



Beschlusskammer 3

BK 3b-14/006

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der sipgate Wireless GmbH, Gladbacher Straße 74, 40219 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 06.02.2014 wegen Genehmigung der Entgelte für Terminierungsleistungen im virtuellen Mobilfunknetz der Antragstellerin und weiterer damit in Zusammenhang stehender Leistungsentgelte,

Beigeladene:

1. Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH und die Telefónica Deutschland Holding AG, diese vertreten durch die Geschäftsführung bzw. den Vorstand,
3. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. M-net Telekommunikations GmbH, Spittlertorgraben 13, 90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 1.:

Deutsche Telekom AG
Friedrich-Ebert-Allee 140
53113 Bonn
vertreten durch den Vorstand –

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

auf die mündliche Verhandlung vom 06.03.2014 beschlossen:

1. Das Verbindungsentgelt für die Terminierung im virtuellen Mobilfunknetz der Antragstellerin wird nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG rückwirkend ab dem 03.02.2014 wie folgt genehmigt:

1,79 Cent/Min.

2. Die Entgelte für Zugangsleistungen im Zusammenhang mit der Terminierung im Mobilfunknetz der Antragstellerin werden nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG rückwirkend ab dem 03.02.2014 wie folgt genehmigt:

Pos.	Leistung	Entgelt (netto)
1	<i>Entgelte für Intra-Building-Abschnitte</i>	
1.1	Einmaliges Bereitstellungsentgelt je Intra-Building-Abschnitt 2Mbit/s	483,20 Euro
1.2	Jährliches Überlassungsentgelt für den Intra-Building-Abschnitt 2Mbit/s bei einer Mindestüberlassungsdauer von 1 Jahr	764,22 Euro
2	<i>Entgelt für Zentrale Zeichengabekanäle</i>	
2.1	Jährliches Überlassungsentgelt für den Zentralen Zeichengabekanal bei einer Mindestüberlassungsdauer von 1 Jahr	331,65 Euro
3	<i>Entgelte für Kollokationsleistungen</i>	
3.1	Bereitstellung von Kollokationsflächen	Nach Aufwand
3.2	Überlassung von Kollokationsflächen (Raummieten, Energieversorgung, Klimatisierung, Betriebskosten, Bestandsführung, Zutritt zu Kollokationsbereich)	Nach Aufwand
4	<i>Entgelte für Zusammenschaltungs- und Konfigurationsmaßnahmen</i>	
4.1	Maßnahmen zur Errichtung und Änderung der Zusammenschaltung (insbesondere Verkehrsweglenkung und -registrierung)	Nach Aufwand
4.2	Durchführung von Zusammenschaltungs- und Interoperabilitätstests (einschließlich Anmietung einer Testumgebung)	Nach Aufwand

3. Die Genehmigungen nach Ziffern 1. und 2. sind befristet bis zum 30.11.2014.
4. Die Genehmigungen nach Ziffern 1. und 2. stehen unter dem Vorbehalt der Änderung für den Fall, dass sich die als Vergleichswerte herangezogenen Zugangsentgelte der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG nicht unerheblich ändern sollten.
5. Die Genehmigung nach Ziffer 1. steht unter dem Vorbehalt der Änderung für den Fall, dass ein nicht unerheblicher Anteil von Terminierungsleistungen ohne Nutzung einer Luftschnittstelle erbracht werden sollte.
6. Der Antrag wird im Übrigen abgelehnt.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist seit 2012 als sogenannter MVNO („Mobile Virtual Network Operator“) in Deutschland tätig. Ein MVNO zeichnet sich dadurch aus, dass er den Endkunden den Mobilfunkanschluss mittels eigener SIM-Karten („Subscriber Identity Module“) zur Verfügung stellt und die Netzleistungen grundsätzlich auf Basis eigener Netzinfrastruktur erbringt. Anders als ein originärer Mobilfunknetzbetreiber verfügt er jedoch über keine eigenen Funk-schnittstellen zum Endkunden, sondern muss sich diese von dritten Netzbetreibern herstellen lassen. Im vorliegenden Fall nutzt die Antragstellerin das Funknetz der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus).

Zum Zwecke der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung in anderen Netzen in ihr (virtuelles) Mobilfunknetz vereinbarte und realisierte die Antragstellerin eine Netzzusammenschaltung mit der Beigeladenen zu 1.

Mit Beschluss BK 3b-13/055 vom 31.01.2014, zugestellt am 03.02.2014, erließ die Beschlusskammer gegenüber der Antragstellerin eine vorläufige Regulierungsverfügung. Diese Verfügung enthielt u.a. folgende vorläufige Bestimmungen:

„Der Betroffenen werden folgende Verpflichtungen auferlegt, 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,

[...]

7. dass die Entgelte für 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 Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG genehmigt. Der Effizienzbestimmung sind symmetrische Anforderungen zugrunde zu legen. Die Entgeltermittlung erfolgt vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG.“

Die vorläufige Regulierungsverfügung galt bis zum Wirksamwerden der Entscheidung im Hauptsacheverfahren. Die endgültige Regulierungsverfügung erging am 11.04.2014 mit dem vorgenannten Tenor und rückwirkend auf den 03.02.2014.

Mit Schreiben vom 06.02.2014, am folgenden Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, hat die Antragstellerin die Erteilung einer Entgeltgenehmigung mit Wirkung ab dem 03.02.2014 beantragt.

Mit Beschluss BK 3b-14/006 vom 11.04.2014 sind diejenigen Entgelte vorläufig und rückwirkend ab dem 03.02.2014 genehmigt worden, die anschließend auch im am 16.04.2014 veröffentlichten Konsultationsentwurf tenoriert worden sind. Die vorläufige Genehmigung ist bis zum Wirksamwerden der Entscheidung im vorliegenden Hauptsacheverfahren befristet worden.

Die Antragstellerin beantragt die Genehmigung folgender Entgelte mit Wirkung ab dem 03.02.2014:

I. Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen

Leistung sipgate Wireless-B.1

Die Entgelte für die Zusammenschaltungsleistung sipgate Wireless-B.1 („Verbindungen in das Mobilfunknetz von sipgate Wireless zu Teilnehmeranschlüssen von sipgate Wireless, einschließlich Verbindungsaufbau sowie Halten der Verbindung), werden in Höhe von 3,29 EUR-Cent/Min. netto (zzgl. der jeweils gesetzlich geltenden MwSt.) für den Zeitraum ab dem 03.02.2014 bis zum 30.11.2016 genehmigt.

II. Entgelte für Zugangsleistungen

Darüber hinaus wird beantragt, die Entgelte für Zugangsleistungen im Zusammenhang mit der Terminierung in das Mobilfunknetz der Antragstellerin für den Zeitraum vom 03.02.2014 bis 30.11.2016 wie folgt zu genehmigen:

Pos.	Leistung	Preis zzgl. MwSt
1	Entgelte für Intra-Building-Abschnitte Unabhängig davon, ob die Zusammenschaltung am Standort der Antragstellerin oder einem anderen Standort erfolgt und ob der Inter-Building-Abschnitt von der Antragstellerin, dem ICP oder einem Dritten realisiert wird	
1.1	Einmaliges Bereitstellungsentgelt je Intra-Building-Abschnitt 2 Mbit/s	483,20 Euro
1.2	Jährliches Überlassungsentgelt für den Intra-Building-Abschnitt 2 Mbit/s bei einer Mindestüberlassungsdauer von 1 Jahr	764,22 Euro
2	Entgelt für Zentrale Zeichengabekanäle Unabhängig davon, ob die Zusammenschaltung am Standort der Antragstellerin oder einem anderen Standort erfolgt und ob der Inter-Building-Abschnitt von der Antragstellerin, dem ICP oder einem Dritten realisiert wird	
2.1	Jährliches Überlassungsentgelt für den Zentralen Zei-	331,65 Euro

	chengabekanal bei einer Mindestüberlassungsdauer von 1 Jahr	
3	Entgelte für Kollokationsleistungen	
3.1	Bereitstellung von Kollokationsflächen	Nach Aufwand
3.2	Bereitstellung der Hauseinführung und die Führung des Weiterführungskabels und des Verbindungskabels	Nach Aufwand
3.3	Überlassung von Kollokationsflächen (Raummieten, Energieversorgung, Klimatisierung, Betriebskosten, Bestandsführung, Zutritt zu Kollokationsbereich)	Nach Aufwand
4	Entgelte für Zusammenschaltungs- und Konfigurationsmaßnahmen	
4.1	Maßnahmen zur Errichtung und Änderung der Zusammenschaltung (insbesondere Verkehrsweglenkung und -registrierung)	Nach Aufwand
4.2	Durchführung von Zusammenschaltungs- und Interoperabilitätstests (einschließlich Anmietung einer Testumgebung)	Nach Aufwand
4.3	Jährlicher Aufwand für das Betreiben, Warten und Entstören für die Zusammenschaltung	Nach Aufwand

III. Genehmigungsvorbehalt

Darüber hinaus wird beantragt:

Die Genehmigung der unter Ziffern I. und II. beantragten Entgelte ist auflösend bedingt für den Fall, dass die Genehmigungspflicht der jeweiligen Entgelte entfällt.

IV. Hilfsweise: Vorläufige Entgeltgenehmigung

Hilfsweise wird weiterhin beantragt:

Die unter Ziffer I. und II. beantragten Entgelte werden für den Zeitraum bis zum Erlass einer endgültigen Entgeltgenehmigung vorläufig genehmigt.

Die Antragsunterlagen umfassen das Antragsschreiben, Leistungsbeschreibungen des Dienstes sipgate Wireless-B.1 und der Interconnection-Anschlüsse sowie einen Auszug aus dem Zusammenschaltungsvertrag der Antragstellerin mit der Beigeladenen zu 1.

Die Antragstellerin trägt vor, aus den bei MVNOs zu beachtenden Besonderheiten ergebe sich, dass im vorliegenden Fall eine einfache Vergleichsmarktbetrachtung mit den Mobilfunknetzbetreibern nicht als sachgerecht angesehen werden könne, da die erbrachten Leistungen nicht identisch seien. Die von einem MVNO erbrachte Netzleistung sei vielmehr und am Ehesten mit einer Transitleistung vergleichbar, die zusätzlich zu der Terminierungsleistung des originären Mobilfunknetzbetreibers (MNO) erbracht werde. Denn während auf Seiten des Wirtsnetzbetreibers allein eine zusätzliche Abfrage des HLR beim MSC entfalle – und der MNO dem MVNO deshalb regelmäßig nahezu das volle Terminierungsentgelt in

Rechnung stelle –, stellen die Leitungen und der POI zwischen MVNO und Wirtsnetzbetreiber zusätzliche, über eine Terminierungsleistung eines MNO hinausgehende und damit auch zu vergütende Leistungen dar.

[BuGG]

Im Übrigen würden sich durch die Genehmigung höherer und asymmetrischer Entgelte zugunsten der Antragstellerin aufgrund des derzeit sehr geringen Marktanteils keine Wettbewerbshindernisse ergeben. So habe die Kommission in dem Fall FR/2012/1304 noch bei einem Marktanteil von etwa 10% erhebliche Auswirkungen verneint.

Die von der Antragstellerin beantragten Entgeltmaßnahmen sind auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur (www.bnetza.de) am 11.02.2014 sowie im Amtsblatt Nr. 4/2014 vom 26.02.2014 der Bundesnetzagentur als Mitteilung Nr. 120/2014 veröffentlicht worden.

Der Antragstellerin und den Beigeladenen ist in der am 06.03.2014 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Der Entwurf der Entgeltgenehmigung ist am 16.04.2014 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Im Amtsblatt Nr. 7/2014 vom selben Tag hat die Beschlusskammer mit Mitteilung Nr. 161/2014 auf die Veröffentlichung hingewiesen. Zugleich ist den interessierten Parteien Gelegenheit gegeben worden, innerhalb einer Frist von drei Wochen ab der Veröffentlichung Stellung zum Entwurf zu nehmen.

Innerhalb dieser Frist ist bei der Beschlusskammer keine Stellungnahme eingegangen.

Dem Bundeskartellamt ist mit Schreiben vom 13.05.2014 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Mit Schreiben vom 15.05.2014 hat das Amt mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Unter dem 20.05.2014 hat die Bundesnetzagentur den Entwurf der vorliegenden Entgeltgenehmigung der EU-Kommission, dem GEREK und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung gestellt und diese davon unterrichtet.

Mit Schreiben vom 19.06.2014, am 20.06.2014 bei der Bundesnetzagentur eingegangen, hat die EU-Kommission der Bundesnetzagentur und dem GEREK mitgeteilt, sie sei der Auffassung, durch den Maßnahmenentwurf könnten Hemmnisse für den Binnenmarkt geschaffen werden.

Das GEREK hat der EU-Kommission am 24.07.2014 eine die Kommissionsauffassung unterstützende Stellungnahme übermittelt.

Am 17.10.2014 hat die EU-Kommission der Bundesnetzagentur unter dem Aktenzeichen C(2014) 7501 final folgende Empfehlung übersandt:

1. „Die Bundesnetzagentur sollte die Abhilfemaßnahmen, durch die sipgate Wireless Preisobergrenzen für die Mobilfunk-Anrufzustellung (Markt 7) in Deutschland auferlegt werden, ändern oder zurückziehen, um dafür zu sorgen, dass die Beurteilung der effizienten Kosten im Hinblick auf die in Mobilfunk-Zustellungsmärkten angewandten Entgelte auf einer reinen BU-LRIC-Methode beruht, da dies die angemessenste Methode für die Regulierung der Entgelte auf den Mobilfunk-Zustellungsmärkten ist.
2. Die Bundesnetzagentur sollte auf der Grundlage der in Nummer 1 genannten Methode unverzüglich, spätestens aber zum 1. Januar 2015 neue Mobilfunk-Zustellungsentgelte festlegen, und zwar mit Blick auf die in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie festgelegten Ziele und insbesondere im Hinblick auf die in Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe d der Rahmenrichtlinie, wonach die Bundesnetzagentur mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden, der Kommission und dem GEREK zusammenarbeiten soll, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis sicherzustellen, wie empfohlen von der Kommission in ihrer Zustellungsentgelte-Empfehlung von 2009, die der dringenden Notwendigkeit Rechnung trägt, dass die Endkunden den größtmöglichen Nutzen aus effizienten kostengestützten Zustellungsentgelten ziehen können.

3. Die Kommission wird diese Empfehlung auf ihrer Website veröffentlichen. Die Bundesnetzagentur kann der Kommission binnen drei Arbeitstagen nach Erhalt dieser Empfehlung mitteilen, ob sie der Auffassung ist, dass diese entsprechend den Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten über das Geschäftsgeheimnis vertrauliche Informationen enthält, die vor der Veröffentlichung gelöscht werden sollten. Ein solches Ersuchen ist zu begründen.
4. Falls die Bundesnetzagentur beschließen sollte, den Maßnahmenentwurf nicht zurückzuziehen oder im Sinne dieser Empfehlung zu ändern, muss sie dies gemäß Artikel 7a Absatz 7 der Rahmenrichtlinie der Kommission gegenüber begründen.
5. Gemäß Artikel 7a Absatz 6 der Rahmenrichtlinie muss die Bundesnetzagentur die erlassene Maßnahme der Kommission bis zum 20. November 2014 mitteilen. Dieser Zeitraum kann auf Antrag der Bundesnetzagentur verlängert werden, damit die Bundesnetzagentur eine öffentliche Konsultation gemäß Artikel 6 der Rahmenrichtlinie durchführen kann.
6. Diese Empfehlung ist an die Bundesnetzagentur gerichtet.“

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. sowie auf die Akten verwiesen.

II. Gründe

Die von der Antragstellerin beantragten Entgelte sind in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu genehmigen. Soweit die Antragstellerin darüber hinausgehende Entgelte begehrt, ist der Antrag abzulehnen.

Die Entscheidung beruht auf § 35 Abs. 3 S. 1 TKG analog i.V.m. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

Danach ist eine Genehmigung 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.

1. Rechtsgrundlage

§ 35 Abs. 3 S. 1 TKG ist im vorliegenden Fall analog anzuwenden. Gegenstand des hiesigen Verfahrens ist eine Genehmigung nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG,

siehe die Regulierungsverfügung BK 3b-13/055 vom 11.04.2014.

Diese Art der Genehmigung findet – im Gegensatz zu Genehmigungen nach § 31 Abs. 1 TKG – keine explizite Erwähnung in § 35 Abs. 3 S. 1 TKG.

Nach dieser Vorschrift ist eine Genehmigung ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen des § 28 und im Fall einer Genehmigung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 den Anforderungen der §§ 28 und 31 Abs. 1 S. 2 nach Maßgabe des § 35 Abs. 2 entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 vorliegen.

Es ist allerdings nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber damit die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für eine Genehmigungserteilung nach § 31 Abs. 2 TKG verneinen und planvoll eine verfahrensrechtliche Regelungslücke herbeiführen wollte. Vielmehr sind die jeweiligen Interessenlagen bei Genehmigungen nach § 31 Abs. 1 einerseits und Abs. 2 andererseits miteinander vergleichbar. In beiden Fällen erscheinen die Hinweise auf die Anforderungen nach § 28 und § 31 TKG sowie auf die Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG gleichermaßen gerechtfertigt. Für den unbefangenen Betrachter stellt es sich letztlich so dar, dass bei der Umgestaltung der Entgeltregulierungsvorschriften im Zuge der

TKG-Novelle 2012 die Norm des § 35 Abs. 3 TKG den neuen Gegebenheiten in § 31 TKG nur unvollständig angepasst worden ist.

§ 35 Abs. 3 S. 1 TKG wird derart analog angewendet.

2. Zuständigkeit, Verfahren und Frist

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 S. 1 TKG.

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

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Weil es sich hier um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, ist gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem BKartA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Des Weiteren ist der Entwurf dieser Entscheidung konsultiert und konsolidiert worden. Die Rechtsgrundlage für die Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren findet sich in § 13 Abs. 1 S. 1 und 2 TKG i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 TKG analog.

Seinem Wortlaut nach verpflichtet § 13 Abs. 1 S. 1 und 2 TKG die Bundesnetzagentur zwar nur dazu, die Entwürfe von Regulierungsverfügungen – bei Vorliegen verschiedener weiterer Voraussetzungen – einem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren zu unterziehen. Mit Blick auf die unionsrechtlichen Vorgaben nach Art. 6 und Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie i. V. m. Art. 8 und 13 Abs. 3 S. 3 Zugangsrichtlinie ist allerdings § 13 Abs. 1 S. 1 und 2 TKG dahingehend analog anzuwenden, dass diese Norm über ihren Wortlaut hinaus auch Anwendung auf Entwürfe von Entgeltgenehmigungen findet.

Eine Klärung, ob dieses Verständnis der Beschlusskammer zutrifft, wird sich voraussichtlich im derzeit vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren 6 C 10.13 betreffend eine Genehmigung von Mobilfunkterminierungsentgelten ergeben. In diesem Verfahren hat das BVerwG am 25.06.2014 folgenden Beschluss gefasst:

„Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu folgender Frage eingeholt:

Ist Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie) dahin auszulegen, dass eine nationale Regulierungsbehörde, die einen Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet hat, Mobilfunkterminierungsleistungen zu erbringen, und die hierfür verlangten Entgelte unter Einhaltung des in der genannten Richtlinienbestimmung vorgesehenen Verfahrens der Genehmigungspflicht unterworfen hat, verpflichtet ist, das Verfahren nach Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21/EG vor jeder Genehmigung konkret beantragter Entgelte erneut durchzuführen?“

In Hinblick auf diesen Beschluss des BVerwG gibt die Beschlusskammer ihre zwischenzeitlich geübte Praxis auf, im Falle von Entgeltgenehmigungen und im Anschluss an das Urteil 21 K 7809/10 des Verwaltungsgerichts Köln vom 19.09.2012 die Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren auf die allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 10 und 24 VwVfG zu stützen.

Die vorliegende Entscheidung konnte aufgrund der Durchführung von Konsultations- und Konsolidierungsverfahren erst nach Ablauf der in § 31 Abs. 4 S. 3 TKG enthaltenen Regelfrist von zehn Wochen ergehen. Die Beschlusskammer hat gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 5 S. 2 TKG analog ihren Beschluss zur Nichtbefolgung der am 17.10.2014 ergangenen Empfehlung C(2014) 7501 final der Kommission begründet.

3. Genehmigungspflicht

Die beantragten Entgelte sind genehmigungspflichtig.

Die grundsätzliche Genehmigungspflichtigkeit ergibt sich aus der – auf den 03.02.2014 rückwirkenden – Regulierungsverfügung BK 3b-13/055 vom 11.04.2014. In der Entscheidung ist die Antragstellerin dazu verpflichtet worden, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragstellerin zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren. Die hierfür von der Antragstellerin verlangten Entgelte unterliegen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG und den diese konkretisierenden Bestimmungen der Regulierungsverfügung.

Weil die durch die Regulierungsverfügung begründete Verpflichtung zur Zugangsgewährung neben der eigentlichen Verpflichtung zur Terminierung zugleich auch sämtliche zusätzliche Leistungen umfasst, welche die Inanspruchnahme der Terminierungsleistung im Netz der Antragstellerin erst ermöglichen oder für diese zwingend erforderlich sind, so namentlich Netzanschlüsse sowie die dafür erforderlichen Kollokations-, Konfigurations- und Testmaßnahmen, unterliegen auch alle dafür geforderten Entgelte der Entgeltgenehmigungspflicht. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen.

Die Genehmigungspflicht erfasst darüber hinaus als sog. entgeltrelevanten Bestandteil die Forderung nach einer Mindestüberlassungsdauer für Netzanschlüsse,

vgl. zum Konzept der entgeltrelevanten Bestandteile Ziffer 3.2.1 der Vorläufigen Einstellungsverfügung BK 3b-13/047 vom 17.12.2013 m.w.N.

4. Genehmigungsfähigkeit

Die beantragten Entgelte sind im tenorierten Umfang genehmigungsfähig. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Terminierungsentgelts (Ziffer 4.1) als auch bezüglich der Entgelte für Kopplungs- und Kollokationsleistungen (Ziffer 4.2). Die Rückwirkung bemisst sich nach § 35 Abs. 5 S. 1 TKG (Ziffer 4.3).

4.1 Terminierungsentgelt

Die unter Ziffer 1. tenorierten Entgelte erfüllen die Anforderungen von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und § 28 TKG. Gleichzeitig fehlt es an Versagungsgründen i.S.v. § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG.

4.1.1 Anforderungen des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG

Gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte abweichend von § 31 Abs. 1 TKG auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen, sofern die Vorgehens-

weisen besser als die in Absatz 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

In der Regulierungsverfügung BK 3b-13/055 vom 11.04.2014 ist diese andere Vorgehensweise bei der Genehmigung von Terminierungsentgelten der Antragstellerin dahingehend geregelt worden, dass die Terminierungsentgelte 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. Ausgangspunkt der Prüfung ist damit die Regelung in § 32 Abs. 1 S. 1 TKG, wonach 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, ergeben, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Bei der Beurteilung der „Notwendigkeit“ von Kosten sind allerdings nach den Vorgaben der Terminierungsempfehlung grundsätzlich symmetrische Anforderungen zu stellen. Zudem erfolgt die Entgeltermittlung vorrangig per Vergleichsmarktbetrachtung im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG,

siehe Beschluss BK 3b-13/055 vom 11.04.2014.

Grund für die verfügte vorrangige Verwendung der Vergleichsmarktmethode ist, dass diese Methode es erlaubt, die insbesondere für das jeweilige Mobilfunk-Wirtsnetz geltenden Zugangsentgelte auf den MVNO-Bereich zu übertragen. Dieses Vorgehen sichert das Erreichen symmetrischer KeL-Entgelte. Als demgegenüber aufwändigere Methoden müssen Entgeltermittlungen anhand von Kosteninformationen und/oder gemäß Nr. 2 Halbs. 2 Terminierungsempfehlung mittels eines analytischen Kostenmodells hinter die verfügte Vorgehensweise zurücktreten,

siehe Beschluss BK 3b-13/055 vom 11.04.2014.

Entgegen der von der Europäischen Kommission in der Empfehlung C(2014) 7501 final vom 17.10.2014 vertretenen Auffassung stehen die in der Regulierungsverfügung getroffenen Vorgaben insbesondere zur KeL-Regulierung vorliegend nicht zur Disposition.

Die Beschlusskammer hat die Frage, ob die herkömmliche KeL-Preisobergrenze durch eine Pure-LRIC-Preisobergrenze ersetzt werden sollte, in der Regulierungsverfügung selbst untersucht und verneint. Die Kammer war nicht verpflichtet, diese Frage erst in einem nachgelagerten Verfahren zu prüfen,

vgl. zu einer ähnlichen Konstellation im Zugangsbereich BVerwG, Urteil 6 C 23.12 vom 11.12.2013, Rz. 37ff.

Im Rahmen des Verfahrens zur Regulierungsverfügung sind die Beteiligungsrechte der Europäischen Kommission, des GEREK und der nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten in vollem Umfang gewahrt worden. So hatte sich die Europäische Kommission per Empfehlung C(2014) 2194 final vom 04.04.2014 mit den auch hier vorgetragenen Argumenten gegen den Entwurf der Regulierungsverfügung BK 3b-13/055 und das darin enthaltene Absehen von einer Pure-LRIC-Regulierung wenden können und tatsächlich auch gewandt. Die Bundesnetzagentur hatte sich mit den Bedenken der Kommission auseinandergesetzt, war ihnen im Ergebnis aber nicht gefolgt,

vgl. Beschluss BK 3b-13/055 vom 11.04.2014, Ziffer. 3.6.5.1.3 der Begründung.

Vorliegend geht es um die Umsetzung der derart getroffenen Entscheidung. Der hiesige Verfahrensgegenstand bemisst sich nach dem Antrag der Antragstellerin, der auf eine Genehmigung bestimmter Leistungsentgelte gerichtet ist. Weder Antrag noch Verfahrensgegenstand erstrecken sich auf eine Änderung der Regulierungsverfügung. Dies verkennt die Kommission, wenn sie mit ihrem Vorgehen eine Revision der Regulierungsverfügung erlangen will.

Im Übrigen hält die Beschlusskammer die im Beschluss BK 3b-13/055 vom 11.04.2014 gegebene Begründung für ein Absehen von einer Verschärfung des Regulierungsmaßstabs für nach wie vor zutreffend.

4.1.2 Durchführung der Vergleichsmarktbetrachtung

Gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG sind für eine Vergleichsmarktbetrachtung die Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranzuziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten anbieten; dabei sind die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen.

Als (nationaler) Vergleichsmarkt wird im vorliegenden Fall derjenige für Terminierungen in das Netz der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG herangezogen. Der E-Plus sind für ihre Terminierungsleistungen mit Beschluss BK 3a-12/086 vom 19.07.2013 auf Grundlage eines Kostenmodells für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis zum 30.11.2014 Entgelte in Höhe von 1,79 Cent/Min. genehmigt worden.

Die Heranziehung des genannten Marktes zu Vergleichszwecken ist nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die E-Plus auf ihrem Terminierungsmarkt über einen Marktanteil von 100% verfügt. Gleichwohl handelt es sich dabei um einen „dem Wettbewerb geöffneten“ Markt im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG. Denn im vorliegenden Fall übernimmt die Regulierung die sonst dem Wettbewerb zukommende Funktion, die Spielräume des Anbieters zu kontrollieren und zu begrenzen,

vgl. hierzu näher BVerwG, Urteil 6 C 36.08 vom 23.06.2010, Rz. 24ff.

Ist danach eine Vergleichsmarktbetrachtung grundsätzlich möglich, so ist ein Vergleich mit den der E-Plus genehmigten Preisen auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil damit in der Vergleichsmarktbetrachtung nur der Preis eines einzigen Unternehmens berücksichtigt wird. Ein solches Vorgehen unterliegt grundsätzlich keinen Bedenken, sofern – wie es vorliegend der Fall ist – trotz der schmalen Vergleichsbasis die Vergleichbarkeit der Preise gewährleistet ist,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rz. 26ff.

Das Entgelt von 1,79 Cent/Min. kann auf den Terminierungsmarkt der Antragstellerin übertragen werden, ohne dass es zum Ausgleich von Besonderheiten des Vergleichsmarktes einer Entgeltkorrektur in Form eines Aufschlags bedürfte.

Die Beschlusskammer geht bei der Übertragung der Vergleichswerte in einem ersten Schritt davon aus, dass die Entgelte der E-Plus von der Beschlusskammer unter Berücksichtigung von Rahmenbedingungen ermittelt worden sind, die mit denjenigen bei der Antragstellerin weitgehend übereinstimmen, und die deshalb auch bei einer Entgeltbestimmung auf Grundlage eines Kostenmodells vorliegend maßgeblich gewesen wären.

Sowohl der jeweils entgeltete Leistungserfolg als auch die jeweils zugrunde liegende Leistungshandlung sind zwischen Antragstellerin und E-Plus im Wesentlichen vergleichbar.

Beide bieten auf ihren Terminierungsmärkten Anrufzustellungen über eine Luftschnittstelle auf ein mobiles Endgerät an. Dabei ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragstellerin über den marktüblichen Anteil hinaus Terminierungen ohne Nutzung der Luftschnittstelle erbringt. Denn die Antragstellerin bietet jedenfalls derzeit ihren Endkunden keine Anrufsammeldienste an (siehe aber den Vorbehalt in Ziffer 5. des Tenors). [BuGG] Es spricht deshalb nichts dafür, dass die Antragstellerin einen nicht unerheblichen Anteil des von der Beigeladenen zu 1. übergebenen Verkehrs statt im Mobilfunknetz im Festnetz terminiert.

Die Leistungen werden ferner unter insofern vergleichbaren Bedingungen erstellt, als sie in beiden Fällen über die für ein Mobilfunknetz übliche Infrastruktur abgewickelt werden. Bezüglich des Hauptkostentreibers, nämlich der Nutzung des Radiozugangsnetzes, ist die betroffene Infrastruktur sogar identisch. Denn die E-Plus stellt der Antragstellerin ihre Luftschnittstellen im Rahmen des MVNO-Vertrages zur Mitnutzung zur Verfügung. In der Folge sind auch die jeweils verwendeten Netztechniken sowie die jeweils angebotene Netzabdeckung und Dienstbandbreite zwischen der Antragstellerin und der E-Plus von im Wesentlichen gleicher Natur. Letzteres gilt im Übrigen auch hinsichtlich der Infrastrukturkosten als solcher, also beispielsweise die Spektrumsentgelte, Kapitalkostensätze sowie die Grundstücks- und Lohnkosten.

Trotz dieser grundsätzlichen Übereinstimmung fallen zwei Faktoren ins Auge, die gegen eine bloße Übertragung der Entgelte der E-Plus auf den vorliegenden Fall sprechen könnten. Denn zum einen betreibt die Antragstellerin das Radiozugangsnetz nicht selbst, sondern mietet es von der E-Plus gegen Entrichtung eines bestimmten Minutenpreises und unter Inkaufnahme zusammenschaltungsbedingter Zusatzkosten an, und zum anderen handelt es sich bei der Antragstellerin um einen Marktneuling, der unter bestimmten Kostennachteilen leiden könnte. Die Beschlusskammer hat deshalb in einem weiteren Schritt geprüft, ob ein Grund zur Gewährung eines Entgeltzuschlags auf den Vergleichspreis der E-Plus bestehen könnte. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Beschlusskammer allerdings zu dem Schluss gelangt, dass eine Entgeltkorrektur nicht angezeigt ist.

Die Möglichkeit, Korrekturwerte zu bilden, ist im letzten Halbsatz des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG angelegt, wonach bei der Vergleichsmarktbetrachtung die Besonderheiten der Vergleichsmärkte zu berücksichtigen sind. Das Gesetz greift damit die entsprechende höchstgerichtliche Rechtsprechung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht auf. Der Rechtsprechung zufolge wird bei dem Vergleichsmarktkonzept der Preis, der sich auf dem relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würde, dadurch ermittelt, dass die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, wobei den Preis beeinflussende Faktoren, insbesondere Unterschiede in der Marktstruktur, mitberücksichtigt und durch entsprechende Zu- oder Abschläge ausgeglichen werden,

vgl. BGH, Beschluss KVR 2/76 vom 16.12.1976, Rz. 44 (juris).

Im hiesigen Fall verengt sich allerdings die Bandbreite an Einflussfaktoren, die für die Frage einer Entgeltkorrektur von Relevanz sein können. Denn unter Bezugnahme auf die Terminierungsempfehlung der Kommission bestimmt die insoweit maßgebliche Regulierungsverordnung, dass gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG die Effizienzanforderungen grundsätzlich symmetrisch ausgestaltet werden sollen. 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. 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. Eine weitergehende Individualisierung der Entgelte wäre dagegen nicht gerechtfertigt. Dementsprechend sind etwaige Abweichungen vom Symmetrie Grundsatz allein nach Nr. 9 und 10 der Terminierungsempfehlung zu beurteilen,

siehe Beschluss BK 3b-13/055 vom 11.04.2014.

Nach dieser Maßgabe erweist sich der von der Antragstellerin begehrte Entgeltzuschlag als ungerechtfertigt.

Ein solcher Zuschlag lässt sich einmal nicht aus Nr. 9 der Terminierungsempfehlung ableiten. Gemäß dieser Regelung sind Festlegungen effizienter Kostenniveaus, die von den Symmetrie Grundsätzen abweichen, durch objektive Kostenunterschiede, auf die der betreffende Betreiber keinen Einfluss hat, zu begründen. Solche objektiven Kostenunterschiede können auf den Mobilfunkmärkten aufgrund ungleicher Frequenzuteilungen auftreten.

Das genannte Regelbeispiel ungleicher Frequenzuteilungen liegt im Fall der Antragstellerin – eines MVNO – nicht vor. Darüber hinaus greift aber auch das allgemein in Nr. 9 Terminierungsempfehlung genannte Kriterium der unverschuldeten Kostenunterschiede nicht durch. Zwar trägt die Antragstellerin vor, die für die Zusammenschaltung ihres Netzes mit demjenigen des Wirtsnetzbetreibers anfallenden Kosten würden per Saldo nicht durch das Entfallen von Kosten für eine zusätzliche HLR-Abfrage auf Seiten des Wirtsnetzbetreibers kompensiert, so dass die Erstellung einer MVNO-Terminierungsleistung immer teurer sei als diejeni-

ge einer MNO-Terminierungsleistung. Diese Argumentation ist indes im vorliegenden Zusammenhang unbeachtlich.

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist Nr. 9 der Terminierungsempfehlung dahin gehend auszulegen, dass sie eine Berücksichtigung von Kostenunterschieden in den Fällen verlangt, in denen dem fraglichen Anbieter aufgrund hoheitlichen Handelns höhere Kosten als seinen Konkurrenten entstehen. Dieses Verständnis beruht auf Systematik und Zweck der Regelung. Zweck der Nr. 9 Terminierungsempfehlung ist es, Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken. Allerdings kann dabei nicht jedweder exogen ausgelöste Kostennachteil als wettbewerbsverzerrend und damit berücksichtigungsfähig verstanden werden. Der oben bereits dargestellte Grundsatz der Entgeltbemessung im Genehmigungsverfahren lautet vielmehr, dass sich ein Unternehmen nicht auf seine individuellen Möglichkeiten und Ressourcen berufen kann, sondern sich seinerseits dem vom Wettbewerb gesetzten Preis anpassen hat. Die in Nr. 9 und 10 Terminierungsempfehlung genannten Ausnahmen sollten deshalb auch als solche eng ausgelegt werden und eng an den dort genannten Fallgestaltungen orientiert bleiben. Eine Ausnahme von dem o.g. Grundsatz erscheint danach nur in solchen Fällen angezeigt, in denen aufgrund (Nr. 9) hoheitlichen Handelns – Frequenzausstattung – oder (Nr. 10) einer Aufbauphase – Marktneuling mit geringer Unternehmensgröße – eine Anpassungsleistung billigerweise nicht erwartet werden kann. Eine darüber hinausgehende Ausweitung von Ausnahmefällen würde dagegen die Anreize für die Vornahme von Anpassungen sachwidrig vermindern.

Nach dem dargestellten Verständnis ist der Umstand, dass zu den Kosten einer MVNO-Terminierungsleistung – anders als bei einer MNO-Terminierungsleistung – immer auch die Kosten der Zusammenschaltung zwischen MVNO und Wirtsnetzbetreiber gehören, vorliegend nicht weiter von Belang. Diese Zusatzkosten muss der MVNO durch anderweitige Maßnahmen – sei es durch entsprechende Verhandlungen mit dem Wirtsnetzbetreiber, sei es durch ein besonders effizientes Agieren – selbst ausgleichen. Dabei kann offen bleiben, ob die Antragstellerin derartige Maßnahmen bereits ergriffen hat, etwa durch ein gemeinsames Verhandeln der Entgelte für terminierende und originierende Verbindungen. Eine regulatorische Anerkennung dauerhaft höherer Kosten würde jedenfalls gegen das Ziel wettbewerbsemulierender Entgelte verstoßen. Denn im Wettbewerb würde auch kein MVNO bestehen können, der den Nachfragern letztlich den gleichen Leistungserfolg (Terminierung auf ein Mobilfunkendgerät) in vergleichbarer Qualität wie die MNO anbieten, dafür aber dauerhaft höhere Preise verlangen würde.

Die Antragstellerin kann sich damit nicht auf die Ausnahmemöglichkeit nach Nr. 9 der Terminierungsempfehlung berufen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Ausnahmemöglichkeit nach Nr. 10 der Terminierungsempfehlung.

Nach der letztgenannten Regelung können die nationalen Regulierungsbehörden – nachdem sie festgestellt haben, dass auf dem Endkundenmarkt Hindernisse beim Eintritt in den Markt und bei dessen Ausweitung bestehen – und nachdem nachgewiesen werden konnte, dass einem Marktneuling auf dem Mobilfunkmarkt, der unter dem Effizienzminimum bleibt, höhere zusätzliche Stückkosten entstehen als dem Musterbetreiber, gestatten, dass diese höheren Kosten während eines Übergangszeitraums über regulierte Zustellungsentgelte amortisiert werden. Ein solcher Zeitraum darf vier Jahre nach Markteintritt nicht überschreiten. Erwägungsgrund 17 Terminierungsempfehlung erläutert diesbezüglich, auf dem Mobilfunkmarkt dürfte es drei bis vier Jahre nach Markteintritt dauern, bis ein Marktanteil von 15 bis 20% und damit der jeweilige effiziente Mindestumfang erreicht werde. Hierin liege der Unterschied zur Situation für Marktneulinge auf Festnetzmärkten, die ihre Stückkosten niedrig halten könnten, indem sie ihre Netze in bestimmten geografischen Gebieten auf Verbindungen mit hoher Verkehrsdichte konzentrierten und/oder entsprechende Netzkapazitäten von den bereits dort tätigen Betreibern anmieteten.

Bereits aus dem Erwägungsgrund 17 wird deutlich, dass es vorliegend um eine Anerkennung von Kostennachteilen geht, die daraus entstehen, dass ein Mobilfunknetzbetreiber beim Aufbau seines Anschlussnetzes nicht – wie ein Festnetzbetreiber – zunächst stückweise und regional beschränkt vorgehen kann, sondern gleich ein national flächendeckendes

Radiozugangsnetz aufbauen muss, ohne über eine entsprechende Kundenbasis zu verfügen. Analog zu den Festnetzbetreibern benötigt allerdings auch ein MVNO keinen Marktanteil von 15 bis 20% des Endkundenmarktes, um effizient agieren zu können. Denn über seinen MVNO-Vertrag kann er bereits die entsprechenden Skalenvorteile des etablierten Wirtsnetzes genießen. Damit jedoch besteht kein Grund, der Antragstellerin einen Ausgleich für eine Unterschreitung des Effizienzminimums zuzugestehen.

Die Beschlusskammer nimmt deshalb keinen Aufschlag auf den Vergleichspreis der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG vor.

Das gefundene Ergebnis steht im Einklang mit einer unionsweit einheitlichen Regulierungspraxis. Wie sich im Zusammenhang mit der Genehmigung der Terminierungsentgelte des MVNO Lycamobile Germany GmbH gezeigt hat,

vgl. Beschluss BK 3b-12/107 vom 19.07.2013,

werden MVNO – soweit sie in einem Land tätig sind – spätestens seit dem 01.07.2013 nur die Terminierungsentgelte zugestanden, welche auch dem Wirtsnetzbetreiber genehmigt worden sind. Diese Regel gilt in Dänemark, Frankreich, Spanien, Irland, den Niederlanden, Polen und Schweden. Niedrigere Entgelte für MVNO als für die originären Netzbetreiber sind in Zypern anzutreffen. Teilweise höhere Entgelte werden den MVNO dagegen in den nicht der EU angehörenden Ländern Norwegen und Schweiz zuerkannt.

4.1.3 Keine Ergebniskorrektur aufgrund anderer Ermittlungsmethoden

Bereits in der Regulierungsverfügung ist der Vorrang der Vergleichsmarktbetrachtung vor anderen Kostenermittlungsmethoden festgelegt worden (s.o). Vorliegend besteht kein Anlass und ist auch von keinem der Beteiligten gefordert worden, dass die Entgelte ergänzend auf Kostenunterlagen oder die unmittelbare Anwendung eines Kostenmodells gestützt werden.

4.1.4 Keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG

Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG liegen für die unter Ziffer 1. genehmigten Entgelte nicht vor. Anhaltspunkte für einen Verstoß der Entgelte gegen Bestimmungen des TKG oder sonstiger Rechtsvorschriften sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 28 TKG. Die Entgelte sind, soweit erkennbar, nicht missbräuchlich i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 1 TKG.

Zwar waren die beantragten Entgelte in dem von der Antragstellerin geforderten Umfang teilweise überhöht, jedoch kann sie diese, soweit sie unangemessen sind, bereits aufgrund der Genehmigungspflicht als solcher nicht i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG durchsetzen. Soweit die Entgelte genehmigt werden, beinhalten sie keine Aufschläge.

Für die Entgelte in der genehmigten Höhe ist auch nicht davon auszugehen, dass sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt entgegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG i.V.m. § 28 Abs. 2 TKG in erheblicher Weise beeinträchtigen. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Beeinträchtigung liegen nicht vor.

4.1.5 Ergebnis

Für den maßgeblichen Genehmigungszeitraum vom 03.02.2014 bis zum 30.11.2014 ergeben sich Terminierungsentgelte in Höhe von 1,79 Cent/Min.

4.2 Koppelungs- und Kollokationsentgelte

Die unter Ziffer 2. tenorierten Entgelte entsprechen ebenfalls den Anforderungen des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TKG.

Nach der vorgenannten Norm genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte abweichend von § 31 Abs. 1 TKG auf der Grundlage anderer Vorgehensweisen, sofern die Vorgehensweisen besser als die in Absatz 1 genannten Vorgehensweisen geeignet sind, die Regulierungsziele nach § 2 TKG zu erreichen.

In der Regulierungsverfügung BK 3b-13/055 vom 11.04.2014 ist diese andere Vorgehensweise auch für die Koppelungs- und Kollokationsentgelte dahingehend geregelt worden, dass diese auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 32 TKG bemessen werden, 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.

4.2.1 Anzuwendende Pauschalentgelte

Die vorrangige Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Sinne von § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG erlaubt es der Beschlusskammer, die bei den anderen Erbringern von Mobilfunkterminierungsleistungen, insbesondere auch der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG als Wirtsnetzbetreiberin gemäß Beschluss BK 3b-12/086 vom 19.07.2013, geltenden Koppelungs- und Kollokationsentgelte einschließlich der Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Intra-Building-Abschnitten sowie die Überlassung von Zentralen Zeichengabekanälen auf die Antragstellerin zu übertragen. Dieses Vorgehen berücksichtigt den Umstand, dass es sich bei den entsprechenden Pauschalen um miteinander vergleichbare Leistungen handelt, die auch gleich bepreist werden sollten.

Was die beantragte und genehmigte Mindestüberlassungsdauer für die Überlassung von Intra-Building-Abschnitten und Zentralen Zeichengabekanälen anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass diese weder für die Zusammenschaltungspartner noch für dritte Unternehmen zu spürbaren Einschränkungen der Wettbewerbsmöglichkeiten führen kann. So ist schon nicht ersichtlich, dass die einjährige Mindestüberlassungsdauer Unternehmen von ansonsten erwünschten Zusammenschaltungen (sei es mit der Antragstellerin, sei es mit Drittanbietern) abhalten könnte. Die wettbewerbliche Beurteilung einer Mindestüberlassungsdauer könnte zwar insbesondere dann anders ausfallen, wenn es sich um einen dynamischeren Markt, eine längere Bindung und/oder um den Einbezug einzelner Anschlussleitungen in die Mindestüberlassungsfrist handeln würde. Der vorliegende Fall gibt indes keinen Anlass, diesbezüglich vertiefte Überlegungen anzustellen.

Die Beschlusskammer weist im Übrigen darauf hin, dass die vorgenannten Koppelungs- und Kollokationsleistungen – im Gegensatz zum Festnetzbereich - im Mobilfunkbereich nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind.

4.2.2 Aufwandsbezogene Entgelte

Die in der Regulierungsverfügung geforderte symmetrische Erbringung der Koppelungs- und Kollokationsleistungen war auch im Falle der nicht pauschalierbaren und somit aufwandsbezogen abzurechnenden mobilfunkspezifischen Leistungen angezeigt. Diese weiteren Zusammenschaltungs-, Konfigurations- und Zusatzleistungen - welchen keine betreiberübergreifenden Vergleichsleistungen im Festnetzbereich gegenüberstehen - waren in der Vergangenheit jeweils betreiberindividuell „nach Aufwand“ genehmigt worden.

Zwar gebietet Sinn und Zweck der Entgeltgenehmigung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine vorrangige Beantragung und Genehmigung standardisierter Entgelte vor einer Abrechnung „nach Aufwand“. Eine Entgeltanordnung nach Aufwand ist demnach gemäß §§ 25 Abs. 5 S. 3, 31 TKG nur zulässig, wenn und soweit eine einheitliche standardisierte Festlegung der zur Leistungserbringung erforderlichen Tätigkeiten aufgrund fehlender Erfahrung oder von Fall zu Fall stark unterschiedlicher Produktionsprozesse nicht möglich ist,

vgl. BVerwG, Urteil 6 C 34.08 vom 25.11.2009, Rz. 17.

Wird ausnahmsweise eine Genehmigung „nach Aufwand“ beantragt, trifft nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts das regulierte Unternehmen die Darlegungslast dafür, dass und inwieweit ihm die Kalkulation standardisierter Entgelte bzw. Entgeltteile nicht möglich ist,

vgl. BVerwG, a.a.O., Rz. 28.

Eine Präzisierung der Darlegungspflicht findet sich nunmehr auch in § 34 Abs. 1 Nr. 4 TKG, wonach „soweit für bestimmte Leistungen oder Leistungsbestandteile keine Pauschaltarife beantragt werden, eine Begründung dafür (durch das beantragende Unternehmen) erforderlich ist, weshalb eine solche Beantragung ausnahmsweise nicht möglich ist“.

Entsprechend den Darlegungen der Antragsverpflichteten in den Mobilfunkverfahren und nach Dafürhalten der Beschlusskammer sind unter Abwägung der Umstände und Interessen aller Marktteilnehmer die Voraussetzungen einer aufwandsbezogenen Abrechnung für die tenorierten Koppelungs- und Kollokationsentgelte gegeben. So wurden seitens der originären Mobilfunknetzbetreiber für deren bislang aufwandsbezogen genehmigten Leistungspositionen in den letzten beiden Kalenderjahren vor der am 19.07.2013 erteilten Genehmigung mit Ausnahme der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG überhaupt keine Umsätze getätigt. Die aufwandsbezogen abgerechneten Leistungen der E-Plus beschränkten sich demgegenüber mit nur geringem Umsatzvolumen auf die Bereitstellung und Überlassung von Kollokationsbereichen. Auch die Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens verfügt über keine tiefergehenden Erfahrungen hinsichtlich der Erstellung der hier aufwandsbasiert genehmigten Leistungen.

Die seitens der Antragstellerin zusätzlich geforderten Entgeltpositionen für die „Bereitstellung der Hauseinführung und die Führung des Weiterführungskabels und des Verbindungskabels“ sowie für den „Jährlichen Aufwand für das Betreiben, Warten und Entstören der Zusammenschaltung“ sind allerdings nicht genehmigungsfähig. Dies entspricht zum einen dem Symmetriegrundsatz, weil entsprechende Entgelte auch nicht zugunsten der anderen MNO und MVNO genehmigt worden sind. Zum anderen sind im Falle des „Betreibens, Wartens und Entstörens der Zusammenschaltung“ die diesbezüglichen Aufwendungen ohnehin bereits über die in den (pauschalierten) Überlassungsentgelten für die Intra-Building-Abschnitte eingerechneten Betriebs- und Prozesskosten abgedeckt und würden insoweit bei einer nochmaligen gesonderten aufwandsbezogenen Genehmigung zu einer Doppelverrechnung führen,

vgl. ausführliche Begründung Beschluss BK 3a-12/085 vom 19.07.2013, S. 65.

Im Falle der „Bereitstellung der Hauseinführung und der Führung des Weiterführungskabels und des Verbindungskabels“ können demgegenüber die maßgeblichen Aufwendungen in die Bereitstellung oder Überlassung der Kollokationsflächen (siehe Ziffern 2.3.1 bzw. 2.3.2 des Beschlusstextes) eingepreist werden.

4.2.3 Keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG

Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG liegen für die unter Ziffer 2. genehmigten Entgelte nicht vor. Anhaltspunkte für einen Verstoß der Entgelte gegen Bestimmungen des TKG oder sonstiger Rechtsvorschriften sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 28 TKG. Die Entgelte sind, soweit erkennbar, nicht missbräuchlich i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 1 TKG. Sie waren somit in der tenorierten Höhe zu genehmigen.

4.3 Rückwirkung

Die erteilten Genehmigungen wirken nach Maßgabe des § 35 Abs. 5 S. 1 TKG auf den 03.02.2014 zurück. Nach der vorgenannten Norm ist Bedingung für die Rückwirkung, dass ein vertraglich bereits vereinbartes Entgelt vollständig oder teilweise genehmigt wird. Sollte

also eine Entgeltvereinbarung die genehmigten Entgelte unterschreiten, wird das Entgelt für den Rückwirkungszeitraum entsprechend gekappt; ansonsten bleibt es unberührt. Mit Erlass der vorliegenden Entgeltgenehmigung verliert die am 11.04.2014 erteilte vorläufige Genehmigung ihre Wirksamkeit.

5. Nebenbestimmungen

Die Beschlusskammer hat den vorliegenden Beschluss mit einer Befristung sowie drei Änderungsvorbehalten versehen.

5.1 Befristung

Die unter Ziffer 3. des Entscheidungstenors ausgesprochene Befristung der durch diesen Beschluss erteilten Entgeltgenehmigungen nach Ziffern 1. und 2. bis zum 30.11.2014 erfolgt auf Grundlage von § 35 Abs. 4 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Die vorliegend getroffene Regelung übernimmt die auf dem Vergleichsmarkt der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG vorgenommenen Befristungen. Eine längere Befristung als dort ist vorliegend schon wegen des dann fehlenden Vergleichswertes nicht möglich; sachliche Gründe für eine Verkürzung der Befristung sind allerdings ebenso wenig ersichtlich.

5.2 Änderungsvorbehalte wegen möglicher Änderung der Vergleichsmarktwerte

Die unter Ziffer 4. des Tenors aufgenommenen Änderungsvorbehalte stützen sich auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Die Vorbehalte sind angezeigt, weil die unter Ziffern 1. und 2. genehmigten Entgelte mit Hilfe einer Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt wurden. Änderungen der jeweiligen Werte werden der Behörde ohne weitere Nachforschungen unmittelbar bekannt werden und ihre Auswirkungen auf den jeweils ermittelten Vergleichspreis ohne weiteres zu durchschauen sein. Nicht unerhebliche Abweichungen zwischen den Vergleichswerten und den vorliegend genehmigten Entgelten sollten deshalb mittels Widerruf und Neugenehmigung berichtigt werden können. Ein Präjudiz für Entgelte, die mittels einer komplexeren Vergleichsmarktbetrachtung ermittelt worden sind, ergibt sich daraus nicht.

5.3 Änderungsvorbehalt wegen möglicher Änderung des maßgeblichen Vergleichsmarktes

Der unter Ziffer 5. des Tenors aufgenommene Änderungsvorbehalt stützt sich ebenfalls auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Der Vorbehalt für den Fall, dass ein nicht unerheblicher Anteil von Terminierungsleistungen ohne Nutzung einer Luftschnittstelle erbracht werden sollte, beruht auf dem Umstand, dass es nach dem relevanten Nummernplan (nunmehr) ausdrücklich zulässig ist, dass Verbindungen zum Teilnehmer des Mobilien Dienstes nicht über ein öffentliches zelluläres Mobilfunknetz erfolgen,

vgl. Ziffer 3.b) des Nummernplans „Rufnummern für Mobile Dienste“, veröffentlicht als Verfügung Nr. 11/2011 im Amtsblatt Nr. 4/2011 vom 23.02.2011.

Sollten Anrufe verstärkt ohne Nutzung der Luftschnittstelle terminiert werden, würde sich die Kostensituation der Antragstellerin derart ändern, dass eine (zusätzliche) Heranziehung eines Marktes für Festnetzterminierungen zur Bestimmung der verfahrensgegenständlichen Entgelte notwendig werden könnte.

Die Beschlusskammer hat darüber hinaus erwogen, zur Effektivierung des Änderungsvorbehaltes der Antragstellerin gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 TKG aufzuerlegen, die Kammer rechtzeitig vor Einführung eines Anrufsammeldienstes hierüber zu informieren. Mit Blick auf die Zusage der Antragstellerin, die Kammer auf jeden Fall vorab von einer derartigen Einfüh-

rung in Kenntnis zu setzen, hat die Beschlusskammer allerdings von der Aufnahme einer solchen Auflage abgesehen.

5.4 Keine auflösende Bedingung bei Entfall der Genehmigungspflicht

Die Beschlusskammer hat ferner davon abgesehen, die Genehmigung unter eine auflösende Bedingung zu stellen für den Fall, dass die Genehmigungspflicht der beantragten Entgelte entfällt. Zwar hat die Antragstellerin die Tenorierung einer solchen Bedingung beantragt. Allerdings folgt bereits aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht, dass bei Entfall einer Genehmigungspflicht die Genehmigung selbst keine unmittelbaren Rechtswirkungen mehr entfaltet. Es bedarf keiner Bestimmung im Verwaltungsakt selbst, um diesen Rechtserfolg herbeizuführen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss 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 beigefügt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Bonn, den 24.10.2014

Vorsitzender
Wilmsmann

Beisitzer
Scharnagl

Beisitzer
Dr. Geers