

Bescheid

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Elfriede Solé als Vorsitzende sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Günter Haring als weitere Mitglieder über Antrag der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Bertram Burtscher, Seilergasse 16, 1010 Wien, auf Erlass einer Teilzusammenschaltungsanordnung gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 TKG 2003 gegenüber mobilkom Austria AG, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, in der Sitzung vom 24.11.2008 einstimmig folgenden Bescheid beschlossen:

I. Spruch

Gemäß §§ 48 Abs. 1, 50 Abs. 1 iVm. §§ 117 Z 7, 121 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF (im Folgenden „TKG 2003“) wird für die Zusammenschaltung der Kommunikationsnetze der Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden „Hutchison“) sowie der mobilkom Austria AG (im Folgenden „mobilkom“) in Ergänzung des Vertrages vom 10.6.2003 betreffend „Interworking von Messaging Services“ mit Wirksamkeit ab 1.5.2007 folgender Anhang angeordnet:

A. Anhang 2 – Mobile Terminated Short Message (SMS-MT):

1. Definition:

„Short Message Service“ ist die ZGV7-basierte Übermittlung von Textnachrichten, die von einem kompatiblen Kommunikationsendgerät in Drittnetzen bzw. entsprechenden Applikationen originieren oder an diese weitergeleitet werden. Maßgeblich für die Definition des Short Message Service ist die ETSI-Norm ETS 300.502 in der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültigen Form.

2. Gegenstand:

Dieser Anhang regelt die wechselseitige Übermittlung (mittels ZGV7-Netz) und Zustellung von Short Messages (SMS), die vom SMSC eines Vertragspartners kommend (sog. Quellnetz) im Netz des jeweils anderen Vertragspartners (sog. Zielnetz) oder im Netz des National Roaming Partners der Hutchison 3G (sog. NR-Netz) zugestellt werden.

Für die Leistung der SMS-Zustellung steht dem Zielnetz gegenüber dem Quellnetz pro im eigenen (Ziel-)Netz zugestellter SMS (nicht im NR-Netz) ein Interworkingentgelt in der in Pkt. 4 dieses Anhangs geregelten Höhe zu.

Für die Leistung der SMS-Zustellung im Netz des National Roaming Partners der Hutchison 3G steht Hutchison 3G gegenüber mobilkom Austria als Quellnetz pro im NR-Netz zugestellter SMS ein Interworkingentgelt in der in Pkt. 4 dieses Anhangs geregelten Höhe zu.

Die Zustellung von SMS-Verkehr zu Teilnehmern des Zielnetzes im Internationalen Customer Roaming Fall wird nicht zwischen den Vertragsparteien abgerechnet (siehe Sonderregelung unter Pkt. 3).

Darüber hinausgehende oder hiervon abweichende Dienste (insb. die netzübergreifende Inanspruchnahme von SMS-Diensten, z.B. tariffreie oder Mehrwert-Dienste) bedürfen einer gesonderten Vereinbarung.

3. Registrierung des Verkehrs:

Rechnungsrelevant ist die Anzahl der SMS, die eine Vertragspartei (Zielnetz) bzw. der National Roaming Partner der Hutchison 3G (NR-Netz) vom SMSC der anderen Vertragspartei (Quellnetz) erfolgreich (basierend auf dem Rückgabeparameter Result: bedeutet somit Rückmeldung keines Fehlercodes, „erfolgreich zugestellte SMS“) im eigenen Netz zustellt.

Der Erbringer der Interworkingleistung (Rechnungsleger) zeichnet folgende verrechnungsrelevanten Verkehrsmengen auf:

- SMSC des Vertragspartners (Quellnetz) zu eigenen Teilnehmern im eigenen Mobilnetz (Zielnetz) – SMS-MT-CDR
- SMSC von mobilkom Austria (Quellnetz) zu Teilnehmern von Hutchison 3G im NR-Netz

Der Inanspruchnehmer der Interworkingleistung (Rechnungsempfänger) sollte zumindest folgende Verkehrsmengen aufzeichnen:

- eigenes SMSC (Quellnetz) zu Teilnehmern des Vertragspartners (Zielnetz und NR-Netz) - SMS-MO-CDR

Die Zustellung von SMS-Verkehr zu Teilnehmern des Zielnetzes im International Customer Roamingfall ist separat zu bewerten und ist nicht rechnungsrelevant.

4. Interworkingentgelte:

Beträge in Eurocent exkl. Ust.

Kurz-bez.	Bezeichnung Verkehrsart / Verkehrsrichtung	Eurocent
SMS MK	Terminierung im Mobilnetz der mobilkom	Ab 1.5.2007 bis zum 30.11.2008: Cent 4,2
	SMSC Hutchison 3G → Mobilnetz der mobilkom SMS Terminierung vom SMSC der Hutchison 3G in das Mobilnetz der mobilkom	Ab 1.12.2008: Cent 3,88
SMS H3G	Terminierung im Mobilnetz der Hutchison 3G oder im NR-Netz	Ab 1.5.2007 bis zum 30.11.2008: Cent 4,2
	SMSC mobilkom Austria → Mobilnetz der Hutchison 3G oder NR-Netz SMS Terminierung vom SMSC der mobilkom in das Mobilnetz der Hutchison 3G oder in das NR-Netz	Ab 1.12.2008: Cent 3,88

5. Entgeltgrundsätze:

Die vorstehenden Entgelte sind unabhängig von Tageszeit und Verkehrsvolumen.

6. Verkehrsführung:

Die Vertragsparteien übergeben den vereinbarungsgegenständlichen SMS-Verkehr mittels direkter Übergabe an den Vertragspartner. Im Falle eines kurzfristigen Überlaufs oder im Falle einer Störung wird der SMS-Verkehr indirekt übergeben, wobei die anfallenden Transitkosten und gleichwertigen Entgelte vom Quellnetz entsprechend der Vereinbarung mit dem Transitnetzbetreiber zu tragen sind.

Die Übergabe des vereinbarungsgegenständlichen Verkehrs erfolgt im Falle der indirekten Verkehrsführung entsprechend der jeweils zwischen den Vertragsparteien und der TA bestehenden Regelungen, im Falle der direkten Verkehrsführung entsprechend den zwischen den Vertragsparteien jeweils geltenden Zusammenschaltungsverträgen.

Soll der gesamte oder Teile des Verkehrs einer Vertragspartei über ein anderes Transitnetz als jenes der TA geführt werden, bedarf es diesbezüglich einer gesonderten Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien.

7. **SMSC Adressen:**

mobikom	Hutchison 3G
43 664 0501	+43 660 00660
43 664 0502	+43 660 091601
43 664 0503	
43 664 0504	
43 664 0505	
43 664 0506	
43 664 0507	

II. Begründung

A. Gang des Verfahrens

Hutchison 3G Austria GmbH (Hutchison) hat mit Schriftsatz vom 25.3.2008 einen Antrag auf Erlass einer Anordnung gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 an die Telekom-Control-Kommission gegenüber mobilkom Austria AG (mobilkom) übermittelt. Die Antragstellerin begehrt die Anordnung eines Anhangs 2 („Mobile Terminated Short Message“) zu einem bestehenden Vertrag für den Zeitraum ab 30.4.2007, eventualiter ab Rechtskraft der Entscheidung im gegenständlichen Verfahren.

In dem von der RTR-GmbH geführten Streitschlichtungsverfahren gemäß § 121 TKG 2003 konnte keine einvernehmliche Lösung zwischen den Verfahrensparteien herbeigeführt werden. Die Verfahrensunterlagen zu RVST 2/08 wurden zum Akt des gegenständlichen Verfahrens genommen.

In ihrer Sitzung am 26.05.2008 erteilte die Telekom-Control-Kommission einen Gutachtensauftrag zur Erstattung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Ermittlung der Kosten der antragsgegenständlichen Leistung der Zustellung von Textnachrichten in den Netzen der Verfahrensparteien sowie zur Darlegung alternativer Preismaßstäbe. Im August 2008 wurde das Gutachten vorgelegt und an die Parteien übermittelt.

Zum wirtschaftlichen Gutachten haben die Parteien Stellungnahmen übermittelt.

Am 22.9.2008 wurde eine mündliche Verhandlung abgehalten. Im September 2008 haben die Amtssachverständigen eine gutachterliche Replik übermittelt.

Am 13.10.2008 wurde im gegenständlichen Verfahren ein Entwurf einer Vollziehungshandlung beschlossen und die Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 durchgeführt. Stellungnahmen wurden von den Verfahrensparteien übermittelt. Die Europäische Kommission hat am 19.11.2008 ein Schreiben übermittelt und festgehalten, keine Stellungnahme zum konsultierten Entwurf einer Vollziehungshandlung abzugeben.

Am 21.11.2008 langt eine Stellungnahme „iS Z 1/08 und Z 2/08“ der Hutchison ein.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Status der Verfahrensparteien:

Hutchison verfügt über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

Ebenso verfügt mobilkom über eine Allgemeingenehmigung nach § 15 TKG 2003 und erbringt mehrere Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (amtsbekannt).

2. Beträchtliche Marktmacht:

Die Leistung der SMS-Terminierung wird keinem Markt iSd. TKMVO 2003 zugerechnet. Für diese Leistung wurde keine beträchtliche Marktmacht eines Betreibers iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 festgestellt.

Wettbewerbsdefizite betreffend die Leistung der SMS-Terminierung können derzeit nicht festgestellt werden (ON 13).

3. Zum derzeitigen Stand der Zusammenschaltung der Verfahrensparteien:

Das Rechtsverhältnis der Parteien betreffend die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung von „Short Message Services“ (SMS) beruht auf einem „Vertrag betreffend Interworking von Messaging Services“ vom 10.6.2003 (ON 1). Dieser Vertrag sieht in seinem Punkt 6.2. des allgemeinen Teiles unter anderem vor, dass eine ordentliche Kündigung von einzelnen Anhängen unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Kalendermonats möglich ist (ON 1, Beilage ./1).

Mit Schreiben vom 26.1.2007 wurde dieser Anhang 2 zum 30.4.2007 gekündigt. Gleichzeitig wurde der Wunsch nach Anpassung und Neufestlegung der Entgelte zum Ausdruck gebracht (ON 1, Seite 2, Beilage ./2).

Verhandlungen fanden am 1.3.2007 und am 26.11.2007 statt (ON 1, Seite 3).

4. Terminierung von Textnachrichten in öffentlichen Mobiltelefonnetzen:

Die verfahrensgegenständliche Leistung der Terminierung von Textnachrichten (SMS) ist eine Zusammenschaltungsleistung iSd. § 3 Z 25 TKG 2003.

5. Zu den Kosten der Verfahrensparteien für die Terminierung von Textnachrichten:

Unter Berücksichtigung der reinen technischen Netzkosten, der Frequenzen, des Overheads inklusive IT/IC-Billing und des SMS-Centers (SMS-C) (K1), den Kosten für Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik (K2) sowie den Kosten für Handsetstützungen (K3) ergeben sich folgende Stückkosten (im Jahr 2007) je SMS (mit einer durchschnittlichen Größe von 200 Byte), die in den Mobilfunknetzen der Verfahrensparteien terminieren:

Kosten pro SMS in Eurocent	Hutchison	mobikom
K1	0,4568	0,1153
K2 (dh. K1 plus Kosten für Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik)	2,3193	0,7036
K3 (dh. K2 plus Kosten für Handsetstützungen)	2,9815	0,9841

Die Größe einer SMS hat lediglich geringfügige Auswirkungen auf die Kostenrechnung.

6. Verrechnete SMS-Terminierungsentgelte:

a. Seit 1.5.2007 verrechnen sich die Verfahrensparteien Entgelte für die Leistung der Terminierung von SMS in der Höhe von jeweils Cent 4,2 (ON 4).

b. SMS-Terminierungsentgelte wurden bislang auf privatrechtlicher Basis (ohne regulatorische Intervention) vereinbart; die Preise für die Zustellung von SMS, die bei einem nationalen Mobilfunkbetreiber originieren, liegen im Bereich von Cent 3,88 bis Cent 4,2. Einzige Ausnahme ist das von Hutchison mit einem Mobile Virtual Network Operator (MVNO, Barablu Mobile Austria Limited) vereinbarte Entgelt in der Höhe von Cent 1,4. Barablu Mobile Austria Limited bietet derzeit seine (Mobilfunk-)Dienste in Österreich noch nicht an.

c. Für die Zustellung von internationalen SMS werden auch höhere Preise verrechnet.

7. Preisvergleich mit anderen nationalen Mobilfunkleistungen:

7.1. Airtime-Reselling / National Roaming:

Andere Vorleistungen, wie Airtime-Reselling oder National Roaming, könnten grundsätzlich auch als Vergleich herangezogen werden. Ein Preisvergleich mit diesen Leistungen ist aber nicht möglich: einerseits sind diese Preise nicht transparent und andererseits stehen dem methodische Schwierigkeiten entgegen, da die vertraglichen Vereinbarungen zu diesen Leistungen in der Regel eine (höhere) Einmalzahlung mit entsprechend geringen, meist über einen längeren Zeitraum konstanten variablen Entgelten, vorsehen (ON 13, FN 7).

8. Preisvergleich mit internationalen SMS-Terminierungsentgelten:

a. Ein internationaler Preisvergleich zeigt, dass die Preise für SMS-Terminierung zwischen Cent 2,68 und über Cent 6 streuen. Der Durchschnitt dieser Preise liegt bei ca. Cent 4,3.

b. Die französische Regulierungsbehörde ARCEP hat für die Leistung der SMS-Terminierung als einzige europäische Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert und Mobilbetreibern Verpflichtungen auferlegt. Die Entgelte für SMS-Terminierung liegen in Frankreich bei Cent 3 und Cent 3,5 (ON 4, vgl. auch das Koordinierungsverfahren gemäß Art. 7 Rahmen-RL zu FR/2006/413).

9. Alternative Kostenmaßstäbe:

Telekommunikationsbetreiber sind Mehrproduktunternehmen, die eine Vielzahl an Leistungen im Verbund produzieren, die sie auf unterschiedlichen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen vertreiben.

Die Aufteilung der Fixkosten (Gemeinkosten und gemeinsame Kosten) ist eine zentrale Frage bei der Darstellung von Kosten: Im Idealfall würden die Fixkosten nach dem Ramsey-Prinzip aufgeteilt, dh. Gemeinkosten werden im Mehrproduktfall umgekehrt proportional zu den jeweiligen Nachfrageelastizitäten der Produkte aufgeschlagen. Die Anwendung dieses Prinzips erfordert zahlreiche Informationen (Schätzung von Elastizitäten und Superelastizitäten), die jedoch für die Regulierungsbehörde nicht in einem ausreichenden Maß vorliegen.

Neben Ramsey-Pricing gibt es eine Vielzahl an weiteren Möglichkeiten, Fixkosten auf die Leistungen zu verteilen. Die Spannweite reicht von „inkrementellen Kosten“, dh. der Dienst trägt keine Fixkosten, bis zu den „Stand-Alone-Kosten“, dh. die Fixkosten werden zur Gänze von dem Dienst getragen. Eine grobe Schätzung dieser Kosten ergibt, dass die „inkrementellen Kosten“, die eine Untergrenze der Kostenorientierung darstellen, bei nahe von Cent 0, die „Stand-Alone-Kosten“ demgegenüber bei weit mehr als den verrechneten SMS-Terminierungsentgelten lägen (ON 13, Punkt 3.4.).

10. Sonstiges:

Preise haben unter anderem eine „Zuteilungsfunktion“: Ein positiver Preis stellt sicher, dass die Ressource nicht zu intensiv genutzt wird und es damit zu Fehlallokationen kommt. Als solche sind Spam-SMS, jedenfalls aus Sicht des Empfängers (und damit auch seines Netzbetreibers), zu bezeichnen, steht doch den positiven Produktionskosten ein negativer Nutzen gegenüber. SMS-Terminierungsentgelte sind ein mit der Wettbewerbsordnung im Einklang stehendes wirkungsvolles ökonomisches Instrument, dieser Fehlallokation zu begegnen und die Menge an Spam-SMS einzuschränken.

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines:

Die Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammern angeführten Beweismitteln bzw. sind amtsbekannt. So ergeben sich die Feststellungen zum Vertragsverhältnis, zur Nachfrage sowie den geführten Verhandlungen aus dem unwidersprochenen und glaubwürdigen Vorbringen der Hutchison im verfahrenseinleitenden Antrag ON 1 (samt Beilagen ./2, 3).

Der jeweilige Betreiberstatus und die Qualifizierung der verfahrensgegenständlichen Leistung der Terminierung von Textnachrichten als Zusammenschaltung iSd. §§ 3 Z 25, 48, 49 TKG 2003 sind unstrittig.

Amtsbekannt ist, dass Barablu Mobile Austria Limited seine (Mobilfunk-)Dienste in Österreich noch nicht an Endkunden anbietet.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 führt Hutchison auch zum Preisvergleich mit internationalen SMS-Terminierungsentgelten aus und kritisiert im Wesentlichen die Vergleichbarkeit: So sei der österreichische Markt „besonders kompetitiv“, man müsse die Rechtmäßigkeit der Vergleichswerte prüfen, der herangezogene Vergleich sei nicht repräsentativ (Punkte 11.3 und 11.4).

Die Telekom-Control-Kommission kann sich dem grundsätzlichen Begehren der Hutchison anschließen, da sich Zusammenschaltungsentgelte im internationalen Umfeld grundsätzlich nur eingeschränkt vergleichen lassen. Einerseits bestehen Unterschiede zwischen der Entwicklung der Mobilfunkmärkte und den geleisteten Konzessionsgebühren, andererseits sind die Penetrationsraten, die Markteintrittszeitpunkte, die Verkehrsmengen, die Teilnehmerzahlen und sonstigen Wettbewerbsverhältnisse unterschiedlich. Viele internationale Vergleichsdaten entstanden nicht aus einer regulatorischen Betrachtung und einer geprüften Kostenrechnung, sondern folgen in vielen Fällen der Festlegung durch Betreiber, weswegen es die Telekom-Control-Kommission in der Vergangenheit auch abgelehnt hat, einzig auf Grund eines einfachen internationalen Vergleichs Vorleistungsentgelte festzusetzen.

Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass es in einzelnen Fragen – wie der gegenständlichen Streitschlichtungsentscheidung – nicht hilfreich oder zweckmäßig ist, auf die Erfahrungen anderer Länder bzw. anderer Regulierungsbehörden zurückzugreifen; dies nicht zuletzt deshalb, um die von der Telekom-Control-Kommission angestellten Überlegungen einer Plausibilitätskontrolle unterziehen zu können. Die in anderen Ländern gewonnenen Erkenntnisse, Methoden oder Ergebnisse können als Anhaltspunkt dienen. Aufgrund des insoweit einheitlichen europäischen Rechtsrahmens sind gewisse Parallelitäten in allen Ländern der Europäischen Union zu finden.

Soweit Hutchison in diesem Zusammenhang die „Überlegungen“ der Europäischen Kommission zu Roaming-Entgelten für SMS im Endkundenbereich anspricht, ist Hutchison darauf zu verweisen, dass eine Beziehung zwischen Roaming-Endkunden-Entgelte und (nationalen) SMS-Terminierungsentgelten weit hergeholt ist, da diesen Leistungen unterschiedliche ökonomische Bedingungen zu Grunde liegen; diese haben auch eine unterschiedliche regulatorische Behandlung zur Folge: Während SMS-Terminierungsentgelte keinem sektorspezifischem Markt zugehören, wird das Thema der Roaming-Entgelte (auch) für SMS einer eigenen (europäischen) Regulierung unterworfen.

2. Marktanalyse:

Die Leistung der Zustellung einer SMS wird keinem Markt iSd. § 36 TKG 2003 zugerechnet. In den erläuternden Bemerkungen zu § 1 Z 15 TKMVO 2003 wird ausgeführt, dass die Terminierung von SMS nicht von den Märkten für Terminierung (von Sprache) in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen umfasst sind, *„da SMS und mobile Sprachdienste nicht zwangsläufig als Bündelprodukt nachgefragt werden und die Zustellung von SMS im Gegensatz zu mobilen Sprachdiensten nicht zeitkritisch ist“*.

Auch im Rahmen der Überprüfung der TKMVO 2003 iSd. § 36 Abs. 1 TKG 2003 (vgl. den Beschluss der RTR-GmbH vom 6.2.2006) wird ausgeführt, dass der Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen (iSd. § 1 Z 15 TKMVO 2003) die Zustellung von SMS nicht umfasst.

Weder die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Abl. L 114/45 vom 8.5.2003; „erste Märkteempfehlung“) noch die nachfolgende Empfehlung der Europäische Kommission vom 17.12.2007 (über relevante Produkt- und Dienstemärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen; ABl. L 344/65 vom 28.12.2007, „neue Märkteempfehlung“) sehen die Leistung der Zustellung von SMS als eine solche an, für die eine sektorspezifische ex-ante Regulierung zur Anwendung kommen könnte. Auf diese Empfehlung ist gemäß §§ 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 TKG 2003 Bedacht zu nehmen.

Der Umstand, dass die Zustellung von SMS keinem für Vorabregulierung in Betracht kommenden Markt zugerechnet wird, bedeutet, dass die drei Relevanzkriterien für die Festlegung der sektorspezifischen Märkte nicht (kumulativ) erfüllt sind (vgl. etwa Erwägungsgrund 5, Z 2 der neuen Märkteempfehlung).

Auch der derzeit konsultierte Entwurf einer Vollziehungshandlung iSd § 128 TKG 2003 der RTR-GmbH für eine neue Verordnung iSd. § 36 TKG 2003 sieht die Zustellung von SMS keinem Markt, der für eine sektorspezifische ex ante-Regulierung in Frage kommt, zugehörig (<http://www.rtr.at/de/komp/KonsultationTKMV2008>).

Zwischen den Verfahrensparteien ist unstrittig, dass kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung verfügt (vgl. ON 1, Punkt 2.1; ON 8, Punkt 3; ON 16).

Den Amtssachverständigen folgend ist das wesentlichste Wettbewerbsproblem bei der Terminierung von Sprache, nämlich allokativer Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte, bei der Terminierung von SMS nicht gegeben. Auch sehen die Amtssachverständigen keine Indizien für regulierungsrelevante Wettbewerbsprobleme (vgl. ON 13).

Die von Hutchison vorgetragene Ausführungen zu wettbewerblichen Fragestellungen (sowohl in den Schriftsätzen als auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission) können die Feststellung, dass keine strukturellen wettbewerblichen Defizite hinsichtlich der gegenständlichen Leistung bestehen, nicht erschüttern:

Eingangs ist festzuhalten, dass Hutchison lediglich Thesen aufstellt (wie in ON 10, Punkte 3.2 und 4.6: *„... Auch sind die bei der SMS-Terminierung auftretenden Wettbewerbsprobleme mit jenen auf dem Markt für die mobile Sprachterminierung durchaus vergleichbar...“*, *„Die Wettbewerbsparameter [bei der SMS-Terminierung] sind jedenfalls*

dieselben wie bei der Anrufterminierung in Mobilfunknetze...“), die sie in weiterer Folge nicht begründen vermag. Im Besondern schafft es Hutchison nicht darzulegen, warum die Leistung der SMS-Terminierung weder aus Sicht der Europäischen Kommission, der RTR-GmbH noch aus Sicht der meisten europäischen Regulierungsbehörden keine Leistung ist, für die eine ex-ante Regulierung wegen Vorliegens wettbewerblicher Probleme in Betracht zu ziehen ist. Für Zwecke dieses Verfahrens ist – entgegen der bloßen Behauptung der Hutchison (ON 10, Seite 12) – sehr wohl von Bedeutung, ob eine verfahrensgegenständliche Leistung einem Markt iSd. Märkteempfehlung der Europäische Kommission bzw. der Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 zugerechnet werden kann oder nicht. Bei Vorliegen spezifischer Verpflichtungen iSd. §§ 37, 38ff TKG 2003 ist die Telekom-Control-Kommission nämlich im Rahmen dieser Entscheidung an die auferlegten Verpflichtungen gebunden bzw. hat diesen Rechnung zu tragen; liegen solche demgegenüber nicht vor, hat die Telekom-Control-Kommission im Rahmen einer Ermessensentscheidung „angemessene“ Entgelte anzuordnen.

Vor diesem Hintergrund hat es Hutchison unternommen, im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Telekom-Control-Kommission (sowie insbesondere in ON 19) eine Reihe von wettbewerblichen Teilaspekten (wie Preisstrukturen, [A-]Symmetrie der Verkehrsflüsse oder Foreclosure-Strategien) anzusprechen, die aus ihrer Sicht unzureichend behandelt worden wären. Dazu ist zum Einen festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission vor dem Hintergrund der dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen keine Notwendigkeit sieht, umfangreiche wettbewerbliche Untersuchungen vorzunehmen (vgl. dazu auch die Ausführungen unter Punkt 5.2.), weswegen sie den Amtssachverständigen keinen Auftrag zur Durchführung einer Marktuntersuchung bzw. Marktanalyse in vollem Umfang erteilt hat und zum Anderen, dass die Amtssachverständigen zusammengefasst (ON 13, 18a) keine Indizien für Wettbewerbsprobleme hinsichtlich der SMS-Terminierung sehen; dabei haben sie bedeutsame Unterschiede zur Leistung der Sprach-Terminierung herausgearbeitet und dargelegt, dass hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung andere wettbewerbliche Verhältnisse vorherrschen. Dabei nimmt die Telekom-Control-Kommission zur Kenntnis, dass die Amtssachverständigen nicht jeden im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Leistung stehenden wettbewerblichen Aspekt, wie etwa „Preisstrukturen“ oder „Durchschnittserlöse“, untersucht haben.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass Entgelte, die über betreiberindividuellen Kosten liegen (ON 1), nicht per se wettbewerbsverzerrend sind. Eine Gleichschaltung von kostenorientierten Entgelten mit Wettbewerb bzw. vice versa Entgelte über Kosten mit Wettbewerbsproblemen würde dem komplexen Thema der Abgeltung von gemeinsamen und Gemeinkosten nicht Rechnung tragen (vgl. dazu auch die Feststellungen zu „Ramsey-Pricing“).

Im Zusammenhang mit den Ausführungen der Hutchison zur mangelnden Nachfragesubstituierbarkeit der betroffenen Leistungen ist festzuhalten, dass in Netzwerkindustrien eine sehr enge Betrachtungsweise nicht angebracht erscheint, da es für Zusammenschaltungsleistungen auf beiden Marktseiten eine Exklusivstellung gibt: Dem Monopolanbieter für Anruferzustellung (von SMS) mobilkom steht ein Monopolnachfrager („*Monopson*“) Hutchison gegenüber; die SMS, die mobilkom Kunden von Hutchison-Kunden erhalten, kann die mobilkom auch von keinem anderen Netzbetreiber beziehen. Auf solchen „Monopol-Monopson-Märkten“ steht das Marktergebnis nicht a priori fest. Zwischen monopolistischer Nachfragemacht, Wettbewerbsergebnis und Monopolmacht ist jedes Marktergebnis möglich und daher im Rahmen der Markttabgrenzung (Relevanzkriterium 2) und sodann Marktanalyse zu prüfen, ob der Markt Wettbewerbsdefizite aufweist oder ein Wettbewerbsergebnis vorliegt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es unterschiedliche Intensitäten an Wettbewerb geben kann; so führen die Amtssachverständigen auch aus, dass es „keinen Lehrbuchwettbewerb im engeren Sinne“ hinsichtlich der SMS-Terminierung gibt, woraus jedoch nicht der Schluss gezogen wird, dass es strukturelle Wettbewerbsdefizite gibt, denen regulatorisch entgegenzuwirken ist. So kann

es auch auf Märkten, die grundsätzlich durch wettbewerbliche Verhältnisse gekennzeichnet sind, die Notwendigkeit geben, mit Mitteln des Kartellrechts (ex post) einzugreifen.

Auch im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung spricht Hutchison das Thema der Wettbewerbsprobleme an, ohne diese jedoch konkret darzulegen (vgl. dazu auch die Wiederholung in einer Stellungnahme vom 21.11.2008). Die Behauptungen, dass Wettbewerbsprobleme vorliegen und dass diese als „W2“ und „W3“ bezeichneten Probleme von der Telekom-Control-Kommission zu „identifizieren“ wären, reicht vor dem Hintergrund der skizzierten rechtlichen Rahmenbedingungen nicht aus. Eine mögliche schwierige Marktposition bzw. starke (größere) Mitbewerber sind keine Wettbewerbsprobleme, denen durch hoheitliche Eingriffe (auch nicht durch eine vertragsersetzende Zusammenschaltungsanordnung iSd. §§ 48, 50 TKG 2003) entgegen gewirkt werden muss.

Unter dem Titel einer Asymmetrie der Verkehrsströme (In/Out-Relation) will Hutchison Wettbewerbsverzerrungen hinsichtlich der SMS-Terminierung darlegen (vgl. insbesondere ON 18a, 19 sowie in der Stellungnahme vom 6.10.2008).

Hierzu ist festzuhalten, dass die Ursache von Asymmetrien der SMS-Verkehrsflüsse nicht auf der Ebene der Vorleistungsentgelte gelegen sein muss, vielmehr ist diese von der konkreten Tarifgestaltung (wie flat-rate-[ähnliche] Produkte) und des Markterfolges abhängig. So bestätigt Hutchison (Stellungnahme vom 6.10.2008), dass Endkundenprodukte, wie „4:0“ oder „Fairplay“, die In-/Out-Ratio beeinflussen.

Seitens der Amtssachverständigen wurde darauf hingewiesen, dass es ein in der Vergangenheit nach Markteintritten immer wieder zu beobachtendes Phänomen gibt, demzufolge die In/Out (Mengen-)Relationen sich im Zeitverlauf strukturell verbessern. Wie sich aus der gutachterlichen Replik (ON 24) ergibt, tendiert die In/Out-Relation der Hutchison für Sprachtelefonie im Zeitverlauf (2004 bis 2006) gegen 1; das zunächst gegebene Ungleichgewicht hat sich damit abgeflacht.

Hutchison möchte mit ihren Ausführungen in ihrer Stellungnahme vom 6.10.2008 darlegen, dass die von den Amtssachverständigen behauptete Tendenz empirisch nicht belegbar ist – zu diesem Zweck legt Hutchison eine Tabelle „In-/Out-Relation aus IC-Abrechnungsdaten seit Netzstart H3G“ vor. Doch gerade aus dieser Tabelle, die entgegen ihrer Bezeichnung nur Teile der Daten der Hutchison seit Netzstart anführt, ist ersichtlich, dass die anfänglich hohen Unterschiede im Zeitverlauf geringer werden: so liegt eine Datenreihe bei unter 100% (anfänglich bei fast 170%), eine weitere Reihe liegt bei unter 120% (anfänglich bei 160%). Eine Tendenz ist damit beobachtbar, wenn auch nicht in der Deutlichkeit, wie sie von Hutchison gewünscht wird. Das (empirisch belegte) Vorbringen der Hutchison vermag daher die Ausführungen der Amtssachverständigen nicht zu widerlegen.

Aus dem alleinigen Umstand, dass sich die In/Out-Relation ggf. verschlechtert, kann daher kein Wettbewerbsproblem abgeleitet werden, vielmehr ist dies nicht zuletzt ein Spiegel wettbewerblicher Prozesse. Hutchison scheint die Ziele des TKG 2003 fehlzuinterpretieren: Der Schutz des „Wettbewerbs als Institution“, nicht jedoch eines einzelnen Wettbewerbers, der bereits seit vielen Jahren seine Dienste erbringt, ist Zielsetzung des sektorspezifischen Rechtsrahmens.

Auch das Vorbringen der Hutchison zum möglichen Vorliegen einer „Preis-Kosten-Schere“ (zuletzt in der Stellungnahme vom 7.11.2008) kann nicht gefolgt werden, da gerade hinsichtlich der Leistung der SMS-Terminierung festzuhalten ist, dass die derzeitigen Vorleistungsentgelte für SMS nicht für den Preiswettbewerb für SMS auf Endkundenebene abträglich sind. Nicht jedes einzelne Endkundenentgelt muss die konkret zu Grunde liegenden (Vorleistungs-)Kosten decken; ein anderes Verständnis würde dazu führen, dass die meisten günstigen Endkundenentgelte (Cent 0, Cent 1) zu einem Margin Squeeze führen.

Darüber hinaus sagt der von Hutchison zitierte Satz – Endkundenpreise sind in den letzten Jahren gesunken – lediglich zur Tendenz aus, nicht jedoch zum konkreten Verhältnis von Endkunden- und Vorleistungsentgelten. Schon gar nicht kann aus dieser Ausführung abgeleitet werden, dass eine Preis-Kosten-Schere vorliegt.

Vor diesem Hintergrund gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Überzeugung, dass keine wettbewerblichen Defizite hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung gegeben sind. Die zur Entscheidung angerufene Regulierungsbehörde hat entschieden, keine weiteren Ermittlungen hinsichtlich der wettbewerblichen Verhältnisse – wie von Hutchison in ON 19, Punkt 12.5 beantragt – zu führen.

Ungeachtet dieser materiellen Ausführungen zum Nicht-Vorliegen wettbewerblicher Defizite hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung ist weiters festzuhalten, dass der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgend (Zahl. 2007/03/0211 vom 25.6.2008) für einen Zeitraum, der vor Erlassung einer (neuen) Entscheidung iSd. § 37 TKG 2003 liegt, keine spezifischen Verpflichtungen auferlegt werden können. Mit einer Maßnahme gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 können damit weder für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum noch für den Zeitraum bis zur Rechtskraft einer Entscheidung iSd. § 37 Abs. 2 TKG 2003 spezifische Verpflichtungen auferlegt werden, denen im gegenständlichen Zusammenschaltungsverfahren (für den genannten Zeitraum) Rechnung zu tragen wäre.

Daraus kann jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden (wie etwa von Hutchison in ihrer Konsultationsstellungnahme vom 7.11.2008, Punkt 2.1), dass in einem Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 die konkreten wettbewerblichen Verhältnisse (ungeachtet einer Entscheidung iSd. §§ 37 TKG 2003) „bedeutungslos“ wären. Nur müssen konkrete wettbewerbliche Defizite festgestellt werden und nicht bloß das (grundsätzlich nachvollziehbare) Interesse einzelner Betreiber vorliegen, günstigere Konditionen eingeräumt zu erhalten.

3. Zu den Kosten der Verfahrensparteien für Terminierung von SMS in den Mobilnetzen der Verfahrensparteien:

Die Feststellungen zu den Kosten der Verfahrensparteien für die Terminierung einer SMS in ihren Mobilnetzen, zu den Vergleichen mit anderen Leistungen sowie die Darlegung alternativer Kostenmaßstäbe gründen ebenso wie die ökonomischen Überlegungen zu den wettbewerblichen Verhältnissen hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Leistung auf einem wirtschaftlichen Gutachten vom August 2008 (ON 13).

Die Amtssachverständigen führen in die Grundlagen der Kalkulation ein, nennen die zugrundeliegenden Daten (Anhänge) und die Berechnungsschritte, die zum Ergebnis führen; in einem weiteren Kapitel stellen die Amtssachverständigen nachvollziehbar alternative Preismaßstäbe zur Ermittlung von SMS-Terminierungsentgelte dar (Kapitel 3.) und führen darüber hinaus eine ökonomische Diskussion zur verfahrensgegenständlichen Leistung (Kapitel 4.). Abschließend legen die Amtssachverständigen ihre Schlussfolgerungen dar.

Im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme gehen die Amtssachverständigen darüber hinaus auf einige im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Kritikpunkte der Antragstellerin ein.

Das wirtschaftliche Gutachten sowie die gutachterliche Replik sind damit schlüssig und nachvollziehbar und können den gegenständlichen Feststellungen zu Grunde gelegt werden, wobei festgehalten wird, dass die konkreten Kosten im Rahmen der Festlegung angemessener Entgelte für die Leistungen der SMS-Terminierung lediglich einen von mehreren Parameter darstellt, weswegen allfällige geringfügige Unschärfen in der Darstellung der Kosten zur Kenntnis genommen werden können (vgl. dazu auch das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12 sowie die eigenen Ausführungen der Hutchison zur „Kostenabschätzung“ in ON 10, Punkte 2.1 und 3.1: „... H3G erscheint eine ungefähre Ermittlung der Kosten ... ausreichend...“). Diese

ergeben sich im Regelfall aus unterschiedlichen Herangehensweisen hinsichtlich der Aufteilung einzelner Kosten, wobei auch leicht unterschiedliche Ergebnisse als valide angesehen werden können. Die konkreten Kosten wurden für das Jahr 2007, basierend auf Ist-Daten, ausgewiesen, wobei die Amtssachverständigen davon ausgehen, dass sich für das Jahr 2008 ähnliche Werte ergeben (ON 13, Punkt 2.2).

Gegen das Gutachten vorgebrachte Ausführungen der Hutchison vermögen in Summe nicht zu überzeugen:

a. Im Rahmen einer Stellungnahme vom 22.9.2008 (ON 19) führt Hutchison – wie bereits im Rahmen der mündlichen Verhandlung (ON 18a) – zum wirtschaftlichen Gutachten vom August 2008 aus und spricht sich eingangs (Punkt 2) gegen die Heranziehung von Prognosen an Stelle konkret vorhandener Daten aus. Dies wird mit einer Stellungnahme vom 7.11.2008 bekräftigt.

Zu dieser Kritik haben die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Replik zum Einen ausgeführt, dass ausschließlich die Daten hinsichtlich der Datenvolumina (Datendienste, Sprache) aus den Verfahren Z 12-24/06 stammen und diese lediglich für die Berechnung eines Kostenallokationsschlüssels für die gemeinsame Nutzung der technischen Infrastrukturelemente des Mobilnetzes herangezogen haben. Alle weiteren zu Grunde gelegten Daten (sowohl Kosten als auch Umsätze und Mengen) basieren auf IST-Daten 2007 der Betreiber (vgl. dazu auch Seite 5 des wirtschaftlichen Gutachtens).

Zum Anderen haben die Amtssachverständigen dargelegt, dass von nur 0,0227% der Kosten für die SMS-Terminierung (im Netz der mobilkom) auszugehen ist: Selbst wenn die für diesen Teil der Berechnung zugrunde gelegten Datenvolumina falsch wären, ist die Wirkung auf das Ergebnis sehr gering.

Angesichts eines „maximalen Fehlers“ von 0,355% der im wirtschaftlichen Gutachten ermittelten K3-Kosten (entgegen den Ausführungen der Hutchison vom 7.11.2008, stellt dieser Wert bereits den „maximalen Fehler“ dar) und der Tatsache, dass die Kosten bloß einen einzelnen Parameter für die Festlegung angemessener Entgelte darstellen, sieht die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung, weitere Ermittlungen vorzunehmen; auf § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG sowie § 121 Abs. 3 TKG 2003 wird verwiesen.

b. Unter Punkt 3 releviert Hutchison die Plausibilität der Daten: So hätten die IT/IC-Billing Kosten der mobilkom hinterfragt werden müssen.

Zu dieser Kritik haben die Amtssachverständigen in ihrer gutachterlichen Replik ausgeführt, dass die Herleitung dieser Kostenwerte bei den Betreibern vor Ort eingesehen und eine Konsistenzprüfung mit den Werten aus den Vorjahren vorgenommen wurde. Dabei waren insbesondere auch im Bereich der IT/IC-Kosten keine Unregelmäßigkeiten, auch nicht hinsichtlich ausländischer mobilkom-Töchter (wie von Hutchison gemutmaßt), zu erkennen.

Der Vorwurf der mangelnden Plausibilität ist damit unhaltbar; so zeigt auch ein Vergleich der IT/IC-Billing-Kosten pro SMS nur mehr Unterschiede in der Höhe von etwa 20% auf. Hutchison spricht sich gegen eine Betrachtung von Kosten pro SMS aus (zuletzt in ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008, wobei Hutchison den Ausführungen nicht qualifiziert entgegentritt), wobei diesem Begehren nicht gefolgt wird: Es ist zu berücksichtigen, dass hohe Mengen zu unterschiedlichen Stückkosten führen können und Betreiber ihre Systeme auf zu erwartete Mengen dimensionieren, was wiederum direkt Auswirkungen auf die Gesamt- und Stückkosten hat; bei hohen Mengensteigerungen ist darüber hinaus auf „sprungfixe Kosten“ Bedacht zu nehmen.

Inwieweit der Hinweis der Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 6.10.2008, dass die Bescheide, in deren Verfahren die Amtssachverständigen Einsicht in die Systeme der Betreiber genommen haben, vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden sind, die Plausibilität der Ausführungen der Amtssachverständigen erschüttern soll, bleibt verborgen,

zumal die IT-/IC-Kosten kein Grund der Bescheidaufhebungen war.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Daten der mobilkom geeignet sind, der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde gelegt zu werden. Auch an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Kosten der SMS-Terminierung lediglich ein Parameter von mehreren für die Entscheidung der Telekom-Control-Kommission sind und kein kostenorientierter Ansatz zur Anwendung gelangt.

c. In weiterer Folge kritisiert die antragstellende Hutchison (ON 19, Punkt 4) die Konsistenz der „Gutachten zu Originierung, SMS und Terminierung“; im Besonderen spricht Hutchison eine (mögliche) Doppelverrechnung der IT/IC-Billing-Kosten an.

Diesem Hinweis der Hutchison wurde im (parallel anhängigen) Verfahren Z 1/08 (Hutchison gegen mobilkom wegen angemessener Mobil-Originierungsentgelte) Rechnung getragen.

Es ist weiters festzuhalten, dass eine Doppelverrechnung der „K2“ bzw. „K3“-Kosten im Bereich der Mobilterminierung ausgeschlossen werden kann, da in den bisherigen Gutachten bzw. Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission im Bereich der Mobil-Terminierung diese Kostenpositionen unberücksichtigt blieben; eine Allokation dieser Kosten zur Mobil-Terminierung scheidet damit aus.

d. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 6.10.2008 kritisiert Hutchison die Umlegung der „K2“- und „K3“-Kosten, die nicht der Terminierungsleistung zugeordnet werden können, proportional auf die Leistungen Originierung und on-net. Hutchison stellt dabei die Frage, ob diese Kosten überhaupt diesen Leistungen zugeschlagen werden müssen.

Dieses Vorbringen bleibt unbegründet. Die Amtssachverständigen haben in ihrem Auftrag zur Erhebung und Darstellung der Kosten der verfahrensgegenständlichen Leistung Kosten umlegen müssen, wobei sie dies weitestgehend verursachungsgerecht vornehmen. Dass zusammenschaltungsrelevante Kosten weitestmöglich auf Zusammenschaltungsleistungen umgelegt werden, erscheint nachvollziehbar. Dass diese Kosten auch selbst getragen werden müssen bzw. von eigenen Endkunden abgegolten werden (wie von Hutchison angesprochen), ergibt sich bereits aus der Umlegung von zusammenschaltungsrelevanten Kosten (auch) auf die Leistung „on-net“. Diese Kosten trägt kein anderer Zusammenschaltungspartner, sondern sind vom jeweiligen Unternehmen selbst bzw. von seinen Endkunden zu tragen.

e. Zur Umlegung von Fixkosten im Wege des Ramsey-Pricing-Prinzipes kritisiert Hutchison im Wesentlichen (etwa in der Stellungnahme vom 22.9.2008, wie auch in jener vom 6.10.2008), dass keine näheren Untersuchungen vorgenommen worden sind, ob die derzeit verrechneten Entgelte „auf einem wohlfahrtseffiziente Ramsey-Niveau“ liegen. Dazu ist festzuhalten, dass dies von der Regulierungsbehörde nicht vorgenommen werden kann: Wie festgestellt, werden für eine Umlegung der Fixkosten entsprechend den Elastizitäten umfangreiche Informationen und Erfahrungen benötigt, über das lediglich das jeweilige Unternehmen mit seinen spezialisierten Marketing-Abteilungen verfügt. Eine solche Prüfung kann von der Behörde damit nicht vorgenommen werden. Es wurde jedoch festgestellt, dass die Preissetzung nach dem Ramsey-Pricing-Prinzipes die beste Wahl ist, wenn keine (nennenswerten) Wettbewerbsprobleme vorliegen. Die Telekom-Control-Kommission kann nicht erkennen, warum einem gewinnmaximierenden Unternehmen (in einem wettbewerblichen Umfeld) kein autonomer Handlungsspielraum eingeräumt werden soll.

f. Im Rahmen einer „Stellungnahme iS Z 1/08 und Z 2/08“ vom 21.11.2008 führt Hutchison zu einer „Erläuterung zur Datenlieferung im Verfahren Z 1/08“ aus; im Besonderen geht Hutchison auf einzelne Aspekte eines „Sprache-Daten-Faktors“ ein. Nachdem dieser Faktor im gegenständlichen Verfahren jedoch keinen Eingang gefunden hat, bezieht sich dieses Vorbringen (und die damit einhergehenden Anträge) damit ausschließlich auf das Verfahren Z 1/08.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines:

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten gemäß § 50 TKG 2003 die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. 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. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd. § 35 TKG 2003 verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung festgelegt werden, ersetzt die nicht zustande gekommene Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

Die Antragsvoraussetzungen für ein Verfahren nach § 50 TKG 2003 sind gegeben.

2. Zum Streitschlichtungsverfahren:

Im Verfahren gemäß § 121 Abs. 2 und 3 TKG 2003 vor der RTR-GmbH konnte zwischen den Verfahrensparteien keine einvernehmliche Lösung erzielt werden, weswegen das Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission fortzusetzen war.

3. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission:

Die Entscheidung in Verfahren gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission zu (§ 117 Z 7 TKG 2003).

4. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003:

Die vorliegende Anordnung gemäß §§ 50 TKG 2003 stellt eine Vollziehungshandlung iSd. §§ 128 f TKG 2003 dar, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination zu unterwerfen war.

Auf die im Rahmen des Verfahrens nach § 128 TKG 2003 übermittelten Stellungnahmen der Verfahrensparteien wird im jeweiligen Sachzusammenhang eingegangen:

5. Zur Anordnung im Konkreten:

5.1. Gleichlautende Anträge:

Soweit übereinstimmende Anträge der Parteien vorliegen oder einem (unbedenklichen) Antrag nicht widersprochen wurde, wurden die Regelungen in diesem Sinn angeordnet, sodass diesbezüglich weitere Begründungen entfallen können (§ 58 Abs. 2 AVG). Dies bezieht sich insbesondere auf den Text der Anordnung des „Anhang 2 - Mobile Terminated Short Message (SMS-MT)“, soweit es sich nicht um die „Interworkingentgelte“ unter Punkt 4 handelt.

Strittig ist damit primär die Höhe der wechselseitigen SMS-Terminierungsentgelte. Auch hinsichtlich des Geltungszeitraumes war eine Entscheidung zu treffen.

5.2. Zu den angeordneten SMS-Terminierungsentgelten:

Im vorliegenden Fall kommt der Telekom-Control-Kommission die gesetzliche Aufgabe zu, subsidiär eine vertragsersetzende Anordnung über die Höhe der wechselseitigen SMS-Terminierungsentgelte zu erlassen (§§ 48, 50 TKG 2003). 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 Festlegung für dessen konkrete Ausgestaltung. 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“ (vgl. dazu auch die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes zum Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde bei der Marktanalyse im Erkenntnis zur Zahl 2007/03/0211 sowie zur Entscheidungsbefugnis nach Art. 20 der Richtlinie 2002/21/EG sowie Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 2002/19/EG das Urteil des britischen Competition Appeal Tribunal vom 20.5.2008, (2008) CAT 12).

Wie festgestellt, verfügt keine der Verfahrensparteien hinsichtlich der Leistung der SMS-Zustellung über beträchtliche Marktmacht, weswegen für die verfahrensgegenständliche Leistung kein „kostenorientiertes“ Entgelt (iSd. einer spezifischen Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003) festzulegen ist. Auch wurden keine Indizien für Wettbewerbsprobleme festgestellt, denen mit besonderen Maßnahmen begegnet werden muss, weswegen grundsätzlich von einem „gelinderen“ Maßstab auszugehen sein wird.

Dazu bringt Hutchison zum Ausdruck, dass den konkreten wettbewerblichen Verhältnissen am verfahrensgegenständlichen Markt – ungeachtet der Ergebnisse iSd. §§ 36, 37 TKG 2003 – Rechnung zu tragen ist, weswegen die wettbewerblichen Umstände im Detail zu prüfen sind. Damit wäre im Wesentlichen eine umfassende Marktuntersuchung vorzunehmen.

Mit diesem Vorbringen interpretiert Hutchison die einschlägigen Bestimmungen des sektorspezifischen Rechtsrahmens fehl: Ausgangspunkt für die sektorspezifische ex-ante Regulierung sind die Schritte der Marktdefinition iSd. § 36 TKG 2003, die Analyse dieser relevanten Märkte iSd. 37 TKG 2003 mit dem Ergebnis, dass ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht (§ 35 TKG 2003) verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Dem bzw. den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht werden in weiterer Folge spezifische Verpflichtungen iSd. §§ 38ff TKG 2003 auferlegt. Im Rahmen der Verfahren nach § 36 und § 37 TKG 2003 werden umfangreiche Untersuchungen der wettbewerblichen Verhältnisse vorgenommen; dazu sind umfangreiche Datenabfragen bei Kommunikationsnetz- und -dienstebetreibern iSd. § 15 TKG 2003 notwendig („Betreiberabfrage“). Auf dieser Grundlage werden Feststellungen getroffen und eine wettbewerbliche zukunftsgerichtete Einschätzung vorgenommen. Dieser langwierige Prozess wird regelmäßig (alle 2 Jahre) wiederholt. Mit den im Rahmen einer Marktanalyseentscheidung getroffenen Festlegungen werden „Verhaltensregeln“ pro futuro angeordnet, die den Ergebnissen der Verfahren nach §§ 36, 37 TKG 2003 Rechnung tragen.

Demgegenüber ist ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 subsidiär möglich, wenn Kommunikationsnetzbetreiber eine privatautonome Lösung über Fragen der Zusammenschaltung auf privatrechtlichem Weg nicht zu Stande bekommen. Diesfalls entscheidet die Telekom-Control-Kommission als „Schiedsrichter“ und hat in ihrer vertragsersetzenden (subsidiären) Entscheidung einen fairen Interessensausgleich herbeizuführen. Bei dieser Entscheidung ist allfälligen spezifischen Verpflichtungen iSd. §§ 37, 38ff Rechnung zu tragen; gibt es keine konkreten Vorgaben (wie im gegenständlichen Verfahren), kommt der Regulierungsbehörde ein weiter Ermessensspielraum zu. Diese

Entscheidung ist „*schnellstmöglich, auf jeden Fall aber innerhalb von vier Monaten*“ zu treffen (Art. 20 RL 2002/21/EG). Gemäß § 121 Abs. 3 TKG 2003 „*entscheidet* [die Telekom-Control-Kommission] *binnen vier Monate ab Einlangen des Antrages.*“

Während die Verfahren gemäß §§ 36ff TKG 2003 eine umfassende vorausschauende Wettbewerbsbeurteilung zum Ziel haben, bezweckt das Verfahren gemäß §§ 48, 50, 121 TKG 2003 die rasche Beilegung von Streitfällen, wobei in diesen Fällen den (zuvor gemäß §§ 36, 37 TKG 2003 identifizierten) wettbewerblichen Umständen und gegebenenfalls Verpflichtungen Rechnung zu tragen ist.

Diesem Konzept der Wettbewerbsregulierung nach dem 5. Abschnitt des TKG 2003 widerspricht Hutchison insofern, als sie für jede einzelne Entscheidung der Telekom-Control-Kommission (nach §§ 48, 50 TKG 2003, zumindest in den derzeit parallel anhängigen Verfahren Z 1/08, Z 2/08) eine umfassende Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse fordert und damit das Wesen der ex-ante Regulierung iSd. §§ 36, 37 TKG 2003 negiert; die Ausführungen der Hutchison fortgesetzt, wäre somit keine Marktdefinition und Marktanalyse gemäß den Bestimmungen des §§ 36ff TKG 2003 (mehr) durchzuführen, sondern es wäre in jedem einzelnen Streitfall eine Untersuchung der wettbewerblichen Verhältnisse vorzunehmen, um sodann angemessene, den wettbewerblichen Verhältnissen entsprechende Zusammenschaltungsbedingungen anzuordnen. Diesem Verständnis der sektorspezifischen Rechtsvorschriften kann sich die Telekom-Control-Kommission nicht anschließen, zumal auch der Richtlinien- bzw. Gesetzgeber für die Beilegung von Streitfällen eine kurze Frist vorsieht, in deren Rahmen bloß die wesentlichsten Ermittlungsschritte (und keine umfassende Marktuntersuchung) gesetzt werden können.

Der antragstellenden Gesellschaft ist aber insofern beizupflichten (vgl. etwa zuletzt die Stellungnahme der Hutchison vom 7.11.2008 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung vom 13.10.2008), als den Umständen des Einzelfalls sowie den Regulierungszielen des TKG 2003 Rechnung zu tragen ist; konkret bekannten strukturellen Wettbewerbsproblemen ist entgegenzuwirken: Im Rahmen einer Entscheidung über Zusammenschaltungsbedingungen ist ein fairer Ausgleich der berechtigten Interessen der Verfahrensparteien herbeizuführen (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2004/03/0204, 2004/03/0151); dabei sind die Ziele des § 1 TKG 2003 zu verwirklichen und der Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu wahren (vgl. § 34 TKG 2003 sowie die Art. 5 der Richtlinie 2002/19/EG und Art. 8 der Richtlinie 2002/21/EG).

Auf Grund der gesetzlichen Pflicht zur Entscheidung ist die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis betreffend Zusammenschaltungsentgelte von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht davon ausgegangen, dass im Fall einer Nichteinigung Zusammenschaltungsentgelte in „*angemessener*“ Höhe anzuordnen sind (vgl. dazu beispielsweise Z 1/02, Z 28/02, Z 14,15/01, Z 5,7/01, Z 7/00 bzw. Z 23/03).

Zum Begriff des „angemessenen Entgelts“ ist festzuhalten, dass von dem – sich aus § 1152 ABGB ergebenden – Grundsatz ausgegangen werden kann, dass in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den Parteien ein Entgelt in angemessener Höhe als vereinbart gilt. Den einschlägigen Kommentaren folgend 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. Herangezogen werden könnten nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes Tarifsysteme, wie Kollektivverträge oder etwa die „autonomen Honorarrichtlinien“ der Rechtsanwaltschaft (SZ 35/33) oä. 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“.

Die Verfahrensparteien begehren jeweils Entgelte in „angemessener“ Höhe (ON 1, 8). Es herrscht jedoch Dissens über deren Ausgestaltung: Während die antragstellende Hutchison

ein Entgelt in der Höhe von Cent 0 („Bill & Keep“), in eventu ein an den Kosten der Leistungserbringung orientiertes Entgelt als angemessen erachtet (ON 10) und dies im Wesentlichen auf die geringen Kosten der gegenständlichen Leistung zurückführt (ON 1) bzw. Wettbewerbsverzerrungspotential verringern möchte (vgl. etwa ON 10), sieht mobilkom ein reziprokes Entgelt in der Höhe von Cent 3,88 (ab Rechtskraft der Entscheidung) als angemessen an und führt dies unter anderem auf den Umstand zurück, dass dieses Entgelt „marktüblich“ ist (ON 16).

Während Hutchison somit eine deutliche Senkung bzw. Streichung der wechselseitigen SMS-Terminierungsentgelte erreichen möchte, wünscht mobilkom eine Reduktion des bislang auf reziproker Basis verrechneten Entgeltes von Cent 4,2 auf Cent 3,88.

Im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens wurden neben den betreiberindividuellen Kosten der SMS-Terminierung (vgl. zur Relevanz der Kosten bei der Festsetzung angemessener Entgelte die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes zu den Zahlen 2000/03/0285, 2001/03/0170, 2002/03/0164 und 2002/03/0188) auch weitere Parameter ermittelt, die für eine Festlegung von angemessenen Entgelten eine Rolle spielen (können): So wurden die zur Verrechnung gelangenden, vereinbarten SMS-Terminierungsentgelte der österreichischen Mobilbetreiber sowie die internationalen SMS-Terminierungsentgelte erhoben. Auch wurde eine Abschätzung der inkrementellen Kosten sowie die „Stand-Alone“ Kosten der SMS-Terminierung vorgenommen. Weitere mögliche Parameter, die für eine Festlegung der SMS-Terminierungsentgelte eine Rolle spielen könnten, ergaben sich nicht.

Im Konkreten wurden Vollkosten der jeweiligen SMS-Terminierungsleistung ermittelt, wobei alle Kosten dieser Leistung ausgewiesen sind: Neben den reinen technischen Netzkosten (K1) wurden zusätzliche Kostenelemente (K2, K3) ermittelt, die der verfahrensgegenständlichen Leistung zugerechnet werden können: Dabei handelt es sich um Kosten für Marketing, Vertrieb, Customer Care, Logistik sowie für Handsetstützungen. Dabei zeigt sich, dass die Kosten der Hutchison im Jahr 2007 pro SMS bei fast Cent 3 liegen, während die Kosten der mobilkom bei fast Cent 1 zu liegen kommen. Nachdem keine Indizien für Wettbewerbsprobleme festgestellt werden konnten, war dem Begehren der Hutchison auf Nichtberücksichtigung der Kostenblöcke K2 und K3 nicht zu folgen (ON 10, Punkt 3.2). Auch hat die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung gesehen, die Anrufexternalität, dh. den erwarteten Nutzengewinn des Empfängers, zu berücksichtigen (ON 10, Punkt 3.3 samt Verweis auf den Entwurf der Europäische Kommission betreffend Terminierung: „*Commission recommendation on the regulatory treatment of fixed and mobile termination rates in the EU*“.), da gerade kein kostenorientiertes Entgelte für eine Leistung festzulegen ist, in deren Zusammenhang beträchtliche Marktmacht iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 identifiziert wurde. Daneben gilt es zu bedenken, dass dieser Empfehlungsentwurf sich auf die Leistung der Terminierung von Sprache bezieht (vgl. etwa § 1 des Empfehlungsentwurfes), nicht jedoch auf die Leistung der Zustellung von SMS.

Diese Kosten stellen lediglich einen Parameter für die Festlegung angemessener Zusammenschaltungsentgelte dar, da – wie bereits ausgeführt – die Verfahrensparteien keine Verpflichtung zur Verrechnung kostenorientierter SMS-Terminierungsentgelte trifft. Eine Verpflichtung zur Verrechnung von Entgelten in der (maximalen) Höhe der festgestellten Kosten (bzw. Maximal-Entgelte, die bloß einzelne Kostenelemente, wie „K1“ widerspiegeln) könnte angebracht sein, wenn wettbewerbliche Defizite identifiziert werden und als überhöht erkannte Entgelte reduziert werden müssen (vgl. dazu Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission gemäß § 37 TKG 2003 betreffend betreiberindividuelle Terminierungsmärkte). Dies ist jedoch im gegenständlichen Kontext nicht gegeben.

Nachdem Hutchison die verfahrensgegenständliche Leistung mit der Sprachterminierung iSd. § 1 Z 15 TKMVO 2003 vergleicht (vgl. ON 1, 10, 19), ist darauf hinzuweisen, dass diese Annahme verfehlt ist: Diese Leistungen mögen zwar in technischer Hinsicht Gemeinsamkeiten haben, unterscheiden sich jedoch in der regulatorischen Behandlung: Während für die Leistung der Terminierung betreiberindividuelle Monopolmärkte definiert

wurden (§ 1 Z 15 TKMVO 2003) und beträchtliche Marktmacht iSd. §§ 35, 37 TKG 2003 festgestellt wurde (ungeachtet der Aufhebung dieser Entscheidungen durch den Verwaltungsgerichtshof – vgl. das Leiterkenntnis zur Zahl 2007/03/0211 – gehen die Amtssachverständigen davon aus, dass es Wettbewerbsprobleme bei der Sprach-Terminierung gibt, vgl. ON 18a, Seite 5), gibt es für die Leistung der SMS-Terminierung keinen relevanten Markt iSd. § 36 TKG 2003 und damit auch kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Dass in früheren Zusammenschaltungsverfahren iSd. § 41 TKG (1997) die Telekom-Control-Kommission den „Zusammenschaltungsmarkt“ nicht als wettbewerblich eingestuft hat (Vorbringen der Hutchison in ON 10, Punkt 4.7), ist auf die damalige Rechtslage mit dem früheren Konzept von vorgegebenen vier Telekommunikationsmärkten (darunter ein einheitlicher „Zusammenschaltungsmarkt“) und der Marktbeherrschung zurückzuführen. Auf diesem Zusammenschaltungsmarkt wurde nur zeitweise ein Mobilbetreiber als marktbeherrschend iSd. § 33 TKG (1997) festgestellt (vgl. die Entscheidungen der Telekom-Control-Kommission zu M 1/98, M 1/99 sowie M 2/99 vom 14.5.1998, 23.7.1999 sowie 31.7.2000).

Auch unterscheiden sich die Leistungen der Mobil-Terminierung und der Terminierung von SMS hinsichtlich ihrer Nachfragefunktionen erheblich, was deutliche Auswirkungen auf die Umlegung von Fixkosten nach dem Ramsey-Pricing-Prinzip hat (vgl. ON 13, 18a).

Vor diesem Hintergrund ist es auch von Bedeutung, in welcher Höhe Kommunikationsnetzbetreiber Entgelte für die verfahrensgegenständliche Leistung vereinbart haben, wobei anzumerken ist, dass diese Entgelte ohne regulatorische Vorgaben in den letzten Jahren zu Stande gekommen sind:

Die Preise für die Zustellung von SMS, die bei einem nationalen Mobilfunkbetreiber originieren, liegen im Bereich von Cent 3,88 bis Cent 4,2. Einzige Ausnahme ist das von Hutchison mit einem MVNO vereinbarte Entgelt in der Höhe von Cent 1,4, wobei dieses Unternehmen bislang noch nicht aktiv seine Dienste anbietet. Nachdem der operative Markteintritt dieses Unternehmens noch nicht erfolgt ist und offenbar lediglich ein Vertrag mit einem deutlich geringeren SMS-Terminierungsentgelt vorliegt, misst die Telekom-Control-Kommission – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin (vgl. zuletzt die Stellungnahme vom 7.11.2008) – diesem singulären Vertragsabschluss eine geringere Bedeutung bei. Auch die Amtssachverständigen gehen von einem „Ausreißer-Wert“ aus (ON 13, Punkt 3.5).

Der von mobilkom im Verfahren angebotene Wert liegt damit (unter Außerachtlassung des einzelnen „Ausreißer-Wertes“) an der Untergrenze der nationalen Bandbreite.

Vor diesem Hintergrund kann die Telekom-Control-Kommission nicht erkennen, dass der von mobilkom (pro futuro) angebotene Wert in einer reziproken Höhe von Cent 3,88 zumindest für den zukünftigen Zeitraum unangemessen wäre, weswegen die Telekom-Control-Kommission erwogen hat, ab der Rechtskraft der gegenständlichen Entscheidung bzw. aus abrechnungstechnischen Gründen (Zusammenschaltungsentgelte werden grundsätzlich auf Monatsbasis abgerechnet) im Konkreten ab dem auf die Rechtskraft dieser Entscheidung folgenden Monatsersten, dh. ab 1.12.2008, ein reziprokes Entgelt für die Leistungen der Terminierung von SMS der Verfahrensparteien in Höhe von Cent 3,88 anzuordnen. Die Reziprozität der angeordneten Entgelte gründet auf Antrag der mobilkom (ON 16) sowie auf den Umstand, dass die Verfahrensparteien auch zuvor ihre SMS-Terminierungsentgelte auf einem symmetrischen Niveau vereinbart haben (ON 1). Auch der Antrag der Hutchison auf „Bill & Keep“ indiziert grundsätzlich, dass Hutchison sich für ein „einheitliches Entgelt“ (in der Höhe von Cent 0) ausspricht.

Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung führt die antragstellende Gesellschaft gegen die Reziprozität der Entgelte aus und meint, dass ein Rückgriff auf ihren Antrag hinsichtlich „Bill & Keep“ „unsachlich“ sei. Die der Leistung zu Grunde liegenden Kosten müssten in einer entsprechenden Spreizung der Entgelte ihren Niederschlag finden.

Diesem zusätzlichen Vorbringen wird nicht gefolgt, da kein Grund ersichtlich ist, warum ein Rückgriff auf eine privatautonomen vereinbarte Spreizung wechselseitiger Entgelte (nämlich Entgelte in derselben, reziproken Höhe) unsachlich sein soll; die zu Grunde liegenden Kosten stellen einen von mehreren Parameter für die Festlegung angemessener Entgelte dar. Die zu Grunde liegenden Kosten wurden offenbar auch nicht in der Vereinbarung der Verfahrensparteien über SMS-Terminierungsentgelte in einer reziproken Höhe von Cent 4,2 berücksichtigt.

Mit dem angeordneten Wert von Cent 3,88 ist jedenfalls sichergestellt, dass die betreiberindividuellen Voll-Kosten, die im Zusammenhang mit der jeweiligen SMS-Terminierungsleistung anfallen, gedeckt werden. Dabei erscheint es auch unbeachtlich, ob die ausgewiesenen Kosten in exakt dieser Höhe anfallen, oder ob diese Kosten auf Grund unterschiedlicher Verteilschlüssel oder Mengensteigerungen in ähnlicher Höhe zu liegen kommen; so gehen die Amtssachverständigen davon aus, dass die Werte für 2007 und 2008 in ähnlicher Höhe zu liegen kommen. Damit wird dem Ziel gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 Rechnung getragen, da durch eine Deckung aller Kosten der verfahrensrelevanten Leistung grundsätzlich ein Beitrag zur Ermöglichung einer modernen Kommunikationsinfrastruktur geleistet wird. Vor diesem Hintergrund war dem Begehren der Hutchison auf Anordnung von „Bill & Keep“ nicht zu folgen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass der von mobilkom angebotene Wert mit anderen Kommunikationsnetzbetreibern ohne regulatorische Intervention und in einem Umfeld ohne Wettbewerbsdefizite vereinbart wurde und somit als marktüblich bezeichnet werden kann. Hätten andere Kommunikationsnetzbetreiber (wie auch der von Hutchison erwähnte MVNO) diesen Wert als unangemessen angesehen, hätten sie ein Verfahren nach §§ 48, 50 TKG 2003 anstrengen, ihre Bedenken hinsichtlich dieses Wertes vortragen und ein anderes Entgelt beantragen können. Dass dies nicht geschehen ist, indiziert auch die Angemessenheit dieses Entgeltes.

Diese Darlegungen werden auch nicht durch die Stellungnahme der Hutchison vom 7.11.2008 erschüttert, da Hutchison wiederholt davon ausgeht, dass im Zusammenhang mit der SMS-Terminierungsleistung Wettbewerbsprobleme vorliegen, weswegen offenbar die (frei vereinbarten) Entgelte nicht als Referenz herangezogen werden können. Auch der Verweis der Hutchison auf ein Dokument der Europäischen Kommission (MEMO/06/257) kann nicht darlegen, warum die Europäische Kommission für die verfahrensgegenständliche Leistung grundsätzlich keine sektorspezifische Regulierung vorsieht (vgl. die neue Märkteempfehlung der Europäischen Kommission vom 17.12.2007, die hinsichtlich der Frage der SMS Terminierung im Vergleich zum konsultierten Entwurf geändert wurde). Der Verweis der Hutchison geht damit auf ein unverbindliches Konsultationsdokument der Europäischen Kommission ein, das (zumindest diesbezüglich) nicht in geltendes Recht umgesetzt wurde.

Auch der Vergleich dieses Wertes mit dem von den Amtssachverständigen zusammengestellten „Preisband“ möglicher SMS-Terminierungsentgelte (vgl. dazu im Einzelnen die Feststellungen) zeigt die Angemessenheit dieses Wertes dadurch, dass der angeordnete Wert von Cent 3,88 im Wesentlichen in der Mitte dieses „Preisbandes“ zu liegen kommt: Die inkrementellen Kosten der SMS-Terminierung, die nationale Untergrenze eines SMS-Terminierungsentgeltes (in der Höhe von Cent 1,4) sowie der niedrigste Wert des internationalen Preisvergleiches liegen unter dem vorgesehenen Wert in der Höhe von Cent 3,88. Über diesem Wert liegen die weiteren nationalen SMS-Terminierungsentgelte, der Durchschnittswert aus dem internationalen Preisvergleich, die Obergrenze des internationalen Preisvergleiches sowie die „Stand-Alone Kosten“ der SMS-Terminierung.

Darüber hinaus ist die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung gelangt, dass der Unterschied zwischen den festgestellten Kosten der Verfahrensparteien und dem von mobilkom angebotenen Entgelt nicht so groß ist, dass der für die Leistung der SMS-Terminierung verlangte (marktübliche) Preis zur Gegenleistung bzw. den zu Grunde

liegenden Kosten außer Verhältnis steht, wobei zu beachten ist, dass Fixkosten auch anders umgelegt werden können (vgl. die weiter unten folgenden Ausführungen zu Ramsey Pricing).

Demgegenüber hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, für den antragsgegenständlichen Zeitraum ab 1.5.2007 bis zur Rechtskraft der gegenständlichen Entscheidung bzw. aus abrechnungstechnischen Gründen (Zusammenschaltungsentgelte werden auf Monatsbasis abgerechnet) im Konkreten bis zum letzten Tag des Monats der Rechtskraft dieser Entscheidung, dh. konkret bis 30.11.2008, jene Entgelte für die wechselseitige Leistung der SMS-Terminierung festzulegen, die seit 1.5.2007 zur Verrechnung gelangen: Cent 4,2 auf reziproker Basis.

Auch diese Entgelte können nicht als grundsätzlich unangemessen erkannt werden, da diese zwischen den Verfahrensparteien frei vereinbart worden sind und der deutliche Zeitraum der Verhandlungen über eine Nachfolgeregelung offenbart, dass die (seit 1.5.2007) bezahlten Entgelte als tragbar angesehen worden sind: Wie festgestellt, wurde die erste Nachfrage nach einer Neuregelung der Entgelte im Jänner 2007 übermittelt. Im März 2007 sowie November 2007 wurde verhandelt. Ende März 2008, dh. 14 Monate nach der Nachfrage nach neuen Bedingungen, wurde der Antrag gemäß §§ 48, 50 TKG 2003 an die Telekom-Control-Kommission übermittelt. Vor dem Hintergrund dieses Verlaufes sieht die Telekom-Control-Kommission keine Veranlassung, andere Entgelte als angemessene festzulegen als jene, die vereinbart worden sind und seit Vertragskündigung zur Verrechnung gelangt sind.

Die Angemessenheit der angeordneten marktüblichen Entgelte für die wechselseitige Zustellung von SMS (Cent 4,2 und Cent 3,88) zeigt sich auch darin, dass diese in der unteren Hälfte des internationalen Preisvergleiches und geringfügig über den Entgelten (in der Höhe von Cent 3 und Cent 3,5) zu liegen kommen, die für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich der SMS-Terminierung in Frankreich festgelegt worden sind.

Weiters ist festzuhalten, dass ein positives Entgelt für die Zustellung einer SMS einen Beitrag leisten kann, dass Spam-SMS hintangehalten werden und es damit zu keiner Fehlallokation bzw. einer zu intensiven Nutzung von Ressourcen kommt. Auch wenn es unter Umständen andere Möglichkeiten gibt, Spam-SMS zu verhindern (wie etwa durch eine vertragliche Vereinbarung; vgl. die Ausführungen der Hutchison in ON 10), ist ein Entgelt über Cent 0 – es kann entgegen der Ausführung der Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 dahingestellt bleiben, wie hoch ein Vorleistungsentgelt für eine SMS sein muss – ein erprobter und privatautonom vereinbarter Weg, um Spam-SMS weitestgehend hintanzuhalten (vgl. dazu auch mobilkom in ON 8, Punkt 3.1), weswegen die Telekom-Control-Kommission auch dem Begehren der Hutchison auf Anordnung von „Bill & Keep“ nicht zu folgen vermochte.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass ein (positives) SMS-Terminierungsentgelt sicher stellt, dass die Kosten von jenen getragen werden, die Spam verursachen; würde man einen anderen Weg verfolgen, um Spam zu verhindern, würde dies Kosten generieren, die in letzter Konsequenz von Endkunden zu bezahlen wären, die Spam jedoch nicht verursachen.

Soweit Hutchison in diesem Kontext meint, dass „Anrufexternalitäten“ zu berücksichtigen wären (zuletzt in der Stellungnahme vom 7.11.2008), ist festzuhalten, dass im derzeit gehandhabten Abrechnungsregime, wonach der Anrufer die gesamten Kosten trägt („Calling Party Pays“-Prinzip) Anrufexternalitäten nicht berücksichtigt werden, weswegen dem Begehren der Hutchison auf eine Korrektur des SMS-Terminierungsentgeltes nach unten nicht zu folgen war.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Telekom-Control-Kommission bei ihrer Entscheidung auch zu berücksichtigen hat, dass die Verfahrensparteien Mehrproduktunternehmen sind, die eine Vielzahl an Leistungen im Verbund produzieren, und diese auf unterschiedlichen Märkten mit unterschiedlichen Nachfragefunktionen vertreiben.

Ein gewinnmaximierender Betreiber wird Fixkosten (Gemeinkosten und gemeinsame Kosten) nach dem (wohlfahrtseffizienten) 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, wohingegen Leistungen auf Märkten mit unelastischer Nachfrage einen höheren Teil tragen. Insofern erscheinen frei vereinbarte Entgelte für Leistungen, in deren Zusammenhang keine wettbewerblichen Defizite festgestellt wurden, als im Einklang mit Ramsey Pricing zu stehen, weswegen auch spruchgemäß angeordnet wurde.

Soweit Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 ausführt, dass ein Rückgriff auf Ramsey-Pricing unzulässig sei, da zahlreiche Informationen notwendig sind, die der Telekom-Control-Kommission nicht vorliegen (wie die Telekom-Control-Kommission selbst ausführt), ist klarzustellen, dass die konkret angeordneten Entgelte nicht unter Anwendung des Ramsey-Pricing-Prinzipes „modelliert“ wurden. Es wird vielmehr auf ein Entgelt zurückgegriffen, das von Betreibern in einem Umfeld ohne strukturelle wettbewerbliche Probleme gesetzt worden ist.

In weiterer Folge ihrer Stellungnahme zum Entwurf einer Vollziehungshandlung thematisiert Hutchison, dass eine Begründung zu Frage, ob „Kostenblöcke aus regulierten Märkten nach dem Ramsey-Pricing überhaupt auf nicht SMP-regulierte Märkte verlagert werden können“, fehlt. Auch mit dieser Ausführung verkennt die antragstellende Gesellschaft die grundsätzliche Überlegung von Ramsey-Pricing. Mit dieser Methode werden Fixkosten (gemeinsame und Gemeinkosten) auf Produkte umgelegt, wobei diese Fixkosten gerade nicht für einzelne Produkte – ungeachtet ob sie „SMP-reguliert“ sind oder nicht – anfallen, weswegen sich die Frage der Hutchison erübrigt. Im Rahmen der konkreten Kostenrechnungen werden demgegenüber jene Kostenblöcke verursachungsgerecht umgelegt, die für die konkrete Leistung anfallen.

In diesem Kontext hinterfragt Hutchison in ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 die geringere Elastizität bei SMS und verweist begründend auf den Telekom-Monitor für das 2. Quartal 2008 der RTR-GmbH: dieser weist Mengensteigerungen bei SMS aus. Dazu ist festzuhalten, dass lediglich ausgeführt wurde, dass SMS eine geringere Elastizität als Sprache *haben kann* und dies Auswirkungen auf die Umlegung von Fixkosten nach Ramsey-Pricing hat. Darüber hinaus können die von Hutchison herangezogenen Mengensteigerungen diese Aussage nicht entkräften, da bloße Mengenänderungen alleine nicht ausschlaggebend für die Beurteilung einer Elastizität sind. Vielmehr geht es um die Relation zwischen Mengen- und Preisänderungen. Zudem gilt es saisonale Effekte und Trendeffekte zu berücksichtigen.

Die Telekom-Control-Kommission ist daher im Ergebnis zur Auffassung gelangt, dass dem Verlangen der Hutchison nach einer deutlicheren Absenkung des SMS-Terminierungsentgeltes nicht entsprochen werden kann.

5.3. Zum Geltungszeitraum:

5.3.1. Zum Wirkungsbeginn:

Hutchison beantragt die Festlegung der beantragten Bedingungen für einen Zeitraum ab 1.5.2007 (ON 1). Demgegenüber begehrt mobilkom die Zurückweisung des Antrages für den Zeitraum bis zur Rechtskraft wegen Vorliegens einer konkludenten Vereinbarung (ON 8).

Die Telekom-Control-Kommission folgt dem Antrag der Hutchison und ordnet Zusammenschaltungsbedingungen für den beantragten Zeitraum ab 1.5.2007 an, da seit diesem Zeitpunkt zwischen den Verfahrensparteien keine aufrechte schriftliche Vereinbarung iSd. § 48 Abs. 3 TKG 2003 (vgl. dazu auch § 6 Abs. 2, Zusammenschaltungsverordnung, ZVO, BGBl. II Nr. 14/1998,) über die (sodann beantragten) Zusammenschaltungsbedingungen besteht.

Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen – insbesondere §§§ 48, 50, 121 Abs. 2 TKG 2003 – normieren nicht, dass die Telekom-Control-Kommission Zusammenschaltungsbedingungen lediglich ab Rechtskraft der Entscheidung anordnen dürfe. Dazu ist auch auf folgende Ausführung des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 25.6.2008 zur Zahl 2007/03/0211 zu verweisen: *„Es steht nicht in Zweifel, dass im Falle einer Streitigkeit über Zusammenschaltungsbedingungen – einschließlich der Entgelte – die von der belangten Behörde zu treffende Entscheidung die zwischen den Parteien strittigen Zeiträume erfassen kann.“* Dass der Zeitraum seit 1.5.2007 „strittig“ ist, ergibt sich bereits aus den divergierenden Anträgen der Verfahrensparteien.

Darüber kann die Telekom-Control-Kommission Bedingungen für die Zusammenschaltung festlegen, die auch im Rahmen einer privatautonomen Vereinbarung zustande gekommen wären, wobei diese Anordnung auf jene Inhalte beschränkt zu bleiben hat, die zur Erreichung des Zieles der Zusammenschaltungsanordnung geeignet und erforderlich ist (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl 2005/03/0200 vom 19.12.2005). Die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ist als Essentialia einer Vereinbarung bzw. vertragsersetzenden Anordnung zweifellos „erforderlich“ (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.3.2004, Zahl 2002/03/064: *„Die für die vertragstypischen Leistungen zu entrichtenden Entgelte sind Essentialia jedes Vertrages und müssen daher [] auch in einer behördlichen Anordnung, die nach dem Gesetz an die Stelle eine vertraglichen Vereinbarung treten soll, geregelt werden.“*). Auch eine Anordnung von Entgelten, die sich als (teilweise) rückwirkend darstellt, kann vor dem Hintergrund des vertragsersetzenden Charakters einer Anordnung hoheitlich festgelegt werden, da dies auch im Rahmen der Privatautonomie möglich und zulässig ist.

5.3.2. Zur Laufzeit:

Die Verfahrensparteien beantragten vorerst keine explizite Regelung betreffend die Laufzeit der gegenständlichen Anordnung. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 7.11.2008 zum Entwurf einer Vollziehungshandlung regt mobilkom jedoch die Anordnung einer *„Mindestlaufzeit [der gegenständlichen Anordnung] bis 30.6.2009“* an;

Vor dem Hintergrund der Antragslage hat die Telekom-Control-Kommission erwogen, diese Zusammenschaltungsbedingungen grundsätzlich unbefristet anzuordnen, wobei darauf hingewiesen wird, dass den Verfahrensparteien die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung gemäß Punkt 6.2. des allgemeinen Teiles ihres Vertrages betreffend Interworking von Messaging Services vom 10.6.2003 frei steht. Der Anregung von mobilkom auf Anordnung einer „Mindestlaufzeit“ wird nicht gefolgt, da nicht davon ausgegangen werden muss, dass die gegenständliche Anordnung zeitnah gekündigt wird und es wieder zu neuen Verhandlungen und gegebenenfalls einem Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission kommen muss.

5.4. Sonstiges:

5.4.1. Zum möglichen Kartellrechtsverstoß:

Nach Ansicht von Hutchison indiziert das Vorbringen der mobilkom, dass mit anderen Betreibern Entgelte für die SMS-Terminierung in ähnlicher Höhe festgelegt worden sind, eine abgestimmte Verhaltensweise bzw. eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung iSd. § 1 KartG 2005. Auch aus Darlegungen des MVNO, mit dem Hutchison ein Entgelt von Cent 1,4 für die SMS-Terminierung vereinbart hat, leitet Hutchison einen möglichen Verstoß gegen Kartellrecht ab. Vor diesem Hintergrund stellt Hutchison einen Antrag, die Telekom-Control-Kommission möge weitere Ermittlungen vornehmen (ON 10, Punkte 4.6, 5.4; vgl. auch die Stellungnahme vom 7.11.2008).

Die Telekom-Control-Kommission vermag sich diesem Vorbringen nicht anzuschließen, da privatautonom vereinbarte Zusammenschaltungsbedingungen nicht per se gegen das Kartellverbot iSd. § 1 KartG 2005 verstoßen.

Obige Ausführungen haben gezeigt, dass die Telekom-Control-Kommission Entgelte in der Höhe von Cent 3,88 bzw. 4,2 als marktüblich, angemessen und unter Zugrundelegung des Ramsey-Pricing-Prinzips auch als an den tatsächlichen Kosten orientiert ansieht. Diese Entgelte bewirken (oder gar bezwecken) keine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“, sondern sind Konditionen, die sich in einem Umfeld ohne strukturelle Wettbewerbsprobleme gebildet haben.

Das Vorbringen der Hutchison konterkariert das Wesen des § 48 TKG 2003, demzufolge Bedingungen der Zusammenschaltung primär privatautonom vereinbart werden sollen.

Soweit Hutchison ihre Wettbewerbsposition bzw. die (A-)Symmetrie der Verkehrsflüsse (gegenüber mobilkom) thematisiert und daraus einen Tatbestand iSd. KartG 2005 herleiten möchte, ist wiederholt festzuhalten, dass die antragstellende Gesellschaft ihre Position nicht bloß auf die Höhe des Vorleistungsentgeltes zurückführen kann; vielmehr kommt es auf eine wohldurchdachte Tarifgestaltung an. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass durch Maßnahmen der Regulierung der Wettbewerb als Institution geschützt werden soll, nicht jedoch einzelne Wettbewerber.

5.4.2. Zur Offenlegung weiterer Daten:

Hutchison begehrt die Offenlegung weiterer Daten im wirtschaftlichen Gutachten. Im Besonderen nimmt Hutchison auf die Datenlieferung der mobilkom vom 23.6.2008 (ON 10, Punkt 5.3, ON 19, Punkt 12.2), die Retail-Entgeltreduktion in Tabelle 11 des Gutachtens sowie die SMS-Preise auf Seite 17 des Gutachtens Bezug (ON 19, Punkte 12.3, 12.4).

Eine weitere Übermittlung von Daten betreffend Endkunden-Preise war nicht vorzunehmen, da die von Hutchison angesprochenen zu Grunde liegenden Daten nicht Eingang in die Entscheidung finden und damit keine Beweismittel darstellen; eine weitere Offenlegung von Daten ist damit nicht notwendig. Es kann jedoch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass die Endkundenpreise für Mobilfunkdienstleistungen, wie auch die der gegenständlichen Leistung in den letzten Jahren deutlich gesunken sind, was von Hutchison in ihrer Stellungnahme im Grundsatz nicht bestritten wird.

Auch gab es keine Veranlassung, die Daten, die mobilkom auf der Grundlage einer Aufforderung der Amtssachverständigen zur Erstellung des wirtschaftlichen Gutachtens (mit Schreiben vom 23.6.2008) übermittelt hat, *in dieser Form* an die Verfahrensgegnerin zu übermitteln, da die konkret benötigten Daten – nach Prüfung durch die Amtssachverständigen – in weiterer Folge ohnehin Eingang in das wirtschaftliche Gutachten gefunden haben. Dieses Gutachten wurde samt den zu Grunde liegenden Daten und Berechnungen (die Excel-Daten wurden in elektronisch weiterverarbeitbarer Form übermittelt) auch an Hutchison gemäß § 45 Abs. 3 AVG übermittelt. Dieses Gutachten (samt der in weiterer Folge des Verfahrens erstellten gutachterlichen Replik) stellt die Grundlage der Feststellungen dar, womit Hutchison auch Einblick in die relevanten Daten der mobilkom erhalten hat. „Geheime Beweismittel“ liegen damit nicht vor; auch bleibt der Telekom-Control-Kommission unklar, inwieweit durch diese Vorgangsweise das Verbot geheimer Beweismittel „ausgehobelt werden könnte“ (vgl. die Stellungnahme der Hutchison vom 7.11.2008).

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist gemäß § 121 Abs. 5 TKG 2003 kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

IV. Hinweis

Gegen diesen Bescheid kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und auch an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, wobei jeweils eine Eingabengebühr in der Höhe von Euro 220,- zu entrichten ist. Die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 24.11.2008

Die Vorsitzende
Dr. Elfriede Solé

ZV:

Hutchison 3G Austria GmbH, z. Hd. Mag. Dr. Bertram Burtscher, Rechtsanwalt, Seilergasse 16, 1010 Wien, per Telefax und Post
mobilkom Austria AG, z. Hd. des Vorstands, Obere Donaustraße 29, 1020 Wien, per Telefax und Post