinten jedoch in einer späteren schriftlichen Stellungnahme, daß sich diese (eben schwer bestimmbar) Umstände ohnedies bald so verändert hätten, daß eine geänderte Festlegung erforderlich sei.

Auch bei der Frage, für welchen Zeitraum die Telekom-Control-Kommission die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte festlegen soll, ist auf den schiedsrichterlichen Charakter des Verfahrens bei gleichzeitiger Verpflichtung der Regulierungsbehörde zur Wahrung bestimmter gesetzlicher Vorgaben und Regulierungsziele einzugehen. Wie bereits ausgeführt, ersetzt die Festlegung der Regulierungsbehörde die vertragliche Vereinbarung der Zusammenschaltungspartner; sie kann dementsprechend jene Bestandteile aufweisen, wie sie insbesondere in der Anlage zur ZusammenschaltungsV (bzw. in der RL 97/33/EG) angeführt sind. Nach der ZusammenschaltungsV haben Zusammenschaltvereinbarungen auch Regelungen hinsichtlich der Laufzeit und der Neuaushandlung von Vereinbarungen zu enthalten.

Hinsichtlich der für die Festsetzung der Höhe der Zusammenschaltungsentgelte maßgeblichen Umstände, der (tatsächlichen) Kosten des Marktbeherrschers, gehen sowohl die Europäische Kommission, als auch alle an diesem Verfahren teilnehmenden Parteien davon aus, daß es innerhalb der nächsten Jahre zu Veränderungen in den für die Entgeltbestimmung relevanten Kostengrundlagen kommen wird. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Grund daran zu zweifeln, daß sich auch in Österreich der weltweite Trend zur Veränderung der den Zusammenschaltungsentgelten zugrundeliegenden Kosten fortsetzen wird. Auch und gerade wenn sich die zu erwartende Veränderung der Kostenstruktur zum gegenwärtigen Zeitpunkt in ihrer Höhe nicht genau bestimmen läßt, kann dieser zu erwartenden Veränderung sinnvoll nur dadurch Rechnung getragen werden, daß die von der Regulierungsbehörde festgelegten Entgelte von vornherein befristet werden.

Die Dauer der Befristung muß jedoch den Netzbetreibern eine gewisse Planungssicherheit bieten. Die Antragsteller, die die Festsetzung der Zusammenschaltungsentgelte nach dem Vergleichsmarktkonzept ("beste gegenwärtige Praxis") beantragt haben, erwarten offensichtlich, daß die Empfehlung der Europäischen Kommission KOM(98) 50 endg. - wie darin angekündigt - insbesondere hinsichtlich der Entgelte auf der Grundlage der "besten gegenwärtigen Praxis" von der Kommission bis spätestens 31. Juli 1998 überprüft und erforderlichenfalls aktualisiert werden wird. Selbst wenn der Zeitplan der Europäischen Kommission eingehalten wird, würde demnach eine mit 30. 6. 1998 befristete Anordnung zu kurz greifen und innerhalb weniger Monate neuerliche

Verhandlungen und gegebenenfalls eine neuerliche Anrufung der Regulierungsbehörde erforderlich machen. Darüberhinaus ist zu berücksichtigen, daß zwar europaweit Änderungen in den Zusammenschaltungsentgelten zu erwarten sind, dies jedoch vor allem jene Länder betreffen dürfte, die gerade nicht für die Berechnung der "benchmarks" herangezogen werden. Auch zeigt die Veröffentlichung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Jänner 1998 (ONPCOM98-03), daß sich die für die Festlegung der „benchmarks“ relevanten Daten tatsächlich bis zum Jänner 1998 nicht geändert haben.

Da sich die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte auf die auf Basis FL-LRAIC ermittelten Kosten der PTA stützt, sind die Vergleichsdaten der "besten gegenwärtigen Praxis" nicht ausschließlich relevant. Die angestrebte sechsmonatige Befristung war daher nicht vorzunehmen. Die für die Festlegung der Entgelte herangezogene Berechnung nach FL-LRAIC geht von den langfristigen Kosten aus, die ein effizienter Netzbetreiber aufzuwenden hat. Die Telekom-Control-Kommission sieht unter diesen Umständen eine Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte befristet bis zum 31. 12. 1999 als angemessen an. Den Parteien wird im Rahmen der von der Kommission festzulegenden Bedingungen der Zusammenschaltung zudem die Verpflichtung auferlegt, rechtzeitig in Verhandlungen über eine Neufestsetzung für den Zeitraum ab 1. 1. 2000 einzutreten.

Den Parteien steht es im Sinne der Subsidiarität der Anordnung gegenüber der freien Parteienvereinbarung jederzeit frei, auch während einer aufrechten Zusammenschaltungsanordnung eine abweichende Entgeltvereinbarung abzuschließen. Diese unterliegt allerdings der nachträglichen Kontrolle der Regulierungsbehörde (vgl Art 7 Abs 2 bzw. Art 9 Abs 4 RL 97/33/EG).

#### **4.11 Reziprozität**

Unter Zusammenschaltung versteht § 3 Z 16 TKG jenen Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen. Zusammenschaltung bedeutet daher nicht, daß der Netzzugang bloß unidirektional gewährt wird, sondern eröffnet bidirektionale Möglichkeiten zwischen den zusammengeschalteten Netzen. Auch die bisher abgeschlossenen Zusammenschaltungsvereinbarungen, insbesondere etwa die Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen der PTA und max.mobil., gehen selbstverständlich davon aus, daß Gespräche in beide Richtungen übernommen und zugestellt werden; jedes andere Ergebnis müßte zudem Anlaß für ein Tätigwerden der Regulierungsbehörde sein. Auch in den vom VAT mit der PTA geführten Verhandlungen gingen die Verhandlungsteilnehmer selbstverständlich von der Öffnung der Netze in beide Richtungen aus. Dies wird auch durch die mittlerweile ausverhandelten allgemeinen Bestimmungen eines Zusammenschaltungsvertrages dokumentiert, in denen beispielsweise festgehalten wird, daß an den Netzübergangspunkten "Verbindungen von einem Netz zum anderen Netz übergeben werden" (ON 73, Punkt 1.2).

Zu den Hauptpunkten eines Zusammenschaltungsvertrages gehört jedenfalls das für die Zusammenschaltungsleistungen zu erbringende Entgelt. So wird die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte in der Anlage gemäß § 6 ZusammenschaltungsV, ausdrücklich als Bestandteil der Zusammenschaltungsvereinbarung verlangt; die Notwendigkeit, Festlegungen zu den Zusammenschaltungsentgelten zu treffen, ergibt sich aber ohnedies bereits unmittelbar aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen.

Die Anordnung der Zusammenschaltung bzw. die Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung ersetzt gemäß § 41 Abs 3 TKG die grundsätzlich von den Zusammenschaltungswerbern zu treffende - aber eben in den privatautonom geführten Verhandlungen nicht zustande gekommene - Vereinbarung. Die Antragsteller haben dazu – wenngleich in anderem Zusammenhang – ausdrücklich ausgeführt, daß die Anordnung der Regulierungsbehörde alles umfassen könne, was auch vertraglich regelbar sei. Nun stellt sich im gegebenen Zusammenhang jedoch gar nicht die Frage, welche allenfalls ergänzenden Anordnungen die Regulierungsbehörde treffen kann, vielmehr hat die Regulierungsbehörde zunächst zu beurteilen, welche Bestandteile einer Anordnung unerlässlich sind, um tatsächlich die vertragliche Vereinbarung ersetzen zu können.

Eine vollständige vertragliche Regelung der Zusammenschaltung setzt voraus, daß die Entgelte für die wesentlichen Vertragsleistungen festgelegt sind. Die Zusammenschaltungsleistungen werden nun unstrittig von den jeweiligen Vertragspartnern wechselseitig erbracht und es sind dafür auch Entgelte in Rechnung zu stellen. Dies ergibt sich eindeutig auch aus den nunmehr ausverhandelten allgemeinen Bestimmungen eines Zusammenschaltungsvertrages, der für beide Verkehrsrichtungen die grundsätzlichen Anforderungen etwa an die Registrierung der Gespräche zu Abrechnungszwecken regelt; in Anhang 6 wird zudem darauf hingewiesen, daß die Entgelte für die Zusammenschaltungsleistungen des Zusammenschaltungspartners der PTA im besonderen Teil festzulegen sind.

Wenn nun die PTA die Festlegung der Entgelte für die Zusammenschaltung auch für Zusammenschaltungsleistungen der Antragsteller gegenüber der PTA beantragt, so bringt sie damit zum Ausdruck, daß eine vertragliche Vereinbarung – wie dies auch von den Antragstellern nicht bestritten ist – über diese Entgelte bislang nicht getroffen wurde. Die Telekom-Control-Kommission ist verpflichtet, durch die Anordnung bzw. die Festlegung der Zusammenschaltungsbedingungen eine zu treffende vertragliche Vereinbarung zu ersetzen; sie hat daher dafür Sorge zu tragen, daß jedenfalls die Hauptpunkte des Vertrages festgelegt sind, sofern darüber zwischen den Parteien keine Einigung erzielt wurde (oder sofern nicht eine derartige Einigung glaubhaft von allen Verfahrensbeteiligten in Aussicht gestellt wird).

Die Antragsteller halten diesen Antrag für unzulässig und behaupten, daß dieser keinerlei Grundlage im geltenden Recht habe. Diese Ansicht ist verfehlt. Soweit die Antragsteller behaupten, daß über jeden einzelnen Teilbereich einer möglichen Zusammenschaltungsvereinbarung grundsätzlich für die Dauer von 6 Wochen Verhandlungen zu führen sind, so findet dies keine Grundlage im Gesetz. Die von den Antragstellern behauptete und hinsichtlich der Antragsteller zu 1., 4. und 5. (sowie – hier jedoch nicht relevant – auch für den Antragsteller zu 3.) auch nachgewiesene Nachfrage nach einem Angebot auf Zusammenschaltung löst eine

Verhandlungspflicht des anderen Netzbetreibers aus, die sich grundsätzlich auf alle Bereiche der abzuschließenden Zusammenschaltungsvereinbarung, wie sie in der Anlage gemäß § 6 der Zusammenschaltungsverordnung angeführt sind, erstreckt. Würde man der Auslegung der Antragsteller folgen, so hätte die Regulierungsbehörde auch zu prüfen, inwieweit jeder einzelne Detailspekt, dessen Regelung von den Antragstellern in der Anrufung der Regulierungsbehörde verlangt wurde, bereits über eine Dauer von 6 Wochen verhandelt worden wäre. Wie die Antragsteller selbst eingestehen müssen (Antrag ON 1, S 6), trifft es zudem nicht zu, daß über die Frage der Reziprozität der Entgelte keine Gespräche geführt worden wären; dieses Thema wurde insbesondere in der Verhandlungsrunde vom 11. 12. 1997 angesprochen (Antrag ON 1, Protokoll der PTA zur Sitzung vom 11. 12. 1997 ON 72, Beilage ./j).

Die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten auch für die von den Antragstellern zu 1., 4. und 5. erbrachten Zusammenschaltungsleistungen ist daher erforderlich, um die Hauptpunkte der die vertragliche Vereinbarung ersetzenden Anordnung der Regulierungsbehörde zu regeln. Würde man auf eine derartige Festlegung verzichten, so wäre zwar die PTA verpflichtet, Zusammenschaltungsleistungen gegenüber den Antragstellern zu 1., 4. und 5. zu erbringen und dafür die festgesetzten Entgelte zu verrechnen; hingegen würde für den im Sinne des § 3 Z 16 TKG im Rahmen der Zusammenschaltung vorausgesetzten Verkehr auch von der PTA zu den Antragstellern zu 1., 4. und 5. jegliche Entgeltregelung fehlen, sodaß eine offensichtliche Ungleichgewichtslage in den beiderseitigen Rechten und Pflichten bestünde, zumal die PTA schon aus allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Überlegungen grundsätzlich verpflichtet wäre, auch Verkehr zu den Antragstellern zu 1., 4. und 5. zu führen und zur Terminierung ins Netz der Antragsteller zu übergeben.

Den Antragstellern ist zuzugestehen, daß für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte, die von den nicht marktbeherrschenden Antragstellern der PTA gegenüber anzuwenden sind, eine verbindliche gesetzliche Festlegung im Hinblick auf die Kostenorientierung fehlt. Der Wortlaut des § 41 Abs 3 TKG ist diesbezüglich eindeutig, wenngleich nicht in der von den Antragstellern behaupteten Weise. Der letzte Satz des § 41 Abs 3 TKG, wonach entsprechend der Richtlinie der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet, hebt nämlich die Bindung der Regulierungsbehörde an den Grundsatz der Kostenorientierung bei der von ihr zu treffenden – ihrem Wesen nach schiedsrichterlichen – Entscheidung auf, sofern es sich bei dem die Zusammenschaltungsleistung erbringenden Unternehmen nicht um einen marktbeherrschenden Netzbetreiber handelt. Dies ändert jedoch nichts an der Zulässigkeit einer (auch) die Entgelte der nicht marktbeherrschenden Unternehmer betreffenden Festlegung.

Die Regulierungsbehörde wird in § 41 Abs 3 TKG zu einer Entscheidung über die Bedingungen der Zusammenschaltung verpflichtet, sobald sie von einem Netzbetreiber mangels Einigung mit dem anderen Netzbetreiber angerufen wird. 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 Gemeinschaften sowie an den grundsätzlichen Regulierungszielen des TKG zu orientieren.

Die Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen hat die Eigenschaft, daß durch den Verkehrsfluß in beide Richtungen, die zusammenschalteten Betreiber entsprechende Kapazitäten in beide Richtungen vorhalten müssen; sie stehen also in einer Käufer/Verkäufer-Beziehung. Abhängig vom Grad der Symmetrie des Verkehrs muß diese Eigenschaft mehr oder weniger berücksichtigt werden. Im Falle einer vollkommenen Symmetrie und gleich hohen (reziproken) Zusammenschaltungsentgelten, würden sich die gegenseitig verrechneten Zusammenschaltungsentgelte ausgleichen und aufheben. Es ist jedoch davon auszugehen, daß eine vollkommene Symmetrie durch die Vielfalt der Telekommunikationsdienste und Netzstrukturen grundsätzlich nicht gegeben ist.

Der Zusammenschaltungsdienst "Gesprächsterminierung" ist in ökonomischer Hinsicht durch die Existenz von Externalitäten gekennzeichnet. Eine derartige Externalität besteht dort, wo die Handlungen eines Individuums oder einer Organisation anderen Kosten oder Nutzen verursachen, wobei jedoch dieses Individuum bzw. diese Organisation keinerlei Anreiz hat, diese Vorteile oder Kosten zu berücksichtigen. Die "Externalität Gesprächsterminierung" ergibt sich daraus, daß der Endkundenpreis eines Anrufs von der anrufenden Partei und nicht von der angerufenen Partei (oder anteilig) bezahlt wird. Die anrufende Partei hat keinerlei Einfluß auf die Wahl des Netzbetreibers der angerufenen Partei, doch das Entgelt für die Gesprächsterminierung, die von eben diesem Netzanbieter eingehoben wird, schlägt sich in den Zahlungen des Netzbetreibers der anrufenden Partei nieder. Im Fall eines effizienten Netzbetreibers mit kostenorientierten Endkundentarifen führt dies zu einer Wettbewerbsverzerrung, da der weniger effizient arbeitende Netzbetreiber die geringeren Gesprächsterminierungsentgelte zahlt und dadurch die Vorteile einer Reduktion der Kosten für die Gesprächsterminierung durch den effizienten Netzbetreiber nicht für diesen selbst, sondern für seine Mitbewerber spürbar werden. Auf gleiche Weise werden auch höhere Kosten für den Mitbewerber spürbar. Mangelnde Effizienz würde nicht bestraft, sondern könnte sogar einen Wettbewerbsvorteil bedeuten.

Daraus läßt sich ableiten, daß bei nicht reziproken Zusammenschaltungsentgelten die Ineffizienzen eines Netzbetreibers auf den anderen (effizienten) zusammenschalteten Netzbetreiber übertragen würden. Die Kosten für höhere Zusammenschaltungsentgelte (Gesprächsterminierung) würden beim effizienten Netzbetreiber spürbar und erhöhten somit seine Kosten, sodaß in weiterer Folge die Kunden des effizienten Netzbetreibers höhere Endkundenentgelte zahlen müßten und ineffiziente Netzbetreiber auf den Markt kommen würden.

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht (negative externe Effekte) ist bei identischen Netzen (z.B. Festnetz zu Festnetz) daher die Reziprozität anzustreben. Entsprechend Art 9 Abs 1 und 3 RL 97/33/EG – die gemäß § 41 Abs 3 TKG bei der Entscheidung der Regulierungsbehörde zu berücksichtigen ist – ist die Regulierungsbehörde dazu angehalten, den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen und den größtmöglichen Nutzen für die Endbenutzer zu fördern. Die nationalen Regulierungsbehörden könnten 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 der Antragsteller und jenem der PTA festgelegte Zusammenschaltungsentgelt ist - und in diesem Sinne verstehen es auch die Antragsteller - als Wettbewerbspreis anzusehen, also als jener angemessene Preis, der sich bei Wettbewerb auf dem relevanten Markt einstellen würde. Dieser Preis würde aufgrund des berücksichtigten Vergleichsmarktkonzepts und nach den Grundsätzen von FL-LRAIC einem angemessenen Preis unter Wettbewerbsbedingungen entsprechen, sodaß eine Festlegung der Entgelte in selber Höhe für den Verkehr in beide Richtungen angemessen ist. Dies wird auch durch die Aussage von Dr. Schönthaler, Vorstand der UTA, bestärkt, wonach die UTA bereits derzeit in der Lage sei, Verbindungen vom PTA-Netz in das eigene Netz zu den beantragten, im Ergebnis deutlich niedrigeren als den nunmehr festgelegten Zusammenschaltungsentgelten kostendeckend zu erbringen (ON 43/1).

Auch international ist Reziprozität durchaus üblich. Sowohl die amerikanische als auch die britische Regulierungsbehörde (FCC und Oftel) vertreten die Auffassung, daß zwischen identischen Netzen (Festnetz zu Festnetz) Reziprozität anzuwenden sei. Insbesondere sollten auch zwischen marktbeherrschenden und neu eintretenden Netzbetreibern reziproke Entgelte für den gleichen Dienst "Gesprächsterminierung" verrechnet werden. Oftel führt darüber hinaus an, daß die Reziprozität außerdem eine einfache und praktikable Lösung ist, die neutral in der Wirkung auf die Netzwerkentwicklung der einzelnen Betreiber ist.

Die Telekom-Control-Kommission ist zur Überzeugung gekommen, daß die Festlegung reziproker Zusammenschaltungsentgelte angemessen und im Sinne der obigen Ausführungen geboten ist. Sie wird in dieser Auffassung auch durch die Ausführungen der Antragsteller bestärkt, wonach sich im Festnetzbereich reziproke Entgelte auch in Verhandlungen ergeben könnten.

Auf die von den Antragstellern vorgebrachten Einwände zu einer reziproken Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Mobilfunkbereich muß im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Soweit sich tatsächlich – wie offenbar auch von der PTA nicht grundsätzlich bestritten - die Kosten bei der Zusammenschaltung zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern wesentlich von den Kosten bei der Zusammenschaltung zwischen Festnetzbetreibern unterscheiden, wäre dies in einem Anlaßfall von der Regulierungsbehörde näher zu prüfen, hat aber auf die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte zwischen den hier nur entscheidungsrelevanten Festnetzbetreibern keine Auswirkungen.

Die Telekom-Control-Kommission verkennt nicht, daß die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten im Verhältnis zwischen den hier nur entscheidungsrelevanten Antragstellern zu 1., 4. und 5. einerseits und der PTA andererseits mittelbare Auswirkungen auf Zusammenschaltungsvereinbarungen mit anderen Unternehmen haben kann, zumal der marktbeherrschende Unternehmer gemäß § 34 Abs 1 TKG zur Nichtdiskriminierung verpflichtet ist. Einer allfälligen Diskriminierung Dritter, für welche die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission nicht unmittelbar wirksam wird, kann jedoch nicht durch eine gewissermaßen verallgemeinernde Anordnung, wie sie von den Antragstellern auch unter lit e) ihres Antrags verlangt wurde (siehe dazu unter 4.13), begegnet werden. In diesem Fall wäre vielmehr nach § 34 Abs 3 TKG vorzugehen; zudem wäre das Vorliegen eines

Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art 86 EGV zu prüfen, der dem von der Diskriminierung betroffenen Unternehmen durchaus wirksame Rechtsinstrumente zur Hand gibt und insbesondere auch die Möglichkeit von Schadenersatzforderungen oder allenfalls Nichtigkeit der diskriminierenden Vertragsklausel eröffnet (vgl etwa Koppensteiner, Österreichisches und europäischen Wettbewerbsrecht<sup>3</sup> 410f, mwN). Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verlangt freilich, daß tatsächlich vergleichbare Umstände vorliegen, sodaß die Entscheidung der Regulierungsbehörde im vorliegenden Fall nicht undifferenziert auf andere Sachverhalte übertragen werden kann.

#### **4.12 Angebots- und Verhandlungspflicht über Peak- und Off-peak-Entgelte**

Die Antragsteller begehren die Anordnung einer Pflicht der PTA, Zusammenschaltungsentgelte für Peak-Zeiten und Off-peak-Zeiten anzubieten und darüber zu verhandeln. Ohne daß dies ausdrücklich verlangt wird, geht der Antrag dabei wohl von einer Verpflichtung der PTA aus, für Peak- und Off-Peak-Zeiten *unterschiedliche* Entgelte anzubieten.

Entgegen den Ausführungen der PTA wäre die Auferlegung etwa einer Verhandlungspflicht, wie bereits oben näher ausgeführt wurde, grundsätzlich zulässig, jedenfalls soweit es sich dabei um typische Nebenbestimmungen handelt, wie sie in Zusammenschaltungsvereinbarungen üblicherweise vereinbart werden. Die Verpflichtung der PTA zur Abgabe von Anboten, die sich nur auf die privatautonome Abänderung von Entgelten beziehen können, deren Festsetzung von der Regulierungsbehörde beantragt wurde, geht jedoch über derartige typische Nebenbestimmungen deutlich hinaus und ist in der Anrufung der Regulierungsbehörde durch die Antragsteller auch nicht näher spezifiziert, sodaß dem Antrag schon aus diesem Grund – abgesehen von der Frage, inwieweit eine derartige Anordnung im Sinne der Anliegen der Antragsteller überhaupt wirksam wäre - nicht stattzugeben war.

Die Antragsteller haben einheitliche Zusammenschaltungsentgelte beantragt, obgleich es ihnen selbstverständlich freigestanden wäre, die unterschiedliche Festlegung von Entgelten für Peak- und Off-Peak-Zeiten zu beantragen. Es kann nun nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde sein, bei der – im Hinblick auf die Art der Entgeltgestaltung antragsgemäßen – Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten Verhandlungspflichten zur Änderung gerade dieser festgelegten Entgelte schon während der angeordneten Gültigkeitsdauer vorzuschreiben. Im Ergebnis würde dies dazu führen, daß – bei Scheitern derartiger Verhandlungen – die Anrufung der Regulierungsbehörde noch während der Gültigkeitsdauer der Preisfestlegung eröffnet wäre und die Regulierungsbehörde somit die von ihr bereits festgelegten Entgelte neuerlich einer Überprüfung zu unterziehen hätte, ohne daß sich an den Entscheidungsgrundlagen Wesentliches verändert hätte.

#### **4.13 Sonstige anzubietende Zusammenschaltungsentgelte**

Die Antragsteller beehrten ferner eine Anordnung der Telekom-Control-Kommission, wonach sich die sonstigen von der PTA anzubietenden Zusammenschaltungsentgelte an den von der Telekom-Control-Kommission



angeordneten Zusammenschaltungsentgelten und den Entscheidungsgrundlagen hierfür zu orientieren hätten. Damit wird jedoch materiell nicht die Entscheidung über bereits verhandelte und strittig gebliebene Fragen der Zusammenschaltung verlangt, sondern eine für die Zukunft wirkende Festlegung von Pflichten der PTA, die schon begrifflich ("sonstige anzubietende Entgelte") außerhalb des gegenständlichen Verfahrens zur Festlegung von Bedingungen der Zusammenschaltung liegen und gewissermaßen die gesetzlichen bzw. durch die ZusammenschaltungsV festgelegten allgemeinen Pflichten der PTA im Hinblick auf die Zusammenschaltung noch konkretisieren würden.

Die Entscheidungspflicht der Regulierungsbehörde betrifft jedoch eine konkrete Zusammenschaltungsfrage zwischen den Verfahrensbeteiligten, nicht aber allfällige in der Zukunft liegende, möglicherweise auch zwischen anderen Parteien entstehende und zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch gar nicht konkret absehbare Zusammenschaltungsstreitigkeiten. Eine diesbezüglich antragsgemäße Entscheidung liegt außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Telekom-Control-Kommission; der Antrag war daher zurückzuweisen.

Eine Entscheidung der Regulierungsbehörde, wonach die PTA verpflichtet wäre, bei sonstigen anzubietenden Zusammenschaltungsentgelten sich an den durch diesen Bescheid festgelegten Entgelten zu orientieren, wäre zudem nicht vollziehbar. Die PTA hat auch ohne eine diesbezügliche Anordnung das Diskriminierungsverbot nach § 34 Abs 1 TKG zu beachten. In diesem Zusammenhang ist aber jeweils darauf Bedacht zu nehmen, daß die in dieser Bestimmung angesprochene Vergleichbarkeit der Umstände tatsächlich gegeben sein muß. Eine Anordnung, wonach sich die PTA bei sonstigen Zusammenschaltungsentgelten an dem durch diesen Bescheid festgelegten Entgelten zu orientieren hat, könnte wohl ebenfalls nur dahingehend verstanden werden, daß den jeweiligen Umständen bei den jeweils nachgefragten oder angebotenen Zusammenschaltungsleistungen Rechnung getragen wird. Die Regulierungsbehörde hätte im Streitfall neuerlich zu entscheiden, ob angesichts der jeweiligen Umstände ein bestimmtes Angebot der PTA den geforderten Kriterien entsprechen würde. Im vorliegenden Verfahren wurden neben den Entgelten für Zusammenschaltungsleistungen im Transitbereich (V5 und V6) die Zusammenschaltungsentgelte für den terminierenden Gesprächsverkehr (V3 und V4) - jeweils in beide Richtungen - festgelegt. Dabei handelt es sich um einen standardisierten, aktuell erbrachten und im Hinblick auf die Kostenorientiertheit seitens der Regulierungsbehörde überprüften Bereich. Anders als beim terminierenden Verkehr wäre etwa beim originierenden Verkehr, auf den sich die gewünschte Anordnung offenbar bezieht, derzeit kein entsprechend klares Bild gegeben. Sollte für diesen Bereich keine Vereinbarung zwischen den Zusammenschaltungswerbern und der PTA zustandekommen, wäre von der Regulierungsbehörde auf Anrufung eines Beteiligten in dem dann zu führenden Verfahren eine Entscheidung zu treffen, die sich am Grundsatz der Kostenorientiertheit und den entsprechenden Regulierungszielen - wie insbesondere auch der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbes am Telekommunikationsmarkt und der Schaffung einer modernen Telekommunikationsinfrastruktur - auszurichten hat. Die von den Antragstellern begehrte Festlegung käme einer Vorwegnahme eines derartigen Verfahrens gleich. Der diesbezügliche Antrag war daher zurückzuweisen.

#### 4.14 Vorlagepflicht

In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 20. 1. 1998 regt die PTA an, die Telekom-Control-Kommission möge das Verfahren zur Anordnung der Zusammenschaltung nach § 41 Abs 3 TKG unterbrechen und ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gem Art 177 EGV stellen. Eine vorlagepflichtige Auslegungsfrage erblickt die PTA in dem Verhältnis von § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV zu Art 7 Abs 5 bzw. Anhang V der RL 97/33/EG. Die nationale Vorschrift, § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV, verpflichtet den marktbeherrschenden Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen bzw. von der Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten, sein Kostenrechnungssystem auf der Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward looking long run average incrementals costs; kurz FL-LRAIC) zu gestalten. Demgegenüber soll, so die Ansicht der PTA, Art 7 Abs 5 iVm Anhang V der RL 97/33/EG dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen, in Anhang V genannten Kostenrechnungsstandards geben.

Eine Vorlagepflicht zur Lösung des von der PTA angenommenen Mißverhältnisses zwischen der nationalen und der gemeinschaftsrechtlichen Regelung bestünde jedoch nur dann, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Sinne verkennt die Telekom-Control-Kommission nicht, daß ihr als kollegialer Verwaltungsbehörde iSv Art 20 Abs 2 und 133 Z 4 B-VG Gerichtsqualität im Sinne des Gemeinschaftsrechts (Art 177 EGV) zukommt. Sie verkennt auch nicht, daß sie als nationales Gericht, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können (Art 177 Abs 3 EGV), grundsätzlich – Präjudizialität einer Auslegungsfrage vorausgesetzt - zur Vorlage verpflichtet wäre, da sie gem § 115 Abs 2 TKG in oberster Instanz entscheidet, ihre Entscheidungen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen und gegen diese Entscheidungen auch keine Verwaltungsgerichtshofbeschwerde zulässig ist (vgl VfGH 11. 12. 1995, JBI 1996, 378, 380).

Die Vorlagepflicht eines nationalen Gerichts, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, wird nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl EuGH 6. 2. 1982, C.I.L.F.I.T., Rs 283/81, Slg 1982, 3415; s. dazu auch VfGH 11. 12. 1995, JBI 1996, 380.) aber erst dadurch ausgelöst, daß sich dem Gericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren eine Auslegungsfrage des Gemeinschaftsrechts stellt und das vorlagepflichtige Gericht nicht zugleich feststellt, "daß die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, daß die betreffende Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder daß die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, daß für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt".

Im Sinne dieser Rechtsprechung des EuGH sieht die Telekom-Control-Kommission entgegen der Anregung der PTA keine Pflicht zur Vorlage der von der PTA aufgeworfenen Frage. Denn die Bestimmung des § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV und daher auch die Frage nach der Übereinstimmung von § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV mit Art 7 Abs 5 RL 97/33/EG ist nicht entscheidungserheblich. Die durch § 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV dem Marktbeherrscher auferlegte Verpflichtung, seine Kostenrechnung anhand der FL-

LRAIC zu gestalten, gilt erst seit Inkrafttreten der ZusammenschaltungsV BGBl II 1998/14 (17. 1. 1998). Außer Zweifel steht - und daher kann dieses Verständnis auch dem Verordnungsgeber nicht unterstellt werden -, daß eine Kostenrechnung nicht innerhalb weniger Tage bzw. Wochen umgestellt werden kann. Für die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte zum gegenwärtigen Zeitpunkt bedeutet dies, daß für die Bestimmung der Entgelthöhe entweder auf eine Kostenrechnung der PTA zurückgegriffen werden kann, die dem FL-LRAIC-Ansatz ohnedies entspricht bzw. aus der sich die der FL-LRAIC-Methode entsprechenden Kostenansätze eruieren lassen. Ohne daher auf die Frage eingehen zu müssen, ob zwischen der nationalen Regelung (§ 9 Abs 3 ZusammenschaltungsV) und der gemeinschaftsrechtlichen Regelung in Art 7 Abs 5 sowie Anhang V der RL 97/33 tatsächlich ein Mißverhältnis und damit eine gemeinschaftsrechtliche Interpretationsfrage besteht, ist die Vorlagepflicht daher schon mangels Relevanz dieser Frage für die Sachentscheidung der Telekom-Control-Kommission zu verneinen.

### **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 Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof ist gemäß § 115 Abs 2 TKG iVm Art 133 Z 4 B-VG ausgeschlossen.

Es wird darauf hingewiesen, daß Zusammenschaltungsvereinbarungen gemäß § 41 Abs 2 und 5 TKG iVm § 6 Abs 2 ZusammenschaltungsV der Regulierungsbehörde unverzüglich nach Vertragsabschluß schriftlich und vollständig vorzulegen sind.

Telekom-Control-Kommission  
Wien, am 9. März 1998

Der Vorsitzende  
Dr. Eckhard Hermann

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

Zustellverfügung:

1. RA Dr. Stefan Köck, 1010 Wien, Seilergasse 16 (5-fach)
2. Cerha, Hempel & Spiegelfeld Partnerschaft von Rechtsanwälten, 1010 Wien, Parkring 2