jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/14 W113 2104139-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.11.2018

Entscheidungsdatum

14.11.2018

Norm

AVG §52
AVG §53
B-VG Art.133 Abs4
TKG 2003 §1
TKG 2003 §121
TKG 2003 §121a
TKG 2003 §3
TKG 2003 §34 Abs1
TKG 2003 §35
TKG 2003 §37 Abs2
TKG 2003 §38 Abs1
TKG 2003 §38 Abs2
TKG 2003 §41
TKG 2003 §42
TKG 2003 §48
TKG 2003 §49
TKG 2003 §50
VwGVG §17
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W113 2104139-1/47E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Katharina David als Vorsitzende und die Richter Mag. Eduard Hartwig Paulus und Mag. Walter Tolar als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Norbert Wiesinger, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 19.12.2014, Zl. Z 2/10-99, nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 28.06.2018 und 22.10.2018 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Die XXXX (Beschwerdeführerin) übermittelte mit Schriftsatz vom 11.03.2010 einen Antrag auf Erlass einer Anordnung gemäß § 50 TKG 2003 gegenüber der XXXX (bis 07.07.2010 XXXX ; mitbeteiligte Partei) an die Telekom-Control-Kommission (belangte Behörde, TKK). Die Beschwerdeführerin begehrte darin die Anordnung von Zusammenschaltungs-Entgelten gegenüber der mitbeteiligten Partei.

2. Die belangte Behörde erließ zwischenzeitlich die Marktanalysebescheide vom 26.07.2010, Zln. M 4/09-124 (Originierung mitbeteiligte Partei), M 5/09-149 (Terminierung mitbeteiligte Partei) und M 5/09-167 (Terminierung Beschwerdeführerin).

3. Nachdem ein von der XXXX geführtes Streitschlichtungsverfahren gemäß§ 121 TKG 2003 im Zusammenschaltungs-Verfahren keine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien brachte, führte die belangte Behörde ein Ermittlungsverfahren durch und erließ im ersten Rechtsgang den Bescheid vom 18.10.2010, Zl. Z 2/10-50. Dieser Bescheid wurde angefochten.

4. Mit Erkenntnissen des VwGH vom 27.02.2013, Zl. 2010/03/0129, und vom 19.03.2013, Zln. 2010/03/0125 und 2010/03/0126 wurden die unter Pkt. 2 genannten Marktanalysebescheide behoben. Der Bescheid vom 18.10.2010 betreffend die Zusammenschaltungs-Anordnung wurde vom Verwaltungsgerichtshof wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben (vgl. VwGH 23.08.2013, 2010/03/0190, samt dem dort zusammengefassten Verfahrensgang und der Begründung für die aufhebende Entscheidung).

5. Im fortgesetzten Verfahren wurden von beiden Parteien Stellungnahmen eingebracht und alle bisherigen Anträge aufrechterhalten. Am 20.01.2014 fand eine mündliche Verhandlung im fortgesetzten Verfahren statt. Die belangte Behörde beauftragte in der Folge Amtssachverständige mit der Erstellung eines Ergänzungsgutachtens mit folgendem Gutachtensauftrag:

-

Inwieweit wurden Änderungen hinsichtlich der zunächst als unplausibel gerügten Ansätze im Kostenrechnungsmodell vorgenommen?

-

Welche Effizienzanpassungen wurden im Top-Down Modell vorgenommen, soweit dies erforderlich war?

-

Inwieweit wurde zur Gewährleistung einer Übereinstimmung mit FL-LRAIC vorhandene Ineffizienzen eliminierende kritische Analyse der betriebsnotwendigen Personalressourcen und Kosten aus indirekten Investitionen vorgenommen?

Schließlich erließ die belangte Behörde den nunmehr angefochtenen Bescheid und legte die Entgelte für die Verkehrsarten gemäß § 1 Z 4 und 5 Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 (Vorleistungsmärkte Originierung und Terminierung in individuellen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten) für die Zeiträume 01.01.2010 bis 28.07.2010 (Spruchpunkt A) und 29.07.2010 bis 31.10.2013 (Spruchpunkt B) sowie für sonstige nicht unter die genannte Bestimmung fallende Verkehrsarten für den Zeitraum ab 01.01.2010 fest. Im Vergleich zum ersten, behobenen Bescheid ordnete sie Entgelte in gleicher Höhe an, passte jedoch die Geltungsdauer an (vgl. nachstehender Pkt.) und veränderte die Begründung.

6. Am 30.09.2013 wurden Marktanalysebescheide betreffend die Festnetzterminierung der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei (M 1.8/12-177) und die Festnetzoriginierung der mitbeteiligten Partei (M 1.9/12-81) jeweils mit

Wirksamkeit ab 01.11.2013 erlassen. Mit Erkenntnis des VwGH vom 16.12.2015, 2013/03/0138, wurde der Bescheid betreffend die Festnetzoriginierung in den maßgeblichen Spruchpunkten B, C und D behoben. Die Bescheide betreffend die Festnetzterminierung erwuchsen hingegen in Rechtskraft.

7. In der nun vorliegenden Beschwerde vom 26.01.2015 gegen den Bescheid der TKK vom 19.12.2014 monierte die Beschwerdeführerin die festgelegten Entgelte als überhöht und nicht dem FL-FRAIC Standard entsprechend. Die Methodik der Kostenermittlung sei im höchsten Maße intransparent. Die belangte Behörde habe nach Behebung des ersten Bescheides vom 18.10.2010 einen "Beharrungsbescheid" erlassen und nur kosmetische Änderungen vorgenommen.

Die Beschwerde richtete sich gegen alle drei Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides. Es wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Bescheid dahingehend abzuändern, dass die von der Beschwerdeführerin beantragten Entgelte angeordnet werden, in eventu, dass hinsichtlich der Leistungen der Originierung und der Terminierung auf Seiten der mitbeteiligten Partei jeweils nach FL-FRAIC kostenorientierten Entgelte angeordnet werden (die Beschwerdeführerin führte in der Folge eine Tabelle an, aus der sich verschiedene Beträge ergeben), in eventu, dass der Bescheid behoben und zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen wird.

8. Mit Stellungnahme vom 22.04.2015 beantragte die mitbeteiligte Partei im Wesentlichen die Abweisung der vorliegenden Beschwerde.

9. Mit Schreiben vom 21.08.2015 brachte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein und wiederholte im Wesentlichen ihr bisherigen Vorbringen.

10. Mit Schreiben vom 20.02.2018 brachte die TKK eine Stellungnahme ein, in der sie zusammengefasst auf die unverändert gebliebene Sachlage verwies.

11. Mit Schreiben vom 21.02.2018 brachte die mitbeteiligte Partei eine Stellungnahme ein, in der sie im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen wiederholte.

12. Mit Schreiben vom 20.03.2018 brachte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein, in der sie zusammengefasst ihr bisheriges Vorbringen wiederholte und die Anregung der Bestellung eines externen Sachverständigen betonte.

13. Im Beschwerdeverfahren wurden die Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz und Dr. Anton Schwarz (im Folgenden ASV) beigezogen und ihnen aufgetragen ein wirtschaftliches Gutachten zu konkreten Fragen zu erstellen. Das Gutachten wurde von den Amtssachverständigen am 12.06.2018 an das BVwG und von diesem am 18.06.2018 an die Beschwerdeführerin und am 14.06.2018 an die übrigen Verfahrensparteien übermittelt.

14. Mit Schreiben vom 26.06.2018 brachte die TKK eine Stellungnahme ein, in der sie nochmals die Einteilung in die verschiedenen Zeiträume erklärte, die dem Bescheid zu Grunde gelegt wurden. Im Übrigen wiederholte sie ihr Vorbringen.

15. Am 28.06.2018 wurde eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchgeführt, in der die Sach- und Rechtslage sowie das beauftragte Gutachten erörtert wurden. Die Beschwerdeführerin legte einen Fragenkatalog vor, der in der Verhandlung nicht abschließend behandelt werden konnte. Der Beschwerdeführerin wurde eine Frist von vier Wochen für eine weitere Stellungnahme, insbesondere zum vorliegenden Gutachten, gewährt.

16. Mit Schreiben vom 25.07.2018 brachte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme ein, in sie im Wesentlichen die bisherigen Beschwerdepunkte wiederholte.

17. Die ASV wurden mit Schreiben des BVwG vom 22.08.2018 aufgefordert, ein ergänzendes Gutachten vorzulegen, in welchem die von der Beschwerdeführerin in der Verhandlung vorgelegten Fragen sowie ihre Stellungnahme vom 25.07.2018 einer fachlichen Begutachtung unterzogen wird. Das Ergänzungsgutachten wurde am 12.09.2018 vorgelegt.

18. Mit Schreiben vom 01.10.2018 erstattete die belangte Behörde eine Stellungnahme und wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

19. Mit Schreiben vom 10.10.2018 erstattete die mitbeteiligte Partei eine Stellungnahme und wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

20. Mit Schreiben vom 15.10.2018 erstattete die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten vom 12.09.2018.

21. Am 22.10.2018 fand eine weitere mündliche Beschwerdeverhandlung statt, in der im Wesentlichen das Ergänzungsgutachten und abschließende Fragen der Beschwerdeführerin behandelt wurden und am Ende der Schluss des Ermittlungsverfahrens verkündet wurde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Zwischen der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei liegt ein Zusammenschaltungsvertrag vom 19.05.2003 vor. Dessen Anhang 6, der die Entgelte betrifft, wurde zum 31.12.2009 von der mitbeteiligten Partei gekündigt.

Die Beschwerdeführerin stellte am 11.03.2010 einen Antrag auf Erlassung einer Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten gegenüber der mitbeteiligten Partei bei der belangten Behörde. Ein Streitschlichtungsverfahren wurde von der RTR-GmbH geführt und brachte keine einvernehmliche Lösung.

Die Einteilung in verschiedene Zeiträume der Entgelte nach Anhang 6, die dem angefochtenen Bescheid zu Grunde gelegt wurde, ergibt sich aus dem Umstand, dass mit Wirksamkeit ab 01.11.2013 Marktanalysebescheide betreffend die Terminierung und Originierung hinsichtlich der Verfahrensparteien, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, erlassen wurden und ab diesem Zeitpunkt andere Bedingungen galten (hier verfahrensgegenständlich ist somit ein Zeitraum, der am 31.10.2013 endet). Die Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 sahen ab 29.07.2010 wiederum andere Bedingungen vor (daraus ergab sich der im Bescheid festgelegte Zeitraum vom 29.07.2010 bis 31.10.2013). Schließlich wurde Anhang 6, der die Entgelte betrifft, zum 31.12.2009 von der mitbeteiligten Partei gekündigt (daraus ergibt sich der Zeitraum vom 01.01.2010 bis 28.07.2010). Die Entgelte nach Anhang 7 wurden für unbestimmte Zeit angeordnet, da diese Verkehrsarten betreffen, die nicht von der beträchtlichen Marktmacht der Verfahrensparteien abhängen.

Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte von 01.01.2010 bis 28.07.2010 für Anhang 6:

Mit in der Sache letztgültigen in Rechtskraft erwachsenen Bescheiden der belangten Behörde vom 05.02.2007, Zl. M7/06-58 bzw. M8a/06-41 wurde festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei auf dem Originierungs- und Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr wurde jeweils die Verpflichtung auferlegt, für die betreffende Zusammenschaltungsleistung ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten, langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSd FL-LRAIC orientiert.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 05.02.2007, Zl. M 8h/06-32, wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin auf dem Vorleistungsmarkt "Terminierung in das feste öffentliche Telefonnetz der XXXX " über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr wurde die spezifische Verpflichtung auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung Terminierung in ihr öffentliches Telefonnetz an festen Standorten nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts ("Benchmarking") ein Entgelt zu verrechnen, das sich als Ausgangswert am aktuellen Entgelt der mitbeteiligten Partei für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

Die nunmehr von der belangten Behörde angeordneten Entgelte für diesen Zeitraum orientieren sich, wie mit den zuvor genannten Bescheiden gefordert, an zukunftsorientierten, langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSd FL-LRAIC. Deren Festlegung erweist sich als geeignet sowie plausibel und nachvollziehbar.

Die Anwendung des sogenannten "Hybridmodells", mit dem die belangte Behörde die Entgelte iSd FL-LRAIC ermittelte, begegnet keinen Bedenken.

Den anderen Marktteilnehmern wurden in diesem Zeitraum jene Entgelte verrechnet bzw. wurden von ihnen jene Entgelte verrechnet, wie sie im angefochtenen Bescheid angeordnet wurden.

Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte von 29.07.2010 bis 31.10.2013 für Anhang 6:

Durch die Behebung der Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 leben jene oben genannten vom 05.02.2007 wieder auf und entfalten ihre Rechtswirkungen (vgl. rechtliche Würdigung). Auch für den Zeitraum ab 29.07.2010 waren somit Entgelte anzuordnen, die sich an zukunftsorientierten, langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines

effizienten Betreibers iSd FL-LRAIC orientieren.

Die Festlegung der Entgelte für diesen Zeitraum auf der Grundlage der Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 ohne weitere inhaltliche Begründung erwies sich als ungeeignete Vorgehensweise, weswegen im Beschwerdeverfahren Amtssachverständige bestellt wurden, die ein Gutachten dazu vorlegten, ob die angeordneten Entgelte aus wirtschaftlicher Sicht geeignet waren.

Die von der belangten Behörde angeordneten Entgelte für diesen Zeitraum orientieren sich, wie mit den zuvor genannten Bescheiden gefordert, an zukunftsorientierten, langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSd FL-LRAIC. Im Vergleich zum vorherigen Zeitraum erforderte die Wettbewerbssituation eine Anpassung der Entgelte nach dem Kostenmaßstab "Minimum aus FL-LRAIC und margin squeeze freien Entgelten". Deren Festlegung erweist sich als geeignet sowie plausibel und nachvollziehbar.

Den anderen Marktteilnehmern wurden in diesem Zeitraum jene Entgelte verrechnet bzw. wurden von ihnen jene Entgelte verrechnet, wie sie im angefochtenen Bescheid angeordnet wurden.

Festnetz-Zusammenschaltungsentgelte ab 01.01.2010 für Anhang 7:

Für jene Zusammenschaltungsleistungen des Anhang 7 bestehen keine speziellen Verpflichtungen, da diese grundsätzlich nicht von einer beträchtlichen Marktmacht der Unternehmen abhängig sind.

Die von der belangten Behörde angeordneten Entgelte für die betreffenden Zusammenschaltungsleistungen erwiesen sich als angemessen.

Den anderen Marktteilnehmern wurden in diesem Zeitraum jene Entgelte verrechnet bzw. wurden von ihnen jene Entgelte verrechnet, wie sie im angefochtenen Bescheid angeordnet wurden.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt des Verwaltungsverfahrens, den im Zuge des Beschwerdeverfahrens eingebrachten Stellungnahmen und den wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz und Dr. Anton Schwarz vom 12.06.2018 und 12.09.2018 sowie den mündlichen Beschwerdeverhandlungen vom 28.06.2018 und 22.10.2018.

2.1. Zum Verfahrenshergang

Die belangte Behörde ermittelte im Zuge des ersten Rechtsgangs zunächst die Höhe der Entgelte nach dem FL-LRAIC-Ansatz auf Basis eines Gutachtens aus dem Verfahren Z 9/07 (Gutachten Z 9/07 - welches dem Verfahren zu Grunde gelegt und den Verfahrensparteien übermittelt wurde) sowie einem Gutachten von Amtssachverständigen vom 15.06.2010 (Gutachten Z 2/10 2010). Die somit gebotene Orientierung an den Kosten effizienter Leistungsbereitstellung versuchte die belangte Behörde durch Ermittlung dieser Kosten auf Basis eines "Hybridmodells" zu erreichen, das dem arithmetischen Mittel der Ergebnisse des (seitens der Amtssachverständigen adaptierten) Top-Down Modells der mitbeteiligten Partei und des Bottom-Up Modells entspricht (unter Zugrundelegung von Kosten von 1,8236 Cent pro Minute nach Top-Down und 0,5606 Cent pro Minute nach Bottom-Up ergeben sich Kosten nach dem Hybridmodell von 1,1921 Cent pro Minute (lokal); unter Zugrundelegung von Kosten von 1,9480 Cent pro Minute nach top-down und 0,6938 Cent pro Minute nach Bottom-Up ergeben sich Kosten nach dem Hybridmodel von 1,3209 Cent pro Minute für Single Tandem). Diese Werte legte die belangte Behörde ihrem Bescheid vom 18.10.2010 im ersten Rechtsgang zu Grunde.

Die dagegen an den VwGH erhobene Beschwerde monierte die Plausibilität der ermittelten Werte. Der VwGH behob den Bescheid mit Erkenntnis vom 23.08.2013, Zl. 2010/03/0190, und vermeinte, die belangte Behörde habe nicht schlüssig begründet, dass das angewendete Top-Down Modell dem geforderten Maßstab entspricht: Es bleibe offen, ob tatsächlich Änderungen hinsichtlich der zunächst als unplausibel gerügten Ansätze im Kostenrechnungssystem vorgenommen wurden. Es bleibe weiters offen, inwieweit eine nach den Ausführungen im angefochtenen Bescheid zur Gewährleistung einer Übereinstimmung mit FL-LRAIC erforderliche, vorhandene Ineffizienzen eliminierende kritische Analyse der betriebsnotwendigen Personalressourcen und Kosten aus indirekten Investitionen (OAM-Software-Lizenzen, Gebäude, Fuhrpark, EDV, etc.) tatsächlich vorgenommen wurde.

Diesem Verfahrensmangel kommt nach Ansicht des VwGH auch Relevanz zu, weil sich die belangte Behörde bei ihrer Argumentation, die im Anhang 6 mit Spruchpunkt A festgelegten Entgelte entsprächen der Verpflichtung einer

Orientierung an FL-LRAIC, primär darauf gestützt hat, die von der mitbeteiligten Partei geforderten und im angefochten Bescheid festgelegten Entgelte seien ohnehin niedriger als die von den Amtssachverständigen nach dem Maßstab FL-LRAIC ermittelten. Würden bei der Top-Down Berechnung aber vorhandene Ineffizienzen nicht eliminiert, schlage dies auch bei einem "Hybridmodell", das das arithmetische Mittel zwischen dem Top-Down und dem Bottom-Up Modell (ohne weitere Gewichtung) darstellt, auf das Ergebnis durch, verfälsche dieses also, noch dazu dann, wenn - wie hier - eine derartige Diskrepanz zwischen den Ergebnissen der beiden Modelle bestehe.

Die belangte Behörde führte im fortgesetzten Verfahren am 20.01.2014 eine mündliche Verhandlung durch und holte eine weitere gutachterliche Stellungnahme der Amtssachverständigen ein, um die offen gebliebenen Fragen zu klären. Das Ergänzungsgutachten der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz und Mag. Martin Pahs datierte mit März 2014 (Ergänzungsgutachten 2014).

Die TKK erließ in der Folge den nunmehr angefochtenen Bescheid auf Grundlage des Ergänzungsgutachtens 2014. Die Zusammenschaltungsentgelte für den Zeitraum 29.07.2010 bis 31.10.2013 wurden auf Grundlage der Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 festgelegt.

Im Beschwerdeverfahren erwies sich die Einholung weiterer Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Martin Lukanowicz und Dr. Anton Schwarz als erforderlich (datiert mit 12.06.2018, Gutachten 2018, und mit 12.09.2018, Ergänzungsgutachten 2018), da sich eine Festlegung der Entgelte für den Zeitraum 29.07.2010 bis 31.10.2013 auf der Grundlage der nicht mehr geltenden (weil vom VwGH aufgehobenen) Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 ohne weitere inhaltliche Begründung als ungeeignete Vorgehensweise der belangten Behörde erwies.

Die hier relevante Auseinandersetzung in den Gutachten der ASV betrifft insbesondere die vom VwGH und der Beschwerdeführerin monierten Themen des angefochtenen Bescheides sowie die Ermittlung der festzusetzenden Entgelte.

2.2. Maßstäbe für die Festlegung von Entgelten für Zusammenschaltungsleistungen

Vorweg stellte sich die Frage, welche Entgeltmaßstäbe für die Festlegung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen gegenständlich zur Anwendung gelangen könnten. Grundsätzlich richtet sich der Entgeltmaßstab nach den am Markt (innerhalb der Marktanalyse) festgestellten Wettbewerbsproblemen. Bezüglich des Preises einer Vorleistung sind vor allem zwei Wettbewerbsprobleme relevant: Ausübung der Marktmacht durch Setzen überhöhter Entgelte sowie die Verdrängung von Wettbewerbern vom Markt durch das Ausüben eines Margin Squeeze.

Aus dem Gutachten 2018 ergibt sich auszugsweise:

"(...) Zur Bekämpfung überhöhter Entgelte kommt vor allem der Entgeltmaßstab der Kostenorientierung zur Anwendung. Um einen Margin Squeeze zu verhindern, können Margin-Squeeze freie Entgelte festgelegt werden (was tlw. auch als Retail-Minus Entgelt-Ansatz bezeichnet wird). (...)

(...) Kostenorientierte Entgelte

Diese Methode zieht zur Ermittlung der Höhe der Entgelte jene Kosten heran, die einem marktmächtigen Unternehmen bei der "Produktion" seiner Vorleistungen entstehen. Dabei ist der Einsatz unterschiedlicher Kostenkonzepte denkbar und auch in der Praxis üblich. (...)

Auf den Festnetz-Vorleistungsmärkten wurden die Entgelte für das marktbeherrschende Unternehmen meist nach dem Kostenkonzept der Forward Looking Long Run Average Incremental Costs (FL-LRAIC) bestimmt. Diesem Ansatz zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt eine Vollkostenbetrachtung zugrunde, insofern hier sämtliche Kosten, also auch Fixkosten (in Form gemeinsamer Kosten und Gemeinkosten), Berücksichtigung finden. Die Berücksichtigung der Gemeinkosten erfolgt "entbündelt", d.h. nur jene Gemeinkostenarten sind anteilig einzurechnen, die unvermeidbar wären und auch einem Betreiber entstehen würden, der ausschließlich die entsprechende Leistung anbietet. Der FL-LRAIC Ansatz basiert zudem auf einer Neubewertung des Anlagevermögens zu Wiederbeschaffungspreisen. (...)

Für die konkrete Berechnung der Zusammenschaltungskosten lässt sich sowohl ein Top-Down als auch ein Bottom-Up Ansatz heranziehen. Bei ersterem geht man von der Netztopologie des marktbeherrschenden Unternehmens aus und trifft Anpassungen z.B. aufgrund veränderter Verkehrsmengen; bei letzterem modelliert man ein effizientes Netz

entweder ohne (Scorched Earth Konzept bzw. Greenfield Ansatz) oder unter teilweiser (Scorched Node Konzept) Berücksichtigung der grundsätzlichen Netztopologie des tatsächlichen Netzes. In der Vergangenheit wurde auf den Festnetz-Vorleistungsmärkten in den Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission (TKK) aufgrund der jeweiligen Stärken/Schwächen beide Ansätze in Form eines Hybrid-Ansatzes berücksichtigt (...).

Für (fest und mobile) Terminierungsleistungen wurde von der Europäischen Kommission 2009 (mit einer mehrjährigen Umsetzungsfrist) der Kostenrechnungsmaßstab "pure LRIC" empfohlen und entsprechende Entgelte wurden von der TKK mit 01.11.2013 allen Festnetz- und Mobilfunkbetreibern auferlegt. Im Gegensatz zu FL-LRAIC werden bei pure LRIC keine Gemeinkosten und gemeinsamen Kosten berücksichtigt. Dieser Kostenrechnungsmaßstab wurde aber explizit nur für Terminierung festgelegt, da es sich hier i.d.R. um einen "zweiseitigen" Zugang handelt (Betreiber A bezieht Terminierungsleistungen von Betreiber B und umgekehrt) und Externalitäten vorliegen. Für einen "einseitigen" Zugang wie bei der Originierung ist dieser Maßstab nicht geeignet. Entgelte für Terminierung auf Basis pure LRIC kamen in Österreich erst nach dem im vorliegenden Gutachten zu beurteilenden Zeitraum von allen Betreibern zur Anwendung und sind daher für den hier betrachteten Zeitraum nicht relevant.

(...) Margin-Squeeze freie Entgelte (Retail-Minus)

Bei diesem Ansatz werden die Vorleistungsentgelte nicht direkt auf Basis der Kosten der Vorleistungsprodukte festgelegt, sondern durch den notwendigen Abstand zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten. Dieser Abstand soll (mindestens) so groß sein, dass effizienten alternativen Betreibern ein Markteintritt (bzw. ein Verbleiben am Markt) möglich ist. Der Vorleistungspreis ergibt sich somit aus dem Endkundenpreis minus den vermeidbaren Kosten eines effizienten Betreibers.

Dieser Ansatz verhindert einen Margin Squeeze für alternative Betreiber (und somit die Errichtung von Marktzutrittsbarrieren bzw. die Verdrängung vom Markt), kann allerdings keine überhöhten Preise verhindern, da das marktmächtige Unternehmen Vorleistungs- und Endkundenpreise gleichermaßen anheben könnte.

(...) Kombination von kostenorientierten und Margin-Squeeze freien Entgelten

Die beiden Entgeltmaßstäbe können auch miteinander kombiniert werden. Dies geschah in der Entscheidung im Verfahren M 4/09, als das Minimum aus FL-LRAIC und Margin Squeeze freien Entgelten als Entgeltmaßstab für Festnetzoriginierung festgelegt wurde.

Hintergrund für die Änderung war, dass es bei stark fallenden Minuten und bei in etwa gleichbleibenden (bzw. weniger stark fallenden) Netzkosten zu deutlich steigenden Kosten pro Minute kam. Gleichzeitig sanken in diesem Zeitraum die Endkundenentgelte für Festnetz-Verbindungsleistungen in Reaktion auf den Wettbewerbsdruck durch Mobilfunkbetreiber im Rahmen der starken Fest/Mobil-Substitution der Endkunden. Deutlich steigende Vorleistungsentgelte bei sinkenden Endkundenentgelten hätten somit zu einem Margin Squeeze für alternative Betreiber führen können. Um dies zu verhindern, wurde das Vorleistungsentgelt für Festnetz-Originierung mit dem Margin Squeeze freien Entgelt (jenes Entgelt, bei dem gerade noch kein Margin Squeeze auftritt) gedeckelt.

(...) Entgeltmaßstäbe ohne marktbeherrschende Stellung

Wurden in einem Zusammenschaltungsverfahren Entgelte für Leistungen festgelegt, bei denen kein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, wurden - dem Gutachtensauftrag entsprechend - "angemessene" Entgelte festgelegt. (...)

Die zu beurteilenden Leistungen sind entweder reine Transitdienste oder Bündelprodukte, die Transitdienste enthalten. Da am Markt für Transitdienste effektiver Wettbewerb herrscht, werden alle diese Leistungen im Wettbewerb erbracht. Dies gilt auch für die Bündelprodukte (regionale und nationale Originierung und Terminierung), die einen Transitbestandteil enthalten.

Aus ökonomischer Sicht sind Preise, die im Wettbewerb gesetzt werden gesamtwirtschaftlich effizient (so keine anderen Verzerrungen existieren, was hier nicht der Fall ist) und somit angemessen. Entgelte, die unter den (um Ineffizienzen bereinigten) historischen Kosten liegen, sind jedenfalls als angemessen zu betrachten."

In der Beschwerdeverhandlung am 28.06.2018 führten die ASV auf Nachfrage aus, dass es sich beim Kostenmaßstab "Minimum aus FL-LRAIC und Margin Squeeze freien Entgelten" um einen kostenorientierten Maßstab iSv FL-LRAIC handelt. Beim Kostenmaßstab pure-LRIC hingegen handelt es sich um keinen kostenorientierten Maßstab iSv FL-LRAIC,

da hier keine gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten berücksichtigt werden.

Den schlüssigen Ausführungen der ASV entsprechend gibt es mehrere Entgeltmaßstäbe für die Festlegung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen, die aus wirtschaftsfachlicher Sicht geeignete Methoden darstellen. Welcher Maßstab letztlich zur Anwendung gelangt, richtet sich zum einen nach rechtlichen Gesichtspunkten und zum anderen nach der vorherrschenden Wettbewerbssituation bzw. dem Vorliegen einer Marktmacht der Unternehmen.

Für die hier relevanten Zeiträume vom 01.01.2010 bis 28.07.2010 und weiter bis 31.10.2013 waren, wie sich aus den Feststellungen ergibt, für jene Zusammenschaltungsleistungen, die von der beträchtlichen Marktmacht der Unternehmen abhängen (Anhang 6) sowohl der Beschwerdeführerin als auch der mitbeteiligten Partei spezifische Verpflichtungen auferlegt. Der mitbeteiligten Partei wurde neben der Nichtdiskriminierungsverpflichtung insbesondere die Verpflichtung auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung (Terminierung und Originierung) ein Entgelt zu verrechnen, das sich an zukunftsorientierten, langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSd FL-LRAIC orientiert. Der Beschwerdeführerin wurde die spezifische Verpflichtung auferlegt, für die Zusammenschaltungsleistung Terminierung nach der Methode des Vergleichsmarktkonzepts ("Benchmarking") ein Entgelt zu verrechnen, das sich als Ausgangswert am aktuellen Entgelt der mitbeteiligten Partei für die Verkehrsart der regionalen Terminierung (Verkehrsart V3) orientiert.

Somit war klar vorgegeben, dass im Wesentlichen kostenorientierte Entgelte nach dem Kostenmaßstab FL-LRAIC zu ermitteln waren.

2.3. Zum Einwand, ein Benchmarking sei ein geeignetes Kostenmodell

Die ASV setzten sich bereits im Behördenverfahren mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinander, ein Benchmarking sei, unter Verweis auf Deutschland, die Schweiz und den europäischen Durchschnitt, ein geeignetes Kostenmodell.

Die Beschwerdeführerin beantragte zunächst (im ursprünglichen Antrag) Entgelte, die deutlich niedriger waren als die nunmehr angeordneten. In ihrer Stellungnahme vom 31.08.2010, mit der auch das Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Torsten Gerpott (im Folgenden Prof. Gerpott) vorgelegt wurde, beantragte die Beschwerdeführerin erneut Entgelte in der von ihr ursprünglich geforderten Höhe mit der Begründung, es möge ein Mittelwert der drei Mitgliedstaaten der EU mit den tiefsten Preisen ("Best 3 Benchmark") gebildet werden. Es solle das Prinzip der "besten gegenwärtigen Praxis" angewendet werden, welches im Jahr 1998 in der Empfehlung der Europäischen Kommission (EK) vom 08.01.1998, 98/195/EG, den Mitgliedstaaten "nahegelegt" wurde. Die so errechneten Zusammenschaltungsentgelte stellten Leitlinien für die Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte dar, bis errechnete Kosten für die Zusammenschaltung auf der Grundlage zukunftsrelevanter langfristiger durchschnittlicher zusätzlicher Kosten verfügbar waren (Einführung eines Kostenrechnungssystems). Diese Empfehlung wurde mit der weiteren Empfehlung der EK vom 22.02.2002, 2002/175/EG, wieder zurückgenommen, da Betreiber mit Zusammenschaltungsverpflichtungen zu diesem Zeitpunkt zunehmend Kostenrechnungssysteme eingeführt hatten und die als Zwischenlösung gedachte "beste gegenwärtige Praxis" nicht mehr für notwendig erachtet wurde. Aus welchem Grund diese Methode auf den vorliegenden Fall angewendet werden soll und die drei Länder mit den niedrigsten Preisen für ein Benchmark herangezogen werden sollen, erschließt sich dem erkennenden Gericht nicht. Dieses folgt hier den Ausführungen im angefochtenen Bescheid auf S. 26.

Zum Benchmarking gaben die ASV immer zu bedenken, dass man hier die Festnetz-Mobil-Substitution entgegenhalten müsse, die in Österreich besonders stark ausgeprägt sei. Man müsse Gleiches mit Gleichem vergleichen. Dem entgegnete Prof. Gerpott, dass es bereits 2008 acht weitere EU-Länder gegeben habe, die von der "Abwanderung" vom Festnetz zum Mobilfunknetz besonders stark betroffen gewesen wären. Wie die belangte Behörde aber schlüssig ausführte, liegen die im angefochtenen Bescheid angeordneten Entgelte etwa im Mittel jener acht von der Beschwerdeführerin angeführten Länder. Dass ein Vergleich mit Deutschland und der Schweiz hinkt, führten die ASV ebenso schlüssig im Ergänzungsgutachten 2014 ab S. 5 aus. Zudem verabsäumte die Beschwerdeführerin darzulegen, warum gerade ein Vergleich mit diesen beiden europäischen Ländern geeignet sein soll, die Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen kostenorientiert zu ermitteln. Auch die letzte Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25.07.2018 überzeugte hier nicht und wurde von den ASV im Ergänzungsgutachten 2018 schlüssig entgegnet. Aus ihrer fachlichen Sicht ist das Benchmarking im konkreten Fall aufgrund der großen Unterschiede in den Situationen der einzelnen Länder für die Festlegung der Festnetz-Vorleistungsentgelte nicht geeignet.

Im Übrigen ist zum Benchmarking auszuführen, dass hier ein Abstellen auf den gesamten EU-Durchschnitt, wie die Beschwerdeführerin dies subsidiär als zielführend ansieht, zum einen zu ungenauen kostenorientierten Ergebnissen führen würde. Zum anderen gab selbst die EK in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2010, AT/2010/1046/1047, die dem Vorgehen der TKK in den Verfahren zur Erlassung der Marktanalysebescheide vom 26.07.2010 sehr kritisch gegenüber stand, an: "... dass ihre Benchmarking-Grundlage bereits zum derzeitigen Zeitpunkt aus einer Auswahl nur derjenigen Länder besteht, deren Methoden eine bestmögliche Annäherung an die auf effizienten Kosten beruhenden Festnetz-Zustellungsentgelte bewirken, ...".

Im Ergebnis scheint ein Benchmarking nicht grundsätzlich ungeeignet, die hier relevanten Zusammenschaltungsentgelte zu ermitteln. Auch die EK hält dies in der zuletzt genannten Stellungnahme für zielführend. Die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Vergleiche erwiesen sich jedoch als ungeeignet hielten einer näheren Betrachtung nicht Stand. Zudem ist das Benchmarking nicht jene Methode, die von der belangten Behörde zur Ermittlung der Entgelte gewählt wurde. Da sich die Ermittlung der Zusammenschaltungsentgelte mittels dem Hybridmodell unter Zuhilfenahme des Kostenrechnungssystems der mitbeteiligten Partei als zweckmäßig und unbedenklich erwies, erübrigten sich weitere Überlegungen zum Benchmarking auf europäischer Ebene und zu den von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vorgeschlagenen Entgelten, die mittels Benchmarking ermittelt worden seien.

2.4. Hybridmodell - Mittelwert aus Top-Down Modell und Bottom-Up Modell - als geeignete Methode zur Ermittlung der Entgelte iSv

FL-LRAIC

Die Beschwerdeführerin zieht in Zweifel, ob die Anwendung des Hybridmodells die geeignete Vorgehensweise zur Ermittlung der FL-LRAIC-Kosten darstellt. Entgegen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 23.08.2013 die Anwendung des Hybridmodells nicht "bestätigt". Er hat das Modell aber auch nicht als ungeeignet beurteilt, wie dies die Beschwerdeführerin meint.

Nach den Angaben der ASV im Gutachten 2018 (vgl. S. 25 ff) weisen sowohl das Bottom-Up Modell als auch das Top-Down Modell bestimmte Stärken und Schwächen auf, weshalb die Entgelte basierend auf einem Mittelwert der beiden Modelle festgelegt wurden. Die ASV legten schlüssig dar, dass die unterschiedlichen Niveaus der Ergebnisse der Modelle auf die sich vice versa verhaltenden Stärken/Schwächen der Modelle zurückzuführen sind. Aus diesem Grund begegnete es keinen Bedenken, beide Modellansätze als beste Annäherung an FL-LRAIC (als bestmöglichen Schätzer für den wahren Wert) heranzuziehen.

Die Beschwerdeführerin führte dagegen ins Treffen, dass die Ergebnisse der beiden genannten Modelle sehr weit auseinanderliegen und sich jene des Bottom-Up Modells in etwa mit dem europäischen Benchmark decken würden, was für eine Fehlerhaftigkeit des Top-Down Modells spreche. Die ASV vermeinten zum Vergleich mit dem Benchmarking, dass grundsätzlich Gleiches mit Gleichem verglichen werden müsse. Die Werte für die angeordneten Peak-Entgelte für lokale Terminierung lägen zwar im oberen Bereich, dies sei aber dem - aufgrund der hohen fest-mobil Substitution - geringen Verkehrsvolumen im Netz der mitbeteiligten Partei geschuldet. Daraus abzuleiten, dass die Ergebnisse des Top-Down Modells unrichtig sind, sei falsch. Diese Angaben sind plausibel und wird zum Benchmarking im Übrigen auf den Pkt. 2.3. verwiesen.

Die Angaben der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeverhandlung, wonach sie die große Differenz zwischen den beiden Modellen in der unterschiedlichen Anzahl der herangezogenen Minuten vermutete, wurden durch die Ausführungen der ASV entkräftet. Aus dem Unterschied (von 10,8 Mrd. Terminierung Top-Down Modell und 1,8 Mrd. Originierung) würden sich nämlich nicht automatisch die Endkundenminuten ergeben. Die Endkundenminuten im Verhältnis zu den Originierungsminuten im Netz der mitbeteiligten Partei seien 70 % zu 30 %. Eine Umlegung der Anzahl der Endkundenminuten auf die Anzahl der Originierungsminuten ist daher denklogisch nicht möglich und ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin daher nicht geeignet eine Unschlüssigkeit des Gutachtens aufzuzeigen.

Die Beschwerdeführerin vermeinte zudem, dass nach dem Kommunikationsbericht der RTR die als Fremdleistung erbrachten Originierungsminuten 4,7 Milliarden betragen hätten und das bei einem geschätzten Marktanteil der TA bei 80 bis 90 %. Die ASV erläuterten diese Thematik detailliert im Ergänzungsgutachten 2018.

Sie führten aus:

"(...) Diese Zahl wurde seitens der BF - wohl ungeprüft - aus der Stellungnahme von Prof. Gerpott vom 30.08.2010 übernommen. Dort wird, unter Bezugnahme auf die im wirtschaftlichen Gutachten im Verfahren M 4/09 auf Seite 20 in Tabelle 3 dargestellten Entwicklung der Minutenvolumina für Originierung in den Jahren 2002 bis 2007, auf Seite 5 festgehalten, dass der österreichische Originierungsmarkt ohne Eigenleistung (somit Fremdleistung) im Jahr 2007 ein Volumen von 4,7 Mrd. Minuten aufwies. In weiterer Folge wird von Prof. Gerpott versucht, Werte für das Jahr 2008 abzuleiten und mit den in den Modellen verwendeten Werten abzugleichen.

Prof. Gerpott ist bei Interpretation der Tabelle 3 im Wirtschaftlichen Gutachten M 4/09 (Seite 20) jedoch ein Irrtum unterlaufen, der der BF bisher nicht aufgefallen ist. Die Fehlersuche war auch für die ASV schwierig, weil in den bisherigen Schriftsätzen der BV immer von "RTR-Statistiken" zu lesen war, darunter fallen aber nach dem allgemeinen Verständnis 1) der jährliche Kommunikationsbericht und 2) der vierteljährlich erscheinenden Telekom Monitor. Prof. Gerpott bezog sich aber, wie erwähnt, auf das wirtschaftliche Gutachten im Verfahren M 4/09.

(...)

Das Problem dabei ist, dass Prof. Gerpott anscheinend die Werte für 2007 durch Addition der Originierungskategorien VNB, Diensterufnummern und Onlinedienste in der Höhe von 4,7 Mrd. (=2,7+0,4+1,6) für - aus seiner Sicht - die Originierungsminuten ohne Eigenleistungen, errechnet hat. Bei den Onlinediensten handelt es sich aber fast ausschließlich (zu ca. 97%) um Eigenleistungen. Weiters handelt es sich um Werte für 2007. In die Berechnung der FL-LRAIC Kosten gingen aber die - aufgrund der weiteren fest-mobil Substitution deutlich niedrigeren - Werte für 2008 ein. Die Grundlage für den Vorwurf, dass zu geringe Verkehrsmengen verwendet wurden, ist also fehlerhaft.

Die ASV möchten festhalten, dass die bei der Berechnung der FL-LRAIC verwendeten Werte (Minuten der A1TA) eingehend geprüft wurden, aus Sicht der ASV plausibel und korrekt sind und auch mit anderen von der RTR erhobenen bzw. veröffentlichten Daten übereinstimmen. (...)"

Diese Ausführungen der ASV erwiesen sich als nachvollziehbar und konnte das Argument der Beschwerdeführerin, es seien zu geringe Verkehrsmengen verwendet worden, nicht überzeugen. Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Vorlage der konkreten Minutenzahlen, die dem Model zu Grunde gelegt wurden, stattzugeben, erwies sich damit als nicht erforderlich.

In ihrer Stellungnahme vom 15.10.2018 kritisierte die Beschwerdeführerin die zitierten Aussagen der ASV, bringt aber keine überzeugende fachliche Argumentation dafür vor, dass die Verkehrswerte tatsächlich zu gering angesetzt worden seien. Plausibler waren hier die Angaben der ASV in der Beschwerdeverhandlung am 22.10.2018, wonach Prof. Gerpott versucht hat, die von ihm angegebene Zahl zum Verkehrswert aus verschiedenen Quellen zu rekonstruieren, was aus fachlicher Sicht fehlerhaft ist (vgl. VH-Schrift 22.10.2018, S. 4-5).

Die Beschwerdeführerin stellte weiter in Frage, ob das Abstellen auf das arithmetische Mittel des Bottom-Up Modells und des Top-Down Modells geeignet ist, eine optimale Orientierung an FL-LRAIC zu gewährleisten. Hier ist den ASV ebenso zu folgen, wenn sie es für geboten erachten, die (wenn auch unterschiedlichen) Ergebnisse beider Modellansätze in das Gesamtergebnis einfließen zu lassen, um die methodisch bedingt tendenziell zu hohen Werte aus dem Top-Down Modell und die tendenziell zu niedrigen Werte aus dem Bottom-Up Modell auszugleichen; eine Mittelwertbildung (arithmetisches Mittel) als beste Annäherung an FL-LRAIC ist aus Sicht statistischer Theorie eine zulässige Methode. Nachvollziehbar sind auch die Ausführungen der ASV dazu im Ergänzungsgutachten 2018 auf S. 9:

"(...) Eine andere Gewichtung der beiden Ergebnisse (als 50:50) wäre willkürlich und eine gänzliche Außerachtlassung eines der beiden Ergebnisse, (...)

Da der Mittelwert die Eigenschaft hat, betragsmäßig genau gleich von beiden ermittelten Werten entfernt zu liegen, minimiert er aus Sicht der ASV die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten, insbesondere da keinerlei Anhaltspunkte für eine andere Gewichtung vorliegen.

(...)"

Diese Einschätzung der ASV erwies sich als plausibel, da es weniger um die Mittelwertbildung an sich geht, was dem Hybridmodell die Kritik einbringt, sondern mehr darum, dass nach den Grundsätzen der mathematischen Fehlerschätzung die Fehlerwahrscheinlichkeit nach beiden Seiten zu minimieren ist. Es muss also sichergestellt sein, dass insbesondere im Top-Down Modell vorhandene Ineffizienzen eliminiert wurden. Wie sich in der Folge zeigt, wurden die Ergebnisse des Top-Down Modells bestmöglich ermittelt und begegnete die Anwendung des

Hybridmodells daher keinen Bedenken mehr.

Die Beschwerdeführerin vermag dies auch nicht mit ihrer Stellungnahme vom 15.10.2018 zu entkräften, wenn sie meint, die Ergebnisse der beiden Methoden lägen so weit auseinander, dass eine Mittelwertbildung nur falsch sein könne. Wie die ASV bereits erklärten, weisen beide Modelle Stärken und Schwächen auf, womit sie für sich alleine gerade nicht geeignet sind, eine möglichst gute Annäherung an FL-LRAIC aufzuweisen.

2.4.1. Effizienzanpassungen im Top-Down Modell

Zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, dem Top-Down Modell mangle es an einer Untersuchung der Ineffizienzen, gaben die ASV wiederholt und zuletzt im Ergänzungsgutachten 2018 an, dass sehr wohl eine ausreichende Effizienzanpassung erfolgte. Es wurden Effizienzanpassungen in erheblichem Ausmaß vorgenommen, um eine möglichst gute Annäherung an die effizienten FL-LRAIC zu erzielen (Reduktion der Vollvermittlungsstellen um fast 60 % von 74 auf 30, damit einhergehende Reduktion aller anderen Kostenarten, die auf der Kostenstelle Vollvermittlungsstellen anfallen, Nichtberücksichtigung von Personalkosten für nicht betriebsnotwendiges Personal). Darüber hinaus lagen keine Hinweise auf wesentliche Ineffizienzen (z.B. bezüglich der Betriebsflächen) vor. Dennoch ist zu berücksichtigen, dass die Kosten im Top-Down Modell tendenziell überschätzt werden, weswegen im Endergebnis auch die Kosten des Bottom-Up Modells berücksichtigt werden, welches die Kosten tendenziell unterschätzt. Dadurch kam es zu einer deutlichen Reduktion im Vergleich zu den Top-Down Kosten (siehe Tabelle 4 auf S. 36 im Gutachten 2018).

Zur Kritik, es sei nicht erkennbar, welche Änderungen hinsichtlich der zunächst als unplausibel gerügten Ansätze im Kostenrechnungsmodell (Top-Down Modell) vorgenommen wurden, führten die ASV im Ergänzungsgutachten 2014 auf S. 4 aus:

"Im Zuge des ersten Einschautermins am 24.04.2008 übergab XXXX Daten in Form einer Präsentation, die auf Basis eines Modelldurchlaufs beruhte, der keine Anpassungen an ein NGN berücksichtigte und der Foliensatz außerdem lediglich Daten für die 6 Verkehrsarten Terminierung und Originierung, jeweils lokal, regional und national, enthielt. Aus diesem Grund (kleiner Auszug aus dem gesamten Modell) wurden die Daten vorerst von den Amtssachverständigen nicht akzeptiert und XXXX aufgefordert, sämtliche Daten aus dem Modelldurchlauf zu übermitteln.

In weiterer Folge wurde von XXXX , wie im Gutachten Z 9/07 beschrieben und von den Gutachtern gefordert, eine Kalkulation vorgelegt, die insbesondere einen Netzrückbau von 74 auf 49 Vollvermittlungsstellen berücksichtigte."

Zur Kritik der Unplausibilität erfolgter Effizienzanpassungen im Top-Down-Modell, wird im Ergänzungsgutachten 2014 ab S. 4 ausgeführt:

"Wie bereits ausgeführt erfolgte eine Anpassung des Netzes einerseits nach Urgenz durch die Gutachter bereits durch XXXX (Netzrückbau von 74 auf 49 Vollvermittlungsstellen) und andererseits durch die Gutachter selbst, indem weitere 19 Vollvermittlungsstellen in den Kalkulationen der Gutachter, wie bereits im Gutachten vom September 2008 ausgeführt, durch unselbstständige Vermittlungsstellen ersetzt wurden. Dies bedeutet, dass Vollvermittlungsstellen mit Jahreskosten von je ca. 3 Mio. € durch Vermittlungsstellen mit Jahreskosten von ca. 100.000 € ersetzt wurden. Dies entspricht einer Reduktion der Kosten dieser 19 Vermittlungsstellen um 96%. Betrachtet man die Kosten aller Vermittlungsstellen, so betrug die Reduktion 20,45%. Aus Sicht der Gutachter handelt es sich bei diesen Netzanpassungen um eine tiefgreifende, erhebliche und vollkommen ausreichende Effizienzkorrektur. Von einer Vollkostenrechnung, wie von Verizon (bzw. deren Privatgutachter Prof. Gerpott) behauptet, kann daher angesichts dieser massiven Korrekturen keine Rede sein.

Im Folgenden der entsprechende Auszug aus dem Gutachten zu Z 9/07 (S 45, Pkt.3.2):

Die Berechnungen der XXXX wie sie den Gutachtern übermittelt wurden [...], berücksichtigen bereits einen Netzrückbau von 74 auf 49 Vollvermittlungsstellen. Passt man das Modell der XXXX noch weiter an eine "NGN-ähnliche" Netzstruktur wie im Bottom-Up Modell an und ersetzt die 19 Ortsvermittlungsstellen durch unselbstständige Vermittlungsstellen (UVSt), führt dies zu einer Reduktion der Minutenkosten um 15,61%. Dadurch sinken die Gesamtkosten für Vermittlungsstellen auf 20,45%. Die Kosten der Vermittlungsstellen nach dieser Korrektur weisen einen Anteil von 71,96% an den Gesamtkosten für Verbindungsleistungen auf (weitere Kosten für IC-Produkte fallen für die Verbindungen der Vermittlungsstellen sowie in geringem Umfang für wholesalespezifische Leistungen an).

Wie im Bottom-Up Modell bleiben 30 Vollvermittlungsstellen auf der untersten (lokalen) Netzhierarchie bestehen. Diese Anzahl an Vermittlungsstellen ist in dieser Größenordnung nach Ansicht der Gutachter auch notwendig, um lokale Zusammenschaltungen überhaupt anbieten zu können."

Zum Vorwurf, die Kürzung auf 30 Vollvermittlungsstellen sei willkürlich erfolgt, gaben die ASV im Gutachten 2018 an:

"Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin ist die Kürzung auf 30 Vollvermittlungsstellen nicht willkürlich, um ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen, sondern es ergab sich die Zahl von 30 Vollvermittlungsstellen aus den Berechnungen des Bottom-Up Modells. Kostentreiber ist nicht, wie von der Beschwerdeführerin ausgeführt, die Anzahl der Vermittlungsstellen, sondern die prognostizierten Verkehrsminuten bzw. die Anzahl der Gesprächsaufbauten, die auch im Bottom-Up Modell zu einer geringeren Anzahl an Vollvermittlungsstellen führten.

In den Kosten der Vollvermittlungsstellen sind auch Kosten für Gebäude, Personal, Energie, Zinsen usw. enthalten. Reduziert man die Anzahl der Vollvermittlungsstellen und ersetzt deren Kosten durch Kosten von unselbständigen Vermittlungsstellen, reduzierte man damit eben auch, wie ausgeführt, die Kosten für Gebäude, Personal, Energie, Zinsen usw.

Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin im Verfahren Z 2/10 geforderten Anpassungen der Kosten für Übertragungstechnik und Linientechnik ist festzuhalten, dass die Anzahl der Vermittlungsstellen in Summe konstant blieb und diese daher wie vorher angebunden werden mussten (es wurden Vollvermittlungsstellen durch unselbständige Vermittlungsstellen ersetzt). Eine Anpassung dieser Kosten erfolgt im Top-Down Kostenrechnungsmodell entsprechend der Nutzung durch verschiedene Dienste (Sprache, Mietleitungen, Zusammenschaltung etc.).

Seitens der Beschwerdeführerin werden in diversen Schriftsätzen - ohne auf konkrete Punkte einzugehen - immer wieder die aus ihrer Sicht zu eliminierenden Ineffizienzen im Netz von XXXX angeführt. Aus Sicht der Gutachter wurden ausreichende Korrekturen angewandt um Ineffizienzen zu korrigieren (Reduktion der Vermittlungsstellen, keine Berücksichtigung des nicht betriebsnotwendigen Personals). Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, dass der Wettbewerbsdruck durch den Mobilfunk verhindert, dass im Festnetz signifikante Ineffizienzen entstehen."

Zum vom VwGH monierten Punkt der Unplausibilität erfolgter Effizienzanpassungen im Top-Down-Modell, wird auch auf die Beweiswürdigung der belangten Behörde ab S. 29 des angefochtenen Bescheides verwiesen, in der sich die Behörde insbesondere mit dem Ergänzungsgutachten 2014 sowie dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandersetzt. Es wir plausibel erläutert, dass und welche Änderungen hinsichtlich der zunächst als unplausibel gerügten Ansätze im Kostenrechnungssystem vorgenommen wurden: Die Reduktion auf 49 Vollvermittlungsstellen durch die mitbeteiligte Partei sowie die durch die ASV vorgenommene Kalkulation, in der weitere 19 Vollvermittlungsstellen durch unselbstständige (kostengünstigere) Vermittlungsstellen ersetzt wurden. Die Kürzung auf 30 Vollvermittlungsstellen erfolgte auch nicht willkürlich, wie die Beschwerdeführerin behauptete, sondern erwiesen sich diese nach den schlüssigen Ausführungen der ASV im Gutachten 2018 aufgrund der modellierten Verkehrsminuten im Bottom-Up Modell als betriebsnotwendig.

Die ASV konnten auch nachvollziehbar darlegen, dass weitere Effizienzanpassungen nicht notwendig waren, da sich durch die Reduktion der Vollvermittlungsstellen automatisch auch die berücksichtigten Kosten für Gebäude, Zinsen, Personal, Energie usw. reduzieren. Im Bereich der Sprachtelefonie machen die Vermittlungsstellen auch den überwiegenden Teil der Gesamtkosten aus (vgl. VH-Schrift 28.06.2018, S. 4).

Auch die von der Beschwerdeführerin geforderte Anpassung der Kosten für Übertragungstechnik und Linientechnik erwies sich nach den plausiblen Angaben der ASV als unnotwendig, da die Anzahl der Vermittlungsstellen in Summe konstant blieb und diese daher wie vorher angebunden werden mussten. Im Übrigen erfolgt eine Anpassung dieser Kosten im Top-Down Kostenrechnungsmodell laufend entsprechend der Nutzung durch verschiedene Dienste. Im Ergänzungsgutachten 2018 verwiesen die ASV zudem darauf, dass derartige Kosten im Modell nicht über Gemeinkosten verteilt werden. Die in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 15.10.2018 erneut geforderte "Optimierung" geht daher ins Leere.

Die Beschwerdeführerin rügte im Rahmen der Beschwerdeverhandlung, dass im Verfahren Z 9/07 kein Effizienzabschlag vorgenommen worden sei. Das ist nicht nachvollziehbar, beschrieben die ASV im Gutachten 2018 auf S. 22 doch ausführlich, dass bereits im Verfahren Z 9/07 Anpassungen der Ergebnisse des Kostenrechnungsmodells

vorgenommen wurden, um Ineffizienzen zu beseitigen (va Reduktion auf 30 Vermittlungsstellen; vgl. auch Gutachten zu Z 9/07). "(...) Ein Raum für weitere pauschalierte Effizienzkorrekturen bleibt daher nicht (...)", so die ASV im Ergänzungsgutachten 2018.

Auch der Verweis der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 15.10.2018, S. 8, auf die Stellungnahme der Europäischen Kommission aus 2009 geht hier ins Leere, da die Kommission einen längeren Umsetzungszeitraum vorgab und erst für die Zeit nach dem gegenständlichen Zeitraum ein anderer, nämlich der von der Kommission präferierte Kostenmaßstab (PURE LRIC) zugrunde gelegt wurde. Für den gegenständlichen Zeitraum ist daraus hinsichtlich der Ineffizienzen nichts zu gewinnen (im Übrigen wird dazu auf die Stellungnahmen der mitbeteiligten Partei und der belangten Behörde in der Beschwerdeverhandlung am 22.10.2018, S. 2-4 verwiesen).

2.4.2. Zur kritischen Analyse der betriebsnotwendigen Personalressourcen und Kosten aus indirekten Investitionen führten die ASV im Ergänzungsgutachten 2014 auf S. 5 aus:

"Effizienzanpassungen sind nicht in dem Ausmaß möglich und notwendig, wie dies in anderen Ländern möglicherweise notwendig ist, da hinsichtlich der Personalkosten nur ein Teil der gesamten Personalkosten (die Kosten des produktiv eingesetzten Personals) in das Kostenrechnungsmodell bzw. in die Produktkalkulation einfließt und daher eine wesentliche Korrektur hinsichtlich Effizienz außerhalb des Modells, d.h. bereits hinsichtlich der einfließenden Input-Werte, stattfindet. Auch fließen keine Kosten für Sozialpläne und Kosten für betriebliche Pensionsvorsorge in das Modell ein. Des Weiteren wurden durch den kostenseitigen Austausch von 19 Vollvermittlungsstellen mit kostengünstigen UVSt indirekt auch die Kosten für OAM um 69%, die Kosten für Gebäude und Energie um je 13% und die Personalkosten um 12%, jeweils bezogen auf die Gesamtkosten der Vermittlungstechnik, reduziert. [...]"

Zur kritischen Analyse der betriebsnotwendigen Personalressourcen und Kosten aus indirekten Investitionen gelang es den ASV überzeugend darzulegen, dass bereits die Eingangswerte, also jene, die in das Modell einfließen, zu einem großen Teil effizienzbereinigt sind. Zum einen ist in den genannten Kosten nur ein Teil der gesamten Personalkosten enthalten und zum anderen fließen keine Kosten für Sozialpläne und Kosten für betriebliche Pensionsvorsorge in das Modell ein. Schließlich wurden, wie oben bereits erwähnt, die Personalkosten wie auch andere Kosten, wie Gebäudekosten oder OAM-Software-Lizenz-Kosten, anteilig bereits durch die Reduktion der Vollvermittlungsstellen und den Ersatz von weiteren Vollvermittlungsstellen durch kostengünstigere Vermittlungsstellen reduziert.

2.4.3. Zu den sonstigen Einwendungen der Beschwerdeführerin, insbesondere in ihrem Fragenkatalog der Beschwerdeverhandlung vom 28.06.2018, ist auszuführen:

Zur Frage, mit welcher Methode die Verbundsproduktionskosten evaluiert und aufgeschlüsselt werden, gaben die ASV im Ergänzungsgutachten 2018 an:

"(...) Die Kosten werden generell über Kostentreiber den unterschiedlichen Produkten im Netz von XXXX zugeordnet. Der Allokationsmechanismus ist vollständig in der OROS implementiert (siehe Abschnitt 7 im Anhang E zum Gutachten im Verfahren Z 9/07 vom September 2008 oder Anhang A Beschreibung Kostenrechnungssystem zum Gutachten Z 2/10 vom Juni 2010). Hier wird zwischen Vermittlungstechnik (Knoten, VSt), Linientechnik (Kanten zwischen Knoten, passive physische Kabelabschnitte) und der darauf eingesetzten Übertragungstechnik (aktive Komponenten) unterschieden. Diese Netzkomponenten werden dem Kernnetz zugerechnet. Davon komplett getrennt ist das Teilnehmeranschlussnetz, welches auch als Zugangsnetz bezeichnet wird. Die Verbundvorteile der Produktion werden einfach dadurch berücksichtigt, dass alle Produkte in einem Modell kalkuliert werden.

Die Kosten der Sprachtelefonie werden, da unterschiedliche Sprachtelefonieprodukte die Netzelemente in unterschiedlicher Intensität nutzen, in dem in OROS implementierten Netzmodell verteilt (siehe Abschnitt 8 in Anhang A Beschreibung Kostenrechnungssystem zum Gutachten Z 2/10 vom Juni 2010)."

Trotzdem unklar blieb, zu welchem Beweisthema die Beschwerdeführerin diese Frage stellte, wurde sie von den ASV plausibel beantwortet.

Mit einer weiteren Frage wollte die Beschwerdeführerin wissen:

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at