

Z 1/19-57

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 A1 Telekom Austria AG, Lassallestraße 9, 1020 Wien, in der Sitzung vom 18.12.2019 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 A1 Telekom Austria AG (A1) in Ergänzung des Zusammenschaltungsvertrages vom 4.8.2003 folgende Bedingungen für SMS-Terminierung zur Anwendung:

A. Zusammenschaltungsanordnung – „Interworking von Short Messaging Services“

„1 Präambel

Gegenstand dieser Anordnung ist die Regelung betreffend die Abwicklung von netzübergreifenden Short Message Services (SMS) mittels Zeichengabeverfahren Nr 7 (ZGV7) -Netz oder IP basierter Signalisierung zwischen den Netzwerken der Parteien.

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 im 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 und Datenpaketen unter anderem für SMS zur Verfügung stellt.

2.3 Netz der A1

Der Begriff „Netz der A1“ bezeichnet das öffentliche Telekommunikationsnetz der A1 sowie die Telekommunikationsinfrastruktur, die die A1 für die Übertragung von Signalen und Datenpaketen unter anderem für SMS zur Verfügung stellt.

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.

2.6 Nationale Kennung

Bezeichnung für eine Rufnummer, die mit der Landeskennzahl 43 für Österreich gemäß ITU-T E.164 beginnt.

2.7 Internationale Kennung

Bezeichnung für eine Rufnummer, die nicht mit der nationalen Kennung für Österreich (43) gemäß ITU-T E.164 beginnt.

2.8 Alphanumerische Kennung

Spezielle Absenderkennung, die Text und/oder Nummern mit einer Länge von maximal 11 Zeichen enthalten kann. Somit alle Absenderkennungen, welche nicht unter Punkt 2.6 und 2.7 aufgelistet sind.

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 der A1 zu Short Messaging Services im Netz von atms und,
- die Zustellung von Messages aus dem Netz von atms zu Short Messaging Services im Netz der A1

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 Phishing SMS

Soweit technisch möglich, bemühen sich die Parteien, SMS Verkehr, der den Teilnehmern schadet, mit einer sofortigen Sperre zu unterbinden (zB bei Phishing SMS Nachrichten).

4 Dimensionierung des Netzes

Die Parteien sind wechselseitig verpflichtet, ausreichende Leitungskapazitäten und Systemressourcen (insbesondere Signalisierungsequipment) bereitzustellen, um den gesamten wechselseitigen SMS Interworkingverkehr, der Gegenstand dieser Anordnung ist, abwickeln zu

können. Sollte eine Erweiterung der vorhandenen Kapazitäten für die Abwicklung des SMS Interworkingverkehrs notwendig sein, so führen die Parteien die Erweiterung zu den in Anhang 3 geregelten Bedingungen durch.

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

Die technischen Parameter sind in Anhang 3 dargestellt.

5 Entgeltverrechnung

5.1 Interworkingleistungen

Die wechselseitigen SMS 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 – 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 Vertragspartner gemeinsam die Ursache zu finden und zu korrigieren.

5.2 Rechnungsinhalte

5.2.1 Verrechnungs-/Kundennummern

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

5.2.2 Rechnungsgliederung und Rechnungsinhalt

Die Parteien weisen die Entgelte für Interworkingleistungen sowie allfällige andere 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,
- die jeweilige Rechnungsnummer sowie
- die UID Nummer.

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

- Anzahl der verrechnungsrelevanten Nachrichten,
- das Entgelt je Nachricht,
- das resultierende Gesamtentgelt 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.

5.3 Vorgehensweise bei nicht feststellbarer Höhe der Rechnung

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, für Samstage und für 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.

5.4 Rechnungslegung

5.4.1 Interworkingleistungen

Jede Partei erstellt eine Monatsrechnung über alle von ihr geforderten Beträge auf 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.

5.4.2 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.

5.5 Fälligkeit

5.5.1 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:

5.5.2 Zahlungsfrist

Ordnungsgemäß ausgestellte Rechnungen sind binnen 30 Tagen nach Rechnungserhalt zur Zahlung fällig, sofern nicht die rechnungserhaltende Partei innerhalb derselben Frist die Rechnung beeinsprucht. In letzterem Fall wird die Fälligkeit des beeinspruchten Betrages bis zur erforderlichen Klärung, längstens aber für sechs Wochen (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.

5.5.3 Zahlungsverzug

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

5.5.4 Mahnspesen

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

5.5.5 Betragsabweichungen

Weicht der Rechnungsbetrag für Interworkingleistungen um mehr als 2 % des monatlichen Volumens ab, jedenfalls aber erst ab einem Gesamtbetrag von EUR 3.000, so gilt Folgendes:

Der Rechnungsempfänger hat gegen die Rechnung Einspruch zu erheben. Nur der in der Rechnung enthaltene unstrittige Betrag ist fristgemäß zu bezahlen. Die Abweichung hinsichtlich des strittigen Rechnungsbetrags 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 zwei 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 (im Rahmen des maximal zweiwöchigen Koordinationsverfahrens gemäß Punkt 13.1 und – soweit erforderlich – eines maximal zweiwöchigen Eskalationsverfahrens gemäß Punkt 13.2; längstens aber für eine Frist von sechs Wochen ab Ende der Einspruchsfrist (d.h. 30 Tage nach Rechnungserhalt)) hinausgeschoben.

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, so 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.

5.6 Zahlung

Die Zahlung des Rechnungsbetrags erfolgt direkt an die rechnungslegende Partei.

5.7 Sperre

5.7.1 Wegen Zahlungsverzug

Kommt eine Partei mit mindestens einem Drittel des fälligen Entgeltes für Interworkingleistungen in Verzug, so 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 Nachfristgewährung zur Bezahlung des fälligen Entgeltes voranzugehen. Die Mahnung hat eine ausdrückliche Androhung der beabsichtigten Sperre zu enthalten.

Kommt eine Partei mit sonstigen fälligen Entgelten in Verzug, so 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 Nachfristgewährung zur Bezahlung des fälligen Entgeltes voranzugehen. Die Mahnung hat eine ausdrückliche Androhung der beabsichtigten Sperre entsprechender Leistungen zu enthalten.

5.7.2 Aufhebung

Die Sperre ist unverzüglich aufzuheben, sobald die Gründe für ihre Durchführung entfallen oder fällige Entgelte für Interworkingleistungen von der anderen Partei beglichen worden sind.

5.8 Zustimmung zur Weitergabe von Informationen

Sollten für die Ermittlung eines Rechnungsbetrages oder für die Prüfung eines Einspruches Auskünfte, Daten oder Informationen von Dritten notwendig sein, so ist jede Partei verpflichtet, der Weitergabe der Auskünfte, Daten oder Informationen durch den Dritten im erforderlichen, gesetzlich konformen Umfang zuzustimmen.

5.9 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.

5.10 Nettoentgelte

Alle in den Anhängen der gegenständlichen Anordnung genannten 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.

Die gegenständliche SMS-Zusammenschaltung zwischen A1 und atms ist längstens bis 29.02.2020 für die kommerzielle Verkehrsabwicklung in Betrieb zu nehmen.

Sollte A1 die angeordnete SMS-Zusammenschaltung nicht bis 29.02.2020 umsetzen und kommerziell in Betrieb nehmen und hat atms keine Handlungen gesetzt, die zu einer Verzögerung bei A1 führen, hat A1 der atms eine Vertragsstrafe zu bezahlen:

Die Vertragsstrafe wird derart berechnet, dass A1 der atms für jede SMS, welche atms nach dem 29.02.2020 über die Endkundenschnittstelle an die A1 zur Zustellung im Netz der A1 übergibt, die Differenz zwischen den für diese SMS tatsächlich verrechneten Entgelten und den Entgelten, welche angefallen wären, wenn die SMS nach diesem Bescheid übergeben und verrechnet worden wäre, zu bezahlen hat. Die Vertragsstrafe wird monatlich abgerechnet und zur Zahlung fällig.

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 vertragsgegenständlichen 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, wenn

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

- die andere Partei der kündigenden Partei gegenüber mit Zahlungsverpflichtungen trotz Fälligkeit und zweimaliger fruchtloser schriftlicher Nachfristgewährung von je 14 Tagen im Verzug ist;
- die andere Partei diese vertragsersetzende Anordnung so schwerwiegend verletzt, sodass eine Fortsetzung dieser Zusammenschaltung für die andere Partei unzumutbar wird und die Verletzung der vertragsersetzenden Anordnung und deren Folgen nicht binnen 30 Tagen nach schriftlicher Aufforderung durch eingeschriebenen Brief der verletzten Partei vollständig beseitigt hat;
- über das Vermögen der anderen Partei ein Konkursverfahren eröffnet oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse 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.

Jede Partei ist 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.

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.

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 zehn 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 der 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 anordnungsbezogenen 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 DSGVO).

Die Parteien verpflichten sich für den Fall, dass sie sich in vereinbarungskonformer 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 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 dem Vertragspartner unverzüglich anzuzeigen.

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 (Gemeinschafts-erfindungen), 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 und der Zugang von Erklärungen

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 an die in Anhang 5 angegebenen

Faxnummer 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 nahekommen.

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 Streitbeilegungs- 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 Vereinbarung 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	Koordinatoren/Ansprechpartner/Ansprechstelle



Anhang 1

Abkürzungsverzeichnis

A1	A1 Telekom Austria Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
CC	Country Code
CLI	Calling Line Identification
DSG	Datenschutzgesetz
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
GT	Global Title
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
nat	National
NÜP	Netzübergangspunkt
QNB	Quellnetz-Betreiber
pa	per annum
Pol	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
TON	Type of Number
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 von netzübergreifenden Short Message Services (SMS) mittels Zeichengabeverfahren Nr 7 (ZGV7) -Netz oder IP basierter Signalisierung und Zustellung von Short Messages (SM), die vom SMS-C einer Partei kommend (Quellnetz) in 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.

Die Zustellung von SMS-Verkehr zu Teilnehmern des Zielnetzes im Internationalen Customer Roaming Fall wird nicht zwischen den Parteien gewährleistet. Eine technische Verkehrsführung über das Heimatnetz des adressierten Teilnehmers ist auch im Internationalen Customer Roaming Fall zulässig.

Die Zustellung von SMS-Verkehr zu Teilnehmern des Zielnetzes im Internationalen Customer Roaming Fall wird nicht zwischen den Vertragspartnern abgerechnet.

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 Vertragspartners 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 Vertragspartners 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 A1 → Netz der atms SM Terminierung vom SMS-C der A1 in das Netz der atms	1,2
SM A1	Terminierung im Netz der A1 SMS-C atms → Netz der A1 SM Terminierung vom SMS-C der atms in das Netz der A1	1,2

5 Entgeltgrundsätze

Die vorstehenden Entgelte sind unabhängig von Tageszeit und Verkehrsvolumen.

6 Verkehrsführung

Die Parteien übergeben den anordnungsgegenständlichen SMS-Verkehr mittels direkter Übergabe an die jeweils andere Partei. Im Falle eines kurzfristigen Überlaufs oder im Falle einer Störung wird der SMS-Verkehr indirekt (über ein Drittnetz) übergeben. In diesem Fall hat der Quellnetzbetreiber ein allfälliges Transitentgelt an den Betreiber des Transitnetzes zu leisten.

7 Inbetriebnahme weiteres SMSC

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

Anhang 3

Technische Parameter der Zusammenschaltung

1 Verkehrsführung

Die Parteien übergeben den anordnungsgegenständlichen SM-Verkehr grundsätzlich mittels direkter Verkehrsführung auf der Basis von SIGTRAN.

2 Allgemeines Technisches Design

Die SMS Zusammenschaltung via SIGTRAN verbindet die zwei SCTP (STP) Endpunkte von A1 zu den zwei SCTP Endpunkten von atms mit Multihoming Support.

Die darunterliegende IP Schicht hat BGP zu unterstützen.

Das SMSC von atms ist redundant als Hot-Standby Lösung ausgeführt; es gibt zwei aktive, unabhängige SCTP Endpunkte, über die ein Application-Server mit einem NAT1 Signalling Point Code erreicht wird.

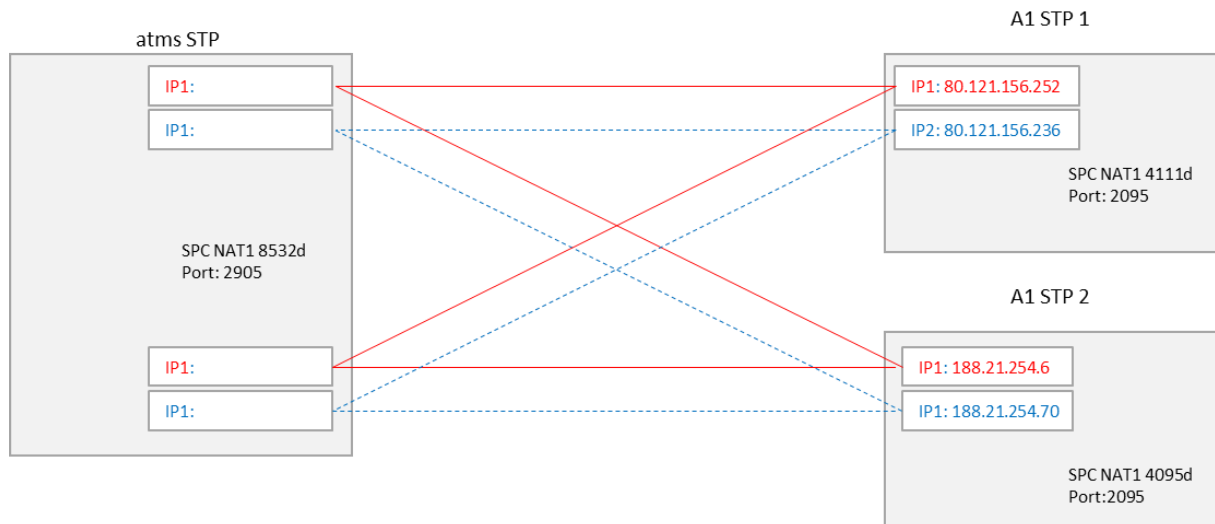


Bild 1: Network Diagram atms – A1

[IP Adressen sind längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern]

	Parameter	A1	atms
SIGTRAN	Multihoming	Yes	Yes
	SCTP Endpoints (IP:Port)	Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern	Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern
	Protocol	M3UA	M3UA

	Traffic Mode	Loadshare	Loadshare
	Connection Mode	IPSP	IPSP
SCCP	SCCP Variant	ETSI	ETSI
	National Point Codes	4111, 4095	8532
	SSN Indicator	1	1
	Point Code Indicator	0	0
	Global Title Indicator	0100	0100
	Numbering Plan	1	1
	Nature of Address Indicator	4	4
	Routing Indicator	0	0
Routing	SMSC Global Title	43664053XX	436536510000
	HLR Global Title	4366401100	436536510000
	E164 CC	43	43
	E164 NDC	Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern	65324, 65338, 65365, 65386
	Number Portability Supported	for A1 traffic	for atms traffic
	Routing Prefixes MNP	439602	439605

3 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 Landeskennzahl 43, danach 96ZZ und im Anschluss die mobile Rufnummer übertragen.

Hierbei kennzeichnet die Bereichskennzahl 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 er für diese Rufe wie ein Quellnetzbetreiber. Dies bedeutet, dass er diesen Verkehr im nationalen Netz genauso routet und abrechnet wie seinen eigenen originierenden Verkehr.

4 Forecast und Erweiterung der Kapazität

Forecast von atms für die Inbetriebnahme: (Linkübergreifend, Antwortnachrichten, Bothway)

	2019	2020	2021	2022	2023
MSU / sek Peak	400	450	500	550	600
kBit / sek Peak	72000	81000	90000	99000	108000
MSU / sek Avg	100	125	150	175	200
kBit / sek Avg	18000	22500	27000	31500	36000

Sollten die vereinbarten Grenzwerte MSU/sek und/oder kBit/sek zumindest zu 90% erreicht werden, werden die Parteien unverzüglich, längstens aber binnen drei Werktagen nach Aufforderung durch die jeweils andere Partei, die Kapazität entsprechend dem aktuellen Bedarf erweitern.

5 Transport – Bandbreiten

5.1 Kopplung

Die physikalische Kopplung der Netze erfolgt mit 2 x 1Gbit Ethernet Verbindungen bei InterXion in 1210 Wien.

Jede Partei realisiert und bestellt jeweils eine Ethernetverbindung / Kopplung und ist für diese selbst verantwortlich (Patchbestellung, Entstörung, Betrieb, etc)

5.2 Transport – Patchpositionen (InterXion)

Demarcation = IX MeetMe Panel	
atms	A1
Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern	Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern
Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern	Ist längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides nachzuliefern

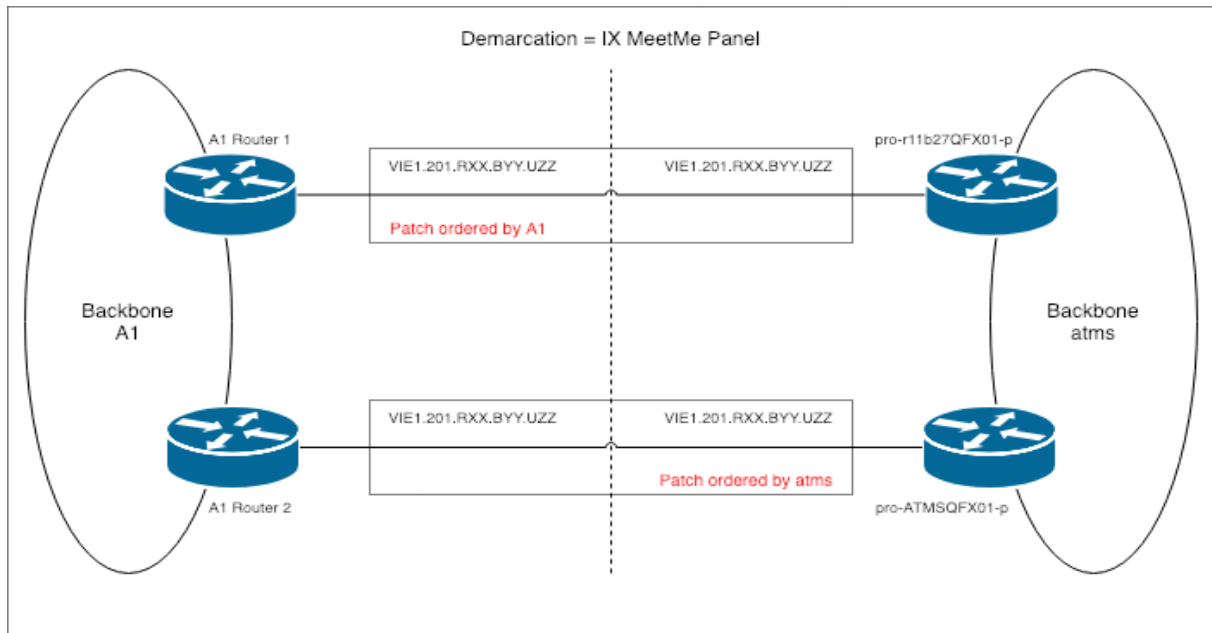


Bild 2: Patchübersicht und schematische physikalische Zusammenschaltung



Anhang 4

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. A1

2.1. Koordinator

Martin Freilach
Wholesale
Obere Donaustraße 29, A-1020 Wien
Tel: +43 5664 20813
Mobil: +43 664 6620813
E-Mail: martin.freilach@a1telekom.at

2.2. Ansprechpartner für Diensterufnummern (Einrichtung; Sonstiges)

[ist von A1 längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:
Fax:
Mail:

2.3. Störungsmeldestelle

Network Operation
Operation 7x24
Arsenal Obj. 24, A-1030 Wien
Tel: +43 50 664 60909
E-Mail: opmcomessagingsmms@a1telekom.at

2.4. Ansprechpartner für Verrechnungsfragen

A1 Telekom Austria AG
Wholesale/National Billing
Obere Donaustraße 29
1020 Wien
E-Mail: ic.verrechnung@a1telekom.at

2.5. Rechnungsadresse

A1 Telekom Austria AG
Cluster 60
1004 Wien
Firmenbuch-Nr. 280571 f



UID-Nummer ATU 62895905

2.6. Ansprechpartner für SMS-C Einrichtungen und technische Fragen

[ist von A1 längstens binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides an atms zu melden]

Tel:

Fax:

Mail:

II. Begründung

1 Gang des Verfahrens

Mit E-Mail vom 25.1.2019 übermittelte atms Telefon- und Marketing Services GmbH (atms) einen „Antrag gem § 50 TKG“ gegenüber A1 Telekom Austria AG (A1). Als Anlage ./A wurden die beantragten Bedingungen für eine Teilzusammenschaltungsanordnung für das „Interworking von Short Messaging Services“ (SMS) vorgelegt (ON 1).

Im vorgelagerten Schlichtungsverfahren vor der RTR-GmbH, RVST 2/19 (§ 121 Abs 2 und 3 TKG 2003), wurde keine Einigung erzielt (ON 3).

Am 18.3.2019 hat die Telekom-Control-Kommission einen Gutachtensauftrag zu den Kosten der Verfahrensparteien für die antragsgegenständliche Leistung der wechselseitigen Zustellung von Textnachrichten (SMS) erteilt (ON 4 – 6).

Am 2.4.2019 übermittelte A1 eine Stellungnahme samt Gegenantrag (ON 7). Eine „Replik, Stellungnahme zum Gegenantrag, Antragsergänzung“ der atms dazu langte am 27.5.2019 ein (ON 10, 12).

Im Juni 2019 legten die Amtssachverständigen ihr „Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 1/19 – SMS Terminierung“ vor (ON 16 - 18).

Stellungnahmen der A1 langten am 16.7.2019 (ON 19, „A1-Stellungnahme zur atms-Replik“) und 13.8.2019 ein (ON 24, „A1-Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten“). Am 13. und 28.8.2019 übermittelte atms Schriftsätze (ON 25, „Replik zur Stellungnahme der A1, Stellungnahme zum Gutachten der Amtssachverständigen“; ON 28, „Replik“).

Am 2.9.2019 hat die Telekom-Control-Kommission die bestellten Amtssachverständigen mit einer gutachterlichen Stellungnahme (bis 16.9.2019) beauftragt (ON 29 – 31; ON 34 „Replik der Gutachter“).

Am 1.10.2019 übermittelte A1 eine „A1-Stellungnahme zur Replik der Amtsgutachter vom 16.9.2019“ (ON 37).

Am 21.10.2019 wurde eine mündliche Verhandlung im Beisein der Amtssachverständigen durchgeführt (ON 40, ergänzt ON 49). Zur Niederschrift (ON 42, 43) hat atms am 18.11.2019 „Einwendungen gegen das Protokoll“ übermittelt (ON 44). Am 25.11.2019 langte eine Stellungnahme der A1 zur Niederschrift ein (ON 46).

Am 4.12.2019 übermittelte atms eine „Kurzreplik“ (ON 52); dieser wurde von A1 mit Email vom 6.12.2019 entgegnet (ON 54).

2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Status der Verfahrensparteien

atms und A1 sind jeweils Inhaber von Bestätigungen gemäß §§ 15 iVm 133 Abs 4 Satz 2 TKG 2003. Sie erbringen jeweils mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

2.2 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 A1 existiert ein „Large Account“-Vertrag (iW ein Endkunden-Vertrag) mit einem Staffelpreis für die Zustellung von SMS in das Netz der A1 mit einem „Zielpreis“ von rund Cent 3.

Mit Schreiben vom 23.11.2018 fragte atms die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der atms und der A1 für die Abwicklung netzübergreifender SMS mittels ZGV7-Netz nach und übermittelte hierzu einen konkreten Entwurf eines SMS-Zusammenschaltungsvertrages (Entwurf „*Vertrag betreffend Interworking von Short Messaging Services*“, ON 1, Beilage A).

Eine Verhandlung über diese nachgefragten Bedingungen fand am 11.12.2018 statt. Am 14. und 17.1.2019 gab es Kontakte hinsichtlich eines Preises für die nachgefragte SMS-Zusammenschaltung (ON 1, Beilagen ./2 und ./3).

Eine Einigung über die nachgefragten und in weiterer Folge von atms beantragten Bedingungen konnte nicht erzielt werden (ON 1, Punkte 3, 4).

Eine Nachfrage nach Abschluss von Festlegungen, die in einem „*Code of Conduct (SMS Interworking)*“ niedergelegt sind, kann ebensowenig festgestellt werden, wie hierüber geführte Verhandlungen (ON 1, Beilagen ./2 und ./3; ON 7, Anlage ./II).

2.3 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 A1.

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 Kommunikationsnetze.

2.4 Keine sektorspezifische Regulierung der Terminierung von SMS

Die Leistung der Terminierung von SMS unterliegt keiner sektorspezifischen Regulierung iSd §§ 36 ff 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 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 0,0795**.

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 und IC-Billing) dividiert durch die Anzahl der (ein- und ausgehenden) transportierten SMS.

2.5.2 Kosten der A1

2.5.2.1 Kostenblöcke

Hinsichtlich der Ermittlung der Kosten der Zustellung einer SMS in das Netz der A1 ist zwischen direkten und indirekten Kosten zu unterscheiden:

Bei den direkten Kosten der Zustellung einer SMS in das Netz der A1 handelt es sich um Produktkosten aus den Bereichen „*Finance*“, „*Operation*“ und „*Network*“, die direkt dem Produkt SMS zugerechnet werden (zB SMS-C). Die Kosten werden somit nach dem „Verursachungsprinzip“ zugeordnet.

A1 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 (der Kalkulation zu Grunde gelegten) indirekten Kosten umfassen folgende Kostenblöcke: „Customer Service, Shops, Business & Residential Sales, Wholesale“, „Network, Operation, IT“, „Accounting, Controlling, Logistik, Einkauf, Real Estate Management“, „Marketing, Marketing Communication, Legal, Regulatory Affairs“, „HR, CEO, Betriebsrat, Communication intern/extern“ (Personalkosten inklusive Nebenkosten); weiters „Customer Value Management“, „Marketing, Marketing Communication“, „Sales“, „Mobil-Sites“, „Technik (Wartung und Instandhaltung) + CTO Agenden“, „Treasury & Accounting Management“, „IT Services“, „CEO + CFO Agenden“, „Customer Service“, „Energie“, „Gebäude und Betriebsausstattung“, „Shops“, „Logistik“ sowie „Corporate Responsibility“ (Laufender Aufwand); „Frequenzgebühren“, „Mobilfunkanlagen“, „Immaterielle Gegenstände“, „Leitungstechnik“, „Übertragungstechnik“, „Asset Retirement Obligations“, „Gebäude und Betriebsausstattung“, „Hardware“ sowie „Stromversorgungsanlagen“ (Anlagen). Kosten für „Restrukturierung“ wurden (grundsätzlich) nicht berücksichtigt.

Die Zurechnung der indirekten Kosten auf die verfahrensgegenständliche Leistung 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.

Hinsichtlich der relevanten Mengen an SMS wurden bei den indirekten Kosten eingehende und ausgehende SMS berücksichtigt; on-net-SMS wurden verdoppelt, da – 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 Ast*“). Im Ausland konsumierte SMS wurden abgezogen, da diese im ausländischen Netz abgewickelt werden. Ebenso wenig wurden Mehrwert- und Roaming-SMS berücksichtigt.

2.5.2.2 Kostenkalkulationen

a. Die SMS-Kosten der A1 zeigen sich wie folgt:

Kostenblock	Basis (in Euro)	Verteil-schlüssel	Anteil SMS (in Euro)	Anzahl SMS	Kostenanteil pro SMS (in Cent)
SMS-direkt	XXXXXXX	100%	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX
SMS-indirekt (gesamt)	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX
Gesamt	XXXXXXX		XXXXXXX		0,969

Es können Vollkosten der A1 pro SMS in der Höhe von 0,969 Cent festgestellt werden.

b. Wird die Kalkulation auf Basis des (von A1 angesetzten) Faktorverhältnisses von 5:1:2 für den Bündelanteil (zur Bewertung der Verkehrsmengen Minuten/Daten/SMS, anstelle des Verhältnisses 1 Minute = 1 MB = 1 SMS) durchgeführt, zeigen sich die Kosten wie folgt:

Kostenblock	Basis (in Euro)	Verteil-schlüssel	Anteil SMS (in Euro)	Anzahl SMS	Kostenanteil pro SMS (in Cent)
SMS-direkt	XXXXXXX	100%	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX
SMS-indirekt (gesamt)	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXX
Gesamt	XXXXXXX		XXXXXXX		1,115

c. Werden „nicht SMS-relevante Kosten“ in Höhe von rund € XXXXXXX Mio (statt rund € XXXXXXX Mio) von der relevanten Kostenbasis zum Abzug gebracht und der Kalkulation zu Grunde gelegt, können Vollkosten der A1 für die Zustellung einer SMS in ihr Netz in der Höhe von **Cent 1,0036** festgestellt werden.

Finden zusätzlich die von A1 angesetzten „Restrukturierungskosten“ der A1 (bei den indirekten Kosten) Eingang in eine Kostenkalkulation, ergeben sich Vollkosten der A1 für die Zustellung einer SMS in ihr Netz in der Höhe von **Cent 1,047**.

Wird die Erlösbasis (zusätzlich zu den unter c. genannten Adaptionen) um die von A1 angegebenen konkreten Umsätze aus Mehrwert- und Roaming-SMS reduziert, können Kosten der A1 für die Zustellung einer SMS in ihr Netz in der Höhe von **Cent 1,13** festgestellt werden.

2.5.2.3 (Mögliche) Kosten der A1 für „Fraud-Management“

Unter Zugrundelegung möglicher zukünftiger Gesamt-Kosten der A1 für ein „Fraud-Management“ und der aktuellen Anzahl an SMS können Kosten pro SMS für das Setzen von Maßnahmen gegen „SMS-Fraud“ in der Höhe von **Cent 0,05** festgestellt werden.

2.6 Vereinbarung und Anordnung betreffend SMS-Terminierung

Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 12.11.2018 wurden zwischen atms und T-Mobile Austria GmbH Entgelte für die wechselseitige Zustellung von SMS in der Höhe von Cent 1,2 festgelegt. Gegen diese Entscheidung zu Z 1/17 wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

Zwischen atms und ##### wurde (nach Abschluss des Verfahrens zu Z 1/17; vgl Streitschlichtungsgespräch vom 13.2.2019, ON 3) ein wechselseitiges Entgelt für die SMS-Terminierung in der Höhe von Cent ##### vereinbart (ON 40, Seite 3).

Es sind keine Details über weitere aktuelle privatrechtliche Vereinbarungen über SMS-Terminierungsentgelte bekannt: A1 folgend (Streitschlichtungsgespräch RVST 2/19-7, Z 1/19-3, unwidersprochen) liegen weitere (auf privatrechtlicher Basis vereinbarte) Entgelte für die Zustellung einer SMS aus nationalen Netzen bei ca Cent 3 und jene für die Zustellung aus internationalen Netzen bei ca Cent 6.

2.7 Alternative Preismaßstäbe

2.7.1 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.

2.7.2 Preise anderer Vorleistungen

2.7.2.1 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 Referenz-Angebot 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.

2.7.2.2 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.

2.7.2.3 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.

2.8 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 den von atms beantragten Zusammenschaltungsbedingungen (ON 1, Anlage ./A). Dass die Leistung der Terminierung von SMS keiner sektorspezifischen Regulierung iSd §§ 36 ff TKG 2003 unterliegt, ist ebenso amtsbekannt und wird von den Verfahrensparteien bestätigt (ON 1, 7). 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); diesem nachvollziehbaren Vorbringen hat die Antragsgegnerin nicht widersprochen. Die Feststellungen betreffend Nichtvorliegen einer Nachfrage nach Abschluss einer Vereinbarung über den „Code of Conduct (SMS Interworking)“ sowie das Fehlen von Verhandlungen dazu gründen auf dem Umstand, dass sich weder eine

Nachfrage nach Verhandlungen aus den Verfahrensunterlagen ergeben (vgl. ON 1, Beilagen ./.2 und ./.3; ON 7, Anlage ./.II).

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, Mag. Neubauer und Mag. Paul Pisjak vom Juli 2019 (ON 16, „*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren Z 1/19 – SMS Terminierung*“), auf einer – ebenso schlüssigen und nachvollziehbaren – Replik derselben Amtssachverständigen vom September 2019 (ON 34, „*Replik der Gutachter im Verfahren Z 1/19*“) sowie auf Aussagen der Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung (ON 40,49).

Die Feststellungen zu weiteren Ergebnissen von Kalkulationen der Vollkosten der SMS-Terminierungsleistung im Netz der A1 (Punkt 2.5.2.2.c.) basieren auf Angaben der A1 in ON 37: So wurden Feststellungen zu den Vollkosten der verfahrensgegenständlichen Leistung getroffen, wobei den Ausführungen der A1 betreffend „*IC-Kosten*“, „*Restrukturierungskosten*“ sowie bezüglich „*konkreter Umsätze aus Mehrwert- und Roaming-SMS*“ Rechnung getragen wurde.

Für eine sachgerechte Ermittlung der Kosten der Zustellung einer SMS (im Netz der A1) – die Kosten stellen ein 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 als Gemeinkosten und gemeinsame Kosten (mit einem hohen Anteil an Fixkosten) jedenfalls vorhanden sind. Dass diese indirekten Kosten im Wege des Tragfähigkeitsprinzips 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 (Menge x Preis) auch die Marktpreisrelationen (am Endkundenmarkt) der unterschiedlichen Leistungen eingehen*“ und damit eine Annäherung an das „Ramsey“-Prinzip erfolgt (vgl. insb. ON 16, Seite 15).

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).

e. 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, Anlage ./.A, Anhang 3).

3.2 Zum Parteinvorbringen

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.

a. Im Rahmen ihres Vorbringens geht A1 auf die Kostenermittlungen der Amtssachverständigen ein (ON 24, 37); im Besonderen zieht A1 Vergleiche zu den Ausführungen der Telekom-Control-Kommission in ihrem Bescheid Z 1/17 betreffend SMS-Terminierung zwischen atms und T-Mobile Austria GmbH (https://www.rtr.at/de/tk/Z_1_17). A1 meint, dass die Amtssachverständigen im Zuge der Ermittlung der Kosten der SMS-Terminierungsleistung eine „*diametral andere Vorgehensweise gewählt haben*“, als sie dies in einer „*völlig gleichgelagerten Fragestellung getan haben (Bescheid Z 1/17-6 vom 12.11.2018)*“ (ON 24). Aus Sicht der A1 müsse im Sinne einer vorhersehbaren und nicht diskriminierenden Regulierung methodisch die gleiche Vorgehensweise im Hinblick auf die Kalkulationssystematik gewählt werden. Zur Untermauerung ihres Vorbringens legt A1 ein Gutachten der KPMG Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft vor („KPMG“; Anlage ./1 zu ON 24). KPMG wurde in concreto beauftragt, „*gutachterlich zu beurteilen, ob die Vorgehensweise von den von der TKK beauftragten Amtssachverständigen zur Ermittlung der Vollkosten im Gutachten zum Verfahren Z 1/19 von den Ausführungen laut Bescheid Z 1/17-65 zum Fall T-Mobile Austria GmbH (T-Mobile) gegen atms abweicht, obwohl in beiden Fällen die Fragestellung der Festlegung angemessener Entgelte für die Leistung SMS-Terminierung betroffen ist.*“ Im Gutachten der KPMG wird weiter festgehalten, dass dieses Gutachten „*ausschließlich im Auftrag und im Interesse des Auftraggebers erstellt*“ wurde und es „*keine Grundlage für ein allfälliges Vertrauen anderer Dritter auf seinen Inhalt*“ bildet (ON 24, Anlage ./1, Seite 3).

Abgesehen von dieser eigenen Relativierung des Privatgutachtens von bzw durch KPMG überzeugt dieses Vorbringen nicht: A1 und KPMG verkennen die Situation, wenn sie ein Gutachten (im Verfahren Z 1/19) mit einzelnen Feststellungen eines Bescheides (diesfalls Z 1/17) vergleichen. Die den Feststellungen konkret zu Grunde liegenden Details, wie Kosten oder Kalkulationsschritte der im Verfahren Z 1/17 bestellten Amtssachverständigen, sowie das Vorbringen der damaligen Verfahrensparteien sind für A1 (bzw KPMG) mangels Parteistellung jedenfalls nicht in vollem Umfang ersichtlich und können damit keine taugliche Referenz für einen belastbaren Vergleich darstellen.

Darüber hinaus übersieht A1, dass die Telekom-Control-Kommission mit einem Gutachtensauftrag (unter anderem) die *Kosten* der verfahrensgegenständlichen Leistung erheben lässt. Die Festlegung angemessener *Entgelte* mittels Bescheid ist in weiterer Folge alleinige Aufgabe der Telekom-Control-Kommission. Ein Gutachten kann ein angemessenes Entgelt nicht festlegen.

Darüber hinaus war im Verfahren Z 1/17 ein *anderer* Kommunikationsnetzbetreiber (T-Mobile Austria GmbH) beteiligt, dessen Vollkosten erhoben wurden; wie ein Betreiber seine individuellen Kostenpositionen benennt oder verteilt, ist – mangels konkreter (hier relevanter) Vorgaben – dem jeweiligen Betreiber überlassen, weswegen ein Vergleich einzelner Kostenpositionen, wie etwa den

von A1 bzw KPMG thematisierten „Kapazitätserweiterungskosten“ (der T-Mobile Austria GmbH), nicht zielführend ist und insbesondere an der Glaubwürdigkeit des Gutachtens im gegenständlichen Fall keine Zweifel aufkommen lässt. Wie die Amtssachverständigen in ihrer Replik (ON 34, Punkt 3) klar ausführen, waren *„die von TMA [T-Mobile Austria GmbH] angesetzten Kosten für die Kapazitätserweiterung im LTE-Netz [] Ist-Kosten für das Jahr 2017. Diese wurden im Gutachten im Verfahren Z 1/17 nur deswegen separat ausgewiesen, weil diese Kostenposition Teil der von TMA übermittelten Kalkulation war“* (vgl die Bestätigung durch atms in ON 28, Punkt 5).

Aber auch hinsichtlich der Endkundenumsätze für Auslands-SMS sowie SMS-Dienste unterliegt A1 (bzw KPMG) einem Irrtum. Diese wurden auch im Verfahren Z 1/17 nicht berücksichtigt. Da diese Nichtberücksichtigung zu keiner Diskussion im Rahmen des Verfahrens Z 1/17 geführt hat, war dieses Thema (im Bescheid Z 1/17) nicht abzuhandeln. In diesem Sinn halten die Amtssachverständigen in ihrer Replik (ON 34, Punkt 1) fest, dass *„Mehrwert- und Roaming-SMS [] im Verfahren Z 1/17 kein Thema [waren] und diese wären korrekterweise von den Gutachtern auch im damaligen Verfahren nicht berücksichtigt worden, weil diese Verkehrsarten über die gegenständliche Leistung der Terminierung hinaus wesentliche Kosten abdecken müssen (z.B. das an den Diensteanbieter weitergereichte Diensteentgelt).“* (vgl dazu zustimmend atms in ON 28, Punkt 4).

Und schließlich irrt A1 (bzw KPMG), wenn sie ausführt, dass *„im Verfahren Z 1/17-65 keine Berücksichtigung von eingehenden SMS“* erfolgte. In den Gutachten zu Z 1/17 wurden verschiedene Kalkulationsvarianten vorgenommen (vgl Replik ON 34, Punkt 2), wobei nicht alle Eingang in die Feststellungen zum Bescheid Z 1/17 gefunden haben.

Wie sich damit zeigt, haben die Amtssachverständigen im gegenständlichen Verfahren keine andere (insbesondere keine *„diametral andere“*) Vorgangsweise bei der Ermittlung von Vollkosten der Leistung der SMS-Terminierung eines Mobilfunkbetreibers gewählt (vgl ON 24, Punkt 1: *„Tatsache ist, dass im Verfahren Z 1/17 und Z 1/19 der gleiche Ansatz gewählt wurde.“*).

Doch selbst wenn die Amtssachverständigen im gegenständlichen Verfahren einen anderen Weg gewählt hätten, könnte aus dieser (nunmehr) anderen Herangehensweise nichts abgeleitet werden. So hat 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).

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen überzeugen die weiteren Berechnungen der A1 bzw von KPMG nicht. A1 zieht für ihre eigenen Berechnungen nunmehr die Ergebnisse des Gutachtens zu Z 1/19 heran und ergänzt diese um die vermeintlichen Änderungen, die A1 – fälschlich – aus dem Bescheid zu Z 1/17 herauslesen möchte. Damit gelangt A1 – ihrem Interesse entsprechend – zu deutlich höheren Kosten, die auf unangemessenen Kostenzuordnungen beruhen. A1 hat demgegenüber davon abgesehen, eine eigenständige Kalkulation ihrer Vollkosten für die Terminierung einer SMS in ihr Netz vorzulegen bzw zu beauftragen.

b. A1 thematisiert den relevanten Divisor für die Stückkostenermittlung dahingehend, dass durch die zusätzliche Berücksichtigung der eingehenden („passiven“) SMS (neben den doppelten on-net und den ausgehenden SMS) von einer zu hohen Absatzmenge ausgegangen werde (ON 24).

Wie bereits thematisiert, wurde dieser Kalkulation grundsätzlich auch im Gutachten zu Z 1/17 gefolgt, weswegen von keiner unterschiedlichen Herangehensweise ausgegangen werden kann. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Berücksichtigung aller SMS (eingehend, ausgehend und on-net) für die Ermittlung der Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung keine Bedenken bei der Telekom-Control-Kommission auslöst, da Endkunden mit ihren regelmäßigen Zahlungen nicht nur aktiv eine SMS senden (sowie telefonieren und Datendienste nutzen), sondern auch SMS („passiv“) erhalten können. Da, wie atms richtig ausführt (ON 28, Punkt 5), A1 (wie jeder andere Mobilfunknetzbetreiber) für ausgehende nationale SMS ein Terminierungsentgelt zu bezahlen hat, sind diese Vorleistungsentgelte in den Endkundenentgelten eingepreist. Diese Vorleistungsentgelte erhöhen somit die SMS-Erlöse, weswegen keine Bedenken bestehen, dass bei A1 eingehende SMS ebenso berücksichtigt werden.

c. A1 führt in ON 37 (Seiten 4 ff) zur Frage des relevanten Divisors auch dahingehend aus, dass einerseits Mehrwert-SMS und eingehende Roaming-SMS nicht zu berücksichtigen sind, aber andererseits sowohl bei den direkten als auch bei den indirekten Kosten diese SMS im Divisor berücksichtigt werden. Hierzu ist auf der Grundlage der Ausführungen der Amtssachverständigen in ihrem Gutachten sowie in ihrer Replik Folgendes klar zu stellen:

Die Aufteilung der gesamten indirekten Kosten in die Positionen indirekte Kosten, die den SMS zuzurechnen sind und indirekte Kosten, die allen anderen Produkten gemeinsam zuzurechnen sind, erfolgte nach den Erlösrelationen. Dabei waren einerseits keine Umsätze aus Mehrwert-SMS zu berücksichtigen, da die entsprechenden Entgelte auch Entgelte für den (Mehrwert-)Dienst beinhalten und diese Entgelte an den Diensteanbieter weitergereicht werden. Nicht zu berücksichtigen waren andererseits auch SMS, die von A1-Kunden im Ausland konsumiert werden, da diese im ausländischen Netz abgewickelt werden.

Nach dem Schritt der Zuordnung zu den (den SMS zurechenbaren) indirekten Kosten wurden diese Kosten entsprechend dem Verursachungsprinzip zugeordnet, dh der Divisor hat sämtliche SMS zu umfassen, die auch das Netz (bzw Netzelemente) in Anspruch nehmen: dh ein- und ausgehende SMS, die SMS für den on-net-Verkehr sind zu verdoppeln.

Selbiges gilt auch für die Ermittlung der direkten Kosten. Hier waren neben den Mehrwert-SMS auch die Roaming-SMS der im ausländischen Netz abgewickelten SMS zu berücksichtigen, da letztere immer auch über die SMSM-C des Heimatnetzes geführt werden. Da auch hier das Verursachungsprinzip zur Anwendung gelangt, gehen on-net-SMS nur einmal in den Divisor ein, da diesfalls die SMS-C nur einmal pro SMS in Anspruch genommen wird.

Aus diesen Gründen waren im Divisor beider Kostenpositionen (direkte und indirekte Kosten) eingehende Roaming SMS zu berücksichtigen.

d. Zur Kritik der A1 an der Nichtanerkennung der Kosten für Restrukturierung (ON 24), ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission den nachvollziehbaren Ausführungen der Amtssachverständigen (ON 16, 34) folgt und diese Kosten grundsätzlich nicht für die Kostenermittlung einer SMS heranzieht, da diese Kosten nicht der Leistungsbereitstellung eines Mobilfunkdienstes dienen. Ungeachtet dessen wurden Vollkosten für die Zustellung einer SMS auch unter Zugrundelegung der Kostenposition „Restrukturierung“ festgestellt.

e. Soweit A1 darauf hinweist, dass es „strukturelle Besonderheiten“ bei ihr gebe – ein unterproportional niedriges Datenvolumen, höhere Frequenzkosten sowie höhere Personalaufwendungen – und ihre individuellen Kosten der Leistungsbereitstellung damit höher seien (ON 24, Punkt 5), ist festzuhalten, dass im Rahmen der Ermittlung der Kosten der A1 diese Umstände durch Berücksichtigung der betreiberindividuellen direkten und indirekten Kosten der SMS-Terminierung eingegangen sind (vgl dazu auch die Replik der Amtssachverständigen in ON 34, Punkt 5).

f. Ein weiterer Diskussionspunkt ist die Frage, wie Erlöse bei Bündelprodukten zu ermitteln sind. Die auf Endkundenebene angebotenen Bündelprodukte enthalten regelmäßig zu einem fixen Preis bestimmte Einheiten an Minuten, Daten (MB) und SMS. A1 zieht für ihre Kalkulationen das Verhältnis 5/1/2 heran, dh 5 Sprachminuten werden mit 1 MB und 2 SMS gleichgesetzt. Begründend wird auf das MVNO-Angebot der Hutchison 3G Austria GmbH verwiesen (Gutachten ON 16, Seite 15). Demgegenüber haben die Amtssachverständigen eine Gleichsetzung der Erlöse bei Bündelprodukten vorgenommen, dh 1 Minute = 1 MB = 1 SMS (1:1:1), und verweisen dazu ua auf die Kostenberechnung im Verfahren Z 1/17.

Entsprechend der bisherigen Praxis und dem Umstand, dass eine Ableitung eines „Erlössplits“ aus einem einzigen Vorleistungsangebot keine Aussage über die Endkundennachfrage zulässt, erachtete die Telekom-Control-Kommission die vorgenommene Gleichsetzung (1 Minute = 1 MB = 1 SMS) als eine bedenkenlose Herangehensweise. Darüber hinaus finden sich auf Endkundenebene regelmäßig Angebote, in deren Rahmen zumindest Sprachminuten und SMS gleichgesetzt werden (vgl etwa dieselben Preise oder Mengen der Einheiten Sprachminute und SMS unter <https://www.hot.at/tarife.html>, <https://www.magenta.at/handytarife/wertkarte/>, <https://www.spusu.at/spusu10gb>, <https://www.a1.net/handys/neuer-vertrag/tarife-handy/s/a1-handy-mit-tarif> oder <https://www.drei.at/de/shop/tarife/wertkartentarife/talk-christmas-l/>). Weiters ist darauf hinzuweisen, dass ein allgemein anerkannter Umrechnungsschlüssel nicht vorhanden ist.

g. atms erachtet die herangezogene Erlösrelation zusammengefasst als „nicht die geeignetste Methode für die Zurechnung der indirekten Netzkosten eines MNO“, „hoch kompliziert“ und „stark fehleranfällig“ (vgl ON 25, Seiten 11, 12; ON 28, Seiten 4).

Die Heranziehung der Erlösrelation ist eine betriebswirtschaftlich anerkannte Methode und begegnet damit keinen grundsätzlichen Bedenken (vgl etwa <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/tragfaehigkeitsprinzip/tragfaehigkeitsprinzip.htm> oder <https://www.wiin-kostenmanagement.de/verrechnungsprinzip-der-kostenrechnung/>). Darüber hinaus legen die Amtssachverständigen 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 wurde noch das Verursachungsprinzip (das zB bei den direkten Kosten zur Anwendung gelangt) herangezogen und begründet.

h. Auch das weitere Vorbringen der atms (ON 25, ON 28) zu einem (angeblich zu) hohen Anteil an indirekten Kosten bzw allgemein sehr hohen Kosten, die über jenen eines anderen Mobilfunkbetreibers liegen würden, ist in ein richtiges Licht zu rücken: A1 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.

Darüber hinaus unterlässt es ATMs im Detail darzulegen, welche Kostenpositionen um welchen Betrag überhöht sein sollen; eine bloße Behauptung ist nicht ausreichend, um die diesbezüglichen Ausführungen der Amtssachverständigen zu erschüttern.

i. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 24, Punkt 4) nimmt A1 auch Bezug auf die von den Amtssachverständigen in ON 16 dargelegten internationalen Vergleichsmaßstäbe und hält diese für „*unvollständig und teilweise einseitig*“.

Im Konkreten kritisiert A1 das Fehlen des SMS-Terminierungsentgeltes in Deutschland, das laut A1 in der Höhe von Cent 5 liegen würde, und dass lediglich regulatorisch induzierte Preise berücksichtigt wurden. Darüber hinaus vermisst A1 eine gewichtete Mittelwertbildung (diese würde laut A1 zu Cent 3,27) oder – als Alternative – die Heranziehung des Medians (dieser würde – laut A1 – bei Cent 2,3 liegen).

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die unterschiedlichen Entgelte in den einzelnen (weitgehend) europäischen Ländern Unterschiede in den Volkswirtschaften, den konkreten Marktumständen und der Regulierungspraxis widerspiegeln. 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. Weitere Ermittlungen zu den Vergleichswerten wurden daher nicht vorgenommen.

Zu konkreten Vorbringen der A1 ist festzuhalten, dass die Amtssachverständigen festgehalten haben (ON 16, Punkt 3), bei der Auswahl der Vergleichsländer auf öffentlich zugängliche Informationen und deren Quellen zurückzugreifen, um größtmögliche Transparenz und Objektivität herzustellen. Da das SMS-Terminierungsentgelt in Deutschland nicht in öffentlich zugänglichen Vergleichen (wie etwa Cullen oder BEREC) aufscheint, wurde Deutschland in den internationalen Vergleich nicht aufgenommen. Der lapidare Hinweis der A1 (ON 37, Seite 7), dass die Ermittlung des Entgelts für SMS-Terminierung in Deutschland „*sich vermutlich im Zuge eines einzigen Telefonates mit der BNetzA erledigen*“ lässt, entspricht eben nicht den nachvollziehbaren – selbst gesetzten – Maßstäben der Amtssachverständigen. Eine belastbare Quelle für ihre Aussage über die Höhe des SMS-Terminierungsentgeltes in Deutschland hat A1 nicht genannt.

Zur Frage des fehlenden separaten Mittelwerts für unregulierte Terminierungsentgelte kann ausgeführt werden, dass mit den internationalen Vergleichswerten die Spannweite der SMS-Terminierungsentgelte dargestellt und aufgezeigt wird, dass ein - an den Kosten orientiertes - regulatorisch festgelegtes Terminierungsentgelt deutlich unter jenen Terminierungsentgelten liegen dürfte als jenes, das Mobilfunkbetreiber in einem Calling-Party-Pays-Regime mit den allseits bekannten strukturellen Wettbewerbsdefiziten verrechnen. An dieser Grundaussage ändert auch die Heranziehung des Medians kaum etwas. Weiters kann nicht nachvollzogen werden, welche (bessere) Aussage ein gewichteter Mittelwert haben sollte.

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 zusammenschalteten 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 2/19

Im Rahmen des von der RTR-GmbH durchgeführten Streitschlichtungsverfahrens RVST 2/19 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 grundsätzlich gegeben: Die Nachfrage nach einer bestimmten Zusammenschaltung iSd ON 1, Anlage ./A sowie dazu geführte Verhandlungen, die über sechs Wochen gedauert haben, sind nach den Feststellungen jedenfalls gegeben.

4.3.3 Zum „Code of Conduct (SMS Interworking)“

Während atms in ihrem verfahrenseinleitenden Antrag (ON 1) mit Anlage ./A konkrete Bedingungen für die SMS-Zusammenschaltung begehrt, beantragt A1 mit ON 7 den Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung nicht nur unter Zugrundelegung eines eigenen „*Vertrag(es) betreffend Interworking von Short Messaging Services*“ (Anlage ./I, siehe oben) sondern auch eines Dokumentes mit dem Namen „*Code of Conduct (SMS Interworking)*“ (Anlage ./II). Dabei unterlässt es A1, im Detail darzulegen, warum dieser „*Code of Conduct*“ für das gegenständliche Zusammenschaltungsverhältnis angeordnet werden soll. A1 verweist lediglich auf das Thema „*Fraudbekämpfung*“.

Bei diesem Verhaltenskodex handelt es sich um ein 42-seitiges Dokument in englischer Sprache, das den Dienst SMS definiert und verschiedene nationale und internationale „Interworking“-Szenarien im Detail darstellt. Auf konkrete betreiberindividuelle Umstände wird dabei nicht eingegangen.

Da nicht festgestellt werden konnte, dass zwischen den Verfahrensparteien über diesen von A1 beantragten Verhaltenskodex verhandelt sowie eine entsprechende Nachfrage gestellt wurde und dieses Dokument für die Regelung der Zusammenschaltungsbeziehung nicht unerlässlich ist, war der Gegenantrag der A1 auf Festlegung einer Zusammenschaltungsanordnung (auch) unter Zugrundelegung des „*SMS Code of Conduct*“ nicht zu folgen.

Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass die deutsche Sprache nach Art 8 B-VG die Staatssprache in Österreich ist und damit auch die gegenständliche Anordnung in deutscher Sprache zu erfolgen hat. Eine Anordnung in englischer Sprache scheidet somit aus.

4.3.4 SMS-Terminierung als Zusammenschaltung

Zusammenschaltung ist nach § 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 und verfügen über die für die begehrte Zusammenschaltung notwendige Infrastruktur (im Wesentlichen ein SMS-C), wie sich dies bereits aus den von atms beehrten Zusammenschaltungsbedingungen ergibt: So beantragt atms 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, Anhang 2).

Die von atms begehrte Zusammenschaltung ermöglicht das wechselseitige Versenden von Textnachrichten zwischen Nutzern der Verfahrensparteien; ob dabei die SMS von einem herkömmlichen Kommunikationsendgerät („*Handy*“) oder einer Applikation originieren, ist für die Qualifikation als Zusammenschaltungsleistung genauso wenig von Bedeutung wie der Grad der Symmetrie der Verkehrsverteilung; die Begriffsdefinition nimmt hierzu keine Einschränkung vor.

Wie festgestellt, wurden atms mobile Rufnummern im Bereich (0)653 von der zuständigen Behörde zugewiesen. Nach § 60 Z 5 KEM-V (Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdienstverordnung, 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 Übermittlung von SMS in das Netz der A1 nutzt, kein Antragshindernis dar: atms möchte nicht nur eine andere technische Lösung (ZGV7 oder IP-basiert) 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 die Bescheide Z 2/08 vom 24.11.2008 sowie Z 1/17 vom 12.11.2018). Die Telekom-Control-Kommission kann daher nach § 50 TKG 2003 in der verfahrensgegenständlichen Frage zur Streitschlichtung angerufen werden und hat bei Vorliegen der Antragsvoraussetzungen eine vertragsersetzende Anordnung zu treffen.

4.3.5 „Wettbewerbsprobleme“

In ihrem verfahrenseinleitenden Antrag führt atms zu den aus ihrer Sicht „bestehenden Wettbewerbsproblemen auf dem Markt“ aus (ON 1, Punkt 5.3). Demgegenüber führt A1 aus, dass „der Markt für SMS-Dienste von intensivem Wettbewerb geprägt ist“ (ON 7, Punkt a.) und verweist dazu auf Alternativen zur SMS.

Mit diesem Vorbringen sprechen die Verfahrensparteien die wettbewerblichen Verhältnisse im Bereich der Zustellung von SMS an. Das der Regulierungsbehörde zur Verfügung stehende umfassende Instrument zur Beleuchtung von Wettbewerbsverhältnissen im Bereich der elektronischen Kommunikation ist jenes der Marktanalyse nach §§ 36 ff TKG 2003.

Während das Marktanalyse-Verfahren eine umfassende vorausschauende Wettbewerbsbeurteilung zum Ziel hat, 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 den gegebenenfalls auferlegten Verpflichtungen Rechnung zu tragen ist. Ein Bescheid nach §§ 36 ff 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 ausreicht, 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 von 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.

Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz eines bestimmten Geschäftsmodells, wie (hier) jenes der atms zum Versand von SMS für Großkunden (ON 1, Punkt 5.3), 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.

4.4 Zu den angeordneten Bedingungen

4.4.1 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 „Anordnung 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. atms weist darauf hin, dass der beantragte Vertragstext „im Wesentlichen dem bereits von der Behörde im Verfahren Z 1/17 angeordneten Bescheid zwischen atms und TMA“ [T-Mobile Austria GmbH] entsprechen würde; atms führt zu einzelnen Bestimmungen näher aus (ON 1, Punkt 7).

Diesem von atms begehrten Anordnungstext tritt A1 – bis auf die Höhe der Entgelte – nicht entgegen, sondern legt im Rahmen ihrer Stellungnahme und Gegenantrag (ON 7) als Anlage ./I einen „SMS Interworking Vertrag“ vor, der der begehrten Zusammenschaltungsanordnung zu Grunde gelegt werden soll (ON 7, Punkt f). A1 führt zu dem von ihr beantragten Anordnungstext – bis auf die Höhe der Entgelte – nicht näher aus.

Im Rahmen ihrer Replik (ON 10) geht atms auf eine Reihe von Bestimmungen des von A1 begehrten Anordnungstextes ein und kritisiert diese etwa als falsch (bezugnehmend auf einen Zusammenschlungsvertrag, ON 10, Punkt 2.1.1), „unpräzise und inkonsequent“ bzw. „unvollständig“ (bezüglich der Verkehrsarten, ON 10, Punkte 2.1.4 und 2.1.5) oder als „inhärent unfair“ (Vorgehensweise bei Verstößen, Punkt 2.1.7). Weiters würden „die technischen Parameter für die Zusammenschaltung zur Gänze [fehlen]“ (ON 10, Punkt 2.4). Diesem Vorbringen tritt die Verfahrensgegnerin – zumindest inhaltlich – nicht entgegen, sondern „bedankt sich für die Anmerkungen der Antragstellerin zum übermittelten IW-Vertrag“ bzw. „nimmt die Einwände der Antragstellerin zur Kenntnis“ (ON 19, Punkt 11).

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen folgt die Telekom-Control-Kommission dem Antrag der atms und legt weitestgehend (zu den Entgelten siehe unten) den als Anlage ./A (ON 1) begehrten Anordnungstext fest. atms hat ihren Antrag begründet und nachvollziehbar dargelegt, warum der von A1 beantragte Text an verschiedenen Stellen verbesserungswürdig ist. Demgegenüber hat A1 nichts unternommen, ihren Text zu begründen bzw die Kritik der atms an diesem zu entkräften.

Änderungen des begehrten Vertragstextes 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“).

Hinsichtlich der fehlenden Kontaktdaten in Anhang 4 („Koordinatoren / Ansprechpartner / Ansprechstellen“) sowie der fehlenden technischen Parameter in Anhang 3 („Technische Parameter“) sind die angesprochenen Parteien angehalten, die fehlenden Informationen längstens binnen einer Frist von vier Wochen ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides bekannt zu geben. Diese Frist ist jedenfalls ausreichend, um die (wenigen) fehlenden Informationen zu übermitteln und berücksichtigt darüber hinaus die anstehenden Feiertage.

In Ermangelung anderslautender Anträge gilt der angeordnete Vertrag grundsätzlich ab Zustellung des gegenständlichen Bescheides. Auf die Frage der Fristsetzung für eine Etablierung der technischen Zusammenschaltung betreffend SMS sowie der Verrechnung der Entgelte wird nachfolgend eingegangen:

4.4.2 Zur beantragten „Pönalregelung“ bzw Fristsetzung (Punkt 6 des allgemeinen Teiles)

Mit ON 10, Punkt III. übermittelte atms eine Antragsergänzung und begehrt eine zusätzliche Regelung, derzufolge A1 nach Ablauf von 30 Tagen nach Rechtswirksamkeit des gegenständlichen Bescheides an atms eine Vertragsstrafe zu bezahlen hat. Diese Regelung bedeutet im Wesentlichen, dass atms nach Ablauf der vorgenannten Frist (de facto) das hier angeordnete Entgelt für eine Zustellung einer SMS in das Netz der A1 zu entrichten hat, auch wenn die SMS mangels Realisierung

der technischen SMS-Zusammenschaltung über die bestehende Endkundenschnittstelle übergeben wird. Begründend führt atms im Wesentlichen aus, dass A1 kein Interesse an der raschen Realisierung der begehrten Zusammenschaltung habe und atms bei einem anderen Mobilnetzbetreiber Verzögerungen erlebe (vgl auch ON 25 sowie das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung am 21.10.2019, ON 40).

A1 lehnt eine solche Regelung als unverhältnismäßig ab (ON 19 und 46) und führt – in eventu – aus, dass eine Regelung zur Fristsetzung bzw zur Pönale den Umstand berücksichtigen müsse, dass A1 etwa auf Informationen oder Leistungen der atms zu warten habe. Darüber hinaus sei eine Frist von 30 Tagen vor dem Hintergrund der Weihnachtszeit und des Umstandes, dass A1 im ersten Halbjahr 2020 einen „Wechsel des Systemlieferanten für die Signalling Transfer Points“ vornehme, zu knapp bemessen. Eventualiter begehrt A1 die Setzung einer Frist, die nicht weniger als 60 Tage umfasst.

Die Telekom-Control-Kommission hat vor dem Hintergrund der nachvollziehbaren Ausführungen und Interessen der Verfahrensparteien erwogen, dem Antrag der atms auf Festlegung einer „Pönaleregulung“ grundsätzlich zu folgen. Damit wird sichergestellt, dass die angeordnete technische SMS-Zusammenschaltung zeitnah realisiert wird und kommerziell in Betrieb gehen kann. Allfällige (auch wirtschaftlich motivierte) Verzögerungen werden damit effektiv hintangehalten. Die Bestimmung, die in Punkt 6 des allgemeinen Teiles der Zusammenschaltungsanordnung aufgenommen wurde, sieht jedoch zusätzlich vor, dass atms keine Gründe für eine Verzögerung der Realisierung der SMS-Zusammenschaltung gesetzt haben darf.

Um einen fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien sicherzustellen (vgl VwGH ZI 2004/03/0151, 31.1.2005 iVm ZI 2004/03/0204, 18.10.2005), wurde die von atms begehrte Frist (von 30 Tagen ab Wirksamwerden des gegenständlichen Bescheides) auf über zwei Monate verlängert. Diese Frist berücksichtigt zum einen den Umstand, dass der gegenständliche Bescheid wenige Tage vor Weihnachten erlassen wird und zum anderen, dass A1 auf einen laufenden Systemwechsel hinweist. Mit ihrem Eventualantrag („Frist von nicht weniger als 60 Tagen“) hat A1 darüber hinaus zu erkennen gegeben, dass diese Frist für die technische Realisierung der SMS-Zusammenschaltung ausreichend ist.

Die konkrete, über 60 Tage liegende Frist ist damit angemessen und berücksichtigt auch den Umstand, dass Vorleistungsentgelte in aller Regel monatlich abgerechnet werden. Sollte ab 1.3.2020 die SMS-Zusammenschaltung zwischen den Verfahrensparteien nicht realisiert sein – wovon auf Grund der Ausführungen der Verfahrensparteien (insbesondere zu den Kontakten auf technischer Ebene zwischen den Parteien im November 2019, vgl ON 46) nicht auszugehen ist - und muss atms (unverschuldet) ihre SMS an A1 weiterhin über die bestehende Endkundenschnittstelle (zu höheren Preisen) übergeben, hat A1 den Unterschied zwischen dem von A1 für die Zustellung der SMS über diese Endkundenschnittstelle verrechneten Entgelt („Zielwert von Cent 3“) und dem Entgelt iSd Anhang 2 des gegenständlichen Bescheides als Vertragsstrafe zu bezahlen. Damit wird atms wirtschaftlich so gestellt, als wäre die SMS-Zusammenschaltung bereits realisiert.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Pönalen in Zusammenschaltungsverhältnissen vorgesehen werden können: „Pönaleregulungen, die einen gewissen zusätzlichen Erfüllungsdruck herbeiführen (vgl dazu das hg Erkenntnis vom 8. Juni 2005, ZI 2001/03/0129 mwN), sind daher nicht nur im Hinblick auf den fairen Ausgleich der berechtigten Interessen der Parteien des Verwaltungsverfahrens, sondern auch im Hinblick auf das

von der Regulierungsbehörde zu wahrende öffentliche Interesse der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (vgl § 34 Abs 1 iVm § 1 Abs 2 Z 2 TKG 2003) zulässig.“ (vgl VwGH 2006/03/0079 vom 3.9.2008).

4.4.3 Zu den Entgelten für SMS-Terminierung

Zwischen den Verfahrensparteien ist primär die Höhe der wechselseitigen SMS-Terminierungsentgelte strittig: Während atms wechselseitig Cent 0,5 begehrt (ON 1), stellt A1 zahlreiche Anträge im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Entgeltes: In ihrem Gegenantrag vom 2.4.2019 begehrt A1 (wechselseitig) Cent 3 für die Zustellung einer SMS, handelt es sich um einen Verkehr mit internationaler Absenderkennung wird (wechselseitig) Cent 6 beantragt (ON 7, Anlage ./I, Anhang 2). In weiterer Folge beantragt A1, die Telekom-Control-Kommission „möge zur Verringerung des Fraudpotentials eine sorgsam austarierte Entgeltfestlegung für SMS-Terminierung anordnen, die sich am deutschen Niveau orientiert, in eventu eine sorgsam austarierte Entgeltfestlegung für SMS-Terminierung anordnen, die zumindest dem europäischen Durchschnitt von Cent 2,41 Cent entspricht. In eventu die phasenweise Einführung eines sorgsam austarierten SMS-Entgelts über [einen] längeren Zeitraum (Gleitpfad über 2 Jahre) anordnen.“ (ON 19, Punkt 12). Mit ON 24 beantragt A1 unter anderem „die Anordnung asymmetrischer Entgelte in Betracht [zu] ziehen“. Mit Schriftsatz vom 1.10.2019 (ON 37) beantragt A1, „die Telekom-Control-Kommission möge für den Fall der Festlegung kostenorientierter Entgelte zumindest Entgelte für die SMS-Terminierung im Netz von A1 in Höhe von Cent 1,81 [und] Entgelte für die SMS-Terminierung im Netz von atms in Höhe von Cent 0,088 (0,0795+11%) anordnen.“

4.4.3.1 Rahmenbedingungen für die Entgeltfestlegung

Der Telekom-Control-Kommission kommt die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung (auch) 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 ZI 2004/03/0151, 31.1.2005 iVm ZI 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 §§ 35 ff 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). *Kostenorientierte Entgelte* sind daher nicht festzulegen (vgl Eventualantrag der A1 zu ON 37).

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 (2016), § 1, Rz 13f, *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003 (2004), § 1, S 3).

4.4.3.2 Festgelegte Entgelte

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 A1 Voll-Kosten zwischen Cent 0,969 und Cent 1,13 pro SMS ausgewiesen werden.

Die Kosten der atms, die über kein Mobilfunknetz verfügt, liegen demgegenüber bei Cent 0,0795.

Ein angemessenes Entgelt soll die Kosten, die – direkt und indirekt – im Zusammenhang mit der Erbringung der SMS-Terminierung stehen, abdecken. Eine bloße Berücksichtigung der direkten Kosten (im Fall der A1) wird dem Umstand nicht gerecht, dass bei einem Mehrproduktunternehmen wesentliche Kosten entstehen, die nicht in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer einzelnen 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 Interessenausgleich 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 ca Cent 3 („Zielwert von Cent 3“) für die Übergabe einer SMS in das Netz der A1 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 1,13) ist ein diffiziles Unterfangen: Ein internationaler Vergleich 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.

Weitere mögliche Vergleichswerte können im SMS-Roaming-Entgelt entsprechend der Roaming-Verordnung (max Cent 1), 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) oder jenem Entgelt erblickt werden, das regulatorisch im Verfahren Z 1/17 zwischen einem

Mobilfunkbetreiber und atms für dieselbe Leistung, die auch hier verfahrensgegenständlich ist, von der Telekom-Control-Kommission gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 festgelegt wurde.

Bei den internationalen SMS-Terminierungsentgelten wären konkrete nationale Umstände der Vergleichsländer, Unterschiede in den Volkswirtschaften (Kaufkraft) oder etwa eine 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 des MVNO-Reference Offers der Hutchison (Cent 0,34 bzw 0,4) als Begründung dafür heranzieht, dass der von ihr beantragte Wert von Cent 0,5 angemessen sein soll, werden auch diese Werte nicht unmittelbar der Entscheidung zu Grunde gelegt, da der Preis für eine SMS im Rahmen dieser MVNO-Beziehung 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 Einzelleistung „richtig“ (nach Aufwand bzw Kosten) bepreist ist.

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 die Leistungen der Originierung und Terminierung abdeckt.

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) ist nicht unmittelbar vergleichbar, da diese Leistung vor dem Hintergrund der identifizierten Wettbewerbsprobleme bzw den Ergebnissen einer Marktanalyse einer – strengen – sektorspezifischen Regulierung (iSd §§ 36 f, 42 TKG 2003 iVm der Terminierungsempfehlung der Europäischen Kommission) unterworfen ist.

Demgegenüber findet sich ein konkreter und unmittelbar vergleichbarer Wert für ein Entgelt in der verfahrensgegenständlichen Frage jedenfalls in der Anordnung der Telekom-Control-Kommission zu Z 1/17 sowie einer zwischen atms und einem dritten Mobilfunkbetreiber getroffenen Vereinbarung: SMS-Terminierung um Cent 1,20.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen erachtet die Telekom-Control-Kommission im Rahmen der gegenständlichen Ermessensentscheidung einen Preis für die wechselseitige Zustellung einer SMS in der Höhe von Cent 1,2 als angemessen. Dieser Wert stellt einen fairen Ausgleich der (dargelegten) berechtigten Interessen der Verfahrensparteien dar: Durch die umfängliche 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 dem derzeit von A1 verrechneten „Zielwert“ von 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).

Darüber hinaus wird mit der Festlegung von Entgelten in derselben Höhe wie im Verfahren Z 1/17 ein „level playing field“ erreicht und damit §§ 1 Abs 2a Z 1 und 2 TKG 2003 Rechnung getragen. Aus unterschiedlich hohen Entgelten entstehende Arbitrage-Szenarien werden damit – zumindest mittelfristig – verhindert. Auf die nachfolgenden Ausführungen zum einheitlichen Entgelt wird verwiesen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Größenordnung des festgelegten Wertes auch einem simplen Vergleich von Mittelwerten standhält: 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, Cent 0,8049 für Sprachterminierung und Cent 1,2 sowie Cent 3 für SMS-Terminierung) führt zu einem Wert von ca Cent 1,32. Wird der Mittelwert ohne die Entgelte für SMS-Terminierung gebildet, liegt dieser bei Cent 1,01.

4.4.3.3 Einheitliche Entgelte

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. 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.

Darüber hinaus begehrt auch die antragstellende Gesellschaft die Festlegung gleich hoher Entgelte (ON 1). Auch A1 hat – zumindest in ihrem ersten Gegenantrag ON 7 (Anlage ./I; in weiterer Folge hat sich A1 für unterschiedlich hohe Entgelte ausgesprochen) – wechselseitig gleich hohe (wenn auch deutlich höhere) Entgelte beantragt.

Schließlich führen die Amtssachverständigen in ihrem Gutachten (ON 16, S 19) aus, dass „*aus ökonomischer Sicht [grundsätzlich] Entgelte auf beiden Seiten in gleicher Höhe vorzusehen [wären].*“

Mit der gegenständlichen Festlegung wird auch ein Gleichklang mit der Anordnung zu Z 1/17 sowie einer Vereinbarung der atms ##### geschaffen. #####. Damit wird §§ 1 Abs 2a Z 1 und 2 TKG 2003 entsprochen.

4.4.3.4 Kein Gleitfad

A1 hat einen (Eventual-)Antrag auf eine phasenweise Einführung eines sorgsam austarierten SMS-Entgelts „über [einen] längeren Zeitraum (Gleitfad über 2 Jahre)“ gestellt. Begründend verweist A1 allgemein auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit (ON 19, Seite 5).

Die Telekom-Control-Kommission hat von der Anordnung einer schrittweisen Senkung des gegenständlichen Zustellungsentgeltes in Form eines „Gleitfades“ abgesehen, da die festgestellten Kosten der Leistungserbringung deutlich unter den aktuell zwischen den Verfahrensparteien verrechneten Entgelten liegen; eine schrittweise und damit langsamere Absenkung der SMS-Terminierungsentgelte würde diese deutliche Differenz faktisch fortsetzen. Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission in ihren Regulierungsentscheidungen der letzten Jahre (vgl etwa die Entscheidungen zu M 1.8/12, M1.10/12 jeweils vom 30.9.2013, Z 1/17 vom 12.11.2018) davon abgesehen, die jeweils regulatorisch indizierten Zielwerte zeitversetzt (schrittweise über einen Gleitfad) zu erreichen (vgl dazu auch VwGH 20.6.2012, ZI 2009/03/0059).

4.4.3.5 Höhere Entgelte gegen „fraud“

Im Rahmen ihres Vorbringens thematisiert A1 umfänglich, dass eine Senkung der SMS-Terminierungsentgelte verstärkt zu Betrug („fraud“) und Nutzung von „Grey-Routes“ führen würde (vgl ON 7, 19 sowie Streitschlichtungsgespräch zu RVST 2/19, ON 7). Vor diesem Hintergrund spricht sich A1 jedenfalls gegen eine „drastische Entgeltreduktion bei SMS-Terminierung“ (ON 7, Seite 4) aus und begehrt unter anderem „zur Verringerung des Fraudpotentials eine sorgsam austarierte Entgeltfestlegung für SMS-Terminierung [], die sich am deutschen Niveau orientiert“. Da nach der Behauptung der A1 (ON 7, Seite 6) das SMS-Terminierungsentgelt in Deutschland in einer Höhe von Cent 5 liegt, begehrt A1 damit auch eine Erhöhung der aktuellen Entgelte. Zur Begründung von „spam“ und „fraud“ verweist A1 auf den Email-Bereich sowie auf einzelne Internet-Beiträge, die über SMS-Betrug informieren.

Demgegenüber erachtet atms dieses Thema als nicht praxisrelevant und als ein „von A1 lediglich vorgeschobenes“ Argument (vgl ON 10, Punkt 4, ON 25, Punkt 3).

Die Telekom-Control-Kommission kann dem Vorbringen der A1 insofern folgen, als ein SMS-Terminierungsentgelt in der Höhe von Cent 0 zu einem Problem werden kann, als ein (erhöhter) Anreiz geschaffen werden könnte, tatsächlich vermehrt SMS mit betrügerischer Absicht zu versenden (vgl die Grafik der A1 in ON 7, Seite 5, in der A1 von einem wechselseitigen nationalen Entgelt von Cent 0 ausgeht). Insofern ist der Vergleich der A1 zu Email-Spam nachvollziehbar, da der Versand bzw die Zustellung einer Email kostenfrei ist.

Da jedoch mit der gegenständlichen Anordnung ein positives, deutlich über Cent 0 liegendes Entgelt festgelegt wird, ist die Eintrittshürde aus Sicht der Telekom-Control-Kommission hoch genug, um negativen Entwicklungen, wie „spam“ oder „fraud“ entgegen zu wirken. Dem Vorbringen der A1 ist auch nicht zu entnehmen, in welcher (minimalen) Höhe ein Entgelt liegen müsste, das diese negativen Entwicklungen hintanhält.

Wenn nun A1 davon ausgeht, dass ein Entgelt von Cent 3 „spam/fraud“ begrenzt, ist ihr Antrag auf Festlegung eines noch höheren Entgeltes, das sich „am deutschen Niveau orientiert“ (Cent 5) unbegründet und abzulehnen. Da A1 aber auch ein Entgelt in Höhe von Cent 1,81 beantragt (ON 37) und davon ausgegangen werden kann, dass A1 die (mögliche) „spam/fraud“-Thematik weiterhin begrenzt wissen möchte, ist offenbar auch ein deutlich geringeres Entgelt, als von A1 (ursprünglich) beantragt, in der Lage „spam/fraud“ zu verhindern.

Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Entgelt in der aktuell von atms an A1 zu entrichtenden Höhe von Cent 3 „spam/fraud“ verhindert oder ob nicht andere Entwicklungen (wie etwa technische Vorkehrungen oder ein abnehmendes Interesse an SMS-Betrug) für diesen Zustand verantwortlich sind.

Darüber hinaus kann nicht wahrgenommen werden, dass durch die Senkung des SMS-Terminierungsentgeltes bei T-Mobile Austria GmbH (oder bei ##### im Wege einer Vereinbarung) „Spam“ oder „SMS-Fraud“ zugenommen hat; das wird von A1 auch nicht behauptet. Demgegenüber führt atms aus, dass „weder T-Mobile noch H3A [] Fraud als in irgendeiner Weise problematisch erachtet [haben]“ (ON 10, Seite 5, ebenso ON 25, Seite 3).

Zu den von A1 vorgelegten Internet-Berichten über betrügerische SMS kann festgehalten werden, dass diese Berichte bis in das Jahr 2001 zurückreichen und damit die Aktualität in Frage gestellt werden kann. Weiters verdeutlichen diese Artikel, dass auch ein höheres SMS-Vorleistungsentgelt „spam/fraud“ nicht (vollständig) verhindern kann.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen und den oben dargestellten Überlegungen (Kosten), die zu einer Anordnung von Cent 1,2 für die SMS-Terminierung geführt haben, sieht die Telekom-Control-Kommission davon ab, ein höheres Entgelt für die Terminierung einer SMS vorzusehen, um den Ausführungen der A1 zu „spam/fraud“ Rechnung zu tragen.

Sollten von A1 Maßnahmen gegen „SMS-fraud“ gesetzt werden, so belaufen sich die Kosten dafür, wie festgestellt, auf Cent 0,05 pro SMS. Dieser Maßnahmen wäre jedenfalls der Vorzug gegenüber Entgelten zu geben, die weit über den Kosten liegen. Ein (positives) SMS-Terminierungsentgelt stellt jedenfalls sicher, dass die Kosten von jenen getragen werden, die Spam verursachen; würde man einen anderen Weg verfolgen, um Spam zu verhindern, wie etwa durch höhere SMS-Terminierungsentgelte, wäre dies (auch) von Nutzern zu bezahlen, die „spam“ nicht verursachen. In diesem Sinn führen die Amtssachverständigen in ON 16 (Seite 18) aus, dass es „effizienter [ist], die potentielle Gefahr von SMS-Fraud durch die Berücksichtigung allenfalls geplanter Kosten für Gegenmaßnahmen in der Höhe von 0,05 € in Kauf zu nehmen statt den Preis für eine SMS um ein Vielfaches über den Kosten festzulegen.“ Unter Zugrundelegung des höchsten festgestellten Wertes der Kosten der A1 für die Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistung (Cent 1,13) zuzüglich der festgestellten Kosten für „Fraud Management“ (Cent 0,05) gelangt man zu Kosten (Cent 1,18), die durch gegenständliche Anordnung jedenfalls abgedeckt ist.

Auch kann die Telekom-Control-Kommission den Ausführungen der A1 zu sogenannten „Grey-Routes“ nicht folgen, da dies eine Manipulation der Absende-Adresse (CLI) voraussetzt, die jedoch nach § 5 KEM-V untersagt ist.

4.4.3.6 Differenzierung der Entgelte nach Ursprung

Während atms ein Entgelt in einer (wechselseitigen) Höhe (von Cent 0,5) und unabhängig vom Quellland begehrt (ON 1, Anlage ./A, Anhang 3, Punkt 4), beantragt A1 zumindest in ihrem

Gegenantrag vom 2.4.2019 (wechselseitige) Entgelte, deren Höhe nach der Absenderkennung differenziert: Cent 3 für die Zustellung einer SMS mit nationaler Absenderkennung („Vorwahl“, national) und Cent 6 für Verkehr mit internationaler Absenderkennung (ON 7, Anlage ./I, Anhang 2). atms spricht sich gegen eine solche Differenzierung aus (ON 10).

Die Telekom-Control-Kommission sieht von der Anordnung unterschiedliche hoher Entgelte in Abhängigkeit vom Ursprungsland (national oder international) ab. Eine solche Differenzierung kann einerseits nicht aus den der Leistung zu Grunde liegenden Kosten abgeleitet werden: Unabhängig davon, wo eine SMS originiert, bleiben die Kosten ihrer Zustellung in die Netze der Verfahrensparteien gleich. Höhere Entgelte für die Zustellung von SMS, die im Ausland originieren, wären mit Blick auf die Kosten, die sie verursachen, nicht zu rechtfertigen. In diesem Sinn wird im wirtschaftlichen Gutachten der Amtssachverständigen festgehalten, dass sich *„eine Unterscheidung der Leistung SMS Terminierung in Abhängigkeit vom Quellnetz [] auf Basis der Kosten nicht rechtfertigen [lässt], da jeweils dieselben Kostenrechnungsansätze und Berechnungsfaktoren zu berücksichtigen wären“* (ON 16, Seite 21).

Andererseits würde eine Differenzierung der Entgelte nach dem Herkunftsland (national oder international; eine Differenzierung zwischen EWR-Ländern und EWR-Ausland wird von A1 nicht vorgenommen) auch im Gegensatz zu einschlägigen telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen und zum Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) stehen:

Nach Art 8 Abs 5 lit b RL 2002/21/EG wenden die nationalen Regulierungsbehörden bei der Verfolgung der festgelegten politischen Ziele objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, indem sie unter anderem gewährleisten, dass Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste unter vergleichbaren Umständen keine diskriminierende Behandlung erfahren. Diese Bestimmung wurde mit § 1 Abs 2a Z 2 TKG 2003 in nationales Recht umgesetzt.

Die Telekom-Control-Kommission kann für den verfahrensgegenständlichen Fall, in dessen Rahmen angemessene Zusammenschaltungsbedingungen zwischen zwei nationalen Kommunikationsnetzbetreibern festzulegen sind, nicht erkennen, dass Umstände vorliegen, die eine andere Behandlung von SMS-Verkehr, der im Ausland originiert, rechtfertigen könnten.

Zusätzlich sieht der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Schranken für das Begehren der A1 vor: Art 56 AEUV sieht eine Freiheit der Dienstleistungen im EU-Binnenmarkt vor. Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl Rs C-154/89 Kommission/Frankreich, Rs C-180/89 Kommission/Italien) bedeutet Dienstleistungsfreiheit zunächst die Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber einem Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder aufgrund des Umstands, dass er in einem anderen als dem Mitgliedstaat ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht wird. Ferner ist Diskriminierung dann gegeben, wenn unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Sachverhalte oder dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte angewendet werden (vgl Rs C-390/96 Lease Plan).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind nationale Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung, zB den Art 52 AEUV, fallen. Sonderregelungen für Ausländer können nach der zuletzt genannten Bestimmung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit vorgesehen werden (vgl Schreiben

der EK vom 25.7.2016 zu AT/2016/1847). Wirtschaftspolitische Ziele können keine Gründe der öffentlichen Ordnung im Sinne des Art 52 AEUV darstellen (vgl Rs C-224/97 Ciola). Eine mögliche Rechtfertigung iSd Art 52 AEUV ist für die Telekom-Control-Kommission nicht erkennbar.

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die Europäische Kommission aus den vorerwähnten Gründen Vorbehalte gegen einen Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 der Telekom-Control-Kommission betreffend differenzierte Terminierungsentgelte innerhalb des EWR hatte, weswegen die Europäische Kommission der Telekom-Control-Kommission empfohlen hat, ihren Entwurf einer Vollziehungshandlung zurückzuziehen bzw zu ändern (vgl AT/2016/1847 vom 25.7.2016).

Deshalb werden Entgelte für die wechselseitige Leistung der Zustellung von SMS zwischen den Verfahrensparteien festgelegt, die unabhängig vom Quellland bzw von der Absenderkennung zur Anwendung gelangen (siehe dazu Anhang 3, Punkt 3 im Spruch des gegenständlichen Bescheides).

4.5 Sonstiges

4.5.1 Implementierung von MNP-Anforderungen

A1 beantragt unter anderem die Erlassung einer Teilzusammenschaltungsanordnung „*verbunden mit dem ausdrücklichen Auftrag, dass alle MNP-Anforderungen nach IC-Vertrag und NÜV seitens der Antragstellerin binnen Frist nach Bescheiderlassung implementiert werden müssen*“ (ON 7).

Diesem Antrag war schon deshalb nicht zu folgen, da jeder Betreiber sich an die geltende Rechtslage zu halten hat, weswegen kein Raum für eine solche generische Verpflichtung bleibt. Soweit die Leistung der Portierung mobiler Rufnummern („MNP“, § 23 TKG 2003) angesprochen ist, konnte zwischen den Verfahrensparteien ein allfälliges Missverständnis ausgeräumt werden: atms setzt mobile Rufnummern selbst ein und überlässt diese Rufnummern, die für das Versenden von SMS genutzt werden, keinem Endkunden, der sich auf § 23 TKG 2003 berufen könnte (vgl ON 10, Punkt 6., On 19, Punkt 10 sowie ON 25, Punkt 7).



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 18.12.2019

Telekom-Control-Kommission

Mag. Nikolaus Schaller
Der Vorsitzende