



## Beschlusskammer 3

## - Konsolidierungsentwurf -

BK 3b-12/004

### **B e s c h l u s s**

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Maßnahmen auf dem Markt Nr. 7 „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte 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 (Empfehlung 2007/879/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2007, Nr. L 344 S. 65,

gegen

die Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

Antragstellerinnen:

1. Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, vertreten durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte

der Antragsstellerin zu 1.: Deutsche Telekom AG  
Friedrich-Ebert-Allee 140  
53113 Bonn  
vertreten durch den Vorstand

dieser vertreten durch  
Rechtsanwälte Dolde Mayen & Partner  
Mildred-Scheel-Straße 1  
53175 Bonn –

hat die Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Ernst Ferdinand Wilmsmann,  
den Beisitzer Helmut Scharnagl und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

nach der von der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur beschlossenen Festlegung:

*Die Betroffene und die mit ihr gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen verfügen auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG.*

auf die mündliche Verhandlung vom 03.05.2012

folgende

## **R e g u l i e r u n g s v e r f ü g u n g**

rückwirkend auf den 01.12.2012 beschlossen:

### I.

Gegenüber der Betroffenen werden die ihr mit den Beschlüssen BK 3b-08/017 vom 05.12.2008 und BK 3b-09/011 vom 01.09.2009 auferlegten Verpflichtungen wie folgt beibehalten, nämlich

1. Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Koppelung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu ermöglichen,
2. über die Koppelung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren,
3. zum Zwecke der Koppelung und Terminierung gemäß Ziffern 1. und 2. Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
4. dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen,
5. der Bundesnetzagentur gültige Verträge über Zugangsleistungen nach Ziffern 1. bis 3. ohne gesonderte Aufforderung und in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen, es sei denn, der jeweilige Vertrag liegt der Bundesnetzagentur bereits vor,
6. ein einheitliches Standardangebot für Zugänge nach Ziffern 1. bis 3., für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen, wobei die Angaben zu den Standorten der Koppelung bzw. der Kollokation nicht veröffentlicht, sondern interessierten Unternehmen nur auf Nachfrage zugänglich gemacht werden müssen, und
7. dass die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern 1. bis 3. der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden. Die Entgelte werden auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungs-

bereitstellung nach § 32 TKG genehmigt, soweit sich nicht aus Ziffer II. etwas anderes ergibt. Der Grundsatz, dass das relevante Inkrement zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungsleistungen umfasst und diese Kosten nutzungsanteilig verteilt werden, und dass im Übrigen ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten berücksichtigt wird, wird auch im Fall von Satz 2 Halbsatz 2 beibehalten.

## II.

Gegenüber der Betroffenen werden die ihr mit den Beschlüssen BK 3b-08/017 vom 05.12.2008 und BK 3b-09/011 vom 01.09.2009 auferlegten Verpflichtungen wie folgt geändert:

1. Soweit es die Genehmigung von Entgelten für Terminierungsleistungen im Sinne von Ziffer I.7. Satz 1 i.V.m. Ziffer I.2. anbelangt und Ziffer I.7. Satz 3 nicht entgegensteht, ist bei der Entgeltbestimmung nach der in der Empfehlung der Kommission vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, empfohlenen Weise vorzugehen.
2. Soweit es die Genehmigung von Entgelten für Koppelungs- und Kollokationsleistungen im Sinne von Ziffer I.7. Satz 1 i.V.m. Ziffern I.1. und I.3. anbelangt, sind der Effizienzbestimmung nach Ziffer I.7. Satz 2 symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Die Entgeltermittlung erfolgt vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

## Sachverhalt

Die Betroffene betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communications), nach dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard) und nach dem LTE-Standard (Long Term Evolution).

Das 1992 in Betrieb genommene GSM-Netz ist grundsätzlich flächendeckend ausgebaut und funkt – mit Ausnahme einiger Ergänzungsbänder im Bereich von 1.800 MHz – auf Frequenzen aus dem Bereich von 900 MHz. Das UMTS-Netz wurde seit dem Jahr 2000 sukzessive aufgebaut und umfasst mittlerweile zumindest alle Städte mit mehr als 50.000 Einwohnern. Es wird einheitlich im Frequenzbereich 1.900/2.100 MHz betrieben. Das im Frequenzbereich von 800 MHz betriebene LTE-Netz befindet sich seit dem Jahr 2010 im Aufbau.

Die Betroffene hat insgesamt über 35 Millionen Teilnehmer angeschlossen. Diese sind sowohl ihre eigenen Kunden als auch Kunden von Diensteanbietern.

Der Betroffenen sind mit Beschluss BK 4c-06-002/R vom 29.08.2006 verschiedene Maßnahmen der Zugangsregulierung im Mobilfunkterminierungsbereich auferlegt worden. Der genannte Beschluss ist Gegenstand sowohl eines gerichtlichen Eilverfahrens als auch eines bis zum Bundesverwaltungsgericht geführten Hauptsacheverfahrens gewesen. Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Az. 6 C 17.07, vom 02.04.2008 hat der Beschluss gegenüber der Betroffenen vollumfänglich Bestandskraft erlangt. Die von der Betroffenen hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen worden.

Die der Betroffenen 2006 auferlegten Maßnahmen sind mit Beschluss BK 3b-08/017 vom 05.12.2008 beibehalten und mit Beschluss BK 3b-09/011 vom 01.09.2009 um eine Verpflichtung zur Vorlage von Zugangsvereinbarungen ergänzt worden. Die vorgenannten Beschlüsse sind mittlerweile bestandskräftig.

Mit Blick auf die Terminierungsempfehlung 2009/396/EG der Europäischen Kommission vom 07.05.2009 und auf entsprechende Bitte der Beschlusskammer hat die für ökonomische Fragen der Telekommunikationsregulierung zuständige Fachabteilung der Bundesnetzagentur Ende 2010 ein Ausschreibungsverfahren für die Erstellung eines analytischen Kostenmodells zur Berechnung von Mobilfunkterminierungsentgelten eingeleitet. Im Juni 2011 ist die WIK-Consult GmbH mit der Erstellung eines solchen Modells beauftragt worden.

Darüber hinaus hat die Beschlusskammer im Dezember 2011 mit ersten Vorbereitungen für den Erlass einer neuen Regulierungsverfügung begonnen. Sie hat dazu der Betroffenen mit Schreiben vom 05.12.2011 Fragen zum künftigen Angebot von Anrufsammeldiensten und zur zivilrechtlichen Möglichkeit einer Überwälzung bestimmter Kosten auf die Anschlussinhaber gestellt. Die Betroffene hat diese Fragen mit Schreiben vom 22.12.2011 beantwortet.

Mit Festlegung BK 1-10/001 vom 02.01.2012 hat die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur befunden, dass die Betroffene und die mit ihr gemäß § 3 Nr. 29 TKG verbundenen Unternehmen auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz weiterhin über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG verfügen.

Die Beschlusskammer hat mit Schreiben vom 02.03.2012 der Betroffenen mitgeteilt, dass sie im Anschluss an diese Festlegung gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 TKG darüber zu entscheiden habe, ob und inwieweit sie die bisherigen Regulierungsverpflichtungen gegenüber der Betroffenen beibehält, ändert oder widerruft oder aber ihr neue Verpflichtungen auferlegt. Der Betroffenen werde Gelegenheit eingeräumt, sich hierzu zu äußern.

In ihrer Stellungnahme vom 16.03.2012 hat sich die Betroffene auf die zentrale Verpflichtung konzentriert, nämlich die Entgeltregulierung.

Ihrer Ansicht nach sei die bisherige Entgeltgenehmigungspflicht in eine nachträgliche Entgeltregulierung zu ändern. Eine solche nachträgliche Entgeltregulierung reiche zur Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen aus. Der Wettbewerb im Mobilfunkendkundenmarkt sei intensiv, die Marktpenetration hoch, die Preise sanken und neue Dienste würden angeboten. Es sei bislang allerdings nicht schlüssig belegt worden, dass gesunkene Terminierungsentgelte auch an die Endkunden weitergereicht würden. Zudem wären bei einer nachträglichen Entgeltregulierung die möglichen Entgeltsteigerungen sehr begrenzt. Denn jede Preiserhöhungsabsicht würde bei Bestandskunden eines Netzbetreibers Vertragsänderungen erforderlich machen. Außerdem würde eine nachträgliche Entgeltregulierung auch nicht zur Erschließung eines wettbewerbsverfälschenden Quersubventionierungspotenzials führen. Quersubventionierungen führten zu tendenziell sinkenden Preisen, was im Nutzerinteresse liegen dürfte. Mit den derzeit genehmigten Entgelten liege eine Referenzbasis für zukünftige Missbrauchskontrollen vor. Eine nachträgliche Entgeltregulierung fördere zudem die Investitionsfähigkeit der Netzbetreiber und die Sicherstellung chancengleichen und unverzerrten Wettbewerbs.

Sollte die Beschlusskammer gleichwohl an einer Genehmigungspflicht festhalten, müsste jedenfalls der KeL-Kostenmaßstab beibehalten werden, den auch das novellierte TKG als den nicht besonders zu begründenden Normalfall bei auferlegter Entgeltgenehmigungspflicht vorsehe. Insbesondere der Kostenmaßstab der vermeidbaren Long Run Incremental Costs (LRIC) sei nicht anzuwenden. Ein LRIC-Ansatz sei nicht besser geeignet als ein KeL-Ansatz zur Erreichung der Regulierungsziele. So sei ein Wohlfahrtsverlust zu erwarten, weil die Gemeinkostendeckung auf die wettbewerbsintensiven Endkundenmärkte verlagert werde. Insbesondere Wenignutzer würden gegenüber der heutigen Situation negativ betroffen sein. Zudem würden gerade Festnetzbetreiber die ihnen zufallende zusätzliche Marge keinesfalls in vollem Umfang an die Endkunden weitergeben. Investitionen in Telekommunikationsinfrastruktur würden unattraktiver werden. Profitieren würde von einem LRIC-Ansatz insbesondere die Antragstellerin zu 1., die Einnahmedefizite aus der Mobilfunkterminierung wesentlich besser kompensieren könne als reine Mobilfunkunternehmen oder solche mit einem nur begrenzten Festnetzgeschäftsumfang. Ferner stelle eine LRIC-Regulierung den Fortbestand kleinerer Anbieter durchaus in Frage. Wegen der Einzelheiten verweist die Betroffene auf ein Rechtsgutachten von Prof. Kühling sowie auf ein von ihr vorgelegtes ökonomisches Gutachten.

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung ist am 18.04.2012 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Gleichzeitig ist im Amtsblatt Nr. 7/2012 vom selben Tage per Mitteilung Nr. 242/2012 auf diese Veröffentlichung hingewiesen worden. Den interessierten Parteien ist Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von einem Monat ab der Veröffentlichung dazu Stellung zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist sind fünf schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

Die Betroffene hält es zwar für unzutreffend, die Marktabgrenzung weiterhin derart eng nach dem „Ein-Netz-Ein-Markt-Konzept“ vorzunehmen. Gleichwohl begrüße sie ausdrücklich die Entscheidung der Bundesnetzagentur, „im Rahmen der Entgeltgenehmigungspflicht jedenfalls am KeL-Maßstab festzuhalten.“

Die teilweise Anwendung der Terminierungsempfehlung sei zulässig, da eine Empfehlung – im Gegensatz zu Verordnungen oder Richtlinien – nicht dazu bestimmt sei, den Mitgliedsstaaten oder einzelnen Betroffenen rechtsverbindliche Vorgaben zu machen (Art. 288 AEUV). Auch nach der Rechtsprechung des EuGH seien Empfehlungen lediglich ein Auslegungsmaßstab. Daher könne die Terminierungsempfehlung weder selbst eine Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung des LRIC-Maßstabes sein noch verpflichte sie die Bundesnetzagentur zu dessen Anwendung. Etwas anderes ergebe sich weder aus Art. 19 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie noch aus der gleichlautenden Verpflichtung in Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie in Bezug auf Stellungnahmen der Kommission. Zu letzterer habe der EuG festgestellt, dass eine Handlung der Kommission im Rahmen ihrer beratenden Rolle in Regulierungsverfahren keinen verbindlichen Charakter habe und folglich auch keine verbindlichen Rechtswirkungen gegenüber der nationalen Regulierungsbehörden erzeugen könne, sondern diese vielmehr das Recht besäßen, der Kommission nicht zu folgen. Entsprechend sehe die Organisationsvorschrift des § 123a Abs. 3 TKG vor, dass die Bundesnetzagentur von Empfehlungen abweichen dürfe.

Auch stünde § 31 Abs. 1 TKG einer teilweisen Umsetzung der Terminierungsempfehlung nicht entgegen, da das Verfahren der Entgeltermittlung mittels eines Bottom-up-Kostenmodells einschließlich symmetrischer Entgelteregulierung und der materielle Kostenmaßstab LRIC jeweils eine „andere Vorgehensweise“ im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 TKG darstelle. Mit der Einschränkung durch das Wort „sofern“ werde verdeutlicht, dass der TKG-Gesetzgeber bei der Entgeltbestimmung im Rahmen des § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 TKG eine „andere Vorgehensweise“ ermögliche, die nur partiell von den Vorgaben des § 31 Abs. 1 TKG abweiche.

Da alles dafür spreche, dass symmetrische Entgelte besser geeignet seien, die Regulierungsziele besser zu erreichen, als betriebsindividuelle, erfülle auch diese Entscheidung insofern das entsprechende Tatbestandsmerkmal des § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 TKG. Den Ausführungen des Konsultationsentwurfs sei hinzuzufügen, dass der Effizienzbegriff in §§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 32 TKG abstrakt formuliert sei, auf den Als-ob-Wettbewerbspreis abstelle und es nicht verschiedene Effizienzen am Markt geben könne.

Ebenso teile die Betroffene die Ansicht der Beschlusskammer, dass symmetrische Terminierungsentgelte mit einer LRIC-Preisobergrenze nicht besser geeignet seien, die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG zu erreichen, als solche mit einer KeL-Preisobergrenze. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Preishöhen und -strukturen als auch hinsichtlich der Mengeneffekte.

Abgesehen davon, dass es keinerlei theoretische Rechtfertigung dafür gebe, einem Netzbetreiber die Gemeinkostenabdeckung gerade für die erbrachte Leistung der Anrufzustellung zu verwehren und ihn dergestalt mit einem erheblichen regulierungsinduzierten permanenten Defizitrisiko zu belasten, müssten Mobilfunkendkunden ansonsten mit höheren Preisen für ihre entsprechenden Produkte rechnen. Dies erachte die Betroffene nicht nur – so wie im Konsultationsentwurf zutreffend aufgegriffen werde – für nicht förderlich für die Endnutzer- und Verbraucherinteressen, sondern sogar für schädlich insbesondere für Wagnutzer und zahlungsschwächere Verbraucher im zahlenmäßig großen Prepaid-Segment. Diese würden sich im Gegensatz zu nachfragemächtigen Geschäftskunden nicht gegen derartige Preiserhöhungsbemühungen wehren können, wodurch gerade Verbraucher, deren Interessen der TKG-Gesetzgeber durch die Herausstellung im Katalog des § 2 Abs. 2 TKG und in § 30 Abs. 3 TKG besonders gewahrt wissen wolle, zu den Benachteiligten des LRIC-Kostenmaßstabes gehören würden.

Auch bei den Festnetzkunden würde jedenfalls keine signifikante Weitergabe der gesenkten Vorleistungsentgelte in entsprechend reduzierte fixed-to-mobile Verbindungstarife erfolgen und keine höhere Nachfrage nach solchen Verbindungen eintreten. Auch insofern sei LRIC gegenüber KeL nicht besser geeignet. Zum einen gehe die Kommission selbst davon aus, gerade einmal ein Drittel der Absenkungen der Terminierungsentgelte würden die Festnetzkunden erreichen. Zum anderen stelle auch die Monopolkommission einmal mehr heraus, Absenkungen von Vorleistungsentgelten würden den Verbraucher keineswegs in vollem Umfang erreichen.

Überdies diene LRIC nicht dem Nutzerinteresse an einer mittel- bis langfristig orientierten Verbesserung von Infrastruktur und Wettbewerb. Indem LRIC Netzbetreibern verbiete, in einem wichtigen Produktbereich die Gemeinkosten zu decken, und damit eine deutliche Kostenunterdeckung bei der Bereitstellung dieses Dienstes bewirke, würden Investitionen in Telekommunikationsinfrastruktur unattraktiver.

Der Konsultationsentwurf komme zu dem überzeugenden und gut begründeten Ergebnis, dass der Kostenmaßstab LRIC auch nicht besser geeignet sei als der KeL-Kostenmaßstab, die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu erreichen. Vielmehr sei der KeL-Maßstab hierzu besser geeignet.

Dies sei zunächst darin begründet, dass das LRIC-Konzept nicht das Wettbewerbsergebnis simuliere und vielmehr eine Abkehr von dem Prinzip des „Als-Ob-Wettbewerbs“ bedeute. Mit diesem Prinzip nicht vereinbar sei ein Kostenmaßstab, der leistungsmengeninduzierte Gemeinkosten weitgehend und leistungsmengenneutrale Gemeinkosten bei den Terminierungsentgelten komplett ausblende und an einem rein fiktiven Effizienzoptimum und fiktiven Kostenstrukturen orientiert sei. Außerdem berücksichtige der KeL-Ansatz den für die Netzindustrie typischen hohen Gemeinkostenanteil.

Auch sei dem Konsultationsentwurf in der Feststellung beizupflichten, dass regulatorisch verfügte Abschläge von der Stückkostendeckung nicht zu rechtfertigen seien. Einerseits stelle das Verlangen nach kostendeckenden Vorleistungspreisen kein wettbewerbsfremdes Verhalten dar, welches sich bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht einstelle. Andererseits entspreche die Sichtweise, ein Unternehmen im Vorleistungsbereich mit kostenunterdeckenden Entgelten zu „versehen“ und dieses Unternehmen darauf zu verweisen, es könne diese Deckungslücke doch auf anderen, wettbewerbsintensiven Märkten wieder auffüllen, keinesfalls Wettbewerbsmaßstäben und ignoriere normative Vorgaben, wonach grundrechtsrelevante Eingriffe in die Preissetzungsmöglichkeit eines Unternehmens nicht ohne hinreichende Folgenabschätzung vorgenommen werden dürften. Eine Schließung der Deckungslücke über überhöhte Endkundenpreise sei zum einen nur nach Ablauf der meist 24-monatigen Vertragslaufzeit möglich und brächte zum anderen das Risiko mit sich, dass Kunden den Markt entweder ganz verlassen oder zu einem anderen Unternehmen abwandern würden.

Auch werde durch den LRIC-Kostenmaßstab der Festnetzsektor nicht besser gefördert als durch KeL. Der Kapitalfluss aus dem Festnetzbereich in den Mobilfunk sei einerseits – wie im Konsultationsentwurf zutreffend dargestellt werde – nicht per se schädlich, sofern das geleistete Kapital in einem Äquivalenzverhältnis zu der Leistung „Anrufzustellung“ stehe. Dies sei aber nur dann gewährleistet, wenn der durchsetzbare Preis zur Stückkostendeckung ausreiche, was bei LRIC gerade ausgeschlossen werde. Andererseits könne der Kapitalfluss durch den LRIC-Kostenmaßstab nicht besser gestoppt oder begrenzt werden als durch KeL, da die Tatsache, dass die Terminierung in ein Mobilfunknetz grundsätzlich teurer sei als die Anrufzustellung in ein Festnetz, auf strukturellen Unterschieden basiere.

Inhaltlich sachgerecht sei auch die Feststellung im Konsultationsentwurf, wonach jedenfalls in Deutschland keine ineffizient geringe Nutzung des Festnetzes zu beobachten sei. In Ergänzung zu den Darstellungen der Bundesnetzagentur sei auf Folgendes hinzuweisen: Auch der jüngste Konsultationsaufruf der Kommission zur Kostensenkung beim Breitbandausbau vom 27.04.2012 indiziere zumindest, dass zurückhaltende NGA-Investitionen in erster Linie Folge festnetzspezifischer Ineffizienzen seien und die Ausbaukosten daher noch erheblich gesenkt werden könnten. Außerdem würden insbesondere Investitionen in FTTB/FTTH dadurch deutlich erschwert, dass der Antragstellerin zu 1. zu hohe TAL-Zugangspreise regulatorisch zugestanden würden.

Ebenso wenig könne eine bessere Eignung von LRIC auf die Annahme gestützt werden, bei der Beibehaltung des KeL-Kostenmaßstabes würden weiterhin zu hohe Kapitalabflüsse von kleineren zu größeren Mobilfunknetzbetreibern drohen, wodurch die Wettbewerbsfähigkeit ersterer zugunsten letzterer beeinträchtigt werde.

Auch die für LRIC angeführte Verringerung der Differenz zwischen On-Net- und Off-Net-Tarifen zum Vorteil kleinerer Anbieter, die so besser mit größeren Anbietern konkurrieren könnten, sei unzutreffend. Im Gegenteil, kleinere Anbieter hätten gerade durch On-Net-Tarife insofern ein Instrument zum Markteinstieg und zur Kundengewinnung an der Hand, als bei einer relativ kleinen Kundenbasis „billige“ On-Net-Tarife in der Regel auch nur einen relativ kleinen Teil der Gespräche ausmachen würden. Die Opportunitätskosten für ein aggressives On-Net-Pricing-Konzept seien bei Netzbetreibern mit einer geringen Kundenzahl daher deutlich niedriger als bei solchen mit einer bereits großen Kundenbasis.

Gegen eine bessere Eignung des LRIC-Kostenmaßstabs im Vergleich zum KeL-Kostenmaßstab spreche zudem, dass Netzbetreiber ungerechtfertigt in unterschiedlicher Weise von einer solchen Regulierung betroffen wären. Ein integriertes Unternehmen mit überragendem Festnetzanteil wie die Antragstellerin zu 1. könne sinkende Einnahmen aus Terminierungsentgelten durch sinkende Ausgaben für Gespräche aus dem Festnetz in Mobilfunknetze kompensieren. Anderen Netzbetreibern sei dies nicht in gleichem Ausmaß oder – soweit sie über kein Festnetz verfügen würden – überhaupt nicht möglich.

Schließlich würden – anknüpfend an die Ausführungen der Monopolkommission, wonach eine LRIC-Preisobergrenze die Überlebensfähigkeit kleinerer Netzbetreiber bedrohe – einzelne Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland aufgrund regulatorisch induziertem Kostendruck in ihrem Bestand gefährdet werden.

Hinsichtlich des nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 TKG durchgeführten Superioritätstests führt die Betroffene aus, dass es bei dem von der Beschlusskammer zutreffend gefundenen Ergebnis, dass der LRIC-Kostenmaßstab nicht besser geeignet sei als der KeL-Kostenmaßstab, um die Regulierungsziele des § 2 TKG zu erreichen, nicht mehr darauf ankomme, die konkreten Ergebnisse einer symmetrischen KeL-Entgeltregulierung mit denen einer symmetrischen LRIC-Entgeltregulierung zu vergleichen. Die Beschlusskammer habe die von § 31 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 TKG tatbestandlich geforderte Überlegenheit der anderen Vorgehensweise – also der Entgeltregulierung auf Basis des LRIC-Kostenmaßstabs – bereits auf der übergeordneten abstrakten Ebene verneint.

In Bezug auf die Frequenzkosten halte die Betroffene daran fest, dass die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten abzüglich der regulatorisch maßgeblichen Abschreibungen als Kalkulationsbasis heranzuziehen seien, nicht aber fiktive Tagesneuwerte. Dies folge aus der Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der maßgeblichen „tatsächlichen Kosten“. Die historischen Anschaffungskosten seien auch effizient, da die Preise der Frequenzen in einer singulären historischen Auktionsstation unter festgelegten staatlichen Versteigerungsbedingungen entstanden seien und für die Betroffene mangels alternativer Beschaffungsmöglichkeiten unvermeidbare Kosten darstellen würden.

Es treffe auch nicht zu, nur bei Tagesneuwerten könnten in Bezug auf die Frequenzkosten betreiberindividuelle Besonderheiten eliminiert werden und dem Gebot der Modellierung eines effizienten Referenznetzbetreibers nur so Rechnung getragen werden. Zum einen könne auch anhand historischer Kosten ein einheitlicher symmetrischer Wert ermittelt werden, da alle vier originären Mobilfunknetzbetreiber von diesen Frequenzkosten dem Grunde nach betroffen seien. Zum anderen solle das Kostenmodell den Realitäten möglichst nahe kommen.

Ebenso hält die Betroffene daran fest, dass die nachträgliche Entgeltregulierung – gerade nach sechs Jahren intensiver Regulierung der Terminierungsentgelte – ausreichend und die Entgeltgenehmigungspflicht zu weitgehend sei. Im Übrigen verweist sie insoweit auf ihr Schreiben vom 16.03.2012 im Rahmen der Anhörung zur Überprüfung der Regulierungsverfügung.

Zuletzt sehe der Konsultationsentwurf im Ergebnis völlig zutreffend davon ab, die Terminierungsempfehlung noch für den Zeitraum bis 30.11.2012 – auch nur teilweise – umzusetzen. Insofern teile die Betroffene die Auffassung der Beschlusskammer, dass die Terminierungsemp-

fehlung diesen Zeitraum jedenfalls hinsichtlich des Kostenmaßstabs nicht tangiere. Darüber hinaus sei der Terminierungsempfehlung ohnehin mangels besserer Eignung nicht zu folgen. Ungeachtet dessen würde eine ganze oder teilweise Anwendung der Terminierungsempfehlung für den verbleibenden Zeitraum bis zum 30.11.2012 nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts voraussetzen, dass die erlassenen Entgeltgenehmigungen zunächst aufzuheben wären, um neue Genehmigungen auf der Grundlage einer entsprechend geänderten Regulierungsverfügung erteilen zu können. Dies sei – mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 49 VwVfG – nicht in rechtmäßiger Weise möglich. Auch mangle es an neuen Entgeltanträgen regulierter Unternehmen.

In Ergänzung zu ihrer Stellungnahme hat die Betroffene ein regulierungsökonomisches Gutachten eingereicht.

Die Antragstellerin zu 1. beantragt aus Gleichbehandlungsgründen vorsorglich,

der Betroffenen die im Konsultationsentwurf BK 3b-12/004 vorgesehenen Verpflichtungen aufzuerlegen, sofern ihr die im Entwurf der Regulierungsverfügung BK 3b-12/003 vorgesehenen Verpflichtungen auferlegt werden.

Die 1&1 Internet AG spricht sich für die Umsetzung der Terminierungsempfehlung inklusive der Anwendung von LRIC anstelle von KeL aus.

Die Terminierungsempfehlung sei verpflichtend und räume der Bundesnetzagentur kein Anwendungsermessen ein. Eine Abweichung würden nur nationale Besonderheiten oder zwingende ökonomische Gründe rechtfertigen. Da die Beschlusskammer solche Gründe nicht dargelegt habe, stehe der vorliegende Konsultationsentwurf nicht im Einklang mit Art. 16 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie. Dies bestätige vor allem Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie. Die Regulierungsziele dieser Rechtsquellen seien in der Terminierungsempfehlung niedergelegt.

Dieses Ergebnis bestätige auch die Regelung in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, welche im Zuge der Gesetzesänderung Eingang in das TKG gefunden habe. Genau für diesen Fall mit Stichtag zum 01.12.2012 regle die Terminierungsempfehlung, dass als Maßstab LRIC anzuwenden sei.

Da sich die EU-Kommission bereits bei der Erstellung der Terminierungsempfehlung mit den von der Beschlusskammer gegen LRIC angeführten allgemeinen und strukturellen Aspekten beschäftigt habe und zu dem Schluss gelangt sei, dass LRIC unter Abwägung aller Vor- und Nachteile der richtige Ansatz sei, sei das Ermessen der Beschlusskammer bereits unter dem Rechtsgrundsatz des „effet utile“ insofern eingeschränkt, als eine diametral abweichende Behandlung einer für das Ergebnis entscheidenden Frage rechtlich nicht zulässig sein könne.

Auch regulatorisch sei ein Abweichen von der Terminierungsempfehlung nicht geboten, weil LRIC für die Schaffung wettbewerblicher Preise zu bevorzugen sei. Die Ansicht der Bundesnetzagentur, dass der KeL-Ansatz den Wettbewerbspreis besser nachbilde als der LRIC-Ansatz, werde international und von der Wissenschaft nicht geteilt.

Bei ihren Ausführungen zum Thema zweiseitiger Märkte verkenne die Beschlusskammer die Begründung für LRIC. Es gehe bei diesem Ansatz nicht darum, dass die Netzbetreiber ihre Kosten nicht decken dürften, sondern darum, die vermeidbaren Kosten als Grundlage für die Entgeltbestimmung heranzuziehen. Mit anderen Worten würden LRIC-Kosten und nicht KeL sämtliche relevante Kosten erkennen und diese würden gemäß der Terminierungsempfehlung vollständig berücksichtigt, so dass es bei LRIC nicht zur Kostenunterdeckung kommen könne. Dies folge aus Ziff. 6 der Terminierungsempfehlung.

Im Gegenteil sei der LRIC-Ansatz schon deshalb der richtige, weil die Teilnehmernetzbetreiber ihre Netze für ihre eigenen Kunden bauen würden und nicht, um anderen Netzbetreibern Terminierungsleistungen anzubieten. Es gehe daher im Ergebnis nicht um eine Frage der Kostendeckung, sondern um die Frage, wie anerkennungsfähige Kosten zu definieren sind bzw. welche Kosten überhaupt relevant sind. Da die Netzbetreiber keinesfalls ihre Dienste einstellen würden, selbst wenn die Terminierungsentgelte auf „Null“ gesetzt würden, sei der LRIC-Ansatz anstelle des KeL-Ansatzes heranzuziehen, um die relevanten Kosten zu ermitteln. Das Argument, dass die KeL mehr Kosten berücksichtigen und damit vollständiger seien, greife zu kurz, weil die Kos-

ten, die zusätzlich beim KeL-Ansatz berücksichtigt würden, bereits von den Endkunden des Netzbetreibers abgedeckt würden. Faktisch komme es zu Doppelzahlungen, die stets Möglichkeiten zu ineffizientem oder gar wettbewerbsschädlichem Verhalten bieten würden.

Die in dem Konsultationsentwurf angestellte Annahme, dass On- und Off-Net-Verbindungen gleich zu behandeln seien, sei sachwidrig. Auch hierbei handle es sich nicht um eine nationale Besonderheit, sondern um eine Überlegung, die nicht im Einklang mit der Terminierungsempfehlung stehe. 1&1 sehe eine Differenzierung von Terminierungsleistungen darin begründet, dass die Marktanalyse den Markt als Anrufzustellung (bzw. Verbindungsaufbau) definiere und die verschiedenen Verkehrsarten (Zustellung, Verbindungsaufbau, Transit etc.) als unterschiedliche Märkte behandle. Darüber hinaus werde bei der Regulierung davon ausgegangen, dass die Netzbetreiber ihre Netze gebaut hätten, um ihre eigenen Endkunden zu bedienen, und dass Terminierungsleistungen, die anderen Netzbetreibern angeboten würden, zusätzliche Leistungen darstellen würden. Schon deshalb ziele das Wort „Incremental“ in der Abkürzung LRIC nur auf die vermeidbaren Kosten für externe Anrufterminierung.

Kapitalabflüsse von Festnetzbetreibern hin zu den Mobilfunknetzbetreibern seien nur dann nicht zu beanstanden, wenn LRIC der relevante Kostenmaßstab sei. Andernfalls würden Mobilfunknetzbetreiber sehr hohe Deckungsbeiträge auf Kosten der Festnetzbetreiber generieren.

Hinsichtlich des Wettbewerbsverhaltens der Festnetzbetreiber mache die Beschlusskammer einander widersprechende Ausführungen zu der Frage, ob mit der Wahl des Kostenmaßstabes das Verhalten der Marktteilnehmer wohlfahrtsmaximierend gesteuert werden könne.

Die Existenz von Pauschalangeboten und Bündeltarifen in deutschen Telekommunikationsmärkten ließe vermuten, dass die überhöhten Terminierungseinnahmen verwendet würden, um Quersubventionierung aus einem regulierten Markt in einen nicht regulierten Markt zu betreiben. Insoweit würden die erhöhten Terminierungsentgelte – anders als von der Beschlusskammer erhofft – nicht investiert, sondern vielmehr zur weiteren Abwärts-Spiralen der Preise in den Anschlussmärkten verwendet werden.

Für Anbieter wie 1&1, die wegen asymmetrischen Verkehrsströmen unter überhöhten Terminierungsentgelten leiden würden, führe die Regulierung anhand des KeL-Ansatzes zu einem wirtschaftlichen Schaden mit der Folge, dass sie als innovativer Anbieter nur mit Schwierigkeiten in den Endkundenmärkten für Sprachverbindungen konkurrieren könnten.

Die Asymmetrie zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierung werde durch die Anwendung von LRIC für beide Arten der Terminierung geringer sein, als sie dies auf der Basis von KeL sei.

Die Auffassung der Beschlusskammer, dass höhere Terminierungsentgelte keine negativen Auswirkungen für die Endkunden hätten, weil die Mehrheit Pauschalangebote und Bündeltarife in Anspruch nähmen, widerspreche der herrschenden Meinung in der Wissenschaft, in der ein klarer Zusammenhang von sinkenden Endkundenpreisen durch niedrigere Terminierungsentgelte nachgewiesen werde. Darüber hinaus habe die Beschlusskammer diese Schlussfolgerung selbst unter Punkt 3.6.5.2.1.2.2.1.2 und 3.6.5.2.1.3 des Konsultationsentwurfes gezogen.

Die Anwendung von KeL anstelle von LRIC sei bereits deshalb binnenmarktrelevant, weil alle anderen EU-Länder den LRIC-Ansatz einführen würden oder bereits eingeführt hätten.

Schließlich würden Investitionen immer dann angereizt, wenn diese erfolgversprechend seien und weniger von der Höhe der Terminierungsentgelte abhängen.

Die Antragstellerin zu 2. teilt die Vorgehensweise der Beschlusskammer, dass ab dem 01.12.2012 symmetrische Mobilfunkterminierungsentgelte festgelegt werden sollen, die durch ein Bottum-Up-Kostenmodell auf der Basis des KeL-Maßstabs ermittelt würden, und zwar sowohl aus rechtlichen wie ökonomischen Gründen sowie aufgrund der Marktgegebenheiten in Deutschland.

Die Beschlusskammer habe in der mündlichen Verhandlung am 03.05.2012 selbst ausgeführt, dass der Endkundenpreis für die Verkehrsrichtung Festnetz-Mobilfunk der entsprechenden Markterhebung zufolge bei durchschnittlich etwa 16 ct/min (ohne Preis erhöhende Taktungseffekte) liege. Es dürfe daher offenkundig sein, dass vor allem die den relevanten Festnetzmarkt beherrschende integrierte Antragstellerin zu 1., jedoch auch die kleineren integrierten Anbieter

Telefonica und die Betroffene, die mit den bisherigen MTR-Absenkungen einhergehenden Einnahmeverluste durch hohe Fest-Mobil-Endkundenpreise zumindest teilweise hätten kompensieren können. Der Antragstellerin zu 2. als reinem Mobilfunknetzbetreiber sei dies nicht möglich. Dieses „Retention“-Problem würde sich bei der Anwendung eines „LRIC“-Maßstabs absehbar weiter zu ihren Lasten verschärfen.

Die avisierte Nutzung eines Bottum-Up-Kostenmodells mache die verpflichtende Einreichung der in § 34 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 TKG genannten Kostennachweise und Unterlagen entbehrlich.

Schließlich begrüße sie, dass bei der Regulierung der Festnetzterminierungsentgelte zukünftig im Wesentlichen die gleichen Prinzipien wie bei der Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte gelten sollen.

Die QSC AG begrüßt die Beibehaltung der schon zuvor auferlegten Zugangsverpflichtungen einschließlich der Anwendung des „Ein-Netz-ein-Markt“-Konzeptes. Dies sei vor dem Hintergrund der europäischen Zielsetzung zur Sicherstellung eines einheitlichen Zugangs zu diskriminierungsfreien Bedingungen unabdingbar.

Das Diskriminierungsverbot jedoch reiche allein nicht aus, um die durch die Verschmelzung der Festnetz- und Mobilfunksparte der Betroffenen möglichen Benachteiligungspotentiale auszuschließen. Vielmehr sei es erforderlich, dass horizontal integrierte Unternehmen ihre internen Kalkulationsmodelle offen legen und diese Preisgestaltung auch anderen Nachfragern – zum Beispiel über erweiterte Zusammenschaltungsmodelle – zugänglich machen würden. Eine Verpflichtung zur Offenlegung des Kalkulationsmodells könnte zudem – unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck – auf § 24 TKG analog gestützt werden.

QSC begrüße die Ankündigung der Beschlusskammer, der Terminierungsempfehlung insoweit zu folgen, als Entgelte zukünftig symmetrisch ausgestaltet werden sollen. Dies sei zur Gewährleistung chancengleichen Wettbewerbs erforderlich. Allerdings habe sie – anders als im Festnetzbereich – starke Bedenken im Hinblick auf die Nichtanwendung des LRIC-Ansatzes im Mobilfunkbereich und sehe keine Veranlassung dafür, die Terminierungsempfehlung der Kommission nicht zu berücksichtigen.

Für den marktübergreifenden chancengleichen Wettbewerb zwischen Mobilfunk und Festnetz bedürfe es der Annäherung von Terminierungsentgelten im Festnetz und im Mobilfunk durch die Anlegung des KeL-Maßstabes im Festnetzbereich einerseits und des LRIC im Mobilfunkbereich andererseits. Dies sei insbesondere von Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit nicht gleichzeitig im Mobilfunksektor tätiger Festnetzunternehmen.

Der ebenfalls von der Kommission und GEREK als Begründung für LRIC herangezogene Aspekt der Stärkung des Wettbewerbs zwischen den Mobilfunkunternehmen infolge der Verringerung der Spanne zwischen On-net- und Off-net-Tarifen werde nicht dadurch entkräftet, dass On-net-Tarife an Bedeutung verlören und vielfach All-net-Flattarife angeboten würden. Zwar gebe es All-net-Flattarife, jedoch verkenne die Beschlusskammer in ihrer ökonomischen Analyse, dass diese Flattarife in ihrer Anzahl und Bepreisung so stark von der On-net-Flattarifen abweichen würden, dass eine Angleichung eben nicht bestätigt werden könne. Der von der Antragstellerin zu 1. angebotene On-net-Flattarif beispielsweise betrage 34,95€. Der All-net-Flattarif sei mit 69,95€ doppelt so teuer. Ähnlich verhalte sich das Verhältnis von On-net-Flattarif und All-net-Flattarif der Betroffenen, der Antragstellerin zu 2. und Telefonica. Dies, obwohl sich die Zahl der genutzten Verbindungsminuten nicht automatisch verdoppele, sondern sich die getätigten Anrufe meist nur auf die verschiedenen Netze verteilen würden. Auch an Pre-Paid-Tarifen – wie zum Beispiel der Antragstellerin zu 1. („Xtra-Card“) – lasse sich die On-net/Off-net-Differenzierung sehr gut beobachten. Während für Gespräche ins nationale Festnetz und andere Mobilfunknetze 15 Cent/min Verbindungsgebühr anfielen, seien es für netzinterne Gespräche nur 5 Cent/min.

Die – nach wie vor bestehende – starke Differenzierung in der Bepreisung führe dazu, dass die einzelnen Mobilfunknetzbetreiber ihre Endkunden von starkem Terminierungsverkehr zu anderen Netzen abhalten und somit diese in ihren Wettbewerbspositionen beschränken würden.

Der Wechsel zu LRIC würde auch nicht zu einer Kostenunterdeckung führen. Zum einen könnten die Anschlusskosten, die bisher in den Terminierungsentgelten berücksichtigt würden, bei-

spielsweise beim Endkunden erhoben werden. Für diesen sei das nicht nachteilig, wenn im Gegenzug die Anrufgebühren gleichlaufend mit den Terminierungsentgelten absänken und ein Tarifmodell im Festnetz nachgebildet werde, wo die Endkunden ebenfalls eine Grundgebühr zahlen würden. Zum anderen könnten die Mobilfunkunternehmen den Terminierungsverkehr sogar steigern und den Verlust durch die Entgeltabsenkung durch Masse wettmachen, wenn alle Teilnehmernetzbetreiber (Festnetz und mobil) die Preissenkung an ihre Endkunden weitergäben und somit die Hemmschwelle vor Anrufen in teure Mobilfunknetze beseitigen würden.

Selbst wenn KeL und LRIC gleich geeignet wären, die Ziele eines chancengleichen und fairen Wettbewerbs zu erreichen, so könne dem LRIC-Ansatz allein deshalb der Vorzug gegeben werden, um die Unsicherheiten für alle Marktbeteiligten durch ein mehrphasiges europäisches Konsolidierungsverfahren und nachfolgende juristische Auseinandersetzungen mit der Europäischen Kommission zu senken. Eine mögliche gerichtliche Überprüfung einer LRIC basierten Entscheidung der Bundesnetzagentur zu MTRs sei aufgrund des Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur mit weniger Risiken verbunden.

Der Betroffenen, den Antragstellerinnen sowie den sonstigen interessierten Parteien ist in der am 03.05.2012 durchgeführten öffentlichen Verhandlung Gelegenheit auch zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der Verhandlung Bezug genommen.

Die schriftlichen Stellungnahmen sind als Ergebnis des Konsultationsverfahrens am 30.05.2012 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Auf diese Veröffentlichung ist im Amtsblatt Nr. 10/2012 vom selben Tage per Mitteilung Nr. 331/2012 hingewiesen worden. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vortrags wird auf die veröffentlichten Stellungnahmen Bezug genommen.

Im Rahmen eines Pre-Notifizierungstreffens am 31.05.2012 hat die Kommission den Wunsch geäußert, dass das im Anschluss an das vorgenannte Konsultationsverfahren durchzuführende Konsolidierungsverfahren aufgeschoben werden solle, bis zumindest die vorläufigen Ergebnisse der nächsten Entgeltgenehmigungsrunde bekannt seien. Die Beschlusskammer hat in der Folge von der unmittelbaren Einleitung eines Konsolidierungsverfahrens abgesehen.

Die Beschlusskammer hat am 04.07.2012 ein Eilverfahren zum Erlass einer vorläufigen Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 12 Abs. 3 S. 1 TKG entsprechend eingeleitet und das Verfahren mit dem vorliegenden Hauptverfahren unter einem einheitlichen Aktenzeichen verbunden.

Mit Schreiben vom 24.07.2012 macht die Betroffene auf neuere Entwicklungen im Zusammenhang mit der Bepreisung von Terminierungsleistungen in Mobilfunknetzen außerhalb der Europäischen Union aufmerksam.

Namentlich türkische Netzbetreiber beabsichtigten, die bisherige Entgeltgleichheit zu beenden und künftig Terminierungen ausländischer Anrufe weitaus höher zu bepreisen als solche inländischer Anrufe. Ähnliche Entwicklungen seien in anderen außereuropäischen Ländern zu beobachten. Unter normalen Umständen würde die Betroffene diesem Trend dadurch begegnen, dass auf der Großhandelsebene entsprechende Reaktionen auf diskriminierende Preiserhöhungen angedroht und so – im Regelfall - Preiserhöhungen seitens der ausländischen Mobilfunknetzbetreiber verhindert würde. Die gegenwärtige Regulierung verwehre der Betroffenen allerdings diese Reaktionsmöglichkeit. Die Beschlusskammer sollte deshalb klarstellen, dass Mobilfunkterminierungsentgelte für Verbindungen in das Netz der Betroffenen mit Ursprung außerhalb der EU nicht der Genehmigungspflicht unterlägen.

Mit Mail vom 10.08.2012 hat die Beschlusskammer die Betroffene über die Absicht unterrichtet, den Entwurf der Regulierungsverfügung um Ausführungen zu Terminierungspflichten bezüglich Anrufen aus dem Non-EWR-Ausland zu ergänzen.

Mit Schreiben vom 13.08.2012 beantragt die Antragstellerin zu 2. vorsorglich,

der Betroffenen die gleichen Verpflichtungen aufzuerlegen wie der Antragstellerin im Verfahren BK 3b-12/005.

Die Betroffene teilt am 14.08.2012 fernmündlich mit, dass sie mit der vorgeschlagenen Entwurfsergänzung hinsichtlich der Terminierung von Non-EWR-Anrufen einverstanden sei.

Mit Beschluss BK 3b-12/004 vom 22.08.2012 sind gegenüber der Betroffenen diejenigen Regulierungsmaßnahmen vorläufig erlassen worden, die bereits im Konsultationsentwurf vom 18.04.2012 tenoriert worden waren. Die vorläufige Regulierungsverfügung ist bis zum Wirksamwerden der Entscheidung im vorliegenden Hauptsacheverfahren befristet worden.

Auf Grundlage der vorgenannten Regulierungsverfügung hat die Betroffene mit Schreiben vom 07.09.2012 die Genehmigung ihrer Mobilfunkterminierungsentgelte und der zugehörigen Zusammenschaltungsentgelte beantragt.

Dem Bundeskartellamt ist unter dem 30.10.2012 Gelegenheit gegeben worden, sich zum Entwurf eines Musterbeschlusses zu äußern. Mit Schreiben vom 09.11.2012 hat das Amt mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Mit Beschluss BK 3a-12/085 vom 16.11.2012 hat die Beschlusskammer der Antragstellerin unter Nutzung des zwischenzeitlich fertiggestellten WIK-Kostenmodells eine vorläufige Genehmigung für die beantragten Entgelte erteilt. Die Terminierungsentgelte sind dabei mit Wirkung ab dem 01.12.2012 vorläufig in Höhe von 1,85 Cent/Min. bis zum 30.11.2013 festgesetzt worden. Die vorläufige Genehmigung ist der Europäischen Kommission am 16.11.2012 bekannt gegeben worden.

...

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## Gründe

Rechtliche Grundlage für die auferlegten Maßnahmen sind:

- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 1 TKG, soweit die Betroffene in Ziffer I.1. zur Netzkoppelung und in Ziffer I.2. zur Erbringung von Verbindungsleistungen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG, soweit sie in Ziffer I.3. dazu verpflichtet wird, zum Zwecke der Koppelung und Terminierung Kollokation und im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 19 TKG, soweit sie in Ziffer I.4. dazu verpflichtet wird, dass Vereinbarungen über Zugänge nach Ziffer 1. bis 3. auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 TKG, soweit sie gemäß Ziffer I.5. zur Vorlage von Zugangsverträgen verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 23 Abs. 1 TKG, soweit sie gemäß Ziffer I.6. zur Vorlage eines Standardangebotes verpflichtet wird,
- § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. §§ 13 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG, soweit gemäß Ziffer I.7. und Ziffer II. die Entgelte für die Koppelung und die Terminierung sowie für die Gewährung von Kollokation der Regulierung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen.

## 1. Zuständigkeit und Verfahren für die Auferlegung von Maßnahmen nach dem 2. Teil des Telekommunikationsgesetzes

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Auferlegung der tenorierten Verpflichtungen gemäß §§ 9 Abs. 2 i.V.m. §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 20 Abs. 3, 21 Abs. 3 Nr. 3 und 5, 23 und 30 TKG ergibt sich aus § 116 TKG i.V.m. § 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach entscheidet die Bundesnetzagentur im Bereich der im 2. Teil des TKG normierten Marktregulierung durch Beschlusskammern. Gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG erfolgen die Festlegungen nach den §§ 10 und 11 TKG durch die Präsidentenkammer.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Regulierungsverfügung sind eingehalten worden:

Der Entwurf einer Regulierungsverfügung sowie das Ergebnis des nationalen Konsultationsverfahrens sind jeweils gemäß §§ 13 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 TKG i.V.m. § 5 TKG im Amtsblatt und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

...

Schließlich ist die Auferlegung einer Genehmigungspflicht anhand einer anderen Vorgehensweise im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 TKG besonders begründet worden.

## 2. Beträchtliche Marktmacht der Betroffenen

Nach dem Ergebnis einer auf der Grundlage der §§ 10ff. TKG durchgeführten Marktdefinition und Marktanalyse ist der bundesweite Vorleistungsmarkt für

Anrufzustellung in das einzelne (virtuelle) Mobilfunknetz der Betroffenen

potenziell regulierungsbedürftig i.S.d. § 10 Abs. 2 TKG. Auf diesem Markt verfügt die Betroffene zudem über beträchtliche Marktmacht.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus der als **Anlage** beigefügten, gemäß § 132 Abs. 4 S. 2 TKG von der Präsidentenkammer getroffenen Festlegung, die wegen § 13 Abs. 5 TKG Inhalt dieser Regulierungsverfügung ist und auf die daher Bezug genommen wird.

## 3. Auferlegung der einzelnen Verpflichtungen

In pflichtgemäßer Ausübung ihres Auswahlermessens hat die Beschlusskammer die der Betroffenen auf dem verfahrengegenständlichen Markt mit den Beschlüssen BK 3b-08/016 vom 05.12.2008 und BK 3b-09/010 vom 01.09.2009 auferlegten Verpflichtungen beibehalten bzw. geändert und von der Auferlegung weitergehender Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG abgesehen.

### 3.1 Zusammenschaltung (Koppelung und Terminierung), § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG

Nach § 21 Abs. 3 Nr. 3 TKG *soll* die Bundesnetzagentur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, die Zusammenschaltung zu ermöglichen.

Zusammenschaltung ist gemäß § 3 Nr. 34 TKG die physische und logische Verbindung zweier Telekommunikationsnetze. Die Zusammenschaltung dient der Kommunikation von Nutzern. Sie erhält ihren Sinn also durch die darüber abgewickelten Verbindungsleistungen. Die Zusammenschaltungspflicht im Sinne einer Netzkoppelungspflicht ist deshalb immer dann – und nur dann – aufzuerlegen, wenn damit auch die Pflicht zur Erbringung von Verbindungsleistungen verbunden wird. Letzteres findet vorliegend seinen Ausdruck in der Verpflichtung der Betroffenen, über die Netzkoppelung auch Verbindungen in ihr Netz zu terminieren. Um diesen Zusammenhang stärker zu betonen, wird im Übrigen in der vorliegenden Regulierungsverfügung von „Koppelung“

gesprochen, wenn die Netzzusammenschaltung als solche gemeint ist. Inhaltlich wird damit nicht vom Vorgängerbeschluss abgewichen.

Bestimmt – wie vorliegend – eine Rechtsvorschrift, dass eine Behörde sich bei einer Ermessensentscheidung in bestimmter Weise verhalten *soll*, bedeutet dies grundsätzlich eine strikte Bindung für den Regelfall. Aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann die Behörde jedoch von der vom Gesetzgeber für den Normalfall vorgesehenen Rechtsfolge abweichen. Der Bindungsumfang ist aber auch bei Soll-Vorschriften letztlich von der Auslegung der jeweiligen Einzelbestimmung abhängig,

vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 40 Rz. 40 m.w.N.

Sinn und Zweck der Regelung des § 21 TKG ist es, Wettbewerbern im Wege des Zugangs eine Mitnutzung der aufgebauten Infrastruktur eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen.

Dabei hat der TKG-Gesetzgeber die in Absatz 3 der Vorschrift aufgeführten Zugangsformen als so essentiell betrachtet, dass ihre Auferlegung in der Regel geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Zweck der Vorschrift zu erreichen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift durch die Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 TKG vorgegeben, dass die in jenem Absatz genannten Richtungsvorgaben nach Satz 1 (Wahrung der Nutzerinteressen und/oder Förderung von nachhaltigem Wettbewerb), die Regulierungsziele nach § 2 TKG sowie die Abwägungskriterien in den Ziffern 1 bis 7 jenes Absatzes auch bei der Auferlegung von „Soll-Zugängen“ nicht außer Acht bleiben dürfen. Dass diese Gesichtspunkte auch bei der Auferlegung einer Verpflichtung, Zusammenschaltung zu ermöglichen, mit zu berücksichtigen sind, ergibt sich im Übrigen auch aus Artikel 12 Zugangs-RL, der durch § 21 TKG in nationales Recht umgesetzt worden ist. Denn bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach Artikel 12 Abs. 1 Zugangs-RL, mithin auch bei der Verpflichtung nach lit. i), nämlich „die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzen“, ist nach Artikel 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 Zugangs-RL den dort aufgeführten Faktoren, die mit Ausnahme von Nr. 7 den in § 21 Abs. 1 TKG aufgeführten Kriterien entsprechen, Rechnung zu tragen.

Unter Hinblick auf diese Maßgaben hat sich die Beschlusskammer zur Beibehaltung der unter Ziffern I.1 und I.2. tenorierten Zusammenschaltungspflichten entschlossen.

### 3.1.1 Endnutzerinteressen

Ein Absehen von der Beibehaltung der Verpflichtungen würde den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen, § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG.

Die im Gesetz verwendete Formulierung, nach der eine Verpflichtung auferlegt werden kann, wenn andernfalls „die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarktes behindert oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde,“ ist missverständlich. Aufgrund der Bezugnahme in der Gesetzesbegründung auf Art. 12 Zugangs-RL wird deutlich, dass es im Rahmen des Merkmals nach § 21 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 TKG nicht darauf ankommen soll, ob die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes den Interessen der Nutzer zuwiderlaufen würde. Tatsächlich greift der Terminus „diese Entwicklung“ im Rahmen der 2. Alternative daher nicht die vorgenannte „Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Endkundenmarktes“ auf, sondern bezieht sich auf die Entwicklung, die zu erwarten wäre, wenn von der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung abgesehen würde, d.h. es ist zu untersuchen, ob ein Verzicht auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.

Die Verpflichtung zur Netzkoppelung und zur Terminierung im Netz der Betroffenen stellt die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen aus den Netzen der Wettbewerber sicher. Damit wird die Kommunikation zwischen den Endnutzern ermöglicht bzw. verbessert. Die Möglichkeit, sowohl jeden Teilnehmer im öffentlichen Telefonnetz erreichen zu können als auch aus allen öffentlichen Telefonnetzen erreichbar zu sein, ist ein Hauptinteresse der Nutzer des öffentlichen Telefonnetzes.

Die Gewährleistung einer netzübergreifenden Erreichbarkeit bedeutet nicht, dass alle Netze direkt miteinander verbunden sein müssen; allerdings muss sichergestellt sein, dass Teilnehmer-netzbetreiber, wie die Betroffene, auf Nachfrage die Terminierung gewähren. Zwar würde etwa der Transit über das Festnetz der Antragstellerin zu 1. grundsätzlich genügen, um auch die Mobilfunkteilnehmer der Betroffenen zu erreichen. Damit bliebe aber die Anrufzustellung zu den Mobilfunkteilnehmern der Betroffenen auf Dauer von der Festnetzleistung abhängig, wodurch die ehemals dominante Stellung des etablierten Betreibers für die Zukunft zementiert würde. Entscheidend ist darüber hinaus, dass es einem Netzbetreiber nicht verwehrt werden darf, eine unmittelbare Zusammenschaltung zu realisieren, wenn aus dessen Sicht die unmittelbare Zusammenschaltung etwa auf Grund des Ausmaßes des Verkehrs eine Effizienzsteigerung gegenüber dem Transit über das Festnetz bedeutet. Kostenreduzierungen auf Vorleistungsebene dürften zugleich mittelbar den Endkunden zugute kommen.

Die Auferlegung der Zusammenschaltungspflicht nach § 21 TKG setzt im Übrigen nicht voraus, dass die Betroffene bereits zuvor den Zugang konkret verweigert bzw. unzumutbar erschwert hat. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt gerade den Erlass von abstrakten Vorabverpflichtungen. Entscheidend für die Frage der Auferlegung und Auswahl der einzelnen Vorabverpflichtungen sind die Ergebnisse der Marktuntersuchung.

### 3.1.2 Verhältnismäßigkeit

Die Verpflichtung ist gerechtfertigt und steht in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen des § 2 TKG.

Bei der Prüfung, ob und welche Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt sind und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den in § 2 TKG beschriebenen, vorliegend in Betracht kommenden Regulierungszielen stehen, sind insbesondere die in § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Die Kriterien entstammen – wie bereits erwähnt – weitgehend Art. 12 Abs. 2 Zugangs-RL. Sie konkretisieren den in Erwägungsgrund 19 Zugangs-RL enthaltenen Gedanken, nach dem das Recht des Infrastruktureigentümers zur kommerziellen Nutzung seines Eigentums mit den Rechten anderer Diensteanbieter auf Zugang abzuwägen ist.

#### - Technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung

Das Abwägungskriterium der technischen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG) ist in der Begründung zum Regierungsentwurf des TKG näher erläutert,

vgl. BR-Drucks. 755/03, S. 88.

Danach soll bei diesem Kriterium insbesondere geprüft werden, ob die Kosten der Nutzung alternativer Angebote im Vergleich zum nachgefragten Angebot oder einer Eigenfertigung das beabsichtigte Dienstangebot unwirtschaftlich machen würden, ob unzumutbare zeitliche Verzögerungen durch die Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten entstünden, ob mit der Nutzung alternativer Zugangsmöglichkeiten eine wesentliche Verminderung der Qualität des beabsichtigten Dienstangebots einherginge und welche Auswirkungen die Inanspruchnahme einer alternativen Zugangsmöglichkeit auf den Netzbetrieb haben könnte. In den Blick zu nehmen ist auch – wie nunmehr am Ende des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG besonders hervorgehoben – die Tragfähigkeit anderer vorgelagerter Zugangsprodukte, wie etwa der Zugang zu Leitungsrohren.

Nach diesen Kriterien ist die auferlegte Verpflichtung angemessen. Alternative Angebote einschließlich vorgelagerter Zugangsprodukte sind aufgrund des marktmanenten Monopols der Betroffenen nicht vorhanden.

#### - Verfügbare Kapazität

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist ferner abzuwägen, ob die verfügbare Kapazität (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG) für die Zugangsgewährung ausreicht.

Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu diesem Abwägungskriterium ausgeführt, dass ein Kapazitätsausbau grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein soll. Denn andernfalls besteht die Gefahr, dass die auferlegte Zugangsverpflichtung ins Leere läuft. Zu beachten ist aber, dass Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht durch die Ausbauverpflichtung keine wirtschaftlichen Nachteile entstehen dürfen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Nachfrager daher diese Investitionsrisiken in vollem Umfang übernehmen.

Die Betroffene wird verpflichtet, Verbindungen zu terminieren. Die entsprechende Terminierungsnachfrage muss allerdings schon im Interesse der eigenen Anschlusskunden bei der Kapazitätsplanung berücksichtigt werden. Ein Ausbau ist daher im Interesse der angeschlossenen Endkunden gerade gewünscht und erforderlich. Die Möglichkeit, dass eine Zugangsverpflichtung zu steigenden Kapazitätsanforderungen führen könnte, spricht deshalb nicht gegen eine Auferlegung derselben.

#### - Anfangsinvestitionen des Eigentümers

Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG sind die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung etwaiger getätigter öffentlicher Investitionen und der Investitionsrisiken zu berücksichtigen.

Unter Anfangsinvestitionen des Eigentümers, die das Gesetz im Hinblick auf die in Art. 14 GG ebenso wie im Gemeinschaftsrecht verankerte Eigentumsgarantie besonders hervorhebt, sind Investitionen zu verstehen, die mit dem erstmaligen Markteintritt verbunden sind. Solche Investitionen sind im Gegensatz zu Ersatz- oder Erneuerungsaufwendungen mit einem erhöhten Risiko behaftet, welches nach der Wertung des Gesetzes den Eigentümerbelangen besonderes Gewicht verleiht. Die Berücksichtigung der Anfangsinvestitionen und der mit ihnen verbundenen Risiken soll namentlich ermöglichen, dass auch ein zugangsverpflichtetes Unternehmen in den Genuss des mit einer Produktinnovation einhergehenden sog. Vorreitervorteils kommen kann. Hinsichtlich des Gewichts dieses Abwägungskriteriums ist zu differenzieren anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Infrastrukturinvestitionen getätigt wurden, wobei auch die Gefahr einer etwaigen Marktmachtübertragung Bedeutung erlangen kann,

so BVerwG, Urteil 6 C 22.08 vom 27.01.2010, Rz. 22, unter Verweis auf Thomaschki/Neumann, Berliner Kommentar, 2. Auflage 2009, § 21 Rz. 83ff.

Die vorliegend auferlegten Zugangspflichten gefährden nicht in diesem Sinne verstandene Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn zum einen muss die Betroffene die Netzkoppelung und Terminierungsleistung nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte. Zum anderen handelt es sich bei den betreffenden Zusammenschaltungsleistungen nicht um Dienste, die mit einem besonders erhöhten Investitionsrisiko verbunden wären. Die auferlegten Pflichten betreffen vielmehr Vorleistungsprodukte für Telefondienste, d.h. Leistungen, für die kein besonders gesteigerter Investitionsschutz wie etwa für innovative Dienste geltend gemacht werden kann. Zudem ist die Terminierungsleistung Voraussetzung für ein den Interessen des Anschlusskunden entsprechendes Angebot. Die entsprechenden Investitionen erfolgen deshalb auch in deren Interesse.

Am Ende bedroht die auferlegte Zugangsverpflichtung keine schützenswerten Anfangsinvestitionen der Betroffenen.

#### - Langfristige Sicherung des Wettbewerbs

Im Rahmen der nach § 21 Abs. 1 TKG erforderlichen Abwägung ist ferner die Notwendigkeit der langfristigen Sicherung des Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung eines wirtschaftlich effizienten Wettbewerbs im Bereich der Infrastruktur, unter anderem durch Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TKG), zu beachten.

Die Verpflichtung zur Terminierung dient einer solchen langfristigen Sicherung des Wettbewerbs. Sie ermöglicht Wettbewerbern die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Netz der Betroffenen. Für die erfolgreiche Teilnahme auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse oder Inlandsverbindungen ist es erforderlich, seinen Kunden eine möglichst weitgehende Erreichbarkeit anderer

Teilnehmer zu gewährleisten. Die Terminierungsleistung ist deshalb essentiell für jede Form des dienste- und infrastrukturbasierten Wettbewerbs.

- Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum

Gewerbliche Schutzrechte und geistiges Eigentum (vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG) werden durch die Terminierungsverpflichtung nicht berührt.

- Europaweite Dienste

Die Verpflichtung, Zugang durch Terminierungsleistungen zu gewähren, ermöglicht auch die Bereitstellung europaweiter Dienste (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TKG).

- Bereits auferlegte Verpflichtungen und freiwillige Angebote

Im Rahmen der Abwägung ist schließlich auch zu berücksichtigen, ob bereits auferlegte Verpflichtungen oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TKG).

Die in § 16 TKG normierte Pflicht, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Verlangen ein Angebot auf Zusammenschaltung zu unterbreiten, bietet Gewähr für die Aufnahme von Zusammenschaltungsverhandlungen. Auf die Ausgestaltung der Verhandlungsführung und den Inhalt des vorzulegenden Angebotes hat die gesetzliche Verpflichtung nach § 16 TKG keinen Einfluss. Ohne den Druck, dass die streitig verbliebenen Bedingungen im Falle des Scheiterns auf privatrechtlicher Ebene schließlich von Seiten der Behörde rechtsverbindlich festgelegt werden können, könnte die Betroffene ihre unangreifbare Stellung auf dem Vorleistungsmarkt dazu ausnutzen, die Zusammenschaltung zu verhindern. Um die Zusammenschaltung von Netzen unabhängig von Behinderungsstrategien, die in dem festgestellten Marktversagen begründet sind, gewährleisten zu können, bedarf es daher einer Grundlage, im Falle des Scheiterns privatautonomer Verhandlungen die Zusammenschaltung in einem absehbarem Zeitraum umfassend, d.h. insbesondere auch deren technische, betriebliche und ökonomische Bedingungen, im Anordnungswege nach § 25 TKG festlegen zu lassen.

Zur Gewährleistung der netzübergreifenden Erreichbarkeit und damit des Schutzes der Interessen der Endnutzer sowie zur Sicherung bzw. Förderung des Wettbewerbs reicht die Entgeltkontrolle allein nicht aus. Dem Teilnehmernetzbetreiber stehen neben dem Preis noch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb um die an seinem Netz angeschlossenen Endkunden zu seinen Gunsten zu beeinflussen (Verzögerung bei der Verhandlungsführung; der Bearbeitungsdauer von Zugangsanträgen oder der Zugangsgewährung; Leistung verminderter Qualität; ungerechtfertigte Bündelung z.B. mit dem Transit plus Terminierung in andere Netze etc.). Allein die Möglichkeit eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG, welches auf Tatbestandsseite die vorherige Auferlegung einer Zugangsverpflichtung erfordert, bietet Gewähr für die Realisierung einer Zusammenschaltung innerhalb eines bestimmten, für den Wettbewerber überschaubaren Zeitrahmens.

Im Rahmen des § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG hat die Behörde ferner zu prüfen, ob ein freiwilliges Angebot für die Erreichung der Regulierungsziele ausreichend ist. Die Betroffene bietet die Leistung Anrufzustellung in ihr Netz am Markt an. Selbst wenn insoweit ein „freiwilliges Angebot“ im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 TKG vorliegen würde, würde dies jedoch nicht dazu führen, dass eine abstrakte Zugangsverpflichtung durch die Behörde nicht mehr auferlegt werden könnte,

vgl. hierzu auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 47f.), 6 C 15.07 (Rz. 50f.), 6 C 16.07 (Rz. 44f.) und 6 C 17.07 (Rz. 47f.).

Dem Abwägungskriterium des freiwilligen Angebotes kann in Konstellationen wie der vorliegenden kein entscheidendes Gewicht zukommen. Die Marktteilnehmer sind auf die Nutzung eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes angewiesen, um überhaupt auf dem Markt auftreten zu können. Ferner besteht ein überragendes Interesse der Endnutzer an der Erreichbarkeit aller anderen Nutzer, wie es durch §§ 18, 25 Abs. 3 TKG zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen genügt auch ein freiwilliges Angebot nicht, wenn auch nur die abstrakte Gefahr besteht, dass das freiwillige Angebot zurückgenommen bzw. mit überhöhten Konditionen verknüpft wird. So würde es der Betroffenen grundsätzlich frei stehen, ihr Angebot bei Bedarf vom Markt zurückzu-

ziehen bzw. ein in seinen Bedingungen unzureichendes Angebot zu entwerfen und somit ein Scheitern der Zusammenschaltung zu provozieren. Ein Fehlschlagen der Zusammenschaltung widerspricht gerade den Interessen der Nutzer an der Sicherstellung bzw. Förderung netzübergreifender Kommunikation. Ein Verzicht auf eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung würde daher den Nutzerinteressen und der Dynamik des Marktes schaden.

Die konkrete Belastung für die Betroffene ist begrenzt. Im Falle des Scheiterns der Verhandlungen ist sie dem Risiko ausgesetzt, dass seitens der Bundesnetzagentur eine Zusammenschaltung zu Konditionen angeordnet wird, zu deren Gewährung die Betroffene in den entsprechenden Verhandlungen nicht bereit gewesen war. Dieses Risiko hat sie aber in Anbetracht der festgestellten unangreifbaren Marktmacht der Betroffenen sowie ihrer Stellung als Teilnehmernetzbetreiberin und der damit einhergehenden Kontrolle über den Zugang zu den angeschlossenen Endkunden zu tragen.

Weiterhin zu berücksichtigen bleibt, dass die Auferlegung der Verpflichtung im Ergebnis nur die bereits nach § 37 TKG<sup>1996</sup> bestehende, gegenüber allen Netzbetreibern, d.h. auch gegenüber den nicht marktbeherrschenden Betreibern, gesetzesunmittelbar wirkende Verpflichtung zur Zusammenschaltung - beschränkt auf die tenorierte Leistung - und die übergangslos daran anknüpfenden Regulierungsverfügungen vom 29.08.2006 und 05.12.2008 fortführt. Der Pflichtenkreis der Betroffenen wird daher im Ergebnis gegenüber der bisherigen Rechtslage nicht erweitert.

### 3.1.3 Begrenzung der Zusammenschaltungspflicht

Die Pflicht der Betroffenen ist auf die Ermöglichung der Zusammenschaltung öffentlicher Telefonnetze mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz zu begrenzen. Denn die festgestellte Marktmacht der Betroffenen bezieht sich auf die Nutzung öffentlicher Telefonnetze. Ein öffentliches Telefonnetz kann sowohl leitungsvermittelnd als auch paketvermittelnd betrieben werden, soweit es die Anforderungen des § 3 Nr. 16 TKG erfüllt. Eine Zusammenschaltung mit sonstigen Telekommunikationsnetzen ist für die Bekämpfung des festgestellten Marktversagens nicht erforderlich.

Eine weitere Begrenzung der Zusammenschaltungspflicht kann sich mit Blick auf einen von verschiedenen Netzbetreibern vorgetragenen Problemkreis ergeben. Danach sähen sich die Netzbetreiber in bestimmten dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) nicht angehörenden Ländern weit überhöhten – weil nicht regulierten – Entgeltforderungen für Terminierungen aus Deutschland stammender Anrufe gegenüber, denen sie vorderhand nicht ausweichen könnten. Damit sie gleichwohl in den Entgeltverhandlungen ein Druckmittel in der Hand hätten, sollte die Beschlusskammer klarstellen, dass sie – die hiesigen Netzbetreiber – bei der Terminierung von Anrufen aus den betroffenen Non-EWR-Ländern die eigenen Terminierungsentgelte frei festlegen dürften.

Der Entgeltforderung vorgelagert ist die Leistungserbringung. Es ist deshalb zunächst zu erörtern, inwieweit die inländischen Netzbetreiber überhaupt zur Terminierung von Non-EWR-Anrufen verpflichtet sind.

In diesem Zusammenhang ist als erstes festzuhalten, dass die Festlegung der Präsidentenkammer weder zwischen der Terminierung inländischer und ausländischer Anrufe noch zwischen derjenigen von EWR- und Non-EWR-Anrufen unterscheidet. Im Grundsatz unterliegen alle diese Terminierungen auch der vorliegend beibehaltenen Zusammenschaltungspflicht. Die Betroffene ist derart gemäß § 22 Abs. 1 TKG verpflichtet, gegenüber Unternehmen, die Terminierungen von aus dem Non-EWR-Ausland stammenden Anrufen nachfragen, unverzüglich ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang abzugeben.

Damit ist jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Betroffene die Zugangsgewährung aus eigenem Entschluss unter bestimmte Bedingungen stellen könnte. So könnte die Betroffene etwa in Vertragsverhandlungen mit Transitnetzbetreibern die inländische Zugangsgewährung davon abhängig machen, dass in den entsprechenden Non-EWR-Ländern keine höheren Entgelte für die Terminierung der aus einem deutschen Netz stammenden Anrufe verlangt werden als für die Terminierung dortiger inländischer Anrufe. Sollte diese Bedingung nicht erfüllt

sein, könnten die Teilnehmer der Betroffenen nur über ausländische Zusammenschaltungspunkte eines mit der Betroffenen verbundenen Unternehmens zu dann unregulierten Verbindungsentgelten erreicht werden. Gleichwohl im Inland übergebene Verbindungen könnten das Entstehen einer Vertragsstrafenforderung auslösen.

Kein Nachfrager wäre indes verpflichtet, ein solches Angebot der Betroffenen ohne weiteres anzunehmen. Vielmehr könnte er, sofern die Vertragsverhandlungen endgültig gescheitert sein sollten, gemäß § 25 Abs. 1 TKG die Beschlusskammer um Anordnung einer bedingungslosen (inländischen) Terminierung anrufen.

Bei der Prüfung eines derartigen Anordnungsantrags müsste die Beschlusskammer insbesondere erwägen, ob die vom verpflichteten Unternehmen verlangte Bedingung den in § 25 Abs. 5 TKG enthaltenen Anforderungen der Chancengleichheit und der Billigkeit genügen würde. Eine vergleichbare Prüfung wäre auch im Falle einer entsprechenden Standardangebotsklausel nach § 23 Abs. 3 TKG erforderlich.

Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. Im Bezug auf die hier interessierenden Regelungen heißt das, dass die Vertragsbedingungen so zu gestalten sind, dass der Zugangspartner in einem chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern treten kann.

Das Gebot der Billigkeit erfordert, dass die Zugangsleistungen zu Bedingungen angeboten werden, die den Zwecken angemessen sind, die die Wettbewerber beim Bezug dieser Leistungen verfolgen, so dass die Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbes ermöglicht wird. Belastungen und Einschränkungen der Wettbewerber bei Bestellung und Bezug dieser Leistungen müssen durch schützenswerte Interessen der Betroffenen gerechtfertigt sein. Umgekehrt gilt, dass die Wettbewerber nicht die für sie jeweils vorteilhaftesten Bedingungen beanspruchen können. Einmal gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Betroffene nicht zu Vertragsbedingungen verpflichtet werden kann, deren Belastungen für sie in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Nutzen für ihre Wettbewerber stehen. Zweitens sind Zusammenschaltungsanordnung und Standardangebot Instrumente, um dem in der Regulierungsverfügung festgestellten Marktversagen zu begegnen. Wettbewerber können daher unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit keine besseren Bedingungen fordern, als sie zwischen Unternehmen in einem wettbewerbliehen Umfeld zu erwarten wären,

vgl. Beschluss BK 3a-06/040 vom 06.07.2007, S. 4f.

Nach diesen Maßgaben ist es grundsätzlich unzulässig, dass das zur Zugangsgewährung verpflichtete Unternehmen das Zugangsangebot von Umständen abhängig macht, die mit der eigenen Leistung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, sondern vielmehr die Nachfrage nach einer dritten Leistung betreffen,

vgl. Beschluss BK 3a-06/040 vom 06.07.2007, S. 5f.

Die regelmäßige Trennung von Angebot und Nachfrage desselben Unternehmens unterbindet die Übertragung der beispielsweise auf der Angebotsseite des eigenen Terminierungsmarktes festgestellten beträchtlichen Marktmacht auf die Nachfrageseite eines fremden Terminierungsmarktes. Auf diese Weise befinden sich die Unternehmen, die die Leistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht abnehmen, auf den nachgelagerten Endkundenmärkten in einem chancengleichen Wettbewerb sowohl untereinander als auch mit dem Retailarm des den Vorleistungsmarkt beherrschenden Unternehmens, ohne dass dieser Wettbewerb durch den Einbezug dritter Leistungen verzerrt würde. Wettbewerbsprobleme auf dritten Terminierungsmärkten sind letztlich regulatorisch zu lösen.

Aufgrund des EWR-weit geltenden Regulierungsregimes für den Telekommunikationssektor ist zumindest für das EWR-Gebiet auch davon auszugehen, dass terminierungsbezogene Wettbewerbsprobleme durch hoheitliches Handeln angegangen werden. Anders kann es sich allerdings in Non-EWR-Ländern verhalten. Bei der Nachfrage nach Verbindungsleistungen in solche Län-

der kann sich ein hiesiges Unternehmen unter Umständen schutzlos den dortigen Entgeltforderungen gegenübersehen. In einer solchen Situation kann es darum durchaus den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit entsprechen, wenn ein Unternehmen – wie beispielsweise die Betroffene – als Retorsion jedenfalls die inländische Zugangsgewährung mit der Bedingung verknüpft, dass im jeweiligen Non-EWR-Land für die Terminierung von Anrufen aus dem hiesigen Netz keine höheren Entgelte gezahlt werden müssen als für die Terminierung dortiger inländischer Anrufe. Diese Einschätzung zu Chancengleichheit und Billigkeit gilt umso mehr, als in solchen Fällen regelmäßig kein – von Verzerrungen bedrohtes – Konkurrenzverhältnis zwischen dem Retailarm des hiesigen Anbieters und dem auf einem ausländischen Endkundenmarkt agierenden Retailarm des Terminierungsnachfragers bestehen wird.

Einschränkend ist indes anzumerken, dass die Bundesnetzagentur in einem konkreten Anordnungsverfahren auch etwaige völkerrechtlich begründete Verpflichtungen sowie die außenwirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu beachten hätte. In einem Anordnungsverfahren müsste deshalb immer mit Blick auf den Einzelfall geprüft werden, ob die Zugangsgewährung mit einer Klausel im dargestellten Sinne verknüpft werden dürfte oder nicht. Im Falle des Standardangebotes erforderte dies letztlich die Aufstellung einer Liste, in der die betroffenen Länder aufgeführt wären.

Der Betroffenen wird anheim gestellt, sich vorab an die Beschlusskammer zu wenden, soweit sie in konkreten Fällen auf die beschriebene Weise vorzugehen gedenkt. Die Anhörungsrechte der Nachfrager würden dadurch gewahrt, dass sie sich an etwaigen Verfahren nach § 23 bzw. § 25 TKG beteiligen bzw. jedenfalls beteiligen können.

### **3.1.4 Homezoneprodukte**

Bezüglich der im Rahmen eines Homezoneproduktes erbrachten Terminierungsleistungen ist festzuhalten, dass sich die Zugangsverpflichtung auf die Herstellung einer physischen und logischen Verbindung erstreckt und beschränkt, damit aber nicht die Verpflichtung verbunden ist, mit anderen Festnetzbetreibern spezielle Kooperationsverträge abzuschließen, die es diesen anderen Unternehmen ermöglichen würden, ihrerseits unter Verwendung von Festnetzrufnummern getätigte Anrufe umzuwerten und der Betroffenen mit einer Mobilfunk-Portierungskennung zu übergeben,

vgl. Urteil des BVerwG vom 02.04.2008 in der Sache 6 C 15.07 (Rz. 52).

## **3.2 Kollokation, § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG**

Die in Ziffer I.3. tenorierte Kollokationsverpflichtung erfolgt auf der Grundlage von § 21 Abs. 3 Nr. 5 TKG. Danach soll die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die Verpflichtung auferlegen, Kollokation oder andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen und Masten zu ermöglichen sowie den Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, den Wettbewerbern den Zugang zu den Netzelementen des zugangsverpflichteten Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht zu verschaffen, um auf diese Weise den eigentlichen Zugangsanspruch überhaupt erst zu ermöglichen.

Zur Erreichung dieses Zweckes ist die auferlegte Kollokations- und Zutrittsverpflichtung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung des Kriterienkataloges des § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 7 TKG auch angemessen.

Die Auferlegung der Verpflichtung ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Terminierungspflicht nicht durch die Behinderung der Herstellung der physischen Netzzusammenschaltung faktisch unterlaufen werden kann. Die durch die Verpflichtung geschaffene Option, die Zusammenschaltung möglichst nah am Vermittlungsstellenstandort der Betroffenen zu realisieren, gewährleistet einen entbündelten Zugang, d.h. einen Zugang ohne weitere Leistungen der Betroffenen.

Die Beschlusskammer betont, dass es nach wie vor den Zusammenschaltungspartnern vorbehalten bleibt, bezüglich Standort, Räumlichkeiten und den sonstigen Bedingungen der physischen Netzzusammenschaltung einvernehmliche Regelungen zu treffen. So ist die Betroffene nicht daran gehindert, eine Zusammenschaltung außerhalb ihrer Räumlichkeiten bzw. ihres Grundstückes anzubieten. Insbesondere erwartet die Beschlusskammer nicht, dass eine etwa bestehende kundenseitige Zusammenschaltung eingestellt wird.

Die Verpflichtung zur Kollokation und zur Zutrittsgewährung steht auch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck der Regelung.

Sofern es bei der Bereitstellung der Kollokation in den Räumlichkeiten der Betroffenen zu Kapazitätsproblemen kommen sollte, ließen sich diese durch alternative Kollokation wie z.B. Outdoor-Boxen und –Kabinen beheben. Eine generelle Beschränkung auf verfügbare Kapazitäten kommt dann nicht in Betracht, wenn dadurch der Zugangsanspruch gefährdet bzw. ausgeschlossen würde,

vgl. BT-Drs. 15/2316 S. 64f. zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht.

Wenn die Kollokation auf die Standorte mit hinreichender Freifläche im Gebäude bzw. auf dem Grundstück der Vermittlungsstelle beschränkt würde, wäre aber der Zugangsanspruch gefährdet, weil die Betroffene ansonsten ihr Netz gerade dahingehend verändern könnte, dass ein entbundelter Zugang am Vermittlungsstellenstandort vereitelt wird. Die Verwehrung der Kollokation am Standort der Betroffenen würde damit die Wettbewerber im Aufbau eigener Infrastruktur einschränken.

Von der hier auferlegten Verpflichtung sind beide Formen der Kollokation im Sinne des früheren § 3 NZV 1996 erfasst,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 66 zu § 19 Abs. 3 Nr. 4 TKG-E, der § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG entspricht,

also sowohl die physische als auch die virtuelle. Zur Erfüllung der auferlegten Pflicht reicht daher – sollte eine Unterbringung der für die Nutzung der Zugangs erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des Verpflichteten aus tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sein – aus, wenn die Inanspruchnahme einer ungehinderten Zusammenschaltung und der darüber erbrachten Terminierungsleistungen unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen ermöglicht wird.

Die Kollokation gefährdet auch nicht die Anfangsinvestitionen der Betroffenen. Denn die Betroffene muss die Kollokation nicht unentgeltlich gewähren, sondern erhält hierfür von den Zugangsberechtigten Entgelte, und zwar sowohl für die Einrichtung der Kollokationsmöglichkeit als auch für die Überlassung der Kollokationsfläche und der erforderlichen technischen Einrichtungen. In vielen Fällen wird die Kollokation darüber hinaus sogar zu einer besseren Nutzung der vorhandenen Räumlichkeiten führen. Schließlich sind die Investitionsrisiken im Falle erforderlicher Kapazitätserweiterungen in vollem Umfang vom Zugangsnachfrager zu übernehmen,

vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 65 zu § 19 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E, der § 21 Abs. 1 Nr. 2 TKG entspricht.

Der Verpflichtung steht auch kein freiwilliges Angebot der Betroffenen entgegen. Es wird insofern auf die Ausführungen unter Ziffer 3.1.2 verwiesen.

### **3.3 Diskriminierungsverbot, § 19 TKG**

Rechtliche Grundlage für die in Ziffer I.4. tenorierte Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes sind § 9 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 19 TKG.

Gemäß § 19 TKG kann ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet werden, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer, das der Betroffenen auferlegte Diskriminierungsverbot beizubehalten, beruht auf einer pflichtgemäßen Ermessensausübung. Das ausgeübte Ermessen orientiert sich am Zweck der Ermächtigung und überschreitet die gesetzlichen Grenzen, die für die Ausübung des Ermessens gelten, nicht.

Zweck des Diskriminierungsverbots ist zum einen, dass der betreffende Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Produkte oder die seiner Tochter- oder Partnerunternehmen, vgl. § 19 Abs. 2 TKG. Zum anderen bezweckt das Diskriminierungsverbot, dass einzelne Wettbewerber von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht ungerechtfertigt bevorzugt bzw. benachteiligt werden. Insgesamt soll damit ein chancengleicher Wettbewerb sowohl zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und anderen Unternehmen als auch zwischen Wettbewerbern, die auf Vorleistungen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht angewiesen sind und diese in Anspruch nehmen, sichergestellt werden.

Zur Erreichung dieses Zwecks hat sich die Beschlusskammer aus den folgenden Erwägungen für die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes entschieden:

Die Gewährleistung von Rahmenbedingungen im Telekommunikationssektor, die dafür Sorge tragen, dass in möglichst weiten Bereichen Wettbewerb entstehen kann, stellt ein zentrales Ziel des TKG dar,

BT-Drs. 15/2316, S. 56.

Um dieses Ziel auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt zu verwirklichen, ist es grundsätzlich sinnvoll, dem dominierenden Unternehmen ein Gebot zur Gleichbehandlung aufzuerlegen. Das gilt insbesondere dann, wenn das beherrschende Unternehmen vertikal integriert ist und für andere Unternehmen, mit denen es konkurriert, Dienste erbringt. Denn dann besteht grundsätzlich immer ein Anreiz für das dominante Unternehmen, dass es sich intern günstigere Konditionen einräumt als es bereit ist, anderen Unternehmen, mit denen es im Wettbewerb steht, einzuräumen. Kommt wie vorliegend hinzu, dass das beherrschende Unternehmen auf seinem Markt faktisch keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. über eine tatsächlich unangreifbare Marktposition verfügt, ist diese Intention stets anzunehmen, sofern keine schwerwiegenden Gründe für eine Ausnahme sprechen. Derartige Ausnahmegründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

Behindert wird der Wettbewerb nicht durch die Auferlegung der Verpflichtung nach § 19 TKG, sondern durch die defizitäre Entwicklung des gegenständlichen Marktes. In einem beschränkten Wettbewerbsmarkt wie dem vorliegenden verzerren unterschiedliche Vertragskonditionen für gleiche Leistungsinhalte die Ausgangsbedingungen für chancengleichen Wettbewerb. Entscheidend ist, dass bei Nichtauferlegung der Gleichbehandlungsverpflichtung die Gefahr besteht, dass sich am verfahrensgegenständlichen Markt in Abhängigkeit von z.B. der Verhandlungsmacht der einzelnen Nachfrager unterschiedliche Leistungskonditionen entwickeln. In seiner Konsequenz würden sich damit für die einzelnen Nachfrager unterschiedliche wettbewerbsliche Ausgangslagen ergeben. Um dies zu verhindern, ist es daher erforderlich, dass die Betroffene das von ihr angebotene Leistungs- und Preismodell für die Erbringung der Terminierungsleistungen und die dazu erforderliche Zusammenschaltung allen Wettbewerbern gegenüber transparent und in gleicher Weise anbietet.

Andere Mittel reichen hierfür nicht aus. Zwar werden durch die Zusammenschaltungspflicht sowie durch Kontrolle des Zugangsentgeltes gemäß § 30 TKG grundsätzlich die Voraussetzungen für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf den nachgelagerten Märkten geschaffen, jedoch stehen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Vorleistungsebene auch eine Reihe anderer Instrumente (außer dem Preis) zur Verfügung, um den Wettbewerb zu verzerren. Ist eine Missbrauchskontrolle des Zugangspreises festgelegt und steht der Preis daher dem marktmächtigen Unternehmen als wettbewerbsbeeinflussender Parameter nicht zur Verfügung, so kann es beispielsweise das Produkt in einer schlechteren Qualität bereitstellen als bei interner Bereitstellung, es könnte den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Bereitstellung verzögern, unangemessene Vertragsbedingungen festlegen oder aber das Produkt mit anderen Produkten bündeln, um so die Kosten für seine Konkurrenten zu erhöhen

oder ihren Absatz einzuschränken. Das Unternehmen hat einen (ökonomischen) Anreiz zu den oben angeführten Praktiken. Daher ist zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung eine Gleichbehandlungsverpflichtung erforderlich, die sich auf sämtliche mit der Bereitstellung des Vorleistungsproduktes verbundene Parameter bezieht.

Eine Beschränkung der Gleichbehandlungsverpflichtung auf den Preis bzw. eine Einengung der Verhaltenspflicht auf spezielle, konkret benannte Fallgestaltungen ist nicht angezeigt. Insbesondere ist nicht entscheidend, wie sich die Betroffene gerade auf dem Markt verhält oder wie sie sich in der Vergangenheit verhalten hat, sondern es ist von den Möglichkeiten auszugehen, die ihr offen stehen, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder Nachfrager zu übervorteilen. Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Märkte rechtfertigt den Erlass von abstrakten Verpflichtungen und ist gerade nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränkt. Die Möglichkeit zur Diskriminierung ist zugleich vielgestaltig und betrifft sämtliche der technischen, betrieblichen und preislichen Leistungsbedingungen. Eine Beschränkung auf einzelne Verhaltensweisen würde Diskriminierungslücken schaffen und damit Ausweichstrategien Vorschub leisten.

Die Entscheidung belastet die Betroffene auch nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), und andererseits ist dem Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Pflicht zur Nichtdiskriminierung ist neben der Pflicht zur Zugangsgewährung eine zweite Quelle für die Pflicht zur Leistungserbringung nach definierten Qualitäten, die Absicherung dieser Qualitäten durch Vertragsstrafen und pauschalierten Schadensersatz sowie die Erhebung von Leistungskennwerten über die tatsächlich erbrachte Qualität der Leistungsbereitstellung, insofern diese dazu dienen, die Gleichbehandlung des einzelnen Nachfragers gegenüber anderen Nachfragern und der Leistungsbereitstellung der Betroffenen für die selbst vertriebenen Endnutzerleistungen sicherzustellen. Eine ausdrückliche Auferlegung und Ausgestaltung dieser Verpflichtungen erfolgt jedoch nicht in der Regulierungsverfügung, sondern in den Verträgen über die Leistungsbeziehung, ggf. darauf bezogenen Zusammenschaltungsanordnungen nach § 25 TKG und im Standardangebot.

### **3.4 Vorlage von Zugangsverträgen, § 20 Abs. 3 TKG**

Die in der Sache beibehaltene Vertragsvorlageverpflichtung stützt sich auf § 9 Abs. 2 TKG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 TKG.

Gemäß § 20 Abs. 3 TKG kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, insbesondere verpflichten, ihr Vereinbarungen über von ihm gewährte Zugangsleistungen ohne gesonderte Aufforderung in einer öffentlichen und einer vertraulichen Fassung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur veröffentlicht, wann und wo Nachfrager nach Zugangsleistungen eine öffentliche Vereinbarung einsehen können.

Diese mit der TKG-Novelle 2012 in das Gesetz eingeführte Vorschrift konkretisiert das in § 20 Abs. 1 TKG enthaltene allgemeine Transparenzgebot mit Blick auf die Vorlage von Zugangsvereinbarungen und ersetzt zugleich den bisherigen § 22 Abs. 3 TKG. Dieser enthielt eine gesetzesunmittelbare Verpflichtung zur Vorlage von Vereinbarungen über Zugangsvereinbarungen. Die Gemeinschaftsrechtskonformität der gesetzesunmittelbaren Wirkung war indes vom VG Köln in Frage gestellt worden. In Angleichung an die zwischenzeitlich auf Grundlage des § 20 Abs. 1 TKG etablierte Regulierungspraxis – siehe für den vorliegenden Fall die ergänzende Regulierungsverfügung BK 3b-09/010 vom 01.09.2009, mit welcher der Betroffenen entsprechende Vorlageverpflichtungen auferlegt worden waren – wurde deshalb der Bundesnetzagentur ein Einschließungsermessen im Rahmen der Auferlegung von Transparenzpflichten eingeräumt,

siehe Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 97.

§ 20 Abs. 1 bis 3 TKG setzen insgesamt Art. 9 Abs. 1 und 3 Zugangsrichtlinie um. Nach diesen Normen können die nationalen Regulierungsbehörden marktmächtigen Netzbetreibern Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf die Zusammenschaltung und/oder den Zugang auferlegen, wonach diese bestimmte Informationen, z.B. Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Tarife, veröffentlichen müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden können genau festlegen, welche Informationen mit welchen Einzelheiten in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind. Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie ergänzt, dass Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess beschleunige, Streitigkeiten verhindere und den Marktteilnehmern die Gewissheit biete, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht werde.

Mit der hier auferlegten Vorlageverpflichtung nach § 20 Abs. 3 TKG verfolgt die Beschlusskammer die vorgenannten Zwecke, d.h. sie will damit Verhandlungsprozesse beschleunigen, Streitigkeiten verhindern und Zugangsnachfragern eine Möglichkeit geben zu überprüfen, ob die angebotenen Dienste ohne Diskriminierung erbracht werden. Die Vorlagepflicht an die Bundesnetzagentur und die daran anschließenden Einsichtnahmemöglichkeiten für Zugangsnachfrager sind auch geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um diese Zwecke zu erreichen.

Dies gilt einmal mit Blick auf die Verpflichtung, alle gültigen Verträge vorzulegen. Die zum Zugang berechtigten Unternehmen sollen einen Abgleich zwischen den ihnen angeboten bzw. mit ihnen vereinbarten Klauseln einerseits und den andernorts abgeschlossenen Klauseln andererseits vornehmen können. Für diesen Zweck ist es ohne Belang, ob der entsprechende Drittvertrag vom Zugangsanbieter vor oder nach Feststellung beträchtlicher Marktmacht bzw. vor, nach oder ohne Erlass einer Zugangsverpflichtung abgeschlossen worden ist. Entscheidend ist allein, dass der Drittvertrag momentan in Kraft ist und Grundlage diskriminierenden Handelns sein kann. Diese Verpflichtung hat die Betroffene bereits in der Vergangenheit erfüllt.

Des Weiteren sind die Verträge in einer öffentlichen Fassung vorzulegen. Die Beschlusskammer versteht hierunter eine Vertragsfassung, in der alle Bestimmungen zu regulierten Leistungen und Entgelten offen gelegt sind. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Zugangsnachfrager den o.g. Abgleich in vollständiger Weise vornehmen. Zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Sinne von § 30 VwVfG und Art. 15 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie kann die Betroffene allerdings Klauseln zu nicht regulierten Leistungen und Entgelten sowie Angaben zur Identität des jeweiligen Vertragspartners (einschließlich der Vereinbarungen etwa zu Ansprechpartnern oder zu konkreten Zugangsorten) schwärzen.

Die Verträge sind ferner ohne gesonderte Aufforderung vorzulegen. Diese Verpflichtung ist erforderlich, um den Zugangsnachfragern die erwünschte Übersicht über die abgeschlossenen Verträge in vollständiger Form und ohne Zeitverzug gewähren zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es in den letzten Jahren eine durchaus nicht zu vernachlässigende Zahl von Einsichtnahmegesuchen in aufgrund Zugangsverpflichtungen abgeschlossenen Verträgen gegeben hat.

Die Veröffentlichung erfolgt schließlich in der Form, dass den Zugangsnachfragern Einsichtnahmemöglichkeiten in den Geschäftsräumen der Bundesnetzagentur gewährt werden. Derart ist zum einen sichergestellt, dass nur die in § 20 Abs. 1 TKG genannten zugangsberechtigten Unternehmen Kenntnis von den Verträgen erlangen können. Zum anderen wird es damit der Beschlusskammer ermöglicht, etwaige Schwärzungen vor Veröffentlichung des Vertrages auf ihre Berechtigung hin überprüfen zu können. Zu letzterem Zweck wird die Betroffene verpflichtet, der Beschlusskammer eine vertrauliche Fassung, d.h. eine vollständig ungeschwärzte Fassung der Verträge vorzulegen.

Der vorliegend beibehaltenen Verpflichtung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Betroffene gemäß Ziffer I.6. zur Veröffentlichung eines Standardangebots verpflichtet ist. Mit Blick auf die Rechtsprechung des VG Köln zur Transparenzverpflichtung nach § 20 TKG,

vgl. VG Köln, Urteil 21 K 6422/09 vom 07.12.2011,

stellt die Beschlusskammer klar, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots gemäß § 23 TKG nach der Intention der Beschlusskammer immer nur Musterbedingungen, nicht aber die im konkreten Einzelfall zwischen zwei Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Bedingungen betraf und betrifft. Die Einsichtnahme in ein Standardangebot ermöglicht es Dritten deshalb nicht, im Einzelfall vereinbarte Abweichungen vom Standardangebot zu erkennen. Im Übrigen ist es nach der Vorschrift des § 23 Abs. 5 TKG gerade umgekehrt so, dass die Bundesnetzagentur den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten kann, eine Zugangsleistung, die bereits Gegenstand einer Zugangsvereinbarung nach § 22 TKG ist, als Standardangebot auch anderen Nachfragern diskriminierungsfrei anzubieten.

Unter den vorgenannten Maßgaben ist die auferlegte Transparenzvorschrift auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Vorlagepflicht zieht keine unangemessenen Folgen für sonstige Rechtsgüter der Betroffenen oder Dritter nach sich. Der von der Betroffenen zu betreibende wirtschaftliche Aufwand beschränkt sich letztendlich auf das Anfertigen und Übersenden von Vertragsablichtungen und der Durchsicht derselben auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im o.g. Sinne. Dabei ist zu beachten, dass die Betroffene, sofern die Verträge der Beschlusskammer bereits in öffentlicher und vertraulicher Fassung vorliegen sollten, von einer nochmaligen Übersendung absehen kann. Die möglicherweise entstehende Einschränkung wettbewerblicher Flexibilität ist hingegen in erster Linie Folge des Diskriminierungsverbots und jedenfalls mit Blick auf die herausragende Marktstellung der Betroffenen und die daraus resultierenden Verhaltensmöglichkeiten gerechtfertigt. Die Interessen dritter Vertragspartner wiederum werden durch die Ermöglichung von Schwärzungen hinsichtlich deren Identität gewahrt.

Aus den vorgenannten Erwägungen heraus wird die Betroffene zur Vorlage gültiger Zugangsverträge verpflichtet.

### **3.5 Veröffentlichung eines Standardangebots, § 23 Abs. 1 TKG**

Rechtliche Grundlage für die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes ist § 9 Abs. 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 TKG.

Nach der letztgenannten Vorschrift kann die Bundesnetzagentur einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichten, in der Regel innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen, für die eine allgemeine Nachfrage besteht.

Der Betroffenen ist bereits im Zusammenhang mit der Regulierungsverfügung BK 4c-06-002/R vom 29.08.2006 eine entsprechende Veröffentlichungsverpflichtung auferlegt worden, welche mit dem Beschluss BK 3b-08/017 vom 05.12.2008 beibehalten worden ist. Die Betroffene ist dieser Verpflichtung auch nachgekommen. Mit Beschluss BK 3a-06/041 vom 31.10.2007 hat die Bundesnetzagentur das Standardangebot der Betroffenen mit einer Mindestlaufzeit bis zum 31.10.2009 versehen. Seitdem mögliche Änderungen am Standardangebot hat die Betroffene der Beschlusskammer bislang nicht angezeigt.

Die Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebots wird vorliegend beibehalten. Sinn und Zweck der Vorlage eines Standardangebotes ist es, den Wettbewerbern dadurch einen schnellen Zugang zu von der Betroffenen für die eigenen Angebote erforderlichen Vorleistungen zu ermöglichen, dass die Betroffene zum Abschluss eines Vertrages über diese Leistungen verpflichtet ist, der von der Bundesnetzagentur bereits auf seine Vollständigkeit und die Erfüllung der Kriterien der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit hin überprüft worden ist. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass eine gewünschte Zusammenschaltung durch Vertragsverhandlungen und nach deren möglichem Scheitern durch die Durchführung eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG verzögert wird.

Diese Wirkungen der Vorlage eines Standardangebotes sind geeignet und erforderlich, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beheben. Schon jetzt ist die Betroffene mit allen nationalen Mobilfunknetzbetreibern und einigen Festnetzbetreibern zusammengeschaltet. Das Interesse der Festnetzbetreiber wird mit deren eigenem Erfolg sowie dem der Betroffenen weiterhin

steigen, so dass gerade für diese weiteren Nachfragen ein Standardangebot zu einer beschleunigten Zusammenschaltung führen wird.

Durch die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes wird die Betroffene auch nur gering belastet. Es entsprach schon der bisherigen Praxis der Betroffenen, im Wesentlichen einheitliche Zusammenschaltungsverträge zu verwenden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass größerer Änderungsbedarf am derzeit von der Betroffenen verwendeten Standardangebot besteht. Die Beibehaltung der Verpflichtung dürfte deshalb zu keiner Mehrbelastung bei der Betroffenen führen. Zudem ist aus den bereits durchgeführten Standardangebotsverfahren erkennbar, dass die streitigen Punkte im Wesentlichen unternehmensübergreifend problematisch sind und nicht auf Besonderheiten der einzelnen Unternehmen beruhen. Die Betroffene wird daher nicht in ihrer Möglichkeit beschränkt, aus sachlichen Gründen individuelle Lösungen zu vereinbaren, zumal ihr der Abschluss von Ergänzungsvereinbarungen zum Standardangebot und die einverständliche Abänderung des Standardangebotes unbenommen bleibt.

Eine Frist für die Vorlage eines Standardangebotes war nicht aufzunehmen, weil die Betroffene bereits ein Angebot vorgelegt hat, das von der Bundesnetzagentur auf Vollständigkeit und die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Billigkeit, Chancengleichheit und Rechtzeitigkeit überprüft worden ist. Weil die Verpflichtungen und die Feststellungen der Marktanalyse denjenigen der vorausgegangenen Regulierungsverfügung und Marktanalyse entsprechen, ist nicht zu erkennen, dass die Vorlage eines neu gefassten Standardangebotes erforderlich würde.

Im Interesse der öffentlichen Sicherheit und auch im Hinblick auf ihre eigenen Sicherheitsinteressen ist die Betroffene weiterhin nicht dazu verpflichtet, auch die Standorte des Zugangs bzw. der Kollokation zu veröffentlichen. Die Zugangspunkte befinden sich an Netzknoten, die ein besonderes und bevorzugtes Ziel für schädigende Aktionen sein können. Eine Veröffentlichung dieser Orte würde eine dahingehende Gefahr erhöhen. Das berechtigte Informationsinteresse der Betreiber tritt hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und den berechtigten Sicherheitsbelangen der Betroffenen demgegenüber zurück. Es kann den interessierten Betreibern zugemutet werden, dass sie die Standortinformationen erst auf Nachfrage von der Betroffenen erhalten.

Mit Blick auf im Rahmen eines Homezoneproduktes erbrachte Terminierungsleistungen ist daran zu erinnern, dass die vorliegend auferlegte Pflicht, ein Standardangebot zu veröffentlichen, sich zum einen nur auf solche Zugangsleistungen bezieht, für die eine allgemeine Nachfrage besteht. Zum anderen reicht auch unter dieser Voraussetzung das sich aus der Veröffentlichungspflicht mittelbar ergebende Abweichungsverbot nicht weiter, als dies im Rahmen des der Betroffenen auferlegten Diskriminierungsverbotes ohnehin gilt. Das verpflichtete Unternehmen darf vom Standardangebot erfasste Zugangsleistungen im Einzelfall zu günstigeren Vertragsbedingungen anbieten, soweit dies mit den Vorgaben des Diskriminierungsverbotes übereinstimmt,

vgl. Urteil des BVerwG vom 02.04.2008 in der Sache 6 C 15.07 (Rz. 59).

### **3.6 Regulierung der Zugangsentgelte, § 30 Abs. 1 TKG**

Die Entgelte für die nach Ziffern 1.1. bis 3. des Tenors auferlegten Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen bleiben gemäß § 30 Abs. 1 TKG weiterhin einer Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Innerhalb des § 31 TKG richtet sich die Vorgehensweise nunmehr allerdings nach der Bestimmung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

Im Fall der Terminierungsentgelte wendet die Beschlusskammer § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG derart an, dass die Entgelte zwar grundsätzlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen werden. Die vorgenannte Regelung ist indes im Sinne der Empfehlung der Kommission vom 07.05.2009 über die Regulierung der Festnetz- und Mobilfunk-Zustellungsentgelte in der EU (2009/396/EG), veröffentlicht im ABl. EU 2009 Nr. L 124, S. 67, auszulegen. Zudem gehen im Konfliktfall die von der Kommission empfohlenen Maßstäbe und Methoden dem gesetzlichen Regelmodell vor. In Ausnahme hierzu behält die Beschlusskammer freilich die Maßgabe bei, dass das relevante Inkrement zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungs-

leistungen umfasst und diese Kosten nutzungsanteilig verteilt werden, und dass im Übrigen ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten berücksichtigt wird.

Die Koppelungs- und Kollokationsentgelte sind ebenfalls grundsätzlich weiterhin im Sinne des § 32 TKG zu berechnen, versehen jedoch mit der Maßgabe, dass der Effizienzbestimmung symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen sind und die Entgeltermittlung im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung erfolgt.

Die vorgenannten Entscheidungen folgen aus einer pflichtgemäßen Ausübung des der Bundesnetzagentur in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens. Danach unterliegen Entgelte für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG. Abweichend hiervon kann die Bundesnetzagentur die vorgenannten Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

### **3.6.1 Tatbestand**

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 TKG liegen vor. Es handelt sich bei der Betroffenen um eine Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die über beträchtliche Marktmacht verfügt. Ihr sind auch nach § 21 Zugangsleistungen auferlegt worden.

### **3.6.2 Bestehen eines Ermessensspielraums**

Sind – wie vorliegend – die tatbestandlichen Merkmale erfüllt, stehen der Bundesnetzagentur Ermessensspielräume in vollem Umfang zu. Die Agentur hat sowohl über das Ob als auch das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden,

vgl. – noch zur alten Fassung des § 30 TKG – BT-Drs. 15/2674, S. 31 f., und BT-Drs. 15/2679, S. 14, sowie die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 56 und 59), 6 C 15.07 (Rz. 63 und 66), 6 C 16.07 (Rz. 53 und 56) und 6 C 17.07 (Rz. 56 und 59), vom 29.10.2008 in der Sache 6 C 38.07 (Rz. 58f.) und vom 28.01.2009 in der Sache 6 C 39.07 (Rz. 38).

Zwar lässt sich aufgrund des Wortlauts (auch) des neugefassten § 30 Abs. 1 TKG durchaus die Auffassung vertreten, dass die Entgeltgenehmigung als Regelfall und eine nachträgliche Regulierung als Ausnahmefall zu verstehen ist. Hierauf lassen jedenfalls die Ausgestaltung des S. 1 als offenbar gebundener Entscheidung und die Worte „abweichend von Satz 1“ in S. 2 schließen. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis stünde indes nicht in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht.

Mit der Norm des § 30 TKG wollte der Gesetzgeber Art. 13 Zugangs-RL umsetzen. Nach Abs. 1 S. 1 der letztgenannten Vorschrift kann, weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, die nationale Regulierungsbehörde dem betreffenden Betreiber gemäß Art. 8 Zugangs-RL hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen u.a. betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Der in Bezug genommene Art. 8 Zugangs-RL bestimmt in seinem Abs. 4, dass die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmen-RL angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL merkt weiter an, dass der rechtliche Eingriff relativ zurückhaltend sein und beispielsweise der Verpflichtung entsprechen kann, dass die Preise angemessen sein müssen. Er kann aber auch sehr viel weiter gehen und etwa die Auflage beinhalten, dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen.

In Ansehung dieser gemeinschaftlichen Vorgaben und unter der Bedingung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der nationalen Vorschrift – wie hier – gegeben sind, lässt sich für keine der möglichen Entscheidungsvarianten ein genereller Normenvorrang entdecken.

Vielmehr ist das in Richtlinie und Gesetz angelegte Entscheidungsprogramm innerhalb des Regulierungsermessens zu bewältigen,

vgl. die Urteile des BVerwG, a.a.O.; ferner BR-Drs. 129/11, S. 100.

Damit liegt es im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sie der Betroffenen Regulierungsverpflichtungen bezüglich ihrer Terminierungsentgelte auferlegt. Gemäß § 40 VwVfG hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

### 3.6.3 Gesetzlich normierte Entgeltkontrollsysteme

Zur Vorbereitung ihrer Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur zunächst die verschiedenen gesetzlich normierten Entgeltkontrollsysteme in den Blick zu nehmen.

Der nationale Gesetzgeber hat, was die vorliegende Fallkonstellation betrifft, im TKG die drei nachfolgend dargestellten und zueinander im Stufenverhältnis stehenden Entgeltkontrollsysteme geregelt. Im Fall des Kontrollsystems „Genehmigung“ hat der Gesetzgeber zusätzliche Binnendifferenzierungen vorgenommen.

Die schärfste Form der Entgeltkontrolle ist in § 30 Abs. 1 S. 1 TKG normiert. Diese Vorschrift erlaubt die Unterwerfung von Zugangsentgelten unter eine Genehmigungspflicht nach Maßgabe des § 31 TKG. Innerhalb des Genehmigungsrahmens selbst eröffnen sich der Bundesnetzagentur verschiedene – und auch verschieden weit in die Kostendeckung des Betreibers eingreifende – Vorgehensweisen.

§ 31 Abs. 1 S. 1 TKG bestimmt, dass die Bundesnetzagentur Entgelte nach § 30 Abs. 1 S. 1 entweder (Nr. 1) auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 oder (Nr. 2) auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienste nach Maßgabe des § 33 genehmigt. Sofern allerdings eine andere Vorgehensweise besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen, genehmigt die Bundesnetzagentur gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG die Entgelte auf der Grundlage dieser anderen Vorgehensweise.

Erlegt die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 TKG nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach S. 2 oder 3 vorliegen.

In Anlehnung an das allgemeine Wettbewerbsrecht schreibt § 28 Abs. 1 S. 1 TKG vor, dass ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen darf. In S. 2 sind dazu verschiedene und in Abs. 2 weiter ausdifferenzierte Regelbeispiele genannt, die sich auf Preishöhenmissbräuche sowie ungerechtfertigte Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Vorteilseinräumungen beziehen.

Ergänzend hierzu dürfen die Entgelte gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG die Summe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und der Aufwendungen nach § 32 Abs. 2 TKG nicht überschreiten. Die KeL ergeben sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Durch den Effizienzmaßstab wird eine Als-Ob-Betrachtung vorgegeben, die den Wettbewerbspreis simuliert,

BVerwG, Urteil 6 C 19.08 vom 24.06.2009, Rz. 18, unter Verweis auf Groebel, in: Berl-KommTKG, § 31 Rz. 10f., 22; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 19.

Erlegt die Bundesnetzagentur dagegen eine Genehmigungspflicht nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG („andere Vorgehensweise“) auf, so ist eine Genehmigung gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31

Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen.

Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG können die Entgelte auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen genehmigt werden, sofern sie besser als die in Abs. 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Norm ist ausdrücklich als Auffangvorschrift konzipiert worden,

Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 104.

In den Anwendungsbereich der Norm fällt deshalb nicht nur die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannte Festlegung von Entgelten nach einem Gleitpfad, sondern auch ein Vorgehen etwa nach den Grundsätzen, welche die Kommission in ihrer Terminierungsempfehlung vom 07.05.2009 entwickelt hat,

ebenso Kühling, Schranken der Zulässigkeit eines Verzichts auf eine Gemeinkostenzuschlüsselung bei den Terminierungsentgelten im Mobilfunk, 2011, S. 21.

Die vorgenannte Empfehlung ist auf die Rahmen-RL, insbesondere auf Art. 19 Abs. 1 derselben, gestützt. Gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG trägt die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben derartigen Empfehlungen weitestgehend Rechnung.

Nach Nr. 1 S. 1 und 2 der Empfehlung sollten nationale Regulierungsbehörden, die Preiskontroll- und Kostenrechnungsverpflichtungen im Sinne von Art. 13 der Zugangs-RL auferlegen, solche Zustellungsentgelte festlegen, die sich auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten stützen und damit (grundsätzlich) symmetrisch sind. Bei der Bewertung der effizienten Kosten sollen gemäß Nr. 2 der Empfehlung die laufenden Kosten zugrunde gelegt werden, und es soll nach einem Bottom-up-Modell verfahren werden, das sich zur Kostenrechnung auf die Methode der langfristigen zusätzlichen Kosten (Long Run Incremental Costs = LRIC) stützt. Gemäß Nr. 6 S. 1 und 2 der Empfehlung gilt im Rahmen des LRIC-Modells als relevante Zusatzleistung die auf der Vorleistungsebene für Dritte erbrachte Anrufzustellung. Dies setzt voraus, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung der zusätzlichen Kosten feststellen, wie hoch die Differenz zwischen den langfristigen Gesamtkosten eines Betreibers, der die gesamte Bandbreite von Diensten anbietet, und den langfristigen Gesamtkosten dieses Betreibers ohne Anrufzustellung für Dritte auf der Vorleistungsebene ist. Nach Nr. 6 S. 3 und 4 der Empfehlung sollten die nationalen Regulierungsbehörden die verkehrsunabhängigen Kosten bei der Berechnung der Vorleistungs-Zustellungsentgelte nicht berücksichtigen; die verkehrsbedingten Zusatzkosten sollten sie zunächst anderen Diensten und nur die restlichen verkehrsbedingten Kosten der Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene zuordnen.

Der Sache nach läuft ein Vorgehen anhand der Kommissionsempfehlung darauf hinaus, dass der Vorleistungsnachfrager bzw. der Anrufer nur noch einen – vermutlich relativ geringen – Teil zur Kostendeckung beitragen; die Deckung des verbleibenden Kostendeltas wäre von sonstigen Kunden der Betroffenen, insbesondere ihren Anschlussteilnehmern, zu leisten. Insofern überlappen sich die Vorschriften des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG i.V.m. Nr. 2 und 6 Terminierungsempfehlung und des § 29 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG. Nach der letztgenannten Norm – die sich auf Art. 13 Abs. 2 Zugangs-RL stützt – kann die Bundesnetzagentur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch gesonderte Entscheidung verpflichten, bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen. Die Bundesnetzagentur hat bei Auferlegung dieser Verpflichtung sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert werden und die Verpflichtung möglichst vorteilhaft für den Endnutzer ist. Diese gesetzlichen Wertungen werden mutatis mutandis auch beim Erlass von auf § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gestützten Verpflichtungen zu beachten sein. Als nachrangige und auch ältere Vorschrift kann § 29 TKG die Aufnahme einer solchen Verpflichtung in die Regulierungsverfügung freilich nicht sperren.

Abweichend von der Genehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Entgelte allerdings auch einer nachträglichen Regulierung nach § 38 oder nach § 38 Abs. 2 bis 4 unterwerfen, wenn dies ausreicht, um die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Regulierung nach § 38 als kategorial zweitschärfster Form der Entgeltkontrolle, sind sie der Bundesnetzagentur gemäß § 38 Abs. 1 TKG zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeigenzugang die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 vereinbar wäre. Unabhängig davon gilt gemäß § 38 Abs. 2 und 4 TKG, dass, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von marktmächtigen Unternehmen nicht den Maßstäben des § 28 genügen, die Bundesnetzagentur unverzüglich eine Überprüfung der Entgelte einleitet.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur auf Grund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt der Telekommunikation durchsetzbar sind. Dabei wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs in Anlehnung an § 19 Abs. 4 S. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. Missbräuchlich überhöht gegenüber einem solchen hypothetischen Preis sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen des mit dem Missbrauchsvorwurfs verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann,

s. die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 61), 6 C 15.07 (Rz. 68), 6 C 16.07 (Rz. 58) und 6 C 17.07 (Rz. 61), jeweils unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005 in der Sache KVR 17/04, BGHZ 163, 282, S. 295 f., und Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159.

Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, stehen ihr nach § 38 Abs. 4 TKG ex-nunc wirkende Untersagungs- und Anordnungsbefugnisse zu.

Werden die Entgelte dagegen gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 TKG dem (dritten) Kontrollsystem nach § 38 Abs. 2 bis 4 TKG unterworfen, entfällt eine Vorab-Entgeltprüfung. Die Bundesnetzagentur wird vielmehr nur tätig, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 28 TKG genügen.

Wie aus der vorstehenden Darstellung erhellt, besteht die telekommunikationsrechtliche Entgeltkontrolle letzten Endes in einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG, die je nach Fall eingebettet wird in die verfahrensrechtlichen und ggf. auch materiellrechtlichen Bestimmungen des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG, des § 38 Abs. 1 bis 4 TKG oder des § 30 i.V.m. § 31 TKG. Für die Ermessensausübung der Beschlusskammer bedeutet dies, dass sie zunächst eine Entscheidung darüber treffen kann, ob sie überhaupt eine Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG vornimmt (vgl. Ziffer 3.6.4). In einem weiteren Schritt ist dann über eine etwaige materielle Ergänzung der Entgeltmaßstäbe sowie über die formelle Ausgestaltung der Gesamtkontrolle hinsichtlich der Terminierungsentgelte einerseits (Ziffer 3.6.5) und der Koppelungs- und Kollokationsentgelte andererseits (Ziffer 3.6.6) zu entscheiden.

### **3.6.4 Ermessensausübung hinsichtlich einer Missbrauchskontrolle**

In pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer zunächst entschieden, die Entgelte für die Gewährung der Zugänge nach Ziffern I.1. bis 3. des Tenors einer Missbrauchsaufsicht nach § 28 TKG zu unterwerfen. Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

#### **3.6.4.1 Missbrauchskontrolle als Zweck der Entgeltregulierung**

Im vorliegenden Fall ist es jedenfalls ein Zweck der Entgeltkontrolle sicherzustellen, dass die Betroffene die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen

men einhält. Dieser Zweck folgt aus einer Gesamtschau gesetzlicher Zielbestimmungen und tatsächlicher Marktgegebenheiten.

Gemäß § 27 Abs. 1 TKG soll die Entgeltregulierung eine missbräuchliche Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Endnutzern oder von Wettbewerbern durch preispolitische Maßnahmen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verhindern. Die Bundesnetzagentur stellt dabei nach § 30 Abs. 3 Satz 1 TKG sicher, dass alle Entgelte die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher nicht nur kurzfristig, sondern auch mittel- und langfristig möglichst vorteilhaft sind. Überwölbt werden diese Zielsetzungen, wie es sich auch aus den Verweisen in § 30 Abs. 1 S. 2 und § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ergibt, von den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 und den – bei der Verfolgung dieser Ziele anzuwendenden – Regulierungsgrundsätzen des § 2 Abs. 3 TKG,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 129/11, S. 101.

Die Regulierung hat danach u.a. die Nutzer-, insbesondere die Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation zu wahren (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2), einen chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3), die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union zu fördern (§ 2 Abs. 2 Nr. 3) sowie den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen (§ 2 Abs. 2 Nr. 5). Bei der Verfolgung der vorgenannten Ziele wendet die Bundesnetzagentur objektive, transparente, nicht diskriminierende und verhältnismäßige Regulierungsgrundsätze an, u.a. indem sie gewährleistet, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden (§ 2 Abs. 3 Nr. 2), und indem sie den Wettbewerb zum Nutzen der Verbraucher schützt und, soweit sachgerecht, den infrastrukturbasierten Wettbewerb fördert (§ 2 Abs. 3 Nr. 3).

Die dargestellten Zielsetzungen treffen auf einen Markt, der – wie in der Festlegung der Präsidentenkammer gezeigt worden ist – von besonders hohen Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Letztlich ist die Betroffene keiner Konkurrenz ausgesetzt. Auch auf längere Sicht ist nicht erkennbar, dass Marktkräfte diese Marktmacht erodieren lassen könnten.

Diese Umstände können der Betroffenen indes Anreize zu wettbewerbsschädigendem Verhalten im Sinne des allgemeinen Wettbewerbsrechts liefern. Um ihre eigene Wettbewerbsposition einschließlich derjenigen konzernverbundener Unternehmen sowohl auf dem verfahrensgegenständlichen als auch auf benachbarten Märkten zu stärken, könnte sich die Betroffene veranlasst sehen, durch preisliche Maßnahmen etwa in Form von missbräuchlich überhöhten Preisen, Dumping-Angeboten (im Homezone-Fall), Preis-Kosten-Scheren oder von sachlich ungerechtfertigten Bündelungen, aber auch durch Vorteilseinräumungen zugunsten des eigenen Endkundenarms bzw. konzernverbundener oder sonstiger Unternehmen die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweils betroffenen Märkten zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Nachfrager, die an der Betroffenen als Geschäftspartnerin nicht vorbeikommen und ggf. mit ihr auf den Endkundenmärkten konkurrieren, könnten diesen Einflüssen nicht ausweichen. Maßnahmen in der genannten Form würden daher insbesondere den Regulierungszielen des Nutzer- und Verbraucherschutzes (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2) und des chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3) widersprechen.

Ein Zweck der Entgeltkontrolle muss es damit sein, den Leistungswettbewerb dadurch zu schützen, dass die im allgemeinen Wettbewerbsrecht entwickelten Grenzen für Preismaßnahmen marktmächtiger Unternehmen auch auf dem vorliegenden Markt Beachtung finden.

#### **3.6.4.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Auferlegung einer Missbrauchsaufsicht anhand des § 28 TKG entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten.

Die Auferlegung der Missbrauchskontrolle ist geeignet, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen sicherzustellen. Sie ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderer, aber gleich wirksamer Entgeltmaßstab zu entdecken, welcher an die Stelle des Missbrauchsmaßstabs nach § 28 TKG treten könnte. Die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Wie bereits ähnlich im Zusammenhang mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG ausgeführt (siehe Ziffer 3.3), belastet die Entscheidung die Betroffene nicht unzumutbar. Denn einerseits unterliegt sie ohnehin einem gesetzlichen Missbrauchsverbot nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht (§§ 19 und 20 GWB und Art. 102 AEUV), und andererseits ist jedenfalls dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot die Möglichkeit immanent, eine objektive Behinderung oder Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen, wobei über letztere im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden ist,

vgl. auch die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 50), 6 C 15.07 (Rz. 55), 6 C 16.07 (Rz. 47) und 6 C 17.07 (Rz. 50).

Die Beschlusskammer unterwirft deshalb die auf dem Terminierungsmarkt erhobenen Vorleistungsentgelte der Betroffenen einer Prüfung am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG.

### **3.6.5 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle bei Terminierungsentgelten**

In weiterer pflichtgemäßer Ausübung des ihr in § 30 Abs. 1 TKG eingeräumten Ermessens hat die Beschlusskammer darüber hinaus entschieden, die Entgelte für die Terminierungsleistungen nach Ziffer I.2. der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG zu unterwerfen (zur zusätzlichen Preishöhenkontrolle bei Koppelungs- und Kollokationsentgelten siehe unten, Ziffer 3.6.6).

Innerhalb des § 31 TKG richtet sich die Vorgehensweise nach der Norm des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG. Danach genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte abweichend von Absatz 1 auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen, sofern die Vorgehensweise besser als die in Absatz 1 genannten Vorgehensweisen geeignet ist, die Regulierungsziele nach § 2 zu erreichen.

In Anwendung dieser Norm werden die Terminierungsentgelte zwar grundsätzlich im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen. Diese Norm ist allerdings im Sinne der Terminierungsempfehlung der Kommission vom 07.05.2009 auszulegen. Zudem gehen im Konfliktfall die von der Kommission empfohlenen Maßstäbe und Methoden dem gesetzlichen Regelmodell vor. Danach stützen sich die zu genehmigenden Entgelte auf die einem effizienten Betreiber entstehenden Kosten und sind grundsätzlich symmetrisch (Nr. 1 S. 1 und 2 der Empfehlung). Den effizienten Kosten werden die laufenden Kosten zugrunde gelegt; es wird nach einem Bottom-up-Modell verfahren (Nr. 2 der Empfehlung). Bei der Festlegung des relevanten Zusatzinkrements zur Bestimmung der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten sind allerdings entgegen Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 der Empfehlung – und in Beibehaltung der bisherigen Praxis – sämtliche über das fragliche Netz erbrachten Verbindungsleistungen zu betrachten und die Kosten nutzungsanteilig zu verteilen. Im Übrigen ist ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zu berücksichtigen. Wegen der weiteren sich aus der Anwendung der Empfehlung ergebenden Anforderungen wird auf die Bestimmungen der Empfehlung verwiesen. Schließlich ist innerhalb des Genehmigungsverfahrens auch die Missbrauchskontrolle nach § 28 TKG vorzunehmen, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Soweit in der Nichtanwendung von Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 der Empfehlung eine Abweichung von der Terminierungsempfehlung der Kommission liegt, ist dies – wie im Folgenden dargelegt – sachlich gerechtfertigt. Gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV sind Empfehlungen für die Adressaten unverbindlich. Dies hindert zwar nicht, dass Empfehlungen nach gefestigter Rechtsprechung zur Auslegung innerstaatlicher, Unionsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher unionsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen sind,

siehe EuGH, Urteil in der Rechtsache C-322/88, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 – Salvatore Grimaldi; vgl. auch BVerwG, Urteil 6 C 16/07 vom 02.04.2008, Rz. 24.

Zudem trägt die Bundesnetzagentur gemäß § 123a Abs. 3 S. 1 TKG bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben weitestgehend den Empfehlungen Rechnung, die die Kommission – wie etwa die Terminierungsempfehlung – nach Artikel 19 Abs. 1 und 2 Rahmen-RL erlassen hat. Gleichwohl ist es letztlich in die Entscheidung der Bundesnetzagentur gestellt, ob sie einer Empfehlung folgt oder nicht. Beschließt die Bundesnetzagentur, sich nicht an eine Empfehlung zu halten, so teilt sie dies – wie vorliegend geschehen – gemäß § 123a Abs. 3 S. 2 TKG der Kommission unter Angabe ihrer Gründe mit.

Entgegen der Ansicht der 1&1 Internet AG ist die Abweichungsmöglichkeit im vorliegenden Fall auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Terminierungsempfehlung angeblich nur richtlinienrechtliche Vorgaben wiederholt, die für die Bundesnetzagentur verbindlich sein sollen. Die KeL-Regulierung von Terminierungsentgelten ist bereits seit 2006 – unter Geltung des Richtlinienpakets von 2002 – praktiziert worden, ohne dass Bedenken wegen einer Unvereinbarkeit derselben mit Gemeinschaftsrecht aufgetreten sind. Es erschien überraschend, sollte nunmehr – nach Erlass der Terminierungsempfehlung 2009 – eine richtlinienrechtlich bedingte Ermessensreduktion auf Null und damit die Rechtswidrigkeit einer KeL-Regulierung festgestellt werden.

Mit ihrer Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt (vgl. Ziffer 3.6.5.1) und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten (vgl. Ziffer 3.6.5.2). Namentlich eignet sich die vorgesehene Vorgehensweise besser als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten (unspezifizierten bzw. unmodifizierten) Vorgehensweisen, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Dies gilt auch mit Blick auf die verfügte Kalkulationsbasis (vgl. Ziffer 3.6.5.3) und die vorrangige Methode der Kostenermittlung (vgl. Ziffer 3.6.5.4). Auf die Sonderfälle der Homezoneterminierung und der Terminierung im Rahmen von Anrufsammeldiensten wird unter Ziffer 3.6.5.5 eingegangen.

### **3.6.5.1 Symmetrische KeL-Preisobergrenzenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung**

Aus einer Betrachtung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer im vorliegenden Fall nicht nur sicherstellen soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (vgl. Ziffer 3.6.4), sondern zusätzlich auch, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne von § 32 TKG i.V.m. Nr. 1 S. 1 Terminierungsempfehlung die Obergrenze für die Terminierungsentgelte darstellen. An die Effizienzbestimmung sind allerdings in Abweichung von § 32 Abs. 1 TKG grundsätzlich symmetrische Anforderungen im Sinne von Nr. 1 S. 2 i.V.m. Nr. 9 und 10 Terminierungsempfehlung zu stellen. Eine Anwendung des strengereren LRIC-Ansatzes im Sinne von Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung kommt dagegen nicht in Betracht.

#### **3.6.5.1.1 KeL-Preisobergrenzenkontrolle**

Neben der allgemeinen Missbrauchsaufsicht verfolgt die Regulierung der Terminierungsentgelte den zweiten Zweck, die Einhaltung einer KeL-Preisobergrenze im Sinne von § 32 TKG i.V.m. Nr. 1 S. 1 Terminierungsempfehlung – zur Symmetrie der Effizienzanforderungen siehe gesondert Ziffer 3.6.5.1.2 – zu gewährleisten. Dies folgt aus einer Untersuchung der Regulierungsziele nach § 2 TKG.

##### **3.6.5.1.1.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, stellen das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 TKG besser und wirksamer sicher als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle getrieben werden.

Wettbewerb im vorgenannten Sinne wird auf dem vorliegenden Terminierungsmarkt und auf den ihm nachgelagerten Endkundenmärkten angestrebt, weil ein derartiger Wettbewerb in der Regel verschiedene als vorteilhaft angesehene Funktionen erfüllt. So können namentlich in jeweils akzeptabler Weise Freiheit gewährt, Marktmacht kontrolliert, Preise gesetzt, Einkommen verteilt, Ressourcen alloziert, Anpassungen ermöglicht und technischer Fortschritt induziert werden,

vgl. zu den Wettbewerbsfunktionen Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten: zum Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ im deutschen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 44.

Die Entgeltregulierung wendet sich in diesem Zusammenhang dem marktlichen Preismechanismus zu. Dieser Mechanismus trägt wesentlich zur Erreichung der aufgeführten Wettbewerbsfunktionen bei. Gebildet im Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, zeigen Preise u.a. Knappheitsverhältnisse an, lenken die Produktionsfaktoren in die jeweils rentabelste Verwendungsrichtung und stimmen die Pläne auf den verschiedenen Märkten ab,

vgl. Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 91ff.

In der Regel sollte der Staat den Preismechanismus auf einem Markt möglichst ungestört bzw. allenfalls begrenzt durch die Anforderungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts arbeiten lassen. Dies gilt grundsätzlich auch für Märkte, auf denen ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen. Auf solchen Märkten können relativ hohe Preise des oder der marktmächtigen Unternehmen zu Marktexpansionen und Marktzutritten Dritter und damit nicht nur zu Mengenausweitungen und Preissenkungen, sondern insgesamt zu vorteilhaften Marktstrukturänderungen führen. Voraussetzung dafür ist allein, dass bestehende Marktzutrittschranken innerhalb absehbarer Zeit überwunden werden können. Aktiviert durch den Preismechanismus, würden die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs die bei einem oder mehreren Unternehmen vorhandene Marktmacht untergraben. Mit Rücksicht hierauf – und auch auf praktische Probleme des Bestimmens unfairer Preise und deren fortlaufender Kontrolle – ist etwa das allgemeine Kartellrecht zurückhaltend, was die Kontrolle absoluter Entgelthöhen anbelangt,

vgl. zur dargestellten Argumentation Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG / Teil 1, 4. Aufl. 2007, Art. 82 Rz. 133f., Furse, „Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition,” in: European Competition Journal Vol. 4, Nr. 1 (2008) 59, S. 60 und 76ff., Heise, Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften, Berlin 2008, S. 182, jeweils m.w.N. In diesem Sinne auch BR-Drs. 755/03, S. 91 („Zum Abschnitt 3“).

Die vorstehend skizzierte Funktionsweise von Preisen und damit die Ratio einer zurückhaltenden Preisobergrenzenkontrolle sind dagegen auf einem von einem deutlichen Marktversagen gekennzeichneten Markt – wie dem verfahrensgegenständlichen Terminierungsmarkt, vgl. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG i.V.m. der Festlegung der Präsidentenkammer – nicht anzutreffen. Aufgrund der hohen Zutrittschranken werden auch bei weit über dem Wettbewerbspreis liegenden Entgelten keine Markteintritte erfolgen, die innerhalb absehbarer Zeit die Marktmacht der Betroffenen erodieren lassen würden,

vgl. zur ehemals analogen Situation in den sog. „Ausnahmebereichen“ des GWB Baur/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 44; vgl. ferner die Beschlüsse des BGH vom 21.02.1995 in der Sache KVR 4/94, BGHZ 129, 37, S. 49ff., vom 06.05.1997 in der Sache KVR 9/96, BGHZ 135, 323, S. 328, und vom 22.07.1999 in der Sache KVR 12/98, BGHZ 142, 239, S. 252; siehe außerdem Möschel, a.a.O., Rz. 135 (Wettbewerbsrecht EG) sowie Furse, a.a.O., S. 60.

Aus den vorgenannten Gründen kann der Preismechanismus auf dem Terminierungsmarkt seinen Allokations- und Planabstimmungsfunktionen nicht gerecht werden. Die Beeinträchtigung beschränkt sich freilich nicht allein auf den Terminierungsmarkt. Betroffen sind vielmehr auch die nachgelagerten Endkundenmärkte. Denn die alternativen Anbieter von Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen können die für den Auftritt im Endkundenbereich notwendigen Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen eben nicht zu wettbewerbskonformen Preisen einkaufen.

Letzteres jedoch könnte einmal dazu führen, dass der für den Auftritt auf den Endkundenmärkten unabdingbare Zugang nach § 21 TKG verwässert würde und ggf. sogar unterlaufen werden könnte. Sinn der auferlegten Zugangsgewährungsverpflichtung ist es namentlich, eine netzübergreifende Kommunikation zu gewährleisten und den Nachfragern Effizienzgewinne durch Vornahme unmittelbarer Zusammenschaltungen zu ermöglichen. Durch Vorleistungsentgelte, die den Wettbewerbspreis überschritten und eine Zusammenschaltung insgesamt oder an bestimmten Zusammenschaltungsorten nicht mehr rentabel erscheinen ließen, könnten diese Ziele in Frage gestellt werden.

Darüber hinaus würden Vorleistungsentgelte, welche den Wettbewerbspreis überschritten, der Betroffenen ein wettbewerbsverzerrendes Quersubventionierungspotenzial erschließen. Auf dem Terminierungsmarkt erhobene Sonderrenten könnten von ihr als vertikal integriertem Unternehmen genutzt werden, um ihren Auftritt im Endkundenbereich zu unterstützen. Die Betroffene würde sich mithin einen von Mitwettbewerbern nicht erreichbaren Vorteil verschaffen. Zudem gingen den Nachfragern bei einem Einkauf zu Preisen, die den Wettbewerbspreis überschritten, Finanzmittel verloren, die ihnen ansonsten für das Agieren auf den Endkundenmärkten zur Verfügung stünden,

vgl. zur Marktmachtübertragung (auch auf nicht beherrschte Märkte) Möschel, a.a.O., Art. 82 Rn. 102f.; ferner EuG, Urteil Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, Rz. 127 – British Airways, mit Verweis auf EuGH, Urteil verb. Rs. 6/73 und 7/73 vom 06.03.1974, Rz. 22 – Commercial Solvents, und Urteil Rs. 311/84 vom 03.10.1985, Rz. 26 – CBEM.

Den aufgeführten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten und – damit einhergehend – des Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten kann allerdings regulatorisch entgegengewirkt werden. Mit der hoheitlichen Vorgabe von Preisobergrenzen, welche die ansonsten erwartbaren Wettbewerbsergebnisse nachbilden, lassen sich das Versagen des Preismechanismus kompensieren und Wettbewerbsverzerrungen verhindern.

In der Praxis sind bislang die KeL-Preise als Als-Ob-Wettbewerbspreise angesehen worden,

siehe die Nachweise in Ziffern 3.6.3.

Hieran ist auch im vorliegenden Zusammenhang (jedenfalls zunächst) festzuhalten. Die Frage, ob sich die Wettbewerbsergebnisse noch besser anhand der von der Kommission zur Anwendung empfohlenen LRIC-Entgelte im Sinne von Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung emulieren ließen, wird unter Ziffer 3.6.5.1.3.1.1 abgehandelt.

Der Gesichtspunkt der Gewährleistung chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs streitet deshalb dafür, keine die KeL überschreitenden Terminierungsentgelte zuzulassen.

#### **3.6.5.1.1.2 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Vorleistungsentgelte, die nicht die KeL überschreiten, wahren die in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 TKG genannten Interessen der unmittelbaren und mittelbaren Nachfrager, namentlich der Verbraucher, besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe erst durch die Missbrauchsschwelle beschränkt werden,

vgl. zur Wahrung der Verbraucherinteressen auch Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL, aus dem mittelbar entnommen werden kann, dass neben wirtschaftlicher Effizienz und der Förderung nachhaltigen Wettbewerbs die Belange der Verbraucher bei der Entgeltregulierung von vorrangiger Bedeutung sind, so die Urteile des BVerwG vom 02.04.2008 in den Sachen 6 C 14.07 (Rz. 63), 6 C 15.07 (Rz. 70), 6 C 16.07 (Rz. 60) und 6 C 17.07 (Rz. 63); siehe ferner auch Art. 8 Abs. 2 lit. a Rahmen-RL.

Die Verbraucher werden durch die Vorleistungsentgelte betroffen, weil ein Netzbetreiber die Terminierung in das Netz der Betroffenen einkaufen muss, um Verbindungen in das Mobilfunknetz der Betroffenen anbieten zu können. Die Terminierungsentgelte sind Teil seiner Kosten, die er an seinen Endkunden weitergeben wird.

Tatsächlich haben die Endkunden der anderen Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber auch von der seit 2006 betriebenen KeL-Regulierung der verfahrensgegenständlichen Vorleistungsentgelte profitiert. Dieser Schluss ergibt sich aus der Intensität des Wettbewerbs, welcher auf den entsprechenden Endkundenmärkten herrscht, und der eine Weitergabe von Entgeltersparnissen an die eigenen Endkunden erzwungen haben muss. Die Annahme, die Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen hätten es sich trotz des Wettbewerbs auf den nachgelagerten Märkten erlauben können, aus den Senkungen der Vorleistungsentgelte resultierende Extra-Margen einzubehalten, widerspräche jeder wettbewerblichen Theorie.

Die empirische Bestätigung dieser theoretischen Einsicht muss sich allerdings wegen bestimmter Besonderheiten der Endkundenmärkte auf gewisse Plausibilitätsüberlegungen beschränken. Die Endkundenmärkte sind, was die Preisgestaltung anbelangt, von deutlicher Intransparenz gekennzeichnet. Sowohl im Festnetz- als auch im Mobilfunkendkundenbereich lassen sich eine Vielzahl von Einzel- und Bündelangeboten finden, die sich voneinander nicht nur aufgrund von im konkreten Einzelfall ausgehandelten Rabattierungen, sondern auch durch Zu- oder Abbuchungen bestimmter Leistungsmerkmale oder auch durch die Beigabe sonstiger Vergünstigungen unterscheiden. Da es weder praktisch möglich ist, eine Vergleichbarkeit der Tarifstrukturen herzustellen und ein (gewichtetes) Preisniveau für bestimmte Paketbestandteile zu bestimmen, noch es durchführbar erscheint, den Einfluss einzelner Kostenparameter auf die Preisgestaltung zu isolieren, lassen sich die Auswirkungen bestimmter Vorleistungspreissenkungen auf die Endkundenpreise nicht hart nachvollziehen.

Gleichwohl allerdings dürfte es nicht unmöglich sein, das tatsächliche Wettbewerbsgeschehen der letzten Jahre in großer Linie nachzuzeichnen. Bei der Weitergabe von Vorleistungspreissenkungen scheint sich auf den Endkundenmärkten jeweils ein bestimmtes Muster durchgesetzt zu haben. Dies legt jedenfalls die nachfolgende Tabelle nahe, aus der sich die Entwicklung des angehenden und ankommenden Sprachverkehrs im Mobilfunk während der Jahre 2005-2010 ablesen lässt:

|  | 2005         | 2006         | 2007         | 2008         | 2009         | 2010          |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|
| <b>Aus Mobilfunknetzen abgehender Verkehr (Mrd. Minuten)</b> | <b>43,00</b> | <b>57,11</b> | <b>70,03</b> | <b>86,14</b> | <b>93,61</b> | <b>102,32</b> |
| in nationale Festnetze                                       | 13,28        | 18,46        | 24,60        | 29,65        | 31,43        | 32,95         |
| netzintern (on-net)  | 15,08        | 22,66        | 32,30        | 40,76        | 45,06        | 49,45         |
| in fremde nationale Mobilfunknetze                           | 9,40         | 10,46        | 10,29        | 12,16        | 13,48        | 16,03         |
| in ausländische Netze  | 2,05         | 2,06         | 1,44         | 1,97         | 1,94         | 2,19          |
| sonstiger Verkehr (Dienstenummern)                           | 3,14         | 3,47         | 1,39         | 1,61         | 1,70         | 1,70          |
| <b>In Mobilfunknetzen ankommender Verkehr (Mrd. Minuten)</b> | <b>43,12</b> | <b>52,76</b> | <b>61,16</b> | <b>71,37</b> | <b>76,23</b> | <b>82,07</b>  |
| aus nationalen Festnetzen                                    | 16,19        | 15,95        | 17,70        | 17,73        | 16,68        | 15,63         |
| aus dem eigenen Netz (on-net)                                | 15,08        | 22,66        | 32,30        | 40,76        | 45,06        | 49,45         |
| aus fremden nationalen Mobilfunknetzen                       | 8,40         | 9,35         | 9,57         | 11,34        | 13,12        | 15,48         |
| aus ausländischen Netzen                                     | 1,74         | 1,93         | 1,59         | 1,54         | 1,37         | 1,50          |

Quelle: Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 53. Abweichende Angaben bei dem in fremde nationale Mobilfunknetze abgehenden und aus fremden nationalen Mobilfunknetzen ankommenden Verkehr resultieren u. a. aus der unterschiedlichen Fakturierung der Verbindungsminuten durch die Netzbetreiber.

Die vorstehende Entwicklung von F→M- und M→F-Verkehren, die nach anfänglichem Überwiegen der F→M-Verkehre bis 2010 zu einem Verhältnis von 1:2 zugunsten der M→F-Verkehre (bei gleichzeitig absolutem Rückgang der F→M-Verkehre) führte, lässt sich am Ehesten erklären, wenn man annimmt, dass die Festnetzbetreiber ihre Endkunden an den erzielten Einsparungen an Terminierungsentgelten nicht vorrangig im Wege wesentlich gesenkter Preise für Anrufe in Mobilfunknetze, sondern vielmehr mittels allgemein günstigerer Paketpreise bzw. im Einzelfall gewährter Preisnachlässe haben teilhaben lassen. Die Kundenwahrnehmung und damit das Wettbewerbsgeschehen im Festnetzbereich konzentrieren sich zunehmend auf die Anschlussbandbreite und den Bündel-Tarif, der für die Überlassung eines Anschlusses mitsamt Verbindungen in die nationalen Festnetze und das Internet zu zahlen ist,

vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 65; nach dem Digital Agenda Scoreboard 2011 der EU-Kommission, S. 63, nimmt Deutschland diesbezüglich den Spitzenplatz in der Europäischen Union ein.

Für Anrufe in nationale Mobilfunknetze sind dagegen seit Jahren Standardbruttotarife von ca. 19 ct/min. verbreitet. Damit korrespondierend hat eine Untersuchung der Bundesnetzagentur für das Jahr 2011 einen Durchschnittspreis von 16 ct./min (netto, ungetaktet) für Gespräche vom Festnetz ins Mobilfunknetz ergeben. Bei zwischenzeitlich erreichten Terminierungsentgelten von ca. 3,4 ct/min. betragen diese Tarife ein Mehrfaches der tatsächlichen Kosten. Dies alles legt den Schluss nahe, dass die im Terminierungsbereich erzielten Ersparnisse der Festnetzbetreiber hauptsächlich in die Bündelpreisgestaltung hineingeflossen sind.

Im Mobilfunkbereich lässt sich dagegen eine Entwicklung von M→M Off-net- und M→M On-net-Verkehren beobachten, die 2010 – nach einer zwischenzeitlich noch stärker ausgeprägten Differenz – in ein Verkehrsverhältnis von 1:3 mündete. Offensichtlich ist es den Mobilfunknetzbetreibern gelungen, weite Teile der ausschließlich mobilen Verkehre in den eigenen Netzen zu halten. Zumindest ursprünglich dürften dafür ausgeprägte On-net-/Off-net-Preisdifferenzierungen der verschiedenen Mobilfunknetzbetreiber verantwortlich gewesen sein. Fraglich ist allerdings, ob diese Differenzierungen gegenwärtig noch eine größere Rolle spielen. Das Bundeskartellamt jedenfalls ist in einer Entscheidung vom 28.12.2009, mit der ein gegen die D-Netzbetreiber geführtes Verfahren wegen des angeblich missbräuchlichen Einsatzes von On-net/Off-net-Differenzierungen eingestellt wurde, davon ausgegangen, dass niedrige On-net-Tarife im Mobilfunkkundenbereich mittlerweile stark an Bedeutung verloren hätten und zunehmend durch einheitliche all-net-Tarife ersetzt worden seien,

vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht B7-170/02 vom 02.02.2010.

Die bereits vorstehend erwähnte Untersuchung der Bundesnetzagentur legt zwar nahe, dass die Unterschiede zwischen On-net und Off-net Tarifen noch keineswegs durchgängig nivelliert sind. Letztlich allerdings konnte wegen der weiten Verbreitung von Pauschaltarifen kein aussagekräftiges Ergebnis für die durchschnittliche Höhe von On-net-Tarifen einerseits und Off-net-Tarifen andererseits ermittelt werden. Vielmehr war es allein möglich, auf Basis von zwei Drittel der M→M-Verkehrsmenge einen Durchschnittspreis von 10 ct/min. (netto, ungetaktet) für das Jahr 2011 zu ermitteln.

Darüber hinaus ließ sich im Frühjahr 2012 erstmals beobachten, dass im Mobilfunkbereich All-net-Tarife zu sehr kompetitiven Preisen an den Markt gebracht worden sind,

vgl. etwa das All-net-Angebot von „yourfone“ mit durchschnittlichen Kosten von 20,73€/Monat über 24 Monate inklusive Rabatten und Anschlussgebühren bei Online-Abschluss.

Andere Mobilfunkanbieter haben diesen Preisschritt mittlerweile zumindest aktionsweise nachvollzogen,

vgl. die entsprechenden Übersichten auf der Webseite „teltarif.de“.

Im Endergebnis hängt die Höhe der Endkundenentgelte im Festnetz, aber auch im Mobilfunknetz wesentlich – wenn auch zumindest im Festnetz über Umwege – von den Vorleistungsentgelten der Betroffenen ab. Es liegt deshalb im Interesse der Verbraucher, dass die Vorleistungsentgelte für Koppelungs-, Terminierungs- und Kollokationsleistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten.

### **3.6.5.1.1.3 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Entgelte, die nicht die KeL überschreiten, fördern auch die Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG besser als Vorleistungsentgelte, die erst von der Missbrauchsschwelle begrenzt würden. Zwar weisen nur ca. 2% der Mobilfunkterminierungen einen außerdeutschen Ursprung auf. Davon unabhängig ist es aber mit Blick auf die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele jedenfalls dem Binnenmarkt zuträglich, wenn die Entgelte für Terminierungsleistungen – gleich welchen Ursprungs –

anhand eines insbesondere dem Wettbewerbs- und Verbraucherschutzziel verpflichteten Kostenmaßstabs bestimmt werden.

#### **3.6.5.1.1.4 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar von Belang ist das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen. Hochleistungsnetze werden für die Abwicklung von Datenverkehr benötigt. Vorliegend geht es jedoch allein um die Entgeltregulierung auf dem Markt für die Terminierung von Sprachverkehr. Zu dessen verbesserter Abwicklung tragen neue Hochleistungsnetze kaum etwas bei. Zudem würde es wegen des auf den Endkundenmärkten herrschenden Wettbewerbs überraschen, sollten die Mobilfunknetzbetreiber ihre Investitionen in diese Netze wegen einer KeL-Preisobergrenze im Terminierungsbereich – dessen Anteil am Gesamtumsatz in den letzten Jahren ohnehin geschrumpft ist – reduzieren. Im Übrigen ist eine KeL-Preisobergrenze allerdings mittelbar besser als eine bloße Missbrauchskontrolle geeignet, den Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu beschleunigen, indem nämlich die nachfragenden Netzbetreiber keine Entgelte für ineffiziente Leistungsbereitstellungen bezahlen müssen und dadurch Mittel sparen, die dann für eigene effiziente Investitionen beispielsweise in feste oder mobile Hochleistungsnetze zur Verfügung stehen könnten.

#### **3.6.5.1.1.5 Ergebnis**

Die Untersuchung der Regulierungsziele nach § 2 TKG hat ergeben, dass die Bundesnetzagentur neben einer Einhaltung der allgemeinen Missbrauchsmaßstäbe (siehe Ziffer 3.6.4.1) auch die Einhaltung einer KeL-Preisobergrenze im Sinne von § 32 TKG i.V.m. Nr. 1 S. 1 Terminierungsempfehlung – zum Verständnis der Effizienzanforderungen sogleich – anstreben sollte.

#### **3.6.5.1.2 Symmetrische Effizienzanforderungen**

Abweichend von den Vorgaben des § 32 TKG sollten allerdings die Effizienzanforderungen grundsätzlich symmetrisch ausgestaltet werden. Unter Effizienzsymmetrie wird dabei verstanden, dass bei der Prüfung, ob eine Leistung effizient erbracht wird, nicht auf die individuellen Möglichkeiten und Ressourcen des jeweils betroffenen Unternehmens, sondern vielmehr auf die von außen an das Unternehmen herangetragenen wettbewerblichen Anforderungen abgestellt wird. Symmetrische Effizienzanforderungen sind besser geeignet als das asymmetrische Vorgehen nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 TKG, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

Die Regulierungsziele der Sicherstellung eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs sowie der Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen werden vorliegend am Ehesten erreicht, wenn es der Regulierungsbehörde gelingt, Wettbewerbsergebnisse zu emulieren, d.h. durch Regulierung diejenigen Preise zu bestimmen, die sich auf einem Markt bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden,

vgl. oben, Ziffer 3.6.5.1.1.1.

Wettbewerbspreise zeichnen sich allerdings gerade dadurch aus, dass ein einzelnes Unternehmen keinen bestimmenden Einfluss auf den Preis nehmen kann,

siehe BVerwG, Urteil 6 C 34/08 vom 25.11.2009, Rz. 19 und unten, Ziffer 3.6.5.1.3.1.1.1.

Ein Unternehmen muss also grundsätzlich unabhängig von den eigenen Voraussetzungen und Möglichkeiten als Preisnehmer entweder den vom Wettbewerb vorgegebenen Preis mitgehen und seine Kostenstruktur bzw. seine interne Produktfinanzierung daran anpassen oder aber aus dem Markt ausscheiden. Dabei kann der Umstand, dass es sich bei Terminierungsmärkten nach den derzeitigen Gegebenheiten um Monopolmärkte handelt, nicht darüber hinwegtäuschen,

dass Mobilfunkterminierungsleistungen verschiedener Unternehmen grundsätzlich technisch und kommerziell vergleichbar sind und durchaus homogene Güter darstellen. In der Konsequenz sind grundsätzlich vergleichbare Effizienzanforderungen an alle vier originären Mobilfunknetzbetreiber zu stellen.

Um allerdings bestimmten Wettbewerbsverzerrungen, die sich bei einer strikten Anwendung dieses Grundsatzes ergeben würden, zu begegnen, muss es die Möglichkeit geben, unverschuldete Kostennachteile durch entsprechend geringere Effizienzanforderungen zu berücksichtigen. Im Zusammenhang der Terminierungsempfehlung ist hier etwa an eine ungünstige Frequenzausstattung und/oder an spezifische Spät-Einsteiger-Nachteile zu denken,

vgl. auch Monopolkommission, a.a.O., Rz. 175.

Eine weitergehende Individualisierung der Entgelte wäre dagegen nicht gerechtfertigt. Zwar stellt das TKG bei der Effizienzprüfung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG jedenfalls in erster Linie auf die individuellen Ressourcen und damit auf die individuelle Effizienz eines Unternehmens ab,

vgl. ausführlich Beschluss BK 3a-10/098 vom 24.02.2011, Ziffer 4.1.4.12; so auch VG Köln, Beschluss 1 L 793/11 vom 05.12.2011, S. 5f.

Diese unternehmensindividuelle Vorgehensweise ist aber unionsrechtlich nicht vorgegeben. Insbesondere lässt sie sich nicht auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL n.F. zurückführen, wonach die nationalen Regulierungsbehörden, um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, den Investitionen des Betreibers Rechnung tragen und ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital ermöglichen, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind,

a.A. mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangs-RL a.F. VG Köln, a.a.O., S. 6.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist bei der Auslegung dieser Norm insbesondere der systematische Zusammenhang im Auge zu behalten. Gemäß Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangs-RL stellen die nationalen Regulierungsbehörden sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind. Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL ergänzt hierzu, dass die Methode der Kostendeckung auf die Umstände abgestimmt sein sollte. In anderem Zusammenhang – nämlich dem der TAL-VO – hat der EuGH klargestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung der von den gemeldeten Betreibern für die Bereitstellung eines entbündelten Zugangs zu ihren Teilnehmeranschlüssen in Rechnung gestellten Preise über eine weit reichende Befugnis verfügen, die die Beurteilung der verschiedenen Aspekte dieser Preise umfasst, und zwar bis hin zur Änderung der Preise, d. h. der vorgeschlagenen Entgelte. Diese weit reichende Befugnis bezieht sich auch auf die den gemeldeten Betreibern entstandenen Kosten, wie z. B. die Zinsen für das eingesetzte Kapital und die Abschreibungen der Anlagegüter, die Berechnungsgrundlage dieser Kosten und die Kostenrechnungsmodelle,

EuGH, Urteil in der Sache C-55/06 vom 24.04.2008, Rz. 159 – Arcor.

Gerade mit Blick auf das in Erwägungsgrund 20 der Zugangs-RL enthaltene Gebot der Abstimmung auf die Umstände ist nicht ersichtlich, weshalb die vorgenannten weit reichenden Befugnisse, die nach der TAL-VO bestanden, nicht auch bei der nach der Zugangs-RL zu treffenden Entscheidung über eine Anwendung symmetrischer bzw. asymmetrischer Effizienzanforderungen gegeben sein sollten. Das Unionsrecht steht danach einem Vorgehen anhand symmetrischer Effizienzanforderungen nicht im Wege.

Im Rahmen der KeL-Prüfung sollten danach grundsätzlich symmetrische Effizienzanforderungen angestrebt werden.

### **3.6.5.1.3 Keine Verschärfung der Entgeltkontrolle anhand des LRIC-Maßstabs**

Terminierungsentgelte, die nicht über die KeL hinausgehen, erreichen die Regulierungsziele nach § 2 TKG besser und wirksamer als Entgelte, die in ihrer Höhe bis zur Missbrauchsschwelle

getrieben werden. Ein noch strengeres Vorgehen nach den von der Kommission in Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung vorgesehenen LRIC-Grundsätzen ist dagegen nicht besser im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als die (symmetrische) KeL-Regulierung geeignet, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen. Im Übrigen fehlt es damit auch an den in § 29 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 TKG genannten Voraussetzungen für die regulatorische Vorgabe eines bestimmten Kostendeckungsmechanismus,

vgl. zu letzterem die Ausführungen oben in Ziffer 3.6.3.

#### **3.6.5.1.3.1 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsziels ist es nicht angezeigt, die anzustrebende Preisobergrenze – wie von der Kommission empfohlen – noch weitergehend von einem (symmetrischen) KeL-Niveau auf ein (symmetrisches) LRIC-Niveau herabzusenken. Ein der Betroffenen auferlegter Zwang, auf Deckungsbeiträge der Terminierungsentgelte zu leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten weitgehend und zu leistungsmengenneutralen Gemeinkosten vollständig verzichten zu müssen, ist nicht – wie von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG gefordert – besser geeignet als ein KeL-Ansatz im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG, das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs zu erreichen.

Die Preisobergrenzenkontrolle im Terminierungsmarkt zielt unter dem Wettbewerbsaspekt darauf ab, das festgestellte Versagen des Preismechanismus durch entsprechende regulatorische Maßnahmen zu kompensieren. Um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, sollten diejenigen Preise, die sich im Wettbewerbsfall einstellen würden, per Regulierung festgesetzt werden,

vgl. oben Ziffer 3.6.5.1.1.1.

In der bisherigen Regulierungspraxis zu Terminierungsentgelten ist die Beschlusskammer davon ausgegangen, dass der KeL-Preis der Terminierung dem Als-Ob-Wettbewerbspreis entspricht und seine Setzung Wettbewerbsverzerrungen verhindert. Diese Einschätzung ist nunmehr von der Terminierungsempfehlung der Kommission in Frage gestellt worden. Nach Erwägungsgrund 13 S. 5 und 6 der Terminierungsempfehlung soll ein auf zusätzliche Kosten gestütztes Konzept, das nur effizient entstandene Kosten berücksichtigt, die nicht entstehen würden, wenn der den Mehrkosten zugrunde liegende Dienst nicht mehr bereitgestellt würde, die effiziente Bereitstellung und Nutzung fördern und etwaige Wettbewerbsverzerrungen geringhalten. Je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernten, desto größer seien die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und/oder zwischen Betreibern mit asymmetrischen Marktanteilen und Verkehrsflüssen.

Die letztgenannten Aussagen lassen sich indes für die deutschen Verhältnisse nicht verifizieren. Es kann weder festgestellt werden, dass der empfohlene LRIC-Preis den Wettbewerbspreis besser trifft als ein KeL-Preis, noch im Wege der Folgenabschätzung geschlossen werden, dass ein LRIC-Preis besser als ein KeL-Preis geeignet wäre, einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten deutlich zu verbessern.

##### **3.6.5.1.3.1.1 Emulation des Wettbewerbspreises**

Im vorliegenden Fall lässt sich nicht aufgrund allgemeiner ökonomischer Erwägungen bzw. mit Blick auf die Besonderheiten des Terminierungsmarktes nachweisen, dass sich ein Wettbewerbspreis für Terminierungen eher auf LRIC-Niveau als auf KeL-Niveau einschwingen würde. Eine LRIC-Regulierung lässt sich derart jedenfalls nicht unter dem Gesichtspunkt der Emulation des Wettbewerbspreises rechtfertigen.

### 3.6.5.1.3.1.1.1 Allgemeine Anforderungen an den Marktauftritt

Bei der Entscheidung über das Ob und Wie eines Marktauftritts mit einem bestimmten Angebot hat ein Unternehmen eine Reihe von Determinanten zu berücksichtigen. Eine herausgehobene Rolle spielen dabei der Angebotspreis und die Angebotsmenge.

Handelt es sich bei dem relevanten Produktmarkt um einen Markt mit homogenen Gütern und vollständiger Konkurrenz, gilt das Prinzip der Preiseinheitlichkeit. Der erzielbare Preis ist damit für das Unternehmen gesetzt,

vgl. Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, Stichwort „Preisbildung.“

Den vorgegebenen Marktpreis kann ein Unternehmen langfristig nur mitgehen, wenn dieser zumindest seine relevanten Stückkosten abdeckt. Die Stückkosten oder auch durchschnittlichen totalen Kosten geben an, wie hoch die Kosten pro Stück sind. Rechnerisch erhält man sie durch Division der Gesamtkosten (die sowohl fixe als auch variable Kosten umfassen) durch die produzierte Menge. Als kurzfristige Preisuntergrenze dienen dagegen die variablen Stückkosten. Solange der Preis wenigstens noch diese Kosten deckt, wird das Unternehmen in der Regel zunächst weiterproduzieren, weil es durch die Produktion jedenfalls keinen Verlust macht. Langfristig muss es allerdings die gesamten Stückkosten (einschließlich der fixen Anteile) decken. Im Wettbewerbsfall deckt der Marktpreis gerade noch die Stückkosten des sog. Grenzanbieters. Wäre der Marktpreis höher, könnten weitere Anbieter mit höherer Stückkostensituation ebenfalls in den Markt eintreten,

vgl. Bartling/Luzius, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 11. Aufl. 1996, S. 82, 87 und 95.

Ist entschieden, dass einem Unternehmen ein Marktauftritt grundsätzlich möglich ist, stellt sich die Frage nach der gewinnmaximalen Ausbringungsmenge. Hier gilt, dass ein Unternehmen die Menge wählt, bei denen seine Grenzkosten gleich dem herrschenden Preis sind. Die Grenzkosten geben an, wie sich die Gesamtkosten ändern, wenn die Ausbringungsmenge um eine Einheit geändert wird. Bei jeder Ausbringungsmenge, die kleiner als die vorgenannte Menge wäre, wäre eine Produktionsausweitung lohnend, weil der dabei erzielbare Grenzerlös in Höhe des Preises größer ist als die dafür aufzuwendenden Grenzkosten,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 84 und 90.

Die Grenzkostenbetrachtung entbindet das Unternehmen freilich nicht davon, dass es parallel die langfristige Mindestdeckung der Stückkosten im Auge behalten muss.

Für den vorliegenden Fall implizieren die bisherigen Erwägungen, dass die – von welchen Kunden auch immer erhobenen – Gesamtbeiträge zur Deckung der Terminierungskosten den Stückkosten eines effizienten Netzbetreibers entsprechen sollten. Anhand dieser Vorgabe wären die regulierten Netzbetreiber gezwungen, mindestens so effizient zu agieren, wie dies auch sonst ein Grenzanbieter auf einem Markt tun müsste. Nach der bisher marktüblichen und von der Beschlusskammer akzeptierten Vorgehensweise sind die Deckungsbeiträge regelmäßig (mit Ausnahme des Homezonefalls) allein von den Vorleistungsnachfragern eingeholt worden.

### 3.6.5.1.3.1.1.2 Besonderheiten der Terminierungsleistung

In einem weiteren Schritt ist zu überprüfen, ob aufgrund der bereits angedeuteten Besonderheiten der Terminierungsleistung im Wettbewerbsfall mit einem Vorleistungspreis unterhalb der Stückkosten zu rechnen wäre. Entsprechend wäre dann auch der regulatorische Kostenmaßstab anzupassen.

Die Terminierungsleistung kommt nicht nur einer, sondern unmittelbar zwei Seiten zugute. Der Vorleistungsnachfrager nutzt die Terminierungsleistung, um seinerseits auf einer nachgelagerten Stufe Verträge mit Endkunden oder Zusammenschaltungspartnern zu erfüllen, in denen er sich zur Verbindungsherstellung verpflichtet hat. Der Angerufene nutzt dagegen die Gelegenheit, ein Gespräch zu führen. Mittelbar begünstigt ist zudem der Anrufer, der die Gelegenheit zur Gesprächsinitiierung und Gesprächsführung erhält,

vgl. Erwägungsgrund 15 der Terminierungsempfehlung; ferner Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 17f., und Erwägungsgrund 4 der Märkteempfehlung 2007/879/EG.

Bei Vorhandensein zweier unmittelbarer Leistungsempfänger steht einem Unternehmen – wie der Betroffenen – prinzipiell die Möglichkeit offen, von beiden Seiten einen Deckungsbeitrag zu den Stückkosten der erbrachten Leistung zu verlangen.

Ein Unternehmen wird sich beim Ob und Wie einer solchen Verteilung vorrangig an den jeweiligen Preiselastizitäten ausrichten. Die Preiselastizität der Nachfrage gibt an, um wie viel Prozent sich die Nachfragemenge eines Gutes ändert, wenn die dafür ursächliche Preisänderung dieses Gutes ein Prozent beträgt. Dabei kommt es allerdings nicht allein auf die absoluten Veränderungen von Preis und Menge, sondern immer auch auf deren relativen Bezug zum jeweiligen Ausgangsniveau der Änderungen an. In der Regel weist die Elastizität bei jedem Preis eine andere Größe auf,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 65f.

Ursächlich für die jeweilige Ausprägung der Preiselastizität sind im Allgemeinen die Bedürfnisintensität, mit der die Nachfrager ein bestimmtes Gut wünschen, der Preis des Gutes selbst, die Preise dritter (komplementärer, substitutiver und unverbundener) Güter sowie die insgesamt geplante Konsumsumme,

vgl. Bartling/Luzius, a.a.O., S. 58ff.

Der Beschlusskammer ist es indes im vorliegenden Fall nicht möglich, die im Wettbewerbsfall (!) bestehenden Preiselastizitäten des Vorleistungsnachfragers, des hinter ihm stehenden anrufenden Endkunden sowie des angerufenen Endkunden zu bestimmen. Zwar mag es möglich sein, für den Regelfall die größere Bedürfnisintensität auf Seiten der Vorleistungsnachfrage zu vermuten. Denn der Terminierungsnachfrager ist gegenüber seinem Endkunden oder Zusammenschaltungspartner vertraglich zur Herstellung der Verbindung verpflichtet. Der anrufende Endkunde selbst bringt ebenfalls - durch die Initiierung des Anrufs – eine hohe Bedürfnisintensität zum Ausdruck. Es fehlt aber bereits an einer genaueren Vorstellung darüber, welche Ausweichmöglichkeiten mit welchen Transaktionskosten denn im Wettbewerbsfalle sowohl für den Vorleistungsnachfrager als auch für den anrufenden Endkunden bestehen würden. Auch bezüglich der sonstigen Parameter, die die Höhe der Preiselastizitäten auf Vorleistungs- und Endkundenseite determinieren, sind keine Daten vorhanden, die einer ernsthaften Belastungsprobe standhalten würden. Insofern bestehen keine Möglichkeiten, eine theoretisch und/oder empirisch abgesicherte Verteilung der Deckungslasten nach Elastizitätsgesichtspunkten vorzunehmen.

Aus dem Umstand, dass die Stückkosten der Terminierungsleistung grundsätzlich von zwei Seiten her gedeckt werden könnten, lässt sich somit nicht ableiten, dass im Wettbewerbsfall tatsächlich beide Seiten in Anspruch genommen würden. Das Wettbewerbsergebnis erscheint vielmehr als offen,

so auch IRG/ERG Response to Public Consultation on Termination Rates, ERG (08) 31 rev1, September 2008, S. 3.

Ein regulatorisches Verbot, die Vorleistungsseite für die weitgehende oder vollständige Kostendeckung in Anspruch zu nehmen, wäre eine einschneidende und auch grundrechtsrelevante Maßnahme,

vgl. in nicht ganz unähnlichem Zusammenhang VG Köln, Urteil 21 K 568/08 vom 04.04.2011, Rz. 69ff. (juris), unter Berufung auf BVerwG, Urteil 6 C 6.00 vom 25.04.2001, Rz. 67; siehe zudem BVerfG, Beschluss 1 BvR 1932/08 vom 08.12.2011, Rz. 49.

Es gilt das Prinzip, dass jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Es ist grundsätzlich ihm überlassen, die Art seiner wirtschaftlichen Betätigung selbst zu bestimmen und sein Bezugs- und Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für richtig und sinnvoll hält, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderlaufen,

BVerwG, Urteil 6 C 18.09 vom 20.10.2010, Rz. 30.

Der Betroffenen kann vorliegend nicht nachgewiesen werden, dass sie sich mit dem Verlangen von kostendeckenden Vorleistungspreisen ein Verhalten herausnehmen würde, welches jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsemulation der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderliefe. Regulatorisch verfügte Abschlüsse von der Stückkostendeckung sind derart nicht zu rechtfertigen. Davon getrennt zu untersuchen ist allerdings in einem späteren Prüfungsschritt (siehe Ziffer 3.6.5.1.3.1.2), ob eine Reduktion der Vorleistungspreise geboten sein könnte, um einen unerwünschten Kapitalabfluss aus anderen Bereichen zu verhindern und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend zu verbessern.

### **3.6.5.1.3.1.3 Kostendeckung und Kostenmaßstab**

Im hiesigen Zusammenhang ist davon auszugehen, dass die Stückkosten der Terminierung auf der Vorleistungsseite gedeckt werden (dürfen). Damit stellt sich die Frage, welcher der zur Abwägung stehenden Kostenmaßstäbe der KeL und der LRIC besser geeignet ist, die Stückkosten einer effizient erbrachten Terminierungsleistung abzubilden.

Die Stückkosten einer Leistung werden berechnet, indem die Gesamtkosten der Leistungserstellung durch die produzierte Menge dividiert werden. Die Gesamtkosten der Leistungserstellung bestimmen sich – jedenfalls in einem Mehrproduktunternehmen – durch die wertende Zurechnung bestimmter Kostenpositionen auf die Leistungserstellung.

Nach dem KeL-Maßstab des § 32 Abs. 1 S. 1 TKG ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.

Die erste danach bei der Entgeltbildung zu berücksichtigende Kostenkomponente besteht aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der (effizienten) Leistungsbereitstellung. Das Konzept der Zusatzkosten besagt, dass bei der Kostenfestsetzung lediglich diejenigen Einzelkosten und leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten berücksichtigt werden, die gerade aufgrund eines zur sonstigen Produktion hinzukommenden Inkrements entstehen. Als relevantes Inkrement können etwa – im vorliegenden Zusammenhang – sämtliche während eines Jahres erbrachten Off-net-Terminierungsminuten oder aber sämtliche während eines Jahres über ein bestimmtes Netz erbrachten Verbindungsminuten (einschließlich Minutenäquivalenten von Datendiensten) verstanden werden. Die Langfristbetrachtung führt dazu, dass alle Produktionsfaktoren variabel sind, d.h. auf kurze Sicht fixe Kosten können gleichwohl an sich ändernde Rahmenbedingungen angepasst werden,

vgl. Groebel, in: Berliner Kommentar, 2. Aufl. 2009, § 31 Rz. 25ff.

In ihrer bisherigen Praxis zur Festlegung von Terminierungsentgelten hat die Bundesnetzagentur, soweit es die Einzelkosten anbelangt, als relevantes Inkrement sämtliche während eines Jahres erbrachten Off-net-Terminierungsminuten angesehen. Soweit es dagegen die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten betrifft, hat sie als relevantes Inkrement sämtliche während eines Jahres über das fragliche Netz abgewickelten Verbindungsminuten (einschließlich Minutenäquivalenten von Datendiensten) verstanden und die zugehörigen Kosten nach Nutzungsanteilen auf die einzelnen Dienste verteilt. Bei der Kostenallokation wurden sämtliche nicht-vorleistungsrelevanten Kostenbeiträge – so z.B. für Vertriebsaufwendungen und Handysubventionierung – in Bezug auf die Terminierungsleistung eliminiert sowie weitere Effizienz Anpassungen durchgeführt.

Darüber hinaus ist bei der KeL-Entgeltermittlung als zweite Kostenkomponente ein angemessener Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten anzusetzen. Bei den leistungsmengenneutralen Gemeinkosten handelt es sich um diejenigen Gemeinkosten, die keinem Dienst als leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten zugerechnet werden, die aber gleichwohl gedeckt werden müssen, damit der Anbieter insgesamt keine Verluste macht. Es handelt sich hierbei allerdings um ein „atmendes“ Konzept. Werden sämtliche Gemeinkosten als leistungsmen-

geninduziert bestimmten Diensten zugerechnet, verbleibt kein Raum mehr für einen zusätzlichen Zuschlag zur Deckung leistungsmengenneutraler Gemeinkosten.

Die Terminierungsempfehlung bedient sich – etwa in Nr. 2 – ebenfalls der Terminologie der langfristigen zusätzlichen Kosten (LRIC). Die Empfehlung zählt allerdings bei der Berechnung sowohl der Einzelkosten als auch der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten nach ihrer Nr. 6 (lediglich) die Off-net-Terminierungsminuten zum relevanten Inkrement. In der Folge können Kosten, die bereits notwendig sind, um überhaupt Verbindungsdienste über ein bestimmtes Netz erbringen zu können, nicht (nutzungsanteilig) den Terminierungsminuten zugerechnet werden. Das hinsichtlich der leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten wesentlich engere Inkrement bedingt, dass unter dem LRIC-Maßstab der Terminierungsminute deutlich weniger Kosten als unter einem KeL-Maßstab zugerechnet werden können. Außerdem sind bei der LRIC-Entgeltermittlung leistungsmengenneutrale Gemeinkosten nicht zu berücksichtigen.

Im Vergleich sind die hergebrachten KeL besser als die LRIC geeignet, die Stückkosten einer effizient erstellten Terminierungsleistung abzubilden. Der entscheidende Vorzug besteht darin, dass nach dem KeL-Konzept der Terminierungsleistung auch die (vorleistungsrelevanten und effizienten) Kosten der Kuppelproduktion verursachungsgerecht zugeordnet werden. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass nach Auffassung der Beschlusskammer kein Anlass besteht, rein netzintern genutzte Leistungen als Hauptleistungen und netzextern verkaufte Leistungen als Zusatzleistungen zu betrachten mit der Folge, dass die Gemeinkosten allein von den Hauptleistungen zu tragen wären,

so aber der Idee nach Faulhaber, Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises, The American Economic Review (1975) 966, S. 966; siehe dazu auch Ralph, Cross-subsidy: A Novice's Guide to the Arcane (1992), S. 14ff.

Angesichts des regulatorischen Ziels, eine netzübergreifende Kommunikation sicherzustellen, sind extern verkaufte Terminierungsleistungen intern genutzten Verbindungsleistungen kostenrechnerisch gleichzustellen. Dieser Wertung entspricht die KeL-Regulierung, indem sie die Kosten einer Bündelproduktion diskriminierungsfrei und verursachungsgerecht auf die einzelnen Dienste verteilt. Bestätigt wird die bessere Eignung der KeL zur Abbildung der Stückkosten im Übrigen auch von der Terminierungsempfehlung selbst, wenn diese in Erwägungsgrund 15 davon ausgeht, dass nicht alle mit der Anrufzustellung verbundenen Kosten über die per LRIC ermittelten Vorleistungsentgelte abgegolten würden.

Ist der KeL-Maßstab besser als der LRIC-Maßstab geeignet, die Stückkosten einer effizient erbrachten Terminierungsminute zu bestimmen, sollte jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Emulation von auf dem Terminierungsmarkt geltenden Wettbewerbspreisen eine Preisobergrenze anhand der KeL angestrebt werden.

### **3.6.5.1.3.1.2 Kapitalabfluss und Wettbewerbsverhalten Dritter auf den Endkundenmärkten**

In einem weiteren Schritt ist mit Blick auf die Terminierungsempfehlung zu überprüfen, ob eine LRIC-Preisobergrenze deshalb besser zur Erreichung des wettbewerblichen Regulierungsziels geeignet sein könnte, weil dadurch ein unerwünschter Kapitalabfluss aus anderen Bereichen verhindert und/oder das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber und der anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den Endkundenmärkten entscheidend verbessert wird. Nach Auffassung der Beschlusskammer ist freilich auch mit Blick auf diese Fragen eine gegenüber der KeL-Preisobergrenze bessere Eignung der LRIC-Preisobergrenze nicht nachzuweisen.

#### **3.6.5.1.3.1.2.1 Festnetzbereich**

Die Europäische Kommission weist auf verschiedene vorteilhafte Folgen hin, die sich bei einer LRIC-Regulierung im Mobilfunkbereich für den Festnetzbereich ergeben würden.

So stehen nach Erwägungsgrund 3 der Terminierungsempfehlung die Netzbetreiber im Wettbewerb um die Endkunden, weshalb die Zustellungsentgelte einen bedeutenden Strategie- und Wettbewerbsfaktor darstellen könnten. Überstiegen die Zustellungsentgelte die effizienten Kos-

ten, führte dies zu erheblichen Verlagerungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten und den Endkunden. Erwägungsgrund 13 ergänzt hierzu, je weiter sich die Anrufzustellungsentgelte von den Zusatzkosten entfernten, desto größer seien die Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Festnetz- und Mobilfunkmärkten. Gemäß der Explanatory Note ist dies bedeutsam, weil die Tatsache, dass die Mobilfunkterminierungsentgelte im europäischen Mittel neun Mal höher als die Festnetzterminierungsentgelte (single transit) lägen, zu substantiellen Transfers zwischen Festnetz und Mobilfunk (bzw. deren Kunden) führen würde. Dies wiederum leiste einen Beitrag zu einer ineffizient geringen Nutzung von Festnetzen in einigen Mitgliedstaaten und könnte sich als Barriere für wichtige Innovationen und Investitionen im Festnetzsektor wie etwa dem Glasfasernetzausbau und der Erstellung von NGN-Netzwerken und gebündelten bzw. konvergenten Diensten erweisen,

vgl. Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 15f., sowie Kommission, Empfehlung C(2012) 3770 vom 13.06.2012, Erwägungsgründe 32f. und 57ff.

In der bisherigen Praxis anderer nationaler Regulierungsbehörden ist diese Argumentation weiter aufgefächert worden. Anders als im Festnetzbereich, in dem die Anschlusskosten von den Anschlussinhabern getragen würden, würden im Mobilfunkbereich die Anschlusskosten in die Terminierungsentgelte eingerechnet werden. Ein Festnetzanschlussinhaber zahle deshalb, rufe er einen Mobilfunkanschluss an, doppelte Anschlussgebühren. Zudem würden, weil die Mobilfunkterminierungsentgelte wesentlich höher seien als die Festnetzterminierungsentgelte, Festnetzbetreiber in gewissem Ausmaß in ihrer Fähigkeit eingeschränkt, Verbindungen zu Mobilfunkanschlüssen in flat-tarifizierte Komplettangebote aufzunehmen. Soweit die Netzbetreiber zögerten, aufgrund der drohenden Auszahlungen an Wettbewerber die Tarife für Festnetz→Mobilfunk-Verbindungen zu senken, würde sie der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten dazu zwingen. Im Übrigen sei es durchaus vorteilhaft, wenn der Anbieter der Mobilfunkterminierungsleistung die Differenz zwischen LRIC- und KeL-Entgelten nicht auf dem monopolistisch strukturierten Terminierungsmarkt, auf dem die Gefahr überhöhter Preise bestehe, geltend machen könne, sondern diese Differenz auf dem wettbewerblich organisierten und kontrollierten Endkundenmarkt einholen müsse. Es sei aus den vorgenannten Gründen wünschenswert, dass die absoluten Asymmetrien zwischen Mobilfunk- und Festnetzterminierungsentgelten verringert würden. Letzteres werde besser mittels einer LRIC- als einer KeL-Preisobergrenze erreicht,

vgl. etwa GEREK, Stellungnahme BoR(12)23 vom 26.03.2012, S. 13f.

In diesen Gesamtzusammenhang gehört des Weiteren die Erwägung, im Fall einer KeL-Preisobergrenze seien dritte Netzbetreiber beim Angebot pauschal tarifizierter Verbindungen zu einem netzfremden Mobilfunkanschluss gegenüber den entsprechenden Angeboten des Netzbetreibers, in dessen Netz der Anschluss geschaltet sei, benachteiligt. Letzterer könne über seine (On-net-) Pauschalentgelte die (weitgehende) Deckung der Gemeinkosten sicherstellen. In dem Fall, dass die der Pauschalkalkulation zugrunde gelegte durchschnittliche Anzahl an Verbindungsminuten überschritten werde, beschränke sich damit das Kostenrisiko des Anschlussanbieters darauf, dass er keine Deckungsbeiträge zu seinen – von einer LRIC-Preisobergrenze approximierten – Grenzkosten erhalte. Das entsprechende Kostenrisiko anderer Netzbetreiber sei dagegen viel höher, weil diese bei Überschreitung der der eigenen Pauschalkalkulation zugrunde liegenden durchschnittlichen Anzahl an Verbindungsminuten keine Deckungsbeiträge zu auszahlenden KeL-Terminierungsentgelten erhielten. Diese Ungleichheit könne durch eine LRIC-Berechnung der Terminierungsentgelte eingeegnet werden, weil in diesem Fall auch der dritte Netzbetreiber bei Überschreitung der kalkulierten Minuten nur eine Nicht-Deckung von auszahlenden LRIC-Entgelten befürchten müsse.

Die vorstehend aufgeführten Argumente haben einen gemeinsamen Grundtenor: Unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten seien die bisherigen Marktergebnisse nicht optimal. Zum einen verließe zuviel Kapital den Festnetzsektor, und zum anderen erzeuge das bisherige Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber nicht die erwünschten Wettbewerbsergebnisse in Form günstigerer und möglichst pauschal tarifizierter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungen. Beiden Problemen könne nur durch eine LRIC-Regulierung der Terminierungsentgelte abgeholfen werden.

Nach Auffassung der Beschlusskammer kann indes eine solche bessere Eignung der LRIC-Regulierung gegenüber der KeL-Regulierung jedenfalls für die deutschen Verhältnisse nicht nachgewiesen werden.

### **3.6.5.1.3.1.2.1.1 Kapitalabfluss**

Dies gilt einmal mit Blick auf die Ansicht, KeL-regulierte Entgelte führten zu einem unerwünschten und per LRIC-Regulierung abstellbaren Kapitalabfluss aus dem Festnetzsektor. Der Umstand allein, dass Kapital von dem Festnetz- in den Mobilfunksektor wechselt, ist nicht per se schädlich. Einwände ließen sich allenfalls erheben, wenn dem geleisteten Kapital keine entsprechende Gegenleistung gegenüberstünde oder aber – aus überlegener Einsicht – feststünde, dass die Faktorproduktivität des Kapitals im Festnetzsektor höher wäre als im Mobilfunksektor.

Soweit das Äquivalenzinteresse zwischen Leistung und Gegenleistung betroffen ist, kann auf die oben unter Ziffer 3.6.5.1.3.1.1.3 angestellten Erwägungen zur Abbildung der Stückkosten durch die KeL-Entgelte verwiesen werden. Danach erscheint es nicht unbillig, wenn ein Mobilfunknetzbetreiber Entgelte in KeL-Höhe von seinen Vorleistungsnachfragern verlangt. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass dadurch angeblich Anschlusskosten des Mobilfunks auf Festnetzendkunden überwältigt würden. Denn tatsächlich trägt der Mobilfunkteilnehmer die seinem Anschluss zurechenbaren Kosten – wie etwa die Kosten der SIM-Karte oder des Endkunden-Marketings – selbst. In den KeL-regulierten Terminierungsentgelten finden diese Kosten keine Berücksichtigung. Darüber hinaus ist die KeL-Regulierung nach inzwischen vierzehnjähriger Praxis auch hinreichend genau ausgebildet und strukturiert, um sicherzustellen, dass keine übermäßigen Kosten zu Lasten der Nachfrager anerkannt werden. Zudem ist mit der zwischenzeitlichen Senkung der absoluten Entgelthöhen im Terminierungsbereich die Fehlertoleranz gegenüber relativen Abweichungen gestiegen, d.h. eine 1%-ige Abweichung vom eigentlich richtigen Wert hat nicht die negativen Auswirkungen, die sie bei höheren absoluten Entgelthöhen hätte. Auch wenn durchaus anzuerkennen ist, dass eine Teilverlagerung der Entgeltkontrolle in einen wettbewerblich strukturierten Bereich gewisse Verbesserungen bei der Preisüberwachung mit sich bringen könnte, vermag der letztgenannte Umstand für sich allein nicht den Schluss zu rechtfertigen, dass die KeL-Regulierung durch eine LRIC-Regulierung ersetzt werden sollte.

Was dagegen die höhere Faktorproduktivität des Kapitals im Festnetzsektor anbelangt, so lassen sich die in der Terminierungsempfehlung hierfür angeführten Beispiele jedenfalls für Deutschland nicht bestätigen. So ist keine ineffizient geringe Nutzung des Festnetzes zu beobachten. Vielmehr liegen die hiesigen Verbindungsanteile über dem europäischen Durchschnitt. Ferner ist nicht ersichtlich, dass für Mobilfunkterminierungen zu zahlende KeL-Entgelte eine signifikante Beeinträchtigung des Glasfaserausbau oder eine fehlende Erstellung von NGN-Netzwerken und von gebündelten bzw. konvergenten Diensten zu verantworten hätten. So werden in einschlägigen Studien als den Glasfaserausbau hemmende Faktoren nicht zu hohe Kapitalabflüsse in den Mobilfunkbereich, sondern vielmehr die jeweils tendenziell zu geringe Höhe der Zahlungsbereitschaft der Endkunden, der Liquidität des Kapitalmarkts und der von den Anteilseignern erwarteten Amortisationsdauern genannt,

siehe etwa Büllingen/Stamm/Stett/Hillebrand, Analyse der Kabelbranche und ihrer Migrationsstrategien auf dem Weg in die NGA-Welt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 365, Februar 2012.

Darüber hinaus ist zu konstatieren, dass bereits in der Vergangenheit im Rahmen eines einheitlichen Regulierungsmaßstabs sowohl die Mobilfunk- als auch die Festnetzterminierungsentgelte gleichermaßen nach dem KeL-Maßstab festgesetzt worden sind. Die gleichwohl resultierenden Unterschiede bei den jeweiligen Stückkosten waren Ausdruck der differierenden Investitionsbedarfe für die Erbringung von Terminierungsleistungen in den jeweiligen Netzen.

Eine LRIC-Preisobergrenze ist derart nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, unerwünschte Kapitalabflüsse aus dem Festnetzsektor zu unterbinden.

### 3.6.5.1.3.1.2.1.2 Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber

Eine LRIC-Preisobergrenze ist allerdings auch nicht besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet, das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber so zu steuern, dass als wohlfahrtsmaximierend angesehene Wettbewerbsergebnisse erzielt werden. Nach Auffassung der Beschlusskammer lässt sich nicht nachweisen, dass bei einer LRIC-Preisobergrenze vermehrt (günstige) Pauschaltarife für Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsleistungen angeboten würden, die bei einer KeL-Regulierung so nicht angeboten würden.

Zwar liegt es auf den ersten Blick durchaus nahe, dass eine LRIC-Regulierung von Mobilfunkterminierungsentgelten Pauschalisierungsrisiken im Endkundenbereich in gewissem Maße senken (und damit vermehrt Pauschalangebote hervorrufen) könnte. Nicht zu verkennen ist, dass im Zuge von Pauschalierungsberechnungen unterlaufene Prognosefehler desto kritischer sind, je höher die dadurch bedingten Kosten sind. Allerdings erscheint fraglich, ob daraus auch ein zwingender Vorteil der LRIC-Regulierung gegenüber einer KeL-Regulierung folgt. Denn zum einen werden sich die Netzbetreiber bei solchen Pauschalierungen ohnehin „von oben“ an den letztendlichen Preis herantasten können. Wenn sich nach einer gewissen Zeit erwiesen hat, dass ein verlangter Pauschalpreis die Kosten der durchschnittlich telefonierten Minutenmengen gut abdeckt, kann der Preis gesenkt werden. Zum anderen erscheint es durchaus möglich – und ist auch in aktuellen Angeboten zu entdecken –, dass mit dem Instrument von Inklusiv- oder Kontingentminuten gearbeitet wird. In beiden Fällen lässt sich das Pauschalierungsrisiko minimieren. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb gerade eine LRIC-Preisobergrenze den gegenüber einer KeL-Preisobergrenze entscheidenden Unterschied bei der Risikobewertung hervorrufen sollte.

Selbst wenn jedoch die aufgezeigten Pauschalierungsrisiken als wesentliches Hemmnis angesehen und deshalb ein Schwenk der Vorleistungsregulierung auf den LRIC-Maßstab erfolgen sollte, wäre damit noch keineswegs sichergestellt, dass sich die Festnetzendkunden in der Folge auch wesentlich günstigeren Pauschalangeboten gegenüber sehen würden. Aus Sicht der Beschlusskammer scheint nämlich für die (bislang größtenteils fehlende) Bereitschaft der Festnetzbetreiber, ihren Endkunden günstige Pauschaltarife für Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsleistungen anzubieten, nicht die Frage einer KeL- oder LRIC-Regulierung im Vorleistungsbereich, sondern vielmehr das Wettbewerbsgeschehen auf den Endkundenmärkten selbst ursächlich zu sein. Seit Jahren verengen sich Kundenwahrnehmung und Werbetätigkeit im Festnetzbereich auf die Anschlussbandbreite und den Preis, der für das Komplettangebot aus Anschluss mit Doppelflat für Festnetztelefonie und Internetverbindungen zu zahlen ist (siehe dazu oben, Ziffer 3.6.5.1.1.2). Die Preise der anderen Angebotskomponenten – wie etwa der Festnetz→Mobilfunk-Verbindungen – erfahren dagegen weitaus weniger Aufmerksamkeit. In der Folge haben die Festnetzbetreiber die Ersparnisse aus den vergangenen Senkungen der Mobilfunkterminierungsentgelte an die Endkunden ganz überwiegend nicht im Wege niedrigerer Festnetz→Mobilfunk-Entgelte, sondern vielmehr in Form günstigerer Bündelpreise weitergegeben. Dieses Wettbewerbsmuster hat sich tief in den Bewusstsein der Endkunden eingegraben.

In der Prognose erscheint es der Beschlusskammer wenig wahrscheinlich, dass sich allein aufgrund der entgeltlichen Differenz zwischen einem KeL-Ergebnis und einem LRIC-Ergebnis dieses Muster auflösen würde. Wahrscheinlicher wäre vielmehr, dass sich eine Weitergabe niedrigerer Entgelte in Form von Pauschalierungen entweder bereits bei einem KeL-Niveau einstellen würde (dessen absolute Höhe künftig niedriger als heute sein dürfte) oder aber sie sich auch bei einem LRIC-Niveau gar nicht erst materialisieren würde. Im letztgenannten Fall würden die Ersparnisse der Festnetzbetreiber weiterhin in den lebhaften geführten Wettbewerb um den günstigsten Paketpreis für das Angebot von Festnetzanschluss plus Festnetz- und Internet-Flat fließen.

Aus den betrachteten Gesichtspunkten lässt sich daher ebenfalls nicht ableiten, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet wäre, das als erwünscht angesehene Angebot vermehrt pauschaltarifizierter Entgelte hervorzurufen.

Im Übrigen wäre dann, träte man gleichwohl dem Ziel einer LRIC-Preisobergrenze näher, besonders die Frage einer Vereinbarkeit dieser Grenze mit den Vorgaben des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG zu klären. Nach dieser Vorschrift wird ein Missbrauch beträchtlicher Marktmacht vermutet,

wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. In der bisherigen Praxis zu § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG sind (ebenso wie im Fall des § 31 TKG a.F., siehe dazu Ziffer 3.6.5.1.3.1.1.3) die langfristigen Zusatzkosten – soweit es die leistungsmengeninduzierten Gemeinkosten anbelangt – anhand eines breiteren Inkrements ermittelt und damit insgesamt wesentlich höher angesetzt worden, als dies bei einer LRIC-Preisobergrenze der Fall wäre. Da indes die bisherige Praxis der Inkrement-Bildung gerichtlich nicht beanstandet worden und § 28 dementsprechend ausgelegt worden ist,

siehe etwa VG Köln, Urteil 21 K 568/08 vom 04.04.2011, vgl. ferner BVerwG, Urteil 6 C 18/09 vom 20.10.2010,

könnte prima facie davon ausgegangen werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze den Dumping-Tatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG erfüllen würde und damit die Voraussetzungen einer sachlichen Rechtfertigung zu prüfen wären. Im vorliegenden Zusammenhang muss die aufgeworfene Frage allerdings nicht endgültig entschieden werden.

Es bleibt festzuhalten, dass eine LRIC-Preisobergrenze nicht besser geeignet ist als eine KeL-Preisobergrenze, das Wettbewerbsverhalten der Festnetzbetreiber so zu steuern, dass als wohlfahrtsmaximierend angesehene Wettbewerbsergebnisse erzielt werden.

### **3.6.5.1.3.1.2.2 Mobilfunknetzbereich**

Eine LRIC-Preisobergrenze ist ebenfalls nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, andere Mobilfunknetzbetreiber vor unerwünschten Kapitalabflüssen zu bewahren bzw. diese zu einer Senkung ihrer Off-net-Tarife zu bewegen.

In Ergänzung zu den bereits oben referierten Ausführungen hebt die Explanatory Note mit Blick auf die anderen Mobilfunknetzbetreiber hervor, Terminierungsentgelte oberhalb effizienter Kosten zögen höhere Off-net-Vorleistungs- und Endkundenpreise nach sich. Da kleinere Netze typischerweise eine größere Anzahl an Off-net-Anrufen hätten, führe dies zu signifikanten Zahlungen an ihre größeren Wettbewerber und beeinträchtige ihre Fähigkeit, mit den On-net/Off-net-Endkundenangeboten größerer Wettbewerber zu konkurrieren. Dies könne die Netzwerkeffekte größerer Netze verstärken und Schranken für kleinere Betreiber errichten, in den Markt einzutreten bzw. in ihm zu expandieren,

vgl. Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 16.

### **3.6.5.1.3.1.2.2.1 Kapitalabfluss**

Die Explanatory Note betrachtet eine LRIC-Preisobergrenze u.a. deshalb als gerechtfertigt, weil ansonsten drohende Kapitalabflüsse aus dem Bereich der kleineren Mobilfunknetzbetreiber deren Wettbewerbsfähigkeit beschränken und diejenige der größeren Netzbetreibern in spürbarer Weise verstärken würden.

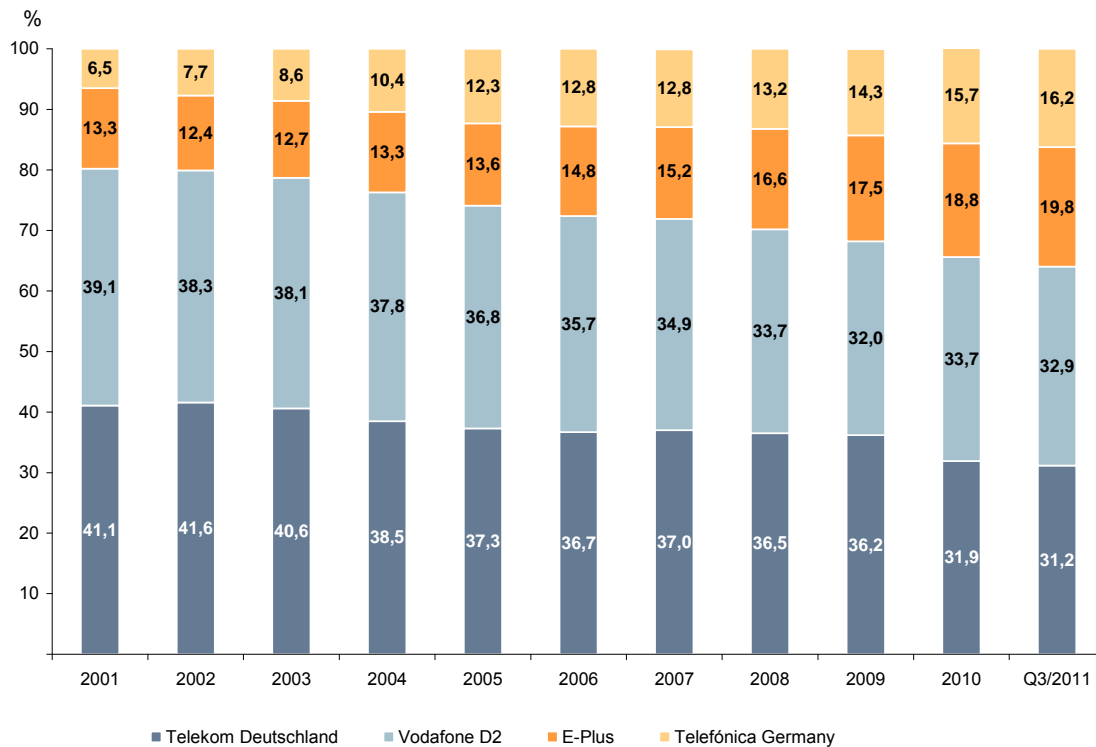
Diese Annahmen lassen sich allerdings für die deutschen Verhältnisse so nicht bestätigen. Im Gegenteil, pessimistische Annahmen gehen dahin, dass eine LRIC-Preisobergrenze die Überlebensfähigkeit der E-Netzbetreiber bedrohen würde,

so die Monopolkommission, Sondergutachten 61, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Tz. 115, 83.

Diese Annahmen muss man nicht teilen. Allerdings lässt sich durchaus die Frage stellen, wo die Vorteile einer LRIC-Preisobergrenze liegen, wenn sich die kleineren Netzbetreiber gerade nicht für eine solche LRIC-Regulierung, sondern vielmehr für die hergebrachte KeL-Regulierung aussprechen.

Jedenfalls haben die E-Netzbetreiber in den vergangenen Jahren auch unter Geltung einer KeL-Regulierung stetig an Marktanteilen hinzugewinnen können.

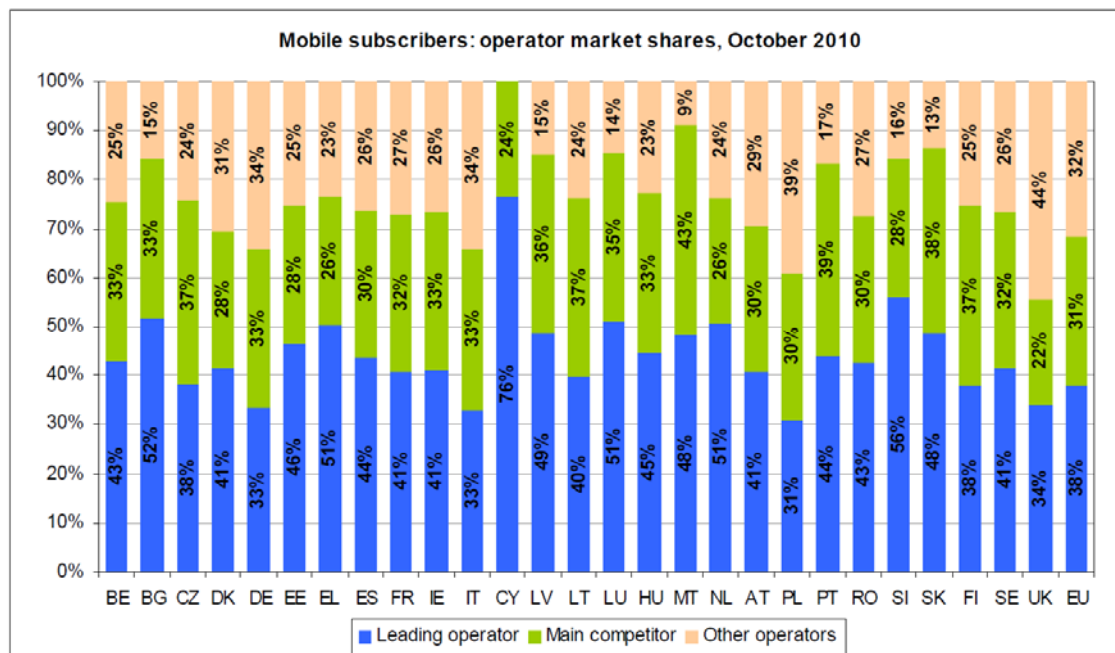
## Teilnehmer-Marktanteile der Netzbetreiber



Quelle: Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2010/2011, S. 51.

Im europäischen Vergleich verfügt Deutschland über eine der gesündesten Marktstrukturen mit einem am Ende des zweiten Quartals 2011 geltenden Herfindahl-Hirschman-Index (HHI) von nur 2709. Dies liegt nicht weit vom Minimum (bei vier Akteuren) von 2500 entfernt.

## Marktanteilsverteilung im Mobilfunk (europäischer Vergleich)



Quelle: EU-Kommission, Digital Agenda Scoreboard 2011, "Electronic Communications Market Indicators", Seite 10.

Der Beschlusskammer ist deshalb nicht ersichtlich, worin mit Blick auf die relative Kapitalausstattung der kleineren Netzbetreiber die wesentlichen Vorteile einer – eingriffsintensiveren – LRIC-Preisobergrenze gegenüber einer KeL-Preisobergrenze bestehen sollten.

### **3.6.5.1.3.1.2.2 Wettbewerbsverhalten der anderen Mobilfunknetzbetreiber**

Darüber hinaus ist auch die Frage zu verneinen, ob eine LRIC-Preisobergrenze besser als eine KeL-Preisobergrenze geeignet wäre, günstigere und möglichst an die eigenen On-net-Preise angelehnte pauschaltarifizierte Off-net-Preise der anderen Mobilfunknetzbetreiber zu induzieren.

In diesem Fall ist zum einen daran zu erinnern, dass derzeit bereits nicht klar ist, welche Rolle On-net/Off-net-Tarifdifferenzierungen im deutschen Markt noch spielen,

vgl. Ziffer 3.6.5.1.1.2.

Zum anderen lässt sich nicht nachweisen, dass es im Fall einer LRIC-Preisobergrenze auf Seiten der kleineren Netzbetreiber wirklich zu signifikanten Senkungen der Off-net-Tarife kommen würde. Zwar bestehen durchaus asymmetrische Verkehrsströme zwischen D-Netzbetreibern und E-Netzbetreibern, die sich ungefähr in einem Verhältnis von 2:1 zu Lasten der E-Netzbetreiber bewegen. Die relativen Auszahlungslasten der E-Netzbetreiber würden sich deshalb im Falle einer LRIC-Regulierung auch zunächst einmal verringern. Dem gegenüberzustellen sind allerdings Belastungen der E-Netzbetreiber, welche ebenfalls mit einer LRIC-Regulierung verbunden sein dürften. Denn aufgrund ihrer gegenüber den D-Netzbetreibern geringeren Skalenvorteile könnten sie bei einer LRIC-Preisobergrenze gezwungen sein, ihre anderen Dienste – einschließlich der Originierungsdienste – signifikant höher zu bepreisen, um ihre Gesamtkosten zu decken. Genau bestimmen lassen sich die Auswirkungen allerdings nicht. Denn diese Auswirkungen hängen insbesondere ab vom künftigen Anteil des Terminierungsverkehrs am Gesamtverkehr und der Höhe der Kostenunterdeckung, die eine LRIC-Preisobergrenze verursachen würde. Soweit etwa allen Netzbetreibern in gleichem relativen Umfang durch eine LRIC-Preisobergrenze Deckungsbeitragsdefizite entstehen sollten, dürften alle über die gleichen Möglichkeiten verfügen, das entstehende Delta durch Umlage auf andere Entgelte zu kompensieren. Am Ende kann jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit belegt werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze zu verringerten Off-net-Entgelten insbesondere der kleineren Netzbetreiber führen würde.

Insgesamt kann nicht dargelegt werden, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze wäre, günstigere und möglichst an die eigenen On-net-Preise angelehnte pauschaltarifizierte Off-net-Preise der anderen Mobilfunknetzbetreiber zu induzieren.

### **3.6.5.1.3.1.3 Ergebnis**

Eine symmetrische KeL-Preisobergrenze erfüllt das Regulierungsziel eines chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs besser als die Missbrauchsgrenze. Eine weitere Senkung des Preisniveaus auf eine LRIC-Preisobergrenze ist dagegen mit Blick auf das Wettbewerbsziel nicht angezeigt. Für letzteres spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Verfolgung einer KeL-Preisobergrenze nach Auffassung der Beschlusskammer geringeren Prozessrisiken ausgesetzt sein dürfte als diejenige einer (eingriffsintensiveren) LRIC-Preisobergrenze. Soweit also eine KeL-Preisobergrenze angestrebt wird, dürfte dies das Wettbewerbsgeschehen von der Rechts- und Planungsunsicherheit entlasten, welche ansonsten mit dem gerichtlichen Vorgehen der Mobilfunknetzbetreiber gegen eine LRIC-Preisobergrenze verbunden wäre.

### **3.6.5.1.3.2 Wahrung von Nutzer- und Verbraucherinteressen**

Des Weiteren ist eine LRIC-Preisobergrenze nicht besser geeignet als eine KeL-Preisobergrenze, die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu wahren. Letzteres gilt sowohl hinsichtlich der Preishöhen und Preisstrukturen als auch hinsichtlich der Mengeneffekte. Über alle Nutzer und Verbraucher betrachtet, dürften sich die jeweiligen Auswirkungen einer KeL- und einer LRIC-Preisobergrenze vielmehr die Waage halten.

Ins Verhältnis gesetzt zu einer KeL-Regulierung, wären Mobilfunkendkunden von einer LRIC-Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte voraussichtlich insgesamt nachteilig betroffen. Denn die Deckungslücke, welche mit dem Entfall der an sich von den Festnetzbetreibern zu erbringenden Deckungsbeiträge zur KeL/LRIC-Differenz einhergehen würde, dürfte sich letztendlich nur über Mehrbelastungen der eigenen Mobilfunkendkunden schließen lassen. Inwieweit dabei Kunden kleiner Mobilfunknetzbetreiber gegenüber denjenigen großer Netzbetreiber weniger belastet würden, lässt sich – wie unter Ziffer 3.6.5.1.3.1.2.2.2 gezeigt – nicht hinreichend sicher prognostizieren. Da letztendlich jeder Netzbetreiber seine eigene Strategie zur Deckung der aus dem Terminierungsgeschäft resultierenden Fehlbeträge entwickeln würde, lässt sich ebenfalls nicht vorhersagen, welche Bereiche – Geschäftskunden, Prepaid-Privatkunden, Postpaid-Privatkunden, Wenignutzer usw. – in welchem Umfang belastet würden,

vgl. in diesem Zusammenhang Kommission, Stellungnahme C(2012) 9219 im Fall DK/2012/1385 vom 03.12.2012, S. 4, wonach sich bislang bei Kommission, GEREK und nationalen Regulierungsbehörden kein einheitliches Verständnis entwickelt habe, welche regulierten oder unregulierten Produktpreise mit den verbleibenden Terminierungskosten beaufschlagt werden sollten.

Insgesamt vorteilhafter als eine KeL-Preisobergrenze dürfte eine LRIC-Preisobergrenze für Festnetzendkunden sein. Zwar wäre nicht unbedingt damit zu rechnen, dass sich die geringeren Terminierungsentgelte in Form gesenkter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelte wiederfinden ließen. Aufgrund des im Festnetzendkundenbereich herrschenden Wettbewerbs dürfte es aber zumindest zu weiteren allgemeinen oder im Einzelfall gewährten Preisnachlässen für das Paket aus Festnetzanschluss mit Doppel-Flat für Festnetz- und Internetverbindungen kommen.

Keine verlässlichen Prognosen lassen sich mit Blick auf die Entwicklung von Preisstrukturen und Mengeneffekten treffen. Insbesondere lässt sich nicht nachweisen, dass gerade eine LRIC-Regulierung Unterschiede zu den Ergebnissen einer KeL-Regulierung erzeugen würde. Im Mobilfunkbereich sind bereits zum jetzigen Zeitpunkt On-net-/Off-net-Differenzierungen nur noch begrenzt zu beobachten. Dem Endkunden werden vielfach schon derzeit All-net-Tarife – auch in pauschalierter Form – angeboten. Im Festnetzbereich dürfte das Auftauchen pauschalierter Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelte ebenfalls nicht gerade von der Einführung einer LRIC-Regulierung abhängen. Entweder wird auch eine KeL-Regulierung mit den voraussichtlich absolut gesenkten Entgelten derartige Tarife hervorrufen, oder es wird bei der Weitergabe in Form günstigerer Paketpreise bei gleichzeitig hohen Festnetz→Mobilfunk-Verbindungsentgelten bleiben.

Betrachtet über alle Nutzer und Verbraucher, lässt sich nicht belegen, dass eine LRIC-Preisobergrenze besser geeignet wäre als eine KeL-Preisobergrenze, die Interessen der Nutzer und Verbraucher zu wahren.

### **3.6.5.1.3.3 Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes**

Eine LRIC-Preisobergrenze wäre ferner nicht besser als eine KeL-Obergrenze zur Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes in der Europäischen Union im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG geeignet. Denn eine solche Preisobergrenze wäre eben nicht in der Lage, die in Art. 8 Rahmen-RL verankerten unionsweiten Regulierungsziele, insbesondere diejenigen der Wettbewerbsförderung und des Verbraucherschutzes, besser als eine KeL-Regulierung zu erfüllen. In diesem Sinne stimmt im Übrigen die vorliegende Abweichung von der Terminierungsempfehlung mit den Vorgaben des Art. 19 Rahmen-RL überein.

### **3.6.5.1.3.4 Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen**

Wie bereits unter Ziffer 3.6.5.1.1.4 dargelegt, ist das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen, vorliegend nicht von unmittelbarer Bedeutung. Eine KeL-Preisobergrenze ist allerdings aufgrund ihrer mittelbaren Wirkungen besser als die Miss-

brauchsschwelle geeignet, den Ausbau von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen zu beschleunigen, indem nämlich die nachfragenden Netzbetreiber keine Entgelte für ineffiziente Leistungsbereitstellungen bezahlen müssen und dadurch Mittel sparen, die dann für eigene effiziente Investitionen beispielsweise in feste oder mobile Hochleistungsnetze zur Verfügung stehen könnten. Eine bessere Eignung einer LRIC-Preisobergrenze gegenüber einer KeL-Preisobergrenze zur Erreichung des Beschleunigungsziels lässt sich dagegen nicht nachweisen. Denn eine Absenkung der anzustrebenden Preisobergrenze auf LRIC-Niveau würde in Summe zu einer Belastung des Mobilfunksektors und zu einer Entlastung des Festnetzsektors führen. Dass dieser Umstand – wiederum in Summe – zu einer Beschleunigung des Ausbaus von hochleistungsfähigen Telekommunikationsnetzen im Mobilfunk- und Festnetzsektor führen würde, kann allerdings nicht belegt werden.

#### **3.6.5.1.4 Ergebnis**

Eine Untersuchung der Regulierungsziele nach § 2 TKG hat erbracht, dass die Terminierungsentgelte nicht nur die allgemeinen Missbrauchsgrenzen, sondern darüber hinaus auch eine grundsätzlich symmetrische KeL-Obergrenze einhalten sollen. Eine weitere Verschärfung der Preisobergrenze nach den in Nr. 6 i.V.m. Nr. 2 Terminierungsempfehlung vorgesehenen Grundsätzen ist dagegen nicht besser i.S.v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG als die KeL-Regulierung geeignet, um die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

#### **3.6.5.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Kontrolle von Terminierungsentgelten im tenorierten Umfang entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte die grundsätzlich symmetrisch auszugestaltenden Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht überschreiten. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht sichergestellt.

##### **3.6.5.2.1 Eignung**

Die Auferlegung der tenorierten Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG i.V.m. der Terminierungsempfehlung ist geeignet, die genannten Zwecke zu erreichen. Da nicht mehrere Dienstentgelte zur Genehmigung anstehen, die in einem Korb zur Price-Cap-Genehmigung im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG zusammengefasst werden könnten, kommt allein eine einzeldienstbasierte Genehmigung im Sinne von § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG i.V.m. § 35 Abs. 3 TKG in Betracht. Modifiziert um die Symmetrieanforderungen nach Nr. 1 S. 2 i.V.m. Nr. 9f. Terminierungsempfehlung, werden im Rahmen einer solchen Genehmigungspflicht sowohl etwaige Verstöße gegen die Missbrauchsvorschrift des § 28 TKG als auch drohende Überschreitungen der KeL wirksam abgestellt.

##### **3.6.5.2.2 Erforderlichkeit**

Die Genehmigungspflicht gemäß den §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 35 Abs. 3 TKG i.V.m. der Terminierungsempfehlung ist auch erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der Entgeltgenehmigungspflicht treten könnte.

Namentlich weniger wirksam als die Entgeltgenehmigungspflicht wäre die Auferlegung einer Missbrauchskontrolle nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG. Zwar wäre eine solche Missbrauchskontrolle in der Lage, die Einhaltung der aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Grenzen für Preismaßnahmen – selbst vor Inkrafttreten neuer Tarife – sicherzustellen. Sie reichte aber aufgrund ihres jedenfalls im vorliegenden Kontext milderen Prüfungsmaßstabes nicht aus, um Überschreitungen der KeL zu begegnen.

Derartige Überschreitungen wären im Falle einer Prüfung der Zugangsentgelte am bloßen Missbrauchsmaßstab jedoch zu erwarten. Dies folgt aus den allgemeinen Anreizen, die die von fehlenden Ausweich- und Einwirkungsmöglichkeiten der Nachfrager gekennzeichneten Marktstrukturen für die Betroffene mit sich bringen. Nachfrager können sich gegen KeL-überschreitende Preise nicht aus eigener Kraft wehren. Es entspräche daher allgemeiner Theorie und Praxis, wenn die Preise zur Gewinnmaximierung über das genannte Niveau gehoben würden,

vgl. zur Preissetzung im (natürlichen) Monopol Wied-Nebbeling, Grundlagen der Mikroökonomik, 2. Aufl. 2001, S. 214ff., insbes. S. 235f.; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl. 2003, S. 236ff.; Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl. 2005, S. 194ff.; Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 6.

Vorliegend ist kein belastbarer Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Betroffene ihr Preissetzungsverhalten gleichwohl zukünftig so handhaben würde, dass sie die Kosten der effizienten Leistungserbringung aus eigenem Entschluss und ohne entsprechende Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur einhalten würde. Gegen ein solches Verhalten sprechen u.a. die Erfahrungen der Beschlusskammer aus den vergangenen Regulierungsverfahren.

Die nachfolgende Tabelle fasst die Antrags- und Genehmigungswerte der seit 2006 von der Betroffenen initiierten Entgeltregulierungsverfahren zusammen:

| Entgelte ab | Antragswert<br>ct/min | Ende Antrags-<br>zeitraum | Genehmigungs-<br>wert ct/min | Genehmigungs-<br>ende |
|-------------|-----------------------|---------------------------|------------------------------|-----------------------|
| 30.08.2006  | 11,00                 | nicht spezifiziert        | 9,78                         | 22.11.2006            |
| 23.11.2006  |                       |                           | 8,78                         | 30.11.2007            |
| 01.12.2007  | 9,58                  | bis 31.03.2008            | 7,92                         | 31.03.2009            |
|             | 8,97                  | nicht spezifiziert        |                              |                       |
| 01.04.2009  | 8,23                  | nicht spezifiziert        | 6,59                         | 30.11.2010            |
| 01.12.2010  | 6,68                  | bis 30.11.2011            | 3,36                         | 30.11.2012            |
|             | 6,17                  | bis 30.11.2012            |                              |                       |
|             | 5,85                  | bis 30.11.2013            |                              |                       |

Es zeigt sich mithin eine bemerkenswerte Differenz zwischen dem, was die Betroffene als angemessene Preise ansieht, und den tatsächlich anhand des KeL-Maßstabes genehmigungsfähigen Preisen.

Der Missbrauchsmaßstab ist damit nicht ausreichend zur Sicherstellung von KeL-Entgelten. Kann der Gefahr von die KeL überschreitenden Entgelten für die auferlegten Zugangsverpflichtungen schon nicht nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 TKG begegnet werden, so würde selbiges erst recht nicht bei der Auferlegung von Verpflichtungen nach § 30 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG oder gar bei einem vollständigen Absehen von Entgeltkontrollverpflichtungen gelingen.

Die Entgeltgenehmigungspflicht stellt sich damit als zur Zweckerreichung erforderliche Maßnahme dar.

### 3.6.5.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter zu entdecken, die in der Abwägung eine solche Regulierung unzulässig erscheinen ließen.

In diesem Zusammenhang ist zwar durchaus zuzugestehen, dass nicht jedwede vorhersehbare Überschreitung der KeL-Obergrenze die Genehmigungspflichtigkeit von Entgelten auslösen kann. Eine auf eine KeL-Obergrenze zielende Entgeltregulierung stellt einen massiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar. Ein derartiger Eingriff darf deshalb nur vorgenommen werden, wenn es sich im Lichte der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 und 3 TKG nicht um einen Bagatellfall handelt.

Ob ein solcher Bagatellfall vorliegt, ist anhand des betroffenen absoluten Entgeltvolumens, der marktstrukturellen Bedeutung des Preises und der möglich erscheinenden Spanne zwischen den bei alleiniger Missbrauchs- und bei zusätzlicher KeL-Regulierung geltenden Preisen zu beurteilen. Je niedriger das Entgeltvolumen, die Bedeutung des Preises für die Entwicklung dieses und anderer Märkte sowie das Änderungspotenzial einer KeL-Regulierung sind, desto geringer sind die zu erwartenden positiven Auswirkungen einer KeL-Regulierung und desto eher können in Abwägung mit der Eingriffstiefe einer solchen Regulierung gewisse künftige Überschreitungen der KeL hingenommen werden. Sollte nach dieser Maßgabe eine KeL-Regulierung unverhältnismäßig sein, müsste notgedrungen auf ein schwächeres Kontrollregime zurückgegriffen werden.

Im vorliegenden Fall handelt es sich indes um einen Markt, auf dem allein im Jahre 2011 mehrere Milliarden Terminierungsminuten erbracht worden sind. Preisänderungen im Zehntel-Cent-Bereich würden sich zu einem hohen einstelligen €-Millionenbetrag aufsummieren. Der Preis stellt sich außerdem als ein entscheidender Aktionsparameter dar. Die Toleranzgrenze für „unwesentliche“ Überschreitungen der Kosten der effizienten Leistungserbringung, die als Bagatellfall noch keine KeL-Regulierung rechtfertigen würden, ist vor diesem Hintergrund sehr niedrig anzusetzen. Der Beschlusskammer ist nicht ersichtlich, dass eine derart definierte Toleranzgrenze im vorliegenden Fall bei einer bloßen Missbrauchsaufsicht noch eingehalten werden würde.

#### **3.6.5.2.4 Ergebnis**

Die tenorierte KeL-Regulierung der Terminierungsentgelte gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG und der Terminierungsempfehlung ist insgesamt geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, um die dargestellten Zwecke zu erreichen.

#### **3.6.5.3 Kalkulationsbasis**

Über die vorhergehenden Ausführungen hinaus ist festzuhalten, dass auch das vorliegend verfügte Vorgehen nach Nr. 2 Halbs. 1 der Terminierungsempfehlung angemessen ist. In der genannten Nummer wird empfohlen, bei der Bewertung der effizienten Kosten die laufenden Kosten zugrunde zu legen. Tatsächlich ist die Kalkulation der Investitionswerte auf Basis laufender Kosten, d.h. auf Basis von Tagesneuwerten, in der Abwägung anderen denkbaren Kalkulationsweisen vorzuziehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts obliegt es der Bundesnetzagentur, im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums die angemessene Vorgehensweise bei der Kalkulation der Investitionswerte zu bestimmen,

BVerwG, Urteil 6 C 11.10 vom 23.11.2011, Rz. 22.

Die maßgeblichen Investitionskosten können zum einen – in historischer Betrachtungsweise – aufwandsbezogen anhand von Restbuchwerten, d.h. anhand der Anschaffungs- und Herstellungskosten abzüglich bereits erfolgter und während des Genehmigungszeitraums noch erfolgter Abschreibungen bestimmt werden. Sie können zum anderen aber auch – in vorausschauender Betrachtungsweise – anhand von Tagesneuwerten, also der derzeit aktuellen Wiederbeschaffungskosten (auch: „Bruttowiederbeschaffungskosten“), kalkuliert werden. Neben diesen beiden die Diskussion bestimmenden Herangehensweisen finden sich schließlich zwei Spielarten einer vermittelnden Auffassung, die unter dem Stichwort „Nettowiederbeschaffungskosten“ bis zum Ablauf der regulären Nutzungsdauer Tagesneuwerte und danach Restbuchwer-

te ansetzt oder aber bei der Investitionskostenermittlung nur den jeweiligen Gebrauchtwert zugrunde legen will,

vgl. die Nachweise in Beschluss BK 3c-11/003 vom 17.06.2011, S. 32.

Bei der Abwägung, welche Methode oder auch Methodenmischung die zutreffende ist, sind sowohl das Anbieterinteresse als auch die in § 2 TKG genannten Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze in den Blick zu nehmen,

vgl. dazu auch EuGH, Urteil C-55/06 vom 24.04.2008, Rz. 103 und 108.

### 3.6.5.3.1 Anbieterinteresse

Die Betroffene als Zugangsverpflichtete und Eigentümerin des Zugangsobjekts hat ein berechtigtes Interesse, ihre Kosten zu decken und zugleich einen angemessenen Gewinn zu erzielen. In diesem Interesse kommt zum Ausdruck, dass die Betroffene – wie jedes Unternehmen – neben den Zielen von Liquidität und Unabhängigkeit namentlich auch die Ziele des Unternehmenserhalts und der Rentabilität verfolgt,

vgl. zu diesen vier Grundzielen Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 13. Aufl. 2004, S. 9 ff. (der Unternehmenserhalt wird dort als „Sicherheit“ bezeichnet, als potenziell fünftes Grundziel wird der Shareholder-Value genannt).

Das Ziel des Unternehmenserhalts lässt sich in zwei komplementäre Unterziele aufspalten. Das Unternehmen muss nämlich bestrebt sein, einerseits das investierte Kapital und andererseits die eigene Produktionsfähigkeit zumindest zu erhalten. In der betriebswirtschaftlichen Literatur werden diese Unterziele noch weiter differenziert danach, ob eine nominale oder reale Kapitalerhaltung und eine reproduktive oder qualifizierte Substanzerhaltung angestrebt werden sollte,

vgl. nur Wöhe/Döring, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 22. Auflage 2005, S. 1072 ff.

Unter dem Gesichtspunkt der Kapital- und Substanzerhaltung muss die Kostenrechnung dafür Sorge tragen, dass nach Ablauf der (ökonomischen) Nutzungszeit ausreichende finanzielle Mittel für die Ersatzbeschaffung der Anlage zur Verfügung stehen.

Hierfür eignen sich – bei steigenden Preisen – kalkulatorische Abschreibungen auf Basis des Tagesneuwerts. Die Abschreibungsbeträge ändern sich damit im Gleichklang mit den anlage-spezifischen Preisänderungen. Zwar ergibt die Summe der Abschreibungen nicht den Wiederbeschaffungswert für eine Anlage gleicher bzw. moderner Güte. Die Deckungslücke kann aber dadurch geschlossen werden, dass – soweit keine Reinvestitionen während der Nutzungsdauer vorgenommen werden – die Abschreibungsbeträge verzinslich angelegt werden, so dass sie nach Ende der Nutzungsdauer zur Verfügung stehen. Ein berechtigtes Anbieterinteresse, auch nach vollständigem Verzehr der Werte und Umwandlung derselben in Kapitalvermögen (return of capital) weiterhin Abschreibungen auf Basis des Tagesneuwerts vornehmen zu können, besteht nach diesem Ansatz grundsätzlich nicht,

vgl. auch für das (nordrhein-westfälische) Kommunalabgabenrecht OVG NRW, Urteil 9 A 1248/92 vom 05.08.1994, Rz. 45 und 61 (juris), bestätigt u.a. mit Urteilen 9 A 3120/03 vom 13.04.2005, Rz. 32 (juris), und 9 A 372/06 vom 01.06.2007, Rz. 52 ff. (juris); aus der Kommentarliteratur ähnlich Busse von Colbe, a.a.O., Vor § 27 Rz. 50.

Bei sinkenden Preisen sollten die kalkulatorischen Abschreibungen dagegen aus Anbietersicht auf Basis historischer Kosten erfolgen. Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass nicht nur die Substanz, sondern auch das ursprünglich investierte Kapital erhalten bliebe.

Damit allerdings die Betroffene im Falle bereits vollständig abgeschriebener Infrastrukturelemente trotz möglicherweise mangelhafter Vorsorge gleichwohl in der Lage bleibt, während der Laufzeit der Genehmigung diese Infrastrukturelemente zu unterhalten und zu verbessern, sind die Abschreibungen, die aufgrund der in diesem Zeitraum getätigten Investitionen entstehen werden, auf jeden Fall (auf Tagesneuwertbasis) in die Berechnung einzustellen,

vgl. EuGH, Urteil C-55/06 vom 24.04.2008, Rz. 107, dort jedoch wohl unter der Annahme, dass die Abschreibungen auch während der Nutzungszeit nach Buchwerten ermittelt werden.

Mit Blick auf das Ziel der Rentabilität wird dem Anbieterinteresse dagegen dadurch Rechnung getragen, dass bei der Ermittlung der an die Kapitalgeber zu leistenden Zinszahlungen der Restbuchwert des Investitionsobjekts zugrunde gelegt wird. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Kapitalgeber Zinsen auf „ihr“ investiertes Kapital erhalten, soweit es eben noch nicht abgeschrieben ist (return on capital). Zu Zwecken der Zinsberechnung sollte der Investitionswert deshalb aus Anbietersicht zumindest den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Investitionsobjekts abzüglich zwischenzeitlich erfolgter und erfolgnder Abschreibungen entsprechen,

vgl. hierzu OVG NRW, Urteil 9 A 1248/92 vom 05.08.1994, Rz. 65 ff. (juris).

Ein Vorgehen nach den oben herausgearbeiteten Grundsätzen würde das Interesse der Betroffenen, für das Angebot ihrer Terminierungsleistungen kostendeckende Entgelte mitsamt einer angemessenen Verzinsung erzielen zu können, jedenfalls hinsichtlich des zugrunde gelegten Investitionswerts befriedigen.

### **3.6.5.3.2 Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs, Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und Gewährleistung unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation**

Ein weiteres Ziel der Regulierung ist es, chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte der Telekommunikation, auch in der Fläche, zu fördern und einen unverzerrten und unbeschränkten Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu gewährleisten, § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 3 TKG.

Im Fall der Terminierungsleistungen kann die Regulierung die Wirkungen des Angebotsmonopols ausgleichen, das Monopol als solches aber nicht beseitigen. Deshalb erscheint es umso wichtiger, jedenfalls keine regulatorisch bedingten Verzerrungen im – notgedrungen emulierten – Wettbewerbsgefüge zwischen den Terminierungsleistungen herbeizuführen. Letzteres setzt indes voraus, dass die Investitionswerte der Terminierungsleistung nicht auf der Basis von Restbuchwerten oder Gebrauchtwerten, sondern auf derjenigen von Tagesneuwerten ermittelt werden. Nur auf diese Weise ist es möglich, die ermittelten Preise weitgehend unabhängig von betreiberindividuellen Besonderheiten wie etwa der Frage, ob Sonderabschreibungen auf die geleisteten UMTS-Frequenzgebühren aus dem Jahr 2000 vorgenommen worden sind und sich deshalb die Restbuchwerte entsprechend verringert haben, zu bestimmen. Zudem erlaubt es gerade eine Kalkulation anhand von Bruttowiederbeschaffungswerten, die Anforderungen, die an einen effizienten originären Mobilfunknetzbetreiber zu stellen sind, durch entsprechende mengen- und wertmäßige Festlegungen etwa hinsichtlich der Netzausstattung des Referenznetzbetreibers zu berücksichtigen. Das Ziel emulierter Wettbewerbsergebnisse wird derart am Ehesten erreicht.

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam zu machen, dass auch die GSM-Netze dem Wiederbeschaffungsansatz unterliegen. Es finden sich derart viele ausschließlich GSM-fähige Endgeräte (insbesondere für Maschine→Maschine-Verbindungen) im Gebrauch, dass etwa bei Ausfall einer GSM-Antenne zumindest eine GSM-fähige Multifunktionsantenne wiederbeschafft werden würde.

### **3.6.5.3.3 Nutzerinteresse**

Die Interessen der Nutzer und Verbraucher werden gewahrt, wenn sie eine Auswahl zwischen verschiedenen Diensten und Anbietern zu günstigen Preisen haben,

vgl. Schuster, in: Beckscher Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 2 Rz. 5; ähnlich Säcker, in: ders., Berliner Kommentar zum TKG, 3. Aufl. 2009, § 2 Rz. 2.

Diese Auswahl wiederum wird sichergestellt durch einen chancengleichen Wettbewerb insbesondere auf dem oder den Endkundenmärkten für Verbindungsleistungen zu Mobilfunkan-

schließen und durch die Vornahme effizienter Infrastrukturinvestitionen und Innovationen durch die Betroffene und deren Wettbewerber andererseits. Entgelte, die u. a. die Zinsen und Abschreibungen auf einen unter Wettbewerbs- und Infrastrukturgesichtspunkten ermittelten Investitionswert honorieren, entsprechen dem Nutzerinteresse. Ein hierüber hinausgehender Gehalt des in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 TKG niedergelegten Regulierungsziels ist dagegen, soweit es die spezifische Frage nach der Bemessung des Investitionswertes anbelangt, nicht zu entdecken.

#### **3.6.5.3.4 Binnenmarktziel**

Eine Kalkulation der Investitionswerte auf Basis von Tagesneuwerten entspricht insbesondere dem Wettbewerbsziel nach Art. 8 Rahmen-RL und fördert damit die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG stärker als ein Vorgehen nach anderen Kalkulationsmethoden.

#### **3.6.5.3.5 Hochleistungsnetze**

Jedenfalls in seinen unmittelbaren Auswirkungen neutral zur vorliegenden Fragestellung verhält sich das in § 2 Abs. 2 Nr. 5 TKG enthaltene Regulierungsziel, den Ausbau von hochleistungsfähigen öffentlichen Telekommunikationsnetzen der nächsten Generation zu beschleunigen. Für die Erbringung der verfahrensgegenständlichen Sprachterminierung sind derartige Netze nicht erforderlich; Hochleistungsnetze werden vielmehr zur effizienten Übertragung von Datendiensten benötigt.

#### **3.6.5.3.6 Abwägung**

In der Abwägung setzen sich das Interesse an der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung der Binnenmarktentwicklung gegen das Interesse der Betroffenen durch, zumindest der Bewertung der Frequenzen die Restbuchwerte zugrunde zu legen. Letztlich würden mit einer historischen Bewertung die Ergebnisse risikobehafteter Unternehmensentscheidungen per Regulierung von den Gesellschaftern der Betroffenen auf die Nachfrager abgewälzt werden. Eine derartige Abwälzung wäre im wettbewerblichen Umfeld nicht möglich. Im Wettbewerb, der vorliegend so weit wie möglich emuliert werden soll, muss eine Preiskalkulation vielmehr Rücksicht auf die Preissetzungen effizienter Wettbewerber nehmen. Dementsprechend sind vorliegend die Tagesneuwerte im Sinne der Bruttowiederbeschaffungskosten bei der Ermittlung der Investitionswerte heranzuziehen.

#### **3.6.5.4 Methode der Kostenermittlung**

Im Rahmen der nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG getroffenen Entscheidung, Wettbewerbsergebnisse mit grundsätzlich symmetrischen Entgelten zu emulieren, ist gemäß Nr. 2 Halbs. 2 Terminierungsempfehlung eine Entgeltermittlung anhand eines analytischen Kostenmodells anderen Vorgehensweisen, namentlich der nach § 31 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 TKG vorrangig vorgesehenen Entgeltermittlung anhand von Kostenunterlagen, vorzuziehen.

Die Norm des § 35 Abs. 1 TKG ist deshalb nach der hier verfügbaren Vorgehensweise so zu lesen, dass die der Bundesnetzagentur vorliegenden Kosteninformationen einerseits und die Anstellung einer von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängigen Kostenrechnung und die Heranziehung von Kostenmodellen hierfür andererseits in der Hierarchie der Ermittlungsmethoden „die Plätze tauschen“.

Zu Recht hat die Kommission festgehalten, dass Bottom-Up-Modelle als Ausgangspunkt Nachfragedaten verwenden. Sie bestimmen anhand ökonomischer, technischer und kostenrechnerischer Grundsätze effiziente Netze, die in der Lage sind, die ermittelte Nachfrage zu befriedigen. Bottom-Up-Modelle gewähren eine größere Flexibilität bei der Berücksichtigung von Effizienzüberlegungen und vermindern die Abhängigkeit vom regulierten Unternehmen hinsichtlich benö-

tigter Daten. Mit einem Bottom-Up-Modell wird insofern das Netz eines effizienten Betreibers modelliert, als darin die von der Nachfrage her notwendige und nicht die historisch entstandene Ausstattung berücksichtigt wird,

Kommission, Explanatory Note accompanying the Commission Recommendation, SEC(2009)600, S. 13.

Zwar ist es grundsätzlich auch möglich, symmetrische Entgelte auf Grundlage von Kostenunterlagen zu ermitteln, wenn denn diese Kostenunterlagen – beispielsweise aufgrund eines von der Bundesnetzagentur allen Mobilfunknetzbetreibern vorgegebenen Top-Down-Kalkulationsmodells – einheitlich aufbereitet sind,

vgl. Beschluss BK 3a-10/029 vom 30.04.2010, S. 14.

Allerdings haben derartige Top-Down-Modelle die Schwäche, dass sich aus dem vorhandenen Bestand verschiedener Netze, die infolge differierender Geschäftsmodelle und Frequenzausstattungen auch verschieden weit und aufwändig ausgebaut sind, nur unter Zugrundelegung verschiedener Annahmen und Gewichtungen ein einheitliches effizientes Netz ableiten lässt. Diese Schwäche ist zwar hinnehmbar, wenn – etwa aus Rücksicht auf rechtliche Unsicherheiten und die entstehenden Kosten – von der Erstellung eines Bottom-Up-Modells abgesehen werden musste,

vgl. dazu Beschluss BK 3a-07/025 vom 30.11.2007, S. 21.

Sofern aber – wie hier – ohnehin ein Bottom-Up-Modell beauftragt worden ist, sollte ein solches einem Top-Down-Modell vorgezogen werden. Denn aufgrund seiner Nachfrageorientierung ermöglicht ein Bottom-Up-Modell die nicht nur abgeleitete, sondern originäre Bestimmung eines Referenz-Netzbetreibers. Der Referenz-Netzbetreiber bleibt gleichwohl den tatsächlichen Gegebenheiten verhaftet. Seine Spezifikationen werden nämlich anhand der tatsächlich vorhandenen Netze validiert und kalibriert.

Die Kostenermittlung anhand eines Bottom-Up-Modells ist zudem einer Ermittlung mittels einer Vergleichsmarktbetrachtung vorzuziehen. Denn die einem deutschen Referenz-Netzbetreiber eigenen Spezifikationen und daraus folgenden Kosten- und Entgeltwerte werden in einem Bottom-Up-Modell nachvollzogen. Eine Vergleichsmarktbetrachtung kann dagegen die Entgeltwerte nur über den Vergleich mit dritten Netzbetreibern approximieren. Die mit einer Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Werte sind deshalb grundsätzlich ungenauer als diejenigen, die mit einem Bottom-Up-Modell errechnet werden.

Die Entscheidung für die vorrangige Nutzung eines analytischen Kostenmodells hat im Übrigen Auswirkungen auf den Umfang der Unterlagen, welche zur Prüfung des Antrags erforderlich und deshalb von der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 3 und § 34 Abs. 1 TKG zusammen mit dem Entgeltgenehmigungsantrag vorzulegen sind. Zu diesen Unterlagen zählen im vorliegenden Fall – weil aufgrund der vorrangigen Kostenermittlung anhand eines Kostenmodells grundsätzlich nicht erforderlich – nicht die in § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 3 TKG genannten Kostennachweise und sonstigen Angaben. Um ihr gleichwohl die Begründung des Antrags zu ermöglichen, hat die Beschlusskammer der Betroffenen rechtzeitig vor dem für den 07.09.2012 angekündigten Antragseingang eine vorkonfigurierte Fassung des Kostenmodells in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

Des Weiteren stellt die Beschlusskammer klar, dass die in § 31 Abs. 2 S. 2 TKG enthaltene Verweisung auf § 32 Abs. 2 TKG entsprechend insofern folgenlos bleibt, als asymmetrische Entgelte begehrt werden. Im vorliegenden Zusammenhang sind Abweichungen vom Symmetriegrundsatz – wie unter Ziffer 3.6.5.2.1.1 dargelegt – allein nach Nr. 9 und 10 der Terminierungsempfehlung zu beurteilen. Darüber hinausgehende Entgeltunterschiede lassen sich dagegen mit dem verfügbaren Symmetrieziel nicht in Einklang bringen,

vgl. vertiefend dazu, dass sich das vorliegend verfolgte Symmetrieziel nicht allein auf die Effizienzanforderungen, sondern auch auf die Beurteilung sachlicher Rechtfertigungsmöglichkeiten i.R.v. § 32 Abs. 2 TKG entsprechend auswirkt, die Ausführungen im Beschluss BK 3a-12/084 vom 16.11.2012.

Im Rahmen der nach § 31 Abs. 2 S. 2 TKG erfolgenden entsprechenden Anwendung von § 32 Abs. 3 TKG (Zinssatzermittlung) ist ebenfalls im Auge zu behalten, dass vorliegend grundsätzlich symmetrische Entgelte angestrebt werden. Namentlich die analoge Anwendung von § 32 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 TKG hat also darauf Rücksicht zu nehmen, dass es jeweils nicht um die Kapitalstruktur und die Marktbewertung des regulierten Unternehmens, sondern vielmehr um diejenige des Referenz-Netzbetreibers geht.

### **3.6.5.5 Homezonedienste und Anrufsammeldienste**

Im vorliegenden Zusammenhang bedarf es zum einen keiner Sonderregelungen für Homezone-Vorleistungsentgelte. Die Besonderheiten, die mit diesen Entgelten verbunden sind, lassen sich ohne weiteres im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens berücksichtigen,

vgl. zu den Einzelheiten Beschluss BK 3a-10/099 vom 24.02.2011, S. 65ff.

Soweit sich in diesem Zusammenhang die Frage eines Verstoßes gegen § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG (Dumping-Verbot) stellen sollte, sollte die Betroffene dem bei der Antragstellung durch die Beifügung kostenrechnerischer Unterlagen, wie sie auch im Verfahren BK 3a-10/099 auf Nachfrage der Beschlusskammer von ihr vorgelegt wurden, Rechnung tragen.

Zum anderen sind auch keine besonderen Vorkehrungen mit Blick auf Entgelte für Verbindungen zu sog. Anrufsammeldiensten zu treffen. Bei diesen Diensten leitet der Anbieter einen an eine Mobilfunkrufnummer gerichteten Anruf zunächst auf eine Plattform, von der aus der Anruf – je nach Wunsch des Endkunden – auf bestimmte Festnetz- und/oder Mobilfunkanschlüsse weitergeleitet wird. Soweit es sich im Falle der Betroffenen herausstellen sollte, dass sie für einen bestimmten Teil der Terminierungen aufgrund des Angebots von Anrufsammeldiensten die Luftschnittstelle nicht in Anspruch nimmt, wäre dies im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens bei der Kostenbestimmung zu berücksichtigen.

### **3.6.6 Ermessensausübung hinsichtlich eines Genehmigungsverfahrens mit zusätzlicher Preisobergrenzenkontrolle bei Koppelungs- und Kollokationsentgelten**

Die Beschlusskammer hat schließlich gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG entschieden, die Entgelte für die Koppelungs- und Kollokationsleistungen – ebenfalls – grundsätzlich weiterhin auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG zu genehmigen, allerdings verbunden mit der von der hergebrachten KeL-Bestimmung abweichenden Maßgabe, dass der Effizienzbestimmung symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen sind und die Entgeltermittlung vorrangig im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung erfolgt. Innerhalb des Genehmigungsverfahrens erfolgt auch die Missbrauchskontrolle, § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Mit dieser Entscheidung hat die Beschlusskammer ihr Ermessen wiederum entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Insbesondere eignet sich die vorgesehene Vorgehensweise besser als die in § 31 Abs. 1 TKG genannten Vorgehensweisen, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

#### **3.6.6.1 Symmetrische KeL-Preisobergrenzenkontrolle als zusätzlicher Zweck der Entgeltregulierung**

Aus einer Abwägung der verschiedenen Regulierungsziele ergibt sich, dass die Beschlusskammer im Fall der Koppelungs- und Kollokationsentgelte nicht nur gewährleisten soll, dass die von der Betroffenen vorgenommenen Preismaßnahmen den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Anforderungen entsprechen (siehe dazu Ziffer 3.6.4), sondern zusätzlich auch, dass die – symmetrischen – Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Obergrenze für diese Entgelte darstellen.

Hinsichtlich der Zweckmäßigkeit eines symmetrischen KeL-Maßstabs für Koppelungs- und Kollokationsentgelte kann zunächst auf die insoweit übertragbaren Erwägungen unter Ziffer 3.6.5.1

verwiesen werden. Im Übrigen kommt eine LRIC-Preisobergrenze vorliegend auch deshalb nicht in Betracht, weil die Koppelungs- und Kollokationsentgelte nicht von der Terminierungsempfehlung der Kommission umfasst werden. Außerdem ist es in die Entscheidung der Vorleistungsnachfrager gestellt, wie viele und welche Zusammenschaltungsorte mit welchen Redundanzen von ihnen erschlossen werden. Um Effizianzanreize zu setzen, sollten die dabei entstehenden Kosten nicht über die Verbindungsentgelte auf alle Nachfrager umgelegt werden, sondern vielmehr demjenigen vollständig in Rechnung gestellt werden, der sie verursacht.

### **3.6.6.2 Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne**

Die Auferlegung einer Entgeltkontrolle gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG, wonach die Entgelte für die Koppelungs- und Kollokationsleistungen auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden symmetrischen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und vorrangig im Wege einer Vergleichsmarktbetrachtung genehmigt werden, entspricht dem vorgestellten Zweck. Dabei werden gleichzeitig die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten. Die Auferlegung ist geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne, um zu gewährleisten, dass die Zugangsentgelte den angestrebten Kostenmaßstab nicht überschreiten. Zudem ist eine angemessene Verfahrensausgestaltung für die Missbrauchsaufsicht sichergestellt.

Die Auferlegung der dargestellten Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG ist geeignet, die angestrebten Zwecke zu erreichen. Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG erlaubt es, die im Festnetz geltenden Koppelungs- und Kollokationsentgelte auf den Mobilfunkbereich zu übertragen. Dieses Vorgehen entspricht der langjährigen Praxis der Beschlusskammer und berücksichtigt den Umstand, dass es sich bei den entsprechenden Koppelungs- und Kollokationsleistungen um miteinander vergleichbare Leistungen handelt, die auch gleich bepreist werden sollten.

Die auferlegte Genehmigungspflicht ist erforderlich zur Zweckerreichung. Es ist kein milderes, aber gleich wirksames Regime zu entdecken, welches an die Stelle der auferlegten Entgeltgenehmigung per Vergleichsmarktbetrachtung treten könnte, um die Erhebung von grundsätzlich symmetrischen KeL-Entgelten zu gewährleisten. Wegen der Einzelheiten wird auf die insoweit übertragbaren Ausführungen unter Ziffer 3.6.5.2.2 verwiesen.

Die Auferlegung der Genehmigungspflicht ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der – grundsätzlich symmetrischen – KeL-Regulierung auf andere Rechtsgüter ersichtlich, welche die Regulierung in der Abwägung unangemessen erscheinen ließen.

Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode hat im Übrigen Auswirkungen auf den Umfang der Unterlagen, welche zur Prüfung des Antrags erforderlich und deshalb von der Betroffenen gemäß § 31 Abs. 3 und § 34 Abs. 1 TKG zusammen mit dem Entgeltgenehmigungsantrag vorzulegen sind. Zu diesen Unterlagen zählen im vorliegenden Fall – weil aufgrund der Kostenermittlung vorrangig anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung nicht erforderlich – nicht die in § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 3 TKG genannten Kostennachweise und sonstigen Angaben. Anwendbar bleiben allerdings § 34 Abs. 1 Nr. 2 (Leistungsangaben) und Nr. 4 (Beantragung aufwandsbasierter Entgelte) TKG.

## **3.7 Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG**

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 TKG kann die Regulierungsbehörde den Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Zugangsleistungen zu einer getrennten Rechnungsführung verpflichten.

§ 24 TKG setzt Artikel 11 Zugangs-RL um. Der diesen Artikel erläuternde Erwägungsgrund 18 der Richtlinie nimmt wiederum Bezug auf die Empfehlung 98/322/EG vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung (Teil 2 - Getrennte Buchführung und Kostenrechnung). Demnach ist Zweck der getrennten Buchführung, eine aus den Rechnungsbüchern hergeleitete Informationsanalyse

vorzulegen, die das Ergebnis von Teilbereichen eines Geschäfts auf der Basis einer Aufgliederung von Kosten und Erlösen mit größtmöglicher Annäherung so beschreibt, als handele es sich um getrennt geführte Geschäftstätigkeiten. Die Verpflichtung zur getrennten Rechnungsführung soll somit insbesondere Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und unzulässige Quersubventionen verhindern, § 24 Abs. 1 S. 3 TKG.

Im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Ergebnis gekommen, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung zur Erreichung dieser Zielsetzung vorliegend nicht erforderlich ist und daher unverhältnismäßig wäre.

Die Entgelte, welche die Betroffene für die Zusammenschaltung einschließlich der Kollokation erheben kann, unterliegen der Genehmigungspflicht nach den §§ 30 Abs. 1 S. 1, 31 TKG. Weil Entgelte nur innerhalb der nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG vorgegebenen Höchstgrenzen genehmigungsfähig sind, ist die Gefahr einer unzulässigen Quersubventionierung, die durch eine getrennte Rechnungsführung verhindert werden sollte, ausgeschlossen,

vgl. hierzu auch VG Köln, Urteil 21 K 2317/11 vom 22.08.2012, S. 22 des amtlichen Umdrucks.

Soweit es dagegen die von der QSC AG aufgeworfene Frage einer Überprüfung interner Kalkulationsmodelle etwa beim Angebot von Bündelprodukten aus Festnetz- und Mobilfunkelementen im Geschäftskundenbereich anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass namentlich die Vorschrift des § 29 TKG der Beschlusskammer hinreichend Möglichkeiten an die Hand gibt, um die Einhaltung der Vorgaben des § 28 TKG zu kontrollieren.

Die Beschlusskammer sieht deshalb von einer Verpflichtung der Betroffenen zur getrennten Rechnungsführung ab.

#### **4. Rückwirkung**

Die vorliegende Regulierungsverfügung wirkt auf den 01.12.2012 zurück.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung können Regulierungsverpflichtungen mit Rückwirkung ergehen, sofern die Voraussetzungen für die nunmehr auferlegten Verpflichtungen schon in der Vergangenheit vorgelegen haben, die rückwirkend angeordneten Verpflichtungen für die Vergangenheit ihre Rechtsfolgen noch entfalten können und Gründe des Vertrauensschutzes nicht entgegenstehen,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 36.10 vom 14.12.2011, Rz. 13 und 42ff.

Sind diese Merkmale gegeben, ist das Regulierungsermessen der Behörde erneut eröffnet. Bei Ausübung ihres Ermessens hat diese nach der Erkenntnislage im Zeitpunkt ihrer neuen Entscheidung – denn hierauf bezogen beurteilt sich die Rechtmäßigkeit ihres Handelns – die Sachlage für den zurückliegenden Zeitraum festzustellen und zu bewerten,

BVerwG, a.a.O., Rz. 27.

Nach diesen Maßgaben ist die verfügte Rückwirkung zulässig und angemessen. Für den Zeitraum ab dem 01.12.2012 sind mit der vorläufigen Regulierungsverfügung BK 3b-12/004 vom 22.08.2012 die vorliegend tenorierten Regulierungsmaßnahmen bereits in Kraft gesetzt worden. Dass zu diesem Zeitpunkt die jeweiligen tatbestandlichen und rechtsfolge-seitigen Voraussetzungen für das Ergreifen der tenorierten Regulierungsmaßnahmen vorlagen, lässt sich der Begründung der vorläufigen Regulierungsverfügung entnehmen. Die rückwirkend angeordneten Verpflichtungen können darüber hinaus für den Zeitraum ab dem 01.12.2012 ihre Rechtsfolgen noch entfalten. So ersetzen sie die vorläufige Regulierungsverfügung und übernehmen deren Funktion, eine Rechtsgrundlage für die zwischenzeitlich stattgefundene Zugangsregulierung zu bieten. Mit Blick hierauf stehen im Übrigen dem Erlass einer rückwirkenden Regulierungsverfügung auch keine Gründe des Vertrauensschutzes entgegen.

Die Beschlusskammer hat sich für den Erlass einer rückwirkenden Regulierungsverfügung entschieden, um die Beteiligten und auch die Gerichte von dem Aufwand eines doppelten Vorgehens gegen die vorläufige Regulierungsverfügung einerseits und die vorliegende Regulierungsverfügung andererseits zu entlasten. Mit dem rückwirkenden Erlass erledigt sich die vorläufige

Regulierungsverfügung auf andere Weise i.S.v. § 43 Abs. 2 VwVfG. Rechtshilfe suchende Beteiligte können sich somit mit etwaigen Klagebegehren auf die vorliegende Regulierungsverfügung konzentrieren.

[noch auszuführen: Übereinstimmung der Sachlagen bei Erlass der vorläufigen und der endgültigen Regulierungsverfügung].

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Bonn, den

Anlage

Festlegung der Präsidentenkammer

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer