

TE Vwgh Erkenntnis 2011/11/17 2008/03/0174

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.11.2011

Index

E1E;
E3L E13206000;
E6j;
59/04 EU - EWR;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

12010E102 AEUV Art102;
32002L0021 Rahmen-RL Kommunikationsnetze Art8;
62008CJ0280 Deutsche Telekom VORAB;
62009CJ0052 TeliaSonera VORAB;
TKG 2003 §1 Abs2;
TKG 2003 §1;
TKG 2003 §34 Abs1;
TKG 2003 §37 Abs2;
TKG 2003 §37;
TKG 2003 §41;
TKG 2003 §48;
TKG 2003 §50 Abs1;
TKG 2003 §50;

1. TKG 2003 § 1 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 1 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
3. TKG 2003 § 1 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
4. TKG 2003 § 1 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011
5. TKG 2003 § 1 gültig von 16.07.2009 bis 18.05.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
6. TKG 2003 § 1 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
7. TKG 2003 § 1 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 1 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 1 gültig von 27.11.2015 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
3. TKG 2003 § 1 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
4. TKG 2003 § 1 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011
5. TKG 2003 § 1 gültig von 16.07.2009 bis 18.05.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009

6. TKG 2003 § 1 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005

7. TKG 2003 § 1 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 34 gültig von 22.11.2011 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 34 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

3. TKG 2003 § 34 gültig von 20.08.2003 bis 30.09.2010

1. TKG 2003 § 37 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 37 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011

3. TKG 2003 § 37 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

4. TKG 2003 § 37 gültig von 16.07.2009 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009

5. TKG 2003 § 37 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005

6. TKG 2003 § 37 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 37 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 37 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011

3. TKG 2003 § 37 gültig von 01.10.2010 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2010

4. TKG 2003 § 37 gültig von 16.07.2009 bis 30.09.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009

5. TKG 2003 § 37 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005

6. TKG 2003 § 37 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 41 gültig von 22.11.2011 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 41 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. TKG 2003 § 48 gültig von 22.11.2011 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 48 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. TKG 2003 § 50 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 50 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011

3. TKG 2003 § 50 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

1. TKG 2003 § 50 gültig von 27.11.2015 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 50 gültig von 22.11.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011

3. TKG 2003 § 50 gültig von 20.08.2003 bis 21.11.2011

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Tele2 Telecommunication GmbH in Wien, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Sterngasse 13, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27. Oktober 2008, ZI Z 6/07-173, betreffend Entbündelung (mitbeteiligte Partei: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der Tele2 Telecommunication GmbH in Wien, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Sterngasse 13, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 27. Oktober 2008, ZI Ziffer 6 /, 07 -, 173,, betreffend Entbündelung (mitbeteiligte Partei:

A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft in 1020 Wien, Lassallestraße 9; weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß §§ 41 Abs 2 Z 9, 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7, 121 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) in Verbindung mit dem Bescheid der belangten Behörde vom

18. Dezember 2006, ZI M 12/06, Anordnungen für die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen der mitbeteiligten Partei durch die beschwerdeführende Partei getroffen. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde gemäß Paragraphen 41, Absatz 2, Ziffer 9, 48, Absatz eins, 50, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraphen 117, Ziffer 7, 121, Absatz 3, Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) in Verbindung mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06, Anordnungen für die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen der mitbeteiligten Partei durch die beschwerdeführende Partei getroffen.

Mit Spruchpunkt I. wurden zum Allgemeinen Teil des Bescheids Z 15/00-150 vom 14. November 2005 ergänzende Punkte 8 und 8a angeordnet, wobei Punkt 8 "Entgelte/Zahlungsmodalitäten" und Punkt 8a "Sicherheitsleistungen" betrifft. Mit Spruchpunkt römisch eins. wurden zum Allgemeinen Teil des Bescheids Ziffer 15 /, 00 -, 150, vom 14. November 2005 ergänzende Punkte 8 und 8a angeordnet, wobei Punkt 8 "Entgelte/Zahlungsmodalitäten" und Punkt 8a "Sicherheitsleistungen" betrifft.

In Punkt 8.1 ("Höhe der Entgelte") wird festgelegt, dass die vom Entbündelungspartner (der beschwerdeführenden Partei) für die Nutzung der Teilnehmeranschlussleitungen (TASLen) der mitbeteiligten Partei bzw von Teilabschnitten davon, die Inanspruchnahme der physischen Kollokation, die Beantwortung von Voranfragen und sonstige nach dieser Anordnung zu zahlenden Entgelte in Anhang 8 geregelt sind.

Punkt 8.5 ("Geltungsdauer der Regelungen betreffend die Entgelte") lautet:

"Die gegenständliche Anordnung tritt mit Zustellung an die Parteien in Kraft und ist antragsgemäß bis zum 31.12.2008 befristet, ohne dass es einer Kündigung durch die Parteien bedarf. Abweichend davon sind die Geltungszeiträume des Überlassungsentgelts für die TASL bzw. Teilabschnitte in Punkt 2.1. des Anhangs 8 geregelt.

Sofern eine Partei bis längstens 30.11.2008 der anderen Partei den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Netzzugangsbeziehung über den angeordneten Endtermin hinaus, wenngleich unter geänderten Bedingungen schriftlich mitteilt, wenden die Parteien die gegenständlichen Regelungen betreffend die Entgelte vorläufig weiter an, bis eine vertragliche Vereinbarung oder ein rechtskräftiger Spruch der Regulierungsbehörde vorliegt."

Mit Spruchpunkt II. wird ein "Anhang 8 - Entgelte" angeordnet. Dessen Punkt 1.1 lautet (auszugsweise) wie folgt: Mit Spruchpunkt römisch zwei. wird ein "Anhang 8 - Entgelte" angeordnet. Dessen Punkt 1.1 lautet (auszugsweise) wie folgt:

"1.1 Entgeltpflicht und Grundsätze des Entgelts

Für sämtliche in dieser Anordnung geregelten Leistungen (beider Parteien) ist, sofern diese nicht als unentgeltliche Leistungen bezeichnet werden, ein angemessenes Entgelt zu leisten. Dieses richtet sich, sofern nichts anderes bestimmt ist, nach den in diesem Anhang festgelegten Grundsätzen oder nach der in diesem Anhang genau bezeichneten Höhe.

Diese Anordnung unterscheidet zwischen:

- -Strichaufzählung
laufenden monatlichen Nutzungsentgelten
- -Strichaufzählung
Pauschalentgelten
- -Strichaufzählung
Aufwandentgelten.

Ist für eine Leistung weder ein laufendes monatliches Nutzungsentgelt noch ein Pauschalentgelt vorgesehen, so ist das Entgelt nach Aufwand zu berechnen. Soweit eine entgeltpflichtige Leistung nach Aufwand zu verrechnen ist, kann die leistungserbringende Partei folgende Entgelte verrechnen:

- -Strichaufzählung
Personalaufwand gem. Pkt. 1.2
- -Strichaufzählung
Sachaufwand
- -Strichaufzählung
zugekaufte Leistungen zu den jeweils eigenen Einkaufskonditionen
- -Strichaufzählung

sonstige im Rahmen der konkreten Leistungserbringung entstandene Aufwendungen."

In Punkt 2.1 wird das Überlassungsentgelt festgelegt, wobei für die TASL ein monatliches Entgelt von EUR 10,70 für den Zeitraum von 1. März 2007 bis 14. November 2007, von EUR 10,44 für den Zeitraum 15. November 2007 bis 31. Dezember 2007 und von EUR 9,33 für den Zeitraum 1. Jänner 2008 bis 31. Dezember 2008 festgelegt wird, bzw - für die Teilstrecke C 1 - ein Entgelt von EUR 8,29, EUR 8,09 und EUR 7,23, gestaffelt für die genannten Zeiträume.

Die Entgelte beinhalten - von einer hier nicht relevanten Ausnahme abgesehen - die Kosten für die Wartung und Instandhaltung der jeweiligen TASL.

Weiters wird angeordnet, dass "die Anwendung von allenfalls auf Basis einer nachfolgenden Margin-Squeeze Überprüfung der belangten Behörde ermittelten abweichenden Entgelten unberührt bleibt, und diese Entgelte nicht für TASL'n gelten, die auf Grund der Annahmeerklärung der beschwerdeführenden Partei vom 14. November 2007 dem Angebot 'ULL Special Deal 2007' (TASL Miete EUR 6,35) unterliegen".

Im Punkt 2.2 werden "Entgelte für sonstige Leistungen" festgelegt, wobei die Aufstellung Punkt 2.2.1. Pauschalentgelte - auszugsweise - wie folgt lautet:

"Position

Leistung

laufend/einmalig

Höhe des Entgelts in EUR exkl. USt

...

...

4a

Storno wegen falscher Namen, Adressen oder HVt Standorte

einmalig

15,-

4b

Storno des Entbündelungspartners bis drei Arbeitstage vor Umschaltetermin

einmalig

25,-

4c

Storno des Entbündelungspartners später als drei Arbeitstage vor Umschaltetermin

einmalig

31,50

4d

Storno des Entbündelungspartners nach Terminverschiebung

einmalig

46,50

...

...

6

Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer)

einmalig

109,01

6a

Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer) mit 12 Monaten MVD

einmalig

69,40

7

...

Die Storno-Entgelte nach den Positionen 4a bis 4d stehen nur zu, wenn der Anspruchsteller bei Rechnungslegung nachweist, dass der Grund für das Storno in der Einflussosphäre des Anordnungspartners liegt. Das Storno-Entgelt nach der Position 4a kann von beiden Anordnungsparteien in Anspruch genommen werden."

Punkt 4. betrifft "Pönalen" und lautet:

"Für die nachstehenden Leistungen sind im Falle des Verzugs bzw. der Verletzung der Bestimmungen dieser Anordnung die in der nachstehend aufgelisteten Tabelle jeweils täglich zahlbaren Pönalen fällig.

Die Höhe des pro Arbeitstag fälligen Pönale entspricht in der ersten Woche der Verzögerung dem jeweils in der nachstehenden Tabelle angeführten Betrag, in der zweiten Woche der Verzögerung dem zweifachen, in der dritten Woche dem dreifachen und ab der vierten Woche jeweils dem vierfachen Betrag aus der Tabelle.

Alle Pönalen sind verschuldensabhängig. Es gilt jedoch die Beweislastumkehrregel des § 1298 ABGB. Bleibt die tatsächliche Bestellung oder Umsetzung auf typische Vorleistungen, wie etwa die Antwort auf eine Voranfrage oder die Unterbreitung eines Angebotes, durch eine Partei aus, stellt dies ein Indiz für das fehlende Verschulden im Falle eines allfälligen Verzuges der anderen Partei dar." Alle Pönalen sind verschuldensabhängig. Es gilt jedoch die Beweislastumkehrregel des Paragraph 1298, ABGB. Bleibt die tatsächliche Bestellung oder Umsetzung auf typische Vorleistungen, wie etwa die Antwort auf eine Voranfrage oder die Unterbreitung eines Angebotes, durch eine Partei aus, stellt dies ein Indiz für das fehlende Verschulden im Falle eines allfälligen Verzuges der anderen Partei dar."

In der folgenden Aufstellung wird zuerst die "Anordnungsbestimmung" aufgelistet, dann das "pönalauslösende Verhalten", weiters festgelegt, ob das Pönale pro Arbeitstag oder einmalig zu leisten ist, und schließlich die Höhe des Pönales.

Für die "Nichtmitteilung der Nutzungsänderung durch den Entbündelungspartner" wird ein einmaliges Pönale von EUR 1.453,46 festgelegt, für die verspätete Antwort auf eine Voranfrage bzw auf eine Bestellung und die verspätete Bereitstellung des Zugangs (Anhang 4 bzw Anhang 5) wird ein Pönale von EUR 72,67 pro Arbeitstag festgelegt, weitere Pönalen betreffen Verspätungen nach Anhang 6 und Anhang 9, wobei Pönalen von EUR 363,36, EUR 581,38 bzw EUR 72,67, jeweils pro Arbeitstag, festgelegt werden.

In der Anlage A werden Verrechnungssätze der mitbeteiligten Partei für Normal- und Überstunden, gesplittet nach der Art der zu erbringenden Leistung, festgelegt.

In der Begründung gab die belangte Behörde zunächst den Gang des Verfahrens wieder. Danach habe die beschwerdeführende Partei am 2. August 2007 einen Antrag auf Erlassung einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 gegenüber der mitbeteiligten Partei betreffend Entbündelungsentgelte eingebracht. Im folgenden Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 TKG 2003 sei keine einvernehmliche Lösung erzielt worden. Den Parteien sei Gelegenheit gegeben worden zu der im Bescheid M 12/06-45 festgestellten beträchtlichen Marktmacht der mitbeteiligten Partei auf dem Entbündelungsmarkt und den ihr auferlegten spezifischen Verpflichtungen Stellung zu

nehmen. Die belangte Behörde habe Amtssachverständige mit der Erstellung eines ökonomischen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob der für den Bescheid M 12/06 vom 18. Dezember 2006 maßgebliche Sachverhalt unverändert geblieben sei oder sich die wettbewerbliche Situation auf dem Entbündelungsmarkt in entscheidender Weise geändert habe. In der Sitzung vom 3. März 2008 habe die belangte Behörde zudem einen Auftrag zur Erstattung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Ermittlung der dem laufenden monatlichen Nutzungsentgelt für die Entbündelung der TASL zugrunde liegenden Kosten der mitbeteiligten Partei erteilt, wobei die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf der Basis von FL-LRAIC zu ermitteln gewesen seien. Weiters seien die Amtssachverständigen beauftragt worden, die Kosten der mitbeteiligten Partei für die sonstigen Leistungen im Zusammenhang mit der Entbündelung zu ermitteln und die Ergebnisse der gesamten Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung den Ergebnissen der Überprüfung des Abstands zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten auf den Wertschöpfungsstufen des Bitstream Access und Entbündelung (möglicher "Margin Squeeze") des Verfahrens S 1/08 gegenüber zu stellen. Mit Schreiben vom 28. Mai 2008 sei den Parteien eine im Verfahren S 1/08 erstattete und zu den Akten des gegenständlichen Verfahrens genommene ergänzende gutachterliche Stellungnahme zur Frage des Vorliegens eines Margin Squeeze übermittelt worden, zu der die beschwerdeführende Partei am 17. Juni 2008 Stellung genommen habe. In der Begründung gab die belangte Behörde zunächst den Gang des Verfahrens wieder. Danach habe die beschwerdeführende Partei am 2. August 2007 einen Antrag auf Erlassung einer Anordnung gemäß Paragraph 50, TKG 2003 gegenüber der mitbeteiligten Partei betreffend Entbündelungsentgelte eingebracht. Im folgenden Streitschlichtungsverfahren gemäß Paragraph 121, TKG 2003 sei keine einvernehmliche Lösung erzielt worden. Den Parteien sei Gelegenheit gegeben worden zu der im Bescheid M 12/06-45 festgestellten beträchtlichen Marktmacht der mitbeteiligten Partei auf dem Entbündelungsmarkt und den ihr auferlegten spezifischen Verpflichtungen Stellung zu nehmen. Die belangte Behörde habe Amtssachverständige mit der Erstellung eines ökonomischen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob der für den Bescheid M 12/06 vom 18. Dezember 2006 maßgebliche Sachverhalt unverändert geblieben sei oder sich die wettbewerbliche Situation auf dem Entbündelungsmarkt in entscheidender Weise geändert habe. In der Sitzung vom 3. März 2008 habe die belangte Behörde zudem einen Auftrag zur Erstattung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Ermittlung der dem laufenden monatlichen Nutzungsentgelt für die Entbündelung der TASL zugrunde liegenden Kosten der mitbeteiligten Partei erteilt, wobei die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf der Basis von FL-LRAIC zu ermitteln gewesen seien. Weiters seien die Amtssachverständigen beauftragt worden, die Kosten der mitbeteiligten Partei für die sonstigen Leistungen im Zusammenhang mit der Entbündelung zu ermitteln und die Ergebnisse der gesamten Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung den Ergebnissen der Überprüfung des Abstands zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten auf den Wertschöpfungsstufen des Bitstream Access und Entbündelung (möglicher "Margin Squeeze") des Verfahrens S 1/08 gegenüber zu stellen. Mit Schreiben vom 28. Mai 2008 sei den Parteien eine im Verfahren S 1/08 erstattete und zu den Akten des gegenständlichen Verfahrens genommene ergänzende gutachterliche Stellungnahme zur Frage des Vorliegens eines Margin Squeeze übermittelt worden, zu der die beschwerdeführende Partei am 17. Juni 2008 Stellung genommen habe.

Im Weiteren traf die belangte Behörde Feststellungen zum "Status der Verfahrensparteien". Beide Parteien seien Inhaber von Bestätigungen gemäß § 15 iVm § 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003. Die mitbeteiligte Partei erbringe mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die umsatzmäßig wesentlichsten der öffentliche Sprachtelefondienst und der öffentliche Mietleitungsdienst seien. Auch die beschwerdeführende Partei erbringe öffentliche Sprachtelefondienste mittels eines selbstbetrieblenen festen Telekommunikationsnetzes sowie mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit. Im Weiteren traf die belangte Behörde Feststellungen zum "Status der Verfahrensparteien". Beide Parteien seien Inhaber von Bestätigungen gemäß Paragraph 15, in Verbindung mit Paragraph 133, Absatz 4, Satz 2 TKG 2003. Die mitbeteiligte Partei erbringe mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, wobei die umsatzmäßig wesentlichsten der öffentliche Sprachtelefondienst und der öffentliche Mietleitungsdienst seien. Auch die beschwerdeführende Partei erbringe öffentliche Sprachtelefondienste mittels eines selbstbetrieblenen festen Telekommunikationsnetzes sowie mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit.

Mit Bescheid M 12/06-45 der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006 sei festgestellt worden, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" gemäß § 1 Z 13 der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfüge. Mit diesem Bescheid seien der mitbeteiligten Partei spezifische

Verpflichtungen auferlegt worden, so die Verpflichtung, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon, gemeinsamen Zugang und dafür notwendiger Netzleistungen maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten. Der für diese im Verfahren M 12/06 vorgenommene Marktanalyse entscheidungswesentliche Sachverhalt sei seit Erlassung des Bescheides M 12/06-45 im für das gegenständliche Verfahren entscheidungsrelevanten Umfang unverändert geblieben. Mit Bescheid M 12/06-45 der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006 sei festgestellt worden, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" gemäß Paragraph eins, Ziffer 13, der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfüge. Mit diesem Bescheid seien der mitbeteiligten Partei spezifische Verpflichtungen auferlegt worden, so die Verpflichtung, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon, gemeinsamen Zugang und dafür notwendiger Netzleistungen maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten. Der für diese im Verfahren M 12/06 vorgenommene Marktanalyse entscheidungswesentliche Sachverhalt sei seit Erlassung des Bescheides M 12/06-45 im für das gegenständliche Verfahren entscheidungsrelevanten Umfang unverändert geblieben.

Die beschwerdeführende Partei verfüge auf dem verfahrensgegenständlichen Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" nicht über beträchtliche Marktmacht.

Das Rechtsverhältnis der Parteien betreffend die Entbündelung der TASL beruhe auf der Anordnung der belangten Behörde vom 14. November 2005, ZI Z 15/00-150. Punkt 8 des Hauptteils und Anhang 8 (betreffend Entgelte) seien mit Bescheid vom 23. Jänner 2006, Z 7/04-111, über Antrag der beschwerdeführenden Partei neu angeordnet worden. Die beschwerdeführende Partei habe diese Anordnung per Ende Februar 2007 gekündigt; die Regelungen gelten derzeit seit 1. März 2007 vorläufig weiter. Die Parteien hätten weder eine Ergänzungsvereinbarung über eine Senkung der TASL-Miete auf EUR 10,44 (erstes Kombipaket der mitbeteiligten Partei), noch eine Vereinbarung über eine Senkung auf EUR 9,33 (Verfahren R 7/08) abgeschlossen. Die Anwendung des wegen des (ersten) Kombipakets der mitbeteiligten Partei angebotenen Aktionsentgelts in Höhe von EUR 6,35 für die im Aktionszeitraum bestellten TASLn wurde zwischen den Parteien vertraglich vereinbart. Das Rechtsverhältnis der Parteien betreffend die Entbündelung der TASL beruhe auf der Anordnung der belangten Behörde vom 14. November 2005, ZI Ziffer 15 /, 00 -, 150, Punkt 8 des Hauptteils und Anhang 8 (betreffend Entgelte) seien mit Bescheid vom 23. Jänner 2006, Ziffer 7 /, 04 -, 111,, über Antrag der beschwerdeführenden Partei neu angeordnet worden. Die beschwerdeführende Partei habe diese Anordnung per Ende Februar 2007 gekündigt; die Regelungen gelten derzeit seit 1. März 2007 vorläufig weiter. Die Parteien hätten weder eine Ergänzungsvereinbarung über eine Senkung der TASL-Miete auf EUR 10,44 (erstes Kombipaket der mitbeteiligten Partei), noch eine Vereinbarung über eine Senkung auf EUR 9,33 (Verfahren R 7/08) abgeschlossen. Die Anwendung des wegen des (ersten) Kombipakets der mitbeteiligten Partei angebotenen Aktionsentgelts in Höhe von EUR 6,35 für die im Aktionszeitraum bestellten TASLn wurde zwischen den Parteien vertraglich vereinbart.

Zu den "Kosten der (mitbeteiligten Partei) für die verfahrensgegenständlichen Leistungen" traf die belangte Behörde folgende Feststellungen:

"4.1.1. Monatliche TASL-Miete nach FL-LRAIC:

Die dem laufenden monatlichen Nutzungsentgelt für die Entbündelung der (kompletten) Teilnehmeranschlussleitung zu Grunde liegenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der Telekom Austria TA AG auf der Basis von FL-LRAIC betragen aktuell zumindest EUR 11,99.

4.1.2. Margin-squeeze-freie monatliche TASL-Miete:

Bei Berücksichtigung der im Jahr 2007 von Telekom Austria verrechneten bzw. mit diesem Bescheid angeordneten monatlichen Entgelte für die gesamte TASL, der Entgelte für Bitstreamaccess und der Endkundenentgelte der Telekom Austria liegt für das Jahr 2007 kein Margin Squeeze zwischen der Endkundenebene, der Ebene des Bitstreamaccess und der Ebene der Entbündelung vor.

Telekom Austria bietet allen Entbündelungspartnern mit Wirksamkeit ab 01.01.2008 ein unbefristetes monatliches Entbündelungsentgelt für die gesamte TASL in Höhe von EUR 9,33 an (R 7/08; amtsbekannt). Im Fall eines derartigen ab 01.01.2008 geltenden monatlichen Entbündelungsentgelts für die gesamte TASL in Höhe von EUR 9,33 für alle nicht

dem Aktionsentgelt iHv EUR 6,35 aus dem 1. KombiPaket der Telekom Austria unterliegenden TASLn ergibt sich für das 1. Halbjahr 2008 kein Margin Squeeze zwischen der Endkundenebene, der Ebene des Bitstream Access und der Ebene der Entbündelung.

...

4.1.4. Entgelte für sonstige Leistungen:

4.1.4.1. Pauschalentgelte:

Folgende Entgelte werden unter anderem aktuell im Standardentbündelungsangebot der Telekom Austria angeboten (<http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/ruo-07.pdf>):

Position

Leistung

laufend/einmalig

Höhe des Entgelts in EUR exkl. USt

...

...

6

Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer)

einmalig

109,01

...

...

Das Preisniveau im Rahmen der Entbündelung weist seit der letztmaligen Ermittlung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung steigende Tendenz auf (Gutachten der Amtssachverständigen).

Für Bestellungen von Teilabschnitten der TASL sind bei Telekom Austria dieselben Arbeitsschritte erforderlich, wie für die Entbündelung einer vollständigen TASL.

Für Storni von Bestellungen wegen falscher Namen, Adressen oder HVt Standorte fallen bei Telekom Austria Tätigkeiten im Ausmaß von etwa 15 Minuten, für Storni des Entbündelungspartners bis drei Arbeitstage vor dem Umschaltetermin im Ausmaß von etwa 25 Minuten an. Für ein Storno des Entbündelungspartners später als drei Arbeitstage vor dem Umschaltetermin entspricht der Aufwand der Telekom Austria dem einer durchgeführten Übernahme/Durchschaltung gemäß Position 5a der Tabelle in Punkt 2.2.1 des Anhangs 8. Im Fall eines Stornos des Entbündelungspartners nach Terminverschiebung fallen zusätzlich dazu Tätigkeiten im Ausmaß von 15 Minuten an.

Telekom Austria verrechnet ihren Endkunden für die Herstellung (Installation) eines Fernsprechanchlusses EUR 131,- inkl. USt. bzw. EUR 109,17 exkl. USt., für die Durchschaltung einer Teilnehmeranschlussleitung EUR 66,- inkl. USt. bzw. EUR 55,-

exkl. USt. (Entgeltbestimmungen für den Sprachtelefondienst - Fernsprechanschluss der Telekom Austria - <http://www.telekom.at/Content.Node/dateien/ebfernsprechanschluss.pdf>).

In von Telekom Austria der Regulierungsbehörde nach § 48 Abs. 3 TKG 2003 angezeigten Verträgen wird eine Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer) mit 12 Monaten Mindestvertragsdauer zu einem einmaligen Entgelt iHv. EUR 69,40 angeboten (amtsbekannt). In von Telekom Austria der Regulierungsbehörde nach Paragraph 48,

Absatz 3, TKG 2003 angezeigten Verträgen wird eine Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer) mit 12 Monaten Mindestvertragsdauer zu einem einmaligen Entgelt iHv. EUR 69,40 angeboten (amtsbekannt).

..."

Im Rahmen der Beweiswürdigung verwies die belangte Behörde zunächst auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 10. Oktober 2007, Zlen 2006/03/0046, 0109, mit dem der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt habe, dass Wettbewerbern eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht die Möglichkeit gegeben werden müsse, zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht und den darauf beruhenden spezifischen Verpflichtungen Stellung zu nehmen bzw Rechtsmittel dagegen zu ergreifen. Da das für das gegenständliche Verfahren relevante Marktanalyseverfahren M 12/06 vor der zugrundeliegenden Entscheidung des EuGH geführt worden sei, und der beschwerdeführenden Partei zu diesem Zeitpunkt nach § 37 Abs 5 TKG 2003 keine Parteistellung zugekommen sei, sei die geforderte Möglichkeit der Wahrnehmung von Parteirechten im gegenständlichen Verfahren nach § 50 TKG 2003 einzuräumen gewesen. Im Rahmen der Beweiswürdigung verwies die belangte Behörde zunächst auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 10. Oktober 2007, Zlen 2006/03/0046, 0109, mit dem der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt habe, dass Wettbewerbern eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht die Möglichkeit gegeben werden müsse, zur Feststellung beträchtlicher Marktmacht und den darauf beruhenden spezifischen Verpflichtungen Stellung zu nehmen bzw Rechtsmittel dagegen zu ergreifen. Da das für das gegenständliche Verfahren relevante Marktanalyseverfahren M 12/06 vor der zugrundeliegenden Entscheidung des EuGH geführt worden sei, und der beschwerdeführenden Partei zu diesem Zeitpunkt nach Paragraph 37, Absatz 5, TKG 2003 keine Parteistellung zugekommen sei, sei die geforderte Möglichkeit der Wahrnehmung von Parteirechten im gegenständlichen Verfahren nach Paragraph 50, TKG 2003 einzuräumen gewesen.

Die beschwerdeführende Partei habe diesbezüglich - unter anderem - vorgebracht, in der derzeitigen Marktsituation sei der FL-LRAIC-Ansatz als einzige Berechnungsmethode unzureichend; diesem - berechtigten - Anliegen sei durch die Vorgangsweise der belangten Behörde, dem ermittelten Margin Squeeze-freien Entgelt gegenüber dem höheren Entgelt auf Basis des FL-LRAIC-Ansatzes den Vorzug zu geben, inhaltlich nachgekommen worden. Insgesamt sei keine Änderung der Ergebnisse der vorgenommenen Markanalyse erforderlich, weshalb die mit dem Bescheid M 12/06 angeordneten Verpflichtungen der mitbeteiligten Partei als Basis der gegenständlichen Entscheidung weiterhin heranzuziehen sei.

Im Weiteren führte die belangte Behörde zu den Kosten der mitbeteiligten Partei für die verfahrensgegenständlichen Leistungen Folgendes aus:

"Zu den Kosten nach dem FL-LRAIC-Ansatz:

Die Feststellungen über die Kosten der Telekom Austria nach dem FL-LRAIC-Ansatz gründen sich auf das Gutachten der Amtssachverständigen ('ULL 2008') samt Beilagen. Telekom Austria hat diesbezüglich zu verschiedenen von den Amtssachverständigen bei der Ermittlung eingesetzten Inputparametern Stellung genommen, wobei die Tendenz der von Telekom Austria argumentierten Adaptierungen jeweils auf ein höheres Entgelt hindeuten würden.

Im Rahmen dieser Anordnung ist jedoch zu berücksichtigen, dass - entsprechend der im Marktanalysebescheid auferlegten Verpflichtung, wonach 'maximal' ein auf FL-LRAIC basierendes Entgelt verrechnet werden darf - für alle antragsgegenständlichen Zeiträume geringere Entgelte als die von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) iHv EUR 11,99 anzuordnen waren. Für den Zeitraum vom 01.03.2007 bis 14.11.2007 verrechnete Telekom Austria an Tele2 das (nach Kündigung der Regelung aus Z 7/04 weiter geltende) Entgelt von EUR 10,70. Da sämtliche Kostentreiber seit Erlassung des Bescheides Z 7/04 ein im Zeitverlauf steigendes FL-LRAIC Entgelt nahe legen, ergibt sich, dass EUR 10,70 für diesen Zeitraum der zitierten Verpflichtung nicht widerspricht. Gleiches gilt für den Zeitraum ab 15.11.2007, wobei diesbezüglich zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass Telekom Austria das reduzierte Entgelt von EUR 10,44 auch sämtlichen anderen Entbündelungspartner angeboten hat und daher auch auf der Basis der Verpflichtung zur Gleichbehandlung gegenüber Tele2 dieses Entgelt anzuwenden hat. Ab 01.01.2008 (dazu sogleich) waren zur Vermeidung eines Margin Squeeze EUR 9,33, also ebenfalls ein geringerer Betrag als die von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung iSv FL-LRAIC anzuordnen. Selbst wenn daher einzelne oder sämtliche Argumente der Telekom Austria zutreffend wären und somit ein höheres Entgelt auf Basis des FL-LRAIC-Ansatzes anzunehmen wäre, würde dieses aus den dargestellten Gründen nicht zur Anwendung kommen. Ein detailliertes Eingehen auf die Argumente der Telekom Austria erübrigt sich

somit. Im Rahmen dieser Anordnung ist jedoch zu berücksichtigen, dass - entsprechend der im Marktanalysebescheid auferlegten Verpflichtung, wonach 'maximal' ein auf FL-LRAIC basierendes Entgelt verrechnet werden darf - für alle antragsgegenständlichen Zeiträume geringere Entgelte als die von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) iHv EUR 11,99 anzuordnen waren. Für den Zeitraum vom 01.03.2007 bis 14.11.2007 verrechnete Telekom Austria an Tele2 das (nach Kündigung der Regelung aus Ziffer 7 /, 04, weiter geltende) Entgelt von EUR 10,70. Da sämtliche Kostentreiber seit Erlassung des Bescheides Ziffer 7 /, 04, ein im Zeitverlauf steigendes FL-LRAIC Entgelt nahe legen, ergibt sich, dass EUR 10,70 für diesen Zeitraum der zitierten Verpflichtung nicht widerspricht. Gleiches gilt für den Zeitraum ab 15.11.2007, wobei diesbezüglich zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass Telekom Austria das reduzierte Entgelt von EUR 10,44 auch sämtlichen anderen Entbündelungspartnern angeboten hat und daher auch auf der Basis der Verpflichtung zur Gleichbehandlung gegenüber Tele2 dieses Entgelt anzuwenden hat. Ab 01.01.2008 (dazu sogleich) waren zur Vermeidung eines Margin Squeeze EUR 9,33, also ebenfalls ein geringerer Betrag als die von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung iSv FL-LRAIC anzuordnen. Selbst wenn daher einzelne oder sämtliche Argumente der Telekom Austria zutreffend wären und somit ein höheres Entgelt auf Basis des FL-LRAIC-Ansatzes anzunehmen wäre, würde dieses aus den dargestellten Gründen nicht zur Anwendung kommen. Ein detailliertes Eingehen auf die Argumente der Telekom Austria erübrigt sich somit.

Zum 'margin-squeeze-freien' Entgelt:

Die diesbezüglichen Feststellungen beruhen auf dem Gutachten der Amtssachverständigen der RTR-GmbH vom März 2008 (Beilage zu ON 63) bzw. der darauf basierenden ergänzenden Stellungnahme (ON 94) in den Verfahren S 1/08 bzw. R 7/08. In diesen schlüssigen Gutachten kommen die Amtssachverständigen zum Schluss, dass für das Jahr 2007 kein Margin Squeeze zwischen der Endkundenebene, der Ebene des Bitstream Access und der Ebene der Entbündelung vorliegt.

Für das 1. Halbjahr 2008 kommt demgegenüber ein marginsqueeze-freier durchschnittlicher Entbündelungspreis im Bereich von EUR 8,80 bis EUR 9,01 zu liegen. Dabei ist aber auch das ab November 2008 wegen des (ersten) Kombi-Pakets der Telekom Austria angebotene Aktionsentgelt iHv EUR 6,35 für die im Aktionszeitraum bestellten TASLn zu berücksichtigen. Dieses wurde zwischen Tele2 und Telekom Austria vertraglich vereinbart (ON 104), weshalb eine diesbezügliche Anordnung aus verfahrensrechtlichen Gründen zwar ausscheidet. Für das ab 01.01.2008 anzuordnende Entgelt ist dieses Aktionsentgelt aber insofern zu berücksichtigen, als nach den Gutachten ein margin-squeeze-freies gewichtetes durchschnittliches Entgelt für das Jahr 2008 dann erreicht wird, wenn für die verfahrensgegenständlichen, d.h. für die nicht dem Aktionsangebot unterliegenden TASLn ein Entgelt iHv EUR 9,33 zur Anwendung gelangt. Dieses gewichtete Mittel errechnet sich in der Höhe von EUR 8,88, und kommt somit im oben angeführten Intervall zu liegen.

Im Schriftsatz vom 19.05.2008, ON 85, begrüßt Tele2 zwar ausdrücklich die grundsätzliche Herangehensweise der Telekom-Control-Kommission, den auf Basis des FL-LRAIC Ansatzes ermittelten Entgelten die Entgelte gegenüber zu setzen, die das Nichtvorliegen eines 'margin squeeze' sicher stellen. Inhaltlich bringt Tele2 jedoch folgende Argumente zur konkreten Ermittlung der Amtssachverständigen vor:

In Punkt 1.2, erster Punkt ihres Schriftsatzes vom 19.05.2008 (und erneut in einer weiteren Stellungnahme vom 17.06.2008, ON 112) kritisiert Tele2 die 'Daten der Telekom Austria'. Dabei stellt Tele2 durchschnittliche Nettoerlöse (ARPU) des Bündels Sprachtelefoniezugang und Breitband (für 2007 und 2008) aus dem Gutachten durchschnittlichen Nettoerlösen aus dem Quartalsergebnis der TA gegenüber, wobei letztere jedoch andere Produkt- und Kundengruppen umfassen. Im Quartalsergebnis sind nach Angabe von Tele2 Sprachtelefonie ('voice' umfasst Verbindungsleistungen), Sprachtelefoniezugang ('monthly fee' betrifft Zugangsleistungen) sowie Kabelfernsehen (aonTV) enthalten. Tele2 argumentiert, dass die von ihr genannten durchschnittlichen Nettoerlöse mehr Leistungen umfassen und damit höher ausfallen müssten, als die im Gutachten genannten. Dabei verkennt Tele2 jedoch, dass hier auch all jene Kunden enthalten sind, die z.B. nur Sprachtelefonie nachfragen und damit niedrigere durchschnittlichen Nettoerlöse generieren, als solche Kunden, die ein Bündel aus Sprachtelefoniezugang und Breitband beziehen. Kunden, die nur Sprachtelefonie beziehen gehen mit ihrem Anteil als Gewicht in den alle Kunden umfassenden durchschnittlichen Nettoerlös des Quartalsberichts ein und senken diesen. Daraus ergibt sich, dass die genannten durchschnittlichen Nettoerlöse des Quartalsberichts niedriger ausfallen, als die im Gutachten genannten. Im Übrigen wurden die von Telekom Austria an die Gutachter übermittelten Werte an Hand von Teilnehmerzahlen je Breitbandproduktgruppe geprüft.

Soweit Tele2 in Punkt 1.2, zweiter Punkt, das von den Amtssachverständigen angenommene mittlere gewichtete Grundentgelt kritisiert, ist entgegenzuhalten, dass Kunden der TA im Produktbündel Sprache - Breitband nicht nur den TikTak Privat-Tarif, sondern auch teurere Tarife (z.B. Standardtarif, Businessstarife) nachfragen. Es wurde von den Amtssachverständigen das nach Auskunft der Telekom Austria faktisch bei Breitbandkunden verrechnete Grundentgelt angesetzt, da bei einer Margin Squeeze-Prüfung die tatsächlich verrechneten Entgelte und nicht Listenpreise als Grundlage zu nehmen sind, da die Grundlage die Verpflichtung zur Gleichbehandlung ist.

Zum Vorbringen betreffend die Vertriebskosten auf Vorleistungsebene (Punkt 1.2, dritter Punkt) ist zu sagen, dass es sich nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bei den von Tele2 genannten Leistungen um Kosten der Wholesaleebene handelt, die nur bei externem Verkauf anfallen. Diese Kosten können daher nicht als Retailkosten als Abzug (im Rahmen des 'Minus') zum Ansatz gebracht werden. Die diesbezügliche Argumentation der Amtssachverständigen ist daher schlüssig.

Soweit Tele2 in Punkt 1.2, vierter Punkt die von den Amtssachverständigen angenommenen inkrementellen Kosten der Sprachtelefonie als zu niedrig rügt, ist auszuführen, dass kein Zusammenhang derartiger inkrementeller Kosten, die ausschließlich die zusätzlich zu den für das Breitbandprodukt anfallenden Kosten umfassen, mit den von Tele2 angeführten Vertriebskosten der Telekom Austria auf Vorleistungsebene besteht, so dass der Vergleich der Tele2 nicht überzeugt.

Zum Vorbringen der Tele2 betreffend die PoP-Anbindung (Punkt 1.2, fünfter Punkt) ist zu sagen, dass auch diesbezüglich - wie betreffend das Grundentgelt - die aktuell von Telekom Austria angebotenen Preise für Etherlink heranzuziehen waren, da auch diesbezüglich die Verpflichtung zur Gleichbehandlung als Grundlage heranzuziehen ist. Auf die individuellen (vertraglichen) Gegebenheiten einzelner Betreiber ist daher nicht einzugehen.

Auch in einer weiteren Stellungnahme vom 15.09.2008 zum Konsultationsentwurf zweifelt Tele2 zum Teil unter Hinweis auf den von Telekom Austria veröffentlichten Quartalsbericht für das erste Quartal 2008 die Datengrundlage des Gutachtens an. Zu diesem Vorbringen stellte die Telekom-Control-Kommission in der Sitzung vom 29.09.2008 ergänzende Fragen an die Amtssachverständigen. Aus den glaubhaften Aussagen der Gutachter ergibt sich, dass die von Tele2 referenzierten veröffentlichten Quartalsdaten der Telekom Austria keine Adaptierung der Ermittlung des margin squeeze-freien Entgeltes erforderlich machten. Konkret enthalten die ARPU's in Bilanz- und unterjährigen Berichten andere Umsätze und Mengen, als die von den Gutachtern herangezogenen. Dazu gehören neben gebündelten und ungebündelten Grundentgelten für Sprachtelefonie auch Verbindungsentgelte (Voice), Breitband und aonTV. Die für die margin squeeze-Berechnung relevanten ARPU's beinhalten nur Breitband sowie die damit im Bündel verkauften Sprachtelefonie-Grundentgelte bzw. Medienentgelte bei 'naked-DSL'. Die Hinzurechnung von ungebündelten Sprachtelefonie-Grundentgelten würde einen niedrigeren Mittelwert bewirken, die Hinzurechnung von Verbindungsentgelten (und aonTV) einen höheren. Somit sind die im Quartalsbericht der Telekom Austria erhaltenen ARPU's mit den für die Berechnungen erforderlichen ARPU's nicht vergleichbar und wären für die Erstellung des Gutachtens ungeeignet gewesen. Vielmehr lagen den Gutachtern detailliertere, auf Konsistenz geprüfte Angaben von Telekom Austria zu den ARPU's je Retailsegment (Produktklasse) vor. Die Daten von Telekom Austria werden regelmäßig hinterfragt und von den Gutachtern auf Konsistenz geprüft. Aus diesem Grund kann es auch bei Gutachten immer wieder zur Notwendigkeit von Nachlieferungen von Daten kommen, um die bis dahin von Telekom Austria gemachten Angaben zu verifizieren. Darüber hinaus nehmen die Amtssachverständigen zur Überprüfung der Daten bei der Gutachtenserstellung auch regelmäßig Einschau in das Kostenrechnungssystem sowie in Vorsysteme (insbesondere SAP) der Telekom Austria. Aus eben diesem Grund kann die Telekom-Control-Kommission auch den Ausführungen des VAT im Rahmen des Konsultationsverfahrens, Schreiben vom 15.09.2008, Punkt 1, nicht folgen, die ebenfalls die für die Erstellung des Gutachtens bzw. Ergänzungsgutachtens verwendete Datengrundlage aus den gleichen Gründen in Zweifel zu ziehen versucht.

Der Ermittlung des margin squeeze-freien Entgeltes kann auch nicht ausschließlich das Grundentgelt des TikTak-Privat-Tarifes zu Grunde gelegt werden, da eine solche Vorgehensweise der Gleichbehandlungsverpflichtung widersprechen würde, da die margin squeeze-Berechnung die Einhaltung der Nichtdiskriminierung in preislicher Hinsicht überprüft. Dies bedeutet, dass sich Telekom Austria intern Leistungen nicht zu günstigeren Konditionen anbieten darf, als sie dies gegenüber externen Nachfragern (wie beispielsweise ihren Mitbewerbern) macht. Dabei erfolgt eine gedankliche Trennung von Telekom Austria in verschiedene Unternehmensbereiche auf verschiedene Wertschöpfungsstufen (z.B. Wholesale/Retail). Daher gelangt bei der margin squeeze-Berechnung eben nicht das Grundentgelt des TikTak-

Privat-Tarifes zur Anwendung, sondern die tatsächlichen durchschnittlichen Grundentgelte (bei Breitbandanschlüssen), die bei Telekom Austria von ihrer Kundenstruktur determiniert sind. Das Sprachtelefoniegrundentgelt ist bei Bündelprodukten nicht verbilligt. Vielmehr wird bei Bündelprodukten das normale Sprachtelefoniegrundentgelt zu Grunde gelegt und der Preis von Breitband dann entsprechend niedriger angesetzt.

Das Vorbringen der Tele2 machte auch die Überprüfung der von den Amtssachverständigen angesetzten inkrementellen Kosten der Sprachtelefonie nicht erforderlich, da anhand der Kostendaten der Retailebene betreffend Sprachtelefonie untersucht wurde, welche Kosten für das Sprachtelefoniegrundentgelt auf Retailebene zusätzlich zu den ohnedies bereits angefallenen Retailkosten für Breitband anfallen würden. So macht etwa die Verrechnung des Sprachtelefoniegrundentgeltes keine weitere (zusätzliche) Rechnung erforderlich, so dass kein zusätzliches Porto anfallen würde. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im gegebenen Zusammenhang nicht die konkreten Kosten der Tele2 relevant sind, sondern nur auf die effizienten Kosten von Telekom Austria ('as efficient').

Nach der Aussage der Amtssachverständigen wurden ISDN-Multi-Anschlüsse bei der Ermittlung des margin squeeze-freien Entgeltes durch die Amtssachverständigen nicht berücksichtigt, da es bei der Ermittlung des Entgeltes grundsätzlich um die Nachbildbarkeit für alternative Betreiber hinsichtlich Breitbandprodukten (auf Retailebene gebündelt mit Sprache oder Medienentgelt) geht. Da ISDN-Multi-Anschlüsse kein DSL auf derselben Leitung erlauben, waren sie bei der Ermittlung des margin squeeze-freien Entgeltes nicht zu berücksichtigen, was auch bedeutet, dass deren POP-Anbindung - ob über Etherlink oder SDH - für die verfahrensgegenständliche Frage nicht relevant ist.

In einem weiteren Schriftsatz vom 13.10.2008 nimmt Tele2 erneut zu denselben Themen im Zusammenhang mit den Gutachten der Amtssachverständigen Stellung. Soweit Tele2 dabei unter Zitierung des Gutachtens erneut die Datenbasis anzweifelt ist darauf hinzuweisen, dass sich die zitierten Passagen des Gutachtens nicht auf die Korrektheit, sondern vielmehr auf die zeitweise Nichtverfügbarkeit von Daten der Telekom Austria beziehen. Letztlich verfügten aber die Amtssachverständigen, wie sie in der Sitzung am 29.09.2008 über Befragung durch die Telekom-Control-Kommission klargestellt haben, über eine für die beauftragte Überprüfung ausreichende und valide Datenbasis. Soweit Tele2 wiederum auf die 'Heranziehung des TikTak-Tarifs' besteht, wird auf die soeben gemachten Ausführungen verwiesen. Hinsichtlich des neuerlichen Vorbringens der Tele2 bezüglich der Berücksichtigung der inkrementellen Kosten der Sprachtelefonie ist darauf hinzuweisen, dass der genannte Aufwand für technischen Helpdesk und Supporttätigkeit nach dem Gutachten bereits auf der Ebene der Breitbandvorleistungen berücksichtigt wurde. Die Höhe dieser Kosten sowie der iZm Rechnungslegung anfallenden Kosten wurde von den Amtssachverständigen geprüft. Zum neuerlichen Vorbringen der Tele2 bezüglich der ISDN-Multi-Anschlüsse wird über die oben gemachten Ausführungen hinaus darauf verwiesen, dass nach den Angaben der Amtssachverständigen in der Sitzung vom 29.09.2008 Telekom Austria selbst nur über ca. 6500 ISDN-Multi-Anschlüsse, was weniger als 0,3 Prozent aller Anschlüsse bedeutet, verfügt. Allfällige Kosten dieser Anschlüsse (bzw. Kosten deren POP-Anbindung) könnten im Rahmen der Nichtdiskriminierung daher allenfalls mit diesem Faktor eingehen, woraus sich nach den Aussagen der Amtssachverständigen ergibt, dass eine Berücksichtigung faktisch keine Bedeutung für das Gesamtergebnis hätte.

Zusammengefasst kann daher das Vorbringen der Tele2 keine Zweifel an der Schlüssigkeit des Gutachtens samt Ergänzung der Amtssachverständigen begründen und konnte der Feststellung des margin-squeeze-freien Entgelts für das erste Halbjahr 2008 zu Grunde gelegt werden.

...

3.2. Stornoentgelte:

Die Feststellungen über die in verschiedenen Stornosituationen bei Telekom Austria anfallenden Tätigkeiten beruhen auf den insofern nachvollziehbaren Ausführungen der Telekom Austria im Schriftsatz vom 01.08.2008.

3.3. Verrechnungssätze:

Die Entgelte 'nach Aufwand zu Verrechnungssätzen' laut Punkt 2.2.3 des Anhangs 8 in Verbindung mit den in Anlage A genannten Verrechnungssätzen werden von beiden Parteien grundsätzlich übereinstimmend beantragt. Lediglich in der Höhe unterscheiden sich die Anträge, da Tele2 die bisherigen Verrechnungssätze weiter beantragt, Telekom Austria demgegenüber eine Erhöhung um (insgesamt) 'im Mittel 3,79%' (ON 56). Auf Basis des Gutachtens der

Amtssachverständigen (Punkt 6.3. - die Aussage der Amtssachverständigen, Telekom Austria habe eine Steigerung 'im Ausmaß von 2%' beantragt, bezieht sich offenkundig auf die jährliche Steigerung) geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass diese Erhöhung im Hinblick auf die eingetretenen Kostensteigerungen gerechtfertigt ist."

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung verwies die belangte Behörde zunächst auf ihren Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, mit dem festgestellt worden war, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" gemäß § 1 Z 13 der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt, und ihr spezifische Regulierungsverpflichtungen nach §§ 38 ff TKG 2003 auferlegt wurden, unter anderem die Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach § 38 TKG 2003, die Verpflichtung nach §§ 41 f TKG 2003, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen maximal - soweit nicht aus anderen Überlegungen geringere Entgelte anzuordnen sind - zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten. Dieser Bescheid sei, weil der maßgebliche Sachverhalt insoweit unverändert geblieben sei, nach wie vor als Basis der gegenständlichen Entscheidung nach § 50 TKG 2003 heranzuziehen. Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung verwies die belangte Behörde zunächst auf ihren Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, mit dem festgestellt worden war, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitungen und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" gemäß Paragraph eins, Ziffer 13, der TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt, und ihr spezifische Regulierungsverpflichtungen nach Paragraphen 38, ff TKG 2003 auferlegt wurden, unter anderem die Verpflichtung zur Gleichbehandlung nach Paragraph 38, TKG 2003, die Verpflichtung nach Paragraphen 41, f TKG 2003, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen maximal - soweit nicht aus anderen Überlegungen geringere Entgelte anzuordnen sind - zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten. Dieser Bescheid sei, weil der maßgebliche Sachverhalt insoweit unverändert geblieben sei, nach wie vor als Basis der gegenständlichen Entscheidung nach Paragraph 50, TKG 2003 heranzuziehen.

Nach grundsätzlichen Ausführungen zum Verfahren nach § 50 TKG 2003 und Darlegung der Erwägungen betreffend Verzugszinsen und Sicherheitsleistungen führte die belangte Behörde betreffend der Geltungsdauer der Anordnung aus, die Entgelte seien entsprechend dem Antrag der beschwerdeführenden Partei für die Zeit vom 1. März 2007 bis 31. Dezember 2008 angeordnet worden, mit einer Bestimmung betreffend die vorläufige Weiterwirkung. Nach grundsätzlichen Ausführungen zum Verfahren nach Paragraph 50, TKG 2003 und Darlegung der Erwägungen betreffend Verzugszinsen und Sicherheitsleistungen führte die belangte Behörde betreffend der Geltungsdauer der Anordnung aus, die Entgelte seien entsprechend dem Antrag der beschwerdeführenden Partei für die Zeit vom 1. März 2007 bis 31. Dezember 2008 angeordnet worden, mit einer Bestimmung betreffend die vorläufige Weiterwirkung.

Betreffend der Anordnung der monatlichen Entgelte für die TASL führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"5.2.4. Zur Anordnung der monatlichen Entgelte für die TASL:

Da die von Telekom Austria von 01.03.2007 bis 31.12.2007 am Markt angebotenen und daher nach der Verpflichtung zur Gleichbehandlung auch der Antragstellerin anzubietenden Entgelte bzw. für das 1. Halbjahr 2008 das margin-squeeze-freie Entgelt unter den Entgelten nach dem FL-LRAIC-Ansatz zu liegen kommen, waren auf der Basis der regulatorischen Verpflichtungen der Telekom Austria die Entgelte spruchgemäß (Punkt 2.1 des angeordneten Anhangs 8) anzuordnen. Soweit Tele2 in Punkt 1.1 ihres Schriftsatzes vom 15.09.2008 bzw. ähnlich der VAT und die ISPA in ihren im Rahmen des Konsultationsverfahrens übermittelten Schreiben eine 'echte ex-ante Ermittlung' des Margin-Squeeze-freien Entgelts fordern, ist darauf hinzuweisen, dass - wie Tele2 selbst zugesteht - die Auswirkungen von (Aktions-)Angeboten der Telekom Austria auf das squeeze-freie Vorleistungsentgelt erst ex post tatsächlich berücksichtigt werden können. Jede ex ante Betrachtung baut notwendigerweise auf Prognosen auf, die allerdings nicht immer seriös möglich sind. Soweit derartige Prognosen im gegenständlichen Fall möglich waren, wurden sie auch von den Amtssachverständigen bei der Ermittlung des squeeze-freien Entgelts, die insofern eine Kombination aus ex ante und ex post Betrachtung darstellte, vorgenommen. Eine reine ex ante Betrachtung erscheint der Telekom-Control-Kommission aber aus den genannten Gründen nicht zweckmäßig bzw. möglich, zumal diese Forderung auf der

Annahme aufbaut, dass das squeeze-freie Vorleistungsentgelt für jedes einzelne Produkt gesondert zu prüfen wäre. Soweit Tele2 bzw. der VAT und die ISPA diesbezüglich weiters fordern, dass keine 'Basket-Bildung' bei der Ermittlung des squeeze-freien Vorleistungsentgelts vorgenommen werden solle, wird auf die auch schon im Gutachten ON 63 dargestellten Ausführungen verwiesen, wonach auf der im gegenständlichen Verfahren relevanten Ebene zwischen Bitstreaming und Entbündelung gar keine derartige 'Basket-Bildung' mehr vorgenommen wird, da es sich hinsichtlich sämtlicher Endkundenprodukte um ein einheitliches Vorleistungsprodukt (entbündelte TASL) handelt.

Für das ebenfalls verfahrensgegenständliche 2. Halbjahr 2008 bietet Telekom Austria allen Entbündelungspartnern ebenfalls ein unbefristetes monatliches Entbündelungsentgelt für die gesamte TASL in Höhe von EUR 9,33 an, so dass dieses Entgelt kraft Gleichbehandlungsverpflichtung auch der Antragstellerin gegenüber zu gelten hat. Im Erkenntnis vom 19.10.2004, ZI. 2000/03/0300, führte der VwGH aus, dass die Berücksichtigung des sich aus dem damaligen§ 34 TKG (1997) ergebenden Gleichbehandlungsgebotes in einem Streitbeilegungsverfahren nach dem damaligen§ 41 TKG (1997) nicht nur zulässig ist, sondern dass 'kein Zweifel (besteht), dass die belangte Behörde ... die sich aus§ 34 TKG ... ergebenden Verpflichtungen ... zu beachten hatte.' Diese Judikatur ist auf die vergleichbaren Nachfolgebestimmungen ebenso anzuwenden. Da sich die Ermittlung des squeeze-freien Vorleistungsentgelts auf die Höhe des monatlichen Entgelts bezogen hat und dabei keine privatrechtlich vereinbarten 'Paket'-Lösungen zu evaluieren waren und da auch die einmaligen Entgelte im Rahmen der gegenständlichen Anordnung ebenfalls (auch) im Hinblick auf die Verpflichtung der Telekom Austria zur Gleichbehandlung überprüft wurden, konnte dem Vorbringen der Tele2 im Schriftsatz vom 17.06.2008, ON 112, nicht gefolgt werden, wonach wegen derartiger von Telekom Austria angebotener Entgelt-'Pakete' eine Anordnung niedriger Entgelte geboten sei. Für das ebenfalls verfahrensgegenständliche 2. Halbjahr 2008 bietet Telekom Austria allen Entbündelungspartnern ebenfalls ein unbefristetes monatliches Entbündelungsentgelt für die gesamte TASL in Höhe von EUR 9,33 an, so dass dieses Entgelt kraft Gleichbehandlungsverpflichtung auch der Antragstellerin gegenüber zu gelten hat. Im Erkenntnis vom 19.10.2004, ZI. 2000/03/0300, führte der VwGH aus, dass die Berücksichtigung des sich aus dem damaligen Paragraph 34, TKG (1997) ergebenden Gleichbehandlungsgebotes in einem Streitbeilegungsverfahren nach dem damaligen Paragraph 41, TKG (1997) nicht nur zulässig ist, sondern dass 'kein Zweifel (besteht), dass die belangte Behörde ... die sich aus Paragraph 34, TKG ... ergebenden Verpflichtungen ... zu beachten hatte.' Diese Judikatur ist auf die vergleichbaren Nachfolgebestimmungen ebenso anzuwenden. Da sich die Ermittlung des squeeze-freien Vorleistungsentgelts auf die Höhe des monatlichen Entgelts bezogen hat und dabei keine privatrechtlich vereinbarten 'Paket'-Lösungen zu evaluieren waren und da auch die einmaligen Entgelte im Rahmen der gegenständlichen Anordnung ebenfalls (auch) im Hinblick auf die Verpflichtung der Telekom Austria zur Gleichbehandlung überprüft wurden, konnte dem Vorbringen der Tele2 im Schriftsatz vom 17.06.2008, ON 112, nicht gefolgt werden, wonach wegen derartiger von Telekom Austria angebotener Entgelt-'Pakete' eine Anordnung niedriger Entgelte geboten sei.

Da eine weitere Überprüfung des Vorliegens eines Margin-Squeeze in Aussicht genommen ist, bei der auf der Basis aktualisierter Daten allenfalls eine andere Beurteilung erforderlich sein wird, wurde eine Klausel aufgenommen, wonach beide Parteien berechtigt sind, allenfalls auf Basis einer Margin-Squeeze Überprüfung der Telekom-Control-Kommission ermittelte abweichende Entgelte auch im Verhältnis zur Gegenpartei zu verlangen."

Zu den Positionen 4a bis 4d sowie 6 der Pauschalentgelte (Punkt 2.2.1 des Anhang 8) führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"In den Punkten 4a bis 4d beantragt Telekom Austria zusätzlich zu den der bisherigen Regulierungspraxis entsprechenden Entgelten neue Entgelte für verschiedene Stornofälle. Im Schriftsatz vom 01.08.2008 begründete Telekom Austria diese Entgelte nachvollziehbar damit, dass auch bei vom Entbündelungspartner stornierten Bestellungen Aufwände bei Telekom Austria angefallen sind, die ihr abzugelten seien. Dazu im Einzelnen:

Position 4a, 'Storno wegen falscher Namen, Adressen oder HVT Standorte' kann antragsgemäß mit einmalig EUR 15,-

veranschlagt werden, da einerseits der Zeitaufwand für die erforderlichen Tätigkeiten von 15 Minuten nicht unangemessen erscheint und andererseits ein Vergleich mit den Verrechnungssätzen laut der angeordneten Anlage A zu Anhang 8 zeigt, dass der Durchschnitt über alle Positionen für Normalstunden (für Fernmelde-Baudienst, Fernmelde-Betriebsdienst und Technische Fachabteilung) über EUR 71,- beträgt und somit die von Telekom Austria

veranschlagten EUR 60,- pro Stunde für (vorwiegend administrative) entbündelungsbezogene Tätigkeiten nicht überhöht sind. Gleiches gilt für Position 4b, 'Storno des Entbündelungspartners bis drei Arbeitstage vor Umschaltetermin', wofür daher einmalig EUR 25,- angeordnet wurden.

Zu Position 4c, 'Storno des Entbündelungspartners später als drei Arbeitstage vor Umschaltetermin', ist die Argumentation der Telekom Austria, dass der Aufwand dafür dem einer (durchgeführten) Übernahme/Durchschaltung gemäß Position 5a vergleichbar ist, nicht unplausibel, weshalb antragsgemäß das Entgelt von einmalig EUR 31,50 dafür angeordnet wurde. Ebenso ist der für die Position 4d, 'Storno des Entbündelungspartners nach Terminverschiebung' zusätzlich zu Position 4c beantragte Aufwand von 15 Minuten nachvollziehbar, so dass diesbezüglich einmalig EUR 46,50 angeordnet wurden.

Im Schriftsatz vom 15.09.2008 thematisiert Tele2 umfangreich diese neu aufgenommenen Entgelte. Auch der VAT und die ISPA greifen das Thema in ihren Stellungnahmen auf. Zu diesem Vorbringen ist eingangs darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Storno-Entgelten nicht - wie Tele2 diesbezüglich unrichtig meint - um 'Pönalen', also um (pauschalierte) Schadenersatzforderungen handelt, sondern um Aufwandsätze, so dass sich die Frage nach einem Verschulden iSd Schadenersatzrechts entgegen der Annahme der Tele2 nicht stellt. Sehr wohl zu berücksichtigen ist jedoch - insofern ist Tele2 Recht zu geben -, dass Fälle, die nicht der Einflussphäre eines Anordnungspartners zuzurechnen sind, auch keine derartigen Aufwandsatzzahlungen durch diesen nach sich ziehen sollen.

Die diesbezüglich im Konsultationsentwurf noch unklar gefasste Regelung des Stornos wegen 'falscher Daten' (Position 4a) wurde daher insofern adaptiert, als einerseits der Begriff 'Daten' dahingehend präzisiert wurde, dass nur die im Schriftsatz der Telekom Austria vom 01.08.2008 genannten Daten, nämlich falsche Namen, Adressen oder HVt Standorte umfasst sind. Andererseits wurde als eigene Regelung (nach der Tabelle in Punkt 2.2.1) klargestellt, dass die Storno-Entgelte nach den Positionen 4a bis 4d nur dann und soweit zustehen, als bei Rechnungslegung die Anspruchsvoraussetzung, nämlich, dass der Grund für das Storno in der Einflussphäre des Anordnungspartners liegt, nachgewiesen und die Forderung insofern nachvollziehbar in Rechnung gestellt wird. So hätte Telekom Austria z.B. die Lieferung tatsächlich falscher Daten durch Tele2 darzulegen und könnte nicht unter bloßem Hinweis auf die Abweichung von den eigenen Datenbeständen der Telekom Austria das Stornoentgelt verlangen, zumal in Fällen, in denen lediglich Telekom-Austria-interne Daten unrichtig sind, gar kein Storno zulässig wäre. Zudem wurde entsprechend dem Antrag der Tele2 die Regelung hinsichtlich des Entgelts nach Position 4a (Storno wegen falscher Namen, Adressen oder HVt Standorte) 'symmetrisch' angeordnet, d.h. wenn das Storno aus einem Grund erfolgt, der in der Einflussphäre der Telekom Austria liegt, wie z. B. bei falschen Daten in ihren eigenen Datenbeständen, dann hat Telekom Austria dem Entbündelungspartner dessen Aufwand zu ersetzen, soweit dieser die Anspruchsvoraussetzungen und die Forderung nachvollziehbar darlegt.

...

Position 6 ('Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer)') wird von den Parteien wiederum in unterschiedlicher Höhe beantragt. Telekom Austria beantragt EUR 109,01, während Tele2 EUR 69,40 beantragt. Der Telekom-Control-Kommission erscheint diesbezüglich auf der Basis der beiderseitigen Anträge die Aufteilung in zwei unterschiedliche Positionen zweckmäßig und zwar in eine Position 6, die für eine Herstellung ohne weitere Vereinbarungen ein Entgelt von EUR 109,01 und weiters in eine Position 6a, die für eine Herstellung mit einer Mindestvertragsdauer von 12 Monaten ein ermäßigtes Entgelt von EUR 69,40, wie von Tele2 beantragt, vorsieht. Letztere Position ist in von Telekom Austria der Regulierungsbehörde nach § 48 Abs. 3 TKG 2003 angezeigten Verträgen enthalten, weshalb wiederum vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Gleichbehandlung eine derartige Position in die Anordnung aufzunehmen war. Telekom Austria bringt diesbezüglich vor, dass auf Basis der Gleichbehandlungsverpflichtung keine Anordnung erfolgen könne, weil die Umstände nicht vergleichbar seien. Bei diesem Vorbringen setzt Telekom Austria offenbar voraus, dass die Telekom-Control-Kommission im Rahmen einer Anordnung nach § 50 TKG 2003 an die von Telekom Austria geschlossenen Verträge insofern gebunden ist, als im Rahmen der Anwendung der Gleichbehandlungsverpflichtung ein Abweichen von einer konkret von Telekom Austria angebotenen 'Paketlösung' jedenfalls unzulässig sei. Unterstützend verweist Telekom Austria auf das Verfahren R 3/06, in dem die Zulässigkeit von 'Paketen' bestätigt worden sei. Dazu ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in diesem Verfahren eine mögliche Verletzung von Verpflichtungen der Telekom Austria vor dem Hintergrund der damals bestehenden Sach- und Rechtslage zu prüfen war. Vor diesem konkreten Hintergrund - also insbesondere dem Bestehen einer damals aufrechten regulatorischen Anordnung - wurde keine Verletzung von Verpflichtungen festgestellt, weil Telekom Austria der Tele2

auch diese bestehende regulatorische Regelung angeboten hatte. Im Gegensatz zur nunmehr von Telekom Austria vertretenen Meinung wurde aber die konkrete Paketlösung nicht von der Telekom-Control-Kommission in dem Sinn 'akzeptiert', dass diese nunmehr daran gebunden ist und nur diese Kombination insgesamt anordnen kann. Position 6 ('Herstellung der TASL (mit Arbeiten beim Teilnehmer)') wird von den Parteien wiederum in unterschiedlicher Höhe beantragt. Telekom Austria beantragt EUR 109,01, während Tele2 EUR 69,40 beantragt. Der Telekom-Control-Kommission erscheint diesbezüglich auf der Basis der beiderseitigen Anträge die Aufteilung in zwei unterschiedliche Positionen zweckmäßig und zwar in eine Position 6, die für eine Herstellung ohne weitere Vereinbarungen ein Entgelt von EUR 109,01 und weiters in eine Position 6a, die für eine Herstellung mit einer Mindestvertragsdauer von 12 Monaten ein ermäßigtes Entgelt von EUR 69,40, wie von Tele2 beantragt, vorsieht. Letztere Position ist in von Telekom Austria der Regulierungsbehörde nach Paragraph 48, Absatz 3, TKG 2003 angezeigten Verträgen enthalten, weshalb wiederum vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Gleichbehandlung eine derartige Position in die Anordnung aufzunehmen war. Telekom Austria bringt diesbezüglich vor, dass auf Basis der Gleichbehandlungsverpflichtung keine Anordnung erfolgen könne, weil die Umstände nicht vergleichbar seien. Bei diesem Vorbringen setzt Telekom Austria offenbar voraus, dass die Telekom-Control-Kommission im Rahmen einer Anordnung nach Paragraph 50, TKG 2003 an die von Telekom Austria geschlossenen Verträge insofern gebunden ist, als im Rahmen der Anwendung der Gleichbehandlungsverpflichtung ein Abweichen von einer konkret von Telekom Austria angebotenen 'Paketlösung' jedenfalls unzulässig sei. Unterstützend verweist Telekom Austria auf das Verfahren R 3/06, in dem die Zulässigkeit von 'Paketen' bestätigt worden sei. Dazu ist jedoch darauf hinzuweisen, dass in diesem Verfahren eine mögliche Verletzung von Verpflichtungen der Telekom Austria vor dem Hintergrund der damals bestehenden Sach- und Rechtslage zu prüfen war. Vor diesem konkreten Hintergrund - also insbesondere dem Bestehen einer damals aufrechten regulatorischen Anordnung - wurde keine Verletzung von Verpflichtungen festgestellt, weil Telekom Austria der Tele2 auch diese bestehende regulatorische Regelung angeboten hatte. Im Gegensatz zur nunmehr von Telekom Austria vertretenen Meinung wurde aber die konkrete Paketlösung nicht von der Telekom-Control-Kommission in dem Sinn 'akzeptiert', dass diese nunmehr daran gebunden ist und nur diese Kombination insgesamt anordnen kann.

Einerseits ist nämlich gerade die Neuordnung einer regulatorischen Regelung Gegenstand des laufenden Verfahrens, weshalb schon deshalb aus dem Vergleich mit dem genannten Aufsichtsverfahren für Telekom Austria nichts zu gewinnen ist, weil sie derzeit keine regulatorisch angeordnete bzw. akzeptierte Lösung anbietet. Im gegenständlichen Verfahren ist vielmehr - ausgehend von den Anträgen der Parteien - eine die Interessenlage beider Parteien berücksichtigende neue Anordnung zu treffen, die einen fairen Ausgleich dieser beteiligten Interessen iSd in Punkt II.D.2 zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs herstellt. Einerseits ist nämlich gerade die Neuordnung einer regulatorischen Regelung Gegenstand des laufenden Verfahrens, weshalb schon deshalb aus dem Vergleich mit dem genannten Aufsichtsverfahren für Telekom Austria nichts zu gewinnen ist, weil sie derzeit keine regulatorisch angeordnete bzw. akzeptierte Lösung anbietet. Im gegenständlichen Verfahren ist vielmehr - ausgehend von den Anträgen der Parteien - eine die Interessenlage beider Parteien berücksichtigende neue Anordnung zu treffen, die einen fairen Ausgleich dieser beteiligten Interessen iSd in Punkt römisch zwei.D.2 zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs herstellt.

Andererseits übersieht Telekom Austria, dass Teile der Paketlösung, auf die sie sich beruft, nicht ihren regulatorischen Verpflichtungen entsprechen. Konkret ist laut Telekom Austria eine Verknüpfung mit einer Kollokationsmiete iHv EUR 10 pro Quadratmeter vorgesehen, die nicht der auch im gegenständlichen Bescheid angeordneten Regelung entspricht, sondern höhere als die regulierten Entgelte vorsieht. Die Berücksichtigung dieser überhöhten Entgelte scheidet im Rahmen der gegenständlichen Anordnung daher aus, woraus Telekom Austria den unrichtigen Schluss zieht, dass die Paketlösung insgesamt nicht berücksichtigt werden kann, weil sie auch nur in dieser Form angeboten wird. Dabei ist Telekom Austria zwar insofern Recht zu geben, als die Gleichbehandlungsverpflichtung nur bei gleichen Umständen greift. Das Anbieten (bzw. aus Nachfragersicht das Akzeptieren) überhöhter Entgelte ist jedoch nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bei der Beurteilung des Vorliegens gleicher Umstände nicht zu berücksichtigen, wenn und soweit gemeinsam auch wettbewerbliche Vorteile für die Nachfrager verbunden sind. Das einigen Wettbewerbern der Tele2 am Markt - wenn auch gemeinsam mit überhöhten Kollokationsmieten - faktisch angebotene Herstellungsentgelt iHv EUR 69,40 stellt einen solchen Vorteil für diese Betreiber dar und beinhaltet daher umgekehrt das Potenzial von Wettbewerbsverfälschungen zu Ungunsten der Tele2, die die überhöhten Entgelte für Kollokationsmieten nicht akzeptiert. Derartige Wettbewerbsverfälschungen sollen allerdings durch die

Gleichbehandlungsverpflichtung des Bescheides M 12/06 zum Schutz des Wettbewerbs gerade unterbunden werden. Zudem ist im Rahmen der im gegenständlichen Verfahren nach § 50 TKG 2003 vorzunehmenden Interessenabwägung auch das Interesse der Tele2, nicht von Wettbewerbsverfälschungen negativ betroffen zu werden, zu berücksichtigen. Andererseits übersieht Telekom Austria, dass Teile der Paketlösung, auf die sie sich beruft, nicht ihren regulatorischen Verpflichtungen entsprechen. Konkret ist laut Telekom Austria eine Verknüpfung mit einer Kollokationsmiete iHv EUR 10 pro Quadratmeter vorgesehen, die nicht der auch im gegenständlichen Bescheid angeordneten Regelung entspricht, sondern höhere als die regulierten Entgelte vorsieht. Die Berücksichtigung dieser überhöhten Entgelte scheidet im Rahmen der gegenständlichen Anordnung daher aus, woraus Telekom Austria den unrichtigen Schluss zieht, dass die Paketlösung insgesamt nicht berücksichtigt werden kann, weil sie auch nur in dieser Form angeboten wird. Dabei ist Telekom Austria zwar insofern Recht zu geben, als die Gleichbehandlungsverpflichtung nur bei gleichen Umständen greift. Das Anbieten (bzw. aus Nachfragersicht das Akzeptieren) überhöhter Entgelte ist jedoch nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission bei der Beurteilung des Vorliegens gleicher Umstände nicht zu berücksichtigen, wenn und soweit gemeinsam auch wettbewerbliche Vorteile für die Nachfrager verbunden sind. Das einigen Wettbewerbern der Tele2 am Markt - wenn auch gemeinsam mit überhöhten Kollokationsmieten - faktisch angebotene Herstellungsentgelt iHv EUR 69,40 stellt einen solchen Vorteil für diese Betreiber dar und beinhaltet daher umgekehrt das Potenzial von Wettbewerbsverfälschungen zu Ungunsten der Tele2, die die überhöhten Entgelte für Kollokationsmieten nicht akzeptiert. Derartige Wettbewerbsverfälschungen sollen allerdings durch die Gleichbehandlungsverpflichtung des Bescheides M 12/06 zum Schutz des Wettbewerbs gerade unterbunden werden. Zudem ist im Rahmen der im gegenständlichen Verfahren nach Paragraph 50, TKG 2003 vorzunehmenden Interessenabwägung auch das Interesse der Tele2, nicht von Wettbewerbsverfälschungen negativ betroffen zu werden, zu berücksichtigen.

Nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission kann aus dem Gesagten umgekehrt aber nicht der Schluss gezogen werden, dass jedes Entgelt (bzw. jeder sonstige Bestandteil des Pakets) ausschließlich isoliert zu betrachten ist und daher ohne die übrigen (zulässigen) Bestandteile der Paketlösung verlangt werden kann. Vielmehr ist dabei wiederum das Interesse der Telekom Austria zu berücksichtigen, dass der zulässige und damit auch einer regulatorischen Anordnung zugängliche sonstige Bestandteil der Paketlösung, die 12-monatige Bindung, sehr wohl auch bei der gegenständlichen Anordnung berücksichtigt wird.

Im Schriftsatz vom 15.09.2008 bringt Tele2 weiters vor, dass die Anordnung auch vorsehen sollte, dass die geringeren Herstellertgelte mit Bindungsfrist rückwirken sollen. Diesem Antrag kommt die Telekom-Control-Kommission deshalb nicht nach, weil eine (nachträgliche) Anordnung gerade bei einer Mindestvertragsdauer nicht sinnvoll erscheint, da diese im Anordnungszeitpunkt notwendigerweise bereits (teilweise) abgelaufen ist. Das Herstellertgelt gilt daher, wie die anderen Regelungen des Bescheides mit Ausnahme der monatlichen TASL-Miete, erst pro futuro.

Insgesamt geht die Telekom-Control-Kommission daher davon aus, dass einerseits die im Rahmen der vorzunehmenden Prüfung relevanten Umstände 'vergleichbar' iSd Gleichbehandlungsverpflichtung sind und dass andererseits auch die Abwägung der beteiligten Interessen eine Anordnung des geringeren Herstellungsentgelts mit 12-monatiger Bindung in Position 6a, wenn auch nur pro futuro, erfordert, so dass spruchgemäß zu entscheiden war.

Zum gegenständlichen Thema weist die Telekom-Control-Kommission abschließend darauf hin, dass 'Paketlösungen' - auch laut dem im Verfahren eingeholten ökonomischen Ergänzungsgutachten vom Februar 2008 - ökonomisch durchaus sinnvoll sein können und daher auch nicht gänzlich untersagt sind. Dabei ist jedoch allgemein zu berücksichtigen, dass regulatorischen Verpflichtungen widersprechende Vertragsbestandteile auch als Teil eines derartigen Paketes nicht zulässig sein werden, was insbesondere für überhöhte Entgelte gilt. Telekom Austria beruft sich allerdings auch selbst auf andere als entgeltbezogene Parameter bei Paketen ('prozesseitiges Entgegenkommen', Mindestvertragsdauer), so dass Paketlösungen unter dieser Prämisse auch künftig zulässig sein können, so dass entgegen der Meinung der Telekom Austria mit der gegenständlichen Entscheidung nicht beabsichtigt ist, derartigen Vereinbarungen 'endgültig einen Riegel vorzuschieben.' Eine genauere Betrachtung der Situation wird - unter Berücksichtigung der gemachten Erfahrungen - in den nächsten Marktanalyseverfahren vorgenommen werden."

Unter Punkt 5.2.7 schließlich führte die belangte Behörde betreffend der Pönale (Punkt 4 des Anhang 8) aus, dass die entsprechenden Regelungen seitens der Parteien grundsätzlich übereinstimmend beantragt worden seien und der bisherigen Regulierungspraxis entsprächen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei erwogen:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde im Wesentlichen Entgeltfestlegungen für den entbündelten Netzzugang der beschwerdeführenden Partei zu Teilnehmeranschlussleitungen der mitbeteiligten Partei getroffen. Der angefochtene Bescheid stützt sich u.a. auf die Bestimmungen der §§ 41, 48 und 50 Telekommunikationsgesetz 2003 idF BGBl I Nr 133/2005 (TKG 2003) in Verbindung mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45. 1. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde im Wesentlichen Entgeltfestlegungen für den entbündelten Netzzugang der beschwerdeführenden Partei zu Teilnehmeranschlussleitungen der mitbeteiligten Partei getroffen. Der angefochtene Bescheid stützt sich u.a. auf die Bestimmungen der Paragraphen 41, 48 und 50 Telekommunikationsgesetz 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 133 aus 2005, (TKG 2003) in Verbindung mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45.

2. Die genannten Bestimmungen des TKG 2003 lauten - auszugsweise - wie folgt:

"Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

§ 41. (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Paragraph 41, (1) Die Regulierungsbehörde kann Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren.

1. (2) Absatz 2, Dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht können insbesondere folgende Verpflichtungen auferlegt werden:

1. Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben;
2. Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte;
3. bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern;
4. Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen;
5. Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze erforderlich sind;
6. Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten;
7. Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen;
8. Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie
9. Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen.

1. (3) Absatz 3, Bei Auferlegung der Verpflichtungen gemäß Abs. 2 hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen: Bei Auferlegung der Verpflichtungen gemäß Absatz 2, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen im Hinblick auf die Geschwindigkeit der Marktentwicklung, wobei die Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs berücksichtigt werden;
2. Möglichkeit der Gewährung des Zugangs im Hinblick auf die verfügbare Kapazität;
3. Anfangsinvestition des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken;
 1. 4. Ziffer 4
Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs;
 2. 5. Ziffer 5

gewerbliche Schutzrechte oder Rechte an geistigem Eigentum;

3. 6.Ziffer 6

Bereitstellung europaweiter Dienste.

Pflicht zur Zusammenschaltung

§ 48. (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.Paragraph 48, (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

...

Anrufung der Regulierungsbehörde

§ 50. (1) Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 41, 44 Abs. 1 und 2, 47 oder 46 Abs. 2 auferlegt worden sind oder der nach § 23 Abs. 2, § 48 oder § 49 Abs. 3 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes eine Vereinbarung über die nach §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 44 Abs. 1 und 2, 46 Abs. 2, 47, 48 oder § 49 Abs. 3 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.Paragraph 50, (1) Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach Paragraphen 38, 41, 44, Absatz eins und 2, 47 oder 46 Absatz 2, auferlegt worden sind oder der nach Paragraph 23, Absatz 2,, Paragraph 48, oder Paragraph 49, Absatz 3, verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes eine Vereinbarung über die nach Paragraphen 23, Absatz 2, 38, 41, 44, Absatz eins und 2, 46 Absatz 2, 47, 48, oder Paragraph 49, Absatz 3, bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

..."

3. Mit Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, hat die belangte Behörde gemäß § 37 Abs 2 erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitung und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" im Sinne des § 1 Z 13 TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1). 3. Mit Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, hat die belangte Behörde gemäß Paragraph 37, Absatz 2, erster Satz TKG 2003 festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Markt "entbündelter Zugang einschließlich gemeinsamen Zugangs zu Drahtleitung und Teilabschnitten davon für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten (Vorleistungsmarkt)" im Sinne des Paragraph eins, Ziffer 13, TKMVO 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt (Spruchpunkt 1).

Mit Spruchpunkt 2 dieses Bescheides wurden der mitbeteiligten Partei gemäß§ 37 Abs 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:Mit Spruchpunkt 2 dieses Bescheides wurden der mitbeteiligten Partei gemäß Paragraph 37, Absatz 2, TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

"2.1. Telekom Austria AG hat gemäß § 41 TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen zu gewähren. "2.1. Telekom Austria AG hat gemäß Paragraph 41, TKG 2003 den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz einschließlich Teilabschnitten davon (Teilentbündelung), gemeinsamen Zugang (shared use) und dafür notwendige Annex-Leistungen zu gewähren.

2.2. Telekom Austria AG hat hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß § 38 TKG 2003 gleich zu behandeln, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen

bereitzustellen. 2.2. Telekom Austria AG hat hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gemäß Paragraph 38, TKG 2003 gleich zu behandeln, d.h. ihnen unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten und ihnen Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität wie für ihre eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen bereitzustellen.

2.3. Telekom Austria AG hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 bis längstens 31.01.2007 ein Standardangebot betreffend die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Sämtliche Leistungen sind hinreichend entbündelt, d. h. derart aufgegliedert anzubieten, dass nur solche zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden. Dieses Standardangebot hat zumindest folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen: 2.3. Telekom Austria AG hat gemäß Paragraph 38, Absatz 3, TKG 2003 bis längstens 31.01.2007 ein Standardangebot betreffend die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen auf ihrer Unternehmenshomepage zu veröffentlichen und laufend auf aktuellem Stand zu halten. Sämtliche Leistungen sind hinreichend entbündelt, d. h. derart aufgegliedert anzubieten, dass nur solche zu bezahlen sind, die auch tatsächlich benötigt werden. Dieses Standardangebot hat zumindest folgende näher zu bestimmende Mindestinhalte aufzuweisen:

- -Strichaufzählung
Detaillierte Aufgliederung der anordnungsgegenständlichen Leistungen sowie das jeweils dafür zu entrichtende Entgelt,
- -Strichaufzählung
Prozedere hinsichtlich Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der anordnungsgegenständlichen Leistungen inklusive wechselseitiger Pönaleregulungen,
- -Strichaufzählung
Bestimmungen hinsichtlich Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung bzw. des Teilabschnitts (ohne vorgeschalteter Übertragungs- oder Vermittlungstechnik) bzw. des gemeinsamen Zugangs,
- -Strichaufzählung
Spezifikationen des physischen Zugangs zu relevanten Schnittstellen,
- -Strichaufzählung
Spezifikationen des physischen Zugangs zu einem Hauptverteiler,
- -Strichaufzählung
Spezifikationen der Übertragungssysteme und Netzverträglichkeit.

2.4. Telekom Austria AG hat gemäß § 42 TKG 2003 die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen ungebündelt maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung ('Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs' - FL-LRAIC) anzubieten. 2.4. Telekom Austria AG hat gemäß Paragraph 42, TKG 2003 die unter Spruchpunkt 2.1. genannten Leistungen ungebündelt maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung ('Forward Looking - Long Run Average Incremental Costs' - FL-LRAIC) anzubieten.

2.5. Telekom Austria AG hat gemäß § 40 Abs. 1 TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln ('getrennte Buchführung'). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen: 2.5. Telekom Austria AG hat gemäß Paragraph 40, Absatz eins, TKG 2003 zur Verhinderung unerlaubter Quersubventionierung ihre Kosten und Erträge auf dem gegenständlichen Markt getrennt von den übrigen von ihr angebotenen Produkten und gegliedert nach den Märkten der TKMVO 2003 in einem Kostenrechnungssystem aufzuschlüsseln ('getrennte Buchführung'). In diesem Zusammenhang sind entsprechend den Anforderungen der Regulierungsbehörde zumindest folgende Informationen bereitzustellen:

- -Strichaufzählung
Erträge,
- -Strichaufzählung
Kosten (unterscheidbar nach Personalkosten, Kosten für Abschreibungen von Anlagegütern, Kapitalkosten und sonstigen Kosten),
- -Strichaufzählung

detaillierter Anlagenspiegel des Unternehmens, Personalkennzahlen, Kostentreiber wie insbesondere die Anzahl der Leitungen und sonstige für die Überprüfung der Kostenrechnung notwendige Informationen.

2.6. Telekom Austria AG hat ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen gemäß § 42 Abs. 1 S. 1 TKG 2003 möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist." 2.6. Telekom Austria AG hat ein Kostenrechnungssystem im Sinne des Spruchpunktes 2.5. einzusetzen, auf welchem aufbauend eine Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinsichtlich der gemäß Spruchpunkt 2.1. bereitzustellenden Zugangsleistungen gemäß Paragraph 42, Absatz eins, S. 1 TKG 2003 möglich ist und welches die in Spruchpunkt 2.5. angeführten Kostenarten ausweist."

4. Vor diesem Hintergrund war die mitbeteiligte Partei verpflichtet, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in ihrem Netz (einschließlich Teilentbündelung und gemeinsamen Zugang) und dafür notwendige Annex-Leistungen ungebündelt maximal zu den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung (FL-LRAIC) anzubieten, dafür ein Standardangebot zu veröffentlichen und die Gleichbehandlungsverpflichtung zu berücksichtigen. Auf Grund der auferlegten Verpflichtung zur Kostenorientierung oblag es zudem der mitbeteiligten Partei, nachzuweisen, dass sich die Entgelte aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen; sie hatte dazu weiters ein Kostenrechnungssystem einzusetzen, auf dem aufbauend die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung möglich war.

5. Die mitbeteiligte Partei als marktbeherrschendes Unternehmen hat nicht nur die sektorspezifischen, sondern auch die allgemeinen Wettbewerbsregeln einzuhalten (vgl das hg Erkenntnis vom 29. Oktober 2009, ZI 2005/03/0002, mwN).

5. Die mitbeteiligte Partei als marktbeherrschendes Unternehmen hat nicht nur die sektorspezifischen, sondern auch die allgemeinen Wettbewerbsregeln einzuhalten vergleiche , das hg Erkenntnis vom 29. Oktober 2009, ZI 2005/03/0002, mwN).

Die Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauchs hat daher unter Berücksichtigung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft zu erfolgen.

Gemäß Art 102 AEUV (vormals Art 82 EGV) ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Preisgestaltung eines vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmens - wie der mitbeteiligten Partei - in beherrschender Stellung auf dem Markt für Vorleistungen, die insofern zu einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze; Margenbeschneidung) führt, als (auch ebenso effiziente) Mitbewerber nicht mehr in der Lage sind, ihre eigenen spezifischen Kosten in der Differenz zwischen den Vorleistungs- und den Entkundenentgelten zu decken, kann ein Missbrauch im Sinne von Art 102 AEUV sein (vgl die Urteile des Gerichtshofes vom 17. Februar 2011, Rs C-52/09, TeliaSonera, und vom 14. Oktober 2010, Rs C-280/08P, Deutsche Telekom). Gemäß Artikel 102, AEUV (vormals Artikel 82, EGV) ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Preisgestaltung eines vertikal integrierten Telekommunikationsunternehmens - wie der mitbeteiligten Partei - in beherrschender Stellung auf dem Markt für Vorleistungen, die insofern zu einer Preis-Kosten-Schere (margin squeeze; Margenbeschneidung) führt, als (auch ebenso effiziente) Mitbewerber nicht mehr in der Lage sind, ihre eigenen spezifischen Kosten in der Differenz zwischen den Vorleistungs- und den Entkundenentgelten zu decken, kann ein Missbrauch im Sinne von Artikel 102, AEUV sein vergleiche , die Urteile des Gerichtshofes vom 17. Februar 2011, Rs C-52/09, TeliaSonera, und vom 14. Oktober 2010, Rs C-280/08P, Deutsche Telekom).

Die belangte Behörde hatte bei der Entgeltsfestsetzung also auch die mit Blick auf margin squeeze zu ziehenden Preisgrenzen zu beachten.

6.1. Die beschwerdeführende Partei macht als Beschwerdepunkt die "Verletzung des gesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechts auf Festlegung der von der Beschwerdeführerin für die Nutzung der Teilnehmeranschlussleitungen ('TASLen') bzw der Teilabschnitte an die mitbeteiligte Partei zu zahlende angemessene Entgelte (laufendes Entgelt und Herstellungsentgelt), sowie auf Festlegung eines angemessenen Entgeltes für die Inanspruchnahme der physischen

Kollokation und die Beantwortung von Voranfragen, sowie schließlich auf Festlegung angemessener Bestimmungen über Pönaen durch die Telekom-Control-Kommission gemäß § 50 TKG" geltend. 6.1. Die beschwerdeführende Partei macht als Beschwerdepunkt die "Verletzung des gesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechts auf Festlegung der von der Beschwerdeführerin für die Nutzung der Teilnehmeranschlussleitungen ('TASLen') bzw der Teilabschnitte an die mitbeteiligte Partei zu zahlende angemessene Entgelte (laufendes Entgelt und Herstellungsentgelt), sowie auf Festlegung eines angemessenen Entgeltes für die Inanspruchnahme der physischen Kollokation und die Beantwortung von Voranfragen, sowie schließlich auf Festlegung angemessener Bestimmungen über Pönaen durch die Telekom-Control-Kommission gemäß Paragraph 50, TKG" geltend.

6.2. Soweit die belangte Behörde dazu in ihrer Gegenschrift vorbringt, der beschwerdeführenden Partei stehe ein solches Recht nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht zu, weil die mitbeteiligte Partei verpflichtet sei, die gegenständlichen Leistungen zu kostenorientierten Entgelten nach dem Maßstab FL-LRAIC anzubieten, während das allgemeinere Angemessenheitskriterium nicht zur Anwendung komme, kann gemäß § 43 Abs 2 VwGG auf das hg Erkenntnis vom 25. März 2009, Zlen 2008/03/0021, 0022, verwiesen werden; aus den in diesem Erkenntnis dargelegten Gründen erweist sich auch im vorliegenden Beschwerdefall der in der Gegenschrift der belangten Behörde erhobene Einwand hinsichtlich des Beschwerdepunkts als nicht berechtigt. 6.2. Soweit die belangte Behörde dazu in ihrer Gegenschrift vorbringt, der beschwerdeführenden Partei stehe ein solches Recht nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen nicht zu, weil die mitbeteiligte Partei verpflichtet sei, die gegenständlichen Leistungen zu kostenorientierten Entgelten nach dem Maßstab FL-LRAIC anzubieten, während das allgemeinere Angemessenheitskriterium nicht zur Anwendung komme, kann gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG auf das hg Erkenntnis vom 25. März 2009, Zlen 2008/03/0021, 0022, verwiesen werden; aus den in diesem Erkenntnis dargelegten Gründen erweist sich auch im vorliegenden Beschwerdefall der in der Gegenschrift der belangten Behörde erhobene Einwand hinsichtlich des Beschwerdepunkts als nicht berechtigt.

7.1. Die beschwerdeführende Partei macht - unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts - geltend, der angefochtene Bescheid verfehle die Regulierungsziele des § 1 TKG 2003. Das Ziel, durch Förderung des Wettbewerbs die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsleistungen zu gewährleisten, erfordere einen nachhaltigen Wettbewerb auf den Zugangsmärkten, wofür faire Rahmenbedingungen für die Entbündelung geschaffen werden müssten. Im letzten Marktanalysebescheid M 12/06- 45 vom 18. Dezember 2006 sei der mitbeteiligten Partei im relevanten Entbündelungsmarkt ein Marktanteil von unverändert nahezu 100 % attestiert und darüber hinaus festgestellt worden, dass sich die Entbündelung von niedrigem absolutem Niveau entwickle; daran habe sich bis heute wenig geändert, was belege, dass kein nachhaltiger Wettbewerb im genannten Marktsegment stattfinde. Ursächlich für die Stagnation bei der Entbündelung sei vor allem die seit jeher überhöht angeordnete monatliche Miete für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen, die keine Investitionsanreize für alternative Anbieter in diesem Bereich böte. Dadurch würden überdies andere, weniger leistungsfähige Technologien zu Lasten der Entbündelung bevorzugt, obwohl die entbündelte Kupferleitung unverändert die volkswirtschaftlich effizienteste, technisch ausgereifteste und zudem flächendeckend bereits verfügbare Technologie darstelle, um Breitband der breiten Bevölkerungsmasse auch in ruralen Gebieten zugänglich zu machen. Damit stehe die angeordnete monatliche Miete für entbündelte TASLen im diametralen Gegensatz zu den Regulierungszielen des § 1 Abs 2 TKG 2003, der vorrangig die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten durch Förderung effizienter Infrastruktur Investitionen und Innovationen vorsehe. Bei entsprechender Berücksichtigung dieser Vorgaben hätte die belangte Behörde zu einer anderen, für die beschwerdeführende Partei günstigeren Entscheidung kommen müssen. 7.1. Die beschwerdeführende Partei macht - unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts - geltend, der angefochtene Bescheid verfehle die Regulierungsziele des Paragraph eins, TKG 2003. Das Ziel, durch Förderung des Wettbewerbs die Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit zuverlässigen, preiswerten, hochwertigen und innovativen Kommunikationsleistungen zu gewährleisten, erfordere einen nachhaltigen Wettbewerb auf den Zugangsmärkten, wofür faire Rahmenbedingungen für die Entbündelung geschaffen werden müssten. Im letzten Marktanalysebescheid M 12/06- 45 vom 18. Dezember 2006 sei der mitbeteiligten Partei im relevanten Entbündelungsmarkt ein Marktanteil von unverändert nahezu 100 % attestiert und darüber hinaus festgestellt worden, dass sich die Entbündelung von niedrigem absolutem Niveau entwickle; daran habe sich bis heute wenig geändert, was belege, dass kein nachhaltiger Wettbewerb im genannten Marktsegment stattfinde. Ursächlich für die Stagnation bei der Entbündelung sei vor allem die seit jeher überhöht angeordnete

monatliche Miete für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen, die keine Investitionsanreize für alternative Anbieter in diesem Bereich böte. Dadurch würden überdies andere, weniger leistungsfähige Technologien zu Lasten der Entbündelung bevorzugt, obwohl die entbündelte Kupferleitung unverändert die volkswirtschaftlich effizienteste, technisch ausgereifteste und zudem flächendeckend bereits verfügbare Technologie darstelle, um Breitband der breiten Bevölkerungsmasse auch in ruralen Gebieten zugänglich zu machen. Damit stehe die angeordnete monatliche Miete für entbündelte TASLen im diametralen Gegensatz zu den Regulierungszielen des Paragraph eins, Absatz 2, TKG 2003, der vorrangig die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten durch Förderung effizienter Infrastruktur Investitionen und Innovationen vorsehe. Bei entsprechender Berücksichtigung dieser Vorgaben hätte die belangte Behörde zu einer anderen, für die beschwerdeführende Partei günstigeren Entscheidung kommen müssen.

7.2. Mit diesem Vorbringen wird eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt.

Zunächst ist festzuhalten, dass die in § 1 TKG 2003 - in Umsetzung des Art 8 der Rahmenrichtlinie - festgelegten Gesetzesziele "vor allem auch zur Orientierung bei der Vollziehung des Gesetzes" (Erl zur RV 128 BlgNR 22. GP, S 3) dienen und (auch) die belangte Behörde nach § 34 Abs 1 TKG 2003 aufgerufen ist, durch die im 5. Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen die Ziele des § 1 Abs 2 TKG 2003 zu verwirklichen. Auch bei der Erlassung des angefochtenen - in einem Verfahren nach § 50 Abs 1 TKG 2003 ergangenen - Bescheids war die belangte Behörde daher gehalten, die Regulierungsziele zu berücksichtigen (vgl das hg Erkenntnis vom 27. Jänner 2011, ZI 2007/03/0218). Zunächst ist festzuhalten, dass die in Paragraph eins, TKG 2003 - in Umsetzung des Artikel 8, der Rahmenrichtlinie - festgelegten Gesetzesziele "vor allem auch zur Orientierung bei der Vollziehung des Gesetzes" (Erl zur Regierungsvorlage 128, BlgNR 22. GP, S 3) dienen und (auch) die belangte Behörde nach Paragraph 34, Absatz eins, TKG 2003 aufgerufen ist, durch die im 5. Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen die Ziele des Paragraph eins, Absatz 2, TKG 2003 zu verwirklichen. Auch bei der Erlassung des angefochtenen - in einem Verfahren nach Paragraph 50, Absatz eins, TKG 2003 ergangenen - Bescheids war die belangte Behörde daher gehalten, die Regulierungsziele zu berücksichtigen vergleiche , das hg Erkenntnis vom 27. Jänner 2011, ZI 2007/03/0218).

Das Beschwerdevorbringen zeigt allerdings nicht auf, dass die belangte Behörde dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wäre. Die Beschwerde beschränkt sich auf die Behauptung, die Regulierungsziele seien verfehlt worden bzw das festgelegte Entgelt stehe "im diametralen Gegensatz zu den Regulierungszielen", ohne dass dies näher begründet würde. Mit diesem Vorbringen vermag die beschwerdeführende Partei keine Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen.

8.1. Die beschwerdeführende Partei macht weiter geltend, der Umstand, dass im angefochtenen Bescheid als Wirksamkeitszeitpunkt für das Inkrafttreten der Regelung betreffend das ermäßigte Herstellertgelt nach Position 6a des Anhangs 8 (EUR 69,40 anstelle EUR 109,01 bei Eingehen einer Mindestvertragsdauer von 12 Monaten) nicht wie beim laufenden Entgelt der 1. März 2007, sondern erst das Datum der Anordnung durch den angefochtenen Bescheid festgelegt worden sei, begründe einen Verstoß gegen die Gleichbehandlungsverpflichtung der mitbeteiligten Partei. Diese habe nämlich - entgegen der ihr im Marktanalysebescheid auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung - der beschwerdeführenden Partei trotz mehrfacher Nachfrage die anderen Wettbewerbern angebotenen reduzierten Herstellertgelte verweigert, die beschwerdeführende Partei damit diesen anderen Anbietern gegenüber diskriminiert. Die Überlegung der belangten Behörde, eine Rückwirkung könne bei einer Mindestvertragsdauer nicht sinnvoll erscheinen, könne den eklatanten Verstoß gegen die Gleichbehandlungsverpflichtung nicht rechtfertigen. Die belangte Behörde hätte daher entweder die generelle Anwendung des reduzierten Entgelts nach Position 6a anordnen müssen, zumindest aber für die seit dem 15. November 2007 erfolgten Einrichtungen, sofern der Entbündelungspartner nach Zustellung der Anordnung erkläre, für eine solche Einrichtung eine zwölfmonatige Mindestvertragsdauer einzugehen.

8.2. Dieses Vorbringen ist zielführend.

8.2.1. Die beschwerdeführende Partei hatte im Verfahren vor der belangten Behörde als Entgelt für die Herstellung der TASL EUR 69,40, die mitbeteiligte Partei EUR 109,01 beantragt. Die belangte Behörde hat die vorgenommene "Splittung" (Position 6 - EUR 109,01; Position 6a - EUR 69,40 bei 12 Monaten Mindestvertragsdauer) damit begründet, dass ein ermäßigtes Herstellertgelt von EUR 69,40 in von der mitbeteiligten Partei der Regulierungsbehörde angezeigten Verträgen enthalten sei, weshalb vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Gleichbehandlung eine derartige Position in die Anordnung aufzunehmen gewesen sei. Sie hat dabei das Argument der mitbeteiligten Partei,

die Umstände seien nicht vergleichbar, weil die "Paketlösung", die ein ermäßigtes Herstellergeld von EUR 69,40 biete, nicht nur eine Mindestvertragsdauer von 12 Monaten beinhalte, sondern auch die Verpflichtung der Vertragspartner der mitbeteiligten Partei zur Zahlung einer Kollokationsmiete in Höhe von EUR 10,- pro Quadratmeter, damit verworfen, dass die Kollokationsmiete - als nicht den regulierten Entgelten entsprechend - überhöht sei und deshalb in die Beurteilung nicht einbezogen werden dürfe. Die Auffassung der mitbeteiligten Partei, die Paketlösung sei insgesamt nicht zu berücksichtigen, sei deshalb unzutreffend. Vielmehr stelle der Umstand, dass einigen Wettbewerbern der beschwerdeführenden Partei am Markt faktisch ein Herstellungsentgelt von bloß EUR 69,40, (wenngleich gemeinsam mit überhöhten Kollokationsmieten) angeboten würde, einen wettbewerblichen Vorteil für diese Betreiber dar, der das Potential von Wettbewerbsverfälschungen zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei beinhalte, welche die überhöhten Entgelte für Kollokationsmieten nicht akzeptiere. Gerade derartige Wettbewerbsverfälschungen sollten durch die Gleichbehandlungsverpflichtung entsprechend dem Bescheid M 12/06 unterbunden werden. Es sei dabei auch nicht etwa jedes Entgelt bzw jeder Bestandteil des Pakets isoliert zu betrachten und könne daher auch nicht ohne die übrigen zulässigen Paketbestandteile verlangt werden. Zulässig sei aber die für die Einräumung des reduzierten Entgelts geforderte 12 Monatsbindung. Entgegen dem Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Festlegung einer auch diesbezüglichen Rückwirkung sei dies nicht vorzusehen gewesen, weil eine nachträgliche Anordnung bei einer Mindestvertragsdauer nicht sinnvoll erscheine, da diese im Anordnungszeitpunkt notwendigerweise bereits (teilweise) abgelaufen sei.

8.2.2. Bei einer - im Beschwerdefall vorliegenden - Entscheidung über eine Zusammenschaltungsstreitigkeit gemäß den §§ 48 und 50 TKG 2003 ist die Herstellung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien gefordert (vgl das hg Erkenntnis vom 30. Juni 2011, ZI 2009/03/0001, mwN). Vor dem Hintergrund der marktbeherrschenden Stellung der mitbeteiligten Partei auf dem in Rede stehenden Markt und der ihr mit Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.2 des genannten Bescheids war die belangte Behörde zudem gehalten, die Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 38 TKG 2003 zu beachten. 8.2.2. Bei einer - im Beschwerdefall vorliegenden - Entscheidung über eine Zusammenschaltungsstreitigkeit gemäß den Paragraphen 48, und 50 TKG 2003 ist die Herstellung eines fairen Ausgleichs der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien gefordert vergleiche , das hg Erkenntnis vom 30. Juni 2011, ZI 2009/03/0001, mwN). Vor dem Hintergrund der marktbeherrschenden Stellung der mitbeteiligten Partei auf dem in Rede stehenden Markt und der ihr mit Bescheid vom 18. Dezember 2006, ZI M 12/06-45, auferlegten Gleichbehandlungsverpflichtung nach Spruchpunkt 2.2 des genannten Bescheids war die belangte Behörde zudem gehalten, die Gleichbehandlungsverpflichtung nach Paragraph 38, TKG 2003 zu beachten.

Sie hat denn auch, in diesbezüglich nicht zu beanstandender Weise, die Gleichbehandlungsverpflichtung der mitbeteiligten Partei als entscheidende Grundlage für die Festsetzung eines (ermäßigten) Herstellungsentgelts von EUR 69,40 angesehen. Der belangten Behörde kann auch insofern nicht entgegen getreten werden, als sie den Umstand, dass seitens der mitbeteiligten Partei im Rahmen der "Paketlösung" überhöhte Kollokationsmieten verlangt wurden, zur Beurteilung der Reichweite der Gleichbehandlungsverpflichtung ausgeklammert hat. Die dargestellte Begründung allerdings, warum das ermäßigte Herstellungsentgelt erst pro futuro in Kraft treten soll, erscheint im Lichte des Vorbringens der Verfahrensparteien unschlüssig:

Der hervorgehobene Umstand, dass im Anordnungszeitpunkt die (Mindest-)Vertragsdauer bereits notwendigerweise zumindest teilweise abgelaufen sei, ist kein Charakteristikum des Beschwerdefalls, stellt vielmehr für Zusammenschaltungsstreitigkeiten geradezu den Regelfall dar. Immerhin trifft die vorliegende, mit dem angefochtenen Bescheid vom 27. Oktober 2008 getroffene Anordnung entsprechend ihrem Punkt 8.5 Entgeltregelungen für den Zeitraum von 1. März 2008 bis 31. Dezember 2008; dieser Zeitraum war bei Erlassung des angefochtenen Bescheids bereits größtenteils verstrichen. Eine Regelung, welche entgegen dem verfahrenseinleitenden Sachantrag das Inkrafttreten einer zentralen, in Umsetzung der Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlichen Entgeltbestimmung trotz des Umstands, dass anderen Wettbewerbern des Marktbeherrschers die in Rede stehenden niedrigeren Entgelte bereits in der Vergangenheit gewährt wurden, erst pro futuro vorsieht, wird dem Gleichbehandlungsgebot nicht gerecht. Würde nämlich, wie mit dem angefochtenen Bescheid verfügt, die Ermöglichung eines ermäßigten Herstellergeltes erst mit (Zustellung der) Anordnung wirksam, bliebe es bei der bis dahin vorgenommenen, verpönten Diskriminierung der beschwerdeführenden Partei, der die Möglichkeit genommen worden war, zu einem ermäßigten Herstellergelt abschließen zu können. Zudem bildet eine derartige Vorgangsweise

einen Anreiz für den Marktbeherrscher, anstelle dem Primat einer vertraglichen Einigung sich auf ein Verfahren vor der Regulierungsbehörde einzulassen. Die von der belangten Behörde für erforderlich erachtete Verknüpfung der Einräumung eines ermäßigten Herstellertgelts mit einer Mindestvertragsdauer von 12 Monaten wäre, wie die Beschwerde zutreffend vorbringt, auch mit einer rückwirkenden Regelung zu erreichen gewesen.

9.1. Die beschwerdeführende Partei macht weiter geltend, die in Position 4a des Anhang 8 unter dem Titel Pauschalentgelte enthaltene "Pönaleregulierung" sei unangemessen und nicht gerechtfertigt. Sie sei nämlich verschuldensunabhängig ausgestaltet und solle auch dann zur Anwendung kommen, wenn es zu einer vom Entbündelungspartner nicht zu verhindernden Stornierung kommt, sofern die Ursache nur in seiner Einflussosphäre liege. Vor dem Hintergrund, dass der Entbündelungspartner regelmäßig ein Eigeninteresse an der Durchführung von Entbündelungen habe, weshalb es nicht notwendig sei, durch Vereinbarung einer Pönaleregulierung einen zusätzlichen Erfüllungsdruck herbeizuführen, sei es nicht ausgewogen, in diesem Fall verschuldensunabhängige Pönalen anzusetzen, während die den Marktbeherrscher treffenden, in Punkt 4 des Anhang 8 geregelten Pönalen, verschuldensabhängig ausgestaltet seien.

9.2. Mit diesem Vorbringen wird eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt.

Im angefochtenen Bescheid wurden unter der Überschrift

"2.2.1 Pauschalentgelte" unter der Position 4a mit der Leistungsbeschreibung "Storno wegen falscher Namen, Adressen oder HVT-Standorte" ein einmaliges Entgelt in der Höhe von EUR 15,-- festgelegt. Die Positionen 4b bis 4c betreffen ebenfalls Stornokosten, wobei die Entgelthöhe differenziert nach der zeitlichen Nähe zum vorgesehenen Umschalttermin (EUR 25,-- bei Storno bis drei Arbeitstage vor Umschaltetermin, EUR 31,50 später als drei Arbeitstage vor Umschaltetermin; EUR 46,50 bei Storno nach Terminverschiebung).

Die belangte Behörde hat diesbezüglich festgestellt (Seite 17 des Bescheids), dass für Storni von Bestellungen wegen falscher Namen, Adressen oder HVT Standorte bei der mitbeteiligten Partei Tätigkeiten im Ausmaß von etwa 15 Minuten anfallen. Ein Vergleich mit den Verrechnungssätzen laut der angeordneten Anlage A zeige, dass der Durchschnitt über alle Positionen für Normalstunden über EUR 71,-- betrage, weshalb die von der mitbeteiligten Partei veranschlagten EUR 60,-- pro Stunde für die vorwiegend administrativen, entbündelungsbezogenen Tätigkeiten nicht überhöht seien.

Zu der von der beschwerdeführenden Partei schon im Verwaltungsverfahren (Schriftsatz vom 15. September 2008) aufgeworfenen Frage nach der Abhängigkeit dieser Entgeltsforderung von einem Verschulden führte die belangte Behörde aus, bei den Stornoentgelten handle es sich nicht um Pönalen, also um pauschalisierte Schadenersatzforderungen, sondern um Aufwandsätze, sodass sich die Frage nach einem Verschulden im Sinne des Schadenersatzrechts nicht stelle. Fälle, die nicht der Einflussosphäre eines Anordnungspartners zuzurechnen seien, zögen nach der Regelung auch keine derartigen Aufwandsatzzahlungen durch diesen nach sich.

Die Beschwerde stellt nicht in Abrede, dass im Fall eines unter der Position 4a beschriebenen Stornos auf Seiten der mitbeteiligten Partei ein (frustrierter) Arbeitsaufwand von etwa 15 Minuten anfällt; sie behauptet auch nicht, dass der diesbezügliche Stundensatz von EUR 60,-- , aus dem sich die Entgelthöhe von EUR 15,-- ableitet, unangemessen sei. Von daher kann der belangten Behörde (ungeachtet dessen, dass es sich bei einer "Stornogebühr" im Einzelfall um eine Konventionalstrafe handeln kann; vgl den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 23. Februar 2010, 4 Ob 99/09a) nicht entgegen getreten werden, wenn sie die Auffassung vertreten hat, mit der in Rede stehenden Position würde nicht Pönale festgesetzt, sondern ein konkreter Aufwandsatz, weshalb das diesbezügliche Beschwerdevorbringen ins Leere geht. Die Beschwerde stellt nicht in Abrede, dass im Fall eines unter der Position 4a beschriebenen Stornos auf Seiten der mitbeteiligten Partei ein (frustrierter) Arbeitsaufwand von etwa 15 Minuten anfällt; sie behauptet auch nicht, dass der diesbezügliche Stundensatz von EUR 60,-- , aus dem sich die Entgelthöhe von EUR 15,-- ableitet, unangemessen sei. Von daher kann der belangten Behörde (ungeachtet dessen, dass es sich bei einer "Stornogebühr" im Einzelfall um eine Konventionalstrafe handeln kann; vergleiche , den Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 23. Februar 2010, 4 Ob 99/09a) nicht entgegen getreten werden, wenn sie die Auffassung vertreten hat, mit der in Rede stehenden Position würde nicht Pönale festgesetzt, sondern ein konkreter Aufwandsatz, weshalb das diesbezügliche Beschwerdevorbringen ins Leere geht.

10.1. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht die Beschwerde schließlich geltend, dass der Festlegung des laufenden Nutzungsentgelts für die TASL zugrunde liegende

Gutachten der Amtssachverständigen Dr. H, Dr. L und Mag. P von April 2008 sei unschlüssig; es beruhe auf einem mangelhaften Befund und sei in sich widersprüchlich. Noch im April 2008 hätten die Amtssachverständigen, gestützt auf ein "zeitnah erstelltes" Gutachten im Verfahren S 1/08, eine Margin-Squeeze-freie Entbündelungsmiete zwischen EUR 7,90 und EUR 8,00 ermittelt. Demgegenüber seien sie in einer - undatierten - späteren Stellungnahme aus dem Verfahren S 1/08 auf Grund von durch die mitbeteiligte Partei nachgelieferten Daten zu einem deutlich anderen Befund gekommen, der Grundlage für die mit dem angefochtenen Bescheid angeordnete höhere Entbündelungsmiete geworden sei. Die beschwerdeführende Partei habe in mehreren Stellungnahmen Zweifel an der Richtigkeit der Datengrundlage angemeldet; aktenkundig sei, dass die mitbeteiligte Partei erst dann Daten an die Amtsgutachter geliefert habe, als ein vorläufiges, ihr offensichtlich nicht genehmes Zwischengutachten vorgelegen sei. Gerade unter diesen Umständen wäre die belangte Behörde verpflichtet gewesen, die Datengrundlage besonders auf Schlüssigkeit und Aussagekraft zu überprüfen, was durch eine bloße Befragung der Amtsgutachter in einer Sitzung der belangten Behörde nicht ersetzt werden könne.

Die Gutachten seien insofern widersprüchlich, als die Verfasser der gutachterlichen Stellungnahme aus dem Verfahren S 1/08 selbst massive Zweifel an den Datenlieferungen der mitbeteiligten Partei geäußert und eine "Informationsasymmetrie" zwischen der mitbeteiligten Partei und den Gutachtern beklagt hätten. Widersprüchlich begründet werde auch die Nachlieferung von Daten durch die mitbeteiligte Partei, nämlich einerseits mit einem "Ausnutzen der Informationsasymmetrie", andererseits mit der für notwendig erachteten Verifikation gemachter Angaben (Darstellung in der Sitzung der belangten Behörde). Jedenfalls hätte die von der mitbeteiligten Partei gewählte, von den Gutachtern beschriebene Taktik, notwendige Daten zuerst nicht zu übermitteln, sondern erst dann, wenn es sich auf Grund von für die mitbeteiligte Partei nachteiligen Verfahrensergebnissen als zweckmäßig erweise, wodurch im statistischen Mittel gesehen Vorteile für die mitbeteiligte Partei erzielt würden, eine angemessene Anpassung der im Gutachten ermittelten Werte erfordert; dies habe die belangte Behörde allerdings unterlassen.

10.2. Auch mit diesem Vorbringen wird keine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheids führende Rechtswidrigkeit aufgezeigt.

Der nunmehr angefochtene Bescheid baut, wie dargestellt, auf dem Bescheid der belangten Behörde vom 18. Dezember 2006, M 12/06, auf, mit dem die marktbeherrschende Stellung der mitbeteiligten Partei auf dem relevanten Markt festgestellt und ihr spezifische Verpflichtungen auferlegt worden waren.

Im gegenständlichen Verfahren hatte die belangte Behörde zunächst die Amtssachverständigen mit der Erstellung eines ökonomischen Ergänzungsgutachtens zur Frage beauftragt, ob der für den Bescheid M 12/06 maßgebliche Sachverhalt seit der Erlassung dieses Bescheides unverändert geblieben ist oder ob auf Grund des Vorbringens der Verfahrensparteien davon auszugehen sei, dass sich die wettbewerbliche Situation auf dem Entbündelungsmarkt in relevanter Weise geändert habe, sodass also eine andere Beurteilung der identifizierten Wettbewerbsprobleme, der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht der mitbeteiligten Partei oder der auferlegten spezifischen Verpflichtung erforderlich erscheine.

In dem dazu von den Sachverständigen Dr. H, Dr. L und Mag. P erstellten wirtschaftlichen Ergänzungsgutachten vom Februar 2008 (ON 44) führten die Sachverständigen (zusammengefasst) aus, es sei zwar der "intermodale Wettbewerb" auf Grund von mobilem Breitband auf der Endkundenebene im Laufe des vergangenen Jahres erkennbar stärker geworden, auf der Vorleistungsebene der Entbündelung seien jedoch die im M Bescheid identifizierten Wettbewerbsprobleme, insbesondere der preislichen und nicht preislichen Diskriminierung, bestehen geblieben; es bleibe daher auch die Notwendigkeit der auferlegten spezifischen Verpflichtungen weiterhin bestehen.

In dem daraufhin über Auftrag der belangten Behörde vom 3. März 2008 erstellten Gutachten der Sachverständigen Dr. H, Dr. L und Mag. P von April 2008 zur Ermittlung der den laufenden monatlichen Nutzungsentgelt für die Entbündelung der TASL und deren Teilabschnitten zugrunde liegenden Kosten ("Überlassungsentgelt ULL", ON 63) kamen die Sachverständigen (zusammengefasst) zum Ergebnis, kostenorientierte Entgelte könnten - auf Grund der gestiegenen Kosten und des Teilnehmerrückgangs - nur höher ausfallen als zuletzt; ein (im Verfahren S 1/08 ermitteltes) margin squeeze-freies Entbündelungsentgelt komme unter dem auf Basis von FL-LRAIC ermittelten monatlichen Überlassungsentgelt von EUR 11,99 und ebenso unter dem derzeit angebotenen Entgelt von EUR 10,44 zu liegen. Da die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine Obergrenze darstellten, solle der diskriminierungsfreie Preis (margin squeeze Prüfung) zum Tragen kommen. Begründend stellten die Gutachter

(zusammengefasst) die "Ausgangslage" dar (Ermittlung der monatlichen Kosten im Vorverfahren Z 7/04 mit EUR 10,70, dementsprechende Anordnung der Entbündelungsmiete im Bescheid Z 7/04-111 vom 23. Jänner 2006; Weihnachtskombiaktion mit Aktionspreis von EUR 6,35, im Übrigen - abgesenkter - Preis von EUR 10,44), und verwiesen auf Kostensteigerungen (Baupreisindex, Erhöhung der Kabelpreise) und die rückläufige Anzahl der Festnetzanschlüsse mit der dadurch bedingten Kostenerhöhung und ermittelten unter Miteinbeziehung des Kapitalkostenzinssatzes monatliche Kosten von EUR 11,99 (gegenüber EUR 10,70 im Verfahren Z 7/04). In dem daraufhin über Auftrag der belangten Behörde vom 3. März 2008 erstellten Gutachten der Sachverständigen Dr. H, Dr. L und Mag. P von April 2008 zur Ermittlung der den laufenden monatlichen Nutzungsentgelt für die Entbündelung der TASL und deren Teilabschnitten zugrunde liegenden Kosten ("Überlassungsentgelt ULL", ON 63) kamen die Sachverständigen (zusammengefasst) zum Ergebnis, kostenorientierte Entgelte könnten - auf Grund der gestiegenen Kosten und des Teilnehmerrückgangs - nur höher ausfallen als zuletzt; ein (im Verfahren S 1/08 ermitteltes) margin squeeze-freies Entbündelungsentgelt komme unter dem auf Basis von FL-LRAIC ermittelten monatlichen Überlassungsentgelt von EUR 11,99 und ebenso unter dem derzeit angebotenen Entgelt von EUR 10,44 zu liegen. Da die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung eine Obergrenze darstellten, solle der diskriminierungsfreie Preis (margin squeeze Prüfung) zum Tragen kommen. Begründend stellten die Gutachter (zusammengefasst) die "Ausgangslage" dar (Ermittlung der monatlichen Kosten im Vorverfahren Ziffer 7 /, 04, mit EUR 10,70, dementsprechende Anordnung der Entbündelungsmiete im Bescheid Ziffer 7 /, 04 -, 111, vom 23. Jänner 2006; Weihnachtskombiaktion mit Aktionspreis von EUR 6,35, im Übrigen - abgesenkter - Preis von EUR 10,44), und verwiesen auf Kostensteigerungen (Baupreisindex, Erhöhung der Kabelpreise) und die rückläufige Anzahl der Festnetzanschlüsse mit der dadurch bedingten Kostenerhöhung und ermittelten unter Miteinbeziehung des Kapitalkostenzinssatzes monatliche Kosten von EUR 11,99 (gegenüber EUR 10,70 im Verfahren Ziffer 7 /, 04,).

Hinsichtlich der margin squeeze Prüfung verwiesen die Gutachter auf ein als Anhang C angeschlossenes "Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in dem Verfahren S 1/08 betreffend Überprüfung des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere am Breitbandvorleistungsmarkt sowie am Entbündelungsmarkt". In diesem sei "zeitnah" - das betreffende Gutachten sei am 1. April 2008 zugestellt worden - festgestellt worden, dass das margin squeeze-freie Entgelt unter EUR 8,12 zu liegen käme, etwa in einer Größenordnung zwischen EUR 7,90 und EUR 8,00.

Nachdem die Verfahrensparteien dazu Stellung genommen hatten (die beschwerdeführende Partei verwies dabei insb auf eine Diskrepanz zwischen den von der mitbeteiligten Partei den Gutachtern übermittelten Daten und den veröffentlichten Quartalergebnissen; die mitbeteiligte Partei übermittelte - mehrfach - ergänzende Unterlagen), erstatteten die Gutachter eine Gutachtensergänzung ("S 1/08 gutachterliche Stellungnahme zum Vorbringen der TA betreffend des wirtschaftlichen Gutachtens zu Margin-Squeeze", ON 92). Darin ermittelten die Gutachter nun eine Bandbreite von EUR 8,80 bis EUR 9,01 als Grenze für eine margin squeeze freie Entbündelungsmiete und begründeten dies durch im Einzelnen (Seiten 1 bis 12 des Ergänzungsgutachtens) genannte Anpassungen, insb betreffend das mittlere gewichtete Grundentgelt, die Zuordnung von Anschlüssen und Zusatzkosten. Unter Punkt 5. des Ergänzungsgutachtens monieren die Gutachter insofern eine "Informationsasymmetrie", als seitens der mitbeteiligten Partei Daten regelmäßig erst nachträglich, also nach Gutachtenserstattung, übermittelt würden, in Reaktion auf für sie nachteilige Annahmen der Gutachter, während dann, wenn sich Annahmen als vorteilhaft für sie darstellten, diese zur Kenntnis genommen würden.

Die letztlich seitens der mitbeteiligten Partei nachgelieferten Daten seien von den Gutachtern am 25. April 2008 und am 16. Mai 2008 durch Einsichtnahmen in die Kostenrechnung und die Vorsysteme der mitbeteiligten Partei überprüft worden.

Die beschwerdeführende Partei nahm dazu wiederholt (Äußerungen vom 18. Juni 2008, ON 112, und vom 15. September 2008, ON 153) Stellung, wobei insb vorgebracht wurde, dass nicht nachvollziehbar sei, welche Grundlagen zu der gegenüber dem Vorgutachten erhöhten Entbündelungsmiete geführt hätten, wobei wiederum auf die Zahlen laut dem ersten Quartalsbericht für 2008 verwiesen wurde.

Die belangte Behörde veranlasste daraufhin eine Gutachtensergänzung durch die Sachverständigen in ihrer Sitzung vom 29. September 2008 (ON 166), wobei sich die Gutachter mit den Einwänden der beschwerdeführenden Partei auseinandersetzten und (zusammengefasst) zum Ergebnis gelangten, dass diese Einwände keine weitere Korrektur des Gutachtens erforderten (vgl Bescheid S 22f). Die belangte Behörde veranlasste daraufhin eine

Gutachtensergänzung durch die Sachverständigen in ihrer Sitzung vom 29. September 2008 (ON 166), wobei sich die Gutachter mit den Einwänden der beschwerdeführenden Partei auseinandersetzten und (zusammengefasst) zum Ergebnis gelangten, dass diese Einwände keine weitere Korrektur des Gutachtens erforderten vergleiche , Bescheid S 22f).

Die belangte Behörde ist also auf das - im Wesentlichen Zweifel an der Richtigkeit der Datengrundlage betreffende, schon im Verwaltungsverfahren erstattete - Vorbringen der beschwerdeführenden Partei eingegangen. Die Amtsgutachter, denen sie diesbezüglich gefolgt ist, haben aufgezeigt, aus welchen Gründen sie ihre Korrekturen gegenüber dem Vorgutachten vorgenommen haben, und dass dabei keine ungeprüfte Datenübernahme erfolgte, sondern eine Überprüfung an Hand von Einsichtnahmen in die Kostenrechnungs- und Vorsysteme. Sie haben dabei auch klargestellt, aus welchen Gründen die Quartalsdaten nicht vergleichbar seien (im Bescheid wiedergegeben auf S 22).

Das Beschwerdevorbringen, das dem nicht substantiiert entgegentritt, zeigt keine Unschlüssigkeit der vorgenommenen Beweismwürdigung der belangten Behörde und damit auch keine relevante Mangelhaftigkeit des Verfahrens auf.

11. Aus den oben unter Pkt. 8.2. dargelegten Gründen folgt aber, dass der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit b und c VwGG aufzuheben ist.
11. Aus den oben unter Pkt. 8.2. dargelegten Gründen folgt aber, dass der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b und c VwGG aufzuheben ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr 455.

Wien, am 17. November 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 62009CJ0052 TeliaSonera VORAB

EuGH 62008CJ0280 Deutsche Telekom VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2008030174.X00

Im RIS seit

14.12.2011

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at