



- Beschlusskammer 3 -

BK 3a/b-06-008/E 30.08.06

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung

Antragstellerin,

vom 30.08.2006 wegen Genehmigung der Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunknetz der Antragstellerin,

Beigeladene:

1. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1, 40403 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. T-Mobile International AG & Co. KG, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
5. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
6. COLT Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V., Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand,
9. Arcor AG & Co, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch den Vorstand,
10. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Königswinterer Str. 310, 53227 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
11. Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

12. BT (Germany) GmbH & Co. OHG, Barthstraße 22, 80339 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
13. freenet CityLine GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
15. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 86, 60326 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
16. Talkline GmbH & Co. KG, Talkline-Platz 1, 25337 Elmshorn, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. TELE2 Telecommunication Services GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
18. debitel AG, Gropiusplatz 10, 70545 Stuttgart, vertreten durch den Vorstand,
19. 01051 Telecom GmbH, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch die Geschäftsführung,
20. HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
21. Versatel Holding GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

- | | |
|--------------------------|--|
| der Beigeladenen zu 1.: | Rechtsanwälte Baker & McKenzie LLP
Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt/Main |
| der Beigeladenen zu 4.: | Loschelder Rechtsanwälte
Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln |
| der Beigeladenen zu 13.: | mobilcom Communicationstechnik GmbH
Hollerstraße 126
24782 Büdelsdorf |
| der Beigeladenen zu 17.: | B.B.O.R.S Rechtsanwälte
Berliner Allee 10
40212 Düsseldorf |
| der Beigeladenen zu 19.: | Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster
Achenbachstraße 73
40237 Düsseldorf – |

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 Dipl.-Kfm. Helmut Scharnagl und
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

auf die mündliche Verhandlung vom 27.09.2006 beschlossen:

1. Die Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunk der Antragstellerin werden wie folgt genehmigt:

- 1.1 Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006:

12,4 Cent/min

- 1.2 Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin ab dem 23.11.2006:

9,94 Cent/min

- 1.3 Die in Ziffer 1.1 und 1.2 genehmigten Entgelte dürfen unterschritten werden, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

- 1.4 Sonstige Entgelte für den Zeitraum ab dem 30.08.2006:

Pos.	Leistung	Preis zzgl. USt.
Entgelte für Intra-Building-Abschnitte		
1	Einmaliges Bereitstellungsentgelt je Intra-Building-Abschnitt 2Mbit/s	500,00 Euro
2	Jährliches Überlassungsentgelt für den Intra-Building-Abschnitt 2Mbit/s	958,00 Euro
3	Sonstige Leistungen	nach Aufwand

2. Die Genehmigung in Ziffer 1.1 ist auflösend bedingt für den Fall, dass

- 2.1 die im Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 7. und der Beigeladenen zu 19. mit Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 ergangene Anordnung hinsichtlich der Terminierungsentgelte ab dem 30.08.2006 aufgrund des Eintritts der in Ziffer 2. ihres Tenors enthaltenen auflösenden Bedingung ihre Wirksamkeit endgültig verliert oder – bei anderweitig verursachter Aufhebung – verloren hätte, und/oder

- 2.2 aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in dem unter dem Aktenzeichen 6 C 17.05 geführten Verfahren hinsichtlich der im Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 6. und der Beigeladenen zu 19. mit Beschluss BK 4c-04-048/Z06.07.04 vom 08.11.2004 ergangenen Entgeltanordnung folgt, dass auch die o.g. Entgeltanordnung vom 01.12.2005 nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hätte ergehen müssen.

Bei Eintritt einer oder beider dieser Bedingungen gilt an Stelle des in Ziffer 1.1 genannten Entgelts ein Entgelt in Höhe von 11,08 Cent/min.

3. Die Genehmigung des Entgelts in Ziffer 1.2 ist befristet bis zum 30.11.2007. Die Genehmigung der Entgelte in Ziffer 1.4 ist befristet bis zum 31.05.2007.
4. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Gründe

I.

Die Antragsstellerin betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM-Standard (Global System for Mobile Communicatios) und nach dem UMTS-Standard (Universal Mobile Telecommunications Standard). Sie verwendet im GSM-Netz im Bereich von 1.800 MHz Frequenzen, am 03.02.2006 wurden ihr zusätzlich Frequenzen aus dem Bereich von 900 MHz zugeteilt. Das UMTS-Netz wird einheitlich im Frequenzbereich 1.900/2.100 MHz betrieben. Sie hat über 10 Millionen Teilnehmer angeschlossen. Diese sind sowohl ihre eigenen Kunden als auch Kunden von Diensteanbietern.

Zum Zwecke der Terminierung von Verbindungen mit Ursprung in anderen Netzen in ihr Mobilfunknetz vereinbarte und realisierte die Antragstellerin in der Vergangenheit Netzzusammenschaltungen mit anderen Netzbetreibern. Allerdings musste die Bundesnetzagentur Ende 2004 in einem Fall die Zusammenschaltung zwischen der Antragstellerin und einem anderen Netzbetreiber anordnen, weil es zu keiner Einigung über die von der Antragstellerin zu erbringenden Terminierungsleistungen in ihr Netz gekommen war. Derzeit gründen die Zusammenschaltungsverhältnisse zwischen der Antragstellerin und ihren Zusammenschaltungspartnern jedoch sämtlich auf vertraglichen Vereinbarungen. Gegenstand dieser Verträge sind auch die Preise für die Zusammenschaltungsdienste der Antragstellerin (Anlage 8 des Zusammenschaltungsvertrages der Antragstellerin).

Mit der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R vom 29.08.2006 wurde die Antragstellerin dazu verpflichtet, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz am Vermittlungsstellenstandort der Antragsstellerin 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 Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Diese Entscheidung wurde im Amtsblatt 17/06 vom 30.08.2006 als Mitteilung Nr. 283/2006, S. 2338ff., veröffentlicht und der Antragstellerin am 30.08.2006 zugestellt.

Im Hinblick darauf hat die Antragstellerin am gleichen Tag einen Entgeltgenehmigungsantrag für die ihr mit der Regulierungsverfügung auferlegten Zugangsleistungen bei der Beschlusskammer 3 eingereicht und darüber hinaus den Erlass einer vorläufigen Anordnung beantragt. Mit Beschluss BK 3a/b-06-008/E 30.08.06 vom 30.08.2006 hat daraufhin die Beschlusskammer die Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunk der Antragstellerin ab dem 30.08.2006 in Höhe der bisher zwischen ihr und ihren Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Entgelte, soweit sie die beantragten Entgelte nicht überschreiten, vorläufig genehmigt. Soweit die vereinbarten Entgelte die beantragten Entgelte überschreiten sollten, sind die beantragten Entgelte vorläufig genehmigt worden. Die vorläufige Genehmigung ist bis zum Wirksamwerden der Entscheidung in der Hauptsache befristet worden.

Am 15.09.2006 hat die Antragstellerin Klage vor dem Verwaltungsgericht Köln gegen die Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R erhoben, nachdem sie bereits am 11.09.2006 die Aussetzung der Vollziehbarkeit der Regulierungsverfügung beantragt hatte. Der letztgenannte Antrag ist mit Beschluss 1 L 1441/06 des Verwaltungsgerichts Köln vom 04.10.2006 abgelehnt worden. Über die unter dem Aktenzeichen 1 K 4148/06 geführte Klage hat das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden.

Die Antragstellerin beantragt unter Hinweis darauf, dass nach ihrer Ansicht eine Vorabgenehmigungspflicht für die Entgelte rechtswidrig sei, rein vorsorglich, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, zur Vermeidung rechtlicher wie wirtschaftlicher Nachteile:

1. Für den Verbindungsaufbau und das Halten einer Verbindung zu Anschlüssen im GSM- und UMTS-Netz der O₂ Germany kommt folgender Basispreis („O₂ Germany B.1 –GSM / UMTS-Circuit Switched Voice Verbindungen in das GSM / UMTS - Mobilfunknetz der O₂ Germany“)

zur Anwendung:

Zeitraum	Entgelt
Bis einschließlich 31.12.2006	0,2573 Euro / Minute
Ab einschließlich 01.01.2007	0,2104 Euro / Minute

2. Für den Verbindungsaufbau und das Halten einer Verbindung aus dem Ausland zahlt der Interconnectionpartner (ICP) an O₂ Germany das folgende Basisentgelt:

Zeitraum	Entgelt
Bis einschließlich 31.12.2006	0,2623 Euro / Minute
Ab einschließlich 01.01.2007	0,2154 Euro / Minute

Die Entgelte für die Terminierung einer Verbindung mit Ursprung im Ausland beinhalten einen Aufschlag in Höhe von 0,0050 € / Minute.

3. Zusätzlich zu den Basisentgelten werden folgende Aufschläge in Abhängigkeit von der Anzahl der durch den Zusammenschaltungspartner erschlossenen OdZ erhoben:

Anzahl der OdZ	Aufschlag
1 bis 4	0,0050 Euro / Minute
5 bis 12	0,0025 Euro / Minute
> 12	kein Aufschlag

4. ICP übergibt Verbindungen grundsätzlich gemäß den in den Planungsabsprachen abgestimmten Einzugsbereichen („vereinbarte Verkehrsstruktur“) an O₂ Germany. Bei einem Abweichen von diesem Grundsatz zahlt ICP zusätzlich zu den Entgelten für die Zusammenschaltungsleistungen gem. Ziffer 1 bis 3 je nicht einzugsbereichskonform übergebener Minute eine Ausgleichszahlung auf den Verkehrsanteil, der einen Schwellenwert von 2% überschreitet, in folgender Höhe:

Ausgleichszahlung
0,0075 EURO / Minute

5. Preise für Netzverbindungen / Intra-Building-Abschnitte von O₂ Germany

5.1. Preise für Intra-Building-Abschnitte

Leistung	Preis in EURO ohne MWSt
Bereitstellung Intra-Building-Abschnitt, einmalig je 2 Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt (2.048 kBit/s-Leitungsäquivalent)	500,00
Überlassung Intra-Building-Abschnitt, kalenderjährlich je 2 Mbit/s-Intra-Building-Abschnitt (2.048 kBit/s-Leitungsäquivalent)	1.275,00

Bei höherbitratigen Intra-Building-Abschnitten wird ein entsprechend Vielfaches der jeweils genehmigten Entgelte berechnet.

5.2. Entgelte für Rückgängigmachung (Stornierungen) von Bestellungen

Leistung	Entgelt in EURO ohne MWSt.
Stornierung einer Bestellung vor Bereitstellung je betroffenen Intra-Building Abschnitt (2 Mbit/s)	1.310,00

Die stornierende Partei trägt die gegebenenfalls weiterhin anfallenden Entgelte der Inter-Building Abschnitte für die stornierten Intra-Building Abschnitte.

5.3. Entgelte für die Änderung von Bestellungen

Leistung	Entgelt in EURO ohne MWSt.
Änderung einer verbindlichen Bestellung je betroffenen Intra-Building Abschnitt (2 Mbit/s)	350,00

Bei höherbitratigen Intra-Building Abschnitten wird ein entsprechend Vielfaches der jeweils genehmigten Entgelte berechnet.

Die Partei, die verbindliche Bestellungen ändert, trägt die gegebenenfalls weiterhin anfallenden Entgelte der Inter-Building Abschnitte für die zu ändernden Intra-Building Abschnitte.

5.4. Entgelte für Konfigurationsmaßnahmen

Leistung	Entgelt in EURO ohne Mwst.
Maßnahmen zur Einrichtung und Planung der Zusammenschaltungsverbindung, Verkehrslenkung und –registrierung bei Erstbereitstellung (Technical Framework und Dokumentation, Ersteinrichtung Verkehrsbeziehung im IXBS-System)	3.150,00
Grundentgelt (Aufwendungen für Bestellabwicklung, Planung, Implementierung und Verkehrsregistrierung je betroffener Vermittlungsstelle)	1.890,00
Nachträgliche Maßnahme zur Einrichtung der Verkehrslenkung und –registrierung Entgelt je betroffener Vermittlungsstelle	630,00
Sonstige Leistungen	Nach Aufwand

6. ICP verpflichtet sich, je Netzverbindung eine Mindestverkehrsmenge aus dem Dienstportfolio von O₂ Germany abzunehmen. Die Mindestverkehrsmenge ist abhängig von der Anzahl der am Netzübergang (OdZ) für ICP für eingehenden Verkehr in das Netz der O₂ Germany bereitgestellten Netzverbindungen (2048 kbit/s). Sollten Leitungen mit höheren Übertragungsraten eingesetzt werden, so sind diese in die entsprechende Anzahl der 2048 kbit/s-Netzverbindungen umzurechnen (2048 kbit/s-Leitungsäquivalente).

	Mindestverkehrsmenge der jeweiligen Vertragspartei je Netzübergang und Kalenderquartal
bei 1 für ICP bereitgestellte Netzverbindung am OdZ	300.000 Minuten
Bei 2 für ICP bereitgestellten Netzverbindungen am OdZ	600.000 Minuten
Bei 3 für ICP bereitgestellten Netzverbindungen am OdZ	900.000 Minuten
Bei 4 für ICP bereitgestellten Netzverbindungen am OdZ	1.200.000 Minuten
Bei 4 + n für ICP bereitgestellten Netzverbindungen am OdZ	1.200.000+n*300.000 Minuten

Wird die Mindestverkehrsmenge durch ICP nicht erreicht, so ist O₂ Germany dennoch zur Inrechnungstellung von Entgelten in der Höhe berechtigt, als wenn der Mindestverkehr erreicht worden wäre. Maßgeblich für die Berechnung der Entgelte sind die Preise

für die Leistung O₂ Germany B.1–GSM / UMTS- „Circuit Switched Voice Verbindungen in das GSM / UMTS - Mobilfunknetz der O₂ Germany“.

Die Entgelte für niederbitratige Netzverbindungen (2 Mbit/s) werden durch die die Netzverbindungen nutzende Vertragspartei getragen. Die andere Vertragspartei stellt die dafür durch sie bereitgestellten Intra-Building-Abschnitte gem. Ziffer 5.1. dieses Antrags in Rechnung.

Dabei werden bei einer Bereitstellung bzw. Kündigung eines Intra-Building-Abschnitts im Laufe eines Kalenderjahres die Überlassungsentgelte anteilig für den Überlassungszeitraum im Kalenderjahr (in Kalendertagen bezogen auf 360 Kalendertage) in Rechnung gestellt. Gegebenenfalls überzahlte Beträge werden erstattet.

7. Für den bei der Durchführung der Zusammenschaltungstests entstehenden Aufwand bei O₂ Germany werden folgende Entgelte beantragt:

je Manntag inklusive Testgeräte und Material	Mindestbetrag (10 Manntage)	Maximalbetrag (30 Manntage)	Bei Anmietung der Testumgebung (Testbed)
750,00 €	6.300,00 €	18.900,00 €	nach Aufwand

Sollte für die Durchführung der Zusammenschaltungstests eine Testumgebung (Testbed) bei einem oder mehreren Systemherstellern angemietet sein, so können die nach Aufwand abgerechneten Testkosten den Maximalbetrag i. H. v. € 18.900,00 übersteigen.

Die Antragsunterlagen umfassen neben dem eigentlichen Antragsschreiben die Anlage 1 mit der Dokumentation des Kostennachweises, Anlage 2 mit dem Kostennachweis selbst sowie Anlage 3 mit einem Kurzgutachten zum Ansatz von UMTS-Lizenzpreisen.

Im Verlauf des Verfahrens hat die Antragstellerin darüber hinaus in mehreren Schreiben auf schriftliche Fragen der Beschlusskammer geantwortet bzw. ergänzend zu ihrem Antrag und dem Vortrag von Wettbewerbern Stellung genommen sowie auf entsprechende Anforderungen der Beschlusskammer zusätzliche Unterlagen, namentlich ein rechtsgutachterliches Memorandum zur Zulässigkeit des Genion-Modells, vorgelegt.

Die Antragstellerin trägt vor, der vorsorglich gestellte Entgeltantrag basiere auf den vorgelegten Kostenunterlagen. Entsprechend den Maßgaben des § 33 Abs.1 Nr. 1 bis 3 und Abs. 2 TKG habe die Antragstellerin eine Kalkulation der Kosten für die mobile Sprachterminierung vorgenommen. Diese Kalkulation gebe sowohl die Ist-Kosten und Planwerte als auch – weil das Netz der Antragstellerin ausschließlich nach Effizienz Gesichtspunkten aufgebaut worden sei – die Kosten der effizienten Leistungserbringung wieder.

Bei der Kostenbetrachtung seien verschiedene Gesichtspunkte zu beachten. So hingen die Anzahl der in Mobilfunknetzen zu terminierenden Minuten – und die damit verbundenen positiven Externalitäten – wesentlich von der Anzahl der Nutzer und Endgeräte ab. Ohne eine Subvention von Endgeräten wäre allerdings die Anzahl der terminierten Minuten in das Mobilfunknetz der Antragstellerin um einen Faktor zwischen 3 und 5 niedriger als der Ist-Stand. Dies lasse sich aus den Erfahrungen der Antragstellerin im Zusammenhang mit ihrem Markteintritt 1998 ableiten. Außerdem verringere sich durch Subventionen die Nutzungszeit von Endgeräten, so dass in der Folge Endgeräte eher in den Markt gelangten, die für neue Anwendungen geeignet seien. Netto-Endgerätesubventionen und Marketing- und Vertriebskosten seien deshalb bei der Kostenberechnung anteilig zu berücksichtigen.

Die Anschaffungs- und Herstellungskosten der UMTS-Lizenz seien als Basis bei der Berechnung der kalkulatorischen Kapitalkosten in vollem Umfang berücksichtigt worden. Der Preis der Lizenz spiegele den diskontierten Betrag der künftig erzielbaren Deckungsbeiträge wider, die das Unternehmen als Grenzerträge durch UMTS zum damaligen Zeitpunkt erwarten konnte. Ein Verzicht auf den Lizenzerwerb hätte zu erheblichen Reputationsverlusten geführt. Eine Nichtberücksichtigung der Lizenzkosten würde erhebliche Wettbewerbsnachteile der deutschen MNO im internationalen Vergleich mit sich bringen, da die ausländischen Wettbewerber ihre Lizenzen von den jeweiligen Regierungen erheblich günstiger zur Verfügung gestellt bekommen hätten. Auf dem Energiemarkt habe die BNetzA die Lizenzkosten von Netzbetreibern in die Kostenkalkulation aufgenommen. Auch ein Benchmarking-Verfahren müsse die aus der länderspezifisch differierenden Frequenzvergabe resultierenden Kostenunterschiede berücksichtigen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

Weil GSM- und UMTS-Terminierungen zu einem einheitlichen Markt zählten, das Gebot der technologieneutralen Regulierung gelte und auch die MNO unabhängig von der eingesetzten Technologie einheitliche Terminierungsentgelte verlangen würden, dürfe keine Trennung zwischen GSM- und UMTS-Terminierungen erfolgen. Es sei immer klar gewesen, dass UMTS auch für Sprachterminierungen verwendet würde. Durch die steigenden relativen Verkehrsvolumina der Datendienste im Vergleich zu den Sprachdiensten bei auch insgesamt steigenden Verkehrsmengen werde im weiteren Zeitverlauf der Anteil der absolute Anteil der UMTS-Lizenzkosten an den Kosten einer Terminierungsminute sinken.

Sollten UMTS-Kosten vorliegend nicht berücksichtigt werden, müssten die Preise für andere Dienste steigen. Damit würde auch der weitere flächendeckende Ausbau der UMTS-Infrastruktur in Frage gestellt.

Der Antragstellerin komme darüber hinaus eine Sonderrolle bei der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungserbringung zu, da sie für ein konkurrenzfähiges flächendeckendes Angebot auf National Roaming mit der Beigeladenen zu 2. angewiesen sei. Ihr entstünden Zusatzkosten beispielsweise aufgrund von Handover an der Netzgrenze. In Räumen, in denen sie parallel zur Nutzung des National Roaming ihr Netz weiter ausbaue, sei sie sogar Doppelbelastungen ausgesetzt.

Die D- und E-Netzbetreiber seien aufgrund ihrer unterschiedlichen Frequenzausstattung asymmetrisch zu regulieren. Im Falle der Antragstellerin müsse außerdem ihre Late-Entrant-Position im Vergleich zu den anderen drei nationalen Mobilfunknetzbetreibern beachtet werden. Auch bei Anwendung der Vergleichsmarktmethode, namentlich im nationalen Rahmen, müssten diese Unterschiede durchschlagen. Irrelevant seien in diesem Zusammenhang zwar Umstände, die auf bestimmte unternehmerische Entscheidungen zurückgingen. Objektive Strukturnachteile wie eben eine ungünstige Frequenzausstattung, ein später Markteintritt und ein nicht abgeschlossener Netzausbau seien jedoch durch einen Korrekturzuschlag zugunsten der Antragstellerin zu berücksichtigen.

Der von der Antragstellerin in Ansatz gebrachte WACC stelle einen konservativen Wert dar, weil er einerseits deutlich unterhalb des internen Benchmarks und andererseits im unteren Bereich eines von einer großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ermittelten Marktindex liege.

Als Ausgleich für eine erhöhte Nutzung des Backbonenetzes der Antragstellerin bei einer Zusammenschaltung an weniger als 12 OdZ habe sie einen Aufschlag auf die Basisentgelte beantragt. Entsprechende Entgelte seien von der BNetzA sowohl in Verfahren gegenüber der Beigeladenen zu 11. als auch in früheren Anordnungsverfahren gegenüber Mobilfunknetzbetreibern anerkannt worden. Insbesondere bei ausländischem Verkehr sei die Zusammenschaltung an nur zwei OdZ auch effizient. Bei einer nicht einzugsbereichskonformen Übergabe im Rahmen eines Überlaufroutings seien ebenfalls Aufschläge zu genehmigen, weil die Netzdimensionierungen angepasst werden müssten. Generell sollten allerdings Überlaufverkehre vermieden werden.

Für die Bereitstellung und Überlassung der Intra-Building-Abschnitte sei die Antragstellerin auf einen Vorleistungslieferanten angewiesen. Die beantragten Entgelte enthielten die entspre-

chenden Vorleistungskosten sowie die internen Aufwendungen der Antragstellerin insbesondere für das Monitoring und die Dokumentation.

Die Mindestverkehrsmenge spiegele die Kosten des Vorhaltens der Kapazität an der Luftschnittstelle der Antragstellerin wider. Ein Netzbetreiber werde die verhältnismäßig geringe Abnahmemenge regelmäßig erreichen.

Das Produkt Genion falle aufgrund verschiedener Merkmale nicht unter Markt 16. Wolle die BNetzA die damit zusammenhängenden Leistungen gleichwohl berücksichtigen, so ändere dies nichts an den Kosten der tatsächlichen Terminierung im Netz der Antragstellerin. Ändern würden sich jedoch die Kostendeckungsbeiträge, die im Falle des Genion-Produkts aus verschiedenen Quellen stammten und teils dem CPP-, teils dem RPP-Prinzip unterlägen. Die Kostendeckung insgesamt sei jedoch sichergestellt.

Nach Auffassung der Beigeladenen zu 1. sei die kostenbasierte Entgeltregulierung vorrangig anhand von Kostenunterlagen durchzuführen. Dies folge klar aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 1 S. 1 TKG. Eine Anwendung des § 31 Abs. 1 S. 2 TKG mit Verweis auf die Vergleichsmarktbeurteilung komme deshalb nicht in Betracht. Außerdem sei die Vergleichsmarktmethode ungeeignet zur Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte auf Markt Nr. 16. Wie aus der von der Beigeladenen zu 1. in dem Parallelverfahren BK 3a/b-06-009/E20.08.06 vorgelegten WIK-Studie hervorgehe, führten die herkömmlichen Benchmarking-Ansätze stets nur zu zufälligen singulären Punktgrößen. Die Resultate seien daher unmittelbar und zufallsgesteuert abhängig vom Zeitpunkt der Überprüfung und von der Auswahl der Vergleichsunternehmen. Sollte gleichwohl eine Vergleichsmarktuntersuchung durchgeführt werden, so sei einer nationalen Betrachtung der Vorrang vor einer internationalen zu geben.

Soweit angesichts der von der Antragstellerin vorgenommenen Schwärzungen eine Beurteilung des Antrags möglich sei, deute vieles darauf hin, dass die vorgelegten Entgelte nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprächen. Insbesondere seien die geltend gemachten Kosten der UMTS-Netzinfrastruktur der Höhe nach nicht effizient, da die für die Netzinfrastruktur angesetzten Kapitalkosten nicht nach Maßgabe der regulatorisch vorgegebenen Netzausbaupflichtung begrenzt worden seien. Auch der Anteil der anzurechnenden Kosten für Kundengewinnung und Kundenbindung sei nicht zutreffend bemessen worden. Die Antragstellerin könne hier allenfalls einen Betrag in Ansatz bringen, der dem von der Beigeladenen zu 1. geltend gemachten Maximalwert eines Subscription-Defizits entspreche. Darüber hinaus seien die von der Antragstellerin mutmaßlich geltend gemachten Zusatzkosten für das National Roaming mit der Beigeladenen zu 2. nicht in vollem Umfang als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anzusehen.

Die im Entgeltantrag zur Rechtfertigung der Entgelte für das Genion-Produkt vorgebrachten Gründe begegneten Bedenken. So gehe die Antragstellerin fälschlicherweise davon aus, dass das Genion-Produkt nicht dem Markt Nr. 16 zuzuordnen sei. Darüber hinaus sei das Vorbringen zur Kostenorientierung der Terminierungsentgelte des Genion-Produkts nicht schlüssig.

Die von der Antragstellerin definierten Mindestverkehrsmengen seien sachlich gerechtfertigt und eine notwendige Voraussetzung, um im Rahmen einer Netzzusammenschaltung wirtschaftlich vertretbare Bedingungen auf Seiten des Mobilfunknetzbetreibers zu schaffen. Die differenzierte Beaufschlagung des Terminierungsentgeltes aufgrund der Anzahl der Zusammenschaltungsorte sei dem Grunde nach gerechtfertigt. Dies gelte auch hinsichtlich der Aufschläge für die Terminierung von Verkehr mit Ursprung im Ausland und für eine nicht einzugsbereichskonforme Übergabe.

Des Weiteren sei die Ansicht der Antragstellerin unzutreffend, dass lediglich bei ihr, nicht aber bei der Beigeladenen zu 1. tatsächlich und rechtlich-regulatorisch ein Grund für ein im Verhältnis höheres Basisentgelt als bei den beigeladenen Mobilfunkbetreibern vorliege. Zum einen sei die Beigeladene aufgrund der hohen lizenzrechtlichen Anforderungen tatsächlich erst zwei Jahre vor der Antragstellerin in den Markt eingetreten. Zum anderen seien die anfänglich hohen Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 1. kaum zugute gekommen. Aufgrund ihrer geringen Kundenzahlen habe sie erheblich mehr Terminierungsentgelte an die D-Netzbetreiber bezahlen denn einnehmen können. Schließlich habe die Beigeladene zu 1. im Gegensatz zur An-

tragstellerin eine höhere Netzausbauverpflichtung gehabt und eine Diensteanbieterverpflichtung in der Lizenz hinnehmen müssen.

Die Beigeladene zu 2. hebt hervor, die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente hinsichtlich struktureller Unterschiede zwischen den D- und E-Netzen seien bereits theoretisch unbegründet, empirisch nicht belegt und spiegelten sich auch nicht in Regulierungsentscheidungen anderer Regulierungsbehörden wieder. Darüber hinaus sei namentlich bei der Antragstellerin zu beachten, dass diese aufgrund von National Roaming von Beginn an mit geringeren Investitionen in den Markt eintreten konnte. Daraus müssten eigentlich Kostenvorteile resultieren. Schließlich werde ignoriert, dass eine Regulierung, die geringe Marktanteile mit hohen Terminierungsentgelten „belohne,“ den dynamischen Wettbewerb behindere.

Die Beigeladene zu 5. betont, dass ihrer Ansicht nach UMTS-Kosten bei der Entgeltbemessung nicht berücksichtigt werden dürften. Es handele sich insoweit um Kosten, welche ausschließlich dem Anschlussbereich zuzurechnen seien. Die Luftschnittstelle entspreche nämlich der TAL, und für die TAL-Kosten sei im Festnetzbereich anerkannt, dass sie nicht zu den Kosten einer Terminierungsleistung gerechnet werden dürften. Sollte die Beschlusskammer gleichwohl UMTS-Kosten in ihre Berechnungen einbeziehen, so könnten diese nur entsprechend dem tatsächlichen Anteil der UMTS-Infrastruktur an der Erbringung von Sprachterminierungen und auf der Basis derjenigen Beträge, die ein effizienter Anbieter heute für den Erwerb einer UMTS-Lizenz aufwenden würde, relevant sein. Ebenfalls komplett zu streichen seien die geltend gemachten Handy-Subventionen. Diese Position sei im Festnetzbereich auch nicht berücksichtigt worden. Sie stünden in keinem Zusammenhang mit den Terminierungsleistungen. Externe positive Effekte könnten durch Handy-Subventionen angesichts der bereits hohen Penetration nicht mehr eintreten.

Dass die tatsächlichen Terminierungskosten der Antragstellerin deutlich unter den beantragten Entgelten liegen müssten, zeige die bevorzugte Behandlung ihrer Festnetzpartner und der betreffenden Endkunden im Rahmen des Homezone-Produkts „Genion.“ Da angesichts der Endkundenpreise, zu denen dieses Produkt angeboten werde, nahe liege, dass der Festnetzpartner des Mobilfunknetzbetreibers nicht dieselben Entgelte wie andere Terminierungsnachfrager im Rahmen eines CPP-Abrechnungsmodells zahlen müsse, handele es sich um einen Verstoß gegen das in Ziffer 2. der Regulierungsverfügung auferlegte Gleichbehandlungsgebot. Eine sachliche Rechtfertigung sei dafür nicht ersichtlich. Insbesondere resultierten aus der Verwendung einer Festnetzzrufnummer oder dem Netzwerkcode eines dritten Netzbetreibers keine signifikanten Einsparungen gegenüber der herkömmlichen Terminierung. Bei der Vergleichsmarktbetrachtung sei – wie auch Kommentarstellen zu entnehmen sei – ausschließlich eine „best-practice-Betrachtung“ vorzunehmen.

Die Beigeladene zu 8. erwartet, dass den unterschiedlichen Strukturen der kleineren Netzbetreiber, die maßgeblich durch den späteren Markteintritt und die kostenintensive Frequenzausstattung bedingt seien, Rechnung getragen und eine an den tatsächlichen Kosten orientierte Spreizung der Terminierungsentgelte vorgenommen werde.

Die Beigeladene zu 10. weist darauf hin, dass die UMTS-Lizenzkosten nicht in die Berechnungen einbezogen werden dürften. Diese Kosten seien ausschließlich dem Anschlussbereich zuzurechnen. Sollte die Beschlusskammer trotzdem UMTS-Kosten dem Grunde nach anerkennen, so sollten GSM- und UMTS-Verbindungen vorzugsweise getrennt tarifiert werden. Wäre dies nach Ansicht der Beschlusskammer nicht möglich, so müssten diese auf die verschiedenen Leistungen – Anschluss, Zuführung und Terminierung – angemessen verteilt werden. Darüber hinaus seien bei der Terminierungsleistung diejenigen im GSM- und im UMTS-Netz zu unterscheiden. Schließlich sei für die Frage, mit welchem Anteil die UMTS-Lizenzkosten überhaupt in die Terminierungsentgelte einfließen könnten, zu berücksichtigen, dass die Einführung von UMTS vor allem der Abwicklung von Datenverkehr diene. Die Datenterminierung werde aber im Festnetzbereich auch nicht über die Terminierungsentgelte der Netzbetreiber abgerechnet.

Neben der Bestimmung des maximalen Anteils, mit der die UMTS-Lizenzkosten in die Terminierungskosten allenfalls einfließen könnten, sei auch zu beachten, inwieweit die Lizenzkosten dem Effizienzkriterium entsprächen. Im Rahmen eines Forward-looking-Ansatzes könne nur der heu-

tige Beschaffungswert der UMTS-Lizenzen berücksichtigt werden. Dieser läge, wie sich aus den inzwischen erfolgten Abschreibungen ergäbe, deutlich unter den ursprünglichen Werten. UMTS-Lizenzkosten könnten darüber hinaus auch nicht als „neutrale Aufwendungen“ in die Berechnungen einfließen. Es sei weder eine entsprechende Rechtspflicht noch ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorhanden.

Weiter seien bei der Berechnung der Mobilfunkterminierungsentgelte diejenigen Verbindungen zu berücksichtigen, welche praktisch ohne Nutzung der Luftschnittstelle im Festnetz erfolge. Dies sei etwa bei der Umleitung von Anrufen auf eine Mailbox oder einen Festnetzanschluss der Fall.

Keine Berücksichtigung dürften Handy-Subventionen finden. Es sei nicht erkennbar, in welchem Verhältnis diese Subventionen zur Erbringung der Terminierungsleistungen stehen sollten. Im Festnetz wären derartige Kosten von der Regulierungsbehörde auch nicht in Ansatz gebracht worden.

Sollten für die Antragstellerin im Vergleich zu den D-Netzbetreibern nicht-reziproke Entgelte angeordnet werden, so dürften für diese keine anderen Regeln als im Festnetz gelten. Dort solle nach dem jüngsten Entgeltbeschluss der Beschlusskammer 4 bis November 2008 zu reziproken Terminierungsentgelten zurückgekehrt werden.

Mit Blick auf das Homezone-Produkt Genion lasse die Regulierungsverfügung keinen Zweifel daran, dass es sich bei der Übernahme der vom Festnetzpartner übergebenen Verbindung durch den Mobilfunknetzbetreiber um eine Terminierungsleistung desselben handele. Die Argumente der Antragstellerin, weshalb hierfür ein geringeres Entgelt zu zahlen sei, könnten nicht überzeugen. Das Genionangebot sei technisch jedenfalls nicht kostengünstiger als sonstige Terminierungsangebote. Soweit sich die Antragstellerin auf die teilweise Geltung des RPP-Grundsatzes beriefe, verletze dies das Gleichbehandlungsgebot.

Die Beigeladene zu 17. hält zur Belegung des Wettbewerbs eine Absenkung der Entgelte aufgrund zwischenzeitlich erreichter Effizienzgewinne für geboten. Sie unterstütze den Ansatz der EU-Kommission u.a. in ihrer Stellungnahme vom 20.07.2006, wonach die Mobilfunkterminierungsentgelte auf Basis eines analytischen Kostenmodells für die effiziente Leistungsbereitstellung reguliert werden sollten. Sollte allerdings ein geeignetes Kostenmodell innerhalb der Verfahrensfrist nicht verfügbar sein, müsse eine Überprüfung der Kostenunterlagen anhand einer Vergleichsmarktbetrachtung erfolgen. Die Beschlusskammer müsse sich dabei fragen, inwieweit die in ihrer bisherigen Beschlusspraxis herangezogenen Parameter – u.a. Teilnehmerzahl, Bevölkerungsdichte, Marktanteil, BIP pro Kopf – in einem ausreichend kostenanalytischen Zusammenhang mit den kostenrelevanten Faktoren der Mobilfunknetze stehen.

Die Kosten für UMTS-Lizenzen und UMTS-Netze stellten für die Terminierung von Sprachverbindungen in Mobilfunknetzen keine erforderlichen und damit grundsätzlich keine berücksichtigungsfähigen Kosten dar. Eine Terminierung über GSM-Netze reiche vollständig aus. Die Verkehre seien auch, wie sich um Umkehrschluss aus der gesonderten Beantragung von E.1- und E.2-Entgelten im Verfahren BK 3a/b-06-009 ergebe, trennbar. Sollten gleichwohl UMTS-Lizenzkosten berücksichtigt werden, so dürfe dies nur anhand der derzeitigen Neuanschaffungswerte geschehen.

Weder Händlerprovisionen noch Endgerätesubventionen könnten als Kosten für die Terminierungsleistung betrachtet werden, da ein inhaltlicher Zusammenhang fehle. Die Durchsetzung solcher Kosten gegenüber den Nachfragern der Terminierungsleistungen wäre allein aufgrund der monopolartigen Stellung der Netzbetreiber in ihrem jeweiligen Netz möglich. Im Grundsatz könnten auf diese Weise sämtliche Kosten der Endkundenseite auf die Vorleistungsseite verlagert werden.

Ein Zuschlag auf das Terminierungsentgelt bei einer vom Maximum abweichenden Anzahl an OdZ ließe sich allein durch eine erhöhte Nutzung des Backbone rechtfertigen. Für eine kostengemäße Abschätzung der Transitleistung könne auf die Genehmigung für die Zusammenschaltungsentgelte der Beigeladenen zu 12. zurückgegriffen werden. Ziehe die Beschlusskammer

diese Genehmigung zum Vergleich heran, so ergebe sich etwa bei der Erschließung eines einzigen OdZ ein Zuschlag von 0,19 Cent/Min.

Die Beigeladene zu 18. vertritt die Ansicht, die von der Antragstellerin in Ansatz gebrachten UMTS-Kosten entsprächen nicht den Effizienzerfordernissen des § 31 Abs. 2 TKG. Schon zum Zeitpunkt der Versteigerung habe hinter dem Lizenzerwerb kein realistischer Business Case gestanden. Außerdem wäre eine – auch anteilige – Zurechnung der UMTS-Lizenzkosten zu den Terminierungskosten nicht verursachungsgerecht. Die für das National Roaming von der Antragstellerin geltend gemachten Zusatzkosten genügten jedenfalls nicht dem Effizienzerfordernis, weil die Antragstellerin eine verfehlte „Buy“- statt der offensichtlich gebotenen „Make“-Entscheidung getroffen habe. Die Anerkennung eines Subscription-Defizits sei grundsätzlich möglich, allerdings müsse dies dann auch in anderen regulierten Bereichen geschehen. Ein solches Defizit müsse insbesondere auf die Höhe und Struktur der Vorleistungspreise für Diensteanbieter, namentlich hinsichtlich der Beteiligung an incoming calls, durchschlagen und bei eventuellen Verfahren berücksichtigt werden.

Die Beigeladene zu 19. ist der Auffassung, der Antrag sei nicht genehmigungsfähig, da die beantragten Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bei weitem überstiegen. Basis für die Berechnung dieser Entgelte seien die Kostenunterlagen der Antragstellerin, welche anhand eines Kostenmodells bewertet werden müssten. Benchmarks kämen aufgrund der Probleme bei der Abbildung adäquater Vergleichsmärkte allenfalls für die Zeit bis zur Fertigstellung des Kostenmodells in Frage.

Die Entgelte der Antragstellerin müssten sich – dem europaweiten Trend folgend – nach unten entwickeln, und zwar ohne Anwendung eines Gleitpfadmodells. Es sei lediglich ein Entgelt in Höhe von maximal 0,06 für GSM- und 0,05 Euro/Min. für UMTS-Sprachverbindungen genehmigungsfähig. Dies sei von der Beigeladenen zu 19. in den Zugangsverfahren gegenüber der hiesigen Antragstellerin gefordert und mit entsprechenden Benchmarks belegt worden. Eine Differenzierung zwischen den D- und den E-Netzbetreibern von bis zu 20% nach oben sei bei den GSM-Verbindungen allerdings grundsätzlich genehmigungsfähig. Die D-Netzbetreiber genössen einen erheblichen Startvorteil gegenüber den E-Netzbetreibern. Bei UMTS seien die Kosten der Antragstellerin jedoch nicht höher als bei den Beigeladenen zu 2. und 7. anzusetzen, weil alle vier Mobilfunknetzbetreiber zur selben Zeit die Erlaubnis zur Frequenznutzung bekommen hätten.

Während der von der Beigeladenen zu 19. vorgelegte Benchmark auf der Basis eines „best-practice“-Ansatzes diese Werte bestätige, sei der von der Antragstellerin vorgelegte Benchmark methodisch unzulässig. Außerdem basiere letzterer auf falschen Annahmen.

UMTS-Kosten für Lizenz und Netzausbau seien nicht anerkennungsfähig. Sie seien nicht erforderlich, um Sprachverbindungen im Genehmigungszeitraum auf einem UMTS-Handy zu terminieren. Falls die Beschlusskammer diese gleichwohl berücksichtigen wolle, so dürfe dies nur anteilig und unter Berücksichtigung der erfolgten hohen Abschreibungen erfolgen. Ebenfalls nicht anerkennungsfähig seien Endgerätesubventionen. Hierbei handele es sich um Kundenaquisitionskosten, die keinen Bezug zur streitgegenständlichen Leistung hätten. Das EU-Recht schreibe eine strikte Trennung der Anschluss- von den Zusammenschaltungskosten vor.

Das festnetzsubstituierende Produkt Genion sei in die Regulierung umfassend einzubeziehen. Es fielen Terminierungsleistungen an, bei denen die entsprechende Abgeltung in der gleichen Entgelthöhe zu erfolgen habe. Eine Deckelung durch die Grundgebühren sei nicht möglich. Erforderlich sei, dass jede Verbindung aus dem Festnetz zu der Mobilfunknummer das gleiche koste und in gleicher Weise vergewährt werde. Bei der Berechnung der Terminierungskosten müssten die On-net-Verkehrsminuten zum gleichen Entgelt wie die externen Verkehrsminuten berücksichtigt werden. Dies folge namentlich – auch wenn das VG Köln dies anders gesehen habe – aus dem Diskriminierungsverbot gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG und dem Verbot von Preis-Kosten-Scheren nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

Sowohl die Vorberechnungen eines Kostenmodells oder einer Vergleichsmarktbetrachtung als auch die gesamte Entgeltgenehmigung sei bei der EU-Kommission gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie zu notifizieren. Denn gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie seien Entwürfe für Maßnahmen,

die in den Anwendungsbereich von Art. 5 oder 8 Zugangsrichtlinie fielen, der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten mit einer Begründung zur Verfügung zu stellen. Außerdem sei gemäß Art. 6 Rahmenrichtlinie i.V.m. § 13 oder § 15 TKG eine Anhörung zum Entwurf der Entgeltregulierungsmaßnahme durchzuführen.

Die Entgelte der Antragstellerin für Annex-Leistungen dürften jedenfalls nicht diejenigen Entgelte übersteigen, welche die Beigeladene zu 11. verlangen dürfe.

Aus ihrem Vortrag leitet die Beigeladene zu 19. sieben „Anträge“ mit teils mehreren Unterpunkten ab, mit denen sie zum Entgeltantrag der Antragstellerin Stellung nehmen wolle.

Die Beigeladene zu 21. hält die beantragten Entgelte für weit überhöht. So seien die UMTS-Lizenz und –Ausbaukosten grundsätzlich nicht Bestandteil der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Im Festnetzbereich seien Lizenzkosten bisher auch nicht von der Bundesnetzagentur anerkannt worden. Sollten gleichwohl UMTS-Kosten berücksichtigt werden, so dürfe dies nur anteilig und unter Berücksichtigung zwischenzeitlich erfolgter Abschreibungen erfolgen. Die Festnetzbetreiber dürften nicht für Fehlentscheidungen der Mobilfunknetzbetreiber bei der Lizenzersteigerung haftbar gemacht werden.

Ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig seien die geltend gemachten Handysubventionen. Es bestehe kein ursächlicher Zusammenhang zwischen diesen Subventionen und den Terminierungsleistungen. Dies habe auch die österreichische Telekom-Control-Kommission so gesehen. Ebenso schreibe das EU-Recht eine strikte Trennung der Anschluss- von den Zusammenschaltungskosten vor.

An sich sollten die zu genehmigenden Entgelte auf Basis eines Kostenmodells ermittelt werden. Sofern trotzdem ein internationaler Tarifvergleich herangezogen würde, sollte dieser den von der Beigeladenen zu 21. angestellten Überlegungen entsprechen. Es käme danach ein Entgelt von 6,79 Cent/Min. bzw. sogar – bei Betrachtung der Top-3-Unternehmen – von 4,65 Cent/Min heraus.

Die Entgelte der Antragstellerin dürften sich insbesondere nicht von denjenigen der D-Netzbetreiber unterscheiden. Die Antragstellerin habe in den vergangenen 8 Jahren hinreichend Gelegenheiten gehabt, um etwaige Newcomer-Nachteile auszugleichen.

Die Verbindungen zu Anschlüssen, die Homezoneprodukte nutzen, müssten ebenso behandelt werden wie alle anderen Terminierungsleistungen zu den Mobilfunknetzen, gleich welche vertraglichen Modelle die Mobilfunknetzbetreiber mit Dritten entwickelt hätten. Dabei sei insbesondere eine Verrechnung mit den Grundgebühren für die Homezoneprodukte unzulässig. Vielmehr müsse jede individuelle Verbindungsminute den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen.

Hinsichtlich der Entgelte für weitere Zugangsleistungen sollten sich die Genehmigungen an denjenigen gegenüber der Beigeladenen zu 11. orientieren.

Die Beigelade zu 21. stellt schließlich zehn verschiedene „Anträge“ welche die Beschlusskammer zu berücksichtigen habe, und die teils mit den vorgenannten Erwägungen, teils gar nicht begründet werden.

Die beantragten Entgeltmaßnahmen der Antragstellerin sind auf den Internetseiten der BNetzA (www.bnetza.de) sowie im Amtsblatt Nr. 18 der BNetzA vom 13.09.2006 auf den Seiten 2963 ff. als Mitteilung Nr. 304/2006 veröffentlicht worden.

Der Antragstellerin und den Beigeladenen ist in der am 27.09.2006 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 07.11.2006 ist dem Bundeskartellamt (BKartA) Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Beschlussentwurf gegeben worden. Das BKartA hat sich mit Schreiben vom 07.11.2006 zur beabsichtigten Entscheidung geäußert (s.u. Ziffer II. 2.).

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

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

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, 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG.

Danach ist für Entgelte, die nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Genehmigungspflicht unterliegen, gemäß § 35 Abs. 3 TKG eine Genehmigung zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen.

1. Fehlendes Sachbescheidungsinteresse

Die Antragstellerin kann kein Sachbescheidungsinteresse für die Genehmigung von Terminierungsentgelten für Netzzusammenschaltungen mit weniger als 12 Orten der Zusammenschaltung (OdZ) geltend machen.

Auf entsprechende Nachfrage hat die Antragstellerin der Beschlusskammer am 06.11.2006 eine Übersicht der mit ihren Zusammenschaltungspartnern aktuell realisierten OdZ vorgelegt. Daraus geht hervor, dass die Antragstellerin auf nationaler Ebene mit ■■■■ Zusammenschaltungspartnern über Zusammenschaltungen an mindestens ■■■ OdZ verfügt. Von daher existieren lediglich Zusammenschaltungsverhältnisse, die zu keinen atypischen Verkehren im Netz der Antragstellerin führen und die sie dementsprechend nur in der günstigsten Tarifstufe für Zusammenschaltungen ab 12 OdZ abrechnet. Insoweit musste die Beschlusskammer zum jetzigen Zeitpunkt keine Entscheidung über eine Genehmigung für Zusammenschaltungen mit weniger als 12 OdZ treffen.

Sofern die Antragstellerin künftig solche Zusammenschaltungen realisiert und hierfür tatsächlich höhere Entgelte verlangen will, mag sie einen entsprechenden Antrag nebst der erforderlichen Nachweise für eine erhöhte Inanspruchnahme des Kernnetzes und die daraus resultierenden höheren Kosten bei der Beschlusskammer einreichen.

In ■■■■ Fällen ist die Antragstellerin zwar nur an jeweils ■■■■ OdZ mit anderen Netzbetreibern zusammengeschaltet; hierbei handelt es sich aber um ■■■■ Zusammenschaltungspartner, die ausschließlich Verkehr am OdZ der Antragstellerin ■■■■ ■■■■ Verkehr übergeben und ■■■■ zusammengeschaltet sind. Für die Terminierung von Verkehr mit Ursprung im Ausland hat die Antragstellerin jedoch – im Gegensatz zu den Beigeladenen zu 1., 2. und 7. - ein gesondertes Entgelt beantragt, für das sie ein Bescheidungsinteresse geltend machen kann.

2. Zuständigkeit und Verfahren

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).

Die den Beteiligten, sowohl der Antragstellerin als auch den Beigeladenen, im Beschlusskammerverfahren gemäß § 135 Abs. 1 TKG einzuräumenden Beteiligtenrechte sind nicht dadurch unzulässig verkürzt worden, dass ihnen im Rahmen des Verfahrens nur solche Unterlagen – Antragsunterlagen und Stellungnahmen der Antragstellerin bzw. der Beigeladenen – zur Verfügung gestellt worden sind, in denen Passagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, entnommen bzw. geschwärzt wurden. Aus den bereits in anderem Zusammenhang dargelegten und den Verfahrensbeteiligten daher bekannten Gründen sowie mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 14.03.2006

- Az. 1 BvR 2087/03 u. 1 BvR 2111/03 -

hält die erkennende Beschlusskammer grundsätzlich an der bisherigen Praxis der Beschlusskammern im Umgang mit Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Entgeltregulierungsverfahren fest. Die Beschlusskammer hat die von der Antragstellerin vorgenommenen Schwärzungen auch nicht ohne weitere Prüfung vollumfänglich akzeptiert, sondern gemäß § 136 S. 4 TKG die Antragstellerin zur Offenlegung bestimmter Passagen ihrer Antragsschrift, deren Kennzeichnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis die Beschlusskammer für unberechtigt gehalten hat, aufgefordert.

Im Rahmen der am 27.09.2006 durchgeführten öffentlichen Verhandlung ist mit der Antragstellerin und den Beigeladenen auch erörtert worden, dass wegen der Festlegung der der Präsidentenkammer auf dem Markt Nr. 16 und der darauf gründenden Regulierungsverfügung gegenüber der Antragstellerin vom 30.08.2006 nach Ansicht der Beschlusskammer auch die im Rahmen des Homezone-Produktes Genion von der Antragstellerin erbrachte Terminierungsleistung der Entgeltgenehmigungspflicht nach den §§ 31 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 1 TKG unterliegt,

s. Seite 3ff. des Protokolls der öffentlichen-mündlichen vom 27.09.2006.

Gemäß § 132 Abs. 4 TKG sind die übrigen Beschlusskammern und die 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, war gemäß § 123 Abs. 1 S. 2 TKG auch dem BKartA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch die fortlaufende Übersendung der wesentlichen Verfahrensunterlagen, mündliche Unterrichtungen und durch die Übermittlung des Entscheidungsentwurfs genügt.

Mit Schreiben vom 07.11.2006 hat das BKartA folgende Stellungnahme abgegeben:

„Die Beschlusskammer hat auf S. 24ff. des Beschlussentwurfs insgesamt nachvollziehbar dargelegt, weshalb eine Kostenprüfung anhand der von O2 vorgelegten Kostenunterlagen nicht möglich war und deshalb auf eine Vergleichsmarktbetrachtung zurückgegriffen werden musste. Insgesamt ist allerdings die Kostenprüfung das geeignetere Instrument, um die Kosten der effizienten Leistungserbringung zu ermitteln, wie auch aus der Formulierung von § 31 Abs. 1 TKG deutlich wird. Deshalb begrüßt die Beschlussabteilung die Befristung des beabsichtigten Beschlusses auf ein Jahr für die Terminierungsentgelte und sechs Monate für die sonstigen Entgelte, da dies die Möglichkeit eröffnet, relativ zeitnah für zukünftige Genehmigungen von Terminierungs- und sonstigen Entgelten Kostenprüfungen zugrunde zu legen.

Die Erhöhung des mit der Vergleichsmarktbetrachtung ermittelten Entgelts durch einen Sicherheitszuschlag ist, wie auch auf S. 34 des Beschlussentwurfs angeführt, eine übliche (wenn auch nicht zwingend erforderliche) Praxis im Rahmen kartellrechtlicher Vergleichsmarktbetrachtungen, die im wesentlichen in Missbrauchsverfahren eingesetzt werden. Damit sollen Unterschiede zwischen den Vergleichsmärkten ausgeglichen werden, insbesondere höhere unternehmensabhängige Kosten auf dem geprüften Markt. Die Höhe des Sicherheitszuschlags

hängt dabei von dem Grad der Unterschiede zwischen zu prüfendem Markt und Vergleichsmarkt ab.

Im vorliegenden Fall ist allerdings zu berücksichtigen, dass hier keine Missbrauchsprüfung vorgenommen wird, sondern die Vergleichsmarkt Betrachtung die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung im Rahmen der ex-ante-Regulierung ersetzen soll. Die Vergleichspreise müssen damit einem strengeren Maßstab genügen als bei der Missbrauchsaufsicht. O2 war seiner Verpflichtung nach § 33 TKG nicht nachgekommen, prüffähige Kostenunterlagen vorzulegen. Die Beschlusskammer hätte deshalb die Genehmigung der Entgelte nach § 35 Abs. 3 S. 3 TKG insgesamt ablehnen können. Sie hat jedoch zugunsten von O2 entschieden, stattdessen auf das Vergleichsmarktprinzip abzustellen. Vor diesem Hintergrund ist bereits fraglich, ob im hier betroffenen Fall überhaupt ein Sicherheitszuschlag notwendig und angemessen ist.

Jedenfalls können unter diesen Umständen an der Höhe des Sicherheitszuschlags keine hohen Anforderungen gestellt werden. Die Beschlusskammer hat bei der Auswahl der Vergleichsmärkte bereits sehr weitgehend die Vergleichbarkeit der Strukturen berücksichtigt und konnte lediglich einen Faktor, nämlich die Anzahl der Basisstationen, nicht zweifelsfrei feststellen. Sie hat zudem nicht auf einen einzelnen Vergleichsmarkt abgestellt, sondern eine Reihe von Vergleichsmärkten im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung herangezogen. Damit ist bereits das Risiko von verzerrenden Unterschieden zu einzelnen Vergleichsmärkten deutlich verringert, und es wurde auch nicht nur ein einzelner Markt mit besonders niedrigen Preisen als Vergleichsmaßstab betrachtet. Angesichts dessen hält die Beschlussabteilung den vorgesehenen Sicherheitszuschlag von 5% in jedem Fall für ausreichend.

Die Beschlusskammer beabsichtigt, für die E-Netz-Betreiber höhere Terminierungsentgelte zu genehmigen als für die D-Netz-Betreiber. Da die internationale Vergleichsmarkt Betrachtung, in die nur auf Kostenprüfung beruhende Terminierungsentgelte einbezogen wurden, eine solche Tarifspaltung bestätigt, erscheint diese Vorgehensweise nachvollziehbar.“

Im Übrigen hat das BKartA von einer Stellungnahme abgesehen.

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 7. war der Entwurf dieser Entscheidung auch nicht gemäß Art. 6 und 7 Rahmenrichtlinie national zu konsultieren bzw. zu konsolidieren. Denn mit dieser Entscheidung werden keine „Maßnahmen“ im Sinne dieser europarechtlichen Vorschriften getroffen. Solche Maßnahmen werden einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als abstrakte Verpflichtungen im Rahmen einer Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 1 TKG auferlegt. Dies ist gegenüber der Antragstellerin mit der Regulierungsverfügung vom 30.08.2006, deren Entwurf konsultiert und konsolidiert wurde, bereits geschehen. Mit der Entgeltgenehmigung wird hingegen keine Entscheidung gemäß § 13 Abs. 1 TKG, sondern lediglich eine auf der in dieser Regulierungsverfügung auferlegten Entgeltgenehmigungspflicht gründende konkrete Einzelfallentscheidung getroffen. Diese Entscheidung muss aufgrund der Fristvorgaben des TKG (§ 31 Abs. 6 S. 3 TKG) innerhalb von zehn Wochen ergehen und zuvor sowohl innerhalb der Bundesnetzagentur (vgl. § 132 Abs. 4 TKG) als auch gegenüber dem Bundeskartellamt (vgl. § 123 Abs. 1 TKG) zur Ermöglichung von Stellungnahmen zur Kenntnis gegeben werden. Eine zusätzliche nationale Konsultation des Entscheidungsentwurfs ließe wegen des dafür benötigten Zeitaufwandes noch weniger Zeit für die Prüfung der Kostennachweise und die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Darüber hinaus sind auch im vorliegenden Verfahren die Beteiligten gemäß § 135 Abs. 1 TKG, einer „anderen gesetzlichen Regelung“ im Sinne des § 15 TKG, angehört worden. Auch vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Verfahrensvorgaben bestand daher keine Verpflichtung, den Entwurf dieser Genehmigungsentscheidung erst nach einer nationalen Konsultation zu erlassen.

3. Genehmigungspflicht

Die verfahrensgegenständlichen Entgelte sind genehmigungspflichtig.

Die Genehmigungsbedürftigkeit ergibt sich aus der Regulierungsverfügung BK 4c-06-004/R vom 29.08.2006. In dieser Entscheidung ist die Antragstellerin in Ziffer 1. des Tenors 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 gemäß Ziffer 3. des Tenors der Regulierungsverfügung der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG.

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, unterliegen auch alle dafür geforderten Entgelte der Entgeltgenehmigungspflicht (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 21 TKG). Andernfalls bestünde die Möglichkeit, über eine Verweigerung solcher Nebenleistungen die Inanspruchnahme der eigentlichen Leistung faktisch erheblich zu erschweren bzw. sogar unmöglich zu machen. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien sind neben dem Entgelt für die eigentliche Verbindungsleistung, sämtliche von der Antragstellerin beantragten einmaligen und jährlichen Entgelte für den Zusammenschaltungsanschluss, für Konfigurationsmaßnahmen und für die Durchführung von Interoperabilitätstests genehmigungspflichtig.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin unterliegt auch das Homezone-Produkt Genion der Entgeltgenehmigungspflicht nach § 30 Abs. 1 S. 1 TKG i.V.m. § 21 TKG. Denn im Rahmen dieses Produktes erbringt die Antragstellerin eine Terminierungsleistung. Dies ergibt sich aus der Festlegung der Präsidentenkammer im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen (Markt Nr. 16 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission) und der darauf aufsetzenden Regulierungsverfügung gegenüber der Antragstellerin vom 29.08.2006.

Auch bei Anrufen an die Festnetznummer des „Homezone“-Produktes erfolgt die Anrufzustellung durch den „Homezone“-Mobilfunknetzbetreiber: Die Anrufe werden dem angerufenen Endnutzer in diesem Fall – wie bei der „normalen“ Terminierung über eine Mobilfunkrufnummer – über eine Luftschnittstelle und nicht über die Teilnehmeranschlussleitung zugestellt. Die technischen Abläufe, die dabei erbracht werden müssen, sind mit denen einer herkömmlichen Mobilfunkterminierung identisch. Der „Homezone“-Festnetzbetreiber kann demgegenüber den Anruf dem Angerufenen nicht zustellen, da dieser nicht als Teilnehmer an das Festnetz des Betreibers angeschlossen ist. Es liegt deshalb keine Festnetzterminierung vor.

Der „Homezone“-Festnetzbetreiber ist demzufolge gegenüber dem Betreiber des Teilnehmernetzes, aus dem der Anruf stammt (Ausgangsnetzbetreiber), zum einen für die Weiterleitung in das „Homezone“-Mobilfunknetz, zum anderen aber auch für die Anrufzustellung in dieses Netz verantwortlich. Da er letztgenannte nicht selbst erbringt, bezieht er diese seinerseits als Vorleistung von dem „Homezone“-Mobilfunknetzbetreiber. Zwar kann der Ausgangsnetzbetreiber nicht erkennen, dass es sich hierbei um eine Mobilfunkterminierung handelt. Dies ändert aber nichts daran, dass seine Nachfrage faktisch auf eine solche Mobilfunkterminierung gerichtet ist, weil der „Homezone“-Festnetzbetreiber in seiner Vertragsbeziehung dafür verantwortlich ist, dass der Anruf dem Endnutzer (im Mobilfunknetz) zugestellt wird.

In diesem Zusammenhang ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass nicht nur das Homezone-Produkt „Genion“ der Antragstellerin dem Markt Nr. 16 zugerechnet worden ist. Vielmehr ergibt sich aus der Marktdefinition und -analyse eindeutig, dass die Ausführungen und die Schlussfolgerungen, wie sie „für das Genion-Konzept getroffen worden sind, „auch für alle zukünftigen ähnlichen Produkte dieser oder anderer Anbieter gelten“,

s. Festlegung der Präsidentenkammer zur Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen, S. 4 Fn. 11, unter B. II.

An die Festlegung der Präsidentenkammer ist die Beschlusskammer gebunden,

vgl. VG Köln Urt. – 1 K 2924/05 – vom 17.11.2005, S. 12f. des amtl. Um-
drucks.

Nicht anderes kann für die darauf aufsetzende Regulierungsverfügung gelten.

Auch die EU-Kommission hat – insoweit übereinstimmend mit ihrer Stellungnahme vom 03.11.2005 zum Entwurf der Marktanalyse – in ihrer Stellungnahme vom 20.07.2006 zum Entwurf der Regulierungsverfügung klar zum Ausdruck gebracht, dass die Homezone-Tarife zu den Leistungen auf dem Markt Nr. 16 gehören und folglich auch in den Anwendungsbereich der Regulierungsverfügung fallen,

s. Stellungnahme der Kommission v. 3. November 2005
(Az. SG-Greffe [2005] D/205983.

Sofern die Anbieter von Homezone-Produkten, wie die Antragstellerin, darauf verweisen, dass das VG Köln die im Rahmen eines Homezone-Produktes erbrachte Verbindungsleistung im Mobilfunknetz in einer Entscheidung bislang anders beurteilt habe und darin lediglich eine Weiterleitung erblicke,

vgl. VG Köln Urt. – 1 K 8432/04 - v. 15.9.2005,

ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass diese Äußerung lediglich obiter dicta erfolgt ist und in einem Umfeld erging, in dem eine Marktdefinition und -analyse für den streitgegenständlichen Markt noch nicht vorlag. Die Einbeziehung der „Homezone“-Produkte ist nunmehr jedoch im Rahmen eines solchen Marktregulierungsverfahrens erfolgt. Insoweit steht der Antragsgegnerin aber nach § 10 Abs. 2 S. 2 TKG ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht nur die Festlegung der Regulierungsbedürftigkeit, sondern auch die Marktabgrenzung umfasst,

vgl. Festlegung zu Marktdefinition und -analyse , S. 80, unter L. IV.

Schon aus diesem Grund können aus der vorliegenden Gerichtsentscheidung nicht ohne weiteres Schlussfolgerungen für die Beurteilung dieser Einbeziehung gezogen werden.

Nicht genehmigungspflichtig nach §§ 30 Abs. 1, 31 TKG sind dagegen die Entgelte für die Stornierung und die Änderung von Bestellungen sowie die Mindestverkehrsgarantie.

Die Stornierung von Bestellungen kann weder als Zugangsgewährung noch als zusätzliche Leistung, welche die Inanspruchnahme einer Terminierungsleistung der Antragstellerin überhaupt erst ermöglicht, angesehen werden. Denn die Stornierung betrifft den Fall, dass ein Zusammenschaltungspartner, der ursprünglich einmal eine Zusammenschaltungsleistung (Anschluss u.ä.) bei der Antragstellerin bestellt hatte, mithin den Zugang zum Mobilfunknetz der Antragstellerin wollte, diesen konkreten Zugang nunmehr gerade nicht mehr haben möchte, m.a.W. einen ursprünglich beabsichtigten Zugang schon im Vorfeld der Realisierung gar nicht mehr wünscht. Solche Fehlplanungen bei der Bestellung, die in der Sphäre des nachfragenden Unternehmens liegen, können aber nicht zu Lasten des zugangsverpflichteten Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gehen, indem solche Leistungen, die zwar durchaus sinnvoll sind, aber keinen Zugang darstellen, der Ex-ante-Entgeltregulierung unterfallen.

Bei der Änderung von Bestellungen handelt es sich um eine Kombination von Stornierung und Neubeauftragung. Während die Stornierung aus den gerade dargestellten Gründen nicht genehmigungspflichtig ist, wird die Neubeauftragung nach den allgemein für Beauftragungen geltenden Grundsätzen behandelt. Es bedarf deshalb keiner eigenen Genehmigung von Änderungsentgelten.

Nicht genehmigungspflichtig sind auch die von der Antragstellerin beantragten Mindestverkehrsmengen. Zwar kommt die vorgesehene Mindestgarantie von Verkehrsmengen je Interconnection-Anschluss verbunden mit einer Verpflichtung zu Ausgleichzahlungen, wenn die verein-

barten Verkehrsmengen nicht erreicht werden, in ihrer Wirkung einem Mindestverkehrsentsgelt gleich. Dementsprechend hat die BNetzA in der Vergangenheit Mindestverkehrsgarantien als genehmigungspflichtig und auch grundsätzlich genehmigungsfähig angesehen, soweit dadurch nachweisbar Investitionskosten der Zusammenschaltung abgedeckt werden,

Beschluss BK 4c-99-008/Z25.02.99, S. 18ff.

Allerdings hält die Beschlusskammer nicht mehr an der Ansicht fest, dass Mindestverkehrsgarantien einer Ex-ante-Genehmigungspflicht nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 30 Abs. 1, 31 TKG unterliegen. Nicht gegen eine Weitergeltung der Genehmigungspflicht spricht allerdings die Regelung des § 39 Abs. 1 TKG, der nur noch von „Entgelten“ und – anders als § 25 TKG 1996 – nicht mehr von „entgeltrelevanten Bestandteilen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ spricht. Diese unterliegen nach wie vor der Genehmigungspflicht,

vgl. VG Köln, Beschluss vom 06.09.2004 – Az.: 1 L 1832/04 -, S. 3 des amtl. Umdrucks.

Indes betrifft die Forderung einer Mindestverkehrsmenge vorrangig einen Leistungsaspekt und weniger einen Gegenleistungsaspekt. Denn ausweislich des insoweit unwidersprochen gebliebenen des Vortrags der Antragstellerin in diesem Verfahren und der Beigeladenen zu 1. und 7. in den sie betreffenden Parallelverfahren steht bei der Forderung nach Mindestverkehrsgarantien der Aspekt der Vermeidung übermäßiger Bestellungen von Netzanschlüssen und damit der bedarfsgerechten Netzplanung sowie die Vermeidung von Bereitstellungsengpässen im Vordergrund. Diese Fragen können allerdings nicht im Rahmen eines Ex-ante-Genehmigungsverfahrens nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überprüft werden. Sie sind vielmehr Gegenstand der von der Beschlusskammer in einem eigenständigen Verfahren noch vorzunehmenden Überprüfung des von der Antragstellerin gemäß Ziffer II. des Tenors der Regulierungsverfügung BK 4c-06-003 vom 29.08.2006 vorzulegenden Standardangebots. Dabei wird insbesondere zu bewerten sein, ob das Standardangebot unzureichend ist, weil die vorgesehenen Mindestverkehrsgarantien den Anforderungen an eine Chancengleichheit und Billigkeit des Zugangs (vgl. § 23 Abs. 3 S. 3 und 5 TKG) nicht entsprechen. Daneben kann die Mindestverkehrsgarantie Gegenstand eines Anordnungsverfahrens nach § 25 TKG sein, im Rahmen dessen die Beschlusskammer im Streitfall zwischen zwei Netzbetreibern alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung anordnen kann.

Die Forderung von Mindestverkehrsmengen betrifft überdies auch deshalb eher einen Planungsaspekt, weil sich der Nachfrager nach einer Zusammenschaltung vor deren Realisierung darüber im Klaren werden muss, ob sich eine unmittelbare Zusammenschaltung und die damit verbundenen zusätzlichen Kosten neben einer Zusammenschaltung etwa mit der Beigeladenen zu 11. als größter Festnetzbetreiberin und einer Verkehrsabwicklung im Wege des Transits über diese überhaupt wirtschaftlich lohnt. Hierfür ist von vorneherein ein Mindestverkehrsaufkommen erforderlich, ohne dass es einer Garantie bedürfte. Vor diesem Hintergrund kann einer Mindestverkehrsgarantie zudem eher die Wirkung eines Zugangshindernisses und nur nachrangig einer Entgeltbedingung zukommen. Soweit die Notwendigkeit von Mindestverkehrsgarantien u.a. mit Investitionskosten im Falle übermäßiger Bestellungen begründet wird, ist zu berücksichtigen dass für jeden bereitgestellten Netzanschluss Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte in der nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigten Höhe verlangt werden können.

4. Art der Entgeltgenehmigung

Die Überprüfung der verfahrensgegenständlichen Entgelte erfolgt gemäß § 32 Nr. 1 TKG auf der Grundlage der auf die einzelnen Dienste entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Eine nach § 32 Nr. 2 TKG grundsätzlich denkbare Regulierung im Rahmen eines Price-Cap-Verfahrens war im konkreten Fall nicht zugänglich, weil ein Entgeltkorb für die betreffenden Dienste nicht festgelegt worden ist.

5. Genehmigungsfähigkeit

Die beantragten Entgelte für die Leistungen nach Ziffer 1 sind im tenorierten Umfang genehmigungsfähig.

Gemäß § 35 Abs. 3 TKG ist eine Genehmigung zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG vorliegen.

5.1 Terminierungsentgelte

Aus den im folgenden unter Ziffer 5.1.1 dargelegten Gründen waren die Entgelte für die Terminierung im Mobilfunknetz der Antragstellerin für zwei Zeitabschnitte getrennt zu genehmigen.

5.1.1 Entgeltgenehmigung für Terminierungsentgelte bis zum 22.11.2006

Die Terminierungsentgelte der Antragstellerin werden für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 in der in Ziffer 1.1 des Tenors genannten Höhe genehmigt.

Die Genehmigung erfolgt auf Grundlage von §§ 32 Nr. 1, 35 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 und Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 28 TKG und steht unter den in Ziffer 2. des Tenors enthaltenen und nachfolgend unter Ziffer 6.1 näher dargestellten auflösenden Bedingungen. Die in Ziffer 1.3 des Tenors enthaltene Regelung zu Anrufen zu geographischen Rufnummern bleibt unberührt.

Die Entgeltgenehmigung erfolgt mit Wirkung ab dem 30.08.2006. Gemäß § 35 Abs. 5 S. 1 TKG wirken Entgeltgenehmigungen, die die vollständige oder teilweise Genehmigung eines vertraglich bereits vereinbarten Entgelts beinhalten, zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung durch das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung die unter dem TKG¹⁹⁹⁶ umstrittene Frage der Möglichkeit rückwirkender Entgeltgenehmigungen im bejahenden Sinne entschieden,

vgl. auch die Begründung zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 755/03, S. 95.

Maßgeblich für den Beginn des Genehmigungszeitraums ist damit der Beginn der Leistungserbringung, sofern er zeitlich nach dem Vertragsschluss liegt,

vgl. Groebel/Seifert, in: Berliner Kommentar, § 35 Rn. 70.

Tatsächlich erbringt die Antragstellerin bereits seit Jahren vertraglich vereinbarte Terminierungsleistungen. Allerdings können Zeiten, die vor Beginn der Genehmigungspflicht liegen, rechtmäßigerweise nicht von der Genehmigung umfasst sein. Dem Grunde nach sind die Entgelte deshalb mit dem Einsetzen der Genehmigungspflicht ab dem 30.08.2006 zu genehmigen.

In der Höhe richtet sich die Entgeltgenehmigung für den Zeitraum zwischen dem 30.08. und dem 22.11.2006 gemäß den §§ 32 Nr. 1, 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 sowie § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Nr. 1 TKG danach, was die Antragstellerin vertraglich mit ihren Zusammenschaltungspartnern vereinbart hat. Auf diese Weise wird ein Gleichlauf mit demjenigen hergestellt, was für den fraglichen Zeitraum im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen den Beigeladenen zu 7. und zu 19. aufgrund der mit Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 getroffenen Anordnung und in Ausdehnung dessen letztlich in sämtlichen Zusammenschaltungsverhältnissen der Beigeladenen zu 7. gilt.

5.1.1.1 Entgeltgenehmigung im Verhältnis zwischen den Beigeladenen zu 7. und zu 19.

Mit Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 sind im Verhältnis zwischen den Beigeladenen zu 7. und zu 19. und in Vervollständigung einer mit Beschluss BK 4c-04-025/Z21.04.04 vom 25.06.2004 ergangenen Zusammenschaltungsanordnung die Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 7. für den Zeitraum vom 15.12.2005 bis zum 14.12.2006 gemäß § 25 Abs. 1, 5

und 6 TKG i.V.m. §§ 30 Abs. 4, 38 und 28 TKG mit einem Basispreis von 0,11 € pro Minute angeordnet worden.

Die genannte Entgeltanordnung ist auch für den fraglichen Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 in Kraft geblieben. So ist sie insbesondere nicht aufgrund der mit Beschluss BK 4c-06-002/R vom 29.08.2006 ergangenen Regulierungsverfügung entfallen. Zwar steht die vorbezeichnete Entgeltanordnung nach deren Ziffer 2. unter der auflösenden Bedingung, dass die Terminierungsentgelte der dortigen Antragstellerin und hiesigen Beigeladenen zu 7. nach dem Ergebnis einer nach §§ 11ff TKG durchgeführten Marktanalyse gemäß §§ 13, 30 Abs. 1 S. 1 TKG der Entgeltgenehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen werden. Diese Bedingung war zwischenzeitlich mit dem Erlass der Regulierungsverfügung 4c-06-002/R vom 29.08.2006 auch eingetreten. Mit Beschluss 1 L 1380/06 vom 29.09.2006 hat das Verwaltungsgericht Köln aber die aufschiebende Wirkung der Klage der hiesigen Beigeladenen zu 7. gegen die in der Regulierungsverfügung vom 29.08.2006 enthaltene Entgeltgenehmigungspflicht angeordnet, soweit sie sich auf Entgeltanordnungen gemäß § 25 Abs. 5 und 6 TKG bezog. Zur Begründung hat das Gericht auf erhebliche Zweifel an der Möglichkeit rückwirkender Entgeltanordnungen verwiesen. Die dabei ursprünglich bis zum 09.11.2006 angeordnete aufschiebende Wirkung ist vom Verwaltungsgericht Köln mit Beschluss 1 L 1713/06 vom 06.11.2006 bis zum 22.11.2006 verlängert worden. Mit diesen Beschlüssen ist der bereits erfolgte Eintritt der in Ziffer 2. der Entgeltanordnung vom 01.12.2005 enthaltenen Bedingung mit Wirkung bis zum 22.11.2006 rückgängig gemacht worden.

Im Verhältnis zwischen den Beigeladenen zu 7. und zu 19. gilt damit weiterhin für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 die mit Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 erlassene Entgeltanordnung.

5.1.1.2 Die zu genehmigenden Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 7.

Die ursprünglich nur das Zusammenschaltungsverhältnis zwischen den Beigeladenen zu 7. und zu 19. betreffende Entgeltregelung ist auf sämtliche Zusammenschaltungsverhältnisse der Beigeladenen zu 7. auszudehnen. Die Entgelte sind also für den fraglichen Zeitraum am Maßstab insbesondere des § 28 TKG, nicht aber zusätzlich an demjenigen des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG zu messen. Dies wird auch das Ergebnis der spätestens am 16.11.2006 ergehenden Parallelentscheidung im betreffend die Beigeladene zu 7. geführten Verfahren BK 3a/b-06-011/E07.09.06 sein.

Die Ausdehnung beruht auf § 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 TKG prüft die Regulierungsbehörde im Falle einer Genehmigung nach § 32 Nr. 1 für jedes einzelne Entgelt die Einhaltung der Maßgaben nach den §§ 28 und 31. Die Genehmigung ist nach § 35 Abs. 3 S. 1 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 nach Maßgabe des Absatzes 2 entsprechen und keine Versagungsgründe nach Satz 2 oder 3 vorliegen.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktmächtiges Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen.

Tatsächlich läge bei Genehmigung von Terminierungsentgelten der Beigeladenen zu 7. am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ein Missbrauch in diesem Sinne vor. Denn es ist zu erwarten – und wird von der Berechnung der auch bei der Beigeladenen zu 7. aufschiebend bedingt angeordneten Entgelte bestätigt, vgl. die Ausführungen im noch zu erlassenden Genehmigungsbeschluss –, dass die am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berechneten Entgelte in einer geringeren Höhe zu genehmigen wären, als dies bei der allein am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG ausgerichteten Entgeltanordnung vom 01.12.2005 der Fall gewesen ist. Damit aber entstünden den von der Genehmigung betroffenen sonstigen Zusammenschaltungspartnern der Beigeladenen zu 7. für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 dadurch finanzielle Vorteile gegenüber der Beigeladenen zu 19., dass sie gleichartige Telekommunikationsdienste, nämlich die entsprechenden Mobilfunkterminierungs-

leistungen, zu geringeren Entgelten erstehen könnten als es die Beigeladene zu 19. gemäß der geltenden Entgeltanordnung vermag.

Für eine solche Differenzierung zwischen den Nachfragemöglichkeiten der Beigeladenen zu 19. einerseits und denjenigen sonstiger Nachfrager andererseits ist indes keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich. Denn nach der gesetzlichen Konzeption des § 25 TKG soll eine Zusammenschaltungsanordnung eine Zusammenschaltungsvereinbarung ersetzen. Diese Substitutionsfunktion würde aber wesentlich gestört, sollte eine Anordnung wirtschaftlich nicht den gleichen Erfolg wie eine Vereinbarung erzielen können. Eine Benachteiligung der Beigeladenen zu 19. von Rechts wegen nur deshalb, weil sie ihre Zusammenschaltung auf eine Anordnung stützt, würde die Funktionalität dieses Instituts wesentlich beeinträchtigen. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG verlangt deshalb, dass auch in den vertraglich vereinbarten Zusammenschaltungsverhältnissen der Beigeladenen zu 7. diejenigen Entgelte genommen werden, die im Anordnungsverhältnis gelten.

Ein anderes Ergebnis folgt im gegebenen Zusammenhang auch nicht aus § 35 Abs. 2 S. 1 sowie Abs. 3 S. 1 und S. 2 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 TKG. Zwar überschreiten die für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 genehmigten Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Diese Überschreitung ist aber unbeachtlich. Die Vorschrift des § 31 Abs. 1 TKG tritt im vorliegenden Fall hinter diejenige des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG zurück. Dieses Zurücktreten ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 TKG. Die Kollision zwischen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG und § 31 Abs. 1 S. 1 TKG lässt sich aber mittels einer ergänzenden Auslegung lösen.

Eine allgemeine Kollisionsregel ist dem § 35 TKG allerdings auch mit dieser Auslegungsmethode nicht zu entnehmen. Denn die Vorschriften der §§ 28 und 31 TKG stehen jedenfalls in genereller Ranghöhe und zeitlicher Hinsicht auf gleicher Stufe. Auch lässt sich dem Umstand, dass § 28 zum Unterabschnitt „Allgemeine Vorschriften“ gehört, § 31 aber zum Unterabschnitt „Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen“ zählt, kein Spezialitätsverhältnis entnehmen. Vielmehr sind die genannten Vorschriften als Komplementärvorschriften mit unterschiedlichen Zielen angelegt.

Die Kollision kann deshalb letztlich nur bezogen auf den Einzelfall und unter Berücksichtigung der in § 27 Abs. 1 TKG genannten Entgeltregulierungsziele aufgelöst werden. Die vorbezeichneten Vorschriften bezwecken einerseits einen „harten“ Schutz vor missbräuchlicher Ausbeutung (§ 31 Abs. 1 S. 1) und andererseits einen Schutz vor missbräuchlicher Behinderung und Diskriminierung (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3). In der Abwägung ist dabei am Ende der Beachtung des Behinderungs- und Diskriminierungsverbots der Vorzug vor derjenigen des „harten“ Ausbeutungsverbots zu geben. Entscheidend ist dabei zum einen, dass nur eine Gleichbehandlung der Beigeladenen zu 19. mit den anderen Nachfragern die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ermöglicht. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass etwaige rückwirkende Entgeltsenkungen nicht unmittelbar den Verbraucherinteressen im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG zugute kommen würden. Den Verbrauchern gegenüber ist nämlich bereits in der Regel rechtsgültig abgerechnet worden. Das Ausbeutungsverbot kann damit seine Funktion hinsichtlich der Verbraucherinteressen nur eingeschränkt erfüllen. Darüber hinaus ist das regulierungsrechtliche Interesse an einer funktionsfähigen Zugangs- und Entgeltregulierung zu beachten. Um die Funktionsfähigkeit dieser Institute zu bewahren, dürfen an ihren Einsatz zugunsten des Zugangspetenten keine vermeidbaren rechtlichen Nachteile geknüpft werden.

Die Genehmigung von die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreitenden Mobilfunkterminierungsentgelten zugunsten der Beigeladenen zu 7. und damit die nach § 27 Abs. 1 i.V.m. § 31 Abs. 1 S. 1 TKG eigentlich zu vermeidende Benachteiligung der nachfragenden Wettbewerber ist letztlich im Interesse der vorgenannten Gesichtspunkte hinzunehmen.

5.1.1.3 Auswirkungen auf die vorliegend zu genehmigenden Terminierungsentgelte

Auch im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und ihren Zusammenschaltungspartnern sind für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 die Terminierungsentgelte zwar namentlich am Missbrauchsmaßstab des § 28 TKG, nicht aber noch zusätzlich am Maßstab des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG zu messen. Dies folgt aus der Anwendung von § 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein markt-mächtiges Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen.

Eine solche Beeinträchtigung wäre auch hier zu erwarten, sollten die Entgelte der Antragstellerin im fraglichen Zeitraum anhand des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigt werden. Denn nach der oben skizzierten und spätestens bis zum 16.11.2006 erfolgenden Genehmigung der Terminierungsentgelte im Parallelverfahren BK 3a/b-06-011/E07.09.06 muss die Beigeladene zu 7. nach § 37 Abs. 1 TKG für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 Terminierungsentgelte verlangen, welche zwar den Voraussetzungen insbesondere des § 28 TKG, nicht aber den zusätzlichen Maßgaben des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG entsprechen. Diese Entgelte werden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigen. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen stehen sich indes die Beigeladene zu 7. und die Antragstellerin als Konkurrenten gegenüber, und zwar mit für Ende 2005 unter Einschluss der Kunden von Diensteanbietern ermittelten Marktanteilen von 36,8% für die Beigeladene zu 7. und von 12,3% für die Antragstellerin (vgl. Jahresbericht 2005 der Bundesnetzagentur, S. 46). Das Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen beiden Marktteilnehmern würde aber erheblich beeinträchtigt werden, sollte allein die Beigeladene zu 7. die Möglichkeit erhalten, ihren Endkundenmarktauftritt mit denjenigen Bestandteilen der Vorleistungsentgelte unterstützen zu können, welche die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten.

Eine solche Beeinträchtigung wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Wie dargestellt, sind der Beigeladenen zu 7. für den betroffenen Zeitraum allein deshalb die ursprünglich vertraglich vereinbarten Entgelte zuzusprechen, weil sie der Beigeladenen zu 19. den Zugang zu ihrem Netz erst nach Erlass einer in zwei Teilentscheidungen ergangenen Zusammenschaltungsanordnung gewährt hatte. Zum einen würde dieses Verhalten besonders „belohnt“ werden, sollten der Beigeladenen zu 7. über die Ausdehnung der Ergebnisse der Entgeltanordnung auf alle ihre Zusammenschungsverhältnisse hinaus auch noch einseitige Vorteile auf dem Mobilfunkendkundenmarkt erwachsen. Zum anderen ist auch hier das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthaltene Gebot der Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs zu beachten. Die Antragstellerin hätte keine Möglichkeiten, durch Leistungswettbewerb die aus einer solchen rechtlichen Entscheidung resultierenden Wettbewerbsverzerrungen zu kompensieren.

Um also nicht die von der Beschlusskammer im Verfahren BK 3a/b-06-011 zu erlassende Genehmigung von vornherein rechtswidrig werden zu lassen, verlangt § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG, dass für den fraglichen Zeitraum der Antragstellerin ebenfalls die von ihr vertraglich mit ihren Zusammenschaltungspartnern vereinbarten Terminierungsentgelte zugesprochen werden, soweit diese auch den Anforderungen des § 28 TKG genügen.

In der im Rahmen von § 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 durchzuführenden Abwägung zwischen den Maßgaben von § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG einerseits und denjenigen des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG andererseits setzt sich auch hier letztendlich das Behinderungsverbot gegen das Ausbeutungsverbot durch. Maßgeblich ist einerseits die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs. Andererseits kann das Ausbeutungsverbot seine Schutzfunktion gegenüber dem Verbraucher aus den dargestellten Gründen ohnehin nur eingeschränkt wahrnehmen. Schließlich gilt es auch hier, das Institut der Zugangs- und Entgeltregulierung vor einer Beschädigung seiner Funktionsfähigkeit zu schützen. Aus den Einsatz der entsprechenden Regulierungsinstrumente zulasten eines Zugangsverpflichteten dürfen diesem keine vermeidbaren rechtlichen Vorteile gegenüber seinen Wettbewerbern erwachsen.

Aus den vorgenannten Gründen ist für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 das Entgelt der Antragstellerin zwar insbesondere am Maßstab des § 28 TKG, nicht aber zusätzlich an demjenigen des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG zu messen.

5.1.1.4 Preishöhenmissbrauch, § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG

Im Rahmen der Missbrauchsprüfung nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist im Gegensatz zum Vorgehen bei der Regulierung nach § 31 TKG keine strenge Effizienzbetrachtung, sondern eine breiter angelegte Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen.

Die Antragstellerin erhebt aktuell die gleichen Entgelte wie die Beigeladene zu 1., bezüglich derer die Beschlusskammer im Parallelverfahren BK 3a/b-06-009 aus den dort dargelegten Gründen festgestellt hat, dass sie nicht missbräuchlich überhöht sind, und die sie dementsprechend für den Zeitraum vom 30.08. bis 22.11.2006 genehmigt hat. Für das Terminierungsentgelt der Antragstellerin kann daher nichts anderes gelten.

Es kann deshalb festgestellt werden, dass die vertraglich vereinbarten Entgelte mit einem Basispreis von 12,4 Cent pro Minute nicht missbräuchlich sind. Sie sind deshalb für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 zu genehmigen.

5.1.2 Entgeltgenehmigung für den Zeitraum ab dem 23.11.2006

Das Terminierungsentgelt der Antragstellerin wird für den Zeitraum ab dem 23.11.2006 in der in Ziffer 1.2 des Tenors genannten Höhe genehmigt.

Nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG sind die Entgelte genehmigungsfähig, sofern diese die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind, § 31 Abs. 2 S. 1 TKG.

Dieses Entgelt überschreitet nach Überzeugung der Beschlusskammer die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht (§ 31 Abs.1 TKG). Zudem liegen für dieses Entgelt keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 TKG vor.

5.1.2.1 Kostenprüfung anhand der eingereichten Kostenunterlagen

Die für die Erteilung einer Genehmigung erforderliche Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist in erster Linie auf Basis der vom beantragenden Unternehmen gemäß § 33 Abs. 1 TKG mit dem Entgeltantrag vorzulegenden Kostenunterlagen vorzunehmen.

Der Vorrang der Kostenprüfung anhand der vom Unternehmen vorzulegenden Kostenunterlagen ergibt sich aus § 35 Abs. 1 S. 1 TKG. Danach können die anderen in dieser Vorschrift enthaltenen Prüfmethode zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung – eine Vergleichsmarktbetrachtung (§ 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG) und eine unabhängige Kostenrechnung unter Heranziehung eines Kostenmodells (§ 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TKG) – grundsätzlich nur „neben“ den vorliegenden Kosteninformationen, mithin einer Kostenprüfung anhand dieser Informationen angestellt werden.

Allerdings kann die Bundesnetzagentur gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 TKG in begründeten Einzelfällen eine Überprüfung der Genehmigungsfähigkeit der Entgelte auch ohne eine Kostenprüfung nach dem Vergleichsmarktpinzip entsprechend § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG vornehmen. In solchen begründeten Einzelfällen ermöglicht die Vorschrift damit eine Abweichung vom Vorrang der Prüfung von Kostenunterlagen und damit von der vorgesehen Reihenfolge der Prüfmethode. Nicht begründet wird damit hingegen eine Abweichung vom Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Ob ein solcher „begründeter Einzelfall“ vorliegend gegeben war, weil die Antragstellerin mit der Bekanntgabe der Regulierungsverfügung am 30.08.2006 erst-

mals der Entgeltgenehmigungspflicht für die von ihr erbrachten Terminierungsleistungen unterliegt, musste die Beschlusskammer jedoch hier nicht weiter vertiefen. Zwar hat Beigeladene zu 7. unter Hinweis darauf, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, die für eine Kostenprüfung erforderlichen Kostennachweise rechtzeitig zusammenzustellen, in diese Richtung argumentiert. Allerdings war der Antragstellerin und den anderen Mobilfunknetzbetreibern spätestens seit Februar 2006 bekannt, dass die Auferlegung einer Ex-ante-Genehmigungspflicht seitens der BNetzA erwogen wird. Des Weiteren war im Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung vom 05.04.2006 die Genehmigungspflicht vorgesehen. Mit Schreiben vom 27.06.2006 wurde die Antragstellerin darüber hinaus von der BNetzA zur konkreten Vorbereitung des Genehmigungsverfahrens aufgefordert. Es stand demnach der Antragstellerin genügend Zeit zur Vorbereitung ihrer Kostenunterlagen zur Verfügung. Dementsprechend hat auch die Antragstellerin – ebenso wie die anderen Mobilfunknetzbetreiber in den sie betreffenden Parallelverfahren – tatsächlich Kostennachweise vorgelegt, die die Beschlusskammer gemeinsam mit der ökonomischen Fachabteilung intensiv geprüft hat. Zudem eröffnet auch § 35 Abs. 1 S. 2 TKG die Möglichkeit, eine Entgeltgenehmigung alleine auf eine Vergleichsmarktbetrachtung gestützt zu erteilen, wenn die sich aus den vorgelegten Kostenunterlagen ergebenden Kosteninformationen nicht ausreichend sind, ohne dass es dazu eines „begründeten Einzelfalls“ bedürfte.

Gemäß § 33 Abs. 4 TKG müssen die Kostennachweise im Hinblick auf ihre Transparenz und die Aufbereitung der Daten eine Prüfung der Bundesnetzagentur sowie eine Quantifizierung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und eine Entscheidung innerhalb der Frist nach § 31 Abs. 6 TKG, mithin von maximal zehn Wochen, ermöglichen.

Die vorgelegten Ist-Kostennachweise müssen die Beschlusskammer in die Lage versetzen, durch geeignete Modifizierungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu ermitteln. Korrekturen der wesentlichen Eingangsgrößen und eine Quantifizierung der Auswirkung dieser Korrekturen im Hinblick auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der jeweiligen Dienstleistung müssen innerhalb des Verfahrens durchführbar sein.

Eine Kostenkalkulation, die den Anforderungen des § 33 TKG gerecht wird, muss dabei eine transparente Darlegung der Ermittlungsmethodik der Ist-Kosten und der Investitionswerte beinhalten (§ 33 Abs. 2 Nr. 2 TKG). In den Kostenunterlagen ist auf eine verständliche Art und Weise zu erörtern, wie die Inputparameter miteinander verknüpft werden und wie sich aus ihnen das Endergebnis (die Gesamtkosten je Dienstleistung) ableiten lässt. Die Lieferung einer sog. „Black-Box“, die lediglich eine Dateneingabe und eine Datenausgabe ohne Darlegung des Rechenweges erkennen lässt, reicht nicht aus.

Das Mengengerüst gemäß Bestandssystemen der Antragstellerin und das Preisgerüst, das der Kostenberechnung zugrunde liegt, sowie die Kapazitätsauslastung sind offen zu legen. Dabei ist es erforderlich, dass wesentliche Parameter des Mengen- und Preisgerüsts nicht nur als Einzelangaben, sondern auch in aggregierter Form ausgewiesen sind und so eine Beurteilung anhand von Referenzwerten ermöglicht wird (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

Darüber hinaus hat das beantragende Unternehmen eine Gesamtschau der Kosten sowie deren Aufteilung auf Kostenstellen und die einzelnen Leistungen (Kostenträger) nach Einzel- und Gemeinkosten zu liefern (§ 33 Abs. 3 TKG).

Legt das beantragende Unternehmen die in § 33 TKG genannten Unterlagen nicht vollständig vor, kann eine Genehmigung der Entgelte gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 TKG versagt werden.

5.1.2.1.1 Bewertung der Kostenunterlagen

Bei der Bewertung der Kostennachweise hat die Beschlusskammer nicht verkannt, dass die Antragstellerin erstmals im Rahmen eines Ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahrens zur Erstellung und Vorlage prüffähiger – dem Maßstab des § 33 TKG entsprechenden – Kostennachweise verpflichtet war, mithin noch über keine derart langjährige und entsprechend fundierte Erfahrung hinsichtlich der Aufbereitung der notwendigen Kosteninformationen wie die Festnetzsparte der Deutschen Telekom AG verfügte. Deshalb hat die Beschlusskammer der Antragstellerin

während des Verfahrens die Nachreichung weiterer umfassender Unterlagen ermöglicht und der Antragstellerin dazu im Einzelfall auch Fristverlängerung gewährt.

Die für die Erbringung der Terminierungsleistungen relevanten Ist-Kosten [REDACTED] und deren prognostische Fortschreibung auf Basis von [REDACTED] für die Jahre [REDACTED] bis [REDACTED] ermittelt die Antragstellerin anhand eines sogenannten „top-down“-Ansatzes ausgehend von den (geprüften) Jahresabschlusszahlen der O2 für das Kalenderjahr [REDACTED]. Ausgehend von den Daten des externen Rechnungswesens erfolgt im Rahmen einer Überleitrechnung die Ableitung der Kostenbasis, welche nach [REDACTED] unterteilt ist.

Die [REDACTED] umfassen dabei jene Kosten, welche [REDACTED] der Antragstellerin zugeordnet werden können [REDACTED]. Demgegenüber sind die [REDACTED] Kosten nicht im [REDACTED] sondern in anderen [REDACTED] entstanden und werden entweder auf [REDACTED] verteilt, oder als [REDACTED] verrechnet.

Die aufgeführten Kostenkategorien werden nach deren Anteil der Inanspruchnahme (Nutzungsintensität) über sogenannte Routingfaktoren und sonstige Verteilschlüssel auf die Terminierungsleistungen allokiert. Der so berechnete Betrag wird zur Umrechnung in Kosten je Minute durch die Gesamtzahl der Terminierungsminuten dividiert. Dabei werden die anteiligen Kosten und Verkehrsmengen für [REDACTED] miterfasst.

Das von der Antragstellerin gewählte top-down-Kalkulationsverfahren unterliegt insbesondere im Hinblick auf eine sachlich korrekte Datenaufbereitung hohen Anforderungsmaßstäben um die Ist-Kosten der Terminierungsleistungen verursachungsgerecht abbilden zu können. Ausgehend von den Zahlen des externen Rechnungswesens sind zunächst die dem Jahresabschluss zu entnehmenden Aufwendungen dahingehend zu analysieren, ob sie generell einen direkten oder indirekten Bezug zu den zu kalkulierenden Dienstleistungen/Produkten aufweisen.

Mit Hilfe einer sogenannten Überleitrechnung – Überführung der GuV-Positionen in die Kostenrechnung - werden zunächst die der Kalkulation zugrunde liegende Kosten ermittelt. Auf dieser Basis sind sodann sämtliche für die Dienstleistung irrelevanten Aufwendungen – ebenso wie weitere außerordentliche und neutralen Aufwendungen - zu eliminieren, um eine Ausgangskostenbasis festzulegen. Da insbesondere die zu bewertende Netzinfrastruktur der Antragstellerin neben der Terminierung von einer Vielzahl weiterer Dienste (Datendienste, Zuführungsdienste, etc.) in Anspruch genommen wird, sind in einem weiteren Schritt auf Basis der Netznutzungsintensitäten der einzelnen Dienste verursachungsgerechte und willkürfreie Verteilschlüssel für die Gesamtkosten der Netzinfrastruktur - ebenso wie für die sonstigen relevanten unternehmensspezifischen Kosten - festzulegen.

Die Qualität der ermittelten Allokationsschlüssel für die Netzinfrastruktur ist dabei in hohem Maße abhängig von der Aufbereitung entsprechender Grunddaten zu den Verkehrsströmen sowie den Verkehrsmengen um in einem weiteren Schritt über sogenannte „Routingfaktoren“ die dienstespezifischen Inanspruchnahme der einzelnen Netzelemente und deren Kostenanteil für die jeweilige Leistung bemessen zu können.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationsnachweise der Istkosten waren aus den nachstehenden Gründen insgesamt weder ausreichend noch geeignet, der Beschlusskammer eine hinreichende Grundlage für die Ableitung von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu ermöglichen:

- Eine Überprüfung der mit dem Antrag vorgelegten Kostennachweise auf deren rechnerische Richtigkeit und Vollständigkeit war für die Beschlusskammer sowie der von ihr beauftragten Fachabteilung erst nach der am 13.10.2006 erfolgten Nachlieferung einer reformulierten und verknüpften Excel-Kalkulation möglich. Trotz des großen Datenumfanges hat sich auch diese Fassung noch als lückenhaft erwiesen. Weitere Lieferungen wesent-

licher Angaben zur Überleitrechnung, zu den [REDACTED], zu den [REDACTED] sowie zur [REDACTED] wurden sogar erst per e-mail am Abend des 18.10.2006 geliefert. Die verspätete Vorlage der kompletten Kostenkalkulation erst zu Beginn der 8. Verfahrenswoche und deren erhebliche Komplexität haben dazu geführt, dass wesentliche Teile des Kostennachweises entweder nicht mehr oder nur noch cursorisch innerhalb der Verfahrensfrist geprüft werden konnten.

- Dies gilt insbesondere auch für die vorgelegte Überleitung der Wertansätze aus der externen GuV in die Kostenbasis: Hier zeigt sich bei cursorischer Überprüfung, dass im Rahmen der Überleitrechnung – neben geringfügigen rechnerischen Differenzen in der Überführung einzelner Kostenpositionen [REDACTED] der Kostenbasis erfolgt.
- Auch die vollständige Überprüfung und Bewertung der dienstespezifischen Kalkulation und der dieser zugrundeliegenden Verteilschlüssel (Routingfaktoren) war im Rahmen der Verfahrensfrist nicht abschließend möglich. Eine eingehende Analyse der Daten wäre aber insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits bei cursorischer Durchsicht [REDACTED] in der Dokumentation festgestellt werden konnten, unverzichtbar gewesen. Insbesondere die einseitige Zurechnung des sogenannten [REDACTED] - auf die Terminierung ist nicht verursachungsgerecht und führt zu wesentlichen dienstespezifischen Fehlallokationen. Der das Telefongespräch originierende Teilnehmer nutzt grundsätzlich die gleichen technischen Einrichtungen und profitiert ebenso von der Verbesserung der Verbindungsqualität. Aus Sicht der Beschlusskammer wäre insoweit eine gleichmäßige Aufteilung des Faktors auf die betroffenen Dienste als zwingend sachgerecht zu erachten.
- Die Überprüfung der mittels Preis-Mengen-Gerüst gebildeten Investitionswerte konnte bereits insoweit nicht erfolgen, als die Antragstellerin weder mit den Antragsunterlagen, noch auf zusätzliche Anfrage hin, vollständige und prüffähige Nachweise zu den Preisen der in die Kostenkalkulation eingehenden Inputfaktoren vorgelegt hat. Zwar enthielten die zu Beginn der 8. Verfahrenswoche nachgereichten Unterlagen einzelne Dateien zu dieser Thematik. Für Zwecke der Preisprüfung sind diese Daten aber nur dann geeignet, wenn die darin enthaltenen Preisangaben anhand zusätzlich vorgelegter Kopien von Originalbelegen (Rechnungen und Rahmenverträge) verifiziert werden können.

Im Einzelnen wird hinsichtlich der Bewertung der Kostenunterlagen auf das Prüfgutachten der Fachabteilung vom 03.11.2006, welches Bestandteil der Verfahrensakte ist, verwiesen.

Aufgrund der aufgezeigten Mängel bestand für die Beschlusskammer im Rahmen der Verfahrensfrist nach § 31 Abs. 6 TKG nicht die Möglichkeit auf Basis der von der Antragstellerin vorgelegten Istkostennachweise gesicherte Korrekturen für eine Quantifizierung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vorzunehmen. Grundsätzlich sind Korrekturrechnungen in erheblichem Umfang abhängig von den angenommenen Zurechnungsschlüsseln und unterstellten Basiswerten. Da die vorgelegten Kostendaten diesbezüglich erhebliche Mängel aufweisen, ist die Validität der Ergebnisse von Korrekturrechnungen nicht gegeben. Darüber hinaus liegt auch nicht die gemäß § 33 Abs. 3 TKG geforderte Kostenträgerrechnung vor, um die seitens der Antragstellerin vorgetragene dienstespezifischen Kosten für alle beantragten Leistungen – für die Verbindungsleistung und für die Netzanschlüsse und sonstigen Maßnahmen im Netz der Antragstellerin - zumindest ansatzweise plausibilisieren zu können.

Aufgrund der vorgelegten Kostennachweise konnte zudem die (technische) Effizienz des Netzes und des Netzbetriebs nicht mit der für die Erteilung einer Entgeltgenehmigung hinreichenden Sicherheit überprüft werden. Insbesondere konnten durch Verknüpfungen wesentlicher Eingangsparameter der für die Dienstleitung relevanten Vermittlungs-, Übertragungs- und Linientechnik unter Berücksichtigung der Mengen und Preise netztechnischer Komponenten, der

Strukturdaten (z.B. Netzauslastung) sowie der Angaben zur Netztopologie die für die Dienstleistung erforderlichen Gesamtinvestitionen nicht sachgerecht ermittelt und optimiert werden.

5.1.2.1.2 Ermessensausübung gemäß § 35 Abs. 3 S.3 TKG

Gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 TKG kann – wie oben bereits erwähnt - die Beschlusskammer einen Entgeltantrag ablehnen, wenn das antragstellende Unternehmen die in § 33 TKG genannten Unterlagen nicht vollständig vorgelegt hat.

Die Entscheidung, ob und inwieweit ein Entgeltantrag ohne vollständige Kostenunterlagen abgelehnt wird, liegt danach im pflichtgemäßen Ermessen der Beschlusskammer. Die Eröffnung eines Ermessens für die Entscheidungsfindung soll der Behörde eine Lösung ermöglichen, die angesichts der besonderen Umstände des konkreten Falles nach Abwägung allen Für und Wider „dem Zweck der Ermächtigung“ am besten gerecht wird,

Kopp, VwVfG 10. Auflage 2000, § 40 Rdnr. 9 m.w.N..

Hiervon ausgehend ist die Beschlusskammer nach pflichtgemäßer Abwägung aller ihr zum Zeitpunkt der Entscheidung bekannten Tatsachen und darauf gründenden maßgeblichen Gesichtspunkte zu dem Ergebnis gekommen, ihr durch § 35 Abs. 3 S.3 TKG eröffnetes Ermessen dahingehend auszuüben, den Entgeltantrag trotz der mangelhaften Kostenunterlagen nicht insgesamt abzulehnen, sondern eine teilweise Genehmigung der beantragten Entgelte auszusprechen. Hierfür waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Die Versagung der Genehmigung hätte lediglich zu Unsicherheiten am Markt geführt. Die Nachfrager nach Terminierungsleistungen benötigen Planungssicherheit für ihre Kalkulationen, z.B. für eigene Endkundenangebote. Dies gilt insbesondere hinsichtlich solcher Preise, die die Wettbewerber für besonders wichtige Vorprodukte wie die Mobilfunkterminierung an die Antragstellerin zahlen müssen. In diesem Zusammenhang war auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ausweislich der von ihr im Verfahren gemachten Angaben mehrere Mrd. Minuten pro Jahr in ihr Mobilfunknetz terminiert. Eine Versagung der Entgeltgenehmigung für diese Leistung hätte daher einerseits zu beträchtlichen finanziellen Unsicherheiten auf Seiten der Zusammenschaltungspartner geführt. Insbesondere hätte diese auch - abhängig von der Menge der übergebenen Terminierungsminuten – ggf. Rückstellungen in beträchtlicher Höhe und auch über einen längeren Zeitraum bilden müssen. Andererseits müsste die Antragstellerin bei einer vollständigen Versagung der Entgeltgenehmigung in Anbetracht der dargelegten Terminierungsminuten Leistungen von erheblichem wirtschaftlichem Wert ggf. sogar über einen mittelfristigen Zeitraum erbringen, ohne diese Leistungen zeitnah abrechnen zu können. Damit müsste die Antragstellerin bis zu einer rückwirkend ergehenden Entgeltgenehmigung auf der Grundlage aussagekräftiger Kostenunterlagen eine erhebliche Vorfinanzierung bereits erbrachter Leistungen vornehmen und würde allen damit verbundenen Risiken im vollen Umfang unterliegen.

Dementsprechend hat die BNetzA in der Vergangenheit regelmäßig in pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens gleichwohl über den Entgeltantrag entschieden, wenn sie auch ohne verwertbare Kostenunterlagen bzw. ohne die nicht nachgewiesene Kostenposition auf Grund alternativer Erkenntnismöglichkeiten, etwa eigener Erkenntnisse über diese Kosten, einer Vergleichsmarktbetrachtung oder unter Zuhilfenahme eines analytischen Kostenmodells, ein dem gesetzlichen Genehmigungsmaßstab des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG entsprechendes (niedrigeres) Entgelt ermitteln konnte (vgl. Beschluss BK 4a-03-010/E19.02.03 sowie OVG Münster, a.a.O., S. 10f des amtl. Umdrucks). Ein solches Vorgehen ist gegenüber einer vollständigen Versagung der Genehmigung verhältnismäßiger. Daher wird auch die erkennende Beschlusskammer an dieser Praxis künftig festhalten.

Die Möglichkeit, dass eine Genehmigungsentscheidung auch allein auf einer Vergleichsmarktbetrachtung oder auf der Grundlage eines Kostenmodells beruhen kann, wenn die vorliegenden Kosteninformationen für eine Prüfung der genehmigungspflichtigen Entgelte nicht ausreichen, ist – wie bereits oben erwähnt - auch durch § 35 Abs. 1 S. 2 TKG ausdrücklich eröffnet. Damit hat der TKG-Gesetzgeber selbst dem Umstand Rechnung getragen, dass aus Gründen der

Planungssicherheit Entgeltgenehmigungen auch dann möglich sein sollen, wenn sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht aus den vorgelegten Kostenunterlagen ableiten lassen und alternative Ermittlungsmöglichkeiten bestehen. Soweit es andere Möglichkeiten gibt, um die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu ermitteln, wäre es schließlich nicht nur unverhältnismäßig, sondern würde den Regulierungszielen des § 2 TKG auch diametral zuwider laufen, die beantragte Genehmigung nicht zumindest teilweise zu erteilen.

Eine solche alternative Ermittlungsmöglichkeit steht der Beschlusskammer für die hier zu genehmigenden Terminierungsentgelte auch in Gestalt einer von der ökonomischer Fachabteilung erstellten internationalen Tarifvergleichsbetrachtung zur Verfügung (siehe unten Ziffer 5.1.2.2).

Im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung war die Beschlusskammer auch nicht gehalten, die Entgeltgenehmigung anstatt auf einer Vergleichsmarktbetrachtung vorrangig auf der Basis eines analytischen Kostenmodells zu erteilen.

Die Beschlusskammer verkennt nicht – wie insbesondere von der Beigeladenen zu 1. und der EU-Kommission im Vorfeld des Entgeltgenehmigungsverfahrens gefordert –, dass bei Fehlen von Informationen, welche eine Ermittlung der unternehmensspezifischen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auf Basis von Kostenprüfungen verhindern, die Verwendung eines Kostenmodells gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 eine ggf. geeignete Alternative für die hier zur Genehmigung anstehenden Terminierungsleistungen der nationalen Mobilfunknetzbetreiber darstellen kann.

Analytische Kostenmodelle dienen der Zielsetzung, effiziente Netzstrukturen zu ermitteln und diese kostenmäßig zu quantifizieren. Im Rahmen einer Modellierung wären dabei „bottom-up“ die einzelnen Mobilfunknetze der nationalen Betreiber jeweils als mathematische Algorithmen aufzubauen. Um nicht ein sich von den tatsächlichen Gegebenheiten vollkommen entfernendes hypothetisches Netz zu modellieren, wäre ein ggf. ein sog. „Scorched-node“-Ansatz zu wählen. Auf Basis einer darauf aufsetzenden Optimierung der Netzknoten sowie der sonstigen für die Netzinfrastruktur erforderlichen Inputgrößen und Parameter (z.B. Wiederbeschaffungspreise der Netzelemente, ökonomische Nutzungsdauer dieser Netzelemente, notwendige Netzkapazität, etc.) entsprächen die über das Kostenmodell generierten betreiberspezifischen Ergebnisse somit dem Investitionskalkül eines heute investierenden effizienten Netzbetreibers, mithin dessen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung,

vgl. Groebel/Seifert, in Berliner Kommentar, § 35 TKG, Rn. 25 ff.

Allerdings war der Beschlusskammer ein Rückgriff auf Ergebnisse eines Kostenmodells im Rahmen des laufenden Verfahrens objektiv unmöglich, weil ein solches zum Zeitpunkt der Verfahrensvorbereitung und -eröffnung noch nicht vorlag. Eine umgehende Beauftragung zur Entwicklung und erstmaligen Erstellung eines Kostenmodells durch einen externen Gutachter hätte ebenfalls zu keinen Ergebnissen innerhalb der zehnwöchigen Verfahrensfrist geführt, so dass auch bei einem solchen Vorgehen der Antrag hätte abgelehnt werden müssen.

Da die vorliegenden Kosteninformationen der Antragstellerin nicht für eine Prüfung der genehmigungspflichtigen Entgelte nach § 32 Nr. 1 TKG in Verbindung mit § 33 TKG ausreichten und ein nachrangiger Rückgriff auf Ergebnisse eines Kostenmodells gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 TKG nicht erfolgen konnte, war für die Beschlusskammer folglich nur eine Entscheidung aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 TKG möglich.

5.1.2.2 Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anhand eines internationalen Tarifvergleichs

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.

Eine Vergleichsmarktbetrachtung ist vorliegend nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Antragstellerin auf dem Terminierungsmarkt in ihr Mobilfunknetz notwendigerweise über einen Marktanteil von 100% verfügt. Gleichwohl handelt es sich um einen „dem Wettbewerb geöffnet“ Markt im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG. Denn diese Vorschrift schließt lediglich die Berücksichtigung von juristischen Monopolmärkten aus. Regulierte (Monopol-)Märkte sind hingegen ausdrücklich als potenzielle Vergleichsmärkte zugelassen,

vgl. Begründung zum TKG, BR-Drs. 755/03, S. 95;
so im Ergebnis auch VG Köln Urteil 1 K 8432/04 vom 04.10.2005, S. 18.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem in den Anforderungen an die Vergleichsmärkte grundsätzlich strengeren § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ein Vergleich mit Entgelten eines Monopolisten zulässig,

vgl. BGH, Beschluss KVR 17/04 vom 28.06.2005, S. 12.

Nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG ist allerdings offen, ob sich der relevante Vergleichsmaßstab vorrangig an nationalen oder internationalen Märkten zu orientieren hat. Nach dem Vortrag der Beigeladenen zu 1. wäre trotz genereller Bedenken gegen die Heranziehung von Vergleichsmarktstudien insgesamt einer nationalen Vergleichsmarktanalyse der Vorrang vor einer internationalen zu geben, weil die Kostensituation von Mobilfunknetzbetreibern auf dem nationalen Markt mit Blick auf Personalkosten, Lizenzkosten, Frequenzausstattung volkswirtschaftliche Rahmenbedingungen, Topographie, Nutzungsvolumen etc. untereinander ein höheres Maß an Vergleichbarkeit aufwiesen, als im Vergleich zu ausländischen Mobilfunkanbietern. Da jedoch weder in der Vergangenheit noch im Rahmen des laufenden Verfahrens sowohl für die Antragstellerin als auch für die weiteren nationalen Mobilfunknetzbetreiber kostenorientierte Entgelte quantifiziert werden konnten, entfällt de facto die Möglichkeit einer nationalen Vergleichsmarktbetrachtung.

Zudem war es nicht erforderlich, für den internationalen Tarifvergleich detaillierte Kostenbetrachtungen vorzunehmen. Zwar hat die Antragstellerin auf eine Reihe von Kosteneinflussgrößen verwiesen, die sich nach ihrer Auffassung in den Vergleichsländern unterscheiden können. Eine umfassende Berücksichtigung derartiger Kosteneinflussgrößen würde aber letztlich zu einem Kostenvergleich führen. Durch § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG wollte der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur aber gerade den Rückgriff auf ein von der Kostenbetrachtung unabhängiges Instrument – den Preisvergleich – ermöglichen. Die angestellte Vergleichsbetrachtung stellt demzufolge einen Tarifvergleich dar. Im Übrigen ist die von der Antragstellerin geforderte weitergehende Berücksichtigung von Kosteneinflussgrößen nicht praktikabel. Zum einen sind konkrete Kostenparameter der in den Vergleich einbezogenen Auslandsunternehmen, die vielfach als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eingestuft werden, nicht ermittelbar. Zum anderen sind die Auswirkungen der einzelnen Kosteneinflussgrößen auf die Gesamtkosten und damit den Tarif nicht quantifizierbar, sondern allenfalls qualitativ zu beschreiben. Gewisse Unterschiede zwischen verschiedenen Ländern und Unternehmen, wie sie die Antragstellerin im Hinblick auf die Kosteneinflussgrößen, die Methodik der Preisfindung und den Zeitpunkt der Tarifsetzung anführt, sind regelmäßig identifizierbar. Würden sie zum Ausschluss aus der Vergleichsmarktbetrachtung führen, wären internationale Tarifvergleiche schlichtweg nicht durchführbar.

Der internationale Tarifvergleich für die Mobilfunkterminierungsentgelte ist – soweit dies in Anbetracht der Besonderheiten der jeweiligen Leistungen und Märkte möglich war - in methodisch konsistenter Weise zu den von der BNetzA in der Vergangenheit angestellten Tarifvergleichsbetrachtungen zu den verbindungsabhängigen Zusammenschaltungen im Festnetz („EBC-Entgelte“) vorgenommen worden,

vgl. Beschlüsse BK 4a-01-026/E03.08.01 vom 12.10.2001, BK4c-03-123/E22.09.03 vom 28.11.2003 und BK 4b-06-005/E02.02.06 vom 13.04.2006 sowie zuletzt auch BK 4a-06-060 vom 31.10.2006 betr. die Mietleistungsentgelte.

Für die internationale Vergleichsmarktbetrachtung kamen daher grundsätzlich nur solche EU-Länder in Frage, in denen nach der Liberalisierung bereits ein ausreichender Zeitraum für das Entstehen von Wettbewerbsstrukturen verstrichen ist. Dabei handelt es sich um Belgien, Dänemark, Frankreich, Finnland, Griechenland, Großbritannien, Italien, Irland, Island, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Portugal, Österreich, Schweden und Spanien. Von einer Erweiterung der Länderauswahl auf die EU-25 Länder hat die Beschlusskammer abgesehen, weil davon ausgegangen werden kann, dass der seit 01.05.2004 geltende Rechtsrahmen in den neuen Mitgliedsstaaten zwar umgesetzt worden ist, aber noch nicht zu vergleichbaren Marktverhältnissen geführt hat, wie in den EU-15 Staaten.

Zur Sicherstellung, dass sich die Tarifergebnisse an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, wurden in die Länderauswahl nur jene Länder aufgenommen, in welchen die Entgelte originär anhand von Kostenmodellen bzw. Kostennachweisen zu bestimmen waren. Nicht in die Auswahl flossen daher jene Länder ein, in denen die Terminierungsentgelte ihrerseits aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung festgelegt wurden. Ebenso waren die Niederlande aus der Referenzgruppe herauszunehmen, weil die Regulierungsverfügung der dortigen nationalen Regulierungsbehörde OPTA per Gerichtsentscheid aufgehoben wurde. Die herangezogenen Tarife implizieren somit einen geeigneten Vergleichsmaßstab hinsichtlich der für die Antragstellerin abzuschätzenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

In den Tarifvergleich wurden darüber hinaus ausschließlich Mobilfunknetzbetreiber mit gemeinsamer GSM-/UMTS-Netzinfrastruktur einbezogen. Dadurch wird eine angemessene Berücksichtigung der Kosten für die UMTS-Netzinfrastruktur in den Tarifen gewährleistet. Nach derzeitigem Kenntnisstand der Beschlusskammer ist aktuell auch bereits aus technischer Sicht eine Unterscheidung zwischen GSM- und UMTS-Funktechnologien am Übergang zu anderen Netzen für die Verkehrsflüsse vom Mobilfunknetz ins Festnetz sowie vom Festnetz ins Mobilfunknetz nicht möglich.

Nach vorgenommener Bereinigung verbleiben in der gesamten Referenzgruppe letztlich 10 Länder, deren Betreiber – um den frequenzbedingten netzinfrastrukturspezifischen Besonderheiten der Netzbetreiber gesondert Rechnung zu tragen - in zwei Vergleichsgruppen (900 MHz/s-Frequenzen versus 1800 MHz/s-Frequenzen) geclustert wurden. Unter den einbezogenen Ländern befinden sich insbesondere auch Großbritannien, Frankreich, Italien und Spanien und damit die Länder, die sowohl von der Größe als auch von der Einwohnerzahl Deutschland am nächsten kommen und die – mit Ausnahme von Spanien - auch im Rahmen des Tarifvergleichs für die Festnetzentgelte betrachtet wurden.

Der Vergleichsgruppe der Mobilfunknetzbetreiber mit 900 MHz-Frequenzausstattung lassen sich dabei insgesamt 22 Unternehmen aus 10 Ländern zuordnen, jener der Mobilfunknetzbetreiber mit 1800 MHz-Frequenzausstattung 11 Unternehmen aus 8 Ländern. Letzteres liegt daran, dass es nicht in allen Ländern 1800 MHz-Netzbetreiber gibt.

Um sicherzustellen, dass im Sinne einer gebotenen „Forward-Looking“-Betrachtung – die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die anhand einer Tarifvergleichsbetrachtung festgestellt werden sollen, ergeben sich gemäß § 31 Abs. 2 TKG aus den langfristigen zusätzlichen Kosten - sämtliche (i.d.R. gleitpfadabhängigen) Tarifänderungen in den herangezogenen Ländern in der Datenbasis für die maßgeblichen Betrachtungszeiträume Berücksichtigung finden, wurden die – im wesentlichen auf Datengrundlage der aktuellen Ausgaben des Cullen International regulatory support service vom 21.08.2006 bzw. 20.06.2006 ermittelten - Entgelte pro Betreiber und Monat gesondert verrechnet und aus den Einzeldaten betreiberspezifische Durchschnittswerte abgeleitet.

In einem weiteren Schritt wurde separat für beide Vergleichsgruppen das arithmetische Mittel als sog. „efficient frontier“ errechnet. Annahmegemäß gehören dabei alle Unternehmen, deren Entgelte auf oder unter dem Mittelwert liegen, zu den an Effizienz orientierten Unternehmen des Vergleichsmarktes. Um des weiteren den Maßgaben eines Best-Practice-Ansatzes im Rahmen des laufenden Ex-ante-Verfahrens angemessen Rechnung zu tragen, wurde für die Bestimmung der am Maßstab der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichtenden Terminierungsentgelte erneut das arithmetische Mittel dieser Betreiber gebildet.

Diese Vorgehensweise basiert auf dem Gedanken, dass die Marktkräfte in einem Wettbewerbsmarkt den Preis langfristig auf das Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung drücken, weil sich der effizienteste Anbieter auf dem Markt durchsetzen wird,

vgl. Groebel/Seifert, in Berliner Kommentar § 35 TKG Rn 21 ff..

Zur Berücksichtigung etwaiger Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern und daraus resultierenden Besonderheiten der Vergleichsmärkte, welche kaum zu 100 % identische Verhältnisse mit dem nationalen Markt, für den die Entgelte zu genehmigen sind, aufweisen, hat die Beschlusskammer keine reine Bestenbetrachtung angestellt, die darin bestanden hätte, den Vergleichspreis auf der Grundlage des besten Preises bzw. des Durchschnitts der drei besten Preise zu ermitteln. Vielmehr hat sie – wie beschrieben – einen differenzierten Ansatz gewählt, der etwaige gegenläufige Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern durch eine breitere Länderbetrachtung berücksichtigt.

Demgegenüber war die Beschlusskammer nicht gehalten, alle Vergleichsländer zu berücksichtigen und das Entgelt entsprechend dem höchsten Wettbewerbspreis festzulegen. Denn im Gegensatz zur Anwendung der Vergleichsmarktmethode im Ex-post-Verfahren – in welchem lediglich eine Überprüfung der Einhaltung der Maßstäbe des § 28 TKG vorgesehen ist - dient sie im Ex-ante-Verfahren der Bestimmung eines kosteneffizienten Preises, d.h. der theoretische Gleichgewichtspreis selbst ist die Zielgröße, die mittels eines „Best-Practice“-Ansatzes zu ermitteln ist. Etwas anderes lässt sich auch nicht dem Urteil des VG Köln vom 15.09.2005,

s. VG Köln, Urteil – 1 K 8432/04 - v. 15.09.2005,

entnehmen, in dem das Gericht auf den höchsten unverzerrten Wettbewerberpreis der Vergleichsländer abgestellt hat. In diesem Urteil ging es nicht um die Ermittlung der Kosten effizienter Leistungsbereitstellung, sondern um die Prüfung, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorlag. Für die Missbrauchsprüfung sind, wie das VG Köln hervorgehoben hat, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aber gerade kein Maßstab,

s. VG Köln, a.a.O., S. 12 des amtl. Umdrucks.

Die Ausführungen des VG Köln sind daher auf die verfahrensgegenständlichen Entgelte nicht übertragbar.

Nachstehende Tabelle vermittelt einen Überblick der relevanten Netzbetreiber, deren Zuordnung zu den Vergleichsgruppen sowie deren Tarifergebnisse im maßgeblichen Betrachtungszeitraum vom 23.11.2006 bis 30.11.2007:

Mobilfunknetzbetreiber mit 900 Mhz-Frequenzausstattung			
Anbieter	Land	Tarif (in Ct./Min)	Besser als Ø
Mobilkom	Österreich	7,22	7,22
T-Mobile	Österreich	9,36	9,36
Proximus	Belgien	8,97	8,97
Mobistar	Belgien	11,27	
TeliaSonera	Finnland	6,62	6,62
Elisa	Finnland	7,37	7,37
Orange France	Frankreich	7,71	7,71
SFR	Frankreich	7,71	7,71
Vodafone	Griechenland	11,53	

TIM	Griechenland	12,53	
Vodafone (Eircell)	Irland	11,02	
O2 (Digigone)	Irland	10,79	
Meteor	Irland	14,12	
TIM	Italien	9,56	9,56
Vodafone	Italien	9,56	9,56
Vodafone	Spanien	8,90	8,90
Telefonica Movilies (TME)	Spanien	8,81	8,81
TeliaSoneraMobile	Schweden	8,66	8,66
Vodafone (Telenor Mobil)	Schweden	14,61	
Tele2	Schweden	10,71	
O2	Großbritannien	8,27	8,27
Vodafone	Großbritannien	8,27	8,27
Durchschnitt		9,71	
Durchschnitt Beste			8,36

Mobilfunknetzbetreiber mit 1800 Mhz-Frequenzausstattung			
Anbieter	Land	Tarif (in Ct./Min)	Besser als Ø
tele.ring	Österreich	9,36	9,36
one	Österreich	9,98	9,98
Base	Belgien	14,07	
Finnet	Finnland	10,00	10,00
Bouygues	Frankreich	9,45	9,45
Cosmote	Griechenland	11,58	
Q-Telekom	Griechenland	12,53	
Wind	Italien	10,50	
Amena	Spanien	9,30	9,32
T-Mobile	Großbritannien	9,11	9,11
Orange	Großbritannien	9,11	9,11
Durchschnitt		10,45	
Durchschnitt Beste			9,47

Auf Basis der durchgeführten Vergleichsmarktbetrachtung errechnet sich somit für den Betrachtungszeitraum 23.11.2006 bis 30.11.2007 ein - an der effizienten Bereitstellung von Terminierungsleistungen im D-Netz der Antragstellerin zu bemessendes - Entgelt in Höhe von 8,36 Cent/Minute.

Die sachgerechte Clusterung der GSM-Mobilfunknetzbetreiber in Vergleichsgruppen nach D- und E-Netzen (Frequenzausstattung mit 900 MHz- vs. 1800 MHz-Frequenzen) bedingt im Er-

gebnis eine nicht-reziproke Tarifstruktur. Die Tarifspreizung zugunsten der E-Netzbetreiber berücksichtigt dabei die frequenzausstattungsbedingt höheren Kosten der Netzinfrastruktur, den späteren Markteintritt sowie den geringeren Marktanteil der Antragstellerin im Vergleich zu den nationalen D-Netzbetreibern.

Eine deutlich höhere Tarifspreizung – insbesondere bedingt durch Kostenunterschiede der Frequenzausstattung zwischen den nationalen D- und E-Netzbetreibern - hält die Beschlusskammer entgegen der Forderung insbesondere der Beigeladenen zu 1. und eines von dieser im Vorfeld des Verfahrens zur Untermauerung ihrer Forderung vorgelegten WIK-Gutachtens aus nachstehenden Überlegungen für sachlich nicht gerechtfertigt:

Die unterschiedliche maximale Zellgröße bei den Mobilfunksystemen 900 MHz und 1800 MHz ist physikalisch bedingt und erfordert bei 1800 MHz-Systemen in ländlichen Gebieten mit geringerer Bevölkerungsdichte eine höhere Anzahl von Mobilfunk-Basisstationen. In Regionen mit höherer Bevölkerungsdichte wird die maximale Zellgröße allerdings nicht von der Ausbreitungsreichweite bestimmt, sondern von der Systemkapazität, mithin von den maximal gleichzeitig möglichen Telefongesprächen in einer Zelle. Hier weisen die 1800 MHz-Systeme einen deutlichen Vorteil gegenüber den 900 MHz-Systemen auf. Bei Abwägung der beiden gegenläufigen (Kosten-)Faktoren lässt sich ein wesentlicher Nachteil der 1800 MHz-Systeme – wie im Ergebnis einer von der ökonomischen Fachabteilung durchgeführten Modellrechnung deutlich wird – nicht erkennen.

Die ermittelten Tarifergebnisse zeigen jedoch auch, dass der Forderung der D-Netzbetreiber nach einer reziproken Tarifstruktur zwischen D- und E-Netzbetreibern (Frequenzausstattung mit 900 MHz- vs. 1800 MHz-Frequenzen) nicht entsprochen werden konnte. Die Ermittlung der Terminierungsentgelte auf den Vergleichsmärkten erfolgte – wie oben aufgeführt - ausschließlich an den Kosten der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber orientiert. Somit implizieren bereits die Tarifergebnisse, dass im aktuellen internationalen Vergleich die aktuellen und in die nähere Zukunft gerichteten durchschnittlichen Kosten für die Terminierungsleistungen der 900MHz-Netzbetreiber offensichtlich unter jenen der 1800MHz-Netzbetreiber liegen.

Demgegenüber liegen der Beschlusskammer keine Anhaltspunkte vor, weswegen die auf den internationalen Vergleichsmärkten erkannten Kostenunterschiede für die nationalen Mobilfunknetzbetreiber irrelevant sein sollten. Durch die vorgenommene Tarifspreizung wird insoweit den frequenzausstattungsbedingt höheren Kosten der Netzinfrastruktur, dem späteren Markteintritt sowie den geringeren Marktanteilen und den daraus resultierenden ungünstigeren Skaleneffekten der nationalen E-Netzbetreiber im Vergleich zu den nationalen D-Netzbetreibern angemessen Rechnung getragen.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten zur Methodik der Vergleichsmarktbetrachtung, der Datengrundlage, der Berechnungen und der Bewertung des von der Antragstellerin vorgelegten Tarifvergleichs wird ebenso wie zu den durchgeführten Modellrechnungen hinsichtlich der frequenzausstattungsbedingten Vor- und Nachteile von 900- versus 1800 MHz-Systemen auf das Prüfungsgutachten der Fachabteilung vom 03.11.2006, welches Bestandteil der Verfahrensakte ist, verwiesen.

5.1.2.3 Sicherheitszuschlag

Die Beschlusskammer hat das im Rahmen der o.a. Vergleichsmarktbetrachtung ermittelte Entgelt um einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 5 % 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, entspricht die methodische Vorgehensweise bei der Erstellung des internationalen Tarifvergleichs im Wesentlichen der Methodik aus dem Verfahren für verbindungsabhängige Zusammenschaltungsentgelte im Festnetz. Allerdings konnten die dort vorgenommenen Regressionsberechnungen zur Berücksichtigung länderspezifischer Unterschiede bzgl. der Fläche und Teilnehmerzahl je Ort der Zusammenschaltung nicht vorgenommen werden. Anders als im Festnetz können aufgrund der Wesenseigenschaft des Mobilfunks einzelnen Zusammenschaltungspunkten und den dort vorhandenen Vermittlungseinrichtungen keine Teilnehmerzahlen fest zugeordnet werden.

Um mit Blick auf den Vortrag der Mobilfunknetzbetreiber eine möglichst genaue Vergleichbarkeit der Netzabdeckung und damit der auch Sprachqualität herzustellen, hat die BNetzA im Vorfeld und noch im Laufe dieses Verfahrens und der Parallelverfahren durch eine Abfrage bei den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Länder versucht, die Anzahl der dort von den Netzbetreibern realisierten Mobilfunkantennen, die sog. „Basisstationen“ abzufragen. Allerdings hat diese Abfrage zu keinen verwertbaren Ergebnissen geführt, aufgrund derer sich ein belastbarer Abgleich zwischen der Erreichbarkeit je Basisstation in Deutschland und in den einzelnen Vergleichsländern durchführen ließe. Trotz des methodisch gleichen Vorgehens wie bei der Ermittlung der Vergleichsentgelte im Festnetzbereich ließ sich daher im Mobilfunkbereich keine ebenso weit reichende Vergleichsbetrachtung anstellen.

Daher hat sich die Beschlusskammer unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung dazu entschlossen, die ermittelten Vergleichswerte durch einen Sicherheitszuschlag zu erhöhen.

Bei der Festlegung der Höhe des Sicherheitszuschlages war zu berücksichtigen, dass – wie oben dargelegt – nicht nur die Preise aus einem einzelnen Land bzw. der drei besten Länder für die Ermittlung eines Vergleichswertes herangezogen hat, sondern eine breitere Länderauswahl und damit eine entsprechend breitere Vergleichsgrundlage herangezogen hat. Da in diesen, aber auch in den anderen in den Tarifvergleich einbezogenen Ländern die Penetrationsrate gemessen in Mobilfunkteilnehmer/Einwohner ähnlich hoch ist wie in Deutschland,

vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Elektronische Kommunikation in Europa – Regulierung und Märkte 2005 (11. Bericht) vom 20.02.2006 (KOM(2006)68,

und ein Mindestmaß an Basisstationen im Verhältnis zur Fläche und zur Anzahl der Mobilfunkteilnehmer erforderlich ist, um eine – auch von den dortigen Kunden geforderte – Mindestqualität der Verbindungen sicherzustellen, kann darüber hinaus davon ausgegangen werden, dass sich die Anzahl der Basisstationen in Relation zur erreichbaren Fläche und der Mobilfunkteilnehmer nicht wesentlich von den deutschen Verhältnissen unterscheidet.

Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen und der oben zitierten Rechtsprechung hat die Beschlusskammer daher einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 5% für gerechtfertigt aber auch ausreichend erachtet.

Einen solchen Sicherheitszuschlag hat auch das BKartA in seiner Stellungnahme vom 07.11.2006 für vertretbar erachtet (s.o, Ziffer II. 2.).

5.1.2.4 Keine weiteren Zuschläge für UMTS-Lizenzgebühr und für Endgeräte-Subventionen

Ein darüber hinausgehender Zuschlag zur Berücksichtigung der UMTS-Lizenzgebühr und der Kosten für Netzwerkexternalitäten war nicht vorzunehmen. Denn durch die getroffene Auswahl

der Mobilfunknetzbetreiber werden in den Tarifen implizit sowohl Kostenanteile für die UMTS-Lizenzgebühr als auch für Netzwerkexternalitäten berücksichtigt.

Dem Ergebnis einer von der BNetzA durchgeführten internationalen Abfrage zufolge sind UMTS-spezifische Kosten vornehmlich in den Ländern berücksichtigt worden, in denen vergleichsweise hohe Summen für UMTS-Lizenzen verausgabt wurden (Großbritannien, Frankreich, Italien). Diese Länder sind – wie oben erwähnt – in den internationalen Tarifvergleich einbezogen worden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die im Vereinigten Königreich von den dortigen UMTS-Lizenznehmern bezahlten Lizenzgebühren, die ebenso wie in Deutschland im Rahmen einer Auktion ermittelt wurden, umgerechnet pro Kopf der Bevölkerung sogar noch ein geringfügig höheres Niveau als in Deutschland aufweisen,

siehe Kurzgutachten Torsten J. Gerpott für die Antragstellerin: Ansatz von UMTS-Lizenzpreisen bei der Bestimmung von Terminierungskosten in Mobilfunknetzen in Deutschland),

die britischen Tarife (s.o.) allerdings noch deutlich unter den im Rahmen dieser Genehmigung festgesetzten Tarife liegen.

Wie von der Beigeladenen zu 1. dargelegt, wurde u.a. auf den britischen Mobilfunkmärkten auch ein sogenannter „Netzexternalitätenzuschlag“, welcher die Kosten für die Endgeräte-Subventionen einbezieht, durch die Regulierungsbehörde Ofcom bei der Entgeltfestsetzung berücksichtigt.

Von daher und auch aus grundsätzlichen Erwägungen waren die ermittelten Entgelte mithin auch nicht um einen Zuschlag positive Netzwerkexternalitäten, etwa Endgeräte-Subventionierungen, zu erhöhen.

Das Argument, die Endgeräte-Subventionierung sei notwendig, um eine nachhaltige Penetration des deutschen Mobilfunkmarktes zu erreichen, konnte allenfalls in der Phase des Netzaufbaus und der Marktdurchdringung bemüht werden. Angesichts des bereits erreichten Niveaus der Mobilfunkpenetration in Deutschland ist davon auszugehen, dass positive Netzexternalitäten nicht mehr vorhanden sind. Im zweiten Quartal 2006 betrug der Anteil der Mobilfunkteilnehmer in Deutschland knapp 82 Millionen. Vor diesem Hintergrund lassen sich überhöhte Terminierungsentgelte sowie hieraus resultierende Verzerrungen zu Lasten der Kunden von Festnetzbetreibern nicht mehr mit dem Vorliegen positiver Netzexternalitäten rechtfertigen. Darüber hinaus ist der für die Subventionierung von Endgeräten erforderliche Finanzierungsbedarf hoch und stellt zumeist selbst häufig eine Quelle für Wohlfahrtsverluste dar (vgl. hierzu WIK-Consult, Mobile Terminating Access Service: Network Externality and Ramsey Pricing Issues“, A Consultancy Report to the Australian Competition and Consumer Commission in relation to Optus's and Vodafone's Undertakings in relation to the Domestic Digital Mobile Terminating Access Service, Bad Honnef, November 2005).

Zudem weisen die Marktentwicklungen darauf hin, dass Endgerätesubventionen an Bedeutung verlieren. Die Mobilfunknetzbetreiber konzentrieren sich zunehmend auf umsatzstarke Vertragskunden und verzichten in zunehmendem Maße auf Endgerätesubventionen (vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2004/2005, S. 37). Des Weiteren werden seit 2005 in zunehmendem Maße spezielle Prepaid-Angebote über neue Vertriebskanäle im Markt platziert. Der Tarif Simyo der Beigeladenen zu 1. verzichtet beispielsweise auf jegliche Subventionierung der Endgeräte und stellt eine Produktinnovation dar, mit der der Wettbewerb um Bestandskunden weiter an Bedeutung gewinnt (vgl. auch Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43 der Monopolkommission gem. § 121 Abs. 2 TKG, Baden-Baden 2006, Tz. 63) Nach dem Start von Simyo folgten rasch weitere Konzepte, die auf ein einfaches Preissystem bei innerdeutschen Gesprächen und die Streichung von Endgerätesubventionen setzen.

Weil, wie oben dargelegt, kein Kosten- sondern ein Tarifvergleich angestellt worden ist, brauchte sich die Beschlusskammer nicht abschließend mit der Frage zu beschäftigen, ob und ggf. in welcher Höhe die von der Antragstellerin geltend gemachten UMTS-Lizenzkosten und positive

Netzwerkexternalitäten (einschließlich Marketing-Kosten) grundsätzlich bei der Bestimmung der Terminierungsentgelte auf Kostenbasis berücksichtigungsfähig sind.

5.1.2.5 Kein weiterer Übergangszeitraum

Für die Antragstellerin und ihre Zusammenschaltungspartner ergibt sich aufgrund des zum 23.11.2006 genehmigten Tarifwechsels ein faktischer Umsetzungszeitraum von mehr als zwei Wochen. Dieser Umsetzungszeitraum war nicht unter analoger Anwendung von § 25 Abs. 8 S. 1 TKG weiter zu verlängern. Es ist von keiner Seite substantiiert dargelegt worden, dass der Antragstellerin und ihren Zusammenschaltungspartnern durch eine untermonatliche Tarifänderung ein unzumutbarer und im Verhältnis zu den betroffenen Gesamtentgelten unverhältnismäßiger Aufwand entsteht. Im Übrigen zeigt die von immerhin drei Mobilfunknetzbetreibern ursprünglich zum 15.12.2006 vorgesehene Tarifänderung, dass untermonatliche Wechsel keine unüberwindbare Hürde für die Beteiligten darstellen.

5.1.2.6 Gesamtergebnis

Aus dem unter Ziffer 5.1.2.2 dargelegten Ergebnis des internationalen Tarifvergleichs ergibt sich zuzüglich des anerkannten 5%igen-Sicherheitszuschlages ein Entgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin in Höhe von 9,94 Cent/Minute ab dem 23.11.2006.

Unter Einbeziehung des Entgeltes für den Zeitraum vom 30.09.2006 bis zum 22.11.2006 in Höhe von 12,40 Cent/Minute entspricht dies über den Gesamtzeitraum der Genehmigung betrachtet einer durchschnittlichen Entgelthöhe von 10,43 Cent/Minute.

5.1.3 Terminierungsleistungen im Rahmen von Homezoneprodukten

Gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 i.V.m. §§ 28 und 31 TKG darf die Antragstellerin von ihrem Zusammenschaltungspartner geringere als die in Ziffer 1.1 und 1.2 des Tenors genehmigten Entgelte verlangen, wenn sie – was im Rahmen des Angebots von Homezoneprodukten der Fall ist – einen an eine geographische Rufnummer gerichteten Anruf terminiert.

In einem Verlangen niedriger (einschließlich keiner) Entgelte läge zum einen kein Verstoß gegen § 31 Abs. 1 S. 1 TKG. Für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 ist diese Vorschrift, wie oben unter Ziffer 5.1 gezeigt worden ist, ohnehin nicht anwendbar. Für den Zeitraum ab dem 23.11.2006 wird hingegen nur ein Unterschreiten der in Ziffer 1.2 des Tenors enthaltenen und die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung widerspiegelnden Entgelte genehmigt. Das nach § 31 Abs. 1 S. 1 TKG nicht genehmigungsfähige Überschreiten dieser Kosten ist auch vorliegend nicht erlaubt.

Die Berechtigung, niedrigere Entgelte zu verlangen, verstößt zum anderen nicht gegen § 28 TKG.

So hält die entsprechende Genehmigung einmal die Vorgaben des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ein. Nach dieser Vorschrift liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das marktmächtige Unternehmen Entgelte fordert, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderen Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, es sei denn, dass für die Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Ein solcher Missbrauch wird nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. Tatsächlich tritt bei Betrachtung allein der Terminierungsentgelte eine solche Kostenunterdeckung ein, sollte die Antragstellerin bei Anrufen auf eine geographische Rufnummer niedrigere als die regulär genehmigten Terminierungsentgelte verlangen. Diese Kostenunterdeckung lässt sich hinsichtlich des Terminierungsmarkts auch nicht dadurch beseitigen, dass zusätzlich auf aus dem Endkundenmarkt stammende Deckungsbeiträge abgestellt wird. Letzteres ändert nichts an dem kostenunterdeckenden Angebot auf

dem Terminierungsmarkt. Die danach vorliegende Kostenunterdeckung stellt aber gleichwohl keine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar.

Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen werden bei Verlangen niedrigerer Terminierungsentgelte jedenfalls nicht auf dem Markt für Mobilfunkterminierungen beeinträchtigt. Aufgrund des „Ein-Netz-ein-Markt“-Ansatzes gibt es auf diesem Markt keine mit der Antragstellerin konkurrierenden Wettbewerber, deren Wettbewerbsmöglichkeiten eingeschränkt werden könnten.

Ebenfalls nicht behindert werden die mit der Antragstellerin konkurrierenden Anbieter auf dem Mobilfunkendkundenmarkt. Die Antragstellerin könnte sich zwar möglicherweise einen Wettbewerbsvorteil durch das Anbieten von Anschlüssen mit verbilligter Erreichbarkeit verschaffen. Letztlich allerdings unterbreiten mittlerweile drei von vier Mobilfunknetzbetreibern derartige Angebote auf dem Markt. Dies zeigt, dass das Angebot von Homezoneprodukten von den Wettbewerbern durchaus nachgebildet werden kann. Außerdem steht in der Werbung und auch bei der Kaufentscheidung des Endkunden weniger die günstige Erreichbarkeit als vielmehr die Möglichkeit, selbst günstig anrufen zu können, im Vordergrund. Dies ist in der Marktanalyse gezeigt worden. Deshalb ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin mit den vorliegend untersuchten Vorleistungsangebot die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter auf dem Mobilfunkendkundenmarkt erheblich beeinträchtigt.

Ebenso wenig liegt eine Behinderung derjenigen Unternehmen vor, die als Anbieter auf den Markt für Transitleistungen (plus Terminierung in ein Mobilfunknetz) oder auf den Endkundenmärkten mit dem begünstigten Kooperationspartner konkurrieren. Denn dazu müsste für die Nachfrager auch erkennbar sein, dass es sich bei dem Angebot des Kooperationspartners um eine Transitleistung bzw. um die Verbindungsherstellung in ein Mobilfunknetz handelt. Eine derartige Erkennbarkeit wird jedoch durch die Verwendung einer geographischen Rufnummer vermieden. Konkurrenten des Kooperationspartners der Antragstellerin müssen deshalb nicht befürchten, dass sie gegenüber diesem ins Hintertreffen geraten, weil er aufgrund günstigerer Einkaufsmöglichkeiten auch günstigere Produkte anbieten und damit Nachfrager an sich binden könnte.

Ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 TKG ist deshalb insgesamt nicht feststellbar.

Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 19. liegt auch kein Verstoß gegen das Verbot von Preis-Kosten-Scheren nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 TKG vor. Es ist nicht ersichtlich, auf welchem nachgelagerten Markt ein Unternehmen deshalb nicht mit der Antragstellerin konkurrieren kann, weil es aufgrund der Verhältnisse zwischen den einander vor- und nachgelagerten Märkten preislich nicht mit der Antragstellerin mitzuhalten in der Lage ist.

Darüber hinaus verstößt die Berechtigung, für die Terminierung eines an eine geographische Rufnummer gerichteten Anrufs niedrigere als die regulären Entgelte zu verlangen, auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Nach dieser Vorschrift liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn das marktmächtige Unternehmen Entgelte fordert, die einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger oder ähnlicher Telekommunikationsdienste einräumen, es sei denn, dass für diese Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.

Bei Terminierungen von Anrufen zu Mobilfunkgeräten, seien diese ursprünglich an die geographische oder von vornherein an die nicht-geographische Rufnummer gerichtet, handelt es sich um gleichartige oder doch zumindest ähnliche Telekommunikationsdienste. Dies folgt aus der Festlegung der Präsidentenkammer zur Definition und Analyse von Markt Nr. 16 der Kommissions-Empfehlung, nach der beide Terminierungsarten einem einzigen Markt angehören. Dem bei der Verwendung der geographischen Rufnummer kooperierenden Zusammenschaltungspartner wird die Leistung auch zu einem günstigeren Entgelt als die Terminierungsleistung zu einer nicht-geographischen Rufnummer erbracht.

Bei letzterem handelt es sich gleichwohl nicht um einen Vorteil im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TKG. Denn der Kooperationspartner erhält seinerseits auf den nachgelagerten Markt auch

nur – und anders als die Nachfrager von Terminierungsleistungen zur Mobilfunkrufnummer – das Entgelt für die Herstellung einer Festnetzverbindung. Selbst für den Fall jedoch, dass hierin eine Vorteilseinräumung gesehen werden sollte, wäre diese gerechtfertigt. Der Verkauf der Leistung zu günstigeren Entgelten ist zwingend mit dem Geschäftsmodell des Homezoneprodukts verbunden. Das Geschäftsmodell des Homezoneprodukts wiederum ist als solches telekommunikationsrechtlich zulässig.

Dies folgt einmal aus dem Rechtsgedanken des § 29 Abs. 3 TKG, wonach die Regulierungsbehörde ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten kann, Zugang unter bestimmten Tarifsystemen anzubieten und bestimmte Kostendeckungsmechanismen anzuwenden, soweit dies erforderlich ist, um die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen. Wenn die Behörde die Verwendung bestimmter Kostendeckungsmechanismen sogar erzwingen kann, dann muss es der Antragstellerin erst recht erlaubt sein, freiwillig die Kosten für die Terminierung von Anrufen zu einer geographischen Rufnummer teils über die hier genehmigten Vorleistungsentgelte und teils über die Endkundenentgelte zu decken.

Die teilweise Kostenübernahme durch den angerufenen Teilnehmer (Receiving-Party-Pays-Prinzip) stellt sich zudem als im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG innovative und deshalb von der Regulierungsbehörde zu unterstützende Leistung auf dem Mobilfunkendkundenmarkt dar. Sie erlaubt der Antragstellerin das Angebot von Mobilfunkleistungen, bei denen der Endkunde gegen die Zahlung erhöhter Anschlussgebühren und unter Beibehaltung von Endgerät und SIM-Karte regional begrenzt vergünstigte Verbindungsleistungen einkaufen und auch von außerhalb zu vergünstigten Preisen erreicht werden kann. Namentlich im letztgenannten Fall werden damit auch die anrufenden Endkunden entlastet. Der in den letzten Jahren zu beobachtende Erfolg der Homezoneprodukte auf dem Mobilfunkendkundenmarkt gibt der Einschätzung recht, dass mit diesem Geschäftsmodell ein nachfragegerechtes und den Verbraucherinteressen im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG dienendes Endkundenprodukt in den Markt gebracht worden ist.

Das Verlangen niedrigerer Entgelte ist deshalb in denjenigen Fällen gerechtfertigt, in denen die Antragstellerin einen an eine geographische Rufnummer gerichteten Anruf terminiert. Klarstellend ist allerdings darauf hinzuweisen, dass diese allein auf das spezielle Geschäftsmodell des Homezoneprodukts zugeschnittene Regelung die Antragstellerin im Falle einer Mehrzahl von Kooperationspartnern nicht dazu berechtigt, letztere bei dem Verkauf von Terminierungen von an geographische Rufnummern gerichteten Anrufen ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.

5.2 Sonstige Entgelte

5.2.1 Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Netzanschlüssen (2 Mbit/s) so wie für Konfigurationsmaßnahmen und die Durchführung von Tests

Bei der Genehmigung der Entgelte für die Überlassung und Bereitstellung von Netzanschlüssen hat sich die Beschlusskammer im Ergebnis an denjenigen Entgelten orientiert, wie sie im parallelen Entgeltgenehmigungsverfahren von der Beigeladenen zu 7. beantragt worden sind. Denn diese hat sich ihrerseits an den entsprechenden Entgelten der Beigeladenen zu 11. orientiert, welche von der BNetzA nach dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuletzt für die Festnetzzusammenschaltung genehmigt worden sind und im Übrigen auch aufgrund des Beschlusses BK 4c-04-025/Z21.04.04 vom 25.06.2004 im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Beigeladenen zu 7. und der Beigeladenen zu 19. gelten.

Andernfalls hätte die Beschlusskammer die Genehmigung dieser Entgeltpositionen vollständig versagen müssen, weil die Antragstellerin, ebenso wie die anderen Mobilfunknetzbetreiber, für diese Leistungen und die beantragten Entgelte keine Kostenunterlagen vorgelegt hat. Hiervon hat die Beschlusskammer jedoch aus den gleichen Ermessenserwägung wie oben unter Ziffer 5.1.2.1 dargelegt abgesehen.

Allerdings war das Bereitstellungsentgelt nur in der von der Antragstellerin selbst beantragten niedrigeren Höhe zu genehmigen.

Soweit die Antragstellerin über die konkret genehmigten Entgelte für den Zusammenschaltungsanschluss hinaus weitere Entgeltpositionen beantragt hat, konnte eine Genehmigung nur nach Aufwand erfolgen, weil die beantragten Entgelte sich strukturell zu stark von denen der Beigeladenen zu 7. und der Beigeladenen zu 11. im Festnetzbereich unterscheiden. Durch die abweichenden Bezugsgrößen ist ein unmittelbarer Vergleich nicht möglich.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Antragstellerin im Rahmen der Abrechnung nach Aufwand keine anderen Entgelte in Rechnung stellen wird als diejenigen, die sie beantragt und mit ihren Zusammenschaltungspartnern vereinbart hat.

Wegen dieser Defizite – fehlende Kostennachweise und keine strukturelle Vergleichbarkeit der Entgelte der vier Mobilfunknetzbetreiber untereinander bzw. mit dem Festnetzbereich insgesamt hat die Beschlusskammer diese Entgelte nur für einen knapp bemessenen Übergangszeitraum genehmigt (s.u. Ziffer 6.2).

5.2.2 Entgelt für nicht-einzugsbereichskonforme Übergabe und für die Terminierung von Verkehr mit Ursprung im Ausland

Das von der Antragstellerin beantragten Entgelt für die nicht-einzugsbereichskonforme Verkehrsübergabe und für die Terminierung von Verkehr mit Ursprung im Ausland konnte nicht genehmigt werden.

Zwar verkennt die Beschlusskammer nicht, dass es infolge nicht-einzugsbereichskonforme Verkehrsübergabe zu atypischen Verkehrsströmen im Netz der Antragstellerin kommen kann, wodurch ihr zusätzliche Kosten entstehen können.

Die Antragstellerin hat jedoch keine verwertbaren Kostennachweise vorgelegt, aufgrund derer die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung ermittelbar gewesen wären. Belastbare alternative Erkenntnisquellen standen darüber hinaus nicht zur Verfügung, so dass die Beschlusskammer nicht von ihrem durch § 35 Abs. 3 S. 3 TKG eröffneten Ermessen zugunsten der Antragstellerin Gebrauch machen konnte.

Dies gilt auch für das von der Antragstellerin beantragte höhere Entgelte für die Terminierung von Verkehr mit Ursprung im Ausland. Auch diesbezüglich hat die Antragstellerin keine spezifischen Kosten nachgewiesen. In diesem Zusammenhang war auch zu berücksichtigen, dass die Beigeladenen zu 1., 2. und 7. keine gesonderten Entgelte für die Terminierung solcher Verkehre beantragt haben.

5.3 Keine Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 TKG

Versagungsgründe nach § 35 Abs. 3 S. 2 und 3 TKG lagen nicht vor. Anhaltspunkte für einen Verstoß der Entgelte gegen Bestimmungen des TKG oder sonstiger Rechtsvorschriften sind nicht ersichtlich. Insbesondere besteht – wie oben ausführlich für das Homezone-Produkt der Antragstellerin dargelegt – 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. Kon-

krete Anhaltspunkte für eine solche Beeinträchtigung liegen nicht vor.

6. Nebenbestimmungen

6.1 Bedingungen

In Ziffer 1.1 des Tenors sind für den Zeitraum vom 30.08. bis 22.11.2006 diejenigen Terminierungsentgelte genehmigt worden, welche die Antragstellerin für diesen Zeitraum mit ihren Zusammenschaltungspartnern vereinbart hatte. Mit dieser Genehmigung ist ein Gleichlauf mit derjenigen Entgeltgenehmigung hergestellt worden, welche im Verfahren BK 3a/b-06-011/E07.09.06 bis spätestens zum 16.11.2006 ergehen wird. Die letztgenannte Entgeltgenehmigung wird sich ihrerseits an den in diesem Zeitraum im Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 7. und der Beigeladenen zu 19. aufgrund des Beschlusses BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 geltenden Terminierungsentgelten orientieren. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer 5.1 verwiesen.

Das dargestellte Abhängigkeitsverhältnis der hiesigen Genehmigung von der mit dem o.g. Beschluss vom 01.12.2005 getroffenen Entgeltanordnung findet seine Fortsetzung in den in Ziffer 2. des Tenors enthaltenen auflösenden und aufschiebenden Bedingungen. Danach teilt die vorliegende Entgeltgenehmigung das rechtliche Schicksal der zwischen der Beigeladenen zu 7. und der Beigeladenen zu 19. geltenden Entgeltanordnung. Bei Eintritt einer oder beider der nachfolgend beschriebenen Bedingungen tritt, weil keine sonstigen einer rückwirkenden Entgeltabsenkung entgegenstehenden Hindernisse ersichtlich sind, das in Ziffer 2. des Tenors genannte Entgelt an die Stelle des in Ziffer 1.1 genehmigten Entgelts.

6.1.1 Entfall des Beschlusses BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 ab dem 30.08.2006

Sollte der Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 ab dem 30.08.2006 aufgrund des Eintritts der in Ziffer 2. ihres Tenors enthaltenen auflösenden Bedingung endgültig unwirksam werden oder wäre er bei anderweitig verursachter Aufhebung unwirksam geworden, so wäre in jenem Zusammenschungsverhältnis gemäß § 25 Abs. 5 i.V.m. § 35 Abs. 2 S. 1 und Abs. 5 S. 1 TKG über die entsprechenden Terminierungsentgelte anhand des Maßstabs des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG zu entscheiden. In einem solchen Fall verlöre allerdings die oben entwickelte Argumentation, weshalb auch zugunsten der Antragstellerin die Entgeltentscheidung nicht auf § 31 Abs. 1 S. 1 TKG zu stützen wäre, ihre Berechtigung. In der Folge sind die in Ziffer 1.1 des Tenors genehmigten Entgelte mit einer entsprechenden auflösenden Bedingung zu versehen.

6.1.2 KEL-Maßstab bereits bei Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005

Alternativ oder kumulativ zur unter Ziffer 6.1.1 genannten Bedingung ist der Fall zu regeln, dass bereits im Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 die Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 6. anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hätten bestimmt werden müssen. Die entsprechende Rechtsfrage wird derzeit in einem den Vorgängerbeschluss BK 4c-04-048/Z06.07.04 vom 08.11.2004 betreffenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unter dem Aktenzeichen 6 C 17.05 verhandelt. Folgt aus dem in diesem Verfahren ergehenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 7. im Verhältnis zur Beigeladenen zu 19. schon ursprünglich auch für den Zeitraum u.a. vom 30.08. bis 22.11.2006 am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hätten überprüft werden müssen, so ist auch für diesen Fall der erforderliche Gleichlauf zwischen den verschiedenen Verfahren herzustellen. Mit Aufnahme einer entsprechenden Bedingung wird die Übereinstimmung von im fraglichen Zeitraum anzuordnenden und genehmigten Terminierungsentgelten sichergestellt.

6.1.3 Kein Zurücktreten des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG aus sonstigen Gründen

Das am Maßstab insbesondere des § 28 TKG, nicht aber an demjenigen des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG überprüfte und in Ziffer 1.1 des Tenors genehmigte Entgelt ist auch nicht aus sonstigen Gründen aufrecht zu erhalten. Ein trotz des Eintritts der o.g. Bedingungen fortdauerndes Zurücktreten des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG lässt sich nicht rechtfertigen.

Die Antragstellerin des Verfahrens BK 3a/b-06-010 weist in diesem Zusammenhang zwar einmal auf erhebliche tatsächliche Rückabwicklungsschwierigkeiten hin. Sie hat diese Behauptung allerdings nicht weiter substantiiert. Die Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit von der Beigeladenen zu 11. durchgeführten Rückabwicklungen legen indes auch nahe, dass etwaige Schwierigkeiten in den Griff zu bekommen sind. So war beispielsweise die Beigeladene zu 11. im Zusammenhang mit dem Beschluss BK 4e-99-042/E15.10.99 vom 23.12.1999 durchaus in der Lage, die gegenüber sämtlichen Zusammenschaltungspartnern über zwei Monate aufgelaufenen Differenzbeträge für Terminierungs- und Zuführungsentgelte zu berechnen und auszugleichen.

Des Weiteren trägt die Antragstellerin des Verfahrens BK 3a/b-06-010 vor, sie dürfe überzahlte Entgelte in Anlehnung an die zivilrechtliche Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis behalten. Eine Anwendung dieser Lehre,

vgl. genauer Heinrichs, in: Palandt, 62. Aufl., Einf v § 145, Rn. 25 ff,

kommt allerdings schon deshalb nicht in Betracht, weil mit der vorläufigen Entgeltgenehmigung vom 30.08.2006 bereits eine Causa i.S.d. § 37 Abs. 1 TKG für die Entgeltleistung gesetzt worden ist, § 37 Abs. 1 TKG auch nicht durch faktisches Verhalten von Zusammenschaltungspartnern abbedungen werden kann und tatsächliche Rückabwicklungshindernisse nicht bestehen.

Ebenfalls unbeachtlich ist der von der Antragstellerin des Verfahrens BK 3a/b-06-010 hervor gehobene Umstand, dass es sich um die erstmalige Genehmigungspflichtigkeit von Mobilfunkterminierungsentgelten handele und deshalb die Kostenunterlagen nicht 10 Wochen vor Fristablauf hätten vorgelegt werden können. Soweit die Antragstellerin damit geltend machen möchte, dass Entgeltänderungen generell frühestens 10 Wochen nach Vorlage von Kostenunterlagen Wirksamkeit erlangen dürften, verkennt sie den Schutzzweck des § 31 Abs. 5 S. 2 TKG. Die dem Antragsteller auferlegte Vorlageverpflichtung soll zugunsten der Nachfrager und Verbraucher sicherstellen, dass ein reibungsloser Übergang von der alten zur neuen Entgeltstufe stattfinden kann, ohne dass Rückabwicklungsmaßnahmen notwendig werden. Der Antragsteller soll sich aber nicht durch verspätete Entgeltvorlage vor Entgeltänderungen schützen können. Ihm wird also in § 31 Abs. 5 S. 2 TKG keine Schutzfrist gewährt. Darüber hinaus und vor allen Dingen aber ist zu beachten, dass der hiesige Fall gar nicht ein solcher des § 31 Abs. 5 S. 2 TKG ist. In dieser Vorschrift geht es um Folgeanträge bei befristet genehmigten Entgelten. Vorliegend handelt es sich jedoch um eine erstmalige Antragstellung. Für diese Fallgestaltung ist § 31 Abs. 5 S. 1 TKG heranzuziehen, wonach die Unterlagen „vor dem Inkrafttreten“ vorzulegen sind. Eine Karenzzeit wird dem Antragsteller dabei ersichtlich nicht eingeräumt. Aus § 31 Abs. 5 TKG lässt sich damit kein Entgeltänderungsverbot herleiten.

Eine rückwirkende Entgeltabsenkung wird auch nicht dadurch gehindert, dass – wie bereits unter Ziffer 5.1 ausgeführt – diese Absenkung den Verbrauchern nicht mehr unmittelbar zugute kommen wird, weil im Verhältnis zu ihnen bereits in der Regel rechtsgültig abgerechnet worden ist. Dieser Umstand kann nicht begründen, weshalb entgegen der Zielsetzung des § 27 Abs. 1 TKG, wonach auch Wettbewerber vor Ausbeutung zu schützen sind, die Antragstellerin gegenüber ihren Nachfragern diejenigen Entgeltteile sollte behalten dürfen, die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten.

Ferner ist ohne Belang, dass die Nachfrager die entsprechenden Entgelte freiwillig kontrahiert haben. Wäre dieser Umstand beachtlich, könnten vertraglich vereinbarte Entgelte überhaupt nicht, d.h. auch nicht zukünftig überprüft und korrigiert werden.

Die Antragstellerin kann sich schließlich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen. Bereits in der vorläufigen Genehmigung vom 30.08.2006 hat sich die Beschlusskammer ausdrücklich eine Regelung vorbehalten, inwieweit die Antragstellerin den Wettbewerbsunternehmen für die von ihnen im Geltungszeitraum der vorläufigen Genehmigung in Anspruch genommenen Zugangsleistungen den Differenzbetrag gegebenenfalls rückwirkend zu erstatten hat.

Damit steht dem Entfall der in Ziffer 1.1 tenorierten Genehmigung bei Eintritt einer oder beider der oben genannten Bedingungen nichts entgegen.

6.1.4 Aufschiebend bedingt genehmigte Entgelte

Sollten eine oder beide der auflösenden Bedingungen hinsichtlich der für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 genehmigten Entgelte eintreten, so ist zu regeln, was an deren Stelle tritt. Maßstab für die Genehmigung wäre in diesem Fall neben dem bereits oben geprüften § 28 TKG die Vorschrift des § 31 Abs. 1 S. 1 TKG.

In diesem Fall ergäbe sich aus einer internationalen Tarifvergleichsbetrachtung zuzüglich des 5%igen Sicherheitszuschlages ein Terminierungsentgelt in Höhe von 11,08 Cent/Minute für den Zeitraum vom 30.08.2006 bis 22.11.2006.

6.2 Befristung

Die unter Ziffer 3. des Entscheidungstenors ausgesprochene Befristung der durch diesen Beschluss erteilten Entgeltgenehmigungen erfolgte auf der Grundlage von § 35 Abs. 4 TKG i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Bei der Festlegung des Zeitraums für die Befristung der Genehmigungen hat die sich Beschlusskammer einerseits von der Überlegung leiten lassen, dass für einen mittelfristig überschaubaren Zeitraum sowohl für die Antragstellerin als auch für die Wettbewerber eine ökonomische Planungssicherheit bestehen muss. Andererseits war zu berücksichtigen, dass die verfahrensgegenständlichen Entgelte erstmals einer Prüfung nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterzogen und auf dieser Grundlage genehmigt wurden. Wie die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden der anderen EU-Mitgliedsstaaten, die überwiegend Gleitpfade vorsehen bzw. ebenfalls nur für einen mittelfristigen Zeitraum gelten, können sich auch künftig noch Änderungen bei den Entgeltgrundlagen ergeben. Schließlich war zu bedenken, dass - wie die Vergangenheit gezeigt hat - der Telekommunikationssektor derzeit ein sehr dynamischer Wirtschaftsbereich ist, in dem sich rasch Veränderungen ergeben können.

Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen und bei ihrer gegenseitigen Abwägung hielt die Beschlusskammer daher eine Befristung der Genehmigung für das in Ziffer 1.2 genehmigte Terminierungsentgelt für ein Jahr, mithin bis zum 30.11.2007 für angemessen und vertretbar.

Die Befristung der übrigen durch diesen Beschluss erteilten Entgeltgenehmigungen konnte dagegen nur für weitere sechs Monate bis zum 31.05.2007 erfolgen.

Die unterschiedlichen Befristungen der Terminierungsentgelte und der sonstigen Zugangsentgelte Entzerrung führt künftig auch zu einer zeitlichen Entzerrung der Verfahren. Hiefür sprechen auch verfahrensökonomische Gründe sowie die entsprechende Praxis im Festnetzbereich.

Hinweis

Es wird darauf hingewiesen, dass die vorläufige Entgeltgenehmigung BK 3a/b-06-010 vom 30.08.2006 durch die vorliegende endgültige Entscheidung ersetzt wird. Daraus folgt, dass die endgültige Entscheidung ab dem Zeitpunkt gilt, zu dem die vorläufige Entgeltgenehmigung wirksam geworden war.

Ferner wird auf die Vorschrift des § 37 TKG hingewiesen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50557 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 08.11.2006

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Wilmsmann

Scharnagl

Dr. Geers