

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/12/11 2000/03/0190

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.12.2002

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3H E13206000;  
E3L E13103020;  
E3L E13206000;  
E3Y E13206000;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
91/01 Fernmeldewesen;

## Norm

31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7 Abs2;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Art7;  
31997L0033 Telekommunikationsmarkt-RL Erwägungsgrund10;  
31998H0195 Telekommunikationsmarkt Teil1 Zusammenschaltungsentgelte;  
31998H0322 Telekommunikationsmarkt Teil2;  
31998Y031901 Zusammenschaltungsentgelte Pkt3.3;  
31998Y031901 Zusammenschaltungsentgelte;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs2;  
EURallg;  
TKG 1997 §1 Abs2 Z2;  
TKG 1997 §41 Abs3;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §8 Abs2;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §8 Abs3;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §8;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §9 Abs1 Z2;  
TKG ZusammenschaltungsV 1998 §9 Abs3;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sauberer und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Bernegger, Dr. Riedinger und Dr. Handstanger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Winter, über die Beschwerde der T Aktiengesellschaft in Wien, vertreten durch Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von

Rechtsanwälten in 1010 Wien, Parkring 2, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 9. Mai 2000, Zl. Z 2/2000-13, betreffend Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 41 Abs. 3 TKG (mitbeteiligte Partei: T GmbH in Wien, 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 1.089,68 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000, Z 33/99-87, wurde in Spruchpunkt I A die Zusammenschaltung des

öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Mitbeteiligten mit dem

öffentlichen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin mit Wirkung vom 1. Jänner 2000 unter den näher angeführten Bedingungen angeordnet. Die Höhe der verkehrsabhängigen Zusammenschaltungsentgelte (Peak- und Off-Peak-Zeiten) wurden in ATS und Eurocent (pro Minute) exklusive Umsatzsteuer (in Anhang 6) für die verschiedenen Verkehrsarten festgelegt. So wurde in diesem Bescheid auch die Verkehrsart V 33 (Terminierung vom Netz der Mitbeteiligten in das Netz der Beschwerdeführerin lokal (NVSt (Netzvermittlungsstelle), OVSt (Ortsvermittlungsstelle))) bestimmt. Für die Verkehrsart V 39 (Terminierung vom Netz der Beschwerdeführerin in das Netz der Mitbeteiligten lokal (NVSt und OVSt)) wurde in diesem Bescheid nichts festgelegt, da dies von der Mitbeteiligten nicht nachgefragt worden war. Zu diesem Bescheid ist beim Verwaltungsgerichtshof das Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0174 anhängig (Ende der Beschwerdefrist am 31. Mai 2000).

Mit dem angefochtenen Bescheid wurden auf entsprechenden Antrag der Mitbeteiligten gemäß § 41 Abs. 3 TKG für die Zusammenschaltung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes der Mitbeteiligten mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz der Beschwerdeführerin ergänzend zu der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z. 33/99-87, in einem ergänzten Anhang 13a weitere Bedingungen angeordnet. Anhang 13a trifft Regelungen betreffend die Zusammenschaltung und die hierfür anzuwendenden Bedingungen für bestimmte Netzvermittlungsstellen (NVSten) und Ortsvermittlungsstellen (OVSten). Anhang 13 der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000 sah bloß grundsätzlich die Verpflichtung vor, dem Zusammenschaltungspartner über dessen Nachfrage die Zusammenschaltung mit dem Netz der Beschwerdeführerin auch auf Vermittlungsstellen der unteren Netzhierarchieebene, also unterhalb der Hauptvermittlungsstellen (HVSten), anzubieten. In Punkt 3. des Anhanges 13a wurden die Zusammenschaltungsentgelte in diesem Bereich festgelegt. Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Beschwerdeführerin auf der Ebene der Netzvermittlungsstellen bzw. Ortsvermittlungsstellen ins Netz der Mitbeteiligten bezahlt die Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte die Verkehrsart V 39 (Peak 0,21 Cent, Off-Peak 0,10 Cent; in der Höhe der in der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000 festgelegten Verkehrsart V 3). Für die Terminierung von Zusammenschaltungsverkehr aus dem Netz der Mitbeteiligten ins Netz der Beschwerdeführerin auf der genannten Ebene wurde das von der Mitbeteiligten zu leistende Entgelt mit der Verkehrsart V 33 bestimmt, die bereits mit dem angeführten Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000 festgelegt worden sei.

Die angefochtene Zusammenschaltungsanordnung galt nach ihrem Punkt 7. bis zum 31. Dezember 2000.

Diese Entscheidung wurde im Hinblick auf die Kosten für die verfahrensgegenständlichen Leistungen in Punkt 2.6. der Begründung des angefochtenen Bescheides im Wesentlichen damit begründet, dass in den Anhängen der Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z 33/99-87, die Zusammenschaltungsentgelte geregelt worden seien (vgl. Anhang 6). In diesem Bescheid seien insbesondere auch Entgelte für die Zusammenschaltung auf niedriger Netzhierarchieebene, wobei zwischen dem Zugang auf Netzvermittlungsstellen und Ortsvermittlungsstellen nicht unterschieden werde (V 33 - Terminierung lokal, die Mitbeteiligte an die Beschwerdeführerin), angeordnet worden, nicht jedoch Entgelte für die Terminierung lokal, von der Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte (V 39). Die kostenorientierten Entgelte (FL-LRAIC) seien im Rahmen des betriebswirtschaftlichen Gutachtens der Amtssachverständigen zu Z 33/99 ermittelt worden. Zu den festgelegten Entgelten für die Terminierung wurde in

Punkt 4.4.2. der Begründung des angefochtenen Bescheides ausgeführt, dass die Zusammenschaltungsentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens gemäß § 41 Abs. 3 TKG nach dem Grundsatz der Kostenorientiertheit entsprechend der Richtlinie (97/33/EG) festzulegen seien. In Konkretisierung des § 41 Abs. 3 TKG statuiere die Zusammenschaltungsverordnung, dass die Zusammenschaltungsentgelte - soweit die Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen betroffen sei - kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen seien (in diesem Zusammenhang wird u.a. auf den Bescheid der belangten Behörde vom 17. April 2000, Z 33/99, S 121 ff, verwiesen). Die von den Gutachtern im Verfahren Z 33/99 durchgeführten Berechnungen hätten als Entgelte für die Verkehrsart V 33 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,14 und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,07/Minute auf FL-LRAIC-Basis für den auf lokaler Ebene übergebenen Verkehr ergeben. Die Höhe der Entgelte der Verkehrsart V 39 sei mit dem gegenständlichen Bescheid festgelegt worden, richte sich allerdings nach der im Bescheid Z 33/99-87 festgelegten Verkehrsart V 3 (0,21 Peak und 0,10 Off-Peak). Insgesamt könne zu den Grundlagen der Entgeltfestlegung daher auf die Ausführungen im Bescheid Z 33/99 vom 17. April 2000 verwiesen werden.

Hinsichtlich der Entgelte für Verkehr, der von der Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten an einem Netzübertragungspunkt auf niedriger Netzebene zur Terminierung übergeben werde, habe die belangte Behörde Folgendes erwogen:

Grundsätzlich werde bereits mit der Verbindung auf Hauptvermittlungsstellen-Ebene die Zusammenschaltung bewirkt (es wird auf den Bescheid der belangten Behörde vom 5. Oktober 1999, Z 3/98, S 96 ff und S 129 ff, verwiesen). Da bei einer Übergabe des Verkehrs auf niedrigerer Netzebene (für Verkehr, der im Einzugsbereich der Vermittlungsstelle terminiert wird) die "darüberliegenden" Netzelemente der Beschwerdeführerin nicht beansprucht würden, ergäben sich in diesem Fall auch niedrigere Kosten, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung des Marktbeherrschers zur Kostenorientierung auf der Basis FL-LRAIC zu dem im Verfahren Z 33/99 bereits festgelegten Entgelt für diese Verkehrsart V 33 geführt hätten. Eine Verpflichtung des nicht marktbeherrschenden Zusammenschaltungspartners, in vergleichbarer Weise wie der Marktbeherrscher Zugang zu entbündelten Elementen des eigenen Netzes zu gewähren, bestehe nicht; ganz abgesehen davon, dass die Netzstruktur gerade in diesem Punkt nicht vergleichbar ist. Die Beschwerdeführerin solle jedoch nicht daran gehindert sein, den Verkehr auch an den Netzübertragungspunkten zu übergeben, die auf (ihrer) niedrigeren Netzebene eingerichtet seien. Im Netz der Mitbeteiligten würden dabei jedoch dieselben Ressourcen wie bei einer Übergabe auf den an den Vermittlungsstellen der Beschwerdeführerin eingerichteten Netzübertragungspunkten beansprucht, sodass das Entgelt in der Höhe von V 3 festgelegt worden sei.

In dem im angefochtenen Bescheid maßgeblich verwiesenen Verfahren Z. 33/99 wurde ein technisches Gutachten von Dipl. Ing. Mag. Dr. B, Dipl. Ing. E und Dipl. Ing. M und drei betriebswirtschaftliche Gutachten (Gutachten über die Bestimmung der Kapitalkosten unter besonderer Berücksichtigung des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen von den nichtamtlichen Sachverständigen Univ. Prof. Dr. D und Univ. Prof. Dr. Z, Gutachten zur Ermittlung der Kosten auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten ("forward looking long run average incremental costs" - FL-LRAIC) der Zusammenschaltung der Beschwerdeführerin (auf der Grundlage einer von den Gutachtern zu erstellenden Kostenstudie und Sensibilitätsanalyse auf der Basis des WIK-Bottom-Up-Modells) von den nichtamtlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N und ein wirtschaftlich-technisches Gutachten zur Feststellung der Kosten der Beschwerdeführerin für Zusammenschaltungsleistungen unter Zuhilfenahme eines Top-Down-Ansatzes der Amtssachverständigen Ing. L u.a.) und ergänzende Stellungnahmen zu den zuletzt genannten drei Gutachten erstattet.

Zu den Kriterien für die Festsetzung des Entgeltes von Zusammenschaltungsleistungen führte die belangte Behörde in der im angefochtenen Bescheid maßgeblich verwiesenen Zusammenschaltungsanordnung vom 17. April 2000, Z. 33/99-87, unter Punkt 4.5.1. der Begründung Folgendes aus:

#### "4.5.1.1. Europarechtliche Vorgaben

Hinsichtlich der für die Zusammenschaltung zu verrechnenden Entgelte normiert der Anhang der RL 90/387/EWG in der Fassung der RL 97/51/EG in Z 3 unter dem Titel 'harmonisierte Tarifgrundsätze': 'Die Tarife müssen auf objektiven Kriterien beruhen und (...) grundsätzlich kostenorientiert sein'. 'Bei allen Tarifen für den Zugang zu Netzressourcen

oder Diensten sind die genannten Grundsätze und die Wettbewerbsregeln des Vertrags einzuhalten und das Prinzip der angemessenen Umlegung der Gesamtkosten für die genutzten Ressourcen sowie die notwendige Investitionsrendite (...) gemäß der Richtlinie über die Zusammenschaltung zu berücksichtigen.'

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

Art 7 Abs 2 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) stellt klar, dass der Grundsatz der Kostenorientierung bei der Festlegung der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung findet. Mit Bescheiden der Telekom-Control-Kommission vom 15.6.1999 sowie vom 23.07.1999, M 1/99, wurde festgestellt, dass die TA sowohl auf dem Markt für das Erbringen des öffentlichen Sprachtelefondienstes mittels eines festen Netzes als auch auf dem Zusammenschaltungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Das Entgelt für diesen Netzzugang hat daher nach den genannten Richtlinien kostenorientiert zu sein.

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

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

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

#### 4.5.1.2. Nationales Recht

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

§ 41 Abs 3 TKG bestimmt, dass '(e)ntsprechend der Richtlinie (...) der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung' findet. Zudem nimmt diese

Bestimmung auf das Prinzip der Kostenorientierung indirekt Bezug, nämlich insofern als diese Bestimmung die Regulierungsbehörde verpflichtet, bei der Erlassung einer Zusammenschaltungsanordnung die ONP-Richtlinien zu beachten. Unter diesen Richtlinien sind unter anderem die RL 90/387/EWG, 97/33/EG, 97/51/EG und 98/10/EG zu nennen. Der Verweis auf diese Richtlinien bewirkt, dass diese Richtlinien von der Regulierungsbehörde insofern beachtet werden müssen, als sie kraft des Europarechtes direkt wirken und unmittelbar anwendbar sind, oder insofern sie auf Grund der Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts indirekt Wirksamkeit *inter partes* haben.

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

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

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

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

#### Berechnungsmethoden für FL-LRAIC

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

#### Zur Berechnung mittels des Top Down Ansatzes

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

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

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

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

Zur Berechnung mittels des Bottom Up Ansatzes

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

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

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

Im Punkt 4.5.2.2. führte die belangte Behörde in der Zusammenschaltungsanordnung Z. 33/99 zur Zulässigkeit des Bottom Up Modells noch Folgendes ins Treffen:

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

Darüber hinaus ist der TA entgegenzuhalten, dass den nicht amtlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N bei der Durchführung des Gutachtens eine Reihe von Daten vorlagen, die von der TA selbst zur Verfügung gestellt worden sind. So war wesentliche Grundlage eine von der TA übermittelte Datenbank mit Hauptverteilerinformationen.

Konkret enthält die Datenbank Namen, Geokoordinaten sowie angeschlossene Teilnehmer für alle 1488 Hauptverteilerstandorte der TA. Weiters erstattete die TA im Rahmen einer Fragebogenbeantwortung Angaben über die wesentlichen Inputparameter des Bottom-up Modells. Über diese Parameter erfolgte darüber hinaus eine Abstimmung zwischen den Sachverständigen und Vertretern der TA (vgl das Gutachten S/N, S 3). Es wird somit deutlich, dass es entgegen der Ansicht der TA auf Grund dieser von der TA bereitgestellter Inputparameter zu keiner Entgeltbestimmung 'kraft analytischer - von real existierende Bedingungen völlig abgehobener - Berechnungen auf Grund fiktiv angenommener Netze' kommt."

In Punkt 4.5.2.3. der verwiesenen Zusammenschaltungsanordnung Z. 33/99 wurde die Festlegung der konkreten Höhe der Zusammenschaltungsentgelte begründet. So wird dazu betreffend die Verkehrsarten V 33 (lokale Terminierung), V 3 (regionale Terminierung), V 4 (nationale Terminierung) im Wesentlichen ausgeführt, dass - wie bereits unter Pkt. 4.5.1. eingehend ausgeführt - die Entgelte kostenorientiert auf der Grundlage eines Kostenrechnungssystems auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung festzulegen seien. Die bestmögliche Annäherung an die zukunftsorientierten langfristigen zusätzlichen Kosten eines effizienten Netzbetreibers habe für die Verkehrsart V 33 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,14/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,07/Minute, für die Verkehrsart V 3 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,21/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,10/Minute und für die Verkehrsart V 4 für die Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,31/Minute und für die Off-Peak-Zeit ein Entgelt in der Höhe von ATS 0,12/Minute ergeben. Diese Entgelte ergäben sich aus dem arithmetischen Mittel aus einem Szenario des Bottom-Up-Modells (Bottom-Up-Modell mit Inputdatensätzen des VAT - Verband Alternativer Telekommunikationsanbieter) und aus dem Top-Down-Modell mit Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials. Konkret seien zum einen die Ergebnisse des Top-Down-Modells (unter Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials) als Kostenobergrenze herangezogen worden. Die Annahme eines 20 %igen Verbesserungspotenzials basiere - wie bereits unter Punkt 2.6. ausführlich dargestellt - darauf, dass die Ergebnisse aus dem Top-Down-Modell die Plankosten für das Jahr 2000 darstellten. Insbesondere unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes, dass im Kostenrechnungsmodell eine alte Netzstruktur (Stand 31. Dezember 1998) zur Anwendung gelange und es darüber hinaus an einer zukunftsorientierten Betrachtung der Mietleitungsnachfrage mangle, sei es für eine Annäherung an die FL-LRAIC notwendig, Ineffizienzen zu eliminieren. Indiz für diese Notwendigkeit sei darüber hinaus der Umstand, dass die von den amtlichen Sachverständigen auf der Basis des Top-Down-Modells ermittelten Kosten tendenziell höhere Werte ergäben als die von den nichtamtlichen Sachverständigen auf der Grundlage des Bottom-Up-Modells ermittelten Kosten. Auf Grund dieser Differenz werde nach Ansicht der belangten Behörde deutlich, dass mögliche Effizienzpotenziale noch nicht vollständig ausgeschöpft seien. Für die Annäherung an FL-LRAIC erschienen der belangten Behörde daher im Bereich der Terminierung Effizienzabschläge in der Größenordnung von 20 % als gerechtfertigt. Die Rechtfertigung ergebe sich aus dem Umstand, dass die Mietleitungsnachfrage stärker ansteigen werde als die Nachfrage nach Sprachtelefonie und auch die "economies of scope" in der Übertragungstechnik zunehmen würden. Darüber hinaus würden durch den Rückbau von Vollvermittlungsstellen auf abgesetzte Konzentratoren Einsparungen im Bereich der Vermittlungstechnik möglich sein. Weiters seien im Netz der Beschwerdeführerin im Bereich der Linientechnik Reservekapazitäten vorhanden und schließlich gebe es in den innerbetrieblichen Prozessen der Beschwerdeführerin noch erhebliche Effizienzsteigerungspotenziale. In der Folge werden die sich auf der Basis des Top-Down-Modells ergebenden Entgelte für die angeführten Verkehrsarten genannt.

Zu dem herangezogenen Bottom-Up-Modell führte die belangte Behörde aus, dass bei Zugrundelegung der Inputparameter der Beschwerdeführerin das Bottom-Up-Kostenrechnungsmodell Kosten ergebe, welche über den Vollkosten der Beschwerdeführerin lägen. Dies liege daran, dass für die einzelnen Komponenten die aktuellen Einkaufspreise auf der Basis von langfristigen Rahmenverträgen, die noch vor der Liberalisierung des Sprachtelefondienstes abgeschlossen worden seien, angegeben worden seien. Darüber hinaus seien von der Beschwerdeführerin keine verlässlichen Angaben über das Verhältnis zwischen schmal- (Sprache) und breitbandiger (Daten) Nutzung der Infrastruktur gemacht worden. Ein zusätzliches Problemfeld bildeten auch die unverhältnismäßig hohen Kosten für das Zeichenabgabernetz. Nach Ansicht der belangten Behörde erscheine daher eine Orientierung an dem Bottom-Up-Modell, das auf den Inputparametern der Beschwerdeführerin basiere, nicht zweckmäßig; es sei vielmehr auf die Ergebnisse des Bottom-Up-Modells auf Basis der Inputparameter des VAT abzustellen. In der Folge werden die sich daraus ergebenden Entgelte angeführt. Das arithmetische Mittel aus der aufgezeigten Preisobergrenze sowie der aufgezeigten Preisuntergrenze erscheine daher zur Bestimmung der konkreten Zusammenschaltungsentgelte als gerechtfertigt. Beide Modelle würden gute und unabhängige Werte liefern, die nach den Grundsätzen der mathematischen Schätzung im Sinne eines Mittelwertes ein Ergebnis lieferten, die die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten minimieren würde. Die Orientierung an diesem arithmetischen Mittel zeige jedoch auch, dass die daraus resultierenden Werte zwar geringfügig über den Benchmarks der (nicht verbindlichen) Empfehlung der Europäischen Kommission vom 20. März 2000 lägen, sich aber dennoch im

internationalen Vergleich im besseren Mittelfeld bewegten. Abschließend begründete die belangte Behörde in diesem Zusammenhang, warum die Entgeltfestlegung allein auf der Basis von Vergleichswerten anderer Länder nicht angewendet worden sei.

Im Rahmen der Beweiswürdigung setzte sich die belangte Behörde in dem verwiesenen Bescheid Z. 33/99 mit der ausführlichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu den betriebswirtschaftlichen Gutachten, auf Grund deren das Entgelt festgesetzt wurde, auseinander und kam abschließend zu der Beurteilung, dass sich die Darlegung der Kosten der Zusammenschaltungsleistungen aus den für schlüssig und widerspruchsfrei erachteten Gutachten einerseits der Amtssachverständigen Ing. Dr. L u.a., andererseits der nichtamtlichen Sachverständigen Dr. S und Dr. N ergäbe. Der Kapitalkostenzinssatz (WACC - durchschnittlich gewichtete Kapitalkosten nach Körperschaftsteuer) unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Telekommunikationsmarktes für die Erbringung des Sprachtelefondienstes mittels eines Festnetzes im Zusammenhang mit der Erbringung originierender und terminierender Zusammenschaltungsleistungen sei in dem nicht minder überzeugenden und zweifelsfreien Gutachten von Univ. Prof. Dr. D und Univ. Prof. Dr. Z ermittelt worden. Die gegen die Gutachten vorgebrachten Einwände der Verfahrensparteien (u.a. die Beschwerdeführerin) hätten die Stichhaltigkeit und Glaubwürdigkeit der Ergebnisse nicht zu erschüttern vermocht.

In der gegen den angefochtenen Bescheid erhobenen Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht. Das Beschwerdevorbringen betreffend die Entgeltfestsetzung und -ermittlung stimmt mit dem Beschwerdevorbringen im Verfahren Zl. 2000/03/0174 weitgehend überein, das den verwiesenen Zusammenschaltungsbescheid vom 17. April 2000, Zl. 33/99-87, zum Gegenstand hat. Als Beschwerdepunkt wird das "Recht gemäß § 41 Abs. 3 TKG auf kostenorientierte Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten" geltend gemacht. Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 26. November 2002 zu einer entsprechenden Anfrage des Verwaltungsgerichtshofes hat ergeben, dass damit nur das Entgelt bekämpft wird, das die Beschwerdeführerin (als marktbeherrschendes Unternehmen) gemäß dem angefochtenen Bescheid für entsprechende Zusammenschaltungsleistungen verlangen darf.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und - wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift samt Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde erstattet. Die belangte Behörde legte im Hinblick auf das in den Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 und Zl. 2000/03/0174 gleichartige Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Rechtswidrigkeit der Entgeltfestsetzung und -ermittlung die im Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 erstattete Gegenschrift ergänzend vor, die wiederum mit der im Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0174 erstatteten Gegenschrift übereinstimmt. Der dem Beschwerdeverfahren Zl. 2000/03/0125 zu Grunde liegende Zusammenschaltungsbescheid Z. 30/99-88 ist auf der Grundlage derselben Beweismittel wie der Zusammenschaltungsbescheid Z. 33/99-87 erfolgt und stimmt inhaltlich mit letzterem Bescheid überein mit der Ausnahme, dass er gegenüber einem anderen mitbeteiligten Telekommunikationsunternehmen ergangen ist.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwohen:

1.1. Die vorliegende, am 19. Juni 2000 beim Verwaltungsgerichtshof eingelangte Beschwerde ist gemäß § 115 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz 1997 i.d.F. des Art. 29 Z. 26 Budgetbegleitgesetz 2000, BGBl. I Nr. 26, zulässig (Ende der für vor dem 1. Juni 2000 erlassene Bescheid maßgeblichen Beschwerdefrist am 20. Juni 2000; vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 6. September 2001, Zl. 2000/03/0195).

1.2. Nach der hg. Rechtsprechung (vgl. u.a. das Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 19. September 1984, Slg. Nr. 11.525/A) kommt dem Beschwerdepunkt i.S.d. § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides entscheidende Bedeutung zu, weil der Verwaltungsgerichtshof nach der Anordnung des § 41 Abs. 1 VwGG nicht zu prüfen hat, ob irgendein subjektives Recht des Beschwerdeführers, sondern nur ob jenes verletzt wurde, dessen Verletzung er behauptet. Durch den Beschwerdepunkt wird der Prozessgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens festgelegt und der Rahmen abgesteckt, an den der Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides gebunden ist. In diesem Sinne ist im vorliegenden Beschwerdefall angesichts des im Sinne der Beschwerdeführerin zu verstehenden Beschwerdepunktes allein jene Entgeltfestsetzung beschwerdegegenständlich, die gegenüber der Beschwerdeführerin für die von ihr vorzuschreibenden Entgelte vorgenommen wurde.



1.3. Der Umstand, dass die bekämpfte Entgeltfestsetzung des angefochtenen Bescheides nur bis 31. Dezember 2000 gegolten hat, bewirkt im Hinblick darauf, dass der angefochtene Bescheid im Zeitraum von 10. Mai 2000 bis 31. Dezember 2000 Grundlage für die davon erfassten Zusammenschaltungsentgelte war, die nach einer allfälligen Aufhebung in der Folge für diesen in der Vergangenheit gelegenen Zeitraum neu zu regeln wären, keinen Wegfall der Beschwer.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, dass sowohl das gemeinschaftsrechtliche Richtlinienrecht als auch das nationale Recht bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten eine Kostenorientierung anhand der konkreten Kosten des jeweiligen marktbeherrschenden Unternehmens verlangten und eine Kostenbestimmung anhand fiktiv angenommener Netze nicht zuließen. Dennoch habe die belangte Behörde in ihrem Bescheid Zusammenschaltungsentgelte für alle Terminierungsleistungen (lokal: V 33, regional: V 3 und national: V 4) sowie für lokale Originierung (V 41) und regionale Originierung (V 11) nicht an den Kosten der Beschwerdeführerin orientiert, sondern unter Bezugnahme auf ein von der belangten Behörde fiktiv angenommenes "effizientes Netz" ("Bottom-Up") bestimmt. Im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht wird ausgeführt, dass sich bereits aus Art. 7 Abs. 2 der Zusammenschaltungsrichtlinie RL 97/33/EG das Gebot einer Kostenorientierung von Zusammenschaltungsentgelten im Sinne einer Orientierung an den konkreten Kosten des jeweiligen marktbeherrschenden Unternehmens ergäbe. Danach seien die Zusammenschaltungskosten auf Grund der einschlägigen Kostenrechnung des entsprechenden Unternehmens zu bestimmen. Die Richtlinie habe primär eine privatautonome Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte im Auge, für die "die Richtlinie einen (durchaus breiten) Rahmen von Kostenorientierung" definiere. Art. 7 Abs. 2 der angeführten Richtlinie spreche davon, dass "Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung unterliegen". Inhalt dieser Kostenorientierung sei das Erfordernis, "dass sich Entgelte aus den tatsächlichen Kosten einschließlich einer vertretbaren Investitionsrendite herleiten". Auch durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die "tatsächlichen Kosten" ordne die Richtlinie eine Kostenorientierung im Sinne der Kosten des jeweiligen Unternehmens an. In diesem Sinne sehe Art. 7 Abs. 2 der angeführten Richtlinie auch die Möglichkeit der Regulierungsbehörde vor, die Unternehmen zu einer vollständigen Begründung ihrer Zusammenschaltungsentgelte aufzufordern. Als kostenorientiert könne ein Unternehmen nur Zusammenschaltungsentgelte auf der Basis realer Netzdaten begründen, nicht aber Entgelte eines anderen - hypothetisch angenommenen - Netzes.

Auch Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 97/33/EG wiederhole den Grundsatz der Kostenorientierung und knüpfe durch den Hinweis auf die geforderte ausreichende Aufgliederung der entsprechenden Kostengrößen sowie die Empfehlung "kapazitätsabhängiger Entgelte" unmittelbar an die Kostenstruktur des jeweiligen konkreten Unternehmens an. Als Untergrenze nenne Erwägungsgrund 10 eine Kostenrechnung "anhand langfristiger Grenzkosten (gemeint: Zusatzkosten) und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung". Auch mit dieser Terminologie stelle die angeführte Richtlinie auf die Kosten des konkreten Unternehmens ab, denn nur insoweit sei eine "Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung" möglich.

Auch die innerstaatliche Rechtslage (§ 41 Abs. 3 TKG, weiters § 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 1 und 3 Zusammenschaltungs-VO - ZVO) entspreche dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot einer an den Kosten des konkreten Unternehmens Maß nehmenden Kostenorientierung. So normiere § 41 Abs. 3 TKG "den Grundsatz der Kostenorientiertheit ... bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen". Auch die für die Vollziehung maßgebliche Zusammenschaltungsverordnung kenne eine Kostenermittlung allein auf Grund der jeweiligen Kosten des konkreten Unternehmens. Schon § 8 Abs. 3 ZVO erlaube eine angemessene Umlegung der gemeinsamen Kosten und der Gemeinkosten (sowie weiterer spezifischer Kosten) des Unternehmens auf die Zusammenschaltungsentgelte und lasse damit - weil gemeinsame Kosten und Gemeinkosten wesensgemäß Kostenkategorien eines real bestehenden Unternehmens seien - eine klare Bezugnahme auf das konkrete Telekomunternehmen erkennen. Der allgemeine Grundsatz der Kostenorientierung ergebe sich sodann aus § 8 Abs. 2 ZVO, wonach Zusammenschaltungsentgelte den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung unterlägen und auf der Grundlage der Kostenrechnungssysteme gemäß § 9 zu erstellen seien. Indem § 9 ZVO die Anforderungen an die Kostenrechnungssysteme der Telekomunternehmen definiere, stelle die ZVO auf die Kosten des konkreten Unternehmens ab. § 9 Abs. 3 ZVO sehe im Speziellen vor, dass Kostenrechnungssysteme marktbeherrschender Betreiber auf Basis der zukunftsorientierten langfristigen durchschnittlichen zusätzlichen Kosten (FL-LRAIC) entsprechend der aktivitätsorientierten Kostenzurechnung zu gestalten seien. Auch daraus ergebe sich, dass allein die

Kosten des marktbeherrschenden Betreibers und nicht die Kosten irgendeines anderen (hypothetischen) Betreibers für die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte maßgeblich seien. Im Ergebnis stehe damit fest, dass Zusammenschaltungsentgelte - in einer aktivitätsorientierten "forward-looking"-Perspektive - anhand der konkreten Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens zu ermitteln seien.

Die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid die Kosten eines fiktiven Betreibers rechtswidrig herangezogen. Dies stehe in einem offenen Widerspruch zu der angeführten gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen Rechtslage. Die Behörde habe zwar zunächst auf der Grundlage des Kostenrechnungssystems der Beschwerdeführerin durch ein wirtschaftliches Gutachten auf FL-LRAIC-Basis die Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin ermitteln lassen. Diese Berechnung sei unter Heranziehung von unrichtig ermittelten Kapitalkosten erfolgt, die solcherart ermittelten Zusammenschaltungskosten lägen deshalb unterhalb der "long run average incremental costs" der Beschwerdeführerin. Die Behörde habe die Zusammenschaltungsentgelte der Beschwerdeführerin für lokale, regionale und nationale Terminierung sowie lokale und regionale Originierung nicht einmal auf Basis der Kosten der Beschwerdeführerin gemäß FL-LRAIC, sondern entscheidend unterhalb der solcherart ermittelten Kosten festgelegt, in dem sie auch die Kosten eines fiktiv angenommenen sog. "effizienten Netzbetreibers" (sog. "Bottom-Up-Kostenmodell") ermitteln habe lassen und diese Kosten - die mit den realen Kosten eines existierenden Netzbetreibers nichts zu tun hätten - ihrer Entgeltbestimmung zu Grunde gelegt. Ein solches "Bottom-Up-Kostenmodell" ermittle Zusammenschaltungsentgelte auf Grundlage von Annahmen über ein - real weder existentes noch tatsächlich konkret verwirklichtes - rein hypothetisch angenommenes "effizientes" Unternehmen. Bottom-Up-Modelle modellierten eine Produktionsfunktion, leiteten davon eine Kostenfunktion ab und simulierten solcherart die einschlägigen ökonomischen Parameter eines solchen hypothetisch angenommenen Netzbetreibers. Die Behörde habe eine Art "Mittelwert" zwischen den konkreten Zusammenschaltungskosten der Beschwerdeführerin (abzüglich eines - völlig freihändig angenommenen - Effizienzabschlages) und der von ihr beauftragten Bottom-Up-Berechnung errechnet. Die Kosten der Beschwerdeführerin seien daher auf Grundlage eines hypothetisch angenommenen Netzes auf rein analytischer Basis ermittelt worden. Die Heranziehung der hypothetisch ermittelten Kosten eines fiktiv angenommenen "effizienten Betreibers" erfolge ohne jede Rechtsgrundlage.

Auch die belangte Behörde weise in ihrer Begründung darauf hin, dass die Richtlinie 97/33/EG in ihrem Art. 7 Abs. 2 Satz 2 von einer Kostenorientierung im Sinne der "tatsächlichen Kosten" spreche. Warum dies jedoch die Heranziehung eines Bottom-Up-Modells zur Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte nicht ausschließe, wie die belangte Behörde meine, sei nicht nachvollziehbar. Die Behörde lasse dabei auch die detaillierten - genau gegenteiligen - Bestimmungen der ZVO unerwähnt.

Die Tatsache, dass § 8 Abs. 3 ZVO die Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten vorsehe, zeige, dass die ZVO die Zusammenschaltungskosten auf der Basis existierender Unternehmen und somit auf der Basis von Top-Down-Kostenrechnungsmodellen festlegen wolle. Die Berücksichtigung von gemeinsamen Kosten oder Gemeinkosten erfordere nämlich ein Umlegen von Kostenelementen, das inhaltlich notwendigerweise mit einer Top-Down-Berechnung verbunden sei. Bottom-Up-Modelle würden derartige Rechnungsschritte nicht kennen, da bei Rechnungen von "unten nach oben" keine Kostenblöcke (wie etwa Gemeinkosten) für mehrere Leistungen übrig blieben, die per Umlage auf Produkte alloziert werden müssten. Deshalb rechneten Bottom-Up-Modelle genau umgekehrt mit "Zuschlägen". Die von der belangten Behörde getroffene Entgeltfestlegung erweise sich daher auch als mit § 9 Abs. 3 ZVO und § 41 Abs. 3 TKG unvereinbar. Für eine Bottom-Up-Kosten inhaltlich mitberücksichtigende "Mittelwerterrechnung" welcher Art immer bestehe nach den §§ 8 und 9 ZVO und im Lichte des § 41 TKG keinerlei Grundlage. Der Bescheid erweise sich schon insoweit jedenfalls als rechtswidrig.

2.2. Der dargelegten Auffassung der Beschwerdeführerin kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

2.2.1. Maßgebliche nationale Rechtsvorschriften sind die folgenden:

Aus dem TelekommunikationsG 1997, BGBl. I Nr. 100 in der Fassung der Novellen BGBl. I Nr. 98/1998, 27 und 188/1999 (TKG):

"§ 3. Im Sinn dieses Bundesgesetzes bedeutet

...

7. 'Netzzugang' die physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen;

...

16. 'Zusammenschaltung' jenen Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen."

"§ 32. (1) Die Regulierungsbehörde hat durch die nachfolgend angeführten Maßnahmen der Regulierung

1. einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb am Telekommunikationsmarkt sicherzustellen,

2.

den Marktzutritt neuer Anbieter zu fördern,

3.

den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung abzustellen und Missbräuchen vorzubeugen,

4. die Einhaltung der Grundsätze eines offenen Netzzuganges gemäß ONP sicherzustellen,

5. die sektorspezifischen Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaften umzusetzen und

6. Streitfälle zwischen Marktteilnehmern sowie zwischen Marktteilnehmern und Nutzern zu schlichten."

"§ 33. ...

(4) Die Regulierungsbehörde hat auf Antrag eines betroffenen Unternehmers durch Bescheid festzustellen, ob dieser marktbeherrschend im Sinne dieses Bundesgesetzes ist. Sie kann dies auch von Amts wegen tun."

"§ 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 abzugleiten 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."

"§ 38. (1) Die Zusammenschaltung hat zumindest folgende Leistungen zu umfassen:

1. Sicherstellung des Zugangs von Nutzern eines marktbeherrschenden Anbieters zum Netz eines neuen Anbieters durch vorprogrammierte Netzauswahl oder Wählen von Auswahlcodes entsprechend dem Nummerierungsplan,

2. Zurverfügungstellung der notwendigen Vermittlungsdaten der jeweiligen Verbindung an den zusammenschaltenden Anbieter,

3. Zustellung der Gespräche an Nutzer der jeweils anderen zusammengeschalteten Betreiber,

4. Zurverfügungstellung der für die Verrechnung benötigten Daten in geeigneter Weise an den zusammenschaltenden Anbieter.

(2) Die näheren Bestimmungen über die Zusammenschaltung sind vom Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr durch Verordnung festzulegen. Dabei hat er auf die Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs und auf die

Aufrechterhaltung einer durchgehenden Dienstqualität Bedacht zu nehmen sowie die verbindlichen internationalen Vorschriften zu berücksichtigen. Weiters hat er durch Verordnung ein Mindestangebot an entbündelten Netzelementen festzulegen. Dabei ist vor allem auf die internationale Praxis Bedacht zu nehmen.

(3) Ist für die Zusammenschaltung eine Heranführung über Leitungswege notwendig und ist für einen im Wettbewerb stehenden gleichen oder ähnlichen Dienst das marktbeherrschenden Anbieters dies nicht notwendig, so sind die Kosten der Heranführung auf beide Anbieter gleichmäßig aufzuteilen (fiktive Kosten).

(4) Die Telekom-Control-Kommission entscheidet im Streitfall über die Angemessenheit der Kosten und die technische Realisierbarkeit einer Zusammenschaltung gemäß Abs. 3."

"§ 41. (1) Jeder Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ist verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben. Alle Beteiligten haben hiebei als Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.

(2) Kommt zwischen einem Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes eine Vereinbarung über Zusammenschaltung binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zu Stande, kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.

(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 Netzzuganges (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 Kostenorientierung nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung.

....."

"§ 111. Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

...

6. Festlegung der Bedingungen für die Zusammenschaltung im Streitfall gemäß §§ 37 und 38 ...".

§ 45 Abs. 1 TKG lautet:

"Kostenrechnung

§ 45. (1) Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen, die auf einem Markt der Telekommunikation eine marktbeherrschende Stellung innehaben, sind verpflichtet, ein Kostenrechnungssystem im Einklang mit den ONP-Richtlinien zu betreiben, das die Zuordnung von Kosten und Kostenelementen auf alle Dienste und Dienstelemente vorsieht und eine nachträgliche Überprüfung erlaubt."

§§ 8 und 9 der Verordnung zur näheren Bestimmung der Zusammenschaltung, BGBl. II Nr. 14/1998 (Zusammenschaltungsverordnung - im Folgenden: ZVO), lauten:

"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."

2.2.2. Maßgebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlagen für die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten sind die Folgenden:

Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 97/33/EG in der Stammfassung lautet auszugsweise:

"(10) Die Preisgestaltung für Zusammenschaltung ist ein Schlüsselfaktor für die Bestimmung der Struktur und der Intensität des Wettbewerbs beim Übergang zu einem liberalisierten Markt. Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht müssen in der Lage sein nachzuweisen, dass ihre Zusammenschaltungsentgelte auf der Grundlage objektiver Kriterien festgesetzt sind, den Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung folgen und hinsichtlich der Netz- und Dienstleistungselemente hinreichend aufgegliedert sind. .... Die Entgeltgestaltung für den Zusammenschaltungsverkehr sollte flexibel gehandhabt werden und kapazitätsabhängige Entgelte einschließen. Die Höhe der Entgelte sollte die Produktivität und eine effiziente, nachhaltige Markterschließung fördern; sie sollten nicht unterhalb einer Grenze liegen, die anhand langfristiger Grenzkosten und einer Kostenzurechnung auf Grund der tatsächlichen Kostenverursachung berechnet wird, aber auch nicht eine Obergrenze überschreiten, die sich aus den Kosten ergibt, die anfallen würden, wenn die betreffende Zusammenschaltung unabhängig von anderen Leistungen bereitgestellt wird ('stand-alone costs'). Zusammenschaltungsentgelte, die auf einem Preisniveau beruhen, das sich eng an den langfristigen Grenzkosten für die Bereitstellung des Zugangs zur Zusammenschaltung orientiert, sind dazu geeignet, die rasche Entwicklung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes zu fördern."

Art. 7 der Richtlinie 97/33/EG in der Stammfassung lautet

auszugsweise:

"Artikel 7

Grundsätze für Zusammenschaltungsentgelte und Kostenrechnungssysteme

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Absätze 2 bis 6 auf Organisationen angewandt werden, die die in Anhang I Abschnitte 1 und 2 aufgeführten öffentliche

**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)