



Z 1/17-65

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Mag. Nikolaus Schaller als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ.-Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der atms Telefon- und Marketing Services GmbH, Saturn Tower, Leonard-Bernstein Straße 10, 1220 Wien, vertreten durch RA Dr. Norbert Wiesinger, Rudolfsplatz 3, 1010 Wien, auf Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung gemäß § 48 Abs 1 iVm § 50 Abs 1 TKG 2003 gegenüber T-Mobile Austria GmbH, Rennweg 97-99, 1030 Wien, in der Sitzung vom 12.11.2018 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs 1, 50 Abs 1 iVm §§ 117 Z 7 und 7a, 121 Abs 3 TKG 2003 gelangen ab Zustellung dieses Bescheides für die Zusammenschaltung der öffentlichen Kommunikationsnetze der atms Telefon- und Marketing Services GmbH (atms) sowie der T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 4.8.2003 folgende Bedingungen für SMS-Terminierung zur Anwendung:

Telekom-Control-Kommission (TKK)

bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)

Mariahilfer Straße 77–79

1060 WIEN, ÖSTERREICH

www.rtr.at

E: rtr@rtr.at

T: +43 1 58058-0

F: +43 1 58058-9191

FN 208312t, HG Wien

A. Zusammenschaltungsanordnung – „Interworking von Short Messaging Services“

„1 Präambel

Gegenstand dieser Anordnung ist die Abwicklung von netzübergreifenden Short Messaging Services (SMS) mittels ZGV7-Netz zwischen den Vertragsparteien. Der Hauptteil enthält die für das gegenständliche Interworking von Short Messaging Services geltenden generellen Bedingungen. Preise und sonstige Detailregelungen sind als Anhänge beigefügt und als solche Bestandteil dieser Anordnung. Die Zusammenschaltung erfolgt im Wege der direkten Zusammenschaltung.

2 Definitionen

2.1 Abkürzungen

Verwendete Abkürzungen sind in Anhang 1 dieser Anordnung enthalten.

2.2 Netz der atms

Der Begriff „Netz der atms“ bezeichnet das öffentliche Telekommunikationsnetz der atms sowie die Telekommunikationsinfrastruktur, die die atms für die Übertragung von Signalen für Short Messaging Services betreibt.

2.3 Netz des Zusammenschaltungspartners

Der Begriff „Netz des Zusammenschaltungspartners“ bezeichnet das öffentliche Telekommunikationsnetz des Zusammenschaltungspartners sowie die Telekommunikationsinfrastruktur, die der Zusammenschaltungspartner für die Übertragung von Signalen für Short Messaging Services betreibt.

2.4 Drittnetz

Drittnetz ist ein von den Telekommunikationsnetzen der Parteien verschiedenes Telekommunikationsnetz.

2.5 Netzübergangspunkte

Netzübergangspunkte (NÜP) sind all jene Schnittstellen, an denen die öffentlichen Telekommunikationsnetze der Parteien untereinander oder mit einem Drittnetz physikalisch verbunden sind und die dazu dienen, die für die netzübergreifende Erbringung von Short Messaging Services erforderlichen Signale von einem Netz zum anderen Netz zu übertragen.

3 Gegenstand

3.1 Allgemeines

Die Parteien führen unter den Bestimmungen dieser Anordnung soweit in den Anhängen vorgesehen

- die Zustellung von Messages aus dem Netz des Zusammenschaltungspartners zu Short Messaging Services im Netz von atms und,
- die Zustellung von Messages aus dem Netz von atms zu Short Messaging Services im Netz des Zusammenschaltungspartners

durch.

Die Bestimmungen, zu denen die Partner gegenseitig Dienstleistungen erbringen, sind in den Anhängen geregelt. Im Falle von Widersprüchen zwischen den Anhängen und dem Hauptteil dieser Anordnung haben die Regelungen in den Anhängen Vorrang.

3.2 Verkehrsführung

Die Verkehrsführung erfolgt entsprechend den Regelungen der einzelnen Anhänge.

3.3 Spam SMS

Im Falle des Auftretens von Spam SMS von dem Netz eines Partners in das Netz des anderen Partners, werden die Parteien eine einvernehmliche Problemlösung suchen.

Allfällige darüberhinausgehende Ansprüche (insbesondere Schadenersatzforderungen, Rückforderungsansprüche) bleiben hierdurch unberührt.

4 Dimensionierung des Netzes

Die Parteien sind wechselseitig verpflichtet, ausreichende Leitungskapazitäten bereitzustellen, um den gesamten Verkehr, der Gegenstand dieser Anordnung ist, abwickeln zu können. Sollte eine Erweiterung der vorhandenen Kapazitäten für die Abwicklung des Interworkingverkehrs notwendig sein, führen die Parteien die Erweiterung nach vorheriger Vereinbarung ehestmöglich durch.

Die Kostentragung für die physikalische Verbindung richtet sich im Falle von Short Message Services – soweit nicht in dieser Anordnung gesondert geregelt – nach dem jeweils geltenden Zusammenschaltungsvertrag zwischen den Parteien und dem Transitnetz.

Die technischen Parameter sind in Anhang 3 dargestellt.

5 Entgelte

5.1 Interworkingleistungen

Die wechselseitigen Interworkingleistungen zwischen den Parteien werden zu den in Anhang 2 geregelten Entgelten erbracht. Die Verrechnung dieser Entgelte erfolgt direkt zwischen den Parteien, entsprechend den nachstehenden Regelungen:

5.1.1 Abrechnungszeitraum

Als Abrechnungszeitraum gilt der Kalendermonat (vom Monatsersten 00:00 Uhr bis zum Monatsletzten 24:00 Uhr). Soweit in dieser Anordnung nichts Anderes bestimmt wird, gilt dieser Abrechnungszeitraum für alle Entgelte mit Ausnahme einmaliger sonstiger Entgelte.

5.1.2 Registrierte Verkehrsdaten und Registrierungsparameter

Die Messung der Interworkingleistungen beginnt mit dem Ersten eines jeden Monats um 00:00 Uhr. Verrechnungsrelevant sind ausschließlich die innerhalb des jeweiligen Abrechnungszeitraums tatsächlich erbrachten Interworkingleistungen. Die für die Verrechnung maßgeblichen Registrierungsparameter werden in den Anhängen gesondert geregelt.

Stellen die Parteien Abweichungen in den jeweiligen Registrierungen von mehr als 2% des monatlichen Volumens pro Verkehrsart – jedenfalls aber erst ab einem Gesamtbetrag von EUR 3.000,00 – im registrierten Verkehrsvolumen fest, so wird eine Vorgangsweise nach Punkt 13.1 (Koordinatoren) eingeleitet. Bei kleineren Abweichungen versuchen die Parteien gemeinsam die Ursache zu finden und zu korrigieren.

5.1.3 Rechnungsinhalt

5.1.3.1 Verrechnungs-/Kundennummern

Bei allen Rechnungen sind entsprechende, einseitig durch die Parteien vergebene Verrechnungs- bzw Kundennummern von den Parteien anzugeben.

5.1.3.2 Rechnungsgliederung und Rechnungsinhalt

Die Parteien weisen die Entgelte für Interworkingleistungen und eventuelle Entgelte für sonstige Leistungen in ihren Rechnungen gesondert aus. Sowohl Rechnungen für Interworkingleistungen als auch für sonstige Leistungen haben neben den allgemeinen Voraussetzungen für eine vorsteuergerechte Rechnung jedenfalls folgende Daten zu enthalten:

- das Rechnungsdatum,
- die Kundennummer sowie
- die jeweilige Rechnungsnummer.

Rechnungen über Interworkingleistungen bzw deren Beiblätter haben darüber hinaus für den Abrechnungszeitraum folgendes zu enthalten:

- Anzahl der verrechnungsrelevanten Nachrichten je Verkehrsart,
- das Entgelt je Nachrichten pro Verkehrsart,
- die resultierende Gesamtsumme pro Verkehrsart und
- die Gesamtsumme.

Rechnungen für etwaige sonstige Entgelte haben auch folgende Informationen zu enthalten:

- Leistungsbeschreibung,
- Einzelpreise sowie
- Gesamtentgelt.

Verzugszinsen sind in gesonderten Rechnungen zu fakturieren und haben folgende Informationen zu enthalten:

- das Rechnungsdatum,
- die Kundennummer,
- die jeweilige Rechnungsnummer,
- das Rechnungsdatum der aushaftenden Originalrechnung, auf Grund der Verzugszinsen verrechnet werden,
- den aushaftenden Betrag,
- den verrechneten Zinssatz sowie
- die verrechneten Verzugszinsen.

5.1.3.3 Extrapolation bei nicht feststellbarer Höhe

Zur Ermittlung eines Rechnungsbetrages für Interworkingleistungen, deren Höhe auch unter Heranziehung aller Hilfsmittel, die zur Verfügung stehen, auch nicht annähernd feststellbar ist, wird folgendermaßen vorgegangen:

Sind die Rechnungsdaten für wenigstens die Hälfte des gegenständlichen Leistungszeitraums vorhanden, so wird anhand der für ganze Tage verfügbaren Daten ein durchschnittliches tägliches Verrechnungsentgelt für Werktage, Samstage und Sonntage bzw. gesetzliche Feiertage ermittelt. Anhand dieser täglichen Durchschnittswerte wird ein monatlicher Verrechnungsbetrag linear extrapoliert.

Für den Fall, dass nur Rechnungsdaten für weniger als die Hälfte des Leistungszeitraums vorhanden sind, werden zusätzlich die Daten des vorangegangenen Monats für die lineare Extrapolation herangezogen.

5.1.4 Rechnungslegung

5.1.4.1 Interworkingleistungen

Jede Partei erstellt eine Monatsrechnung über alle von ihr zu verrechnenden Beträge und übermittelt sie an die andere Partei.

Die Rechnungen (einschließlich Rechnungsbeiblätter) werden ehestmöglich nach Ende des Rechnungszeitraums (Kalendermonat) abgesandt und nach Wunsch und Möglichkeit zusätzlich in elektronischer Form (als E-Mail an die im Anhang 4 genannte Rechnungsadresse) übermittelt.

5.1.4.2 Sonstige Entgelte

Die Rechnungslegung sonstiger Entgelte erfolgt ebenfalls ehestmöglich; bei laufenden Entgelten nach Ablauf des betreffenden Monats, bei einmaligen sonstigen Entgelten nach erfolgter Abnahme oder bei Dienstleistungen nach erfolgter Leistungserbringung. Wird die Abnahme nicht spätestens

vier Wochen nach Fertigstellung begonnen und binnen angemessener Frist beendet, so gilt die Abnahme als erfolgt.

5.1.5 Fälligkeit

5.1.5.1 Allgemeines

Die Fälligkeit der zwischen den Parteien abgerechneten Entgelte/Leistungen richtet sich nach der von der jeweiligen (leistungserbringenden) Partei ausgestellten Rechnung. Es finden die folgenden Regelungen über die Fälligkeit Anwendung:

5.1.5.2 Zahlungsfrist

Ordnungsgemäß ausgestellte Rechnungen sind binnen 30 Tagen nach Rechnungserhalt zur Zahlung fällig, sofern nicht die rechnungserhaltende Partei innerhalb von 30 Tagen die Rechnung beeinsprucht. In letzterem Fall wird die Fälligkeit des beanspruchten Betrages bis zur erforderlichen Klärung, längstens aber für die Dauer des Koordinationsverfahrens gemäß Punkt 13.1 und des Eskalationsverfahrens gemäß Punkt 13.2 sowie der Frist von zwei Wochen im Falle der etwaigen Mangelhaftigkeit des Einspruchs ab dem ursprünglichen Zahlungstermin (dh 30 Tage nach Rechnungserhalt) hinausgeschoben.

5.1.5.3 Zahlungsverzug

Im Falle eines Zahlungsverzuges werden Verzugszinsen pro Verzugstag in Höhe von 8% pa in Rechnung gestellt.

5.1.5.4 Mahnung

Pro ausgestellter Mahnung werden EUR 45,00 als Mahnspesen verrechnet.

5.1.5.5 Betragsabweichungen

Weicht der Rechnungsbetrag für Interworkingleistungen um mehr als 2% des monatlichen Volumens pro Verkehrsart, jedenfalls aber erst ab einem Gesamtbetrag von EUR 3.000 von dem von der anderen Partei errechneten Betrag ab, so gilt Folgendes:

Die Partei, die die Rechnung erhalten hat, hat gegen die Rechnung Einspruch zu erheben. Nur der in der Rechnung enthaltene unstrittige Betrag ist fristgemäß zu bezahlen. Die Abweichung ist an die im Anhang 4 genannte Rechnungsadresse der rechnungslegenden Partei in Form eines Einspruches innerhalb von 30 Tagen nach Rechnungserhalt schriftlich mitzuteilen.

Ein Einspruch hat jedenfalls zu enthalten:

- die Kundennummer,
- das Rechnungsdatum, den Leistungszeitraum und die Rechnungsnummer der beanstandeten Rechnung,
- den Grund der Beanstandung,

- den detaillierten Nachweis der Beanstandung durch die Verwendung einer der Rechnungsgliederung entsprechenden Kontrollliste sowie
- den strittigen Betrag.

Sind die vorstehenden Angaben im Einspruch nicht enthalten, so wird die Partei, deren Rechnung beeinsprucht wird, den Einspruch zur Behebung der Mangelhaftigkeit zurückweisen. Behebt die beeinspruchende Partei diese Mängel nicht innerhalb von 14 Tagen nach der Zurückweisung, liegt kein Einspruch im Sinne dieser Bestimmung vor. Ein Einspruch gilt jedoch jedenfalls dann als gültig eingebracht, wenn die Partei, deren Rechnung beeinsprucht wird, die Mangelhaftigkeit des Einspruches nicht binnen 2 Wochen ab Einspruchserhalt mitteilt. Verspätet einlangende Einsprüche (Datum des Poststempels bzw Fax) gelten als nicht eingebracht.

Der in der Rechnung enthaltene, nicht beeinspruchte Betrag ist fristgemäß zu zahlen. Die Fälligkeit des strittigen Differenzbetrages wird bis zur Erzielung einer einvernehmlichen Lösung (in Rahmen des maximal zweiwöchigen Koordinationsverfahrens gemäß Punkt 13.1 und – soweit erforderlich – eines maximal zweiwöchigen Eskalationsverfahrens gemäß Punkt 13.2) hinausgeschoben (längstens aber für eine Frist von sechs Wochen ab Ende der Einspruchsfrist; d.h. 30 Tage nach Rechnungserhalt).

Weicht bei direkter Abrechnung der direkt abgerechnete Gesamtrechnungsbetrag um bis zu 2% von der von der rechnungserhaltenden Partei ermittelten Gesamtrechnungssumme ab, oder weicht der von der rechnungserhaltenden Partei ermittelte Gesamtrechnungsbetrag um weniger als EUR 3.000 ab, hat ein Einspruch gegen die Rechnung keinen Aufschub der Fälligkeit des strittigen Differenzbetrages zur Folge. Der gesamte in der Rechnung enthaltene Betrag ist fristgemäß zu bezahlen.

5.1.5.6 Zahlung

Die Zahlung des Rechnungsbetrags erfolgt direkt an die rechnungslegende Partei.

5.1.6 Sperre

5.1.6.1 Wegen Zahlungsverzug

Kommt eine Partei mit mindestens einem Drittel des fälligen Entgeltes für Interworkingleistungen in Verzug, kann die andere Partei in angemessenem Umfang Leistungen aufgrund dieser Anordnung verweigern, insbesondere die Erbringung von Interworkingleistungen einstellen (durch Netztrennung). Der beabsichtigten Sperre hat eine schriftliche Mahnung durch eingeschriebenen Brief samt 14-tägiger Nachfristsetzung zur Bezahlung des fälligen Entgelts voranzugehen. Die Mahnung hat eine ausdrückliche Androhung der beabsichtigten Sperre zu enthalten.

Kommt eine Partei mit sonstigen fälligen Entgelten in Verzug, kann die andere Partei die Erbringung gleichartiger Leistungen einstellen oder verweigern. Der beabsichtigten Leistungseinstellung oder -verweigerung hat eine schriftliche Mahnung durch eingeschriebenen Brief samt 14-tägiger Nachfristsetzung zur Bezahlung des fälligen Entgelts voranzugehen. Die Mahnung hat eine ausdrückliche Androhung der beabsichtigten Sperre entsprechender Leistungen zu enthalten.

5.1.6.2 Aufhebung

Die Sperre ist unverzüglich aufzuheben, sobald die Gründe für ihre Durchführung entfallen und die Kosten der Sperre und alle fälligen Entgelte für Interworkingleistungen von der anderen Partei beglichen worden sind.

5.1.7 Zustimmung zur Weitergabe von Informationen

Sollten für die Ermittlung eines Rechnungsbetrages oder für die Prüfung eines Einspruches Auskünfte, Daten oder Informationen von Dritten, insbesondere von der A1 Telekom Austria AG (A1TA), notwendig sein, so ist jede Partei verpflichtet, der Weitergabe der Auskünfte, Daten oder Informationen durch den Dritten im erforderlichen Umfang zuzustimmen.

5.2 Sonstige Entgelte

Soweit zwischen den Parteien auch andere Leistungen als Interworkingleistungen erbracht werden, richten sich die zu leistenden Entgelte nach den in den jeweiligen Anhängen zu dieser Anordnung getroffenen Regelungen. Die Abrechnung derartiger sonstiger Entgelte erfolgt im Wege der direkten Abrechnung. Es gelten die Bestimmungen gemäß Punkt 5 ff sinngemäß.

5.3 Nettoentgelte

Alle in den Anhängen der gegenständlichen Anordnung benannten Entgelte verstehen sich stets (sofern nicht ausdrücklich anders erwähnt) als Nettoentgelte exklusive einer gesetzlichen Umsatzsteuer. Sofern sich aus den anwendbaren Rechtsnormen eine Umsatzsteuerpflicht in Österreich ergibt, wird die Umsatzsteuer zusätzlich in Rechnung gestellt.

6 Inkrafttreten, Laufzeit, Kündigung

6.1 Inkrafttreten

Diese Anordnung gilt ab deren Zustellung und gilt auf unbestimmte Zeit.

6.2 Ordentliche Kündigung

Eine ordentliche Kündigung der Gesamtanordnung (Hauptteil und Anhänge) ist unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats möglich.

Die Kündigung von einzelnen Anhängen, sofern nicht in den jeweiligen Anhängen gesondert geregelt, ist darüber hinaus unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats möglich.

Die Kündigung hat jeweils schriftlich (eingeschrieben oder mit sonstigem Absendenachweis) zu erfolgen.

Sofern die kündigende Partei mit Ausspruch der Kündigung oder die gekündigte Partei binnen vier Wochen ab Erhalt der Kündigung den ausdrücklichen Wunsch nach Fortführung der Zusammenschaltungsbeziehung über den Kündigungstermin hinaus, wenngleich unter geänderten

Bedingungen, äußert, und diese vorgebracht und begründet werden, so erbringen die Parteien die gegenständlichen Leistungen zu den bestehenden Bedingungen weiter, bis zum Abschluss einer Vereinbarung bzw. einer das Zusammenschungsverhältnis regelnden Anordnung der zuständigen Regulierungsbehörde.

6.3 Außerordentliche Kündigung

Jede Partei ist berechtigt, diese Anordnung mit Ablauf eines jeden Werktages unter Einhaltung einer sechstägigen Kündigungsfrist mit eingeschriebenem Brief aus wichtigem Grund zu kündigen. Als wichtiger Grund gilt insbesondere, wenn

6.3.1 der kündigenden Partei eine weitere Erbringung der Leistungen aus technischen oder betrieblichen Gründen, die sie nicht selbst verursacht hat, unzumutbar ist;

6.3.2 die andere Partei der kündigenden Partei gegenüber mit Zahlungsverpflichtungen trotz Fälligkeit und fruchtloser schriftlicher Nachfristsetzung von 14 Tagen im Verzug ist;

6.3.3 die andere Partei diese Anordnung so schwerwiegend verletzt, dass eine Fortsetzung dieser Zusammenschlungsbeziehung unzumutbar ist und die Verletzung der Anordnung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei vollständig beseitigt wurde;

6.3.4 die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der anderen Partei mangels ausreichendem Vermögens abgelehnt wird

6.4 Dauerhafte Betriebseinstellung

Die Wirksamkeit dieser Anordnung endet jedoch, ohne dass es einer Kündigung bedarf, wenn eine Partei den Betrieb ihres öffentlichen Kommunikationsnetzes dauerhaft einstellt.

6.5 Fristbeginn

Die Berechnung des Fristbeginns richtet sich bei Kündigungen jeglicher Art jeweils nach dem Datum des Poststempels der Aufgabe des Kündigungsschreibens; die Aufgabe hat im Inland zu erfolgen.

7 Geheimhaltung

7.1 Umfang

Die Parteien verpflichten sich, alle Tatsachen, Informationen und Daten, die die andere Partei betreffen, für diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellen und wegen des Abschlusses oder der Durchführung der gegenständlichen Anordnung der anderen Partei bekannt wurden, als vertraulich und geheim zu behandeln.

Die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung gilt nicht für Tatsachen, Informationen und Daten, die zum allgemeinen Stand der Technik gehören oder ohne Zutun und Verschulden der geheimhaltungsverpflichteten Partei sonst öffentlich zugänglich oder bekannt sind.

atms und T-Mobile sind berechtigt, derartig vertrauliche Informationen unter Auferlegung einer gleichartigen Geheimhaltungsverpflichtung an Mitglieder der Geschäftsführung, Arbeitnehmer, Berater und Bevollmächtigte ihrer Konzerngesellschaften/Eigentümer, weiterzugeben, soweit die Weitergabe für die Entscheidungsfindung und die Zusammenarbeit im Konzern notwendig ist.

Keine Vertraulichkeitsverpflichtung besteht gegenüber der Regulierungsbehörde, doch sind geheimhaltungspflichtige Umstände als solche zu kennzeichnen.

7.2 Dauer

Die Geheimhaltungsverpflichtung besteht auch nach Beendigung des aus dieser Anordnung entstehenden Rechtsverhältnisses für 10 Kalenderjahre weiter. Sie endet jedoch, wenn und soweit der Geheimhaltung unterliegende Tatsachen, Informationen oder Daten ohne Zutun des Geheimhaltungsverpflichteten allgemein bekannt wurden oder der Geheimhaltungsberechtigte Tatsachen, Informationen oder Daten selbst nicht mehr vertraulich behandelt.

7.3 Entbindung

Eine Entbindung von der Geheimhaltungsverpflichtung einer der Parteien durch die andere Partei in einem bestimmten Fall ist nur in Schriftform möglich.

7.4 Verwertungsverbot

Jede Verwertung von Informationen, Tatsachen und Daten, die gemäß Punkt 7.1 dieser Anordnung der Geheimhaltung unterliegen, zu anderen Zwecken als der Erfüllung von Pflichten oder Ausübung von Rechten aus dieser Anordnung ist verboten.

7.5 Keine Rechte

Keine der Parteien ist berechtigt, allein aus der Kenntnis der Informationen, Tatsachen oder Daten der anderen Partei Rechte abzuleiten.

7.6 Erforderliche Maßnahmen

Die Parteien haben alle geeigneten Vorkehrungen zum Schutz und zur gesicherten Verwahrung aller Informationen, Tatsachen und Daten im Sinne des Punkt 7.1 dieser Anordnung, sowie auch hinsichtlich der ihnen im Zusammenhang mit der Erfüllung und Abwicklung dieser Anordnung bekannt gewordenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der anderen Partei zu treffen.

Die Parteien haben ihre mit gegenständlichen Aufgaben befassten Mitarbeiter in geeigneter und nachweislicher Form zur Geheimhaltung zu verpflichten und diese auch auf die sich aus den datenschutzrechtlichen Bestimmungen ergebenden Pflichten aufmerksam zu machen (Datengeheimnis; § 6 DSG).

Die Parteien verpflichten sich für den Fall, dass sie sich in anordnungskonformer Weise zur Erbringung einer in dieser Anordnung geregelten Leistung anderer Personen bedienen, die Geheimhaltungspflicht auch allen von ihnen zur Leistungserbringung herangezogenen Personen zu überbinden.

7.7 Verletzung der Geheimhaltungspflicht

Eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht, die zur Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einer Partei führt, stellt eine schwerwiegende Verletzung dieser Anordnung dar, die zur außerordentlichen Kündigung gemäß Punkt 6.3.3 dieser Anordnung berechtigt, soweit dadurch ein wesentlicher Nachteil entstehen kann.

7.8 Behörden und Gerichte

Verpflichtungen zur Offenlegung bzw. Auskunftserteilung aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder behördlicher oder gerichtlicher Anordnungen werden hiervon nicht berührt.

Jede derartige Weitergabe ist der jeweils anderen Partei unverzüglich anzuzeigen. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind als solche zu kennzeichnen.

8 Gewerbliche Schutzrechte und Geistiges Eigentum

8.1 Altschutzrechte

Diese Anordnung lässt die rechtliche Situation hinsichtlich der gewerblichen Schutzrechte und des geistigen Eigentums beider Parteien – wie sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens besteht oder sich in der Folge aufgrund des Gesetzes ergibt – unberührt.

8.2 Neuschutzrechte

Erfindungen von Dienstnehmern der Parteien, soweit sie den Gegenstand dieser Anordnung betreffen und während ihrer Dauer erfolgen, werden die Parteien nach den gesetzlichen Bestimmungen über Arbeitnehmererfindungen unbeschränkt für sich in Anspruch nehmen.

Sind an Erfindungen Dienstnehmer beider Parteien beteiligt (Gemeinschaftserfindungen), stehen diese Erfindungen mit den darauf angemeldeten und erteilten Schutzrechten den Parteien gemeinschaftlich zu, ansonsten derjenigen Partei allein, deren Dienstnehmer die Erfinder sind (Einzelerfindungen).

Bei Gemeinschaftserfindungen ist jede Partei verpflichtet, an einer Anmeldung der Erfindung zum Schutzrecht mitzuwirken oder alle Rechte daraus, an die andere Partei abzutreten.

9 Änderungen

Sämtliche Änderungen und Ergänzungen dieses angeordneten Zusammenschaltungsvertrages bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform und der Unterfertigung durch die Parteien; dies gilt auch für ein Abgehen vom Erfordernis der Schriftform. Auch ein Verzicht auf Rechte kann nur schriftlich erfolgen.

10 Anzeigepflichten

Die Parteien haben Änderungen ihrer Firmenwortlaute sowie jede Änderung ihrer Anschrift (Sitzverlegung), der Zahlstelle und jede Änderung ihrer Rechtsform und ihrer Firmenbuchnummer

ehestmöglich, spätestens jedoch innerhalb eines Monats ab der Änderung schriftlich bekanntzugeben.

Gibt einer der beiden Parteien eine Änderung ihrer Anschrift nicht bekannt und gehen ihr deshalb an die von ihr zuletzt bekannt gegebene Anschrift gesendete, rechtlich bedeutsame Erklärungen der anderen Partei nicht zu, gelten die Erklärungen trotzdem als zugegangen. Rechnungen und Mahnungen einer Partei an die andere gelten unter den gleichen Voraussetzungen als zugegangen, wenn sie an die von der Partei zuletzt bekanntgegebene Zahlstelle gesendet wurden.

Bei nicht bescheinigten oder nicht bescheinigbaren schriftlichen Erklärungen trägt der Absender das Risiko des Zuganges an den Empfänger. Als Bescheinigung des Zuganges von Erklärungen gelten Rückschein, Faxsendungen mit positiver Faxbestätigung sowie Zustellung durch Boten bei gleichzeitiger schriftlicher Bestätigung des Empfanges einer nach Zustellgesetz empfangsberechtigten Person.

11 Vertragskosten

Die Kosten der Errichtung ergänzender oder ändernder Zusammenschaltungsvereinbarungen oder -verträge und der diesbezüglichen anwaltlichen Vertretung trägt jede Partei für sich. Anfallende Gebühren, Steuern und Abgaben tragen die Parteien jeweils zur Hälfte.

12 Teilnichtigkeit

Sollten einzelne Bestimmungen dieser Anordnung unwirksam oder undurchführbar werden, berührt dies nicht die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit der restlichen Teile einer solchen Bestimmung oder der übrigen Bestimmungen dieser Anordnung. Unwirksame oder undurchführbare Bestimmungen werden einvernehmlich durch wirksame oder durchführbare Bestimmungen ersetzt, die in ihrem technischen oder wirtschaftlichen Gehalt den unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmungen möglichst nahe kommen.

13 Koordination/Eskalation

13.1 Koordinationsverfahren

Jede Partei benennt unverzüglich nach Inkrafttreten dieser vertragsersetzenden Anordnung jeweils einen Koordinator. Um-Nominierungen sind in der Folge jederzeit möglich. Diese Koordinatoren fungieren als Ansprechpartner für alle im Zusammenhang mit der Durchführung der gegenständlichen Anordnung auftretenden Fragen und Probleme; insbesondere auch im Fall von Streitfällen.

Eine durch die Koordinatoren gefundene, schriftlich festgehaltene und durch Zeichnungsberechtigte der jeweiligen Partei bestätigte Lösung ist für die Parteien bindend. Die Urkunde ist zweifach zu errichten, wobei beide Parteien jeweils eine Ausfertigung erhalten.

Für den Fall, dass die Koordinatoren innerhalb von 14 Tagen keine derartige Lösung vereinbaren und auch keine Verlängerung des Koordinationsverfahrens einvernehmlich und schriftlich bestätigen, steht den Parteien, sofern in dieser Anordnung für diese Art von Streitfall nicht ausdrücklich ein Eskalationsverfahren vorgesehen ist, der Rechtsweg offen.

13.2 Streitbelegungs- bzw Eskalationsverfahren

Ist in dieser Anordnung für eine Art von Streitfall ausdrücklich ein Eskalationsverfahren vorgesehen, so gilt Folgendes: Die Abstimmung und Klärung dieses Streitfalls erfolgt zunächst durch die in Punkt 13.1 genannten Koordinatoren der einzelnen Parteien. Kann der Streitfall durch die Koordinatoren der einzelnen Parteien nicht binnen zwei Wochen im Einvernehmen mit den Rechtsabteilungen der Parteien gelöst werden, wird die strittige Frage/das Problem von den Koordinatoren schriftlich in Form eines Problembereichs an die jeweils zuständigen Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer/Prokuristen der Parteien weitergeleitet. Sollten diese daraufhin binnen weiterer zwei Wochen zu keiner einvernehmlichen Lösung kommen, steht es den Parteien frei, den Rechtsweg zu beschreiten.

14 Anzuwendendes Recht und Gerichtsstandsvereinbarung

14.1 Anzuwendendes Recht

Die Rechtswirksamkeit, Auslegung und Erfüllung dieser vertragsersetzenden Anordnung unterliegt österreichischem Recht. Nicht anzuwenden sind jedoch die Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts und die Bestimmungen des UN-Kaufrechts.

14.2 Gerichtsstandsvereinbarung

Sofern keine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde gegeben ist, wird zur Entscheidung aller aus dieser Vereinbarung entstehenden Streitigkeiten – einschließlich solcher über sein Bestehen oder Nichtbestehen – das wertzuständige Gericht für Handelssachen in Wien vereinbart.

15 Abtretung und Rechtsnachfolge

15.1 Abtretung

Diese Anordnung berechtigt und verpflichtet die Parteien und gemäß Punkt 15.2 auch deren Gesamtrechtsnachfolger. Keine Partei ist berechtigt, ohne vorherige schriftliche Zustimmung der anderen Partei diese Anordnung oder ihre Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung an einen Dritten abzutreten, wobei die schriftliche Zustimmung – insbesondere bei Abtretungen an Konzerngesellschaften im Sinne des § 15 AktG und des § 115 GmbHG nicht grundlos verweigert werden darf.

15.2 Rechtsnachfolge

Alle Rechte und Pflichten aus dieser Anordnung gehen auf die Gesamtrechtsnachfolger der Parteien über.

16 Anhänge

Die folgenden Anhänge zu dieser Anordnung stellen einen integrierenden Bestandteil derselben dar. Jede Bezugnahme auf diese Anordnung bezieht sich daher auch auf die Anhänge.



Soweit zwischen dem Allgemeinen Teil und den Anhängen Widersprüche bestehen, gehen die Regelungen der Anhänge vor.

- Anhang 1 Abkürzungsverzeichnis
- Anhang 2 SMS-MT Entgelte
- Anhang 3 Technische Parameter
- Anhang 4 Verkehrsführung bei MNP
- Anhang 5 Koordinatoren/Ansprechpartner/Ansprechstelle



Anhang 1

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| A1TA | A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz |
| CLI | Calling Line Identification |
| DSG | Datenschutzgesetz |
| ETSI | European Telecommunications Standards Institute |
| GmbHG | Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) |
| IN | Intelligent Network |
| ISDN | Integrated Services Digital Network |
| ISUP | ISDN User Part |
| ITU | International Telecommunication Union |
| ITU-T | International Telecommunication Union, Telecommunication Standardisation Sector |
| MAP | Mobile Application Part |
| MNP | Mobile Number Portability |
| NÜP | Netzübergangspunkt |
| QNB | Quellnetz-Betreiber |
| pa | per annum |
| PoI | Point of Interconnection |
| SCCP | Signalling Connection Control Part |
| SM | Short Message |
| SMS | Short Message Service |
| SMS-C | Short Message Service Center |



| | |
|------|--|
| SP | Signalling Point |
| STP | Signalling Transfer Point |
| TKG | Telekommunikationsgesetz in der jeweils gültigen Fassung |
| USt | Umsatzsteuer |
| ZGV7 | Zentrales Zeichengabeverfahren Nr. 7 |
| ZNB | Zielnetz-Betreiber |
| ZSP | Zusammenschaltungspartner |

Anhang 2

SMS-MT Entgelte

1. Definition

Short Message Service ist die ZGV7-basierte Übermittlung von Textnachrichten, die von einem kompatiblen Kommunikationsendgerät bzw entsprechenden Applikationen originieren und an ein kompatibles Kommunikationsendgerät bzw eine entsprechende Applikation zugestellt werden. Maßgeblich für die Definition des Short Message Service ist die ETSI-Norm TS 122.003 und TS 122.105 in der zum Zeitpunkt der Zustellung der Anordnung gültigen Form.

2. Gegenstand

Dieser Anhang regelt die wechselseitige Übermittlung (mittels ZGV7-Netz) und Zustellung von Short Messages (SM), die vom SMS-C einer Partei kommend (Quellnetz) im Netz der jeweils anderen Partei (Zielnetz) zugestellt werden.

Für die Leistung der SM-Zustellung steht dem Zielnetz gegenüber dem Quellnetz pro im eigenen Netz zugestellter SM ein Interworkingentgelt in der in Punkt 4 dieses Anhangs geregelten Höhe zu. Verkehr von bzw zu Teilnehmern einer Partei in einem internationalen Drittnetz (internationales Roaming) ist kostenfrei und wird nicht verrechnet.

3. Registrierung des Verkehrs

Rechnungsrelevant sind die Anzahl der SM, die eine Partei als Zielnetzbetreiber (ZNB) vom SMS-C der jeweils anderen Partei als Quellnetzbetreiber (QNB) – basierend auf dem Rückgabeparameter „Result“ – erfolgreich (Delivery outcome = successful transfer), dh ohne Rückmeldung eines Fehlercodes, im jeweils eigenen Netz zustellt.

Der ZNB als Erbringer der Interworkingleistung legt die Rechnung und sorgt für die Aufzeichnung der folgenden verrechnungsrelevanten Verkehrsmengen:

- SM von Teilnehmern oder Applikationen aus dem Netz des jeweils anderen Partners als QNB zu Teilnehmernummern im eigenen Netz.

Der QNB als Inanspruchnehmer der Interworkingleistung sorgt zumindest für die Aufzeichnung folgender Verkehrsmenge:

- SM vom eigenen SMS-C zu Teilnehmern des anderen Partners als ZNB.

4. Interworkingentgelte

Alle Beträge sind in Eurocent pro SM und exkl USt ausgewiesen.

| Kurzbez. | Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung | Entgelt |
|----------------|--|---------|
| SM atms | Terminierung im Netz der atms SMS-C T-Mobile → Netz der atms SM Terminierung vom SMS-C der T-Mobile in das Netz der atms | 1,2 |
| SM T-Mobile | Terminierung im Netz der T-Mobile SMS-C atms → Netz der T-Mobile SM Terminierung vom SMS-C der atms in das Netz der T-Mobile | 1,2 |

5. Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind unabhängig von Tageszeit und Verkehrsvolumen.

Anhang 3

Technische Parameter

1 Verkehrsführung

Die Parteien übergeben den anordnungsgegenständlichen SM-Verkehr grundsätzlich mittels direkter Verkehrsführung. Im Falle einer etwaigen indirekten Verkehrsführung (beispielsweise aufgrund technischer Störung oder Überlaufs) über ein Transitnetz hat ein allfälliges Transitentgelt ausschließlich der Quellnetzbetreiber an den Betreiber des Transitnetzes zu leisten.

2 SMS-C Adressliste

Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die zum Zeitpunkt der Zustellung der gegenständlichen Anordnung in Verwendung stehenden SMS-Cn der Parteien:

| atms | T-Mobile |
|-------------------|--|
| +43 653 65 10 000 | [ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden] |
| +43 653 65 20 000 | |

Plant eine Partei die Inbetriebnahme eines weiteren SMS-C, so wird diese die jeweils andere Partei mittels Einrichtungsauftrag darüber in Kenntnis setzen. Diese wird die einzurichtenden SMS-C(n) innerhalb von 30 Tagen in ihrem Netz freischalten. Die Einrichtung hat kostenfrei zu erfolgen.

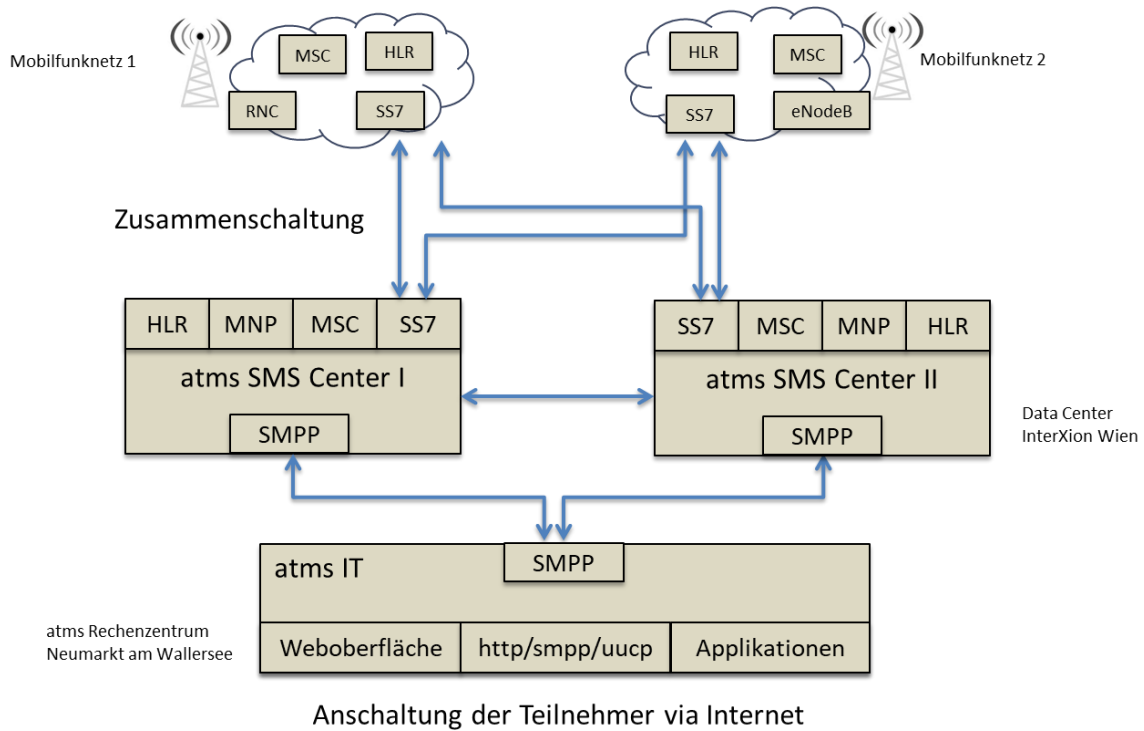
3 Routing Informationen

3.1 Direkte Zusammenschaltung

atms fragt eine direkte Zusammenschaltung entsprechend der aktuellen technischen Möglichkeiten nach.

atms geht davon aus, dass als Protokoll SIGTRAN eingesetzt wird und die Zusammenschaltung über SCCP/TCAP und MAP erfolgt, steht aber auch anderen Implementierungsvarianten (zB Verbinden der SMS-Cn mittels SMPP) offen gegenüber.

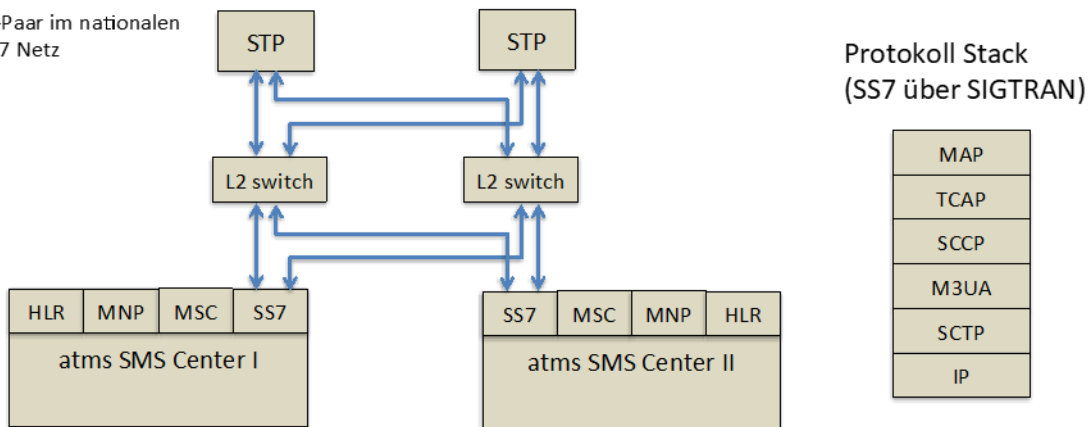
Das nachstehende Schaubild stellt die seitens atms vorgesehene Realisierung der direkten Zusammenschaltung graphisch dar:



Zusätzlich ist als Überlauf eine Anbindung an das SS7 Übergangsnetz der A1TA geplant:

A1 Telekom Austria

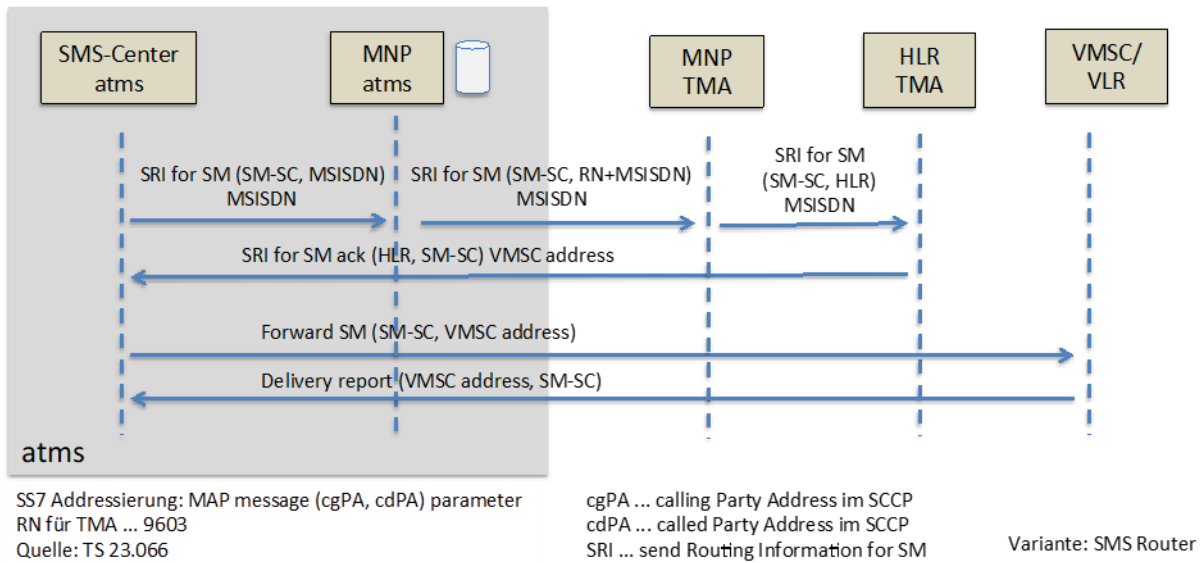
STP-Paar im nationalen ZGV7 Netz



atms NSPC Range 8528 - 8535

3.2 SM terminierend im Netz des Zusammenschaltungspartners T-Mobile

Die folgende Abbildung zeigt die Verkehrsführung für die Terminierung einer SM im Netz der T-Mobile:



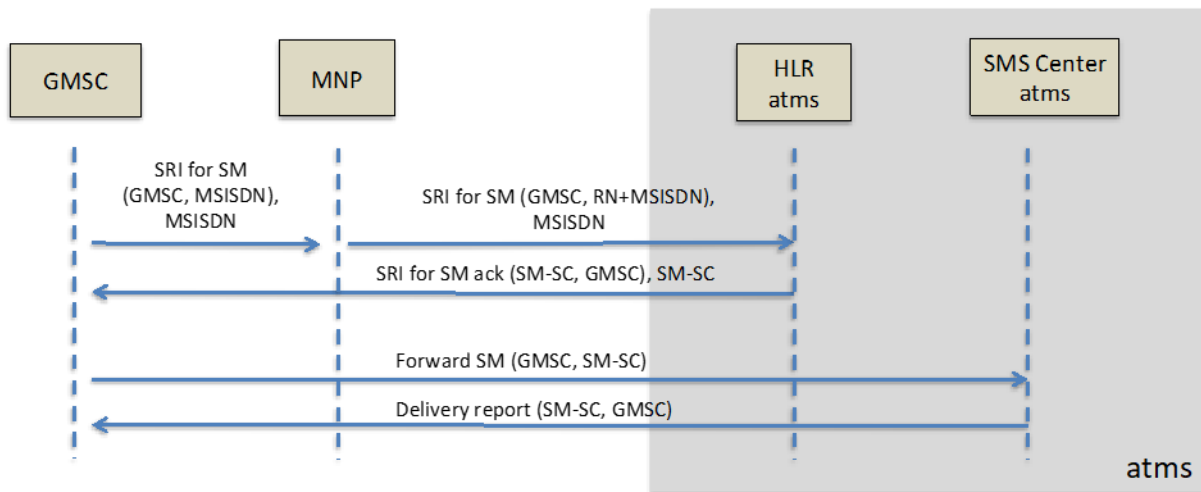
Die obige Abbildung zeigt die SCCP Adressierung zwischen den Netzen und die entsprechenden MAP Nachrichten. Die MNP Funktionen in den Netzen sind getrennt dargestellt, obwohl diese physikalisch in anderen Netzelemente integriert sein können.

Mit der MAP Nachricht „Send Routing Info for SM“ wird Routinginformation vom Zielnetz abgefragt. Für die SCCP Adressierung dieser Nachricht wird als Absenderkennung das SMS-C von atms angegeben. Als Zieladresse werden bei direktem Routing die Landeskenzahl 43, danach 96ZZ und im Anschluss die mobile Rufnummer übertragen. Es wird "Type_of_Number = International" verwendet.

Als Antwort (MAP Nachricht SRI for SM ack) wird die Zieladresse zurückgegeben, an welche die SM geschickt werden soll. Diese wird als SCCP Zieladresse in der MAP Nachricht „Send Routing Info for SM“ verwendet. Je nach Vereinbarung zwischen den Parteien kann die VMSC Adresse oder die Adresse eines SMS-Router verwendet werden. Nach Zustellung der SM wird ein Delivery Report zurückgeschickt.

3.3 SM terminierend im Netz der atms

Die folgende Abbildung zeigt die Verkehrsführung für die Terminierung einer SM im Netz der atms:



SS7 Addressierung: MAP message (cgPA, cdPA), parameter
RN für atms ... 9643
Quelle: TS 23.066

cgPA ... calling Party Address im SCCP
cdPA ... called Party Address im SCCP
SRI ... send Routing Information for SM

Die Übertragung der Nachrichten erfolgt analog wie im vorherigen Fall.

3.4 Weitere Parameter für die Verkehrszustellung

Subscriber Number Range:

+43 653 24 00 000 bis +43 653 24 99 999

+43 653 38 00 000 bis +43 653 38 99 999

+43 653 86 00 000 bis +43 653 86 99 999

Network Nodes Global Title Number Range:

+43 653 65 00 000 bis +43 653 65 99 999

Nationaler SCCP Carrier

A1 Telekom Austria AG

Pointcodes im Übergangnetz:

A1 Telekom Austria AG: 4095 und 4111

atms: 8532

Zusammenschaltungspartner: [ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]



3.5 Verkehrszustellung von SM mit alphanumerischer Absenderkennung

[Falls erforderlich erfolgt die Festlegung gemeinsam mit T-Mobile]



Anhang 4

Verkehrsführung bei MNP

Die Verkehrsführung zwischen den Parteien erfolgt mittels direktem Routing.

Hierfür sind Routingnummern gemäß § 92 KEM-V zu verwenden.

Für den für die Zustellung von SM erforderlichen Signalisierungsverkehr (non-call related traffic) wird im ZGV 7 (im Signaling Connection Control Part, SCCP) der Type_of_Number = International verwendet. Es werden die Landeskenzahl 43, danach 96ZZ und im Anschluss die mobile Rufnummer übertragen.

Hierbei kennzeichnet die Bereichskennzahlen 96 Verkehr des absteigenden Astes (look-up ist erfolgt) und die Betreiberkennzahl ZZ das adressierte Netz.

Die Parteien sind berechtigt, sämtlichen Verkehr, der mit einer anderen als der ihr zugeordneten Kennzahl 96ZZ übergeben wird, auszulösen.

Übernimmt eine Partei SM von ausländischen Partnern, so agiert sie für diese Rufe wie ein Quellnetzbetreiber. Dies bedeutet, dass er diesen Verkehr im nationalen Netz genauso routet und abrechnet wie seinen eigenen originierenden Verkehr.



Anhang 5

Koordinatoren/Ansprechpartner/Ansprechstellen

1. atms:

1.1. Koordinator:

Markus Scherer

Tel: +43 1 2145130-530

Mail: markus.scherer@atms.at

1.2. Ansprechpartner für Diensterufnummern (Einrichtung; Sonstiges):

atms Service Team

Tel: +43 1 2145130

Fax: +43 1 2145130-199

Mail: service@atms.at

1.3. Störungsmeldestelle:

atms Service Team

Tel: +43 1 2145130

Fax: +43 1 2145130-199

Mail: service@atms.at

1.4. Ansprechpartner für Verrechnungsfragen:

Sandra Weese

Tel: +43 1 2145130-142

Mail: finance@atms.at

1.5. Rechnungsadresse:

atms Telefon- und Marketing Services GmbH

z.H. Buchhaltung

Saturn Tower, Leonard-Bernstein-Straße 10

1220 Wien

FN: 205963 m

UID: ATU51308400

1.6. Ansprechpartner für SMS-C Einrichtungen und technische Fragen:

Martin Mrvka

Tel: +43 676 3588076

Mail: martin.mrvka@atms.at

2. T-Mobile:

2.1. Koordinator:

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Mail:

2.2. Ansprechpartner für Diensterufnummern (Einrichtung; Sonstiges):

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Fax:

Mail:

2.3. Störungsmeldestelle:

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Fax:

Mail:

2.4. Ansprechpartner für Verrechnungsfragen:

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Mail:

2.5. Rechnungsadresse:

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

2.6. Ansprechpartner für SMS-C Einrichtungen und technische Fragen:

[ist von T-Mobile unverzüglich, längstens binnen 14 Tagen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Mail: “

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit E-Mail vom 21.12.2017 übermittelte atms Telefon- und Marketing Services GmbH (atms) einen „Antrag gem § 50 TKG“ gegenüber T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) (ON 1). Als Anlage A wurden die beantragten Bedingungen für eine Teilzusammenschaltungsanordnung für das „Interworking von Short Message Services“ (SMS) vorgelegt.

Im vorgelagerten Schlichtungsverfahren vor der RTR-GmbH, RVST 16/17 (§ 121 Abs 2 und 3 TKG 2003), wurde keine Einigung erzielt (ON 3).

Am 15.2.2018 langte ein Schriftsatz der atms ein („Anregung zum Gutachtensauftrag“, ON 4).

In ihrer Sitzung am 19.2.2018 hat die Telekom-Control-Kommission einen Gutachtensauftrag zu den Kosten der Verfahrensparteien für die antragsgegenständliche Leistung der wechselseitigen Zustellung von Textnachrichten (SMS) erteilt (ON 5 – 7).

Am 3.5.2018 übermittelte T-Mobile eine ergänzende Stellungnahme (ON 9). Eine Replik der atms dazu langte am 4.6.2018 ein („Stellungnahme zum Schreiben der Antragsgegnerin“, ON 12).

Im Juni 2018 legten die Amtssachverständigen ihr „Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 1/17 – SMS Terminierung“ vor (ON 15).

Stellungnahmen zum Gutachten langten am 10.7.2018 (T-Mobile, ON 18), 23.7.2018 (atms, ON 25) und 27.8.2018 (atms, ON 32) ein.

Am 3.9.2018 wurde eine von atms beantragte mündliche Verhandlung im Beisein der Amtssachverständigen durchgeführt (ON 35).

Am 11.9.2018 übermittelte atms „Ergänzende Anträge zur mündlichen Verhandlung in Z 1/17“ (ON 37).

atms übermittelte am 30.9.2018 „Anträge auf Ergänzungen und Richtigstellung des Protokolls“ (ON 41).

Eine am 17.9.2018 beauftragte gutachterliche Stellungnahme zum Vorbringen der atms wurde der Telekom-Control-Kommission für ihre Sitzung am 1.10.2018 vorgelegt (ON 44).

Eine „Fragenbeantwortung der Amtssachverständigen“ wurde den Verfahrensparteien am 16.10.2018 übermittelt (ON 55).

Am 22.10.2018 langte eine ergänzende Stellungnahme der atms zur Replik der Amtssachverständigen ein (ON 59).

T-Mobile übermittelte am 9.11.2018 ein Schreiben (ON 62).

2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Status der Verfahrensparteien

atms ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003. Sie erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

Ebenso verfügt T-Mobile über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels eines selbst betriebenen Telekommunikationsnetzes (amtsbekannt).

2.2 Terminierung von Short Messaging Services

Der von atms gestellte Antrag bezieht sich auf die Festlegung von Bedingungen für die wechselseitige Übermittlung (mittels ZGV7-Netz; „*Zentrales Zeichengabeverfahren Nr 7*“) und Zustellung von Short Messaging Services (SMS, Textnachrichten) in den öffentlichen Kommunikationsnetzen der atms und T-Mobile.

Diese Textnachrichten originieren von einem kompatiblen Kommunikationsendgerät oder einer entsprechenden Applikation, werden über die jeweiligen SMS-C („*Short Message Service Center*“) der Verfahrensparteien (Quellnetz) geführt und im Netz der jeweils anderen Partei zugestellt (Zielnetz). Für die Leistung der Zustellung einer Short Message (SM) erhält der Zielnetz-Betreiber (vom Quellnetz-Betreiber) ein Entgelt (SMS-Interworking- oder -Terminierungs-Entgelt) (amtsbekannt, ON 1, Anlage A).

Die Leistung der SMS Terminierung dient der Kommunikation zwischen Nutzern verschiedener Kommunikationsnetzen.

2.3 Nachfrage, Verhandlungen, Vereinbarung

Zwischen den Verfahrensparteien besteht ein Vertrag über die indirekte Zusammenschaltung vom 4.8.2003 mit diversen Zusatzvereinbarungen.

Ein Zusammenschaltungsvertrag betreffend die wechselseitige Zustellung von SMS mittels ZGV7-Netz besteht zwischen den Verfahrensparteien nicht. Für die Übermittlung von SMS der atms an T-Mobile existiert ein Geschäftskunden-Vertrag über die „*Anbindung an das SMSC von T-Mobile*“ („*SMS Direct Wholesale*“); für die Zustellung einer SMS bezahlt atms Cent 3.

Mit Schreiben vom 25.10.2017 fragte atms die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der atms und der T-Mobile für die Abwicklung netzübergreifender SMS mittels ZGV7-Netz nach und übermittelte hierzu einen konkreten Entwurf eines SMS-Zusammenschaltungsvertrages (Entwurf „*Vertrag betreffend Interworking von Short Message Services*“, ON 1, Beilage A).

Verhandlungen über die nachgefragten Bedingungen fanden am 9.11.2017 und 29.11.2017 statt. Eine Einigung über die nunmehr verfahrensgegenständlichen Bedingungen konnte nicht erzielt werden (ON 1, Beilage B).

2.4 Keine sektorspezifische Regulierung der Terminierung von SMS

Die Leistung der Terminierung von SMS unterliegt keiner sektorspezifischen Regulierung iSd §§ 36ff TKG 2003.

Die Leistung der SMS-Terminierung ist nicht Bestandteil der Märkte für Terminierung in mobilen oder festen Kommunikationsnetzen (vgl insb die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu M 1.8/12 und M 1.10/12, jeweils vom 30.9.2013; auf Seite 44 des Bescheides M 1.10/12-99 wird wie folgt festgehalten: „Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS“).

Ein Markt für SMS-Terminierung war auch weder von der Europäischen Kommission in ihren Empfehlungen über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (aktuell „*Märkteempfehlung 2014*“, 2014/710/EU) noch auf nationaler Ebene für eine ex ante Regulierung vorgesehen (vgl etwa die [nicht mehr geltenden] Telekommunikationsmärkteverordnungen der RTR-GmbH, <https://www.rtr.at/de/tk/Maerkteverordnungen>).

Das zu M 1/15 eingeleitete Verfahren gemäß § 36 TKG 2003 („*Marktanalyse 2015*“), das im Juli 2018 weitgehend abgeschlossen wurde, hat ebenfalls nicht hervorgebracht, dass die Leistung der SMS-Zustellung einer sektorspezifischen Regulierung iSd §§ 36ff TKG 2003 zu unterwerfen wäre (vgl die unter <https://www.rtr.at/de/tk/EntscheidungenGesamt> veröffentlichten Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu Marktanalyseverfahren).

2.5 Kosten der Terminierung von Short Messaging Services

2.5.1 Kosten der atms

Die Kosten der Zustellung einer SMS in das Netz der atms belaufen sich auf Cent 0,082.

Mangels indirekter Kosten der atms (ua deswegen, weil atms selbst kein Mobilfunknetz betreibt) finden nur direkte Kosten Berücksichtigung. Diese ergeben sich aus den Gesamtkosten der atms für die Terminierung von SMS-Diensten (Technische Netzkosten SMS-Center und IC-Billing) dividiert durch die Anzahl der (ein- und ausgehenden) transportierten SMS.

2.5.2 Kosten der T-Mobile

2.5.2.1 Kostenblöcke

Hinsichtlich der Ermittlung der Kosten der Zustellung einer SMS in das Netz der T-Mobile ist zwischen den Kostenblöcken „*direkte Kosten*“, „*indirekte Kosten*“ und „*Kapazitätskosten*“ zu unterscheiden:

Die direkten Kosten der Zustellung einer SMS in das Netz der T-Mobile belaufen sich auf Cent XXXXX. Dabei handelt es sich um SMS-spezifische Produktkosten aus den Bereichen „*Finance*“, „*Operation*“ und „*Network*“ sowie Kosten für Abschreibungen und Wartung für Netzelemente wie SMS-C, die ausschließlich im Zusammenhang mit SMS-Diensten stehen.

T-Mobile als Mehrproduktunternehmen produziert eine Vielzahl an Leistungen im Verbund und vertreibt diese auf verschiedenen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen. Das Netzwerk weist dabei einen hohen Anteil an Fixkosten auf (Gemeinsame und Gemeinkosten); diese (indirekten Kosten) können nicht eindeutig nur einem Dienst zugerechnet werden, müssen jedoch auf die einzelnen Produkte – zusätzlich zu den direkten Kosten einer bestimmten Leistung – umgelegt werden. Es bedarf daher eines Allokationsmechanismus zur Verteilung dieser Kosten auf unterschiedliche Leistungen bzw Dienste (Verteilschlüssel).

Ein gewinnmaximierender Betreiber wird Fixkosten nach dem sog „*Ramsey-Prinzip*“ auf die einzelnen Produkte bzw Märkte aufteilen: Leistungen, die auf einem Markt verkauft werden, dessen Nachfrage sehr elastisch ist, tragen einen geringeren Teil der Fixkosten, während Leistungen auf Märkten mit unelastischer Nachfrage einen höheren Teil der Fixkosten tragen.

Die indirekten Kosten umfassen folgende Kostenblöcke: Personalkosten, Consulting-Leistungen, Leih- und Zeitarbeit und Outsourcing, Ausgaben für Werbung, andere Beratungsleistungen (Legal, Wirtschaftsprüfung), Mietkosten inkl. Technikstandorte, Shops, Headquarter und weitere KFZ-Leasing Kosten, Logistik-Kosten, Wartungsverträge und Instandhaltungen Technik, Security und laufender Betrieb, Funkfrequenzgebühren, Leistungen der T-System Austria für T-Mobile, Lizenzen, Gebühren und Mitgliedsbeiträge, Weiterbildung, Rechnungsdruck und Versand, IT-Wartungsverträge, Sponsoring der T-Mobile, Transmissions-Kosten inkl Dark Fiber und Richtfunkfrequenzgebühren, Reisekosten, Reparaturprozesse, Energiekosten, Leistungen der Deutschen Telekom, Inkassogebühren und weitere Kosten Technik. Endgerätestützungen sind nicht umfasst.

Die Zurechnung der indirekten Kosten erfolgt auf Basis von Erlösrelationen (Preisrelationen), da mit den Erlösen nicht nur die verkauften Mengen, sondern auch die Marktpreisrelationen der unterschiedlichen Leistungen in die Kostenaufteilung eingehen. Dieses als Tragfähigkeitsprinzip bezeichnete Modell kommt dem „*Ramsey-Pricing*“ näher als andere Allokationsformen, die nur auf eine rein technische Verteilung abstellen, weil Preise und Mengen mitberücksichtigt werden. Somit ist ein auf eine rein technische Verteilung abstellender Schlüssel für die Umlegung indirekter Kosten ungeeignet.

Für die Erlösrelationen werden ausschließlich Erlöse auf Endkundenebene – mit den drei Kategorien „*Bündelprodukte*“, „*SMS-Zusatzpakete*“ (SMS-MRC, „*monthly recurring charge*“) und „*SMS-Mehrverbräuche*“ (SMS-MOC, „*mobile operating charge*“) – berücksichtigt.

Die Kategorie „*monthly recurring charge*“ (MRC) bezeichnet alle regelmäßig wiederkehrenden Entgelte auf Endkundenebene; im gegebenen Zusammenhang ist damit der Paketpreis für eine bestimmte Anzahl von SMS pro Monat gemeint.

Die Kategorie „*mobile operating charge*“ (MOC) umfasst alle in der Kategorie MRC nicht erfassten zusätzlichen SMS-Umsätze auf Endkundenebene, dh Umsätze aus der Verrechnung zusätzlicher SMS, die über das im jeweiligen Tarif inkludierte Kontingent hinausgehen.

Die SMS-bezogenen Umsätze aus Bündelprodukten werden über einen SMS-Aufteilungsschlüssel hergeleitet. Bei der Anteilsberechnung für SMS wird die Beziehung $1 \text{ MB} \triangleq 1 \text{ SMS} \triangleq 1 \text{ Sprachminute}$ im Bündel zugrunde gelegt, da diese Gleichsetzung, insbesondere bei Minuten und SMS, bei

Endkundenprodukten weit verbreitet ist (vgl zB die Endkunden-Angebote von HoT Telekom oder T-Mobile).

Setzt man die Summe aus MOC, MRC und Bündelprodukten in Relation zum Gesamtumsatz der T-Mobile (in der Höhe von ca XXXXX Euro), ergibt sich ein Umsatzanteil in der Höhe von XXXXX%.

Die ebenfalls zu berücksichtigenden Kapazitätskosten entsprechen den LTE-Netz-Kosten der T-Mobile, die im Zuge von Kapazitätserweiterungen anfallen.

Die Kapazitätskosten können über einen Kapazitätsschlüssel auf den SMS-Dienst zugerechnet werden. Dabei werden die Relationen von Datenmengen zueinander berücksichtigt, dh die Datenmenge SMS im Vergleich zur gesamten Datenmenge, wobei 1 SMS einer Datenmenge von 200 Byte entspricht. Der Anteil der SMS am gesamten Datenvolumen im Netz der T-Mobile („Total GB im TMA-Netz“) macht lediglich XXXXX% aus („Durchschnittsprinzip“). Kapazitätskosten können auch über den og Umsatzanteil (SMS-Umsätze in Relation zum Gesamtumsatz) umgelegt werden.

2.5.2.2 Verkehrsmengen

Die Gesamtzahl der im Netz der T-Mobile geführten SMS im Jahr 2017 beläuft sich auf XXXXX; diese Zahl ergibt sich wie folgt:

| SMS | Menge |
|------------------------|-------|
| Eingehende SMS („IN“) | XXXXX |
| Ausgehende SMS („OUT“) | XXXXX |
| „ON-NET“ - SMS | XXXXX |
| Gesamt | XXXXX |

2.5.2.3 Kostenkalkulationen

a. Die SMS-Kosten der T-Mobile (in Euro), basierend auf Werten des Jahres 2017, zeigen sich wie folgt:

| Kostenblock | Basis | Verteilschlüssel | Anteil SMS | SMS | pro SMS |
|------------------|-------|------------------|------------|-------|---------|
| Direkte Kosten | XXXXX | 100% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Kapazitätskosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Indirekte Kosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Gesamt | | | XXXXX | | XXXXX |

Umgelegt auf die og Gesamtzahl der im Netz der T-Mobile geführten SMS im Jahr 2017 können Kosten pro SMS in der Höhe von **Cent 0,83** festgestellt werden.

b. Werden alle nicht direkten Kosten (dh indirekte Kosten und Kapazitätskosten) – und nicht bloß die Kategorie der indirekten Kosten – mit demselben Verteilschlüssel von XXXXX% (anstelle des Kapazitätsschlüssels) umgelegt, zeigen sich die Kosten (in Euro) der T-Mobile wie folgt:

| Kostenblock | Basis | Verteilschlüssel | Anteil SMS | SMS | pro SMS |
|------------------|-------|------------------|------------|-------|-----------|
| Direkte Kosten | XXXXX | 100% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Kapazitätskosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Indirekte Kosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Gesamt | | | XXXXX | | Cent 0,95 |

Unter Zugrundelegung der og Gesamtzahl der im Netz der T-Mobile geführten SMS im Jahr 2017 (XXXXX) können Kosten pro SMS in der Höhe von **Cent 0,95** festgestellt werden.

c. Zur Berechnung der für SMS relevanten indirekten Kosten wurden nur Endkundenumsätze herangezogen; eingehende SMS („in“) haben keine Endkundenumsätze zur Folge. Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend für die Umlegung der Kapazitätskosten und der indirekten Kosten nur die Zahl der ausgehenden SMS („out“) und zwei Mal die „on-net“-SMS herangezogen. Die Verdoppelung dieser SMS ist darauf zurückzuführen, dass – technisch gesehen – eine on-net-SMS aus zwei SMS-Verkehrswegen besteht: Aus dem originierenden SMS vom absendenden Teilnehmer zum SMS-C und dem terminierenden SMS vom SMS-C zum empfangenden Teilnehmer („auf- und absteigender“ bzw „originierender und terminierender Ast“).

Unter Beibehaltung des einheitlichen Verteilschlüssels von XXXXX% für die Umlegung der Kapazitätskosten und der indirekten Kosten können folgende Kosten der T-Mobile für die Zustellung einer SMS im Netz der T-Mobile festgestellt werden:

| Kostenblock | Basis | Verteilschlüssel | Anteil SMS | SMS | pro SMS |
|------------------|-------|------------------|------------|-------|------------------|
| Direkte Kosten | XXXXX | 100% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Kapazitätskosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Indirekte Kosten | XXXXX | XXXXX% | XXXXX | XXXXX | XXXXX |
| Gesamt | | | XXXXX | | Cent 1,08 |

2.5.2.4 Zusammenfassung

Je nach konkreter Art der Umlegung von indirekten Kosten und Kapazitätskosten (Durchschnitts- und Tragfähigkeitsprinzip oder nur Tragfähigkeitsprinzip) sowie der Heranziehung unterschiedlicher Gruppen an SMS („in“/„out“/„on-net“ bzw doppelte „on-net“-SMS) können Vollkosten der T-Mobile – basierend auf Werten des Jahres 2017 – für die Zustellung einer SMS in ihrem Netz zwischen Cent 0,83 und Cent 1,08 festgestellt werden.

2.6 Alternative Preismaßstäbe

2.6.1 Preisvergleich mit internationalen SMS-Terminierungsentgelten

Die Preise für SMS-Terminierung in Europa (und weiteren angrenzenden Ländern) streuen zwischen Cent 0 (in Slowenien) und Cent 4,96 (in Belgien). Der Durchschnitt liegt bei etwa Cent 2,17.

In der Türkei, Mazedonien und Polen wurden die SMS-Terminierungsentgelte regulatorisch auf Grund einer Stellung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht festgesetzt. Der Mittelwert dieser Zustellungsentgelte liegt bei Cent 0,7.

In Frankreich wurden die SMS-Terminierungsentgelte zwischen 2012 und 2015 auf Basis einer SMP-Regulierung festgesetzt. Das Entgelt für die Zustellung von SMS von Cent 1 ist Ausfluss dieser Regulierung.

2.6.2 Preise anderer Vorleistungen

2.6.2.1 MVNO-Zugang

Das Vorleistungsprodukt der Zustellung von SMS an die Teilnehmer eines MVNOs ist aus rein technischen Gesichtspunkten vergleichbar mit der Zustellung von SMS (an eigene Teilnehmer).

Im Zuge des Zusammenschlussverfahrens von Hutchison 3G Austria und Orange Austria war von Hutchison 3G Austria ein Referenzangebot für MVNOs (Mobile Virtual Network Operator) zu erstellen (vgl. Comp/M.6497 Hutchison 3G Austria/Orange Austria, 2.12.2012). Das Referenzangebot sieht vor, dass ein allfälliges Setup-Entgelt von bis zu Euro 200.000 vereinbart werden kann. Darüber hinaus erfolgt die Abrechnung auf Basis eines leistungsabhängigen Tarifs für unterschiedliche Leistungen (Sprache, SMS, Daten). Die Basisrate für das mengenabhängige Entgelt für die Zustellung von SMS an Teilnehmer des MVNO liegt bei Cent 0,4. Abhängig von der nachgefragten Menge im Zeitablauf kann auch ein Mengen-Discount berücksichtigt werden. Daraus resultiert ein mögliches Preisband von Cent 0,34 bis Cent 0,4 pro SMS (vgl. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6497 sowie <https://www.drei.at/de/business/wholesale/reference-offer/>).

Konkrete Angebote anderer MVNO-Vorleistungsverträge sind nicht öffentlich zugänglich.

2.6.2.2 Terminierung von Sprache

Das von der Telekom-Control-Kommission auf Basis des Kostenrechnungsstandards Pure LRIC (entsprechend der Terminierungsempfehlung) festgesetzte Entgelt für die Zustellung von Sprachanrufen in ein mobiles Netz liegt bei Cent 0,8049 je Minute (vgl. https://www.rtr.at/de/tk/M_1_10_12).

Um diesen Vergleichswert anzuwenden, ist eine Umrechnung von Minuten in SMS erforderlich. Je nach Umrechnung (zB 160 Byte je SMS vs 12,6 kBit/s für Sprache) käme der Vergleichswert nicht über den Terminierungskosten für Sprache zu liegen.

2.6.2.3 Roaming

Die Verordnung (EU) 2017/920 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Großkunden-Roamingmärkte (Roamingverordnung) legt das durchschnittliche Großkundenentgelt, das der Betreiber eines besuchten Netzes dem Roaminganbieter für die Abwicklung einer aus dem jeweiligen besuchten Netz abgehenden regulierten SMS-Roamingnachricht berechnet, in der maximalen Höhe von Cent 1 pro SMS fest.

2.7 Sonstiges

atms wurden mobile Rufnummern im Bereich (0)653 von der RTR-GmbH zugewiesen (<https://www.rtr.at/de/tk/Rufnummernsuche?type=0&S=06&art=m>).

3 Beweiswürdigung

3.1 Allgemeines

a. Die Feststellungen zum Status der Verfahrensparteien sind amtsbekannt und ergeben sich aus der öffentlich verfügbaren „Liste der gemäß § 15 TKG 2003 angezeigten Dienste (Allgemeingenehmigungen)“ der RTR-GmbH (vgl <https://www.rtr.at/de/tk/ListeAGGTK>).

b. Die Feststellungen zur Leistung der SMS-Terminierung sind ebenfalls amtsbekannt und ergeben sich auch aus dem von atms beantragten Zusammenschaltungsbedingungen (ON 1, Anlage A). Dass die Leistung der Terminierung von SMS keiner sektorspezifischen Regulierung iSd §§ 36ff TKG 2003 unterliegt, ist ebenso amtsbekannt und wird von den Verfahrensparteien bestätigt (ON 1, 9). Darüber hinaus zeigt auch ein Ländervergleich, dass die Leistung der SMS-Terminierung in anderen Ländern – mit wenigen Ausnahmen – keiner sektorspezifischen Regulierung unterliegt.

c. Die Feststellungen zur Nachfrage, den Verhandlungen sowie dem Status der Zusammenschaltungsbeziehung zwischen den Verfahrensparteien ergeben sich aus dem verfahrenseinleitenden Antrag der atms (ON 1) und wurden von der Antragsgegnerin entweder bestätigt (hinsichtlich des Vertragsverhältnisses, ON 3) oder ihnen nicht widersprochen.

d. Die Feststellungen zu den Kosten der SMS-Terminierungsleistung der Verfahrensparteien (samt den zu Grunde liegenden Parametern) und der alternativen Preismaßstäbe gründen auf einem Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Felder, Dr. Lukanowicz und Mag. Neubauer vom Juni 2018 (ON 15, „Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 1/17 – SMS Terminierung“), auf einer – ebenso schlüssigen und nachvollziehbaren – gutachterlichen Stellungnahme derselben Amtssachverständigen vom September 2018 (ON 44, „Replik zu den Stellungnahmen der atms im Verfahren Z 1/17 – SMS Terminierung“) sowie auf einer Fragenbeantwortung der Amtssachverständigen (ON 55).

Vor dem Hintergrund verschiedener Kostenkalkulationen, die jeweils zu nachvollziehbaren Ergebnissen führen, wurde eine Bandbreite möglicher Werte (Kosten der T-Mobile für die Zustellung einer SMS) festgestellt. Für eine sachgerechte Ermittlung der Kosten der Zustellung einer SMS (im Netz der T-Mobile) – die Kosten stellen ein wesentliches Element für die Festlegung angemessener Preise dar – sind auch jene Kosten zu berücksichtigen, die zwar nicht direkt im Zusammenhang mit der Zustellung einer SMS stehen (wie etwa Kosten des SMS-Centers), aber bei einem Mehrproduktunternehmen Gemeinkosten und gemeinsame Kosten (mit einem hohen Anteil an Fixkosten) jedenfalls vorhanden sind. Dass diese indirekten Kosten im Wege des Tragfähigkeitsprinzipes über Endkundenumsätze umgelegt werden, ist – als anerkanntes Verrechnungsprinzip (vgl <https://welt-der-bwl.de/Prinzipien-der-Kostenverrechnung> oder <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/tragfaehigkeitsprinzip-51193>) – eine sachgerechte Lösung. Die Amtssachverständigen begründen diese Wahl schlüssig und heben insbesondere hervor, dass mit den Erlösen nicht nur die verkauften Mengen, sondern auch die Marktpreisrelationen der unterschiedlichen Leistungen berücksichtigt werden und damit eine Annäherung an das „Ramsey“-Prinzip erfolgt (vgl insb ON 44, Seiten 8f und 27f). Mit dieser Begründung (Annäherung „Ramsey“-Pricing) ist auch grundsätzlich dem Tragfähigkeitsprinzip bei der Umlegung der Kapazitätskosten der Vorzug gegenüber einer Durchschnittsbetrachtung (wie im Erstgutachten, ON 15, angesetzt) zu geben.

Eine rein technische Betrachtung (Kapazitätskosten und indirekte Kosten werden über die Datenmenge der SMS verteilt; „Durchschnittsprinzip“) kommt zum Ergebnis, dass mit Netzkosten in der Höhe von lediglich Euro XXXXX knapp XXXXX SMS transportiert werden können (ON 44, Seiten 10f, Tabelle 5). Dieses Ergebnis ist (auch) für die Telekom-Control-Kommission unplausibel (vgl auch atms in ON 59, Seite 16) und wird verworfen (ON 44, Seiten 10f).

Die von atms dazu (in ON 59, Punkt 9.7) dargelegten Berechnungen überzeugen nicht: atms zieht die direkten Kosten pro SMS (in der Höhe von Cent XXXXX) heran und multipliziert diese mit der Anzahl der eingehenden SMS. Damit bleibt unklar, was ausgesagt werden soll. Die obige Darstellung wird damit jedenfalls nicht erschüttert.

e. Die Feststellungen zu den alternativen Preismaßstäben gründen darüber hinaus auf öffentlich verfügbaren Quellen, wie der Roaming-Verordnung (Roaming-Vorleistung), den Veröffentlichungen der Europäischen Kommission bzw von Hutchison (MVNO-Zugang auf Grund des Zusammenschlusses Hutchison/Orange), Cullen International (Internationale SMS-Terminierungsentgelte) sowie der Webseite der RTR-GmbH als Geschäftsstelle der Telekom-Control-Kommission (Entgelt für Sprach-Terminierung).

f. Dass atms über mobile Rufnummern im Bereich (0)653 verfügt, ist amtsbekannt, ergibt sich aus der öffentlich zugänglichen Abfragemöglichkeit „Rufnummernsuche“ auf der Webseite der RTR-GmbH (<https://www.rtr.at/de/tk/Rufnummernsuche?type=0&S=06&art=m>) und aus den von atms beantragten Vertragsbedingungen (ON 1, Anhang 3)

3.2 Zum Parteienvorbringen

In weiterer Folge wird auf Vorbringen der Verfahrensparteien eingegangen, soweit dies nicht in der rechtlichen Beurteilung stattfindet.

Einleitend ist darauf zu verweisen, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl etwa Erkenntnisse vom 31.1.1995, ZI 92/07/0188, und vom 25.4.1991, ZI 91/09/0019), einem schlüssigen Sachverständigengutachten mit bloßen Behauptungen, ohne Argumentation auf gleicher Ebene, in tauglicher Art und Weise nicht entgegengetreten werden kann. Vorbringen gegen ein Sachverständigengutachten, das sich darauf beruft, dass das Gutachten mit den Erfahrungen der in Betracht kommenden Wissenschaft in Widerspruch stehe, muss diese Behauptung aber – und zwar tunlichst unter präziser Darstellung der gegen das Gutachten gerichteten sachlichen Einwände – durch das Gutachten eines anderen Sachverständigen unter Beweis stellen. Eine bloß gegenteilige Behauptung genügt nicht.

atms geht in ihren Schriftsätzen sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung auf verschiedene Aspekte der wirtschaftlichen Gutachten ein, wobei sich das Vorbringen oftmals als bloße Behauptung erweist.

Die Ausführung der atms, dass die Amtssachverständigen ihren Auftrag nicht erfüllt hätten, sondern „Preis- bzw Regulierungspolitik“ betreiben würden (ON 25), kann – mit Blick auf die Ausführungen der Amtssachverständigen in ON 15, 44, 55 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung (ON 54) zu den beauftragten Themen (Kosten, Vergleichsmaßstäbe) – nicht nachvollzogen werden.

3.2.1 Zu den alternativen Vergleichsmaßstäben

a. Im Rahmen ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 27.8.2018 (ON 32) nimmt atms Bezug auf die von den Amtssachverständigen in ON 15 dargelegten internationalen Vergleichsmaßstäbe und hält diese für „*weder vollständig noch objektiv dargestellt*“.

Im Konkreten erachtet atms die Angaben zu den internationalen SMS-Terminierungspreisen für „*extrem spärlich*“. Kritisiert wird im Wesentlichen, dass der „*ebenfalls regulierte Preis in Dänemark*“ fehlen würde und es keine Ausführungen zur „*Qualität der Regulierung*“ gäbe.

Eine Übersicht von Cullen International (ON 47) zeigt, dass bereits seit 2016 in Dänemark keine (SMP-)Regulierung der SMS-Entgelte (mehr) stattfindet, das Vorbringen der atms ist damit verfehlt. Soweit atms in ihrer ergänzenden Stellungnahme zur Replik (ON 59) als Quelle für ihr Vorbringen den GEREK-Bericht BoR (16) 90 nennt, ist festzuhalten, dass dieser einen älteren Stand wiedergibt und damit überholt ist. Auch die von atms vorgelegte Beilage 1./ zu einer möglichen SMS-Regulierung in Dänemark („*Wholesale SMS termination on individual mobile networks – A market susceptible to ex ante regulation, Paper for the European Commission, April 2013*“) stammt aus dem April 2013 und beleuchtet (ua in Tabelle 2) SMS-Vergleichswerte von 2007 bis 2012. Auch dieses Dokument ist daher kein Beleg für die aktuelle Regulierungssituation in Dänemark.

Für einen bloßen Vergleich von internationalen Terminierungsentgelten ist die „*Qualität der Regulierung*“ von geringer Relevanz, da es für die gegenständliche Darstellung internationaler Vergleichswerte grundsätzlich unerheblich ist, ob die SMS-Entgelte auf der Grundlage einer „*wettbewerblichen Analyse*“ oder einer „*sonstigen Regulierungsmaßnahme*“ festgelegt wurden. Von Interesse ist in diesem Kontext die Höhe der Entgelte sowie der Umstand, ob die SMS-Terminierung als SMP-Leistung eingestuft wurde oder nicht – dies ist lediglich in drei (europäischen bzw angrenzenden) Ländern der Fall. Dies wird von atms nicht in Frage gestellt.

Aber auch das weitere Vorbringen der atms in diesem Zusammenhang vermag die Übersicht internationaler Terminierungsentgelte nicht zu erschüttern: Es bleibt unbegründet, warum Werte von „*nur*“ 22 Ländern nicht ausreichen und weshalb die aus Sicht der atms fehlenden Länder (Deutschland, Niederlande und Dänemark; auch T-Mobile hat das Fehlen eines Landes angemerkt) diesen Vergleich erschüttern würden. Für Dänemark führt atms selbst einen (aus ihrer Sicht wohl richtigen) Wert an (zuletzt ON 59).

Soweit atms in diesem Kontext allgemein kritisiert, dass die Vergleichswerte nicht geeignet sind, „*als Basis für ‚echte‘ Referenzwerte herangezogen zu werden*“ und die regulatorisch festgesetzten Entgelte stark differieren, ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen grundsätzlich nachvollziehbar erscheint. Die unterschiedlichen Entgelte in den einzelnen (weitgehend) europäischen Ländern spiegeln Unterschiede in den Volkswirtschaften, den konkreten Marktumständen und der Regulierungspraxis wider. Die festgestellten Vergleichswerte dienen der Telekom-Control-Kommission aber nicht als konkrete Referenz, an der die gegenständliche Entscheidung über angemessene SMS-Terminierungsentgelte ausgerichtet wird; vielmehr dient dieser internationale Vergleich – wie auch andere Vergleichswerte – der Validierung der eigenen Entscheidung. Eine Gewichtung der Vergleichswerte, wie von atms gewünscht, war daher mangels Notwendigkeit nicht vorzunehmen.

b. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen vom 27.8.2018 erachtet atms die Preise für die SMS-Terminierung im Rahmen der MVNO-Verträge für den „*geeignetsten Vergleichswert*“ und kritisiert,

dass die Amtssachverständigen keine über das Referenzangebot der Hutchison hinausgehenden Werte aus anderen MVNO-Angeboten (insbesondere von T-Mobile Austria GmbH) recherchiert hätten.

Die Amtssachverständigen haben auf öffentlich zugängliche Angebote zurückgegriffen; lediglich Hutchison hat ihr MVNO-Referenz-Angebot mit konkreten Preisen veröffentlicht. Darüber hinaus haben die Amtssachverständigen darauf verwiesen, dass andere MVNO-Angebote günstigere Entgelte enthalten könnten.

Da weitere MVNO-Angebote (von T-Mobile Austria GmbH oder A1 Telekom Austria AG) nicht öffentlich zugänglich sind und die konkreten Konditionen eine Frage individueller konkreter privatrechtlicher Vereinbarungen sind, sieht die Telekom-Control-Kommission keine Notwendigkeit, weitere Erhebungen zu anderen MVNO-Angeboten vorzunehmen.

Auch der Preis für die Zustellung einer SMS im Rahmen des MVNO-Referenz-Angebotes ist lediglich ein möglicher Vergleichswert, wobei die Leistung der SMS in einem MVNO-Vertrag nur einen kleinen Teil eines umfangreichen Produktbündels – Sprache, Daten, SMS und ggf weitere Dienstleistungen des Mobilfunkbetreibers an seinen MVNO – darstellt. Daraus folgt, dass ein singulärer Preis für eine einzelne Leistung (SMS-Zugang) nicht unmittelbar als Referenz für die verfahrensgegenständliche Leistung der SMS-Terminierung herangezogen werden kann. Zwischen den Verfahrensparteien besteht keine solch enge Verbindung, die mit jener zwischen einem Mobilfunkbetreiber und „seinem“ MVNO vergleichbar wäre.

3.2.2 Zur Kostenermittlung

Im Rahmen ihres Vorbringens geht atms umfänglich und repetitiv auf die Kostenermittlungen der Amtssachverständigen ein und kritisiert die Berechnungen (insbesondere ON 25, 59 sowie im Rahmen der mündlichen Verhandlung). Dabei nimmt atms auch auf frühere Kostenberechnungen von Amtssachverständigen Bezug (Verfahren Z 2/08 und Z 1/16).

Das Vorbringen der atms ist widersprüchlich und davon geprägt, zu einem möglichst geringen Wert für die (wechselseitige) SMS-Terminierung zu gelangen. Während atms (in ON 25) die von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten der T-Mobile in der Höhe von Cent 0,83 als „*absurd*“ und „*völlig unrealistisch*“ bezeichnet und meint, dass dieses Ergebnis „*keinerlei Plausibilisierung stand [hält]*“, führt atms in der mündlichen Verhandlung (Niederschrift ON 35 bzw ON 54 in der korrigierten Fassung) aus, dass „*die Höhe des Ergebnisses der Kostenrechnung insgesamt aber passt.*“

a. Mit einem Verweis auf eine Ermittlung der SMS-Kosten aus dem Jahr 2008 für „*mobikom*“ (nunmehr A1 Telekom Austria AG; Verfahren Z 2/08) will atms darlegen, dass die verfahrensgegenständlichen Berechnungen nicht richtig sein können, da die Kosten der SMS-Terminierung in Österreich im Jahr 2018 – „*bei deutlich gestiegenen Verkehrsmengen*“ – nicht höher sein können als im Jahr 2007 (ON 25, Seite 2).

Dieses Vorbringen vermag nicht zu überzeugen, da sich die Kostenberechnung im Verfahren Z 2/08 auf andere Betreiber und einen (gänzlich) anderen Zeitraum bezogen hat. Darüber hinaus wurden für die damaligen Streitparteien sehr unterschiedlich hohe Voll-Kosten (technische Netzkosten, Frequenzen, IT/IC-Billing, Overhead; plus Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik; plus Handsetsubventionen) ermittelt, und zwar Cent 2,98 bzw Cent 0,98. Ein seriöser Vergleich müsste

den deutlich höheren Wert (fast Cent 3) genauso berücksichtigen wie den Umstand, dass in die verfahrensgegenständlichen Kalkulationen der Amtssachverständigen keine Endgerätesubventionen Eingang gefunden haben.

Weiters ist das Vorbringen der atms verfehlt, da die SMS-Verkehrsmengen gerade nicht „*deutlich gestiegen*“ sind: Vielmehr ist die Anzahl gesunken (ON 15, Seite 11: „*Von 2013 auf 2017 ist ein Rückgang von mehr als 50% zu verzeichnen.*“), so beträgt die Anzahl der SMS von T-Mobile im Jahr 2017 nur mehr 38% der SMS der „*mobikom*“ im Jahr 2007 (ON 44, Seite 5).

b. atms erachtet die herangezogene Erlösrelation als „*betriebswirtschaftlich zweifelhafte Methode*“, über die „*ua die derzeit tlw auch am Endkundemarkt verrechneten, überhöhten und kartellisierten Monopolpreise Einzug in die Kostenermittlung*“ finden (ON 25, Seiten 3, 8f).

Der Vorwurf, dass die Heranziehung der Erlösrelation eine betriebswirtschaftlich zweifelhafte Methode („*unorthodoxe Kostenermittlungsmethode*“) sein soll, wird nicht näher begründet und erweist sich – mit Blick auf facheinschlägige Informationen (etwa <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/tragfaehigkeitsprinzip/tragfaehigkeitsprinzip.htm> oder <https://www.wiin-kostenmanagement.de/verrechnungsprinzip-der-kostenrechnung/>) – als falsch. Die Amtssachverständigen legen in ihrer Replik (ON 44) nachvollziehbar und schlüssig die in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung denkbaren Verrechnungsprinzipien dar und begründen die Wahl des Tragfähigkeitsprinzips (Erlösrelation) zur Zurechnung der indirekten Kosten auf die Leistung der SMS. Neben diesem Prinzip stehen noch das Verursachungsprinzip (das bei den direkten Kosten zur Anwendung gelangt) und das Durchschnittsprinzip, das die Amtssachverständigen in ON 15 zur Umlegung der Kapazitätserweiterungskosten herangezogen haben.

Da über die Erlösrelation alle SMS-Umsätze (auf Endkundenebene) Eingang in die Kalkulation finden, werden sowohl „teure“ als auch „günstige“ SMS berücksichtigt. Wenn die Ausführung der atms (ON 25, ON 59) so verstanden werden soll, dass (aus Sicht der atms) besonders teure Preise für SMS („*Monopolpreise*“) keine Berücksichtigung bei der Erlösrelation finden sollten, ist atms zu entgegen, dass auch besonders günstige SMS berücksichtigt werden. Ein selektives Herausrechnen einzelner Gruppen von SMS – im Sinne eines „Rosinenpickens“ – ist willkürlich, nicht sachgerecht und wird somit nicht weiter verfolgt.

Dass mit allen SMS-Erlösen „*kaum eine angemessene Kostenzurechnung ermöglicht wird*“, wie von atms in ON 59 behauptet, kann nicht nachvollzogen werden. Die detaillierte Argumentation der atms erweist sich vielmehr als Konstrukt, um gegen den herangezogenen Schlüssel für die Verteilung der indirekten Kosten aufzutreten.

Soweit die Methodik der Erlösrelation kritisiert und die zu Grunde liegenden Kostenblöcke als unklar bezeichnet werden, ist atms auf das wirtschaftliche Gutachten (ON 15, Seiten 8ff), die Replik (ON 44, Seiten 8ff) sowie auf die Fragenbeantwortung der Amtssachverständigen zu verweisen.

c. Im Zusammenhang mit den Erlösgruppen zitiert atms in ON 59 die Ausführungen der Amtssachverständigen (in der Fragenbeantwortung der Amtssachverständigen, ON 55) zu den Gruppen „MOC“ („*mobile operating charge*“) und „MRC“ („*monthly recurring charge*“). Dabei stellt atms die Ausführungen der Amtssachverständigen falsch dar: Laut ON 55, Seite 1, „*entfällt der größere Anteil (ca. 70%) erwartungsgemäß auf MRC*“ und nicht – wie von atms festgehalten – auf

die „*mobile operating charge*“. Allfällige Schlussfolgerungen der atms gründen damit auf einer falschen Basis.

d. Auch das weitere Vorbringen der atms in ihrer Stellungnahme vom 23.7.2018 (ON 25) zu einem (angeblich zu) hohen Anteil an indirekten Kosten ist in ein richtiges Licht zu rücken: T-Mobile ist ein Mobilfunkunternehmen mit einer Vielzahl an Produkten und einem österreichweiten Mobilfunknetz; der Mobilfunkbereich ist durch einen hohen Anteil an gemeinsamen Kosten (Mobilfunknetz, Frequenzen, Netzabdeckung, ...) gekennzeichnet, weswegen ein hoher Anteil an Fixkosten bzw indirekten Kosten (Gemeinsame Kosten und Gemeinkosten) nicht verwundert. Dies insbesondere bei einem Vergleich mit den (deutlich geringeren) direkten Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung der SMS-Zustellung.

Wenn atms einen Vergleich zu einem „*Gemeinkostenaufschlag in der Höhe von 16,2%*“ zieht, der in einem anderen Verfahren (Z 1/16) zu anderen Themen von Amtssachverständigen angesetzt wurde, und daraus ableiten möchte, dass der Kostenblock der indirekten Kosten überhöht ist, soll darauf verwiesen werden, dass der von atms herangezogene Aufschlag nicht mit dem Netzbetrieb im Zusammenhang steht. Zur „*Bedeutung*“ eines Gutachtens aus einem anderen Verfahren (Z 1/16) wird darüber hinaus auf Punkt 4.4 der rechtlichen Beurteilung (samt einschlägiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes) verwiesen.

e. Im Rahmen ihrer ergänzenden Stellungnahme ON 59 hinterfragt atms einzelne Positionen der indirekten Kosten dahingehend, ob korrekte Abgrenzungen vorgenommen wurden (Energie, Frequenzgebühren, Mietkosten, Logistikkosten, Reparaturprozesse), ob einzelne Positionen überhaupt einzurechnen (Werbung, Sponsoring) oder für die Vorleistungsebene (SMS-Terminierung) relevant sind (Rechnungsdruck, Versand). Weiters kann atms bei einzelnen Kostenblöcken nicht nachvollziehen, welche konkreten Leistungen umfasst sind.

Die indirekten Kosten stellen den weitaus größten Kostenblock dar. Wie bereits ausgeführt, sind auch diese Kosten auf einzelne Produkte umzulegen. Indirekten Kosten sind „*Kosten, die einem Bezugsobjekt nicht verursachungsgerecht, also allenfalls mit Hilfe von Schlüsselgrößen zugerechnet werden können*“ (<http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/indirekte-kosten/indirekte-kosten.htm>) und können „*auch dann anfallen, wenn gar nicht produziert wird*“. (<https://www.onpulson.de/lexikon/indirekte-kosten/>). Insofern stellen sich die von atms gestellten Fragen in dieser Detailtiefe (insbesondere hinsichtlich eines „*volkswirtschaftlichen Nutzens*“ oder einer „*Relevanz für Vorleistungsentgelte*“) nicht, da es die Telekom-Control-Kommission für erforderlich erachtet, dass auch diese (indirekten) Kosten gedeckt werden (vgl auch ON 62, Punkt 2). Auch wenn keine direkte Zuordnung dieser Kostenblöcke für die verfahrensgegenständliche Leistung möglich ist (sonst würden direkte Kosten vorliegen), fallen diese bei einem Mehrproduktunternehmen an und müssen – über Verteilschlüssel – den erbrachten Leistungen zugerechnet werden. Dies wird offensichtlich, wenn man bedenkt, dass ohne die mit indirekten Kosten verbundenen Investitionen eine Zustellung von SMS nicht möglich wäre.

Die in den wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen dargelegten indirekten Kosten fallen für die Erbringung von Endkunden-Diensten bei T-Mobile an. Die Amtssachverständigen hatten offenkundig an den einzelnen Kostenblöcken keine grundsätzlichen Zweifel. Eine tiefgehende Prüfung müsste auf der Ebene einzelner Belege erfolgen, was angesichts von § 39 Abs 2 letzter Satz AVG, den zeitlichen Vorgaben für ein Verfahren nach § 50 TKG 2003 und der

bisherigen Verfahrensdauer nicht verfolgt wird. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass atms bloß Fragen stellt, jedoch kein stichhaltiges Vorbringen erstattet, das Zweifel an den einzelnen Blöcken der indirekten Kosten aufkommen lassen konnte.

f. Dem Hinweis der atms (ON 25, Frageliste zur mündlichen Verhandlung), dass on-net-SMS aus zwei Verkehrswegen bestehen würden, haben die Amtssachverständigen in ihrer Replik grundsätzlich Rechnung getragen, wobei die Sichtweise von atms technisch geprägt ist. Auch wenn eine on-net-SMS zwei Wege im Netz hat, wird nur ein Endkundenumsatz generiert.

Da zur Umlegung der indirekten Kosten – diese stellen den weitaus größten Kostenblock dar – Endkundenerlöse herangezogen werden, ist es konsistent, auch für die SMS-Menge nur jene SMS heranzuziehen, die bei T-Mobile einen Endkundenumsatz generieren. Dies auch dann, wenn – technisch betrachtet – mehr SMS im Netz der T-Mobile geführt werden.

Da jede SMS das SMS-Center nur einmal in Anspruch nimmt, ist eine Verdoppelung der SMS-Mengen jedenfalls bei den direkten Kosten nicht angebracht und würde das Ergebnis bloß verfälschen.

Im Zusammenhang mit den Kapazitätskosten ist zu berücksichtigen, dass bei Umlegung dieser Kosten im Wege des Durchschnittskosten-Prinzips (Replik, ON 44, Seite 9) auch das Datenvolumen, das den SMS zuzurechnen ist, verdoppelt werden müsste, wenn die on net-Verkehrsmenge zweifach gerechnet wird. Werden beide Elemente verdoppelt (zuzurechnendes Datenvolumen und SMS-Menge), verändert sich aber der entsprechende Kostensatz pro SMS-Ast nicht (ON 44, Seite 11).

Wenn atms (in ON 59, Punkt 9.6) meint, dass *„der Endkundenpreis als maßgebliche Größe für das Ermitteln der Terminierungskosten herangezogen wird“* und darauf in weiterer Folge ihre Argumentation baut, ist festzuhalten, dass die SMS-Endkundenerlöse den Verteilschlüssel für die Umlegung der indirekten Kosten (und ggf der Kapazitätskosten) darstellen. Die derart festgestellten Kosten werden in weiterer Folge als Ausgangspunkt für die Festlegung eines angemessenen Vorleistungspreises herangezogen. Darüber hinaus kann das Vorbringen der atms nicht geteilt werden, dass mit dem Endkundenentgelt einer SMS jedenfalls alle relevanten Vorleistungen (insbesondere das Terminierungsentgelt im Fall einer netzübergreifenden SMS) abgedeckt sein müsse. Die Betreiber sind in ihrer Entgeltgestaltung grundsätzlich frei, weswegen es den Kommunikationsdienstbetreibern überlassen ist, wie sie ihre Aufwände (Kosten) decken.

g. Im Zusammenhang mit den Kapazitätskosten moniert atms (ON 59, Punkt 9.2) die Umlegung derselben im Wege des Tragfähigkeitsprinzipes, wie dies im Rahmen der gutachterlichen Replik (ON 44) stattgefunden hat.

Die Telekom-Control-Kommission begrüßt diese Vorgangsweise, da – wie bereits ausgeführt – mit dem Tragfähigkeitsprinzip eine Annäherung an „Ramsey“-Pricing erfolgen kann (vgl oben unter Punkt 3.1). Darüber hinaus haben die Amtssachverständigen dieses Prinzip in ON 44 gewählt, um eine Kostenkalkulation vorzunehmen, die – ungeachtet des Umstands, dass im gegenständlichen Verfahren lediglich bilateral Festlegungen zwischen den Streitparteien vorgenommen werden – auch bei anderen Betreibern umsetzbar wäre (vgl ON 44, Seiten 14f).

Wie atms richtig ausführt, mag ein LTE-Netz für die Zustellung von SMS nicht nötig sein, aber bei der Kostenberechnung war auf jenes Netz abzustellen, das auch für SMS Verwendung findet.

Wenn atms in weiterer Folge die Frage stellt, welche Kapazitätserweiterungen „über den Grunddienst hinaus [] zur Bereitstellung des SMS-Dienstes erforderlich“ sein soll, ist atms darauf hinzuweisen, dass in der vorgenommenen Kostenrechnung keine inkrementellen Kosten sondern Vollkosten erhoben worden sind. Die Frage nach zusätzlichen Kapazitäten ausschließlich für die Bereitstellung von SMS stellt sich damit nicht. Darüber hinaus ist unklar, was atms unter einem „Grunddienst“ verstehen möchte.

Im Zusammenhang mit der „Erhöhung der Energiekosten“, die einen Teil der Kapazitätskosten darstellen, interessiert sich atms für das „Jahr“, aus dem der „Referenzwert“ stammt.

Da unter Kapazitätskosten solche Kosten zu verstehen sind, die im Zuge von Kapazitätserweiterungen anfallen (ON 44, Seite 4), ist die „Referenz“ der Zeitpunkt vor einer allfälligen Kapazitätserweiterung. Die Kostenposition „Erhöhung der Energiekosten“ bezieht sich dabei auf einen Vergleich des Zustandes vor und nach einer Kapazitätserweiterung.

Soweit atms mit dieser Frage auf das Jahr der Datengrundlage der Gutachten der Amtssachverständigen (ON 15 und 44) abzielt, ist auf Punkt 2.7.3 der gutachterlichen Replik (ON 44) zu verweisen: Basisjahr ist 2017.

h. Im Rahmen ihrer ergänzenden Stellungnahme zur Replik der Amtssachverständigen meint atms, dass die Plausibilisierung der Ergebnisse durch die Amtssachverständigen Inkonsistenzen aufweisen würde (ON 59, Punkt 9.4).

Die behaupteten Inkonsistenzen liegen nicht vor: Die Amtssachverständigen haben zum Ausdruck gebracht, dass die Zahl der SMS nicht zu verdoppeln ist, da eine SMS nur einen Umsatz generiert (ON 44, Punkt 2.6). Für den Endkunden ist es nämlich irrelevant, über wie viele „Äste“ seine SMS – technisch – geführt wird bzw kann dies der Endkunde nicht wissen; auf Grund der Rufnummernportabilität iSd § 23 TKG 2003 wird die Unterscheidung aufgelöst, ob eine SMS „on-net“ geführt oder an einen anderen Betreiber übergeben wird.

Demgegenüber wird in ON 44 auf Seite 29 (Fußnote 8) als Reaktion auf das Vorbringen der atms, dass „on net“-SMS über einen auf- und absteigenden Ast verfügen, die Zahl der „on net“-SMS verdoppelt; diese Anzahl wird – gemeinsam mit den „outgoing“-SMS – in Relation zum Endkundenumsatz mit SMS gesetzt.

i. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird dem Begehren der atms auf eine weitere Befassung der Amtssachverständigen mit einer Reihe von Fragen (ON 59, Punkt 12) nicht Rechnung getragen. Die Antworten auf die Fragen ergeben sich aus den Ausführungen der Amtssachverständigen in ihren Gutachten (ON 25, 44 und 55) oder konnten von der Telekom-Control-Kommission selbst beurteilt werden.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 7, 7a TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zu, in Verfahren gemäß § 48 und § 50 TKG 2003 eine Entscheidung zu treffen.

4.2 Gesetzliche Regelungen

§ 1 TKG 2003 („Zweck“) lautet auszugsweise:

„(2) Durch Maßnahmen der Regulierung sollen folgende Ziele erreicht werden:

- 1. Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur zur Förderung der Standortqualität auf hohem Niveau;*
- 2. Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und Kommunikationsdiensten einschließlich bei der Bereitstellung von Inhalten durch*
 - a) Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität für alle Nutzer, wobei den Interessen behinderter Nutzer, älterer Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen besonders Rechnung zu tragen ist;*
 - b) Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen oder Wettbewerbsbeschränkungen;*
 - c) Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen sowie die Sicherstellung von bestehenden und zukünftigen Investitionen in Kommunikationsnetze und -dienste;*
 - d) Sicherstellung einer effizienten Nutzung und Verwaltung von Frequenzen und Nummerierungsressourcen;*
 - e) effiziente Nutzung von bestehenden Infrastrukturen.*
- 3. Förderung der Interessen der Bevölkerung, wobei den Interessen behinderter Nutzer, älterer Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen besonders Rechnung zu tragen ist, durch*
 - a) Sicherstellung eines flächendeckenden Universaldienstes;*
 - b) Schutz der Nutzer insbesondere durch ein einfaches und kostengünstiges Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten sowie ein hohes Datenschutzniveau;*
 - c) Bereitstellung von Informationen, insbesondere in Form von transparenten Entgelten und Allgemeinen Geschäftsbedingungen;*
 - d) Sicherstellung von Integrität und Sicherheit von öffentlichen Kommunikationsnetzen.*

(2a) Die Regulierungsbehörden haben bei der Verfolgung der in den Abs. 2 genannten Ziele objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze anzuwenden, indem sie unter anderem

- 1. die Vorhersehbarkeit der Regulierung dadurch fördern, dass sie über angemessene Überprüfungszeiträume ein einheitliches Regulierungskonzept beibehalten;*
- 2. gewährleisten, dass Betreiber von Kommunikationsnetzen und -diensten unter vergleichbaren Umständen keine diskriminierende Behandlung erfahren;*
- 3. den Wettbewerb zum Nutzen der Teilnehmer schützen und gegebenenfalls den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördern;*

4. *effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen, auch dadurch fördern, dass sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangswerbern zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden;*
5. *die vielfältigen Bedingungen im Zusammenhang mit Wettbewerb und Teilnehmern, die in den verschiedenen geografischen Gebieten herrschen, berücksichtigen;*
6. *regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt, und diese Verpflichtungen lockern oder aufheben, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist.“*

§ 3 Z 25 TKG 2003 lautet:

„Zusammenschaltung‘ die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen. Dienste können von den beteiligten Betreibern erbracht werden oder von anderen Betreibern, die Zugang zum Netz haben. Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze hergestellt;“

§ 48 Abs 1 TKG 2003 („Pflicht zur Zusammenschaltung“) lautet:

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

§ 49 Abs 1 TKG 2003 („Umfang der Zusammenschaltung“) lautet:

„Die Zusammenschaltung hat zumindest folgende Leistungen zu umfassen:

1. *Zurverfügungstellung der notwendigen Vermittlungsdaten der jeweiligen Verbindung oder der Routingdaten im Fall paketorientierter Dienste an den zusammenschaltenden Betreiber;*
2. *Zustellung der Verbindungen oder Datenpakete an den Nutzer des zusammengeschalteten Betreibers;*
3. *Zurverfügungstellung der für die Verrechnung benötigten Daten in geeigneter Weise an den zusammenschaltenden Betreiber.“*

§ 50 Abs 1 TKG 2003 („Anrufung der Regulierungsbehörde“) lautet:

„Kommt zwischen einem Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes, dem von der Regulierungsbehörde spezifische Verpflichtungen nach §§ 38, 41, 42 oder 47 auferlegt worden sind oder der nach § 22 Abs. 3, § 23, § 48 oder § 49 Abs. 3 verpflichtet ist, und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder -dienstes oder einem Unternehmen, dem Zugangsverpflichtungen nach diesem Gesetz zugute kommen, eine Vereinbarung über die nach §§

22 Abs. 3, 23, 38, 41, 42, 47, 47a, 48 oder § 49 Abs. 3 bestehenden Verpflichtungen trotz Verhandlungen binnen einer Frist von sechs Wochen ab dem Einlangen der Nachfrage nicht zustande, kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen.“

§ 117 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„Der Telekom-Control-Kommission sind folgende Aufgaben zugewiesen:

7. Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 23 Abs. 2, 38, 41, 42, 47, 47a, 47b Abs. 2, 48 und 49 Abs. 3 sowie Anträge an die Europäische Kommission gemäß § 47 Abs. 1,

7a. Entscheidungen in Verfahren gemäß § 50, [...]“.

§ 121 TKG 2003 lautet auszugsweise:

„2. Anträge betreffend § 117 Z 1, 2, 7 und 7a sind an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zur Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens weiterzuleiten.

3. Wird ein Antrag gemäß Abs. 2 an die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH weitergeleitet, ist ein Streitschlichtungsverfahren durchzuführen. Wird in Verfahren nach § 117 Z 1 binnen vier Wochen und in Verfahren nach § 117 Z 2, 7 und 7a binnen sechs Wochen eine einvernehmliche Lösung herbeigeführt, ist das Verfahren bei der Telekom-Control-Kommission einzustellen, anderenfalls ist das Verfahren dort fortzuführen. Die Telekom-Control-Kommission entscheidet in Verfahren nach § 117 Z 2, 7 und 7a binnen vier Monaten. Diese Entscheidung ersetzt eine zu treffende Vereinbarung. Die Parteien des Streitschlichtungsverfahrens sind verpflichtet, an diesem Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen.“

4.3 Streitschlichtung und Verfahrensvoraussetzungen

4.3.1 RVST 16/17

Im Rahmen des von der RTR-GmbH durchgeführten Streitschlichtungsverfahrens RVST 16/17 konnte keine einvernehmliche Lösung herbeigeführt werden, weswegen die Telekom-Control-Kommission das Verfahren fortzuführen hatte (§ 121 Abs 2, 3 TKG 2003).

4.3.2 Antragsvoraussetzungen

Voraussetzung für ein Verfahren nach § 50 TKG 2003 ist eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung sowie (zumindest) sechswöchige Verhandlungen über die nachgefragte Zusammenschaltung. Weiters ist Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw keine – die nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt.

Die Antragsvoraussetzungen für ein Verfahren nach § 50 TKG 2003 sind gegeben: Die Nachfrage nach einer bestimmten Zusammenschaltung sowie dazu geführte Verhandlungen, die über sechs Wochen gedauert haben, sind nach den Feststellungen jedenfalls gegeben.

4.3.2.1 SMS-Terminierung als Zusammenschaltung

Zur Frage, ob die Leistung der SMS-Zustellung als Zusammenschaltung anzusehen ist, führt T-Mobile in ihrer Stellungnahme vom 15.1.2018 (im Streitbeilegungsverfahren RVST 16/17) aus, dass die antragstellende atms „*nicht über die notwendigen Voraussetzungen für eine Zusammenschaltung nach § 48 TKG*“ verfügen würde, da sie kein „*eigenes Mobilfunkkommunikationsnetz oder eine anderweitige notwendige Kommunikationsinfrastruktur*“ habe. Auch fehle es an der Kommunikation der Nutzer untereinander. Darüber hinaus würde bereits eine technische Anbindung an die SMSC-Infrastruktur der T-Mobile bestehen.

atms geht demgegenüber davon aus, dass „*aus den Bestimmungen des §§ 3 und 38 TKG [] eindeutig abzuleiten [ist], dass die physische und logische Verbindung zweier Netze zum Zweck der Kommunikation von Nutzern mittels Short Message Service unter den Begriff der Zusammenschaltung fällt*“ (ON 1, Punkt 5).

Zusammenschaltung ist nach ihrer Legaldefinition (§ 3 Z 25 TKG 2003) die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, um Nutzern die wechselseitige Kommunikation (bzw den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten) zu ermöglichen. Zusammenschaltung wird zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze hergestellt.

Unzweifelhaft sind die Verfahrensparteien Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze. Dass atms über ein „*eigenes Mobilfunkkommunikationsnetz*“ verfügen müsste, um als zusammenschaltungsberechtigt zu gelten, lässt sich den einschlägigen Normen nicht entnehmen; auch zwischen Fest- und Mobilbetreibern bestehen Zusammenschaltungen.

Darüber hinaus verfügt atms über die für die begehrte Zusammenschaltung notwendige Infrastruktur (im Wesentlichen ein SMS-C), wie sich dies bereits aus den von atms begehrten Zusammenschaltungsbedingungen ergibt: So beantragt atms selber die wechselseitige Übermittlung und Zustellung von Textnachrichten, die „*vom SMS-C einer Partei kommend*“ im Netz der jeweils anderen Partei zugestellt werden (vgl dazu im Detail ON 1, Anlage A, Seiten 18f sowie Anhang 3 über „*Technische Parameter*“).

Die von atms begehrte Zusammenschaltung ermöglicht das wechselseitige Versenden von Textnachrichten zwischen Nutzern der Verfahrensparteien; ob dabei die SMS von einem Kommunikationsendgerät („*Handy*“) oder einer Applikation originieren ist für die Qualifikation als Zusammenschaltungsleistung genauso wenig von Bedeutung wie eine (möglicherweise) asymmetrische Verkehrsverteilung; die Begriffsdefinition nimmt hierzu keine Einschränkung vor. Auch „*hinter*“ einer Applikation steht ein Nutzer, der eine Textnachricht versendet und (möglicherweise über eine andere mobile Rufnummer) empfangen kann.

Wie festgestellt, wurden atms mobile Rufnummern im Bereich (0)653 von der zuständigen Behörde zugewiesen. Nach § 60 Z 5 KEM-V (Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertsteuerordnung, BGBl II 2009/212 idgF) dienen mobile Rufnummern unter anderem der Adressierung von „*Nachrichtendiensten, auch wenn die entsprechenden Infrastruktureinrichtungen gegebenenfalls nicht über eine Funkschnittstelle mit dem Kommunikationsnetz verbunden sind*“.

Letztlich stellt auch der Umstand, dass atms derzeit ein Endkundenprodukt für die Anbindung an das SMS-C der T-Mobile nutzt, kein Antragshindernis dar: atms möchte nicht nur eine andere

technische Lösung (ZGV7) für die Zustellung ihrer SMS erwirken, sondern auch die Möglichkeit des wechselseitigen SMS-Versandes (grundsätzlich) schaffen.

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung von Textnachrichten (SMS) ist daher eine Zusammenschaltungsleistung iSd § 3 Z 25 TKG 2003 (vgl dazu bereits den Bescheid Z 2/08 vom 24.11.2008). Die Telekom-Control-Kommission kann daher nach § 50 TKG 2003 zur Streitschlichtung angerufen werden und kann eine vertragsersetzende Anordnung treffen.

4.3.3 „Regulierungsbedarf“

Auf Grund wettbewerblicher Verhältnisse beim Versand von SMS und der fehlenden diesbezüglichen ex ante Regulierung sieht T-Mobile zusammengefasst *„keine regulatorische Notwendigkeit für Preisregulierung betreffend der Terminierung von SMS Nachrichten in Österreich“* (vgl Stellungnahmen der T-Mobile vom 15.1., ON 3, 10.7., ON 18, und 9.11.2018, ON 62).

Mit diesem Vorbringen verkennt T-Mobile die einschlägigen Rechtsgrundlagen: Gemäß § 48 Abs 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Die Telekom-Control-Kommission hat in diesen Verfahren eine Entscheidung zu treffen, die eine nicht zu Stande gekommene Vereinbarung ersetzt. Ein anderes Mittel, um die fehlende Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen oder zu substituieren, steht der Telekom-Control-Kommission – nach Scheitern des gemäß § 121 Abs 3 TKG 2003 durchgeführten Streitschlichtungsverfahrens – nicht zur Verfügung (vgl VwGH 2009/03/0059, 20.6.2012).

Dabei ist (grundsätzlich) gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht bzw ob Wettbewerbsprobleme bestehen. Auch ist der von T-Mobile angeführt Umstand abnehmender SMS-Verkehrsmengen (ON 18) für die Frage der Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens ohne Bedeutung.

Der Telekom-Control-Kommission kommt eine Zuständigkeit zur Streitschlichtung zu; sie hat eine Anordnung zu erlassen, die einen fairen Interessensausgleich schafft und eine nicht zustande gekommene Vereinbarung ersetzt (*„vertragsersetzender Bescheid“*, § 121 Abs 2, 3 TKG 2003).

4.4 Zum Wesen der Verfahren nach §§ 48, 50 und §§ 36ff TKG 2003

atms führt in ihren Stellungnahmen mehrfach zu den aus ihrer Sicht bestehenden wettbewerblichen Defiziten bei der verfahrensgegenständlichen Leistung der SMS-Terminierung aus (vgl etwa ON 1, Punkt 5.3; ON 37, Punkt 1) und spricht sich vor diesem Hintergrund für ein *„kostenorientiertes“* Entgelt aus (ON 1, Punkt 6.3). Dabei bestreitet atms nicht, dass in Österreich keine sektorspezifische Regulierung iSd § 36ff TKG 2003 für die SMS-Terminierung vorgesehen ist.

In ihrer Argumentation nimmt die Antragstellerin oftmals Bezug auf ein wirtschaftliches Gutachten im Verfahren Z 1/16, das die *„Leistung der Mobil-Originierung zu Diensten im Netz der T-Mobile“* sowie das *„Entgelt für Inkasso“* zwischen denselben Parteien wie im gegenständlichen Verfahren zum Gegenstand hatte (vgl ON 1, Punkt 6.4; ON 25, Punkt 2.1.3; ON 32, Punkt 2.2; ON 37, Punkt 2).

Der Vergleich der atms zwischen den Vorgangsweisen von Amtssachverständigen im gegenständlichen sowie dem Verfahren Z 1/16 ist nicht zielführend: Die Telekom-Control-Kommission hatte im Verfahren Z 1/16 auf Grund von Antragsrückziehungen keine Entscheidung zu treffen und das (von atms vielzitierte) wirtschaftliche Gutachten zu Z 1/16 war daher auch nicht zu würdigen.

Darüber hinaus hatte das Verfahren Z 1/16 gänzlich andere Leistungen, nämlich Mobil-Originierung sowie Inkasso, zum Gegenstand, weswegen ein simpler Vergleich mit der hier verfahrensgegenständlichen Leistung der wechselseitigen SMS-Terminierung nicht angebracht ist; so halten auch die Amtssachverständigen in ON 44 (Seite 26) fest, dass der Markt für Originierung zu Diensterufnummern „durch eine andere Wettbewerbsdynamik auf der Endkundenebene gekennzeichnet ist und daher die Analyse [zu Z 1/16] nicht einfach übertragen werden kann“.

Im gegenständlichen Verfahren wurden Amtssachverständige bestellt, die eine andere Herangehensweise gewählt haben als in einem früheren Verfahren (Z 1/16); aus unterschiedlichen Herangehensweisen kann nichts abgeleitet werden. So hat auch der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass „*allein der Umstand, dass in einem anderen - nicht verfahrensgegenständlichen - Verwaltungsverfahren ein Gutachten unter Zugrundelegung einer anderen Methodik erstattet worden sein mag, [] keine Rechtswidrigkeit [] begründen [kann].*“ (VwGH 2009/003/0059 vom 20.6.2012).

Weiters verkennt atms das Wesen von Verfahren zur Schlichtung von Zusammenschaltungsstreitigkeiten nach §§ 48, 50, 121 TKG 2003 und zur Marktanalyse nach §§ 36ff TKG 2003:

Ausgangspunkt für die sektorspezifische ex ante Regulierung sind die Schritte der Marktdefinition iSd § 36 TKG 2003, die Analyse dieser relevanten Märkte iSd § 37 TKG 2003 mit dem Ergebnis, dass ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht (§ 35 TKG 2003) verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Dem bzw den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht werden in weiterer Folge spezifische Verpflichtungen iSd §§ 38ff TKG 2003 auferlegt. Im Rahmen der Verfahren nach § 36 und § 37 TKG 2003 werden tiefgehende Untersuchungen der wettbewerblichen Verhältnisse vorgenommen; dazu sind umfangreiche Datenabfragen bei Kommunikationsnetz- und -dienstbetreibern notwendig („*Betreiberabfrage*“). Auf dieser Grundlage werden Feststellungen getroffen und eine wettbewerbliche zukunftsgerichtete Einschätzung vorgenommen. Dieser intensive Prozess ist regelmäßig zu wiederholen (§ 36 Abs 6 TKG 2003). Mit den im Rahmen einer Marktanalyseentscheidung getroffenen Festlegungen werden „*Verhaltensregeln*“ pro futuro angeordnet, die den Ergebnissen der Verfahren nach §§ 36, 37 TKG 2003 Rechnung tragen.

Demgegenüber ist ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 subsidiär möglich, wenn Kommunikationsnetzbetreiber aus Eigenem eine privatautonome Lösung über Fragen der Zusammenschaltung auf privatrechtlichem Weg nicht zu Stande bekommen. Diesfalls entscheidet die Telekom-Control-Kommission als „*Schiedsrichter*“ und hat in ihrer vertragsersetzenden (subsidiären) Entscheidung einen fairen Interessenausgleich herbeizuführen. Bei dieser Entscheidung ist allfälligen spezifischen Verpflichtungen iSd §§ 37, 38ff Rechnung zu tragen; gibt es keine solchen konkreten Vorgaben (wie im gegenständlichen Verfahren), kommt der Regulierungsbehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Diese Entscheidung ist „*schnellstmöglich, auf jeden Fall aber innerhalb von vier Monaten*“ zu treffen (Art 20 RL 2002/21/EG). Gemäß § 121

Abs 3 TKG 2003 „entscheidet [die Telekom-Control-Kommission] binnen vier Monate ab Einlangen des Antrages.“

Während die Verfahren gemäß §§ 36ff TKG 2003 also eine umfassende vorausschauende Wettbewerbsbeurteilung zum Ziel haben, bezweckt das Verfahren gemäß §§ 48, 50, 121 TKG 2003 die rasche Beilegung von Streitfällen, wobei in diesen Fällen den (zuvor gemäß §§ 36, 37 TKG 2003 identifizierten) wettbewerblichen Umständen und gegebenenfalls Verpflichtungen Rechnung zu tragen ist. Ein Bescheid nach §§ 36 TKG 2003 darf lediglich zukünftige Zeiträume erfassen („*ex ante*“; vgl VwGH 2007/03/0211 vom 25.6.2008); demgegenüber kann eine vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung grundsätzlich auch rückwirkend Festlegungen treffen.

Wie festgestellt (und von den Verfahrensparteien auch bestätigt), unterliegt die SMS-Terminierung keiner sektorspezifischen Regulierung: Es wurde kein relevanter Markt definiert, weswegen iSd „3-Kriterien-Tests“ zur Abgrenzung relevanter Märkte (vgl § 36 Abs 3 TKG 2003) davon auszugehen ist, dass – hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung – keine beträchtlichen und anhaltenden strukturell oder rechtlich bedingten Marktzutrittsschranken vorliegen, zumindest längerfristig eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb besteht und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein ausreichend wäre, um einem allfälligen Marktversagen entgegenzuwirken.

Zum Verhältnis der Verfahren zur Streitschlichtung und Marktanalyse führt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis zu Z 2/08 in diesem Sinn aus: „*Vor diesem Hintergrund kann aber das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten, wie es in § 50 iVm § 48 TKG 2003 (in Umsetzung von Art 5 Abs 4 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG und Art 20 der Rahmenrichtlinie) vorgesehen ist, nicht dazu dienen, die - aus Sicht eines betroffenen Marktteilnehmers allenfalls unrichtiger Weise - unterbliebene Einbeziehung einer Leistung in einen der Regulierung unterliegenden relevanten Markt und das daran anschließende Marktanalyseverfahren zu substituieren und so gewissermaßen im Umweg über das Streitbeilegungsverfahren Regelungen für die Erbringung dieser Leistung zu erreichen, die der Auferlegung spezifischer Verpflichtungen im Sinne des § 37 Abs 2 TKG 2003 gleichkommen würden.*

Der belangten Behörde kann sohin nicht entgegengetreten werden, wenn sie von den in den Verfahren gemäß §§ 36 und 37 TKG 2003 getroffenen Entscheidungen - nach denen im hier relevanten Zeitraum die SMS-Terminierung keinem relevanten Markt zugehörig und damit auch nicht Gegenstand spezifischer Verpflichtungen war - ausgegangen ist und ihrer Entscheidung auch die Beurteilung zugrunde gelegt hat, dass hinsichtlich der SMS-Terminierung die in der Märkteempfehlung 2007 genannten drei Relevanzkriterien nicht (kumulativ) erfüllt waren.

Bei der Entscheidung im Verfahren nach § 50 TKG 2003 ist die belangte Behörde auch nicht verpflichtet, amtswegig ein Verfahren zu führen, das - insbesondere auch im Hinblick auf die Tiefe der Datenerhebung - einem Marktanalyseverfahren im Sinne des § 37 TKG 2003 vergleichbar ist. Vielmehr kann die belangte Behörde bei der Festlegung des angemessenen Entgelts im Sinne der oben (Punkt 2) bereits dargelegten Grundsätze ein Entgelt zugrunde legen, wie es unter ähnlichen Umständen geleistet wird, sofern dieses nicht außer Verhältnis zu den der Leistung zuzuordnenden Kosten steht oder sich nachteilig auf die zu berücksichtigenden Ziele - § 1 Abs 1 und 2 sowie § 34 Abs 1 TKG 2003 - auswirkt.“ (VwGH 2009/03/0001 vom 30.6.2011)

Vor diesem Hintergrund geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass angemessene

Bedingungen für die wechselseitigen Zustellungen SMS anzuordnen sind. Die von atms vorgenommenen Ausführungen zur wettbewerblichen Situation führen die Telekom-Control-Kommission weder dazu, ein Marktanalyse-Verfahren einzuleiten noch weitere Ermittlungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen bei der SMS-Terminierung zu führen.

Die Ausführungen der atms erweisen sich darüber hinaus als bloße Behauptungen und stellen wettbewerbliche Zusammenhänge oftmals verkürzt dar. Die wettbewerbliche Gleichsetzung der Leistungen der Sprach-Terminierung mit der SMS-Terminierung sowie der Originierung durch atms (vgl. ON 1, Seite 5: *„Im Wesentlichen entsprechen die Wettbewerbsprobleme bei der SMS-Terminierung [] jenen bei der Sprachterminierung sowie der Originierung zu zielnetztariferten Dienstrufnummern aus Mobilfunknetzen.“*) ist bereits vor dem Hintergrund der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission und den Ergebnissen der Marktanalyse-Verfahren nach dem TKG 2003 verfehlt: Diese Leistungen sind verschiedenen Märkten zuzuordnen (ungeachtet ihrer Relevanz für eine sektorspezifische Regulierung), die durch unterschiedliche Gegebenheiten gekennzeichnet sind. Eine fundierte Untersuchung müsste die aktuelle Nachfragesituation auf Endkundenebene im Detail – und damit unter Zugrundelegung von Kundenbefragungen, einer durchgeführten Datenerhebung sowie einer entsprechenden Analyse des Marktes und der disziplinierenden Effekte potenzieller Substitute auf Endkundenebene – sowie die davon abgeleiteten Gegebenheiten auf Vorleistungs-Ebene beleuchten.

Die bloße Aussage der atms *„Die Leistung [der SMS-Terminierung] ist aus Sicht der Nachfrager nicht substituierbar“* (ON 25, Seite 6) vermag bereits deshalb nicht zu überzeugen, weil atms selber von (grundsätzlichen) Alternativen (und somit potentiellen Substituten) zur SMS-Zustellung (OTT-Dienste, Apps, ...) berichtet (ON 1, Seiten 7, 8: *„Als nachfrageseitige Substitute zur SMS ‚drohen‘ fast alle Anbieter mit eigenen Apps und deren Push-Mechanismus bzw. mit dem Versand von ‚kostenlosen‘ E-Mails oder der Bereitstellung von Inhalten auf für die Konsumenten kostenlosen Plattformen wie Facebook oder Twitter. Mit solchen Nachrichten sind diese Anbieter in der Lage, ihre Dienste den Teilnehmern über das Internet anzubieten, ohne dem Mobilfunkbetreiber dafür überhaupt etwas bezahlen zu müssen.“*). Auch der deutliche Mengenrückgang an SMS (vgl. Gutachten, ON 15, Punkt 2.3) könnte mit Substituten zur SMS begründet werden (vgl. dazu auch ON 44, Seite 18ff).

Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz eines bestimmten Geschäftsmodells, wie (hier) jenes der atms zum Versand von SMS für Großkunden, weder Aufgabe der Regulierungsbehörde noch mit den Regulierungszielen in Einklang zu bringen ist (vgl. VwGH 2009/03/0059, 20.6.2012): Die Förderung des Wettbewerbs ist Zweck des TKG 2003, nicht aber die Förderung eines einzelnen Betreibers, einer bestimmten Gruppe von Betreibern bzw. von Geschäftsmodellen (vgl. atms in ON 59).

4.5 Zu den angeordneten Bedingungen

4.5.1 Zum angeordneten „Vertrag“

atms begehrt in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag, *„die Telekom-Control-Kommission möge eine Teilzusammenschaltungsanordnung vornehmlich mit dem in der Anlage ./A vorgesehenen Text erlassen“*. Dieser als *„Vertrag betreffend Interworking von Short Messaging Services“* bezeichnete Text enthält rechtliche, technische und wirtschaftliche Regelungen für die künftige Ausgestaltung der wechselseitigen SMS-Zusammenschaltungsbeziehung zwischen den Verfahrensparteien.

Bis auf die Höhe des Entgeltes hat T-Mobile zum begehrten Anordnungstext keine Stellungnahme abgegeben, weswegen die Telekom-Control-Kommission den von atms begehrten Anordnungstext (weitestgehend) (zu den Entgelten siehe unten) festlegt. Weitere Begründungen können somit entfallen (§ 58 Abs 2 AVG).

Änderungen vom begehrten Vertragstext hat die Telekom-Control-Kommission – neben geringfügigen redaktionellen Änderungen – in folgenden Bereichen vorgenommen:

Zum einen wurde die Diktion von „*Vertrag*“ bzw „*Vertragspartei*“ auf „*Anordnung*“ bzw „*Partei*“ oder „*Partner*“ geändert, da eine Anordnung von Zusammenschaltungsbedingungen vorliegt („*vertragsersetzender Bescheid*“).

Zum anderen hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, die von atms einseitig zu ihren Gunsten vorgesehene Möglichkeit, „*vertrauliche Informationen unter Auferlegung einer gleichartigen Geheimhaltungsverpflichtung [bestimmten Personen] weiterzugeben*“ (Punkt 7.1 „*Geheimhaltung – Umfang*“), gleichermaßen beiden Verfahrensparteien einzuräumen. Es ist nicht ersichtlich, warum lediglich atms diese Möglichkeit eingeräumt werden soll. Auch in der Begründung von atms (ON 1, Punkt 7.2) findet sich kein Hinweis, warum T-Mobile dieses Recht nicht zugestanden werden sollte.

Um einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2004/03/0204, 2004/03/0151), war die begehrte Geheimhaltungs-Bestimmung in Punkt 7.1. des Hauptteiles auf beide Verfahrensparteien auszudehnen.

Hinsichtlich der fehlenden Kontaktdaten in Anhang 5 („*Koordinatoren / Ansprechpartner / Ansprechstellen*“) sowie der SMS-C-Adressliste in Anhang 3 („*Technische Parameter*“) ist T-Mobile angehalten, die fehlenden Informationen unverzüglich, längstens jedoch binnen einer Frist von 14 Tagen ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides der atms bekannt zu geben. Diese Frist ist jedenfalls ausreichend, um die (wenigen) fehlenden Informationen zu übermitteln.

In Ermangelung anderslautender Anträge gilt der angeordnete Vertrag ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides.

4.5.2 Zu den Entgelten für SMS-Terminierung

Zwischen den Verfahrensparteien ist primär die Höhe der wechselseitigen SMS-Terminierungsentgelte strittig: Während atms Cent 0,5 begehrt, erachtet T-Mobile das zuletzt vereinbarte Entgelt in der Höhe von Cent 3 als angemessen. Zu den von den Amtssachverständigen ermittelten Kosten (in ON 15) in der Höhe von Cent 0,83 merkt T-Mobile an, dass ein Aufschlag von 100% von Amtssachverständigen (in einem anderen Verfahren und für eine andere Leistung) als „*angemessen*“ erachtet wurde; indirekt spricht T-Mobile damit einen Wert in der Höhe von Cent 1,66 an.

Der Telekom-Control-Kommission kommt die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung über die Höhe der (grundsätzlich wechselseitigen) SMS-Terminierungsentgelte zu erlassen. Dabei hat sie einen „*fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der beteiligten Parteien*“ herzustellen (vgl VwGH Zl 2004/03/0151, 31.1.2005 iVm Zl 2004/03/0204, 18.10.2005). Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008

zu den Zahlen 2006/03/0079, 0081 ausführt, kommt der Telekom-Control-Kommission bei der konkreten Ausgestaltung der Zusammenschaltungsbedingungen ein „weiter Ermessensspielraum zu, soweit nicht die anzuwendenden Rechtsvorschriften konkrete Vorgaben vorsehen“.

Ist das Entgelt für eine im Rahmen der Zusammenschaltung zu erbringende Leistung eines Unternehmens ohne beträchtliche Marktmacht (iSd §§ 35, 37 TKG 2003) betroffen, so fehlt es an einer konkreten Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung (wie etwa ein „kostenorientiertes“ Entgelt iSv § 42 TKG 2003). Wie festgestellt, verfügt keine der Verfahrensparteien über eine festgestellte beträchtliche Marktmacht iSd §§ 35ff TKG 2003 hinsichtlich der Leistung der SMS-Zustellung.

Die Telekom-Control-Kommission ist in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung Zusammenschaltungsentgelte in „angemessener“ Höhe (§ 1152 ABGB) anzuordnen sind (vgl VwGH ZI 2001/03/0170, 18.10.2005).

Den einschlägigen Kommentaren folgend (vgl *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 1152, Rz 18; *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1152, Rz 24) ist jenes Entgelt angemessen im Sinne des § 1152 ABGB, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt. Dabei sind insbesondere die Anhaltspunkte, die das Gesetz dafür bietet, was angemessen sein soll, zu berücksichtigen (OGH 10. Juni 1975, 4 Ob 536-539/75). Herangezogen werden könnten nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes Tarifsysteme oä.

Dem Verwaltungsgerichtshof folgend (VwGH ZI 2002/03/0084, 28.4.2004) kommt es bei der Festlegung angemessener Entgelte „nicht ausschließlich auf konkrete Kosten bei der Erbringung der Zusammenschaltungsleistungen an; die tatsächlichen Kosten können jedoch nicht von vornherein als für die Interessenabwägung jedenfalls unerheblich angesehen werden.“

Im allgemeinen Wettbewerbsrecht wird für marktbeherrschende Unternehmen eine genauere Determinierung des angemessenen Preises darin gesehen, dass der angemessene Preis jener ist, der sich unter Wettbewerbsbedingungen herausgebildet hätte – der so genannte „Als-ob-Wettbewerbspreis“. Zur Beurteilung, ob ein Verkaufspreis unangemessen hoch ist, wird das Verhältnis zwischen dem Verkaufspreis und dem wirtschaftlichen Wert der Leistung betrachtet. Dabei wird entweder auf die Gestehungskosten abgestellt oder ein Vergleichsmarktkonzept herangezogen (vgl *Vartian/Schuhmacher* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, (Hrsg), KartG 2005² (2016), § 5, Rz 26ff; *Lewis* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV, Rz 125ff, *Eilmansberger*, Welcher Preis ist wann angemessen? Kontrolle missbräuchlich überhöhter Preise nach Art 82 EG und § 5 KartG, ÖBl 2008/3, S 14).

Anhaltspunkte, die bei der Festlegung eines angemessenen Entgelts zu berücksichtigen sind, finden sich in den Regulierungszielen des TKG 2003. Nach den Gesetzes-Materialien dienen die in § 1 TKG 2003 „genannten Zwecke [] vor allem auch zur Orientierung bei der Vollziehung des Gesetzes“ („programmatische Zweckdefinition“). Nach § 34 Abs 1 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde durch die im 5. Abschnitt des TKG 2003 angeführten Maßnahmen - zu denen auch die gegenständliche Entscheidung in Zusammenschaltungsstreitigkeiten zählt - die Ziele des § 1 Abs 2 und 2a TKG 2003 zu verwirklichen und dabei insbesondere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Nach Art 20 Abs 3 der Richtlinie 2002/21/EG trifft die Regulierungsbehörde bei der

Beilegung einer Streitigkeit Entscheidungen, „die auf die Verwirklichung der in Art 8 genannten Ziele ausgerichtet sind“ (vgl. VwGH ZI 2004/03/0204, 18. Oktober 2005, ZI 2009/03/0001).

§ 1 Abs 2 TKG 2003 legt – zusammengefasst – folgende gesetzliche Zielvorstellungen fest, die unter Einhaltung der Regulierungsgrundsätze nach Abs 2a und des Grundsatzes der Technologieneutralität nach Abs 3 leg cit von der Regulierungsbehörde zu berücksichtigen sind: Schaffung einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur (Z 1), Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (Z 2) und Förderung der Interessen der Bevölkerung (Z 3). Da ein bestimmtes Rangverhältnis dieser Ziele nicht erkennbar ist, sind die Ziele als (grundsätzlich) gleichwertig anzusehen (vgl. dazu *Schilchegger in Riesz/Schilchegger* (Hrsg), TKG 2003, § 1, Rz 13f, *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003, § 1, S 3).

Um den dargestellten Anforderungen gerecht zu werden, werden als Ausgangspunkt für die Festlegung angemessener Entgelte die betreiberindividuellen Kosten der Verfahrensparteien für die SMS-Terminierung herangezogen: Je nach konkreter Berechnungsart (vgl. dazu die Feststellungen) können für T-Mobile Voll-Kosten zwischen Cent 0,83 und Cent 1,08 pro SMS ausgewiesen werden. Da verschiedene nachvollziehbare Kostenkalkulationen jeweils zu schlüssigen Ergebnissen führen, ist von einer Bandbreite möglicher Kostenwerte auszugehen.

Die Kosten der atms, die über kein Mobilfunknetz verfügt, liegen demgegenüber bei Cent 0,082.

Ein angemessenes Entgelt soll jedenfalls alle Kosten, die – direkt und indirekt – im Zusammenhang mit der Erbringung der SMS-Terminierung stehen, abdecken. Eine bloße Berücksichtigung der direkten Kosten (im Fall der T-Mobile) wird dem Umstand nicht gerecht, dass bei einem Mehrproduktunternehmen wesentliche Kosten entstehen, die nicht in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer singulären Leistung stehen: So wird ein Mobilfunkmast nicht bloß für eine Leistung, etwa Sprachtelefonie, gebaut. Die Übertragung von SMS wäre nicht möglich ohne die entsprechenden Investitionen, beispielsweise in die Errichtung eines Funknetzes. Erst durch eine umfassende Berücksichtigung der nachgewiesenen betreiberindividuellen Vollkosten kann sichergestellt werden, dass jedenfalls alle Kosten für die Erbringung einer Leistung abgedeckt sind, wodurch die Voraussetzungen zur Schaffung des Ziels einer modernen elektronischen Kommunikationsinfrastruktur grundsätzlich geschaffen werden. Ein fairer Interessensausgleich erfordert unter den gegebenen Rahmenbedingungen eines für die sektorspezifische Regulierung nicht relevanten Marktes darüber hinaus, dass jene Kosten, die einer Partei bei einer Leistungserbringung nachweislich entstehen, jedenfalls von der anderen Partei, die die Leistung der SMS-Zustellung in Anspruch nimmt, abgegolten werden (berechtigtes Interesse der Kostenabgeltung).

Demgegenüber steht das berechnete Interesse der Verfahrensgegnerin, dass keine Entgelte bezahlt werden, die (alle) Kosten der Leistungserbringung deutlich, wenn nicht sogar um das Vielfache übersteigen. Ein Entgelt in der (derzeitigen) Höhe von Cent 3 für die Zustellung einer SMS im Netz der T-Mobile liegt zu deutlich über den festgestellten maximalen Vollkosten der SMS-Terminierung.

Ein fairer Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien macht es für die Bestimmung eines angemessenen Entgeltes somit erforderlich, dass die nachgewiesenen Vollkosten der Leistungserbringung gedeckt werden, während der Aufschlag auf diese Kosten begrenzt wird. Durch günstigere, näher an den (Voll-)Kosten liegende Vorleistungsentgelte für die SMS-Terminierung kann dem Regulierungsziel der Förderung der Interessen der Bevölkerung (§ 1

Abs 2 Z 3 TKG 2003) genauso Rechnung getragen werden, wie dem Ziel der Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf den Preis (§ 1 Abs 2 Z 2 lit a leg cit).

Für die verfahrensgegenständliche Leistung besteht keine sektorspezifische Regulierung. Vor diesem Hintergrund ist auch keine Verpflichtung zur „*Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang*“ iSd § 42 TKG 2003 auferlegt worden. § 42 Abs 1 leg cit sieht als mögliche Ausgestaltung der konkreten Verpflichtung für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht „*kostenorientierte Entgelte*“ vor. Ein (streng) kostenorientiertes Entgelt als Abgeltung für eine Leistung, für die keine sektorspezifische Regulierung besteht, ist nicht angemessen, da dem Unternehmen ein zusätzlicher Aufschlag auf die Kosten zugestanden werden kann.

Die konkrete Bemessung eines Aufschlages auf die (maximalen) Kosten (idHv Cent 1,08) ist ein diffiziles Unterfangen. Auch ein Vergleichsmarktkonzept führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Wie festgestellt, liegt der Mittelwert der SMS-Terminierungsentgelte in Europa bei Cent 2,17. Der Mittelwert jener Entgelte, für die eine SMP-Regulierung vorgesehen ist, liegt demgegenüber bei Cent 0,7. Ein weiterer möglicher Vergleichswert liegt im SMS-Roaming-Entgelt entsprechend der Roaming-Verordnung (max Cent 1) sowie dem Entgelt, das ein MVNO seinem Hostnetzbetreiber für eine SMS zu entrichten hat (beim Hostnetzbetreiber Hutchison fallen zwischen Cent 0,34 und Cent 0,4 an).

Keiner der Vergleichswerte bietet sich als eindeutige Referenz an, die ohne Weiteres der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde gelegt werden kann – weder für einen Aufschlag auf die festgestellten Kosten noch für den Preis der SMS-Zustellung:

Bei den internationalen SMS-Terminierungsentgelten wären konkrete nationale Umstände der Vergleichsländer, Unterschiede in den Volkswirtschaften (Kaufkraft) oder etwa die andere Regulierungspraxis zu berücksichtigen, weswegen diese Vergleichswerte nicht unmittelbar herangezogen werden können. Nationale Umstände werden mit diesen Werten nicht in einem ausreichenden Ausmaß berücksichtigt (vgl zum Benchmarking VwGH 2009/03/0059, 20.6.2012).

Auch wenn atms die Preise für die SMS-Terminierung im Rahmen der MVNO-Verträge für den „*geeignetsten Vergleichswert*“ erachtet (ON 32, 59), werden auch diese Werte (Cent 0,34 bzw 0,4) nicht unmittelbar der Entscheidung zu Grunde gelegt, da der Preis für eine SMS im Rahmen dieser Verträge lediglich ein einzelnes Element einer umfangreichen MVNO-Zugangs-Vereinbarung darstellt: Die Leistung der SMS-Zustellung steht neben einer Vielzahl anderer Leistungen des eingekauften Paketes von Sprache, Daten, SMS und ggf weiterer Dienstleistungen des Mobilfunkbetreibers (Zugang zu Datenbanken, Roaming, ...) an seinen MVNO. Die Bepreisung eines einzelnen Elementes eines Produktbündels hat damit bloß eine geringe Aussagekraft, da es nicht erforderlich ist, dass jede Einzel-Leistung „richtig“ (nach Aufwand bzw Kosten) bepreist ist. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die SMS-Mengen in den letzten Jahren deutlich gesunken sind und damit die SMS-Leistung nicht als zentrale Leistung angesehen werden kann, weshalb eine solche Vereinbarung abgeschlossen wird. Darüber hinaus müssen bestimmte Kostenblöcke (für Marketing, Vertrieb, Customer Care und Logistik) nicht unbedingt vom Host-Netz-Betreiber getragen und folglich auch nicht von diesem eingepreist werden.

Auch das SMS-Roaming-Entgelt entsprechend der Roaming-Verordnung hat eine lediglich geringe Aussagekraft, da dieser Wert als Höchstpreis festgelegt wurde und nicht ersichtlich ist, dass diesem Preis eine Kostenkalkulation zu Grunde gelegt wurde und – wie von atms ausgeführt (ON 32) – die Leistungen der Originierung und Terminierung abdeckt.

Letztlich ist auch das von der Telekom-Control-Kommission auf Basis des Kostenrechnungsstandards Pure-LRIC festgesetzte Entgelt für die Leistung der Terminierung von Sprachanrufen in ein mobiles Netz (Mobilterminierung) nicht unmittelbar vergleichbar, da diese Leistung vor dem Hintergrund der identifizierten Wettbewerbsprobleme bzw. den Ergebnissen einer Marktanalyse einer – strengen – sektorspezifischen Regulierung (iSd §§ 36f, 42 TKG 2003 iVm der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission) unterworfen ist. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Terminierung von Sprache anderen Qualitätsanforderungen genügen muss.

Vor dem Hintergrund dieser Bedingungen erachtet die Telekom-Control-Kommission im Rahmen der gegenständlichen Ermessensentscheidung einen Preis für die wechselseitige Zustellung einer SMS in der Höhe von Cent 1,20 als angemessen. Dieser Wert stellt einen fairen Ausgleich der (dargelegten) berechtigten Interessen der Verfahrensparteien dar: Durch die umfangreiche Berücksichtigung aller Vollkosten der Leistungserbringung samt Einräumung eines „Gewinns“ werden die Regulierungsziele der Schaffung einer modernen Infrastruktur und der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen unterstützt, während gleichzeitig durch Festlegung eines kostennahen Entgeltes (insbesondere im Vergleich zu den derzeit von T-Mobile verrechneten Cent 3) den Interessen der Bevölkerung entsprochen wird und größtmögliche Vorteile für alle Nutzer im Besonderen in Bezug auf den Preis geschaffen werden. Das angeordnete Entgelt steht damit in keiner Weise „außer Verhältnis zu den der Leistung zuzuordnenden Kosten“ und wirkt „sich [nicht] nachteilig auf die zu berücksichtigenden Ziele - § 1 Abs 1 und 2 sowie § 34 Abs 1 TKG 2003 – aus [].“ (vgl. VwGH 2009/03/0001 vom 30.6.2011).

Die Größenordnung des festgelegten Wertes hält einem einfachen Vergleich mit dem Mittelwert der erwähnten alternativen Preismaßstäbe stand: Eine einfache Mittelung aller festgestellten Werte (Cent 2,17 und Cent 0,7 für internationale SMS-Terminierung, Cent 1 für Roaming, Cent 0,4 für MVNO-SMS-Zustellung, und Cent 0,8049 für Sprachterminierung) führt zu einem Wert größer Cent 1. Der Mittelwert aus den unregulierten internationalen Vergleichswerten (Cent 2,17), dem Roaming-SMS-Entgelt (Cent 1) und dem MVNO-SMS-Entgelt (Cent 0,4) kommt bei Cent 1,19 zu liegen.

Neben der absoluten Höhe der verfahrensgegenständlichen Entgelte ist auch das Verhältnis dieser Entgelte zwischen den Verfahrensparteien von großer Bedeutung: Die Telekom-Control-Kommission hat in einer Vielzahl an Entscheidungen – basierend auf ökonomischen Überlegungen (siehe sogleich) – die Ansicht vertreten (vgl. etwa M 15a/03-107, M 13a/06–106), dass sich in einem wettbewerblichen Umfeld ein einheitlicher Preis bildet, weswegen in einer hoheitlichen (diesfalls vertragsersetzten) Anordnung auch ein einziges (gleich hohes) Entgelt für die wechselseitigen Leistungen angeordnet wurde. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind (vgl. auch atms in der „Fragenliste zum Gutachten“, Beilage zur Niederschrift der mündlichen Verhandlung am 3.9.2018). Diesem „Law of one price“-Prinzip („One price rule“, einheitlicher Marktpreis) wird auch in gegenständlicher Anordnung Rechnung getragen und für beide Verfahrensparteien werden Entgelte in derselben Höhe festgelegt. Damit werden wettbewerbliche Verzerrungen vermieden (§ 1 Abs 2 Z 2 lit b TKG 2003), die sich aus dem Umstand unterschiedlich hoher Vorleistungsentgelte ergeben. Durch die fortgesetzte Verfolgung des Ziels einheitlicher Preise wird darüber hinaus dem Regulierungsgrundsatz der Vorhersehbarkeit der Regulierung (§ 1 Abs 2a z 1 TKG 2003) weitestgehend entsprochen.

Die betreiberindividuellen Vollkosten der Verfahrensparteien sind sehr unterschiedlich, was angesichts des Umstandes, dass atms kein Mobilfunknetz betreibt und über keine Frequenznutzungsrechte verfügt, nicht verwundert. Dies führt aber dazu, dass der Grad der Kostenüberdeckung bei den Verfahrensparteien sehr unterschiedlich ausfällt. Dieser Unterschied ist aber vor dem Hintergrund der „one price rule“ und des einheitlichen Regulierungskonzeptes hinzunehmen, wobei zusätzlich zu beachten ist, dass die Verkehrsverteilung zwischen den Verfahrensparteien stark asymmetrisch ist – T-Mobile berichtet von einer Verkehrsverteilung von 1:200 (ON 3) – und der Höhe des SMS-Terminierungsentgelts der T-Mobile ein deutlich höherer Stellenwert zukommt.

Darüber hinaus begehrt auch die antragstellende Gesellschaft die Festlegung gleich hoher Entgelte (ON 1). Dem Vorbringen der T-Mobile ist nicht zu entnehmen, dass die Entgelte zwischen den Verfahrensparteien unterschiedlich hoch sein sollten. Schließlich führen auch die Amtssachverständigen in ihrem Gutachten (ON 15, S 11) aus, dass „aus ökonomischer Sicht [grundsätzlich] Entgelte auf beiden Seiten in gleicher Höhe vorzusehen [wären].“

4.6 Sonstiges

4.6.1 Anträge der atms im Hinblick auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung

atms übermittelte am 30.9.2018 „Anträge auf Ergänzungen und Richtigstellung des Protokolls“ (ON 41). Diesen Anträgen konnte – nach Anhören des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung – weitgehend entsprochen werden; dies betrifft im Konkreten die Anträge zu den Punkten 1, 2, 3 und 5 (vgl dazu die adaptierte Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 3.9.2018, ON 54).

Hinsichtlich der beantragten Ergänzung zu Punkt 4 ist festzuhalten, dass die Aussage des Amtssachverständigen hinsichtlich eines „regulatorischen Fehlers“ bereits protokolliert wurde und sich damit eine weitere Aussage erübrigt. Ergänzende Ausführungen der Amtssachverständigen zu einem möglichen „regulatorischen Fehler“ finden sich darüber hinaus in der gutachterlichen Replik (ON 44, Seiten 27f).

Dem Begehren auf Streichung einer Aussage eines Vertreters der atms (Punkt 6) wird nicht Rechnung getragen, da diese Aussage auf der Grundlage des Tonband-Protokolls in dieser Form nachvollzogen werden kann: Diese Aussage ist in der protokollierten Form vom Vertreter der atms gefallen und wurde in der Niederschrift (nunmehr wortgetreu) wiedergegeben.



III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht den Parteien dieses Verfahrens gemäß § 121 Abs 5 TKG 2003 das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei eine Eingabegebühr in der Höhe von Euro 30,- zu entrichten ist (BGBl II 387/2014 idgF). Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen.

Wien, am 12.11.2018

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende

XXXXX