



BK 3b-14/022

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund der Anzeige

der 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,

Betroffene,

vom 17.07.2014 wegen Änderung des Standardangebots für Mobilfunkterminierungsleistungen und damit in Zusammenhang stehender weiterer Leistungen,

Beigeladene:

1. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., Frankenwerft 35, 50667 Köln, vertreten durch den Vorstand,
2. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. Versatel GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand,
4. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Straße 1, 40472 Düsseldorf, vertreten durch die Telefónica Germany Management GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
5. Unitymedia NRW GmbH, Aachener Straße 746-750, 50933 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Beigeladenen zu 5.:

Rechtsanwalt Michael Panienka
Stapelager Straße 41
32791 Lage –

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

beschlossen:

1. Die von der Betroffenen mit Schreiben vom 17.07.2014 angezeigte Änderung ihres Standardangebots für Mobilfunkterminierungsleistungen und damit in Zusammenhang stehender weiterer Leistungen darf ab dem 18.10.2014 in Kraft gesetzt werden.
2. Die Erlaubnis nach Ziffer 1. steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Betroffene unternehmensfremde Nachfrager bei der Zugangsgewährung zur Terminierung von Anrufen aus den in Anhang A zu Anlage 1 des Standardangebots genannten Ländern ohne sachliche Rechtfertigung untereinander ungleich behandelt.

I. Sachverhalt

Die Betroffene betreibt u.a. ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communications), dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard) und dem LTE-Standard (Long Term Evolution). Zum Zwecke der Terminierung von Verbindungen in ihr Mobilfunknetz vereinbart und realisiert die Betroffene Netzkoppelungen mit anderen Netzbetreibern.

Mit Beschluss BK 4-06-004/R vom 29.08.2006 wurde der Rechtsvorgängerin der Betroffenen gemäß § 23 Abs. 1 TKG aufgegeben, ein Standardangebot für diejenigen Terminierungs- und Netzkoppelungsleistungen, zu deren Angebot sie mit demselben Beschluss verpflichtet worden war und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, zu veröffentlichen. Diese Verpflichtung wurde mit den Beschlüssen BK 3b-08/019 vom 05.12.2008 und BK 3b-12/006 vom 19.07.2013 beibehalten.

Das von der Rechtsvorgängerin der Betroffenen mit Blick hierauf veröffentlichte Standardangebot wurde von der Beschlusskammer mit zwei Teilentscheidungen BK 3a-06/043 vom 06.07.2007 und 31.10.2007 überprüft, teilweise geändert sowie abschließend mit einer Mindestlaufzeit bis zum 31.10.2009 versehen. Mit Schreiben vom 11.10.2011 zeigte die Betroffene an, ihr Standardangebot in einigen Punkten ändern zu wollen. Das derart modifizierte Standardangebot wurde von der Beschlusskammer wiederum mit zwei Teilentscheidungen BK 3b-11/025 vom 17.01. und 04.04.2012 überprüft, teilweise geändert und mit einer Mindestlaufzeit bis zum 30.06.2012 versehen.

Mit Schreiben vom 17.07.2014, am selben Tag bei der Bundesnetzagentur per Fax eingegangen, hat die Betroffene die Absicht angezeigt, ihr Standardangebot erneut ändern zu wollen.

Unter Bezugnahme auf den Beschluss BK 3b-12/130 vom 08.03.2013 zum Standardangebot der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 4. und auf die sie selbst betreffende Regulierungsverfügung BK 3b-12/006 vom 19.07.2013 möchte die Betroffene die unmittelbare Entgegennahme von Anrufen in ihr Mobilfunknetz (Kennung: D065) aus mehreren nicht dem Europäischen Wirtschaftsraum angehörenden Ländern (Non-EWR-Ländern) verweigern, in denen Terminierungen ausländischer Anrufe höher bepreist werden sollen als Terminierungen inländischer Anrufe. Bei den entsprechenden Ländern handelt es sich um Marokko, die Russische Föderation, Serbien, die Türkei und die Ukraine.

Rechtlich umgesetzt werden soll die Maßnahme durch Änderungen des Hauptteils und der Anlagen 1 (Zusammenschaltungsdienste) und 6 (Verkehrs- und Netzmanagement) des Standardangebots sowie durch die Anfügung eines Anhangs A an die Anlage 1. Dieser Anhang enthält die Liste der ausgeschlossenen Ursprungsländer. Die Betroffene hat ihrer Anzeige Unterlagen beigefügt, aus denen hervorgehen soll, dass in den genannten Ländern tatsächlich Preisdiskriminierungen der fraglichen Art vorgenommen werden. Netztechnisch soll die angezeigte Maßnahme umgesetzt werden, indem die Herkunft des Anrufs per Auswertung der CLI (Calling Line Identification) bestimmt und – bei Bestehen eines Zurückweisungsrechts – die Verbindungsübernahme unter Auslösung eines sog. „release cause“, d.h. eines Codes für den einschlägigen Abweisungsgrund, abgelehnt werden.

Die beabsichtigte Verweigerung der unmittelbaren Entgegennahme soll allerdings nicht zur Folge haben, dass damit zukünftig die Endkunden der Betroffenen nicht mehr aus den inkriminierten Ländern erreicht werden könnten. Den Terminierungsnachfragern soll vielmehr die Möglichkeit offenstehen, entsprechende Anrufe an die – mit den Kennungen D019 und D061 versehenen – inländischen Festnetze der Betroffenen zu übergeben. Die Betroffene transportiert anschließend die Anrufe über ihre Festnetze zur internen Terminierung im Mobilfunknetz. Für die Gesamtleistung aus Transit und Terminierung soll dann ein – unregulierter – Gesamtpreis erhoben werden.

Die Beschlusskammer hat auf die Anzeige der Betroffenen hin das vorliegende Überprüfungsverfahren eingeleitet und dies am 06.08.2014 mit der Mitteilung Nr. 771/2014 im Amtsblatt Nr. 14/2014 und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur bekannt gegeben.

Zu der Änderungsanzeige sind zwei schriftliche Stellungnahmen bei der Beschlusskammer eingegangen.

Die Beigeladene zu 5. begehrt, die Genehmigung des Standardangebots solle mit einer Auflage gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG versehen werden, wonach der Betroffenen untersagt werde, die von der Terminierungsleistung in ihr Mobilfunknetz ausgenommenen Gespräche mit Ursprung in den in Anhang A zu Anlage 1 genannten Ländern exklusiv über ihr eigenes Netz oder ein anderes Netz zuzuführen.

Zur Begründung trägt die Beigeladene vor, sie sei Teil der Liberty Global Gruppe. Zu dieser Gruppe gehörten in Europa derzeit neun Landesgesellschaften. Die Beigeladene sei innerhalb der europäischen Gruppe verantwortlich für die Abwicklung des internationalen Sprachverkehrs.

Aus Sicht der Beigeladenen mache die Betroffene in zulässigem Umfang Gebrauch von der in der Regulierungsverfügung BK 3b-12/006 gewährten Möglichkeit zur Einschränkung der Terminierungsleistung in das nationale Mobilfunknetz der Antragstellerin für Anrufe aus bestimmten Ursprungsländern außerhalb des EWR. Die Betroffene habe zutreffend dargelegt, dass in den genannten fünf Non-EWR-Ländern eine Preisdiskriminierung im hier fraglichen Sinn erfolge. Gegen die vorgelegten Änderungen des Standardangebots bestünden deshalb isoliert keine Einwände.

Als mit dem Prüfungsmaßstab nach § 23 Abs. 4 TKG nicht vereinbar erweise sich jedoch, dass die vorliegende Änderung des Standardangebots allein genutzt werde, um für die derart ausgenommenen Anrufe ein wettbewerbswidriges Alleinvertriebssystem über das Festnetz der Betroffenen zu implementieren. Anders als von der Beschlusskammer beabsichtigt, baue die Betroffene mit dieser Vorgehensweise gerade keinen Druck gegenüber dem Drittland auf, die Diskriminierung zu beenden. Vielmehr bevorzuge die Betroffene ihren eigenen Festnetzbereich gegenüber anderen Zugangsnachfragern, was für sich genommen bereits wettbewerbswidrig sei. Zugleich werde aber auch die Monopolstellung aus dem Terminierungsmarkt auf den bis dato unregulierten Transitmarkt übertragen. Solch eine Konstruktion sei als nach Art. 101 AEUV unzulässige Alleinvertriebsabrede einzustufen. Über die Aufteilung von Märkten und Versorgungsquellen werde der Wettbewerb eingeschränkt. Die vertikale Vereinbarung zwischen dem Festnetz- und Mobilfunkbereich der Betroffenen sei – wegen des 100%igen Marktanteils im Mobilfunkbereich – auch nicht gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 3 der Verordnung 330/2010 vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt.

Verbindungsnetzbetreiber wie die Beigeladene würden durch diese Abrede im hart umkämpften Transitmarkt gegenüber dem Alleinvertriebspartner unangemessen benachteiligt. Die Nachfrager könnten die entsprechende Transitleistung nämlich nunmehr günstiger direkt beim Alleinvertriebspartner als bei ihr beziehen. Darüber hinaus könne sich der Festnetzarm der Betroffenen durch kollusives Zusammenwirken mit dem terminierenden Mobilfunkarm ein jederzeitiges einseitiges Preisänderungsrecht verschaffen. Denn der AGB-rechtlichen Rechtsprechung, wonach Preise nur zur Abwälzung von Kostensteigerungen einseitig erhöht werden dürften, könne der Festnetzarm durch Hinweis auf – für Dritte unkontrollierbare – Kostensteigerungen bei der Erbringung der Mobilfunkleistungen entsprechen.

In ihrer Replik auf die vorgenannte Stellungnahme weist die Betroffene darauf hin, dass die Beigeladene zu 5. keine Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung des Standardangebots habe. Die Beigeladene äußere sich allein zu einem Punkt kritisch, der nicht Gegenstand des Standardangebotsverfahrens sei. Nach einer positiven Entscheidung über das Standardangebot werde die Betroffene alternative Möglichkeiten der Verkehrszuführung evaluieren. Es sei in der Regulierungsverfügung BK 3b-12/006 angelegt, dass die Anrufe der aus dem Standardangebot ausgenommenen Ursprungsländer im Verbraucherinteresse über alternative, nicht regulierte Zusammenschaltungen zugeführt werden könnten. Externen Nachfragern würden diese unregulierten Zusammenschaltungen zu gleichen Konditionen angeboten werden. Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV sei nicht gegeben, da diese Norm eine Verhaltensweise zwischen zwei Unternehmen voraussetze. Hieran fehle es vorliegend.

Im Einverständnis mit der Betroffenen und den Beigeladenen hat die Beschlusskammer auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet.

Mit Schreiben vom 02.10.2014 ist dem Bundeskartellamt Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beschlussentwurf gegeben worden. Das Amt hat mit Schreiben vom 08.10.2014 mitgeteilt, es sehe von einer Stellungnahme ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. und die Akten Bezug genommen.

II. Gründe

Die von der Betroffenen mit Schreiben vom 17.07.2014 angezeigte Änderung ihres Standardangebots für Mobilfunkterminierungsleistungen und damit in Zusammenhang stehender weiterer Leistungen darf ab dem 18.10.2014 in Kraft gesetzt werden.

1. Verfahren

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

Das Verfahren zur Überprüfung eines geänderten Standardangebotes ist grundsätzlich zweistufig angelegt, kann aber im Einzelfall auch einstufig durchgeführt werden.

Wird gemäß § 23 Abs. 4 S. 3 TKG die beabsichtigte Änderung eines Standardangebotes angezeigt, so überprüft die Bundesnetzagentur dieses Angebot nach § 23 Abs. 3 S. 3 und 5 TKG darauf, ob es vollständig ist und den Vorgaben der Billigkeit, Rechtzeitigkeit und Chancengleichheit genügt.

Entspricht das Standardangebot insgesamt diesen Anforderungen, versieht die Beschlusskammer das Standardangebot gemäß § 23 Abs. 4 S. 3 i.V.m. S. 2 TKG in der Regel mit einer Mindestlaufzeit. Das Verfahren ist damit abgeschlossen.

Sind die genannten Anforderungen hingegen nicht erfüllt, fordert die Beschlusskammer die Betroffene zu einer Änderung des Standardangebotes und seiner erneuten Vorlage auf. So dann wird in einem zweiten Schritt das von der Betroffenen überarbeitete Standardangebot auf die Erfüllung der Vorgaben der Bundesnetzagentur hin überprüft. Sofern die von der Betroffenen überarbeitete Fassung des Standardangebotes diese Vorgaben nicht erfüllt, nimmt die Bundesnetzagentur Veränderungen am Standardangebot vor und versieht es in der Regel wiederum mit einer Mindestlaufzeit.

Die sonstigen Verfahrensvorschriften sind ebenfalls gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten, § 135 Abs. 1 TKG. Im Einverständnis mit den Beteiligten hat die Beschlusskammer von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen, § 135 Abs. 3 2. Halbsatz TKG. Angesichts der bereits in den Verfahren BK 3b-12/006 und BK 3b-12/130 geführten umfangreichen Diskussionen war von einer solchen Verhandlung kein weiterer Erkenntnisgewinn zu erwarten.

2. Maßstab und Prüfungsumfang

Gemäß § 23 Abs. 3 TKG kann die Beschlusskammer der Betroffenen Vorgaben für einzelne Bedingungen, insbesondere in Bezug auf Chancengleichheit, Billigkeit und Rechtzeitigkeit, machen, soweit das Standardangebot unzureichend ist. Das ist dann der Fall, wenn das Angebot nicht so umfangreich ist, dass es ohne weiteres angenommen werden kann, oder wenn die jeweiligen Regelungen keinen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Betroffenen sowie der Nachfrager bieten. Wie aus § 25 Abs. 5 TKG zu erschließen ist, kann die Bundesnetzagentur dabei sämtliche Bedingungen der Zugangsgewährung überprüfen.

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

Das Gebot der Chancengleichheit muss nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt werden, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten, §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Hieraus lässt sich folgern, dass für Wettbewerber gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden sollen. In Bezug auf die Regelung des § 23 Abs. 3 S. 3 TKG heißt das, dass die Vertragsbedingungen so zu gestalten sind, dass der Zusammenschaltungspartner in einem chancengleichen Wettbewerb sowohl mit der Zugangsverpflichteten als auch mit anderen Wettbewerbern treten kann.

Das Gebot der Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die von der Betroffenen gewährten Zugangsleistungen innerhalb von Fristen bereitgestellt werden müssen, die es den auf diese Leistungen angewiesenen Zusammenschaltungspartnern ermöglichen, effektiv am Markt tätig sein zu können. Das Gebot ist eine weitere Ausprägung des auch in § 42 Abs. 3 TKG niedergelegten Grundsatzes, demzufolge das marktmächtige Unternehmen durch sachlich unbegründete zeitliche Verzögerungen seine Wettbewerber nicht behindern können soll.

Das Standardangebot muss weiter so umfangreich ausgestaltet sein, dass es ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann. Die wesentlichen Vertragsbestandteile für eine Zusammenschaltung müssen in ihm enthalten sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Einzelheiten des Bezuges der Zugangsleistungen der Betroffenen soweit festgelegt sind, dass das Leistungsverhältnis ohne weitere Ergänzungen des Vertrages abgewickelt werden könnte. Es muss daher auch die Entgelte der Leistungen enthalten. Die Zugehörigkeit der Entgelte zur vollständigen Regelung des Zugangs lässt sich auch § 25 Abs. 5 S. 1 TKG entnehmen. Die Höhe der Entgelte wird im Standardangebotsverfahren jedoch nicht überprüft, sondern ist den Entgeltgenehmigungsverfahren vorbehalten.

Es muss schließlich alle diejenigen Leistungen umfassen, nach denen eine allgemeine Nachfrage besteht.

Unter Leistungen sind hierbei als Hauptleistungen Zugangsleistungen zu verstehen, weil nur solche durch ein Verfahren nach § 23 Abs. 2 TKG ermittelt werden können und nur hinsichtlich solcher Leistungen eine marktbeherrschende Stellung bestehen kann. Für die mit der Leistungserbringung oder in ihrem Vorfeld einhergehenden Nebenpflichten – wie etwa Informationspflichten – gilt das Erfordernis der allgemeinen Nachfrage jedoch nicht zwingend. Sie können sich bereits aus den Grundsätzen der Billigkeit, Rechtzeitigkeit und Chancengleichheit ergeben, ohne dass es hierfür des Nachweises einer allgemeinen Nachfrage bedarf. Der Grad, in dem solche Nebenleistungen nachgefragt werden, kann jedoch ein Hinweis darauf sein, inwieweit diese Nebenleistungen aus den vorgenannten Grundsätzen heraus Teil des Standardangebotes sein müssen.

Prüfungsgegenstand sind die von der Betroffenen beabsichtigten und vorgelegten Änderungen an ihrem Standardangebot.

3. Überprüfung

Die angezeigten Änderungen des Standardangebots unterliegen keinen Bedenken. Dies gilt sowohl hinsichtlich der grundsätzlichen Herangehensweise der Betroffenen als auch der konkreten Auswahl der betroffenen Länder.

3.1 Grundsätzliche Herangehensweise

Dem Ansatz, dass bei einer unterschiedlichen Bepreisung von Terminierungen inländischer und ausländischer Anrufe in bestimmten Non-EWR-Ländern die unmittelbare Entgegennahme von aus diesen Ländern stammenden Anrufen in das Mobilfunknetz verweigert wird, stehen – wie auch bereits in der Regulierungsverfügung BK 3b-12/006 vom 19.07.2013 im Zusammenhang mit dem Umfang der auferlegten Zusammenschaltungspflicht ausgeführt – keine Bedenken entgegen.

Grundsätzlich ist es zwar unzulässig, wenn das zur Zugangsgewährung verpflichtete Unternehmen das Zugangsangebot von Umständen abhängig macht, die mit der eigenen Leistung nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, sondern vielmehr die Nachfrage nach einer dritten Leistung betreffen,

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

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

weit geltenden Regulierungsregimes für den Telekommunikationssektor ist zumindest für das EWR-Gebiet auch davon auszugehen, dass terminierungsbezogene Wettbewerbsprobleme durch hoheitliches Handeln angegangen werden.

Anders kann es sich indes in Non-EWR-Ländern verhalten. Eine besondere Schutzbedürftigkeit hiesiger Unternehmen ist dort auszumachen, wo es zu einer Ungleichbehandlung von Terminierungen inländischer und ausländischer Anrufe kommt. Denn in einem solchen Fall wirken Schutzmechanismen, mit denen nationale Regulierungsbehörden die Nachfrager nach Terminierungen inländischer Anrufe vor überhöhten Entgelten bewahren, nicht zugunsten derjenigen Nachfrager, die eine Terminierung ausländischer Anrufe begehren. In einer solchen Konstellation entspricht es durchaus dem Gebot der Billigkeit, wenn einem hiesigen Unternehmen zugestanden wird, dass es mit der Verweigerung einer unmittelbaren Entgegennahme von Anrufen aus solchen Ländern (zu den in Deutschland regulierten Entgelten) bzw. mit der Androhung einer solchen Maßnahme Einfluss auf die jeweilige Regulierungspraxis und damit auf die Preispolitik des ausländischen Terminierungsanbieters zu nehmen versucht.

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 5. ist das von der Betroffenen angestrebte Vorgehen auch nicht deshalb unbillig, weil dadurch eine nach Art. 101 AEUV verbotene Alleinvertriebsabrede regulatorisch anerkannt würde. Gemäß Art. 101 Abs. 1 Halbsatz 1 AEUV mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen *zwischen* Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken (Hervorhebung nicht im Original). Im hiesigen Fall fehlt es an einer solchen Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise. Denn vorliegend spielen sich die gerügten Vorgänge zwischen dem Festnetz- und dem Mobilfunkarm der Betroffenen und damit innerhalb eines Unternehmens, d.h. innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit,

zum Verständnis des Unternehmensbegriffs näher EuGH, Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/93, Rz. 11 – Hydrotherm, und Urteil C-499/11 P vom 18.07.2013, Rz. 48 – Dow Chemical, jeweils m.w.N.,

ab.

Die Verweigerung der Terminierungsleistung und das – richtigerweise nicht im Standardangebot geregelte – alternative Angebot einer gebündelten Leistung aus Transit und Terminierung entsprechen zudem dem Gebot der Chancengleichheit. Der Ausschluss externer Nachfrager vom Zugang zur Terminierungsleistung bei gleichzeitiger Bedienung der internen Nachfrage und das damit ermöglichte Angebot von Transit plus Terminierung werden dadurch gerechtfertigt, dass nach den o.g. Erwägungen einerseits gerade ein Recht zur Zugangsverweigerung bestehen sollte, andererseits aber im Interesse der Nutzer, insbesondere der Verbraucher (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG), gleichwohl eine Erreichbarkeit dieser Nutzer für Anrufe aus den inkriminierten Ländern sichergestellt werden muss. Um beiden Zielen gerecht zu werden, ist es zulässig, dass die Betroffene nur ihren Festnetzarm beliefert, der dann seinerseits auf dem Transitmarkt – dann allerdings zu unregulierten Bedingungen – Verbindungen in das Mobilfunknetz anbietet.

Mit der Anerkennung dieser Gesamtkonstruktion löst die Beschlusskammer keine Wettbewerbsverzerrungen aus. Zwar ist es durchaus plausibel, wenn die Beigeladene zu 5. befürchtet, mangels einer Bezugsmöglichkeit für entbündelte Terminierungsleistungen der Betroffenen für die betroffenen Länder künftig weniger Transitverkehre verkaufen zu können. Dies ist freilich eine Nebenwirkung, die unmittelbar aus der Beschränkung der Zugangsgewährungspflicht und des korrespondierenden Teilhaberechts resultiert und aus den o.g. Gründen hinzunehmen ist. Ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote nach § 19 TKG und § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWV ist damit aber nicht verbunden. Während die intern-externe Ungleichbehandlung nach § 19 TKG aus den o.g. Gründen sachlich gerechtfertigt ist,

vgl. zur Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung BVerwG, Urteil 6 C 47.06 vom 18.12.2007, Rz. 29f.,

gehört eine solche Ungleichbehandlung bereits nicht zum Schutzgut des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB,

vgl. BGH, Urteil KZR 6/86 vom 10.02.1987, Rz. 55 m.w.N. – Freundschaftswerbung, und BGH, Urteil KZR 7/10 vom 24.10.2011, Rz. 31 m.w.N. – Grossistenkündigung.

Das Vorliegen einer – unzulässigen – Ungleichbehandlung externer Nachfrager ist dagegen nicht ersichtlich. Zur Absicherung, dass dies so bleibt, hat die Beschlusskammer allerdings einen entsprechenden Widerrufsvorbehalt in Ziffer 2. des Tenors aufgenommen (siehe dazu auch unten, Ziffer 5.).

Die Befürchtung der Beigeladenen zu 5. schließlich, die Betroffene erhalte mit der Beschränkung der Zugangsbeschränkungspflicht AGB-rechtlich unüberprüfbare Preissetzungsspielräume zugesprochen, ist unbegründet. Kostenänderungen, die eine einseitige Preiserhöhung rechtfertigen sollen, unterliegen einer AGB-rechtlichen Nachprüfung unabhängig davon, welcher Leistungsbestandteil vom preissetzenden Unternehmen für die Kostenänderung verantwortlich gemacht wird.

3.2 Betroffene Länder

Gegen die konkrete Benennung und Auswahl der fünf betroffenen Länder ist ebenfalls nichts zu erinnern.

Die Betroffene hat für Marokko, die Russische Föderation, Serbien, die Türkei und die Ukraine nachgewiesen, dass jeweils ein beträchtlicher Unterschied zwischen dem Entgelt für eine Terminierung inländischer und dem Entgelt für eine Terminierung ausländischer Anrufe in ein dortiges Mobilfunknetz besteht. Sie hat dazu die Preise für die inländische Terminierung ermittelt und diese den Preisen, welche sie einem Transitcarrier für die Terminierung in diesen Ländern zahlen muss, gegenübergestellt. Der Transitaufschlag als solcher dürfte jedenfalls unter 1 Cent/Min. liegen. Unter Herausrechnung des Transitaufschlags – der sicherheitshalber mit 1 Cent/Min. angesetzt wird – ergeben sich folgende Faktoren, um welche die Terminierung des ausländischen Anrufes mindestens teurer ist als die Terminierung eines inländischen Anrufs:

	Faktor
• Marokko:	[BuGG...]
• Russische Föderation:	[BuGG...]
• Serbien:	[BuGG...]
• Türkei:	[BuGG...]
• Ukraine:	[BuGG...]

4. Keine Mindestlaufzeit

Gemäß § 23 Abs. 4 S. 2 TKG versieht die Bundesnetzagentur das Standardangebot in der Regel mit einer Mindestlaufzeit. Im vorliegenden Fall hat die Beschlusskammer allerdings von der Anordnung einer solchen Mindestlaufzeit abgesehen.

Die Betroffene steht auf den Endkundenmärkten für Mobilfunkdienstleistungen im Wettbewerb mit anderen Mobilfunkunternehmen. Soweit letztere über ein Standardangebot für Terminierungsleistungen verfügen, können sie diese – die jeweiligen Mindestlaufzeiten sind mittlerweile abgelaufen – mit dreimonatigem Vorlauf ändern. Es ist nicht auszuschließen, dass derartige Änderungen Rückwirkungen auf die Marktstellung auf den Endkundenmärkten haben könnten. Im Interesse der Chancengleichheit muss es deshalb der Betroffenen möglich

sein, etwaige Änderungen in Standardangeboten der Wettbewerber auf dem eigenen Terminierungsmarkt nachvollziehen zu können. Die Festsetzung einer über die ohnehin geltende Drei-Monats-Frist des § 23 Abs. 4 S. 3 TKG hinausgehenden Mindestlaufzeit erscheint vor diesem Hintergrund nicht angezeigt.

Der Klarheit halber weist die Beschlusskammer darauf hin, dass Anpassungen des vorgelegten Anhang A zu Anlage 1 hinsichtlich der betroffenen Länder als Änderung des Standardangebots der Beschlusskammer anzuzeigen sind. Dies schließt es nicht aus, dass die individuellen Zusammenschaltungsverträge zeitlich parallel und unter Beachtung einer ausreichenden Umsetzungsfrist angepasst werden.

5. Widerrufsvorbehalt

Die Erlaubnis nach Ziffer 1. wird mit dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall versehen, dass die Betroffene unternehmensfremde Nachfrager bei der Zugangsgewährung zur Terminierung von Anrufen aus den in Anhang A zu Anlage 1 des Standardangebots genannten Ländern ohne sachliche Rechtfertigung untereinander ungleich behandelt. Gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG darf ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden mit einem Vorbehalt des Widerrufs. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen solchen Verwaltungsakt. Der o.g. Widerrufsvorbehalt dient dazu, einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung externer Nachfrager untereinander vorzubeugen. Anlass für die Aufnahme dieses Vorbehalts ist die zumindest missverständliche Aussage der Betroffenen, nach Erlass des Standardangebots alternative Möglichkeiten der Verkehrszuführung evaluieren zu wollen. Die Beschlusskammer sieht jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Grund, der es rechtfertigen könnte, dass in Individualvereinbarungen von dem vorliegenden Standardangebot abgewichen und einem unternehmensfremden Nachfrager der unmittelbare Zugang zur Terminierung von Anrufen aus den inkriminierten Ländern gewährt wird. Für diesen Fall behält sich die Beschlusskammer den Widerruf der Erlaubnis nach Ziffer 1. vor.

6. Keine Auflage

Entgegen der Forderung der Beigeladenen zu 5. versieht die Beschlusskammer den vorliegenden Beschluss nicht mit einer Auflage, wonach der Betroffenen untersagt wird, die von der Terminierungsleistung in ihr Mobilfunknetz ausgenommenen Gespräche mit Ursprung in den in Anhang A zu Anlage 1 genannten Ländern exklusiv über ihr eigenes Netz oder ein anderes Netz zuzuführen. Eine solche Auflage würde das oben gebilligte Gesamtkonstrukt zerstören. Eine vollständige Zustellungsverweigerung kommt bereits aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht in Betracht. Die Erbringung der entbündelten Terminierungsleistung auch gegenüber externen Nachfragern würde dagegen gerade nicht zu der vorliegend angestrebten Verstärkung der Verhandlungsposition und des Drucks gegenüber ausländischen Terminierungsanbietern führen.

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 16.10.2014

Vorsitzender
Wilmsmann

Beisitzer
Scharnagl

Beisitzer
Dr. Geers