

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/6/8 2001/03/0129

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.06.2005

## Index

E3H E13206000;  
E3L E06202000;  
E3L E13103020;  
E3L E13206000;  
E3L E13309900;  
E3R E13206000;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31990L0387 ONP-RL Einführung Anh2 Z4;  
31995L0062 ONP-RL Art10;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art13;  
31998H0195 Telekommunikationsmarkt Teil1 Zusammenschaltungsentgelte;  
31998H0322 Telekommunikationsmarkt Teil2;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Anh PktD.2.;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art1 Abs3;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art2 litc;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art2 litd;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art2 lite;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art2 litf;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art2 litg;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art3 Abs1;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art3 Abs2;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art3;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Art4;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Erwägungsgrund10;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Erwägungsgrund11;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang Erwägungsgrund12;  
32000R2887 Teilnehmeranschluss entbündelter Zugang;

ABGB §1336;  
TKG 1997 §1 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §18 Abs6 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §32 Abs1 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §34 Abs1 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §34 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §37 Abs1 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §37 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §38 Abs2 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §40 Abs1 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §40 Abs2 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §40 idF 2000/I/026;  
TKG 1997 §41 Abs3 idF 2000/I/026;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §2 Abs1;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §2 Abs2;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §3 Abs1;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §3 Abs2;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §3 Abs3;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §3;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §4;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §7;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §8;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §9;  
VwGG §42 Abs2 Z3;

VwRallg;

#### **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2001/03/0133 E 6. September 2005 2001/03/0130 E 6. September 2005

#### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Berger, Dr. Kleiser und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde der A Aktiengesellschaft in W, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 12. März 2001, Zl. Z 14/00-80, betreffend Erlassung einer Entbündelungsanordnung (mitbeteiligte Partei: T GmbH in W, vertreten durch Dr. Stefan Köck, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16), zu Recht erkannt:

#### **Spruch**

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

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

#### **Begründung**

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid ordnete die belangte Behörde den entbündelten Netzzugang der mitbeteiligten Partei zu den Teilnehmeranschlussleitungen des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Beschwerdeführerin zu den in Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides angeführten Bedingungen "gemäß § 2 Abs 4 der Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr zur näheren Bestimmung der Zusammenschaltung (Zusammenschaltungsverordnung), BGBl. II Nr. 14/1998 iVm mit §§ 37, 40 und 41 Abs. 3, 111 Z 6 Telekommunikationsgesetz (BGBl I Nr. 100/1997, idFBGBl I Nr. 26/2000) iVm der VO Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (ABl. L 336 vom 30.12.2000, S. 4f)" an.

In der Einleitung des Spruchpunktes A wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin (nachfolgend auch als "TA" bezeichnet) und die mitbeteiligte Partei (auch als "ANB" oder "Entbündelungspartner" bezeichnet) jeweils konzessionierte Erbringer des öffentlichen Sprachtelefondienstes sowie des öffentlichen Mietleitungsdienstes mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes seien. Die nachfolgenden Bestimmungen regelten den Zugang des Entbündelungspartners zu den Teilnehmeranschlussleitungen (im Folgenden als "TASL" bzw. "TASLen" bezeichnet) im öffentlichen Telekommunikationsnetz der TA. Die Anordnung stütze sich auf die oben zitierte Verordnung Nr. 2887/2000/EG (insbesondere deren Art. 3), das TKG (insbesondere dessen § 37) und die Zusammenschaltungsverordnung (insbesondere deren §§ 3 und 5). Der Hauptteil der Anordnung enthalte die für diese Leistungen geltenden "Allgemeinen Anordnungsbestimmungen". Technische und betriebliche Detailregelungen, Leistungsbeschreibung, Entgelte, Hinweise für die organisatorische Abwicklung und sonstige Detailregelungen seien als "Anhänge" beigefügt, die einen integrierenden Bestandteil dieser Anordnung bildeten.

Unter Punkt 3. ("Anordnungsgegenstand") wird grundsätzlich festgelegt, wie die TA dem Entbündelungspartner den Zugang zu ihren TASLen bzw. zu Teilabschnitten ihrer TASLen anzubieten habe. Unter Punkt 3.1.(a) wird u.a. angeordnet, dass die der mitbeteiligten Partei überlassene TASL bzw. deren Teilabschnitt auf die eigene Nutzung durch den Entbündelungspartner beschränkt und "jede Form der Überlassung an dritte Netzbetreiber und Dienstanbieter, sofern es sich hierbei nicht um mit dem Entbündelungspartner verbundene Unternehmen handelt", unzulässig sei.

Unter Punkt 3.1.(d) wird zum "Umfang der Nutzung der TASL bzw. des Teilabschnitts" angeordnet, dass der Entbündelungspartner berechtigt sei, auf den ihm überlassenen TASLen bzw. Teilabschnitten alle von der TA und mit ihr verbundenen Unternehmen eingesetzten Übertragungssysteme, jedenfalls die in Anhang 2 der Anordnung genannten Übertragungssysteme einzusetzen und darauf "Sprachtelefoniedienste, Mietleitungsdienste und Datendienste, insbesondere für multimediale Breitband- und schnelle Internetdienste" nach den in Anhang 2 und Anhang 9 geregelten Bedingungen zu erbringen. Sei dem Entbündelungspartner die TASL bzw. ein Teilabschnitt der TASL in der "Realisierungsvariante gem. Anhang 3 (Pair-Gain-Nutzung)" überlassen worden, so sei der Entbündelungspartner berechtigt, die TASL bzw. den Teilabschnitt in der in Anhang 3 beschriebenen Form zu verwenden.

Die Anhänge sind wie folgt bezeichnet:

"Anhang 1 - Abkürzungen und Definitionen,

Anhang 2 - Nutzung der entbündelten TASL bzw. des Teilabschnitts

(ohne

vorgeschaltete Übertragungs- oder

Vermittlungstechnik)

Anhang 3 - Nutzung der entbündelten TASL bzw. des Teilabschnitts bei

Verwendung von Systemen zur Mehrfachnutzung

(Pair Gain Nutzung)

Anhang 4 - Bestellung, Bereitstellung und Kündigung der TASL oder von

Teilabschnitten der TASL

Anhang 5 - Physischer Zugang zu Teilabschnitten der TASL Anhang 6 - Physischer Zugang zu einem Hauptverteiler

Anhang 7 - Entstörung und vorbeugende Wartung von

Überspannungseinrichtungen

Anhang 8 - Entgelte

Anhang 9 - Übertragungssysteme und Netzverträglichkeit"

Gemäß Anhang 4, Punkt 1.1. ist die mitbeteiligte Partei berechtigt, unabhängig von der Bestellung des Zuganges zu konkreten Teilnehmeranschlussleitungen (TASLen) bzw. Teilabschnitten von TASLen "Vorabfragen" an die Beschwerdeführerin zu richten, die die Verfügbarkeit und die Eigenschaften von TASLen oder Teilabschnitten von

solchen "zu konkret zu bezeichnenden Teilnehmern oder Gruppen von Teilnehmern (zB von Teilnehmern an bestimmten zusammenhängenden Adressen oder von Teilnehmern eines bestimmten Hauses) bzw. zu konkret zu bezeichnenden relevanten Schaltstellen" betreffen. Gemäß Punkt 1.2. (c) dieses Anhangs können im Rahmen einer Voranfrage u.a. "konkret benannte technische Parameter (zB Leitungsdurchmesser, Leitungslänge, ÜFS-Übertragbarkeit ...)" abgefragt werden.

Die im Anhang 5 ("Physischer Zugang zu Teilabschnitten der TASL") angeordnete Teilentbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sieht für den Fall, dass physischer Zugang nicht vom Hauptverteiler (HVt) bis zum Netzanschlusspunkt beim Endkunden (NAP) gewährt wurde (Entbündelung der gesamten TASL - "Variante A"), eine Teilung der Teilnehmeranschlussleitung in mehrere "relevante Teilabschnitte" vor. Die Teilentbündelung wird mit dem angefochtenen Bescheid für folgende Abschnitte der TASL angeordnet:

"Variante C1

Überlassung des Abschnittes vom Kabelverzweiger bis zum NAP

Variante C2

Überlassung des Abschnittes von KA/HsV (Kabelaumündung/Hausverteiler) oder Stockwerksverteiler bis zum NAP

Variante B2

Überlassung des Abschnittes vom HVt der TA bis zu KA/HsV bzw. zum Stockwerksverteiler

(Die Variante B1 (Überlassung des Abschnittes vom HVt bis zum Kabelverzweiger) wurde nicht beantragt.)

Überschneiden sich die Leitungsabschnitte der Entbündelungsvarianten C1 oder B2 mit Teilen eines Pair Gain Systems, so besteht keine Verpflichtung der TA, Zugang zu diesen Teilabschnitten der entbündelten TASL zu gewähren."

Anhang 6, Punkt 1.1. sieht im Zuge der Herstellung eines physischen Zuganges des Entbündelungspartners zu einem HVt der TA vor, dass dem Entbündelungspartner in Bezug auf ein "abgegrenztes regionales Gebiet", in dem der Entbündelungspartner "in absehbarer Zeit (ca. innerhalb eines Jahres) Zugang zu TASLern erwirken möchte", auf Nachfrage innerhalb von zehn Tagen bestimmte Informationen gegeben werden müssten, darunter die "Angabe der Adressen (geographische Lage) der HVts" und "der den auf den HVt aufgeführten TASLern jeweils zugeordneten Ortsnetzkennummern bzw. Kopfnummernbereichen".

Punkt 5.2. (b) des Anhangs 6 sieht im Falle eines "Ressourcenkonfliktes", bei dem die Beschwerdeführerin die Herstellung der physischen Kollokation an einem Hauptverteiler mit der Begründung ablehne, dass an der waagrechten Anschalteleiste des betreffenden HVts keine ausreichenden Kapazitäten verfügbar seien, Folgendes vor: Wenn auch eine Ausschöpfung der gesamten Kapazität nicht zu einer Anschaltung des Verbindungskabels zum Übergabeverteiler des Entbündelungspartners geschaffen werden könne, so sei TA verpflichtet, die waagrechte Anschalteleiste von nicht mehr benötigten Kabeln, die auch nicht Teil der Kapazitätsreserve nach Punkt 5.1. dieses Anhangs seien, zu bereinigen. Diese Bereinigung der Anschalteleisten erfolgt gemäß Punkt 5.3. "auf Kosten von TA", während die Kosten einer notwendig werdenden Erweiterung zur Schaffung ausreichender Kapazitäten am HVt von "sämtlichen an dem betreffenden HVt angeschalteten Entbündelungspartnern (und den neu hinzutretenden) im Verhältnis der von ihnen belegten bzw. zu belegenden Anschaltkapazitäten inklusive Kapazitätsreserven anteilig getragen" würden.

Anhang 6, Punkt 8.10. "Kostenaufteilung", sieht vor, dass die von der TA aufgewendeten Herstellungskosten von Kollokationsflächen, die durch eine Bestellung der mitbeteiligten Partei als Entbündelungspartner ausgelöst würden, die aber mittel- oder langfristig auch von anderen vergleichbaren Entbündelungspartnern genutzt werden könnten, so aufzuteilen seien, dass dem jeweiligen Nutzer von Kollokationsflächen zusätzlich zu den auf seine Nutzung entfallenden anteiligen Kosten 50 % der auf die ungenutzte Kollokationsfläche entfallenden Herstellungskosten verrechnet würden, während die verbleibenden 50 % vorerst die TA zu tragen habe. Trete ein weiterer nachfragender Netzbetreiber oder Diensteanbieter an die TA heran, würden die auf die ungenutzte Fläche entfallenden Herstellungskosten gedrittelt und der erste Entbündelungspartner und TA erhielten vom hinzugetretenen Nutzer eine entsprechende Kostenrückvergütung.

Anhang 8 legt die Entgelte für die in der Anordnung geregelten Leistungen fest. Dabei wird zwischen laufenden monatlichen Nutzungsentgelten, Pauschalentgelten und Aufwandentgelten unterschieden.

Unter Punkt 2.1. werden die Überlassungsentgelte für die Teilnehmeranschlussleitung (TASL) bzw. den Teilabschnitt der TASL festgesetzt. Unter anderem werden folgende monatliche Entgelte angeordnet: für die Überlassung der TASL für die Nutzung bis 144 kbit/Sekunde, für die hochbitratige Nutzung sowie für die Nutzung mit "Pair Gain-System, analog/digital" (Positionen A bis C) ab 1. April 2001 jeweils S 160,- (Euro 11,63) bzw. ab 1. Jänner 2002 S 150,- (Euro 10,90) sowie für die Kupferdoppelader der Teilstrecke C2 monatlich "ATS 0,-/Euro 0,-" (Punkt 2.1. Position F). Im Anschluss an diese Entgeltfestlegung wird bestimmt, dass das Entgelt der Positionen A bis E die Kosten für die Wartung und Instandhaltung der jeweiligen TASL beinhalte. Für die Position F gelte hingegen, dass "bei Wartung und Instandhaltung durch TA auf Wunsch des Entbündelungspartners der anfallende Aufwand der TA vom Entbündelungspartner separat zu ersetzen ist".

Punkt "2.2. Entgelte für sonstige Leistungen" sieht für verschiedene Leistungen (z.B. unter Position 1 für die Information über Anschlussbereichsgrenzen von Hauptverteilern und unter Position 2 für einen "Kostenvoranschlag für Bereitstellung der Indoor Kollokation bzw. der Outdoor Kollokation gem. Anhang 6") einmalige Pauschalentgelte vor.

Punkt 4 des Anhanges 8 ("Pönalen") ordnet in Bezug auf bestimmte Leistungen - in einer Tabelle im Einzelnen aufgelistete -

Vertragsstrafen in unterschiedlicher Höhe an. Die Pönalezahlungen würden "im Falle des Verzuges bzw. der Verletzung der Bestimmungen dieser Anordnung" fällig und verstünden sich unter Ausschluss des richterlichen Mäßigungsrechtes", weitergehender Schadenersatz solle nicht ausgeschlossen sein. Die Pönalen "sind verschuldensabhängig; es gilt jedoch die Beweislastumkehrregel des § 1298 ABGB".

Unter Spruchpunkt "B. Weitere Anordnungen" werden gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b der Verordnung Nr. 2887/2000/EG und gemäß § 83 Abs. 2 und 3 TKG Informationspflichten der Beschwerdeführerin sowie der mitbeteiligten Partei festgelegt.

Gemäß Spruchpunkt C werde über den von der mitbeteiligten Partei beantragten Zugang "zu ADSL-basierenden Internetdiensten der TA ... gemäß § 59 Abs. 1 AVG gesondert abgesprochen" und gemäß Spruchpunkt D werden "alle übrigen Anträge der Verfahrensparteien ... - soweit ihnen im Spruch nicht ausdrücklich Folge gegeben wird - abgewiesen".

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Beschwerdepunkte werden wie folgt ausgeführt:

"Der angefochtene Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht darauf, dass ihr nicht unangemessen hohe Pönalen für den Fall auferlegt werden, dass sie bestimmte Leistungen nicht innerhalb der im angefochtenen Bescheid vorgesehenen Fristen erbringt. Weiters verletzt der angefochtene Bescheid die Beschwerdeführerin in ihrem Recht darauf, dass sie nicht zur Entbündelung von einzelnen Teilen der Teilnehmeranschlussleitung verpflichtet wird; weiters in ihrem Recht darauf, dass sie im Falle der Entbündelung von Teilen der Teilnehmeranschlussleitung bestimmte Teile nicht kostenlos an die mitbeteiligte Partei zur Verfügung stellen muss; in ihrem Recht darauf, dass sie nicht zur Bekanntgabe von Daten verpflichtet wird, die de facto nicht zur Verfügung stehen; in ihrem Recht darauf, dass sie nicht zur Vermietung der Teilnehmeranschlussleitung oder Teilen davon zu Unter-Kosten-Preisen verpflichtet wird; in ihrem in § 41 Abs. 1 TKG gewährleisteten Recht darauf, dass sie die Kosten für den besonderen Netzzugang nicht zu tragen hat; schließlich in ihrem Recht darauf, dass sie die Teilnehmeranschlussleitung nicht zur Erbringung von Mietleitungsdiensten überlassen muss."

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Vorlage der Verwaltungsakten und Erstattung von Gegenschritten durch die belangte Behörde und die mitbeteiligte Partei erwogen:

1. Im vorliegenden Fall sind die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG), BGBl. I Nr. 100/1997 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 26/2000, maßgeblich.

Gemäß § 111 TKG ist der belangten Behörde unter anderem die Aufgabe der "Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 bis 41" (§ 111 Z 6 leg. cit.) zugewiesen, wobei nach § 37 Abs. 1 TKG der

Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, anderen Nutzern grundsätzlich den Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben zu ermöglichen hat.

2. Nähere Regelungen in Bezug auf den "besonderen Netzzugang" (Zugang zu einem Telekommunikationsnetz über eine nicht allgemein am Markt nachgefragte Schnittstelle) enthält die Zusammenschaltungsverordnung, BGBl. II Nr. 14/1998.

3. Auf den vorliegenden Fall ist besonders auch die seit 2. Jänner 2001 geltende Verordnung (EG) 288/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Entbündelungsverordnung), ABl. Nr. L 336, S 4, vom 30. Dezember 2000, unmittelbar anzuwenden.

4. In ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend, Punkt 4 des Anhanges 8, der in Bezug auf bestimmte Leistungen - in einer Tabelle im Einzelnen aufgelistete - Pönalen in unterschiedlicher Höhe anordne, sei rechtswidrig.

4.1. Die Beschwerdeführerin führt aus, der angefochtene Bescheid verletze sie in ihrem Recht darauf, dass sie nicht zur Zahlung "unangemessen hoher Pönalen" verpflichtet sei, falls sie bestimmte Leistungen nicht innerhalb der im angefochtenen Bescheid vorgesehenen Fristen erbringe. Sie vertritt die Auffassung, dass die belangte Behörde nach dem TKG nicht zur Anordnung der Pönaleregulierung berechtigt gewesen sei. Auch wenn ein Recht auf eine Entschädigung bei Nichteinhaltung von Bearbeitungsfristen zustehe, so seien die angeordneten Pönalen unverhältnismäßig hoch und daher sittenwidrig im Sinne des § 879 ABGB. Gegen die Höhe der Pönalezahlungen bringt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass das ihr zufließende monatliche Überlassungsentgelt für die Teilnehmeranschlussleitung lediglich S 160,- (EUR 11,63) bzw. ab 1. Jänner 2002 S 150,- (EUR 10,90) betrage, sodass schon die Pönale für eine bloß eintägige Verzögerung dem der Beschwerdeführerin über mehrere Monate und sogar Jahre zufließenden Entgelt aus der Überlassung einer Teilnehmeranschlussleitung entsprechen könne. Der Schaden, der dem nachfragenden Betreiber entstehe, sei aber wesentlich geringer.

4.2. Die belangte Behörde ist in Bezug auf die Höhe der im angefochtenen Bescheid angeordneten Vertragsstrafen deutlich unter den von der mitbeteiligten Partei in ihrem Antrag auf Erlassung einer Entbündelungsanordnung genannten Summen geblieben. Die Höhe der - pro Arbeitstag fälligen - Pönalen wird von der belangten Behörde je nach der Art der verletzten Anordnungsbestimmung unterschiedlich festgelegt. Sie beträgt pro Arbeitstag zwischen S 8000,- (entspricht EUR 581,38) für eine "verspätete Bereitstellung des physischen Zugangs oder des Kollokationsersatzes" und S 1000,- (EUR 72,67) etwa für eine verspätete Antwort auf eine Voranfrage oder eine Bestellung nach Anhang 4. Für die verspätete Antwort auf eine Voranfrage nach Anhang 6 (betreffend den "physischen Zugang zu einem Hauptverteiler") beträgt die Pönale beispielsweise S 5000,- (EUR 363,36) pro Arbeitstag. Dauert die Verzögerung länger als eine Woche, so soll der angeführte tägliche Pönalebetrag in der zweiten Woche der Verzögerung verdoppelt, in der dritten Woche verdreifacht und in der vierten Woche vervierfacht werden. Eine einmalige Pönale von S 20.000,- (EUR 1453,46) ist im Falle einer "Nichtmitteilung der Nutzungsänderung durch den Entbündelungspartner" vorgesehen.

4.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. Dezember 2004, Zl. 2000/03/0201, festgehalten hat, hat die belangte Behörde bei ihrer Entscheidung gemäß § 41 Abs. 3 TKG über die Festlegung der Entbündelung nach § 40 Abs. 2 leg. cit. angemessene Bedingungen festzulegen und dadurch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen; dabei hat sie die Gesetzes- bzw. Regulierungsziele der §§ 1 und 32 Abs. 1 TKG und im vorliegenden Fall insbesondere auch die Bestimmungen der mit 2. Jänner 2001 in Kraft getretenen Entbündelungsverordnung (EG) zu berücksichtigen.

Erwägungsgrund 10 der Entbündelungsverordnung (EG) 2887/2000 sieht vor, dass der Begünstigte (Entbündelungspartner) für den Fall, dass der "gemeldete Betreiber" Bearbeitungsfristen nicht einhält, "ein Recht auf eine Entschädigung" haben soll. Nach Punkt D.2. des Anhanges zu dieser Verordnung gehören zu den Mindestbestandteilen des Standardangebotes für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung) die "üblichen Vertragsbedingungen, einschließlich etwaiger Entschädigung bei Nichteinhaltung von Bearbeitungsfristen".

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 27. Mai 2004, Zl. 2002/03/0039, bereits ausgesprochen, dass in

einer Anordnung nach § 41 Abs. 3 TKG, welche die nicht zu Stande gekommene privatrechtliche Vereinbarung ersetzt, auch Vertragsstrafen festgelegt werden können. Die belangte Behörde war daher jedenfalls grundsätzlich berechtigt, derartige Pönalezahlungen anzuordnen. Deren Erforderlichkeit steht im Beschwerdefall schon deshalb außer Zweifel, weil die Beschwerdeführerin den von der belangten Behörde zu deren Begründung angeführten Umstand, dass die Beschwerdeführerin seit der Erlassung der ersten Entbündelungsanordnung den ihr in dieser Anordnung auferlegten Pflichten nicht in ausreichendem Maß nachgekommen sei, weil einer ordnungsgemäßen Abwicklung bei der Beschwerdeführerin mangelhafte Personalressourcen entgegen stünden, nicht bestreitet.

4.4. Was die inhaltliche Ausgestaltung der in einem vertragsersetzenden Bescheid nach dem TKG angeordneten Pönalezahlungen anlangt, so müssen diese geeignet sein, sowohl einer Nichteinhaltung der in der Anordnung auferlegten Pflichten entgegen zu wirken als auch einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen beider Parteien herbeizuführen. Um Bestand haben zu können, müssen angeordnete Pönalezahlungen daher, wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 31. Jänner 2005, Zl. 2004/03/0151, (betreffend Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Nummerportabilität) ausgesprochen hat, angemessen und durch die Umstände gerechtfertigt sein. Eine unverhältnismäßig hohe oder in einem auffallenden Missverhältnis zu dem zu erwartenden Schaden stehende Vertragsstrafe dürfte daher nicht angeordnet werden, wobei eine solche Anordnung in einem vertragsersetzenden Bescheid nicht erst dann unzulässig wäre, wenn sie im Sinne der Rechtsprechung des OGH zur Sittenwidrigkeit vereinbarter Vertragsstrafen (vgl. dazu die bei Dittrich/Tades, ABGB36, E 9 ff zu § 1336, wiedergegebene Rechtsprechung) zu einer Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners oder übermäßigen Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit führen würde. Dies schließt die Anordnung einer Pönale für den Fall, dass die Wahrscheinlichkeit eines Schadens in der Höhe des angeordneten Vergütungsbetrages äußerst gering sein sollte, bzw. einer den potentiellen Schadensbetrag - allenfalls auch deutlich - übersteigenden Pönale allerdings nicht von vornherein aus, weil bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Konventionalstrafe auch zu berücksichtigen ist, dass diese einen - rechtlich schutzwürdigen - zusätzlichen "Erfüllungsdruck" herbeiführen soll (vgl. in diesem Sinne die Urteile des OGH vom 29. Juni 1999, 1 Ob 105/99v, vom 29. Mai 2001, 1 Ob 195/00h, und vom 11. Juni 2002, 1 Ob 116/02v).

Eine angemessene und einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Parteien herbeiführende Anordnung kann die belangte Behörde nur treffen, wenn sie die Interessen beider Teile tatsächlich ermittelt, im Einzelnen darstellt und bewertend gegeneinander abwägt. Dabei muss sie auf das Vorbringen und die Vorschläge der Parteien konkret eingehen. Einwendungen gegen die Zulässigkeit der begehrten Regelung hat sie im Einzelnen zu widerlegen.

4.5. Diesen Anforderungen ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid in Bezug auf die Höhe der angeordneten Pönalezahlungen nicht nachgekommen. Sie hat dazu ausgeführt, dass sie den im Verfahren vorgebrachten Bedenken der Beschwerdeführerin insoweit Rechnung getragen habe, als sie die von der mitbeteiligten Partei beantragten Pönalen "erheblich herabgesetzt" und zusätzlich angeordnet habe, dass die Pönalen nur bei verschuldetem Verhalten einer Partei fällig werden sollen. Insbesondere könne nach Ansicht der belangten Behörde "bei einer missbräuchlichen Ausnützung des Instruments der Nachfrage und der Bestellung durch kumuliertes Bestellverhalten bzw. systematischer Häufung von Anfragen und der damit verbundenen Überlastung der mit der Bearbeitung bei TA intern befassten Mitarbeiter nicht primär von einem Verschulden auf Seiten der TA ausgegangen werden". Dass die Beschwerdeführerin kein Verschulden treffe, werde entsprechend der in der Anordnung enthaltenen Beweislastregel des § 1298 ABGB von dieser nachzuweisen sein.

Diese Ausführungen der belangten Behörde treffen zwar zu, vermögen aber die konkrete Ausgestaltung der im angefochtenen Bescheid - je nach Art der verletzten Anordnungsbestimmung durchaus unterschiedlich - festgesetzten Pönalezahlungen nicht ausreichend zu begründen. In dem dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden wirtschaftlich-technischen Gutachten vom Dezember 2000 haben die Sachverständigen "die Einführung von Pönalen als sinnvolles Instrument, um die bescheidmäßig gesetzten Fristen zu gewährleisten", beurteilt, sie haben jedoch zur Höhe der zu erwartenden Schäden nicht Stellung genommen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit angeordneter Vertragsstrafen kommt es zwar nach dem Gesagten nicht nur auf die Höhe der durch Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung drohenden Schäden der Parteien an. Das Fehlen jeglicher Feststellungen dazu macht dem Verwaltungsgerichtshof jedoch eine Überprüfung der Anordnung auf ihre konkrete Angemessenheit und Geeignetheit unmöglich. Indem die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid die für die gebotene Abwägung in Bezug auf die

Festlegung der Höhe der Pönalen notwendigen Feststellungen und Erwägungen nicht nachvollziehbar dargelegt hat, hat sie den angefochtenen Bescheid daher insoweit mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

5.1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass die im angefochtenen Bescheid angeordnete Teilentbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (Gewährung des Zuganges zu Teilabschnitten der Teilnehmeranschlussleitung entsprechend Anhang 5) rechtswidrig sei. Nach der Entbündelungsverordnung sei eine Entbündelung des Teilnehmeranschlusses nur in der Form möglich, dass der alternative Netzbetreiber entweder die gesamte Teilnehmeranschlussleitung von der Beschwerdeführerin "miete" oder eine "gemeinsame Nutzung" des Teilnehmeranschlusses erfolge, bei der "einer der Betreiber Telefondienste zur Verfügung (stelle), während der andere über den gleichen Teilnehmeranschluss sogenannte High-Speed-Daten-Dienste bereit stellt". Die von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid (Anhang 5) getroffene Anordnung einer Teilentbündelung entsprechend den oben erwähnten Varianten C1, C2 und B2 sei keiner der beiden in der genannten Verordnung angeführten Varianten zuzuordnen. Auch die Zusammenschaltungsverordnung enthalte - nach Meinung der Beschwerdeführerin, die der mitbeteiligten Partei lediglich den Zugang zur Hausverkabelung angeboten hatte - kein Gebot zur Einräumung des "Zugangs zu einzelnen Teilen der Teilnehmeranschlussleitung".

5.2. Nach § 2 Abs. 1 der Zusammenschaltungsverordnung, BGBl. II Nr. 14/1998 (ZVO), versteht man unter "besonderem Netzzugang" den "Zugang zu einem Telekommunikationsnetz über eine nicht allgemein am Markt nachgefragte Schnittstelle im Sinne des Artikels 10 der Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst (95/62/EG, ABl. Nr. L 321/6, 30. 12. 1995)". Marktbeherrschende Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen haben unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 der genannten Verordnung einen besonderen Netzzugang gemäß § 40 TKG anzubieten, der Nutzern den Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben ermöglicht. Nach § 3 Abs. 1 und 2 der zitierten Verordnung müssen bei der Entbündelung die Leistungen gemäß § 37 Abs. 1 und § 34 Abs. 1 TKG einschließlich der technisch relevanten Schnittstellen (im Sinne von Artikel 13 der Richtlinie 97/33/EG) bereitgestellt und in einer Weise angeboten werden, dass keine Leistungen abgenommen werden müssen, die nicht nachgefragt werden. Als entbündelte Netzelemente gelten dabei "insbesondere" (Abs. 2):

"1. die Teilnehmeranschlussleitung mit und ohne weitere technische Einrichtungen,

2. die technisch relevanten Schnittstellen auf allen Netzhierarchieebenen des marktbeherrschenden Betreibers."

Ob und in welchem Umfang eine Entbündelung bis auf die in Abs. 2 genannten Netzhierarchieebenen zu gewähren ist, hat die Regulierungsbehörde im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die tatsächliche Entwicklung des Wettbewerbs im lokalen Bereich zu entscheiden (§ 3 Abs. 3 ZVO).

Art. 2 lit. c bis g der seit 2. Jänner 2001 anzuwendenden Verordnung (EG) 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Entbündelungsverordnung) enthalten folgende Begriffsbestimmungen:

"c) 'Teilnehmeranschluss' die physische Doppelader-Metalleitung, die den Netzabschlusspunkt am Standort des Teilnehmers mit dem Hauptverteiler oder einer entsprechenden Einrichtung des öffentlichen Telefonfestnetzes verbindet;

d) 'Teilnetz' eine Teilkomponente des Teilnehmeranschlusses, die den Netzabschlusspunkt am Standort des Teilnehmers mit einem Konzentrationspunkt oder einem festgelegten zwischengeschalteten Zugangspunkt des öffentlichen Telefonfestnetzes verbindet;

e) 'entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss' den vollständig entbündelten sowie den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss; eine Änderung der Eigentumsverhältnisse beim Teilnehmeranschluss ist damit nicht verbunden;

f) 'vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss' die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz des gemeldeten Betreibers für einen Begünstigten in der Weise, dass die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird;

g) 'gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss' die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz des gemeldeten Betreibers für einen Begünstigten in der Weise, dass die Nutzung des nicht für



sprachgebundene Dienste genutzten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird; der Teilnehmeranschluss wird vom gemeldeten Betreiber weiterhin für die Bereitstellung des Telefondienstes für die Öffentlichkeit eingesetzt".

Diesen Bestimmungen kann - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - entnommen werden, dass sowohl beim "vollständig entbündelten" als auch beim "gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss" nicht nur die gesamte Teilnehmeranschlussleitung (vom Hauptverteiler bis zum Netzabschlusspunkt) entbündelt werden kann, sondern auch Zugang zu einem Teilabschnitt der TASL ("Teilnetz") zu gewähren ist. Die belangte Behörde ist zutreffend davon ausgegangen, dass unter einem "Teilnetz" im Sinne der Definition nach Art. 2 lit. d der Verordnung (EG) 2887/2000 bestimmte Teilkomponenten des Teilnehmeranschlusses, die den Netzabschlusspunkt am Standort des Teilnehmers mit einem Konzentrationspunkt oder einem festgelegten zwischengeschalteten Zugangspunkt des öffentlichen Telefonfestnetzes verbinden, zu verstehen sind. Jedenfalls seit Inkrafttreten dieser Verordnung können somit auch bloß Teile des Telekommunikationsnetzes der Beschwerdeführerin im Sinne des § 2 Abs. 2 ZVO entbündelt werden.

5.3. Die im Anhang 5 angeordnete Teilentbündelung der Teilnehmeranschlussleitung sieht für den Fall, dass physischer Zugang nicht vom Hauptverteiler (HVT) bis zum Netzanschlusspunkt beim Endkunden (NAP) gewährt wird, eine Teilung der Teilnehmeranschlussleitung (TASL) in die oben I.1. erwähnten "relevanten Teilabschnitte" vor. In ihrer Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin nicht gegen den diesen Teilentbündelungsvarianten zugrunde liegenden Umstand, dass es sich bei den im angefochtenen Bescheid behandelten Schnittstellen um Konzentrations- bzw. Zugangspunkte im Sinne des Art. 2 lit. d der Entbündelungsverordnung (EG) 2887/2000 handelt. Sie legt auch nicht dar, dass die Begründung der Erforderlichkeit der Anordnung der Teilentbündelung zur Intensivierung des Wettbewerbes und zur Beschleunigung der "Versorgung der Bevölkerung mit innovativen Telekommunikationsdienstleistungen sowie hochbitratigen Übertragungsdiensten und Multimediadiensten" unzutreffend wäre. Der belangten Behörde ist daher in Bezug auf die Anordnung einer Teilentbündelung für die von ihr definierten Teilabschnitte C1, C2 und B2 der TASL nicht entgegen zu treten.

6. Die Beschwerdeführerin wendet sich dagegen, dass die belangte Behörde in Anhang 8 des angefochtenen Bescheides für die Überlassung der Hausverkabelung (als "Teilstrecke C2" - Abschnitt von der Kabelausmündung/Hausverteiler oder Stockwerksverteiler bis zum Netzabschlusspunkt - bezeichnet) kein Überlassungsentgelt vorgesehen habe. Die belangte Behörde hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Kosten der Hausverkabelung bereits durch das vom Teilnehmer entrichtete Herstellungsentgelt abgedeckt seien. Weiters ordnet der angefochtene Bescheid an, dass ein der Beschwerdeführerin durch Wartung und Instandhaltung des Teilabschnittes C2 auf Wunsch der mitbeteiligten Partei entstehender Aufwand gemäß Anhang 8 Punkt 2.1 gesondert zu ersetzen sei.

6.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das vom Endkunden bezahlte Herstellungsentgelt die tatsächlichen Herstellungskosten der Beschwerdeführerin für den in Rede stehenden Teilabschnitt nicht decke. Auch in dem dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden wirtschaftlich-technischen Gutachten vom Dezember 2000 sei nicht davon ausgegangen worden, dass der Beschwerdeführerin im Zuge der Überlassung des angesprochenen Teilabschnittes überhaupt keine Kosten entstünden. Die belangte Behörde habe sich nicht nur über dieses Sachverständigengutachten hinweggesetzt, sondern auch unbeachtet gelassen, dass die mitbeteiligte Partei selbst davon ausgegangen sei, dass der Beschwerdeführerin Kosten für die Überlassung des Teilabschnittes C2 abzugelten seien und diese für die Überlassung dieser Teilstrecke ein monatliches Entgelt in Höhe von S 3,20 vorgeschlagen habe.

6.2. Wie im Folgenden (siehe unten Punkt 7) noch näher ausgeführt wird, orientiert sich die Festsetzung der Entgelte für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss primär an den Kosten des den Zugang bereitstellenden (marktbeherrschenden) Unternehmens. Unabhängig davon, welche Berechnungsmethode dabei heranzuziehen ist, können Entgelte jedenfalls nur für solche Leistungen angeordnet werden, die überhaupt zu einer Kostenbelastung des die Leistung bereitstellenden Unternehmens führen. Soweit der Beschwerdeführerin daher für die Bereitstellung der Teilstrecke C2 keine Kosten entstehen, ist daher auch kein Entgelt festzusetzen. Im vorliegenden Fall ist dabei auch zu berücksichtigen, dass Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten an diesem Teilabschnitt "auf Wunsch der mitbeteiligten Partei" gesondert zu ersetzen sind.

Dafür, dass die Kosten der Hausverkabelung - wie die belangte Behörde festgestellt hat - bereits durch das von der

Beschwerdeführerin dem Teilnehmer in Rechnung gestellte Herstellungsentgelt abgedeckt sind, spricht, dass dieses Entgelt gemäß § 18 Abs. 6 TKG der Genehmigungspflicht durch die Regulierungsbehörde unterliegt (die Beschwerdeführerin verfügt über eine marktbeherrschende Stellung) und dass die Festlegung des Entgelts nach dieser Gesetzesbestimmung "unter Bedachtnahme auf die jeweils zugrunde liegenden Kosten, die zu erfüllenden Aufgaben und die Ertragslage" vorzunehmen ist. Für den Fall, dass die tatsächlichen Kosten für die Herstellung eines Teilnehmeranschlusses die dem Teilnehmer in Rechnung gestellten Kosten übersteigen sollten, hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, einen entsprechenden Antrag auf Genehmigung eines geänderten Entgelts unter Zugrundelegung der jeweiligen Kosten zu stellen. Allein mit dem Hinweis auf diese Möglichkeit kann jedoch nicht aufgezeigt werden, dass der Beschwerdeführerin keine über die (aufgrund der bei der jeweiligen Herstellung geltenden genehmigten Entgeltbestimmungen) konkret verrechneten Herstellungskosten hinausgehenden Kosten mehr erwachsen können.

Aus dem im Verfahren erstatteten wirtschaftlich-technischen Gutachten der Amtssachverständigen vom Dezember 2000 ergibt sich zwar nicht, dass für den Zugang zum Teilabschnitt C2 ein Entgelt in der von der Beschwerdeführerin begehrten Höhe hätte festgelegt werden müssen (dieses sei nämlich "bei weitem überzogen"), dem Gutachten kann aber auch nicht entnommen werden, dass der Beschwerdeführerin keine über das vom jeweiligen Teilnehmer an sie zu bezahlende Herstellungsentgelt hinausgehenden Kosten für Instandhaltung und Wartung entstehen würden. Das erwähnte Sachverständigen Gutachten vom Dezember 2000 baut zwar auch auf einem Gutachten des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste GmbH (WIK) vom Juni 2000 auf, in dem ausgeführt wird, dass der in Rede stehende "Leitungszug von der Kabelausmündung bis zur Teilnehmerdose des individuellen Anschlusses durch das Herstellungsentgelt abgedeckt" sei. Dem Gutachten kann jedoch nicht nachvollziehbar entnommen werden, dass nach der Herstellung des betreffenden Leitungszuges weitere Kosten für die Beschwerdeführerin ausschließlich dann anfallen, wenn Instandhaltungs- und Wartungsarbeiten an diesem Teilabschnitt "auf Wunsch der mitbeteiligten Partei" durchgeführt werden, zumal im Gutachten auch ausgeführt wird, die Gutachter könnten sich "einer Festlegung auf Höhe der reinen Wartungskosten nicht anschließen".

Indem die belangte Behörde für die Überlassung der Hausverkabelung ("Teilstrecke C2") kein Entgelt festgesetzt hat, ohne nachvollziehbar darzustellen, dass für den in Rede stehenden Abschnitt - abgesehen von "auf Wunsch der mitbeteiligten Partei" durchgeführten Arbeiten - nach Entrichtung des Herstellungsentgelts keinerlei Kosten mehr zu erwarten sind, haftet dem angefochtenen Bescheid ein Begründungsmangel an.

7. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die im Anhang 8 (Entgelte) festgelegten monatlichen Entgelte zu niedrig seien.

Dies betreffe einerseits die Festlegung des Entgelts für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung für die Nutzung bis 144 kbit/Sekunde, für die hochbitratige Nutzung sowie für die Nutzung mit "Pair Gain-System" (S 160,- bzw. ab 1. Jänner 2002 S 150,-). Andererseits habe die belangte Behörde unzulässiger Weise in Position 1 und 2 des Anhangs 8 Pauschalentgelte angeordnet.

7.1. Die Beschwerdeführerin führt aus, dass die von der belangten Behörde als Rechtsgrundlage herangezogenen §§ 8 und 9 Zusammenschaltungsverordnung nur für die Zusammenschaltung (im engeren Sinn), nicht jedoch für die Entbündelung gelten würden. Nach Art. 3 Abs. 3 der Entbündelungsverordnung seien "naturgemäß die tatsächlichen Kosten des verpflichteten Betreibers" zu ersetzen. In dieser Verordnung sei von der Anwendung eines "wie im Zusammenschaltungsbereich angewandten Kostenrechnungssystems nicht die Rede". Demgemäß müsse "grundsätzlich jede Kostenrechnung zulässig" sein. Auch § 37 TKG enthalte keine Regelung für die Überlassungsentgelte für Entbündelungsleistungen. Es fehle an jeglicher gesetzlicher Ermächtigung zur Festlegung von Überlassungsentgelten anhand der von der belangten Behörde angewandten "Forward-looking"-Betrachtung.

Darüber hinaus sei die von der Regulierungsbehörde letztlich vorgenommene Kalkulation der "monatlichen Überlassungsentgelte anhand fiktiver Kosten" nicht unter Berücksichtigung des konkreten Netzes der Beschwerdeführerin erfolgt, sondern anhand von Kosten, welche einem hypothetisch konstruierten "effizienten" Netz entsprechen würden. Schon für die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte sei die von der belangten Behörde vorgenommene Berechnung nicht zutreffend. Die Zusammenschaltungsentgelte müssten gemäß der Richtlinie 97/33/EG und gemäß § 9 Abs. 3 ZVO kostenorientiert sein, wobei sich diese Kostenorientiertheit nach den konkreten Kosten des betroffenen Unternehmens bestimme. Auch entscheidungsrelevante Zusatzkosten wären auf

Grundlage der Kostendaten des konkreten Unternehmens zu bestimmen. Eine Entgeltberechnung unabhängig von den Kosten dieses Unternehmens finde in den angeführten Rechtsvorschriften keine Deckung, daher habe auch für den Bereich der Entbündelung eine Kostenberechnung auf Grundlage von "fiktiv angenommenen Kosten eines effizienten Netzbetreibers" nicht vorgenommen werden dürfen. Die belangte Behörde habe zu Unrecht ein "fiktives Kostenmodell" der Festsetzung der Entbündelungsentgelte zugrunde gelegt. Eine analytische "bottom up-Berechnung" sei gesetzlich nicht gedeckt und daher unzulässig.

Statt der festgelegten monatlichen Entgelte für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung für die Nutzung bis 144 kbit/Sekunde, für die hochbitratige Nutzung sowie für die Nutzung mit "Pair Gain-System" (S 160,- bzw. ab 1. Jänner 2002 S 150,-) hätten die "diesbezüglichen realen Kosten" der Beschwerdeführerin, die S 274,- für die niederbitratige Nutzung und S 696,- für die hochbitratige Nutzung betragen, angesetzt werden müssen. Die in Anhang 8, Position 1 und 2 angeordneten Pauschalentgelte seien nicht kostendeckend, weil diese unter Zugrundelegung eines Kostenrechnungsmodells ermittelt worden seien, welches die tatsächlichen Kosten der Beschwerdeführerin nicht korrekt abbilde. Darüber hinaus enthalte der angefochtene Bescheid keine Begründung für die Festsetzung der erwähnten Pauschalentgelte.

7.2. Für die Festlegung der Bedingungen der Entbündelung im vorliegenden Streitfall sind insbesondere die §§ 37 ff TKG, BGBl. I Nr. 100/1997 idF der Novelle BGBl. I Nr. 26/2000, die Zusammenschaltungsverordnung, BGBl. II Nr. 14/1998, sowie die Entbündelungsverordnung (EG) 2887/2000 maßgeblich.

7.2.1. § 37 TKG lautet:

"Gewährung von Netzzugang und Zusammenschaltung

§ 37. (1) Der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, hat anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben zu ermöglichen. Die Verpflichtung zur Entbündelung besteht insoweit nicht, als der Betreiber Tatsachen nachweist, auf Grund derer diese Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Regulierungsbehörde hat binnen sechs Wochen über die sachliche Rechtfertigung und darüber zu entscheiden, ob ein technischer oder ökonomischer Mehraufwand für Teilleistungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zumutbar und abzugelten ist. Ein solcher Betreiber hat insbesondere eine Zusammenschaltung seines Telekommunikationsnetzes mit öffentlichen Telekommunikationsnetzen anderer Betreiber zu ermöglichen.

(2) Der Zugang ist über Anschlüsse, die allgemein am Markt nachgefragt werden (allgemeiner Netzzugang), zu gewähren. Er kann auch über besondere Anschlüsse (besonderer Netzzugang) gewährt werden, wenn dies der Nutzer begehrt.

(3) Vereinbarungen über Netzzugänge und Zusammenschaltung müssen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein und einen gleichwertigen nichtdiskriminierenden entbündelten Zugang zu den Telekommunikationsnetzen eines Betreibers nach Abs. 1 Satz 1 gewähren."

Nach § 38 Abs. 2 TKG hat der zuständige Bundesminister durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Zusammenschaltung und ein Mindestangebot an entbündelten Netzelementen festzulegen.

§ 40 TKG regelt den "besonderen Netzzugang" wie folgt:

"(1) Begehrt ein Nutzer die Bereitstellung eines besonderen Netzzugangs, so ist ein solcher zu gewähren, wenn es technisch realisierbar ist und der Nutzer die Kosten dafür trägt.

(2) Die Regulierungsbehörde regelt, in welcher Weise ein besonderer Netzzugang, insbesondere für die Zusammenschaltung, zu ermöglichen ist. Die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, sind zu beachten.

Über die von der Regulierungsbehörde im Streitfall zu treffende Anordnung bestimmt § 41 Abs. 3 TKG:

"(3) Die Regulierungsbehörde hat nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung, über die Anordnung der Zusammenschaltung zu entscheiden. Die Regulierungsbehörde kann das

Verfahren um längstens vier Wochen verlängern. Die Anordnung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Regulierungsbehörde hat dabei die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (ABl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Entsprechend der Richtlinie findet der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung.

7.2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Zusammenschaltungsverordnung (ZVO), BGBl. II Nr. 14/1998, lauten:

#### "Besonderer Netzzugang

§ 2. (1) Besonderer Netzzugang ist der Zugang zu einem Telekommunikationsnetz über eine nicht allgemein am Markt nachgefragte Schnittstelle im Sinne des Artikels 10 der Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst (95/62/EG, ABl. Nr. L 321/6, 30. 12. 1995).

(2) Marktbeherrschende Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen haben auf Anfrage nach § 37 Abs. 2 TKG einen besonderen Netzzugang gemäß § 40 TKG anzubieten, der Nutzern den Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz oder zu entbündelten Teilen desselben ermöglicht, sofern die Nutzer diese Leistungen als Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachfragen, um Telekommunikationsdienste anzubieten.

...

#### Entbündelung

§ 3. (1) Marktbeherrschende Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen haben sicherzustellen, dass Leistungen gemäß § 37 Abs. 1 TKG und gemäß § 34 Abs. 1 TKG einschließlich der technisch relevanten Schnittstellen (im Sinne von Artikel 13 der Richtlinie 7/33/EG) bereitgestellt werden. Die Leistungen müssen in einer Weise angeboten werden, dass keine Leistungen abgenommen werden müssen, die nicht nachgefragt werden.

(2) Als entbündelte Netzelemente gelten insbesondere:

1. die Teilnehmeranschlussleitung mit und ohne weitere technische Einrichtungen,
2. die technisch relevanten Schnittstellen auf allen Netzhierarchieebenen des marktbeherrschenden Betreibers.

(3) Ob und in welchem Umfang eine Entbündelung bis auf die in Abs. 2 genannten Netzhierarchieebenen zu gewähren ist, hat die Regulierungsbehörde im Einzelfall unter Bedachtnahme auf die tatsächliche Entwicklung des Wettbewerbs im lokalen Bereich zu entscheiden.

#### Zusammenschaltungsanordnung

§ 7. (1) Kommt innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Einlangen des Begehrens auf Zusammenschaltung eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Die Anrufung muss schriftlich erfolgen und begründet werden. Insbesondere muss dargelegt werden, wann die Zusammenschaltung und welche Leistungen dabei nachgefragt worden sind. Die Anrufung ist widerrufbar.

(2) Bei der Entscheidung nach § 41 Abs. 3 TKG hat die Regulierungsbehörde die Interessen der Nutzer sowie die Interessen der beteiligten Parteien zu berücksichtigen und auf die technische Realisierbarkeit Bedacht zu nehmen.

(3) Die beteiligten Parteien müssen der Anordnung innerhalb einer Frist von längstens drei Monaten nachkommen.

#### Entgelte für die Zusammenschaltung

§ 8. (1) Zusammenschaltungsentgelte von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen folgende Elemente (Tarifstruktur) und Grundsätze enthalten, wobei unter Tarifstruktur die Hauptkategorien bezeichnet werden, in die Zusammenschaltungsentgelte unterteilt werden:

1. Entgelte für die erstmalige Herstellung der physischen Zusammenschaltung (§ 3 Abs. 2 und 3);
2. Miete für die laufende Benutzung von Geräten und Betriebsmittel;

3. variable Entgelte für Hilfs- und zusätzliche Dienstleistungen;

4. verkehrsabhängige Entgelte für die Übermittlung von Verkehr zu und von den zusammengeschalteten Netzen.

(2) Zusammenschaltungsentgelte unterliegen den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung und sind auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen.

(3) Zusammenschaltungsentgelte können nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit einen angemessenen Anteil an gemeinsamen Kosten, Gemeinkosten und den Kosten beinhalten, die durch die Gewährung eines gleichwertigen Zugangs und die Übertragbarkeit von Nummern sowie die Erfüllung grundlegender Anforderungen entstehen. Kostenrechnungssysteme für die Zusammenschaltung

§ 9. (1) Die Kostenrechnungssysteme von marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und/oder für die Öffentlichkeit zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen gemäß § 45 TKG jedenfalls folgende Elemente enthalten:

1. Kostenelemente, die im Zusammenschaltungstarif eingeschlossen sind (einschließlich Gewinnelement);

2. Grad und Verfahren, insbesondere die Behandlung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten;

3. Gegenüberstellung von Erträgen und Kapitalkosten bei anderen wesentlichen Ausgabenposten.

(2) Marktbeherrschende Betreiber haben ihre Tätigkeiten im Rahmen der Zusammenschaltung gemäß § 45 TKG in einer getrennten Buchführung darzustellen.

(3) Die Kostenrechnungssysteme gemäß Abs. 1 sind auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (forward-looking long run average incremental costs) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten."

7.2.3. Erwägungsgrund 11 der seit 2. Jänner 2001 geltenden Verordnung (EG) 2887/2000 (Entbündelungsverordnung) lautet:

"(11) Die Kostenrechnungs- und Preisbildungsregeln für Teilnehmeranschlüsse und zugehörige Einrichtungen sollten transparent, nichtdiskriminierend und objektiv sein, um eine unparteiische Behandlung zu gewährleisten. Die Preisbildungsregeln sollten gewährleisten, dass der Anbieter des Teilnehmeranschlusses seine entsprechenden Kosten decken kann und einen angemessenen Gewinn erzielt, damit die langfristige Weiterentwicklung und Verbesserung der Ortsanschlussinfrastruktur gesichert ist. Die Preisbildungsregeln für Teilnehmeranschlüsse sollten unter Berücksichtigung der erforderlichen Investitionen in alternative Infrastrukturen einen fairen und nachhaltigen Wettbewerb fördern und Wettbewerbsverzerrungen, insbesondere Druck auf die Spanne zwischen den Preisen auf der Großhandelsstufe und den Preisen für Endverbraucher des gemeldeten Betreibers, ausschließen. ..."

Die relevanten Bestimmungen der Verordnung (EG) 2887/2000 lauten:

"Artikel 3

Bereitstellung des entbündelten Zugangs

(1) Die gemeldeten Betreiber veröffentlichen ab dem 31. Dezember 2000 ein Standardangebot für den entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen und zugehörigen Einrichtungen und halten es auf dem neuesten Stand; das Standardangebot muss mindestens die im Anhang aufgeführten Punkte umfassen. Das Angebot muss hinreichend entbündelt sein, damit der Begünstigte nicht für Netzbestandteile oder -einrichtungen aufkommen muss, die für die Bereitstellung seiner Dienste nicht erforderlich sind, und eine Beschreibung der Angebotsbestandteile und der zugehörigen Geschäftsbedingungen, einschließlich der Tarife, umfassen.

(2) Die gemeldeten Betreiber geben ab dem 31. Dezember 2000 angemessenen Anträgen von Begünstigten auf entbündelten Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen und zu zugehörigen Einrichtungen unter transparenten, fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen statt. Eine Ablehnung ist nur aufgrund objektiver Kriterien möglich, die sich auf die technische Machbarkeit oder die notwendige Aufrechterhaltung der Netzintegrität beziehen. Wenn der Zugang verweigert wird, kann die beschwerte Partei das in Artikel 4 Absatz 5 genannte Streitbeilegungsverfahren in Anspruch nehmen. Gemeldete Betreiber stellen für Begünstigte Einrichtungen bereit, die denen gleichwertig sind, die sie für ihre eigenen Dienste oder für ihre verbundenen Unternehmen bereitstellen, und zwar zu denselben Bedingungen und innerhalb desselben Zeitrahmens.

(3) Unbeschadet des Artikels 4 Absatz 4 müssen sich die von gemeldeten Betreibern in Rechnung gestellten Preise für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und zu zugehörigen Einrichtungen an den Kosten orientieren.

#### Artikel 4

##### Aufsicht durch die nationale Regulierungsbehörde

(1) Die nationale Regulierungsbehörde stellt sicher, dass durch die Tarifgestaltung für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss ein fairer und nachhaltiger Wettbewerb gefördert wird.

(2) Die nationale Regulierungsbehörde ist befugt,

a) Änderungen des Standardangebots für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und zu zugehörigen Einrichtungen, einschließlich der Preise, zu verlangen, wenn diese Änderungen gerechtfertigt sind, und

b) von gemeldeten Betreibern Informationen anzufordern, die für die Durchführung dieser Verordnung von

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)