



Beschlusskammer 2

Az.: BK2d-19/026

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

w e g e n

nachträglicher Regulierung des Portierungsentgelts auf Vorleistungsebene im Mobilfunkbereich

g e g e n ü b e r

der Telekom Deutschland GmbH, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

vertreten durch die Geschäftsführung

- Betroffene -

Verfahrensbevollmächtigte: Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Mildred-Scheel-Straße 1, 53175 Bonn

Beigeladene:

Verband der Anbieter von Telekommunikations- und
Mehrwertdiensten (VATM) e.V.;
Frankenwerft 35, 50667 Köln

-Beigeladene zu 1-

Vodafone GmbH,
Ferdinand-Braun-Platz 1, 40549 Düsseldorf

-Beigeladene zu 2-

1&1 Versatel GmbH,
Wanheimer Str. 90, 40468 Düsseldorf

-Beigeladene zu 3-

1&1 Telecom GmbH,
Elgendorfer Straße 57, 56410 Montabaur

-Beigeladene zu 4-

NetCologne GmbH,
Am Coloneum 9, 50829 Köln

-Beigeladene zu 5-

Telefónica Germany GmbH & Co. OHG,
Georg-Brauchle-Ring 50, 80992 München

-Beigeladene zu 6-

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen durch

die Vorsitzende Gerlinde Schmitt-Kanthak,

den Beisitzer Wolfgang Woesler sowie

den Beisitzer Claudius Möller

unter Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung

am 06.01.2020 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das von der Betroffenen erhobene Entgelt für die Portierung einer Mobilfunkrufnummer in Höhe von **BuGG** exkl. Umsatzsteuer auf der Vorleistungsebene für die Fälle, in denen der Endkunde seinen vertraglich verbundenen Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstleistungen wechselt, den Maßstäben des § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG nicht genügt. Der Betroffenen wird untersagt, ein Entgelt in Höhe von **BuGG** exkl. Umsatzsteuer zu fordern oder zu vereinbaren. Das von der Betroffenen für die Rufnummernportierung verlangte Entgelt in Höhe von **BuGG** exkl. Umsatzsteuer wird für unwirksam erklärt.
2. Für die Portierung einer Mobilfunkrufnummer in dem unter Ziffer 1. genannten Fall wird ein Entgelt in Höhe von 3,58 Euro exkl. Umsatzsteuer angeordnet. Der Betroffenen ist freigestellt, für die Leistung auch ein niedrigeres Entgelt oder gar kein Entgelt zu vereinbaren.

I. Sachverhalt

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Bei der Betroffenen handelt es sich um eine deutschlandweit tätige Mobilfunknetzbetreiberin.

Die Betroffene hat mit zahlreichen Diensteanbietern Vereinbarungen zu der Höhe der Mobilfunkportierungsentgelte geschlossen, die von diesen an die Betroffene im Falle eines Wechsels des Endkunden mit Rufnummernmitnahme zu zahlen sind. Die jeweilige vereinbarte Entgelthöhe liegt entsprechend der Mitteilung der Betroffenen im Verfahren BK2-19/021 dabei bei **BuGG**

Die Betroffene teilte der Beschlusskammer im Verfahren BK2d-19/021 auf Nachfrage durch die Beschlusskammer mit E-Mail vom 29.08.2019 mit, dass sie die Entgeltzusammensetzung der angegebenen **BuGG**

Im gegenständlichen Verfahren wurde der Betroffenen vor Verfahrenseröffnung mit Schreiben vom 02.10.2019 die Möglichkeit gewährt, Stellung zu der beabsichtigten Verfahrenseröffnung sowie der Beziehung der Akten aus dem Verfahren BK2-19/021 zu nehmen.

Mit Schreiben vom 11.10.2019 teilte die Betroffene mit, dass sie zunächst intern klären wolle, ob das Vorleistungsentgelt auf 3,58 Euro abgesenkt freiwillig werden könne. Hierzu bat die Betroffene zunächst von der Einleitung eines Entgeltüberprüfungsverfahrens abzusehen, **BuGG**

Die Betroffene teilte am 31.10.2019 mit, dass sie ihr Entgelt nicht freiwillig absenken werde. Die Beschlusskammer hat daraufhin am 04.11.2019 ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 46 Abs. 5 S. 3 i.V.m. § 38 Abs. 2-4 TKG gegen die Betroffene eröffnet und ihr dabei erneut die Möglichkeit gewährt, hierzu Stellung zu nehmen.

Die Betroffene stellte am 05.11.2019 einen Antrag auf Akteneinsicht. Die Akteneinsicht wurde ihr am 27.11.2019 gewährt.

Am 13.11.2019 gab die Beschlusskammer im Amtsblatt Nr. 22 der Bundesnetzagentur unter Mitteilung Nr. 638 die Eröffnung des Verfahrens bekannt. Die Eröffnung des Verfahrens wurde ebenfalls auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Auf Anregung der Betroffenen und nach Zustimmung aller Beigeladener wurde auf die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung verzichtet.

Am 27.11.2019 gab die Beigeladene zu 4) eine Stellungnahme ab. Sie trug darin vor, dass sie die einmalig anzusetzenden Kosten in § 46 Abs. 5 S. 1 TKG so verstehe, dass es sich hierbei um die Grenzkosten handle. Hierzu wies sie auf ihre Ausführungen im Verfahren BK2-19/21 hin. Weiter betonte die Beigeladene zu 4), dass das Abstellen auf eine Vergleichsmarktbetrachtung ihrer Meinung nach dem EU-rechtlich vorgegebenen strengen Kostenmaßstab widersprechen würde. Bereits die prozessualen Unterschiede in den EU-Ländern würden eine Vergleichbarkeit ausschließen, ferner sei nicht gesichert, dass die verglichenen Entgelte nicht dem strengen EU-Kostenmaßstab entsprechen würden.

Die Betroffene führte mit Schreiben vom 06.12.2019 aus, dass die von der Beschlusskammer beabsichtigte Entscheidung gegen die die Vorgaben in §§ 46 Abs. 5 S. 3, 38 Abs. 2 S. 3, 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG verstoßen würde.

Nach Ansicht der Betroffenen habe die Beschlusskammer die gültigen Verfahrensbestimmungen nicht eingehalten. Dazu gehöre, dass der von einem Verwaltungsverfahren Betroffene vollständige Akteneinsicht in sämtliche Unterlagen erhalten, die zur Grundlage der behördlichen Entscheidung gemacht werden. Die der Betroffenen gewährte Akteneinsicht sei ihrer Auffassung nach nicht vollständig. So lasse sich der Verwaltungsakte nicht entnehmen, wie die Beschlusskammer die Erkenntnis gewonnen habe, dass die Entgelte aus den Ländern Frankreich, Malta, Irland und Österreich einer Überprüfung durch die jeweilige nationale Regulierungsbehörde unterzogen worden seien.

Weiter bemängelt die Betroffene, dass die Akte nicht das zweite Anschreiben an die Länder, das die Kammer zur Abfrage des Entgeltmaßstabes geschickt hatte, beinhalte, sondern nur die Antworten. Vor diesem Hintergrund rügt die Betroffene die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Betroffene ist ferner der Auffassung, dass die Beschlusskammer von einem fehlerhaften Verständnis des Gesetzesbegriffs ausgeht, wenn sie die Auffassung vertrete, dass der Maßstab des § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG den § 28 TKG ausschließe. Der Begriff der Kostenorientierung bedeute dem Wortlaut nach nichts anderes, als dass bei der Ermittlung der Kosten die tatsächlich bei dem Unternehmen entstehenden Kosten zu berücksichtigen sind. Der Begriff bedeute aber weiter, dass das betroffene Unternehmen einen angemessenen Gewinn erzielen dürfe. Nach Erwägungsgrund 40 der URL diene die Nummernübertragbarkeit der Sicherstellung von Wettbewerb. Dieser sei dadurch geprägt, dass ein Unternehmen durch seine Leistungserbringung auch einen Gewinn erzielen dürfe. Eine Effizienzkorrektur erlaube Art. 30 Abs. 2 URL nicht. Alleiniger Maßstab für die Bemessung der Endkundenentgelte sei die darin verankerte abschreckende Wirkung. Dieser Maßstab lasse eine Korrektur des auf den tatsächlichen Kosten zuzüglich eines Gewinns basierenden Vorleistungsentgelts nur dann zu, wenn ein Diensteanbieter, der das Vorleistungsentgelt entrichten muss, bei Hinzukommen seiner eigenen Kosten für den Anbieterwechsel des Endkunden kein Entgelt bilden kann, das nicht abschreckend wirkt. Die Betroffene stellt dabei auf eine Kosten-Kosten-Schere ab, die typischerweise durch den Missbrauchstatbestand nach § 28 TKG abgebildet werde.

Die Betroffene ist zudem der Ansicht, dass auf den höchsten unverzerrten Wettbewerbspreis abzustellen sei. Dieses Vorgehen sichere dabei dem Unternehmen die grundrechtlich garantierte Freiheit, seine Preise selbst bestimmen zu können, so dass diese Methode freiheitssichernde Wirkung habe.

Nach Ansicht der Betroffenen seien der Beschlusskammer zudem Fehler bei der Auswahl der in die Vergleichsmarktbetrachtung einzubeziehenden Länder unterlaufen. So entbehre die Gefahrenprognose eines kollusiven Verhaltens der Netzbetreiber jeglicher Grundlage. Auch sei die Annahme, nationale Vergleichsmärkte könnten nicht einbezogen werden, weil die dortigen Entgelte nicht regulatorisch auf Kostenbasis überprüft worden seien, kein tragfähiger Ausschlussgrund. Maßgeblich sei vielmehr, ob es sich um vergleichbare Leistungen handle und diese Märkte dem Wettbewerb geöffnet seien.

Die Betroffene teilte mit, dass sie nicht nachvollziehen könne, weshalb nur Entgelte aus solchen Ländern einbezogen werden könnten, in denen der Kostenmaßstab entsprechend Art.

30 Abs. 2 URL in nationales Recht umgesetzt worden sei. Die Beschlusskammer habe es insofern versäumt zu ermitteln, welcher Maßstab stattdessen Anwendung findet. Ebenso sei nicht nachvollziehbar, weshalb nur regulatorisch überprüfte Entgelte einbezogen werden könnten.

Weiter sei nach Auffassung der Betroffenen die Nichtanerkennung von Korrekturzuschlägen und die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags mit nur 5 % fehlerhaft. Hierzu verweist die Betroffene auf Ausführungen der Beigeladenen zu 6) vom 21.11.2019 in dem Verfahren BK2-19/027, zu dem die Betroffene beigeladen war.

Die weiteren Beigeladenen haben keine Stellungnahmen abgegeben.

Die Beschlusskammer fragte über das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) Daten zu Portierungsentgelten innerhalb und außerhalb der Europäischen Union ab. In der ersten Abfrage der Beschlusskammer über das GEREK-Netzwerk im Februar 2019 wurden u.a. auch die Portierungsentgelte im Mobilfunkbereich abgefragt, die auf Vorleistungsebene erhoben werden. Insgesamt gingen bei der Beschlusskammer 25 Antworten der Mitglieder ein.

Im Juni 2019 wurde über das GEREK-Netzwerk eine zweite Abfrage bei den Ländern veranlasst, die gegenüber der Kammer ein Vorleistungsentgelt angegeben hatten und welche sich auf den Kostenmaßstab bezog, der den Portierungsentgelten zugrunde liegt, d.h. inwiefern für die Vorleistungsentgelte die Vorgabe der Kostenorientierung und für die Endkundenentgelte die Vorgabe der abschreckenden Wirkung nach Art. 30 Abs. 2 URL gilt. Hierzu gingen bei der Beschlusskammer 11 Antworten ein. Die Ergebnisse wurden im Verfahren BK2-19/021 verwertet.

Am 13.12.2019 wurde eine schriftliche Anfrage an die nationalen Regulierungsbehörden von zwei Ländern veranlasst, die gegenüber der Kammer ein Vorleistungsentgelt angegeben hatten und welche sich auf die Durchführung eines konkreten regulatorischen Überprüfungsverfahrens zur Quantifizierung der Kostenorientiertheit der von den Unternehmen in den jeweiligen Ländern bezog. Beide Länder hatten zuvor auf kein entsprechendes Verfahren verwiesen. Mit Schreiben vom selben Tage bestätigten die zwei Regulierungsbehörden noch einmal per Mail, dass in den jeweiligen Ländern keine entsprechende regulatorische Entgeltüberprüfungsentscheidung ergangen ist.

Die Akten aus den Verfahren BK2-19/012 und BK2-19/021 wurden beigezogen und mit zur Grundlage der Entscheidung gemacht.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 27.12.2019 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 02.01.2020 mitgeteilt, dass es von einer Stellungnahme absehe.

Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Die Entscheidung beruht auf §§ 46 Abs. 5 Satz 1, 2 und 3, 38 Abs. 2-4 TKG.

1. Formelle Voraussetzungen

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus §§ 132 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 46 Abs. 5 S. 3 TKG i.V.m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 S. 1 TKG).

Den sich aus § 132 Abs. 4 TKG zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurde entsprochen. Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur wurden über die beabsichtigte Entscheidung informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Da es sich aufgrund des Verweises in § 46 Abs. 5 S. 3 TKG auf § 38 Abs. 2 bis 4 TKG um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Die Entscheidung der Beschlusskammer erging innerhalb der zweimonatigen Entscheidungsfrist des § 38 Abs. 3 TKG.

2. Materielle Voraussetzungen

Die Erhebung eines Entgelts für die Dienstleistung der Rufnummernübertragung in Höhe von **BuGG** war nach § 46 Abs. 5 S. 3 TKG i.V.m. § 38 Abs. 4 S. 1 TKG tenorgemäß zu untersagen, da die Entgelte gegen das Verbot verstoßen, dass den Diensteanbietern nur die Kosten in Rechnung gestellt werden können, die einmalig beim Wechsel entstehen. Die Entgelte werden ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der gegenständlichen Entscheidung für unwirksam erklärt. Zugleich ordnet die Bundesnetzagentur ein Entgelt in Höhe von 3,58 Euro netto an. Die angeordnete Entgelthöhe entspricht dem Ergebnis einer Betrachtung der Preise in anderen europäischen Ländern für vergleichbare Leistungen zuzüglich eines Sicherheitszuschlags in Höhe von insgesamt 10 %. Der Betroffenen ist es gestattet, ein Entgelt zu vereinbaren, das niedriger als das angeordnete Entgelt ist.

Im Einzelnen:

2.1. Verfahrenseinleitung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 S. 1 TKG

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren zur nachträglichen Entgeltkontrolle eingeleitet, weil ihr Tatsachen bekannt geworden sind, die die Annahme rechtfertigen, dass das für die Rufnummernmitnahme erhobene Entgelt in Höhe von **BuGG** über der gesetzlich zulässigen Entgelthöhe liegt.

2.2. Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung und Unwirksamkeitserklärung

Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung und Unwirksamkeitserklärung ist 46 Abs. 5 S. 1, 2 und S. 3 i.V.m. § 38 Abs. 4 S. 1 TKG.

2.2.1. Persönlicher Anwendungsbereich hinsichtlich der Betroffenen

Die Betroffene ist als Anbieterin für öffentliche Telekommunikationsdienste gemäß § 46 Abs. 4 TKG, der die entsprechende Vorgabe aus Art. 30 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie umsetzt, verpflichtet, bei einem Anbieterwechsel sicherzustellen, dass ihre Endnutzer ihnen zugewiesene Rufnummern bei einem Wechsel des Anbieters von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten beibehalten können.

Dafür ist erforderlich, dass die Plattformen der Betreiber kompatibel sind, dass die Nummer des Abonnenten von dem einen Betreiber auf den anderen übertragen wird und dass die Weiterleitung der Telefonanrufe zur übertragenen Nummer technisch ermöglicht wird,

vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 2006, Mobistar, C-438/04, Slg. 2006, I-6675, Rn. 24 zu der insoweit inhaltsgleichen Verpflichtung im Sinne der Universaldienstrichtlinie.

Nach dem 40. Erwägungsgrund der Universaldienstrichtlinie soll die Nummernübertragbarkeit Hindernisse für die freie Wahl der Verbraucher zwischen Telekommunikationsdiensteanbietern beseitigen und damit die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Telefondienste sicherstellen,

vgl. Urteil Mobistar, Rn. 25.

2.2.2. Entgelt im Sinne des § 46 Abs. 5 TKG beim Wechsel des Anbieters

Bei dem von der Betroffenen erhobenen Entgelt in Höhe von **BuGG** handelt es sich um ein Entgelt für die Rufnummernübertragung gegenüber einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten im Sinne des § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG, soweit der Endkunde des den Telefondienst anbietenden Unternehmens diesen, das bedeutet seinen Diensteanbieter wechselt. Als solches unterliegt es gemäß § 46 Abs. 5 S. 3 TKG der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG.

2.2.3. Keine Begrenzung auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Die nachträgliche Regulierung im Sinne des § 46 Abs. 5 Satz 3 i. V. m. § 38 Abs. 2 bis 4 TKG ist entgegen dem Wortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beschränkt.

Die Einschränkung auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt nur für den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 38 TKG innerhalb des Abschnitts 3 („Entgeltregulierung“), nicht jedoch auch für Bezugnahmen auf § 38 TKG durch andere Normen wie hier durch § 46 Abs. 5 TKG. Zwar ist der Wortlaut der Verweisung in § 46 Abs. 3 Satz 3 TKG insofern nicht eindeutig, als dieser nicht ausdrücklich klarstellt, ob es sich lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung handelt. Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Norm folgt jedoch zwingend, dass lediglich auf das Verfahren und die Entscheidungsmodalitäten des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG verwiesen wird, nicht jedoch auch auf dessen Tatbestandsvoraussetzungen

vgl. auch die weitergehenden Erwägungen im Beschluss des VG Köln Az. 11 L 3441/04 vom 25.02.2005, Rn. 16 ff. (juris).

2.2.4. Entgelthöhe - § 46 Abs. 5 S. 1 TKG als spezieller Kostenmaßstab

Das von der Betroffenen verlangte Entgelt in Höhe von **BuGG** für die Portierung einer Rufnummer liegt über den einmaligen Wechselkosten.

§ 46 Abs. 5 Satz 3 TKG ordnet eine entsprechende Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 bis 4 TKG an. Da § 46 Abs. 5 Satz 1, 2 TKG bereits eine spezielle Vorschrift für die Überprüfung des Entgelts enthält, indem er als Maßstab die einmalig beim Wechsel entstehenden Kosten festlegt, ist die allgemeinere Norm des § 28 TKG daneben nicht mehr anwendbar,

vgl. auch Beschluss des VG Köln, a.a.O.

2.2.4.1 Unterschied zur Entgeltkontrolle nach § 47 TKG

Insoweit unterscheidet sich der Fall der nachträglichen Entgeltkontrolle für die Gewährleistung der Nummernübertragbarkeit nach § 46 Abs. 5 TKG von der nachträglichen Entgeltkontrolle für das Bereitstellen von Teilnehmerdaten nach § 47 Abs. 4 TKG. Während für die letztgenannte Leistung hinsichtlich der dafür zu zahlenden Entgelte in der Vorschrift des § 47 TKG selber keine eigenständige Festlegung des anzulegenden Kostenmaßstabes erfolgt ist, so dass der in § 38 Abs. 2 S. 1 TKG benannte Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG Geltung beansprucht, hat der Gesetzgeber bei der Leistung der Rufnummernübertragbarkeit mit der Vorgabe, dass nur die Kosten in Rechnung gestellt werden können, die einmalig beim Wechsel entstehen, einen speziellen Kostenmaßstab definiert, der eine Anwendbarkeit des § 28 TKG ausschließt.

2.2.4.2 Umsetzung der Vorgabe nach Art. 30 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie

Im Ergebnis folgt der nationale Gesetzgeber damit der unionsrechtlichen Vorgabe nach Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie. So hat der Unionsgesetzgeber zur Erreichung der oben genannten Verbraucherschutzziele, die mit der Ermöglichung der Rufnummernmitnahme verfolgt werden, in Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie vorgesehen, dass die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass die Preise für die Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Nummernübertragbarkeit kostenorientiert sind,

vgl. Urteil Mobistar, Rn. 26.

Nach Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie müssen die nationalen Regulierungsbehörden dafür sorgen, dass die Betreiber die Preise kostenorientiert bestimmen,

vgl. Urteil Mobistar, Rn. 33.

Das setzt voraus, dass sich die nationalen Regulierungsbehörden zunächst davon überzeugen, dass sich die Preise an den Kosten orientieren. An dieser Kostenorientierung anknüpfend verfügen die nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 30 Abs. 2 URL dann über einen gewissen Spielraum bei der Bewertung der Situation und der Bestimmung der Methode, die ihnen zur Erreichung der vollen Wirksamkeit der Nummernübertragbarkeit und damit dazu am besten geeignet erscheint,

vgl. Urteil Mobistar, Rn. 34.

2.2.4.2.1. Auch bei Anwendung des § 28 TKG wäre der Kostenmaßstab des Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie zugrunde zu legen.

Unabhängig davon, dass § 46 Abs. 5 S. 3 TKG einen konkreten Entgeltkostenmaßstab für die Entgelte, die bei der Leistung der Rufnummernportierung zur Anwendung gelangen, definiert, so dass kein weiterer Raum mehr für eine Anwendbarkeit des § 28 TKG verbleibt, wird darauf hingewiesen, dass (auch) für den Fall, dass unterstellt wird, als Kostenmaßstab wäre der in § 38 Abs. 2 S. 1 TKG benannte Missbrauchsmaßstab nach § 28 TKG zugrunde zu legen, die Vorschrift des § 28 TKG in einem solchen Fall europarechtskonform dahingehend auszulegen wäre, dass der in Art. 30 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie benannte Kostenmaßstab anzuwenden wäre,

vgl. Urteil des BVerwG vom 16.07.2018, 6 C 2/07, juris Randziffer 19, zur Entgeltkontrolle bei der Bereitstellung von Teilnehmerdaten nach § 47 TKG, wonach der Missbrauchsmaßstab des nationalen Rechts nach § 28 TKG im Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 2 URL durch den darin normierten Maßstab der Kostenorientierung eingeschränkt wird.

2.2.5. Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung bei der Kostenermittlung

Unterliegt eine Telekommunikationsdienstleistung der nachträglichen Entgeltregulierung, ist die Frage einer unzulässigen Überhöhung der Entgelte, die das der Regulierung unterliegende Unternehmen erhebt, gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 TKG vorrangig nach dem Vergleichsmarktprinzip nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG und nur ausnahmsweise, wenn dies nicht möglich ist, anhand konkreter Kostenunterlagen des betroffenen Unternehmens zu beurteilen.

Nach den Feststellungen der Beschlusskammer konnte vorliegend eine Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG durchgeführt werden.

Nach dieser Vorschrift sind bei einer Vergleichsmarktbetrachtung die Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten; dabei sind die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen.

2.2.6. Angebot einer entsprechenden Leistung

Die deutschen und europäischen Anbieter von Portierungsleistungen bieten jeweils "entsprechende Leistungen" im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG an.

Entsprechend sind Leistungen dann, wenn sie aus einer objektiven Sicht des Kunden gleichwertig sind,

vgl. Manssen, in Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand: Juli 2013.

Eine Identität der zu vergleichenden Leistungen wird dabei nicht vorausgesetzt.

2.2.6.1 Anbieter in Deutschland

In Deutschland ist die Rufnummernmitnahme anbieterübergreifend in § 46 Abs. 4 S. 1 TKG definiert und setzt inhaltlich den in Art. 30 Abs. 1 der Universaldienrichtlinie europaweit einheitlich vorgegebenen Anspruch auf die Mitnahme der Rufnummer beim Anbieterwechsel um.

Der konkrete Ablauf der Portierung ist in Deutschland über eine entsprechende Spezifikation, die von sämtlichen Marktteilnehmern zu beachten ist, weiter vereinheitlicht.

Die Festlegung eines einheitlichen Prozessablaufes bei der Rufnummernmitnahme und deren umfassende Befolgung durch die Anbieter ist für eine geordnete Durchführung der Rufnummernmitnahme aufgrund der Vielzahl an Anbietern von wesentlicher Bedeutung.

In welcher technischen oder betrieblichen Weise der abgebende Diensteanbieter bzw. Netzbetreiber die Übertragung der Rufnummer in seinem Verantwortungsumfeld realisiert, ist allerdings weder für den Kunden noch für den die Portierung in Deutschland anstoßenden aufnehmenden Diensteanbieter von Bedeutung.

Für den gegenüber seinem Endkunden verpflichteten abgebenden Diensteanbieter ist maßgeblich, dass der Netzbetreiber, in dessen Netz die Mobilfunkrufnummer bislang geschaltet ist, die für die Portierung notwendigen Prozessschritte durchführt. Insoweit erweisen sich die Portierungsleistungen aus der objektiven Sicht des Nachfragers stets als austauschbar.

Der Annahme der Austauschbarkeit aus Sicht des Kunden steht auch nicht entgegen, dass in dem jeweils konkret zugrundeliegenden Fall nur der Netzbetreiber, in dessen Netz die Rufnummer aktuell geschaltet ist, die konkrete Rufnummer portieren kann und der Kunde bzw. der abgebende Diensteanbieter damit zur Durchführung der Portierung auf die Leistung gerade des Netzbetreibers angewiesen ist, bei dem die Rufnummer aktuell gelistet ist. Die Vergleichsmarktbetrachtung und insoweit auch die Frage der Austauschbarkeit der zu vergleichenden Leistungen dienen dazu, die Kosten für den Prozess zu ermitteln, der anfällt, wenn ein Anbieter eine Rufnummer portiert. Die Kosten des Prozesses einer Portierung ergeben sich unabhängig von der konkreten (mobilen) Rufnummer, die dann später jeweils zu portieren ist.

2.2.6.2 Anbieter in anderen EU-Mitgliedsstaaten

Auch Portierungsleistungen, die in anderen Mitgliedsstaaten der EU durchgeführt werden, erfüllen das Merkmal einer „entsprechenden Leistung“.

So unterliegen alle Unternehmen der Verpflichtung zur Sicherstellung der Möglichkeit zur Rufnummernmitnahme, wie sie in Art. 30 Abs. 1 der Universaldienrichtlinie (URL) unionsweit einheitlich vorgegeben ist. Auch hier gilt, dass es aus der objektiven Sicht des die Portierungsleistung nachfragenden Diensteanbieters für die Vergleichbarkeit der Portierungsleistung einzig darauf ankommt, dass die Portierung der Rufnummer durchgeführt wird und zwar unabhängig von der konkreten Art der prozessualen bzw. technischen oder betrieblichen Umsetzung bei dem jeweiligen Anbieter. Dass die konkrete Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgabe in den einzelnen Mitgliedsstaaten wie auch in Deutschland im Zusammenhang mit der Möglichkeit zu einer vorzeitigen Übertragung der Rufnummer auf einen anderen Anbieter in Teilen ggf. unterschiedlich ausfallen kann, steht der grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Portierungsleistung, dessen Zweck die Möglichkeit zur Mitnahme einer zuvor verwendeten Rufnummer ausmacht, nicht entgegen. Entsprechend mögliche Differenzierungen stehen, wie

auch die Betroffene nicht in Abrede stellt, vorliegend nicht der Möglichkeit der Bildung eines Vergleichsmarktes entgegen, sondern sind im Rahmen der Entscheidung über Zu- oder Aufschläge zu treffen.

2.2.7. Dem Wettbewerb geöffnete Märkte

Der Anwendung der Vergleichsmarktmethode steht im Hinblick auf die in § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG verwandte Formulierung "dem Wettbewerb geöffnete Märkte" nicht der Umstand entgegen, dass es sich bei dem Markt für Portierung einer Mobilfunkrufnummer ebenso wie bei den anderen europaweit in Betracht zu ziehenden Portierungsmärkten jeweils um Märkte handelt, die nach den Vorgaben der Universaldienstrichtlinie einer Entgeltkontrolle (hier Kostenorientierung) unterliegen. Denn auch regulierte Märkte können als "dem Wettbewerb geöffnete Märkte" im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG als Vergleichsmärkte herangezogen werden,

vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 -, MMR 2010, 719 ff.; Juris, Rn. 24; VG Köln, Urteil vom 4. Oktober 2005 - 1 K 8432/04.

Davon abgesehen, dass die Telekommunikationsmärkte zumindest innerhalb der EU seit 1998 dem Wettbewerb geöffnet sind, würde auch eine monopolistische Struktur der Portierungsmärkte eine Vergleichsmarktbetrachtung nicht ausschließen.

Zwar trifft es zu, dass die Portierungsmärkte im Unterschied zu anderen Telekommunikationsmärkten durch die Besonderheit gekennzeichnet sind, dass für jedes Unternehmen, welches Portierungsleistungen anbietet, ein jeweils eigener Markt für Portierungen denkbar erscheint, auf dem der jeweilige Anbieter naturgemäß über einen Marktanteil von 100 % verfügen könnte, doch besagt der Umstand, dass auf einem Markt nur ein einziger Anbieter auftritt, nicht automatisch, dass auf diesem Markt kein Wettbewerb stattfindet bzw. stattfinden kann. Eine solche Argumentation übersieht, dass Marktkräfte nicht nur auf der Anbieter-, sondern auch auf der Seite der Nachfrager wirken,

vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 6 C 36.08 -, MMR 2010, 719 ff.; Juris, Rn. 26 unter Verweis auf die zivilrechtliche Rechtsprechung, z.B. BGH, Beschluss vom 28 Juni 2005 - KVR 17/0 -, BGHZ 163, 282.

2.2.8. Grundsätzlich vergleichbare Märkte

Die herangezogenen internationalen Märkte sind grundsätzlich vergleichbar im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz Nr. 1 TKG. Die Preise nationaler Anbieter bilden hingegen keine taugliche Grundlage für eine Vergleichsmarktprüfung.

2.2.8.1 Kein nationaler Vergleichsmarkt

Die Heranziehung nationaler Vergleichsmärkte kam nicht in Betracht.

Unabhängig davon, dass Anbieter von Mobilfunkportierungsleistungen auf dem nationalen Markt hinsichtlich der relevanten Strukturen und volkswirtschaftlichen Rahmenbedingungen

möglicherweise ein höheres Maß an Vergleichbarkeit aufweisen könnten, scheidet eine nationale Vergleichsmarktbetrachtung vorliegend schon daran, dass bereits fraglich ist, ob diese Unternehmen überhaupt auf vergleichbaren, das bedeutet anderen Märkten als den Betroffenen auftreten. Denn es wäre beispielsweise denkbar, dass keine gesonderten netzweiten Märkte für die Portierung existierten, sondern diese Leistung Bestandteil eines Gesamtmarktes für Portierungsleistungen ist.

Gefahr von kollusivem Verhalten

Weiterhin stehen ökonomische Argumente einem Vergleich mit Entgelten für Leistungen, bei denen die Unternehmen im Wettbewerb um die Diensteanbieter stehen, entgegen. Denn ein derartiges Vorgehen könnte zu erheblichen Anreizen für die Anbieter von Netzdienstleistungen zu kollusivem Verhalten zum Nachteil der nachfragenden Diensteanbieter und damit mittelbar auch zum Nachteil der Endkunden führen, das bedeutet zu einer einheitlichen Anhebung der Portierungsentgelte durch alle Anbieter kommen, ohne dass die Beschlusskammer hiergegen Einschreiten könnte,

vgl. insoweit auch die Ausführungen auf der Seite 5 des Beschlusses BK3c-04/018 vom 29.11.2004.

Auch der Umstand, dass die Vorleistungsentgelte - anders als die Endkundenpreise - nicht öffentlich einsehbar sind, hindert die Netzbetreiber nicht daran, ihre Preise für die Portierungsleistungen im Vorhinein miteinander abzustimmen, wenn sich ein solch gemeinsames Vorgehen für alle auszuzahlen verspricht. Auf der Endkundenebene hat sich eine solche gemeinsame Orientierung an einem einheitlichen Wert von rund 29 Euro am Markt bereits etabliert.

Sofern seitens der Bundesnetzagentur festgestellt wird, dass sich der zulässige Höchstwert für die Portierungsleistungen - sofern die konkreten Kosten nicht ermittelt werden können – ohne Weiteres aus der Vergleichsbetrachtung der Preise der nationalen Anbieter ergibt, würden erstmals regulatorische Anreize für ein solch einheitliches Vorgehen auch auf der Vorleistungsebene gesetzt.

Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Portierungskosten letztlich nur einen kleinen Bestandteil des zu verhandelnden Gesamtpaketes bei einem Diensteanbietervertrag ausmachen werden, so dass genügend Spielraum für Preiswettbewerb bei den weiteren, keiner gesetzlichen Kostenkontrolle unterliegenden Leistungsbestandteilen verbleibt.

Keine Quantifizierung von kostenorientierten Entgelten auf nationaler Ebene

Die Heranziehung nationaler Vergleichsmärkte kam als Alternative weiterhin deshalb nicht in Betracht, da mangels eines vorhergehenden behördlichen Überprüfungsverfahrens der Entgelte von anderen Netzbetreibern bis zum Entscheidungszeitpunkt für keinen deutschen Mobilfunknetzbetreiber kostenorientierte Vorleistungsentgelte quantifiziert werden konnten,

zur Zulässigkeit dieses Ausschlusskriteriums vgl. Beschluss des BVerwG 6. Senat, 10.12.2014, Az. 6 C 16/13, Rn. 48.

Der Umstand, dass mit den Beschlüssen BK2-19/021 sowie BK2-19/027 nunmehr für einen deutschen Mobilfunknetzbetreiber ein Entgelt vorlag, das im Rahmen vorhergehender behördlicher Überprüfungsverfahren als kostenorientiert quantifiziert wurde, steht hierbei insoweit außen vor als das dort ermittelte Entgelt auf der Grundlage einer europäischen Vergleichsmarkt-

betrachtung ermittelt worden ist. Im Ergebnis bestätigen die in den nationalen Überprüfungsverfahren BK2-19/021 und BK2.19/027 ermittelten Ergebnisse das vorliegend ebenfalls als sachgerecht erachtete Vorgehen mittels einer europäischen Vergleichsmarktbetrachtung.

Aber auch für den Fall, dass das nunmehr in den beiden genannten Überprüfungsverfahren ermittelte Ergebnis für die ansatzfähigen Kosten – vorbehaltlich der für die Betroffene weiterhin eröffnete Möglichkeit, mittels Kostennachweisen individuell höhere Kosten zu rechtfertigen – auf nationaler Ebene als grundsätzlich taugliches Vergleichsergebnis zugrunde gelegt werden könnte, würde dies im Ergebnis auf ansatzfähige Kosten in der tenorierten Höhe hinauslaufen.

Zu beachten ist in diesen Zusammenhang, dass bei der Zugrundelegung des in den vorgeannten Verfahren für andere nationale Mobilfunknetzbetreiber als zulässig ermittelte Höchstentgelt für die Portierungsleistung die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens der Mobilfunkanbieter zum Nachteil der Nachfrager gerade nicht zum Tragen kommen kann, weil dieses Entgelt in den entsprechenden Verfahren gerade auf der Grundlage einer Betrachtung von Unternehmenspreisen außerhalb von Deutschland ermittelt worden ist, die für sich bereits Gegenstand eines Verfahrens der nationalen Kostenkontrolle gewesen sind.

Vor diesem Hintergrund kann auch ausgeschlossen werden, dass die Entgelte der beiden anderen Mobilfunknetzbetreiber insoweit als Vergleichspreise ausfallen müssten, weil die entsprechenden Leistungen ggf. einem bundesweiten und damit einheitlichen Markt zuzurechnen wären. Der grundsätzliche Ausschluss von Entgelten für Leistungen, die einem einheitlichen Markt zuzurechnen sind, rechtfertigt sich insbesondere mit der Erwägung, dass ein solches Entgelt durch die Preissetzung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf diesem Markt zu einem gegenüber dem wettbewerbsanalogen Preis verfälschten Marktpreis führen könnte. Da das zulässige Höchstentgelt der beiden anderen nationalen Mobilfunknetzbetreiber das Ergebnis einer europäischen Vergleichsmarktbetrachtung von als kostenorientiert quantifizierten Entgelten darstellt, sind derartige Verfälschungen vorliegend nicht zu erkennen.

Für die Entgelte auf der Endkundenebene, die ggf. ebenfalls für eine Vergleichsmarktbetrachtung in Betracht zu ziehen wären, liegen in Deutschland ebenfalls keine Entgelte vor, die im Rahmen einer behördlichen Entscheidung als kostenorientiert quantifiziert worden sind. So stellt in Deutschland – soweit ersichtlich – die ganz überwiegende Mehrheit an Anbietern für die Portierungsleistung im Mobilfunk ihren Endkunden, wie eben auch die Betroffene, 29,95 Euro (brutto) in Rechnung.

Die Anbieter orientieren sich damit offensichtlich an einem Wert, der im November 2004 von der Bundesnetzagentur für die Leistung der Rufnummernmitnahme im Mobilfunk als nicht missbräuchlich im Sinne des § 28 TKG erachtet worden ist.

In der damaligen Entscheidung wurde ausdrücklich betont, dass diesem Wert keine Kostenermittlung zugrunde gelegen hat, sondern der bloße Umstand, dass weder national noch international von anderen Unternehmen ein Preis oberhalb von 29,95 EUR genommen worden war, vgl. BK3c/04/018, a.a.O., in der hierzu wie folgt ausgeführt wird:

„Die Kammer hat allerdings Zweifel, ob der nationale Höchstbetrag von 29,95 Euro entsprechend einer nach § 33 TKG durchzuführenden Kostenprüfung einem wettbewerbskonformen Preis [...] entspräche. Diese Zweifel gründen sich insbesondere darauf, dass gemäß § 46 Abs. 3 TKG [Anmerkung: Neufassung § 46 Abs. 5 TKG] nur diejenigen Kosten in Rechnung gestellt werden dürfen, die einmalig beim Wechsel für die Nummernportierung entstehen. [...] Die Prüfung, inwieweit die am Markt platzierten

Entgelte tatsächlich nur die zulässigen einmaligen Kosten des Wechsels beinhalten, bleibt Gegenstand einer gesonderten Kostenprüfung nach § 33 TKG. Die Kammer behält sich diesbezüglich weitere Ermittlungen vor, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte unterhalb der Schwelle von 29,95 Euro zu beanstanden sein. ...“.

Fazit

Festgehalten werden kann, dass auf nationaler Ebene kein an dem Kostenmaßstab des § 46 TKG überprüfbares Entgelt vorliegt, das auf einer speziellen Kostenkontrolle eines nationalen Mobilfunknetzbetreibers beruht. Die in den Verfahren BK2-19/021 sowie BK2-19/027 festgelegten Entgelte basieren auf einer europäischen Vergleichsmarktbetrachtung.

2.2.8.2 Europäische Märkte sind grundsätzlich „vergleichbar“

Die von der Beschlusskammer bei der von ihr im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung herangezogenen europäischen Vergleichsunternehmen bzw. -märkte sind demgegenüber jeweils „grundsätzlich vergleichbar“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.

Da die Rufnummernportierung jeweils nur für nationale Rufnummern gilt, das bedeutet insbesondere eine Mitnahme der eigenen nationalen Mobilfunkrufnummer nicht auch in einen anderen EU-Mitgliedsstaat vorgesehen ist, besteht vorliegend kein Zweifel, dass die Portierungsleistungen in den unterschiedlichen Mitgliedsstaaten der Union unterschiedlichen Märkten zuzurechnen sind.

Für die Vergleichbarkeit spricht weiter, dass es sich bei allen zum Vergleich herangezogenen Märkten einheitlich um Märkte für die Portierung einer Rufnummer handelt, die allesamt Ausfluss der Definition des Art. 30 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie der Europäischen Kommission für die Nummernübertragbarkeit sind, nämlich

„[...] dass alle Teilnehmer mit Nummern aus dem nationalen Telefonnummernplan, die dies beantragen, ihre Nummer(n) unabhängig vom Unternehmen, das den Dienst bereitstellt, gemäß den Bestimmungen des Anhangs I Teil C beibehalten können.“

Unabhängig davon lassen sich aber auch zahlreiche weitere vergleichbare Strukturen bei allen zum Vergleich herangezogenen Märkten finden. So handelt es sich bei allen Märkten neben dem Umstand der Leistungserbringung auf einem Markt, der dadurch gekennzeichnet ist, dass im Ergebnis die Rufnummer allein von dem die Rufnummer (abgebenden) Diensteanbieter übertragen und allein von dem die Rufnummer (aufnehmenden) Diensteanbieter übernommen werden kann und die Kontrolle der Entgelte für die Leistung der Rufnummernübertragung nach der Universaldienstrichtlinie einem einheitlichen europäischen Regulierungsregime unterworfen sind.

Darüber hinaus handelt es sich um Märkte, die zeitnah entstanden sind und dementsprechend vergleichbare Marktzutrittsbedingungen aufweisen.

2.2.8.2.1. Kein Widerspruch zum Altbeschluss

Der Berücksichtigung einer Vergleichsmarktbetrachtung steht gegenständlich auch nicht entgegen, dass eine internationale Vergleichsmarktbetrachtung in einem Altbeschluss der RegTP

aus dem Jahr 2004 für die Festlegung der Entgelte für die Portierung im Mobilfunksektor auf Endkundenebene,

vgl. RegTP, Beschluss v. 29.11.2004 – BK3c-04/018,
noch abgelehnt worden ist.

Begründet wurde die Ablehnung damals im Wesentlichen mit dem Argument, dass die Rahmenbedingungen in den verschiedenen Vergleichsländern so stark untereinander und von den deutschen Gegebenheiten abwichen, dass die Besonderheiten dieser potenziellen Vergleichsmärkte einen Vergleich nicht bedenkenlos zuließen.

Die so stark abweichenden Rahmenbedingungen wurden damals im Wesentlichen mit den Überlegungen begründet, dass a) das Erheben von Portierungsentgelten im Bereich Mobilfunk gegenüber Endkunden international unüblich sei, b) sofern überhaupt eine Portierung separat in Rechnung gestellt werde, erfolge überwiegend eine Abrechnung zwischen den Netzbetreibern und schließlich c) bei den abgerechneten Preisen nicht ermittelt werden konnte, ob es sich dabei um kostenbasierte Entgelte handelt. Die genannten Punkte stehen einer Vergleichsmarktbetrachtung aktuell nicht mehr entgegen. Im Einzelnen gilt das Folgende:

Die nunmehr ermittelte Anzahl von vier Vergleichsländern erachtet die Beschlusskammer auch vor dem Hintergrund, dass die Einzelwerte aus den Mitgliedsstaaten wiederum den nach einer regulatorischen Prüfung zulässigen Höchstwert darstellen, als genügend, um einen internationalen Tarifvergleich auf eine ausreichende Vergleichsgrundlage zu stellen und damit eine tragfähige Preisgrenze zu ermitteln.

Für die Durchführung eines internationalen Tarifvergleichs spricht schließlich die Annahme der EU-Kommission in Erwägungsgrund 42 zur Universaldienstrichtlinie, wonach bei der Festlegung kostenorientierter Portierungsentgelte ausdrücklich die Durchführung einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung begrüßt wird.

Insofern liegt den Erwägungen der Kommission die Überlegung zu Grunde, dass die Rahmenbedingungen, wie sie womöglich noch dem Altbeschluss zugrunde lagen, zumindest europaweit als derart einheitlich anzusehen sind, dass die erhobenen Preise in den einzelnen Mitgliedstaaten vergleichbar sind und damit eine taugliche Grundlage für eine Vergleichsmarktbetrachtung bilden können.

Zur Klärung der Frage, ob die berücksichtigten Entgelte dem Kostenmaßstab der Kostenorientierung entsprechen, wie ihn § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG vorgibt, hat die Beschlusskammer über das GEREK-Netzwerk einen entsprechenden Fragebogen zur Frage nach dem Kostenmaßstab in den einzelnen Ländern eingestellt und sich eingehend mit den eingegangenen Antworten befasst. Dabei konnte diesmal im Gegensatz zum Altbeschluss eindeutig ermittelt werden, dass die zwischen den Anbietern abgerechneten Entgelte auch in den Vergleichsländern dem Maßstab der Kostenorientierung genügen.

Dies wird durch eine einheitliche europarechtliche Vorgabe in Art. 30 Abs. 2 URL sichergestellt und wurde durch die Mitgliedstaaten entsprechend in ihr nationales Recht umgesetzt und in den Vergleichsländern von der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde überprüft, so dass die erhobenen Entgelte im Ergebnis alle auf einem einheitlichen auch in Deutschland verwendeten Kostenmaßstab beruhen und der Kostenmaßstab im jetzigen Beschluss keine unbekannte Unwägbarkeit mehr darstellt.

2.2.9. Auswahlentscheidung zu den konkret heranzuziehenden Märkten

Handelt es sich damit bei den zum Vergleich herangezogenen Unternehmen grundsätzlich um vergleichbare Märkte, so hat die Beschlusskammer sich bei der von ihr zu treffenden Auswahlentscheidung, welche Märkte sie für die Preisbildung letztendlich heranzieht, für die Märkte der nachfolgenden Mitgliedstaaten entschieden:

Land	Entgelthöhe in EUR
Frankreich	0,50
Irland	2,05
Malta	2,25
Österreich	8,21

2.2.9.1 Methode der Länderauswahl

Die Bundesnetzagentur zieht als Basis für die Länderauswahl regelmäßig alle Länder heran, die die Regulierungsrichtlinien der EU umsetzen. Es handelt sich um die Länder des europäischen Wirtschaftsraums. Dazu gehören grundsätzlich die Mitgliedsländer der EU zuzüglich Island, Norwegen und Liechtenstein.

Die Beschlusskammer fragte über das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) Daten zu Portierungsentgelten innerhalb und außerhalb der Europäischen Union ab. In der ersten Abfrage der Beschlusskammer über das GEREK-Netzwerk im Februar 2019 wurden u.a. auch die Portierungsentgelte im Mobilfunkbereich abgefragt, die auf Vorleistungsebene erhoben werden. Insgesamt gingen bei der Beschlusskammer 25 Antworten der Mitglieder ein.

Im Juni 2019 wurde über das GEREK-Netzwerk eine zweite Abfrage bei den Ländern veranlasst, die gegenüber der Kammer ein Vorleistungsentgelt angegeben hatten und die die Umsetzung des europarechtlich vorgegebenen Kostenmaßstabes in den jeweiligen Ländern betraf. Hierzu gingen bei der Beschlusskammer 11 Antworten ein.

2.2.9.2 Gründe für die konkrete Länderauswahl

Maßgeblich für die konkrete Länderauswahl war die gesetzliche Zielvorgabe der Ermittlung der einmaligen Kosten des Wechsels. Insoweit bieten sich insbesondere Märkte an, die dem gleichen Kostenmaßstab unterliegen, wie dies in Deutschland der Fall ist, dass bedeutet Märkte, bei denen die Preise für die Portierungsleistung ebenfalls dem Entgeltmaßstab der Kostenorientierung unterliegen und in denen die Höchstentgelte im Rahmen eines behördlichen Verfahrens auf die Übereinstimmung mit dem Kostenmaßstab hin überprüft worden sind.

Von den im Rahmen der zweiten Abfrage eingegangenen 11 Antworten hat die Kammer zunächst 8 Länder dem Grundsatz nach in die Vergleichsgruppe aufgenommen, da dort das aufgetretene bzw. als zulässig identifizierte Vorleistungsentgelt positiv und nicht mit „0“ Euro angegeben wurde und zugleich bestätigt wurde, dass der Maßstab der Kostenorientierung in das nationale Recht umgesetzt worden ist.

Soweit die Betroffene fordert, die Beschlusskammer hätte sich um weitergehende Aufklärung bemühen sollen, welcher Kostenmaßstab in den Mitgliedsstaaten der Union zur Anwendung gelangt, die die Anwendung des unionsrechtlichen kostenorientierten Ansatzes nicht bestätigt haben, ist für die Beschlusskammer nicht ersichtlich, welche weitergehenden Erkenntnisse sich hieraus für die gegenständliche Vergleichsmarktbetrachtung hätte ergeben sollen. Sofern ein anderer Kostenmaßstab zur Anwendung gelangen sollte, wäre eine Vergleichbarkeit allenfalls je nach Entgeltregulierungsmaßstab durch entsprechende Zu- oder Abschläge denkbar gewesen, deren Bestimmung der Höhe nach wiederum die Gefahr von schwer zu kalkulierenden Annahmen bedeuten würde. Hinzu kommt, dass die entsprechenden Regulierungsbehörden bereits grundsätzlich nicht geantwortet haben, so dass nicht zu erkennen war, inwieweit die Aufnahme weitergehender Ermittlungen nunmehr die Antwortbereitschaft der angeschriebenen Behörden in erkennbarem Maße hätten steigern können.

Ihrer Entscheidungspraxis folgend hat die Beschlusskammer diese Auswahl auf Mitgliedstaaten der Europäischen Union beschränkt, weshalb sich die Auswahl auf 6 Vergleichsländer reduzierte.

Von diesen 6 Vergleichsländern hat sich die Beschlusskammer auf die vier unter Ziff. 2.2.10. genannten Länder beschränkt, da ihr nur von diesen mitgeteilt wurde, dass das angegebene Entgelt Gegenstand einer regulatorischen Überprüfung gewesen war, das bedeutet, dass die Einhaltung des in der Universaldienstrichtlinie vorgesehenen und ins jeweilige nationale Recht übernommenen Kostenmaßstabes im Rahmen eines konkreten behördlichen Überprüfungsverfahrens in dem jeweiligen Mitgliedsstaat quantifiziert worden ist. Die Regulierungsbehörden der anderen beiden Mitgliedsstaaten haben mit Schreiben vom 13.12.2019 bestätigt, dass in ihren Ländern keine entsprechenden behördlichen Überprüfungsentscheidungen zur Quantifizierung der Kosten ergangen sind.

Wie oben dargelegt, beruht die Vergleichsprüfung auf der Berücksichtigung von vier Länderwerten, wobei die jeweiligen Länderwerte die entsprechenden Höchstpreise in den Mitgliedsstaaten darstellen, so dass die Vergleichswertbildung im Ergebnis auf einer weiteren Anzahl an Unternehmenswerten in den einzelnen Ländern beruht bzw. beruhen kann.

So wurden etwa in Österreich die Kosten von fünf Verfahrensparteien ermittelt, die bei den Verfahrensparteien im Bereich zwischen EUR 0,70 und EUR 8,21 lagen. Im Einzelnen wurden für die Anbieter Kosten für die Rufnummernmitnahme im Mobilfunk in Höhe von 1,96 Euro bei H3G, 0,70 Euro bei TRA, 1,78 Euro bei ONE, 3,42 Euro TMA und 8,21 Euro festgestellt,

vgl. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 06.03.2006; Az. Z 5/04-144.

Die Auswahl der Beschlusskammer ist auch im Hinblick auf etwaige Schwärzungen der Verfahrensakte bei den Mitteilungen der GEREK-Mitglieder nachvollziehbar. Dabei ist festzuhalten, dass ein solcher Informationsaustausch zwischen den Regulierungsbehörden in erster Linie der Kenntnisnahme der nationalen Regulierungsbehörden dient und grundsätzlich nicht für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt ist. Die Beschlusskammer hat bei allen in Frage kommenden Ländern z.T. wiederholt ausdrücklich nachgefragt, inwieweit deren mitgeteilten Werte veröffentlicht werden dürfen. Da die Antworten z.T. als vertraulich gekennzeichnet wurden bzw. auf ausdrückliche Nachfrage keine Antwort des betroffenen Landes eingegangen ist und dessen Information daher als vertraulich einzustufen ist, waren die Angaben der Länder Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Serbien, Ungarn, Vereinigtes Königreich und Zypern unkenntlich zu machen.

Diese Länder sind aus unterschiedlichen Gründen ohnehin nicht in die konkrete Entgeltberechnung eingeflossen:

- Bei Serbien handelt es sich bereits nicht um einen Mitgliedstaat der Europäischen Union.
- In fünf Ländern wird kein Vorleistungsentgelt erhoben bzw. hatte das jeweilige Land im Rahmen der Abfragen hierzu schon keine Angaben gemacht.
- Bei zwei Ländern wurde zwar die Höhe des maximal erhobenen Vorleistungsentgelts angegeben, auf Nachfrage jedoch nicht mitgeteilt, ob das Entgelt auf dem Entgeltmaßstab des Art. 30 Abs. 2 URL basiert.

Die verbliebenen Länder wurden durch die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung entsprechend den vorangehenden Ausführungen berücksichtigt.

Nicht nachvollziehbar ist der Vortrag der Betroffenen der Verwaltungsakte sei nicht zu entnehmen, inwieweit Beschlusskammer die Erkenntnis gewonnen habe, dass die Entgelte aus den Ländern Frankreich, Malta, Irland und Österreich einer Überprüfung durch die jeweilige nationale Regulierungsbehörde unterzogen worden seien.

Die entsprechenden nationalen Regulierungsbehörden haben in ihren Antworten auf den Fragebogen der Bundesnetzagentur auf ihre Entscheidungen jeweils mit den Aktenzeichen verwiesen (vgl. die Seiten 848, 853 und 861 für die Länder Frankreich, Irland und Malta der Verfahrensakten in dem Verfahren BK2-19/021). Die entsprechenden Entscheidungen sind zudem auf den entsprechenden Webseiten der nationalen Regulierungsbehörden offen einsehbar.¹

Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist der Vortrag der Betroffenen, wonach die Akte nicht das zweite Anschreiben an die Länder, das die Kammer zur Abfrage des Entgeltmaßstabes geschickt hatte, beinhalte, sondern nur die Antworten. Die entsprechenden Anschreiben sind den jeweiligen Antworten der nationalen Regulierungsbehörden jeweils vorangestellt.

2.2.9.3 Länderansatz steht Vergleichsmarktbetrachtung nicht entgegen

Der Verwendung der Vergleichsländer steht auch nicht entgegen, dass aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG bei einer Vergleichsmarktbetrachtung grundsätzlich nicht "Länder", sondern allein "Unternehmen" in den Blick zu nehmen sind. So ist zu beachten, dass das von der Beschlusskammer gewählte Auswahlkriterium in diesem Zusammenhang an den in den jeweiligen Ländern angesetzten Kostenmaßstab selbst anknüpft, denn es geht hier um das Entstehen von Wettbewerbsstrukturen seit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes innerhalb der Länder, die sich in den Unternehmenspreisen, die in einem weiteren Schritt der Preisbildung für deutsche Unternehmen zugrunde gelegt werden, widerspiegeln,

vgl. VG Köln, Urteil vom 28. August 2013 – 21 K 5166/06 –, juris Randziffer 113.

2.2.10. Klarstellungen zur Vergleichbarkeit

Für die Herstellung einer Vergleichbarkeit muss nicht im Detail geprüft werden, wie die prozessuale Ausgestaltung und wie die gesetzlichen Rahmenbedingungen aussehen. Zu beachten ist, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Portierungsprozess ihre mitgliedstaatenübergreifende Grundlage in Art. 30 Abs. 1 der Universaldienstrichtlinie haben. Dass

¹ Vgl. folgende Dokumente: Für Frankreich ARCEP decision n° 2008-0513; für Irland ComReg decision documents 08/65 und D01/09; für Malta Dokument "Charging for Numbering Portability"; für Österreich Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 06.03.2006; Az. Z 5/04-144 (s. auch S. 16 und 24 dieses Beschlusses).

einzelne Staaten von diesen Bedingungen in einem relevanten Umfang abweichen, ist der Beschlusskammer weder bekannt noch erscheint dies vor dem Hintergrund der Gefahr einer Europarechtswidrigkeit entsprechender nationaler Modifizierungen realistisch.

Dass bei Wholesale-Entgelten denkbar ist, dass IT- und Service-Kosten durch ggf. andere Entgelte (wie Bereitstellung oder Überlassung) mitgetragen werden, spricht ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit einer Vergleichbarkeit der Ländertarife. Zutreffend ist, dass nicht sichergestellt ist, ob die von den Anbietern in Rechnung gestellten Beträge jeweils stets die Gesamtkosten abdecken. Dies steht einer Vergleichbarkeit der Länderpreise aber schon deswegen nicht entgegen, weil es sich jeweils um die identifizierten Höchstpreise in den Ländern handelt. So dass zu erwarten ist, dass zumindest ein relevanter Teil der Anbieter, die die Position der Nummernübertragung bereits generell dem Kunden gesondert in Rechnung stellen, dann auch für diese Position die gesamten Kosten abdecken wird. Dieses wird auch von der Betroffenen nicht in Frage gestellt.

Ferner kann auch kein Vortrag verfangen, die Beschlusskammer habe keine weitergehenden spezifischen Marktgegebenheiten ermittelt, die Einfluss auf die Preisbildung hätten. Preisbeeinflussende Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur, sind allenfalls durch Zu- oder Abschläge zu berücksichtigen, nicht jedoch bereits bei der Frage der Vergleichbarkeit der Länderauswahl,

vgl. BVerwG, Urteil v. 25.02.2015 – 6 C 37.13, Rn. 38; BVerwG, Urteil v. 01.04.2015 – 6 C 38.13, Rn. 38.

Eine solche Methodik hätte vielmehr zur Folge, dass nicht mehr die Preise, sondern die ihnen zugrundeliegenden Kosten durch die Beschlusskammer zu ermitteln wären. Nicht nur handelt es sich dabei um ein den gesetzlichen Vorgaben zuwiderlaufendes Vorgehen. Es wäre auch innerhalb der zweimonatigen Verfahrensfrist im Hinblick auf derart komplexe Fragen bei derzeit 27 Mitgliedstaaten (exkl. Deutschland) nicht zu bewerkstelligen.

2.2.11. Verfahren zur Ermittlung des maßgeblichen Vergleichspreises (Gewichtung)

Die Beschlusskammer hat die ermittelten Preise zueinander ins Verhältnis zu setzen. Sie hat sich dabei für eine einfache Gewichtung entschieden, da keine Anhaltspunkte vorlagen, einen Mitgliedstaat stärker in die Auswahlentscheidung einfließen zu lassen, als einen anderen.

Der der Bundesnetzagentur bei der Auswahl der Vergleichsmärkte eingeräumte Beurteilungsspielraum erstreckt sich auch auf das Verfahren, mit dem der maßgebliche Vergleichspreis auf der Grundlage der durch die Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Daten bestimmt wird. Dieses Verfahren ist weder unter rechtlichen noch unter ökonomischen Gesichtspunkten zwingend vorgegeben.

2.2.11.1 Weder höchster unverzerrter Wettbewerbspreis noch „best practice“

Die Beschlusskammer geht vorliegend davon aus, dass weder der bei § 28 TKG anzusetzende kartellrechtliche Maßstab des „höchsten unverzerrten Wettbewerbspreises“ noch die günstigsten Preise der Vergleichsmärkte („best practice“), die etwa bei dem nach § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG geltenden Genehmigungsmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verwendet worden ist, anzulegen sind,

vgl. in diesem Sinne Groebel, in: Säcker (Hrsg.), TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn. 22; Masing/Griebel, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Stand: März 2007, § 35

Rn. 39; Koenig/Senger, MMR 2007, 290 (293); a.A. Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 35 Rn. 22,

den Anforderungen des nach § 46 Abs. 5 Satz 1 TKG geltenden Kontrollmaßstabs der einmalig anfallenden Kosten des Wechsels ausreichend Rechnung tragen.

2.2.11.2 Stattdessen: Durchschnitt der höchsten Praxis

Aus Sicht der Beschlusskammer ist es sachgerecht, für den gegenständlich zu entscheidenden Fall des Ansatzes der einmalig beim Wechsel anfallenden Kosten nach § 46 Abs. 5 TKG, wie bereits im Rahmen der Entscheidung im Fall der Festnetzportierung, auf die Preise der Anbieter mit den höchsten Portierungsentgelten in den jeweiligen Mitgliedsstaaten abzustellen und aus diesen einen einfachen Durchschnitt zu bilden (average of weakest practice).

Einwand: § 28 decke bereits den wettbewerbsanalogen Preis ab

Dieser Annahme steht auch der Einwand nicht entgegen, der Maßstab des § 28 TKG bilde bereits den wettbewerbsanalogen Preis und damit den Preis ab, der sich bei Wettbewerb bilde, so dass dieser auch bei der Prüfung der Anforderungen nach § 46 Abs. 5 S. 1 und S. 2 TKG zugrunde zu legen sei.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG lediglich um eine Methode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung handelt, die jedoch nicht gleichzeitig zu einer Änderung des inhaltlichen Maßstabs der Kostenprüfung führt,

vgl. BVerwG, Urteil vom 25. September 2013 - 6 C 13.12 - BVerwGE 148, 48 Rn. 23.

Mit dem Verweis auf die Vorschriften zur nachträglichen Entgeltkontrolle nach §§ 38 Abs. 2 bis 4 TKG hat der Gesetzgeber zwar das primär zu nutzende Verfahren zur Entgeltermittlung vorgegeben. Der Kostenmaßstab des § 28 TKG, auf den die Vorschrift des § 38 Abs. 2 TKG verweist, kommt bei einer nachträglichen Entgeltkontrolle allerdings nur dann zur Anwendung, wenn sich aus der Spezialvorschrift, die auf das Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle verweist, kein eigener Kostenmaßstab ergibt.

Vorliegend hat der Gesetzgeber in der Vorschrift des § 46 Abs. 5 TKG allerdings - den europarechtlichen Vorgaben für die Vorleistungsebene folgend – einen speziellen Kostenmaßstab vorgegeben, so dass für die Anwendung des Missbrauchsmaßstabes nach § 28 TKG kein Raum mehr verbleibt. Entgeltmaßstab und Entgeltermittlungsmethode sind demnach streng zu unterscheiden, wobei Erstere die Letztere steuert,

vgl. Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., 2014, Rn 390.

Zwar ist zutreffend, dass die Vergleichsmarktmethode auf dem Gedanken beruht, dass die Marktkräfte in einem Wettbewerbsumfeld den Preis langfristig auf das Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung drücken, weil sich der effizienteste Anbieter durchsetzen wird, wobei in der Realität verschiedene Faktoren (Marktunvollkommenheiten) dazu führen, dass es zu Preisbewegungen kommt und der Marktpreis um den Gleichgewichtspreis oszilliert,

so: Groebel, in: Säcker, TKG-Kommentar, 3. Auflage, 2012, § 35 Rn. 21.

Wird die Vergleichsmarktmethode im Rahmen von § 28 TKG angewendet, so dient sie der Überprüfung der Einhaltung der Maßstäbe des § 28 TKG, das heißt, es wird nicht auf den

Idealpunkt eines wettbewerblichen Marktes (und damit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung), sondern auf den Unschärfbereich abgestellt, in dem sich der Marktpreis noch bewegen kann, ohne deshalb schon missbräuchlich zu sein. Diese Vorgaben für den Kostenmaßstab nach § 28 TKG führen dazu, bei diesem Kostenmaßstab im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung den höchsten, gerade noch zulässigen unverzerrten Wettbewerbspreis zugrunde zu legen,

vgl. Groebel, a.a.O., Rn. 23.

Anders erweist sich die Situation, wenn der Kostenmaßstab bereits für sich die Bestimmung eines kosteneffizienten Preises vorgibt, wie dies etwa im Zusammenhang mit dem KeL-Kostenmaßstab nach § 31 f. TKG der Fall ist. In einem solchen Fall ist die Bestimmung des theoretischen Gleichgewichtspreises selber die Zielgröße, die mittels eines sogenannten „Best-Practice-Absatzes“ zu ermitteln ist,

vgl. Groebel, a.a.O., Rn. 22.

Auch wenn vorliegend nicht die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG den relevanten Kostenmaßstab bilden, sondern die Kosten, die einmalig beim Wechsel anstehen, so dass in einem gewissen Umfang auch die tatsächlichen Kosten nicht unbeachtet zu bleiben haben, orientiert sich auch der in § 46 TKG gewählte Kostenmaßstab nicht an einem Unschärfbereich, in dem sich der Marktpreis bewegen kann, sondern an der Bestimmung einer konkreten Zielgröße, nämlich die Ermittlung der Kosten für jene Leistung, die für den Wechsel benötigt wird.

Um dem in § 46 Abs. 5 TKG vorgegebenen Maßstab der Kostenorientierung gerecht zu werden, muss sichergestellt sein, dass die Leistung nur jene Leistung darstellt, die tatsächlich benötigt wird und keine zusätzlichen nicht erforderlichen Aufwände zur Verrechnung gelangen. Anders als bei § 28 TKG wird auch kein sonstiger Preissetzungsspielraum gewährt, der den für den Wechsel tatsächlich benötigten Aufwand übersteigt.

Dies scheint im Übrigen auch dem Verständnis des Europäischen Gerichtshofs zu den europarechtlichen Vorgaben zum Anbieterwechsel zu entsprechen, der in Hinsicht auf die Frage eines vorlegenden Gerichtes, ob es einer nationalen Regulierungsbehörde gestattet sei, eine Regulierung der Kosten für die Einrichtung der Portabilität dergestalt vorzunehmen, dass gegenüber den Mobilfunkbetreibern ein Höchstpreis für die Einrichtungskosten der Nummernübertragung je Leitung oder Nummer auf der Grundlage der „fiktiven Kosten eines effizienten Mobilfunkbetreibers“ ermittelt werde, ausgeführt hat,

„[...] dass es die Universaldienstrichtlinie grundsätzlich nicht verbietet, dass die zuständigen nationalen Behörden im Voraus anhand eines theoretischen Kostenmodells Höchstbeträge für alle Mobilfunkbetreiber festlegen.“,

EuGH, Urteil vom 13.07.2006 - C-438/04, Rn. 37.

Mit dem Einsatz eines theoretischen Kostenmodells gilt es einen Zielpreis zu ermitteln, der den durch die Portierungsleistung ausgelösten Kosten entspricht und keinen von diesen Kosten abweichenden bzw. noch zulässigen Unschärfbereich.

Indem bei den Vergleichswerten der einfache Durchschnitt gebildet wird und nicht wie von der Betroffenen gefordert, der höchste Wert zugrunde gelegt wird, wird sowohl das in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Interesse der Nutzer und Verbraucher als auch das in § 2 Abs. 2 Nr. 2

TKG benannte Interesse an der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs die angebrachte Beachtung verliehen. Zugleich sorgt die Verwendung jeweils nur des geprüften Höchstentgeltes aus den einzelnen Ländern dafür, dass die Interessen der Anbieter der Portierungsleistung in angemessener Weise gewahrt werden.

Der Nummernübertragbarkeit kommt in Hinsicht auf zwei Aspekte Bedeutung zu. Zum einen im Hinblick auf den effektiven Wettbewerb zwischen den Mobilfunkdiensteanbietern, welchen die Portabilität insofern fördert, als sie es den Nutzern und Verbrauchern erleichtert, zwischen den Mobilfunkanbietern zu wechseln und damit für die Anbieter ein Hindernis im Wettbewerb um Mobilfunknutzer beseitigt.

Zum anderen im Hinblick auf das Interesse der Verbraucher, an einem möglichst ungehinderten Wechsel zwischen verschiedenen Anbietern unter Beibehaltung der bisherigen Nummer und damit an einer erhöhten Wahlmöglichkeit. Der letztere, eher „verbraucherbezogene“ Aspekt wird im TKG dadurch unterstrichen, dass die Nummernübertragbarkeit im Teil über den „Kundenschutz“ geregelt ist.

Hohe Preise für die Portabilität stellen offensichtlich eine Belastung für einen Mobilfunkanbieter dar, der neue Kunden gewinnen will. Sie können daher den Markteintritt für einen neuen Mobilfunkanbieter erschweren.

Soweit der aufnehmende Mobilfunkanbieter die ihm auf der Vorleistungsebene in Rechnung gestellten Kosten an den Endnutzer weitergibt – was er, wenn nicht direkt, so jedenfalls indirekt über seine allgemeine Tarifstruktur wohl durchzuführen hat –, können diese Kosten der Portabilität den Verbraucher davon abhalten, von der Möglichkeit der Nummernübertragung Gebrauch zu machen und zu dem neuen Anbieter zu wechseln.

Damit kann die Möglichkeit der Nummernübertragung den „Rufnummernfaktor“ nicht als Kriterium bei der Auswahl des Anbieters zugunsten von sachgerechten Wettbewerbskriterien wie Qualität und Preis „neutralisieren“, sondern die Rufnummer bleibt vielmehr aufgrund der Kosten der Nummernübertragung ein Hindernis für die Wechselbereitschaft der Mobilfunkkunden und den effektiven Wettbewerb zwischen Mobilfunkanbietern.

Wird der relevante Kostenwert nunmehr nicht nur auf der Grundlage des Vergleiches der höchsten Portierungswerte von Unternehmen in anderen Mitgliedsstaaten der Union, sondern auch noch auf dem höchsten Einzelwert dieser Höchstarife festgelegt, dann erweist sich eine solche Vorgehensweise aus Sicht der Verbraucher als auch dem Interesse an einem chancengleichen Wettbewerb als besonders nachteilig.

Eine einfache Durchschnittsbildung wird diesen Interessen eher gerecht. Zugleich fördert die mit einer einfachen Durchschnittsbetrachtung erzielbare Harmonisierung am ehesten die Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG).

Zugleich ist nicht ersichtlich, dass die Interessen der Anbieter der Portierungsleistung bei einer einfachen Durchschnittsbetrachtung über Gebühr und insbesondere angesichts der oben dargestellten relevanten Interessen von Verbrauchern und Wettbewerbern als auch dem Binnenmarktziel an einem niedrigeren Preis als dem Höchstpreis außer Verhältnis beeinträchtigt werden.

Das grundsätzliche Interesse des Anbieters stets an dem höchsten Preis ist in Abwägung zu den oben genannten weiteren Interessen, die es im Abwägungsprozess zu berücksichtigen

gilt, zumindest dann zu vernachlässigen, wenn wie vorliegend keine belastbaren Hinweise dahingehend vorliegen, die dafürsprechen könnten, dass die tatsächlich bei der Betroffenen anfallenden Portierungskosten über dem hier zugrunde gelegten einfachen Durchschnitt der länderspezifischen Höchstwerte liegen könnten.

Die Betroffene hat keinerlei Versuch unternommen, ihre tatsächlichen Kosten zu benennen, geschweige denn nachzuweisen.

Weiter ist der Betroffenen auch die Entscheidung in der Sache Freikom, BK2c-18/002, bekannt, auf die die Beschlusskammer mehrfach hingewiesen hat. In der genannten Entscheidung hat die Beschlusskammer ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die tatsächlichen Portierungskosten des Anbieters – sollten diese höher liegen als der ermittelte Durchschnittswert – ggf. im Rahmen der Gewährung eines Sicherheitszuschlages zu berücksichtigen wären.

2.2.12. Berücksichtigung von Zu- und Abschlägen

Eine Korrektur des ermittelten Vergleichspreises durch Zu- oder Abschläge war nicht angezeigt.

Zwar wären Abschläge grundsätzlich insoweit denkbar, als es sich bei den in den einzelnen Ländern zugrunde gelegten Preisen nicht um den Mittelwert der in den einzelnen Ländern von den unterschiedlichen Unternehmen erhobenen Preisen für die Portierungsleistung handelt, sondern um den in den einzelnen Ländern festgestellten höchsten überhaupt erhobenen Preis. Die Ermittlung eines belastbaren Mittelwertes in den Ländern war dem Aufwand nach nicht zu leisten.

Die Berücksichtigung des höchsten Preises, der in dem jeweiligen Mitgliedsstaat verlangt wird, führt schließlich dazu, dass aus Sicht der Beschlusskammer gewährleistet wird, dass in jedem Fall die Höchstpreise von Unternehmen in den einzelnen Ländern nicht unterschritten werden, die sowohl nach ihrer Kundenzahl als auch dem sonstigen Geschäftsbetrieb als auch der Ausgestaltung der Verwaltung des Portierungsprozesses sowie dessen Abrechnung mit dem Geschäftsbetrieb der Betroffenen vergleichbar sind. Zumindest ist eine Unterschätzung der Kosten der Betroffenen unter Berücksichtigung der jeweiligen Höchstpreise nicht zu erwarten.

Auch für die Gewährung eines Erheblichkeitszuschlages auf den ermittelten Vergleichswertpreis besteht aus Sicht der Beschlusskammer keine rechtliche Grundlage.

Wie bereits oben dargestellt, sieht das Gesetz in Deutschland in Übereinstimmung mit der europarechtlichen Vorgabe den Ansatz der einmalig beim Wechsel anfallenden Kosten vor. Damit erweisen sich Preise, die diese Kosten übersteigen in jedem Fall als gesetzlich unzulässig.

Hierin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zu der Kostenkontrolle nach § 28 TKG im Zusammenhang mit einem möglichen Preishöhenmissbrauch nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG als auch dem Behinderungsmisbrauch nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG. In beiden Fällen wird ein Missbrauch und damit ein Verstoß gegen die gesetzliche Vorgabe erst dann angenommen, wenn der "Als-Ob-Wettbewerbspreis" und damit die Kosten erheblich übersteigen wird,

vgl. statt aller Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, 2013, Schütz/Neumann, § 28 Rn. 52.

Die gesetzlich in § 46 Abs. 5 TKG verankerte Vorgabe einer reinen Kostenkontrolle im Zusammenhang mit der Rufnummernportierung für alle Anbieter und nicht nur die marktbeherrschenden Unternehmen, beruht auf der hohen Bedeutung der Möglichkeit zur Mitnahme für den Wettbewerb im Telekommunikationsbereich. So gilt die freie Übertragbarkeit von Nummern als Schlüsselement für die Herstellung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten; die Sicherstellung der Rufnummernportabilität wird als mitausschlaggebend für den Erfolg des TKG angesehen,

vgl. Bundestagsdrucksache 13/4864 S. 79,75; VG Köln, Urteil vom 23.03.2001 - 11 K 4430/00 -, S. 15 der Ausfertigung, MMR 2001, S. 556 ff. (insoweit nicht mitabgedruckt).

2.2.13. Sicherheitszuschlag

Die Beschlusskammer hat das im Rahmen der o.a. Vergleichsmarktbetrachtung ermittelte Entgelt um einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 10 % erhöht.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann im Einzelfall ein Sicherheitszuschlag erforderlich sein, falls das Vergleichsmaterial für den Preisvergleich auf Schätzungen beruht oder mit sonstigen Unsicherheitsfaktoren behaftet ist,

vgl. BGH WuW/E 1445, 1452 – Valium; WuW/E 2967, 2975 – Strompreis Schwäbisch-Hall; WuW/E 2805, 2811 – Stadtwerke Reutlingen.

Ferner soll der Umfang des Sicherheitszuschlags mit der Breite des Vergleichsmaterials zusammenhängen. Wird der Preisvergleich auf eine breite Basis gestellt, verengt sich in der Regel der Raum für einen Sicherheitszuschlag. Werden nur wenige Vergleichsgrößen herangezogen, muss aufgrund der sich dadurch ergebenden Unsicherheitsfaktoren dem betroffenen Unternehmen eine entsprechend erweiterte Bandbreite in seiner Preisgestaltung zugestanden werden,

vgl. BGH WuW/E 1445, 1452 – Valium.

Wie oben dargelegt, beruht die Vergleichsprüfung auf der Berücksichtigung von vier Länderwertungen, wobei die jeweiligen Länderwerte die entsprechend ermittelten Höchstpreise in den Mitgliedsstaaten darstellen, so die Vergleichswertbildung im Ergebnis auf einer weiteren Anzahl an Unternehmenswerten in den einzelnen Ländern beruht bzw. beruhen kann.

So wurden etwa in Österreich die tatsächlichen Kosten von fünf Verfahrensparteien ermittelt, die bei den Verfahrensparteien im Bereich zwischen EUR 0,70 und EUR 8,21 lagen,

vgl. Entscheidung der Telekom-Control-Kommission vom 06.03.2006; Az. Z 5/04-144.

Unabhängig davon, dass die Beschlusskammer insoweit hier von einer ausreichenden Vergleichsgrundlage ausgeht, erachtet die Beschlusskammer die Berücksichtigung eines Sicherheitszuschlages in Höhe von 5 % für gerechtfertigt, um der im Vergleich zum Verfahren zur Festlegung der Endkundenportierungsentgelte im Festnetz weniger breiten Vergleichsbasis Rechnung zu tragen.

Weiterhin erachtet die Beschlusskammer den Ansatz eines Sicherheitszuschlages von insgesamt 10 % für gerechtfertigt, um damit der nationalen Besonderheit Rechnung zu tragen, wonach die Mobilfunkanbieter nach der deutschen Rechtslage gemäß § 46 Abs. 5 S. 3 und S. 4 TKG über die Vorgaben der europarechtlichen Grundlage nach Art. 30 der Universaldienstrichtlinie hinaus, sicherzustellen haben, dass eine Rufnummer bereits vor Vertragsende auf einen anderen Anbieter übertragen werden kann.

Der Beschlusskammer liegen keine Erkenntnisse dazu vor, inwieweit entsprechende bzw. ggf. andere Erweiterungen der Verpflichtung der Rufnummernportierung in den anderen Mitgliedsstaaten vorgegeben sind. Die Beschlusskammer hält es nicht für ausgeschlossen, dass die in Deutschland vorgenommene Erweiterung der Übertragungsverpflichtung um die Möglichkeit, die Rufnummer bereits vor dem Vertragsende zu portieren und das damit mögliche Auseinanderfallen von Vertragsende und Nummernportierung zu einem begrenzten Mehraufwand bei der Realisierung der Nummernportierung zu einem anderen Betreiber einfordert, der in den Vergleichswerten so nicht mit abgedeckt sein muss. Im Ergebnis betrifft dies allerdings nur das Erfordernis, der Ermöglichung einer zeitlichen Trennung von Vertragsende und der Portierung. Grundsätzlich stellt sich bereits die Frage, inwieweit die gesetzlich vorgesehene Entkoppelung der Möglichkeit zur Portierung einerseits von dem Zeitpunkt der Vertragsbeendigung andererseits, den Leistungsaufwand nicht noch verringert. Schließlich sind die Prozesse der vertraglichen Laufzeit und der Rufnummernportierung in den Abläufen nicht mehr aufeinander abzustimmen. Unabhängig davon gilt, dass die von dieser zeitlichen Differenzierungsmöglichkeit unabhängigen Leistungsaufwände für die Portierungsleistung, die in der entsprechenden Spezifikation Anbieterwechselprozess Mobilfunk normiert sind, und die den Kern des Leistungsaufwandes bei der Portierung darstellen, aufgrund der geänderten Rechtslage zumindest nicht angepasst worden sind und ihrem Umfang nach gleichbleiben, so dass die Erhöhung des Aufschlages auf 10 % aus Sicht der Beschlusskammer den möglichen strukturellen Unterschieden in jedem Fall ausreichend Rechnung trägt.

Weitere Besonderheiten, etwa aufgrund der Netzabdeckung oder der Verteilung der Basisstationen, die etwa im Rahmen der Genehmigung von Entgelten für Terminierungsleistungen Grundlage für die Gewährung eines Sicherheitszuschlages bilden können,

vgl. BVerwG 6. Senat, Beschluss vom 10.12.2014 - 6 C 16.13, Rn. 68,

sind für die Portierung von Rufnummern im Rahmen der Portierung nicht ersichtlich und sind von der Betroffenen oder den Beigeladenen auch nicht vorgetragen worden.

Soweit die Betroffene die Erhöhung des Sicherheitszuschlages wegen der besonderen Situation in Deutschland und hierbei insbesondere dem vermeintlich erheblich höheren Aufwand im Zusammenhang mit der Möglichkeit zu einer vorzeitigen Portierung auf 30 % in Anlehnung an den Vortrag der Beigeladenen zu 6) in dem Verfahren BK2-19/027 fordert, kann dies nicht überzeugen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Betroffene insbesondere auf erforderliche Anpassungen im Zusammenhang mit den sogenannten „Backend- und Frontend-Systemen“ beruft und darauf hinweist, dass eine Anpassung der IT-Systeme erforderlich sei. Für die Beschlusskammer ist schon nicht ersichtlich, inwieweit es sich bei den Anpassungen der technischen Infrastrukturen für die Rufnummernportierung um „einmalig beim Wechsel anfallende Kosten“ im Sinne des § 46 Abs. 5 S. 3 TKG handeln soll. Entsprechende Änderungen

der technischen Infrastrukturen werden regelmäßig für eine Vielzahl an Wechselfälle implementiert und verwendet, so dass es sich gegenständlich nicht um einmalige, sondern vielmehr um wiederkehrende Kosten handelt, die im Rahmen des § 46 Abs. 5 S. 3 TKG nicht ansatzfähig sind.

Der technische Mehraufwand, der dadurch anfällt, dass eine Portierung zusätzlich durchgeführt wird, dürfte in Anbetracht der Vielzahl an Portierungsfällen, für die diese Systeme aufgebaut worden sind, kein messbares Gewicht haben. Zu beachten ist, dass die Betroffene jegliche Vorlage von Unterlagen sowohl für die Gesamtkosten als auch für den Mehraufwand bei einer erweiterten Portierung schuldig geblieben ist.

Kein Sicherheitszuschlag aufgrund tatsächlich höherer Kosten des Unternehmens

Die Gewährung eines höheren Sicherheitszuschlages als die oben dargestellten 10 % kommt vorliegend weiter schon deshalb nicht in Betracht, weil sich im Rahmen des Verfahrens keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass die tatsächlichen Kosten der Betroffenen für die von ihr vorzunehmende Portierungsleistung über den Kosten liegen könnten, die sich im Rahmen einer Vergleichsmarktbetrachtung ergeben.

Die Betroffene hat keinen Versuch unternommen, ihr entstehende etwaige Mehrkosten zu belegen, obwohl sie als Beigeladene in den Verfahren BK2-19/021 und BK2-19/27 wie auch in dem Verfahren BK2-18/002 von der Entscheidungspraxis der Beschlusskammer wusste, dass der Nachweis anererkennungsfähiger Mehrkosten grundsätzlich Berücksichtigung bei der Entgeltfestsetzung finden kann. Solange dies aber von Seiten der Betroffenen nicht erfolgt, etwa im Rahmen der Vorlage von neuen Entgeltvorschlägen nach § 38 Abs. 4 S. 3 TKG, ist nicht erkennbar, weshalb die Betroffene höhere Entgelte als die hier ermittelten Vergleichsentgelte beanspruchen sollte.

So ist es zwar zutreffend, dass die Vorschrift des § 38 Abs. 2 S. 5 TKG zur Kostenermittlung bzw. zur Ermittlung der Höchstmarke für die ansetzbaren Kosten das Primat der Vergleichsmarktprüfung vorsieht. Das bedeutet zugleich, dass Kostenunterlagen nicht den Ausgangspunkt für die Kostenermittlung bilden.

Unabhängig davon kann nach der Rechtsprechung des BVerwG ein Sicherheitszuschlag bzw. die Erhöhung eines Sicherheitszuschlages für den Fall einer isolierten Vergleichsmarktbetrachtung nach § 35 Abs. 1 S. 2 TKG zumindest grundsätzlich gerechtfertigt sein, sofern das betroffene Unternehmen tatsächlich mit höheren Kosten konfrontiert ist, als den Kosten, die nach dem Ergebnis einer Vergleichsmarktbetrachtung anzusetzen sind,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 68.

Auch wenn in dem höchstrichterlich entschiedenen Fall nach der gesetzlichen Ausgangslage primär eine Ermittlung der Kosten nach den Kostenunterlagen vorgesehen war und die Vergleichsmarktbetrachtung erst subsidiär und damit erst dann zum Einsatz gelangte, nachdem die Kosten im Rahmen der Kostenunterlagen nicht ermittelt werden konnten und die einschlägige Norm des § 38 Abs. 2 TKG demgegenüber im Regelfall eine Ermittlung der Kosten primär auf der Grundlage einer Vergleichsmarktbetrachtung vorsieht, so hat die Beschlusskammer bereits im Rahmen der Entscheidung im Verfahren BK2-19/021 gegenüber der Vodafone GmbH, im Verfahren BK2-19/027 gegenüber der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG wie

auch im Verfahren BK2-18/002 gegenüber der Freikom GmbH, zu denen die Betroffene alle- samt beigeladen war, auf die Möglichkeit einer Erhöhung eines Vergleichsmarktergebnisses bei dem Nachweis von tatsächlich höheren Kosten ausdrücklich hingewiesen. Die Betroffene kann sich jedoch nicht Informationsasymmetrien zu Nutzen machen und sich durch Nichtvor- lage von Kostenunterlagen einen größeren Spielraum bei der Preisgestaltung verschaffen. Gerade einem solchen Vorgehen soll die Vergleichsmarktbetrachtung begegnen,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 46.

Auch nicht überzeugen kann der Hinweis der Beigeladenen zu 6) in dem Verfahren BK2- 19/027, dem sich die Betroffene entsprechend ihrem Schreiben vom 06.12.2019 anschließt, wonach der Markt für mobile Telekommunikationsdienstleistungen in Deutschland im europä- ischen Vergleich durch eine besonders hohe Anzahl an Marktakteuren (3 Netzbetreiber, 5 MVNO und 63 Diensteanbieter und 170 Marken) und die komplexeste Marktstruktur geprägt sei, die zu höheren Portierungskosten führe.

Zum einen ist bereits nicht von sich aus ersichtlich und auch von der Beigeladenen zu 6) nicht weiter erläutert, weshalb die Anzahl der auf einem Markt tätigen Netzbetreiber, MVNO sowie Diensteanbieter und deren Marken notwendigerweise maßgeblichen Einfluss auf die von der Betroffenen verwendeten Systeme für die Gewährleistung der Rufnummernportierung haben soll. Im Ergebnis können an einem Portierungsfall, wie von der Beigeladenen zu 6) vorgetra- gen, stets allenfalls 4 Anbieter und 2 Marken beteiligt sein. Da es regelmäßig mehr als vier Anbieter in einem Mitgliedsstaat geben wird, steht grundsätzlich jedes Unternehmen in den entsprechenden Mitgliedsstaaten vor der Herausforderung den entsprechenden Prozess da- raufhin auszurichten, dass jeweils eine Auswahl aus einer Mehrheit von Anbietern bzw. Mar- keninhabern ermöglicht werden muss. Unabhängig davon ist es der Beschlusskammer auch nicht unmittelbar ersichtlich, dass die Zahl der entsprechenden Anbieter gerade in Deutsch- land in grundlegender Weise anders ausfällt als etwa in Frankreich (mit Höchstportierungskos- ten von 50 Cent). So sind nach Informationen auf der Webseite der französischen Regulie- rungsbehörde ARCEP in Frankreich auf einer am 05.12.2019 aktualisierten Liste allein 29 MVNO- oder MVNE-Anbieter aufgeführt.²

Unabhängig davon ist auch nicht erkennbar, inwieweit das von der Beigeladenen zu 6) als Folge der scheinbar besonders komplexen Marktstruktur in Deutschland angeführte Erforder- nis zu einer (besonders) aufwendigen Einrichtung der IT-Systeme zu relevanten einmaligen Kosten führen sollte. Gerade die Einrichtung und Pflege der technischen Plattform für die Por- tierungsleistungen dient der Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung der Anbieter als Ganzes, das bedeutet, es handelt sich um einen Aufwand, der für ein Vielfaches von Portierungsfällen betrieben wurde bzw. wird. § 46 Abs. 5 S. 3 TKG erkennt allerdings nur die einmalig anfallen- den Kosten an und nicht die Kosten für technische Einrichtungen, die für eine wiederkehrende Leistungserbringung aufgebaut und Instand gehalten werden.

Schließlich ist auch nicht ersichtlich, inwieweit der Hinweis auf „außerordentlich hohe Stan- dards in Bezug auf die Gewährleistung weitestgehend reibungsloser Portierungsprozesse“, eine weitergehende Erhöhung des Sicherheitszuschlages rechtfertigen sollten. Der Umstand,

² <https://www.arcep.fr/professionnels/operateurs-des-telecommunications/liste-des-mvno-et-des-accords-de-li- cence-de-marque.html>. Der MVNE nutzt das Mobilfunknetz eines großen Anbieters (MNO) für sein Mobilfunk- angebot und vermarktet seine Dienstleistungen über sogenannte Branded Retailer, Reseller oder MVNOs.

dass, wie die Beigeladene zu 6) in dem Verfahren BK2-19/027 vorträgt, für Ausnahmesituationen wie beispielsweise den Fall einer fehlgeschlagenen Portierung aufwändige standardisierte Prozesse bestehen, lässt grundsätzlich eher erwarten, dass entsprechende Fallgestaltungen dann auch besonders reibungslos und wenig fehleranfällig erfasst und behoben werden können. Ein höherer Aufwand wäre insoweit eher zu erwarten, wenn bei dem Standardisierungsprozess für die Gewährleistung eines weitestgehend reibungslosen Portierungsprozesses eher ein niedriger Standardisierungslevel gewählt worden wäre.

In jedem Fall gilt auch hier, dass es an der Betroffenen gewesen wäre – bzw. ggf. noch in einem nachfolgenden Verfahren nach § 38 Abs. 4 S. 3 TKG liegt – mittels Kostenunterlagen nachzuweisen, dass ihr durch die Portierungsleistung tatsächlich höhere Kosten entstehen. Zu einer solchen Vorlage ist die Betroffene entsprechend bislang nicht bereit.

2.2.14. Ergebnis zum Verstoß gegen den Kostenmaßstab nach § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG

Das von der Betroffenen erhobene Entgelt überschreitet die einmalig beim Wechsel entstehenden Kosten nach dem Ergebnis der europäischen Vergleichsmarktbetrachtung (3,25 Euro netto) zuzüglich des zu gewährenden Sicherheitsaufschlages von 10 %, (das bedeutet 33 Cent).

2.2.15. Vereinbarkeit mit den Regulierungszielen

Bei ihren Entscheidungen hat die Bundesnetzagentur auch stets die Ziele und Grundsätze des § 2 Abs. 2 und 3 TKG zu berücksichtigen. § 2 TKG ist als eine das ganze TKG erfassende Leitnorm mit entsprechendem Beachtungsanspruch zu verstehen,

vgl. Geppert/Schütz, BeckTKG-Komm/Cornils, § 2 Rn. 19.

Da bei der Verfolgung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG die Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG anzuwenden sind, hat die Bundesnetzagentur aber immer sowohl die Regulierungsziele als auch die Regulierungsgrundsätze zu berücksichtigen.

2.2.15.1 Nutzerinteressen sowie chancengleicher Wettbewerb (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 TKG)

Durch die Einbeziehung der Nutzerinteressen in die Regulierungsentscheidung ist der Schutz der Nutzer auch dann zu gewährleisten, wenn mit der Verfügung eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit oder -gleichheit verbunden ist. Mit dem Verbraucherschutzziel werden zudem auch Verpflichtungen und Standards abgedeckt, die nicht die Dienstqualität im eigentlichen Sinne betreffen, sondern Rahmenbedingungen des Dienstangebots, etwa für die Vertragsgestaltung,

vgl. Geppert/Schütz, BeckTKG-Komm/Cornils, § 2 Rn. 26.

So hat die durch die Betroffene vorgenommene Preissetzung, die sich nach Ansicht der Beschlusskammer nicht an der gesetzlich vorgegebenen Kostenorientierung ausrichtet, sondern vielmehr sogar deutlich über allen sonstigen international festgestellten Portierungsentgelten

liegt, zugleich auch insoweit mittelbar Auswirkungen auf die Nutzerinteressen, als der Diensteanbieter die hohen Portierungspreise üblicherweise auch noch mit einem zusätzlichen Aufschlag gegenüber den Endkunden weiter durchreicht. Aus diesen Gründen findet sich die Regelung der Entgeltberechnung zwischen Netzbetreiber und Diensteanbieter auch in einer Vorschrift für den Kundenschutz. Auch die Endkunden zahlen damit erheblich mehr, als sie nach den Vorgaben des Gesetzes für die Inanspruchnahme der Portierungsleistung zu zahlen verpflichtet wären. Zu hohe Entgelte für die Mitnahme einer Rufnummer wirken sich zugleich als Hürde für den Wechsel zu einem neuen Anbieter aus. Damit würden die Regulierungsziele eines die Nutzerinteressen wahrenden, chancengleichen, nachhaltigen und unverzerrten Wettbewerbs im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 TKG gefährdet. Die Festsetzung eines höheren Entgelts, würde die Nutzerinteressen bzw. den Wettbewerb nicht besser zu wahren vermögen, als dies der Regelung des § 46 Abs. 5 TKG zuwiderlaufen würde.

Dies steht auch dem Regulierungsziel der Wettbewerbsgewährleistung nicht entgegen. Zwar hat die Regulierungsbehörde stets den wirtschaftlichen Wettbewerb als Ausfluss unternehmerischer Freiheit im Auge zu behalten. Allerdings ist hierbei der verfolgte Endzweck der Verbraucherwohlfahrt nicht zu vernachlässigen, der den Wettbewerb im Sinne einer „dienenden Wettbewerbsfreiheit“ verstanden wissen will. Niedrigere Entgelte für die Portierungsleistung fördern die Wechselbereitschaft und damit den Wettbewerb. Die von der Beschlusskammer getroffenen Anordnungen dienen damit auch dem Erfordernis der Chancengleichheit, denn nach § 46 Abs. 5 TKG sind alle Anbieter dazu verpflichtet, ein kostenorientiertes Portierungsentgelt zu erheben. Zwar schafft vorliegender Beschluss keine inter omnes Wirkung in Bezug auf sämtliche in Deutschland tätigen Anbieter. Der Bundesnetzagentur ist jedoch gesetzlich zugewiesen, Portierungsentgelte sämtlicher Telekommunikationsdiensteanbieter in Deutschland auf ihre Kostenorientierung hin zu überprüfen, sobald ihr Tatsachen bekannt werden, die einen Verstoß gegen den Entgeltkostenmaßstab nahelegen.

2.2.15.2 Förderung des Binnenmarktes (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG)

Das Regulierungsziel der Förderung des Binnenmarkts nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG wird durch eine gemeinschaftsweit harmonisierte Richtlinienvorgabe unterstützt. Die vorliegend herangezogenen Vergleichsländer mit den dort erhobenen Maximalentgelten unterliegen allesamt dem Regulierungsregime des Art. 30 URL. Durch die Einbeziehung der Kommission und der nationalen Regulierungsbehörden leistet der vorliegende Beschluss der Beschlusskammer auch einen Beitrag zur Entwicklung eines europäischen Binnenmarktes, indem eine kohärente Anwendung der Universaldienstrichtlinie gewährleistet wird.

2.2.15.3 Keine Diskriminierung (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG)

Das angeordnete Entgelt gewährleistet wegen der Befolgung einer einheitlichen methodischen Herangehensweise, die in Art. 30 URL niedergelegt ist und die für die Portierungsleistungen aller nationalen sowie internationalen Unternehmen gilt, die in Deutschland ihre Portierungsleistung anbieten bzw. nachfragen wollen, dass die Betreiber von Telekommunikationsnetzen und die Anbieter von Telekommunikationsdiensten unter vergleichbaren Umständen nicht diskriminiert werden und verfolgt damit auch einen nicht diskriminierenden Regulierungsgrundsatz im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 TKG.

2.2.15.4 Schutz des Wettbewerbs zum Nutzen des Verbrauchers (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 TKG)

Hier kann auf die Ausführungen zur Berücksichtigung des Regulierungsgrundsatzes von § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG verwiesen werden. Die Anwendung der entsprechenden gemeinschaftlichen Vorgaben und der Vorgabe eines Preiskorridors ermöglichen die Identifikation eines kostenorientierten Preises und schaffen damit die Basis für den Schutz des Wettbewerbs zum Nutzen der Verbraucher sowie zur Förderung von Wettbewerb und Innovation.

2.2.16. Untersagung und Erklärung der Unwirksamkeit, § 38 Abs. 4 S. 1 TKG

Gemäß § 46 Abs. 5 Satz 1, 2 TKG können im Falle einer Rufnummernübertragung dem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten nur die Kosten in Rechnung gestellt werden, die einmalig beim Wechsel entstehen. Sofern die Regulierungsbehörde feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 46 Abs. 5 Satz 1, 2 TKG genügen, untersagt sie gemäß § 46 Abs. 5 Satz 3 TKG i.V.m. § 38 Abs. 4 Satz 1 TKG das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam.

Die Voraussetzungen für ein Einschreiten auf dieser Rechtsgrundlage sind vorliegend gegeben.

2.3. Anordnung von Entgelten, die dem gesetzlichen Maßstab genügen, § 38 Abs. 4 S. 2 TKG

Die Beschlusskammer ordnet ein Entgelt in Höhe von 3,58 Euro (netto) für die Portierung einer Rufnummer an, bei dem der Endkunde des Anbieters des Telefondienstes seinen Anbieter wechselt. Dieser Betrag entspricht den Kosten, die sich als Ergebnis eines Tarifvergleiches unter europäischen Mitgliedsstaaten ergeben, bei denen jeweils der gleiche Kostenmaßstab zugrunde gelegt worden ist, wie er auch in Deutschland nach § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG zur Anwendung gelangt, einschließlich eines Sicherheitszuschlages von 10 %.

Die Maßnahme ist geeignet, erforderlich und angemessen, um die mit der Rufnummernportierung verfolgte Zielrichtung einer freien Auswahl der Verbraucher unter gleichzeitiger angemessener Berücksichtigung der Interessen des Unternehmens, das die Portierungsleistung erbringt, zu erreichen.

Gleichzeitig ist der Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, Entgelte unterhalb dieser Schwelle in Rechnung zu stellen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass entsprechend § 46 Abs. 5 S. 1, 2 TKG dem Anbieter die Möglichkeit eingeräumt wird, auch geringere Entgelte als die Kosten für den einmaligen Wechsel zu verlangen bzw. gar keine Entgelte zu erheben.

Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass es der Betroffenen nach § 38 Abs. 4 S. 3 TKG offensteht, etwa mittels Einreichung entsprechender Kostenunterlagen eigene Entgeltvorschläge vorzulegen.

Vorsitzende	Beisitzer	Beisitzer
Schmitt-Kanthak	Woesler	Möller

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Hinweis: Für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Beschlusskammer werden Gebühren nach der Besonderen Gebührenverordnung der Beschlusskammern Post und Telekommunikation der Bundesnetzagentur (BKGebV) erhoben. Weitere Informationen finden Sie unter „Aktuelles“ auf den Internetseiten der Beschlusskammern 2, 3, 5 und 11 unter www.bundesnetzagentur.de.