



- Beschlusskammer 3 -

BK 3a/b-06-009/E 30.08.06

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1, 40403 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

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

Beigeladene:

1. T-Mobile International AG & Co. KG, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
4. QSC AG, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln, vertreten durch den Vorstand,
5. COLT Telecom GmbH, Herriotstraße 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
6. Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. 01081 Telecom AG, Robert-Bosch-Straße 1, 52525 Heinsberg, vertreten durch den Vorstand,
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. vistream GmbH, Brinkhoffstraße 4, 44137 Dortmund, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Königswinterer Str. 310, 53227 Bonn, vertreten durch den Vorstand,
12. Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

13. HanseNet Telekommunikation GmbH, Überseering 33a, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. 3U Telecom AG, Neue Kasseler Straße 62 F, 35039 Marburg, vertreten durch den Vorstand,
15. Talkline GmbH & Co. KG, Talkline-Platz 1, 25337 Elmshorn, vertreten durch die Geschäftsführung,
16. freenet CityLine GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
18. TELE2 Telecommunication Services GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,
19. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstraße 86, 60326 Frankfurt am Main, vertreten durch die Geschäftsführung,
20. debitel AG, Gropiusplatz 10, 70545 Stuttgart, vertreten durch den Vorstand,
21. O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
22. Versatel Holding GmbH, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

- | | |
|--------------------------|--|
| der Antragstellerin: | Rechtsanwälte Baker & McKenzie LLP
Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt/Main |
| der Beigeladenen zu 3.: | Loschelder Rechtsanwälte
Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln |
| der Beigeladenen zu 7.: | Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster
Achenbachstraße 73
40237 Düsseldorf |
| der Beigeladenen zu 16.: | mobilcom Communicationstechnik GmbH
Hollerstraße 126
24782 Büdelsdorf |
| der Beigeladenen zu 18.: | B.B.O.R.S Rechtsanwälte
Berliner Allee 10
40212 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 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	498,00 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 6. und der Fa. 01051 Telecom GmbH 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 Fa. 01051 Telecom GmbH 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 1.3 ist befristet bis zum 31.05.2007.
4. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin 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 11 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 im Jahr 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.

Mit der Regulierungsverfügung BK 4c-06-003/R wurde die Antragstellerin dazu verpflichtet, 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 Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen. Diese Entscheidung wurde im Amtsblatt 17/06 der Bundesnetzagentur vom 30.08.2006 als Mitteilung Nr. 283, S. 2317ff., 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-06-009/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 Entscheidungen in der Hauptsache befristet worden.

Am 27.09.2006 hat die Antragstellerin Klage vor dem Verwaltungsgericht Köln gegen die Regulierungsverfügung BK 4c-06-003/R erhoben und gleichzeitig die Aussetzung der Vollziehbarkeit der Regulierungsverfügung beantragt. Der letztgenannte Antrag ist mit Beschluss 1 L 1549/06 des Verwaltungsgerichts Köln vom 23.10.2006 abgelehnt worden. Über die unter dem Aktenzeichen 1 K 4314/06 geführte Klage hat das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden.

Mit Schreiben vom 08.10.2006 hat die Antragstellerin ihren Antrag um einen Hilfsantrag zu einem Aufschlag bei Bereitstellung der Mindestanzahl von OdZ erweitert.

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

die in Anlage 1 zum Entgeltantrag vom 30.08.2006 enthaltenen Entgelte für die von der Antragstellerin erbrachten Terminierungsleistungen sowie für Nebenleistungen, die im Rahmen der Netzzusammenschaltung mit dem Zusammenschaltungspartner erbracht werden, ab dem 30.08.2006 zu genehmigen.

Hilfswise beantragt die Antragstellerin,

die in Anlage 2 zum Entgeltantrag vom 30.08.2006 enthaltenen Entgelte für die von der Antragstellerin erbrachten Terminierungsleistungen sowie für Nebenleistungen, die im Rahmen der Netzzusammenschaltung mit dem Zusammenschaltungspartner erbracht werden, ab dem 30.08.2006 zu genehmigen;

den für die Bereitstellung von vier bis sieben OdZ beantragten Aufschlag für die Bereitstellung der von der Beschlusskammer angeordneten Mindestanzahl von OdZ anzuordnen.

Die Antragsunterlagen umfassen neben dem eigentlichen Antrags schreiben die Anlagen 1 und 2 mit den haupt- bzw. hilfswise beantragten Entgelten, das Anlagenkonvolut 3 mit der Dokumentation der Kostenunterlagen für die Leistungen E.1 und E.2, die Anlage 4 mit der Beschreibung der Leistungen E.1 und E.2, die Anlage 5 mit einer WIK-Studie zu Benchmarking-Ansätzen für Mobilfunkterminierungsentgelte sowie die Anlage 6 mit dem Aussetzungsantrag vom 18.08.2006.

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 vorgelegt.

Die Antragstellerin trägt vor, die beantragten Entgelte entsprächen den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Kostenunterlagen erfüllten die Anforderungen des § 33 Abs. 1, 2, 4 und 6 TKG. Der Kostennachweis erfolge auf der Grundlage einer Kostenträgerstückrechnung für die Jahre 2004 und 2005. Dabei seien die auf die Terminierungsdienstleistung entfallenden anteiligen Kosten des GSM-Netzes, des UMTS-Netzes und des Subscription-Defizits herangezogen worden.

Bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung sei nicht zwischen Terminierungsleistungen in das GSM- und solchen in das UMTS-Netz zu unterscheiden. Dies entspreche der Feststellung im Konsolidierungsentwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze. Sowohl für den Netzbetreiber als auch für den nachfragenden Endkunden seien diese Leistungen untereinander austauschbar. Außerdem könne die Antragstellerin abrechnungstechnisch weder in Echtzeit noch durch eine nachträgliche Prüfung feststellen, in welchem Netz der Anruf tatsächlich zugestellt worden sei. Schließlich stünde auch der Grundsatz der technologieneutralen Regulierung einer Differenzierung bei der Sprachterminierung über GSM- bzw. UMTS-Netze entgegen.

Zu den Kosten der effizienten Leistungserbringung eines E-Netzbetreibers – nicht aber eines D-Netzbetreibers – zählten auch die Kosten des Subscription-Defizits. Es handele sich hierbei um den Kostensaldo, der der Antragstellerin entstehe, da mehr Kosten für die Gewinnung und Betreuung neuer Kunden anfielen, als an anschlussbezogenen Erlösen von diesen neuen Kunden erzielt werden könne. Aufgrund ihres regulierungsbedingt späteren Markteintritts sei die Antragstellerin im Wettbewerb um Marktanteile strukturell benachteiligt. Durch empirische Untersuchungen sei belegt, dass es eine deutliche Korrelation zwischen dem relativen Zeitpunkt der Lizenzierung und dem erzielten Marktanteil eines Betreibers gebe.

Die hohen Teilnehmergebungskosten aufgrund von Endgerätesubventionen seien im deutschen Mobilfunkmarkt typisch. Die Antragstellerin versuche derzeit mit ihren Tarifangeboten wie z.B. Base und Simyo eine Entkoppelung von Mobilfunkvertrag und (subventioniertem) Endgeräteerwerb im Markt zu erreichen. Die Antragstellerin könne sich aber nicht vollständig den Marktregeln entziehen und sei deshalb gezwungen, ähnliche subventionierte Angebote wie die Wettbewerber anzubieten, um Kunden zu gewinnen. Dabei seien ihre Kosten aber höher als diejenigen der D-Netzbetreiber. Denn zum einen müsse die Antragstellerin als Spätstarterin höhere Provisionen an die Mobilfunk-Händler zahlen, um diese zum Verkauf von Produkten der Antragstellerin zu motivieren. Außerdem seien die Kundengewinnungskosten der D-Netzbetreiber aufgrund von Einkaufsvorteilen bei den Endgeräten im Vergleich zu denen der Antragstellerin deutlich geringer.

Die anteiligen Kosten des Subscription-Defizits zählten im Fall der Antragstellerin zu den Kosten der effizienten Leistungserbringung, weil sie der zusätzlichen Auslastung des Mobilfunknetzes der Antragstellerin dienten, die zu einer weiteren Reduzierung der Stückkosten je Terminierungsminute führten. Von diesen Effizienzgewinnen profitierten – insbesondere bei einer kostenbasierten Regulierung der Terminierungsentgelte – wiederum die Verbraucher. Wollte man diese Kosten nicht berücksichtigen, so dürften umgekehrt auch Effizienzsteigerungen nicht berücksichtigt werden, die durch zusätzliche Teilnehmer bzw. deren Nutzung erzielt würden, da diese Effizienzsteigerungen derzeit nur möglich seien, wenn die sich im Wettbewerb entwickelten Marktbedingungen und –regeln akzeptiert würden.

Die Kostendegression führe auch zu volkswirtschaftlichen Effizienzgewinnen, da etwaige Marktanteilsverluste und damit einhergehende eventuelle Verluste an Verkehrsvolumen bei den D-Netzbetreibern angesichts der dort beobachteten Kostenkurve zu relativ geringeren Kostenzuwächsen führten. Eine gleichmäßige und effiziente Auslastung der vorhandenen Netze führe relativ gesehen zu den insgesamt geringsten volkswirtschaftlichen Produktionskosten. Der erzielte Kostenvorteil könne im Rahmen der Regulierung an die Endkunden als Wohlfahrtsgewinn weitergegeben werden.

Die Anerkennung von Zuschlägen auf Terminierungsentgelte aufgrund von Kundengewinnungs- und Kundenbindungskosten entspreche der Regulierungspraxis der britischen Regulierungsbehörde Ofcom. Die Gewinnung und Bindung von Mobilfunkkunden bringe nach Auffassung von Ofcom u.a. den Vorteil der Erreichbarkeit für die Teilnehmer der Mobilfunknetze und die in diese Netze Anrufenden mit sich.

Zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung rechneten auch die anteiligen Kosten für das UMTS-Netz, die auf der Grundlage der kalkulatorischen Kapitalkosten für die UMTS-Lizenz und für einen Teil der von der Antragstellerin errichteten UMTS-Netzinfrastruktur berechnet worden seien.

Die Kapitalkosten, die aus dem UMTS-Lizenzwerb und dem Aufbau der UMTS-Infrastruktur resultierten, seien regulierungsbedingte Kosten, deren Umlage auf die Terminierungsleistung schon wegen dieser Regulierungsbedingtheit sachgerecht sei. Die zugrunde liegenden Investitionen hätten ohne entsprechende Regulierungsmaßnahmen und unter rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu einem späteren Zeitpunkt stattgefunden.

Unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten würden Investitionen dann vorgenommen, wenn sie Aussicht auf einen angemessenen Gewinn versprächen. Diese Aussicht sei im Jahre 2000 nicht zu kalkulieren gewesen. Aufgrund der seinerzeit bestehenden Rahmenbedingungen (einmalige Versteigerung des knappen Frequenzspektrums) sei es trotz des hohen Investitionsrisikos notwendig gewesen, die UMTS-Lizenz zu erwerben, um die langfristige unternehmerische Betätigung der Antragstellerin als Mobilfunknetzbetreiberin über die Dauer der GSM-Lizenz hinaus sicherzustellen. Der von der Bundesrepublik erzielte hohe Versteigerungserlös sei deutlicher Ausdruck des von den beteiligten Unternehmen als hoch eingeschätzten immanenten Bestandsrisikos.

Bei den Kapitalkosten für den Ausbau der UMTS-Infrastruktur handele es sich ebenfalls um regulierungsbedingte Kosten. Aufgrund der lizenzrechtlichen Verpflichtung, bis Ende 2005 eine Netzabdeckung von 50% der Bevölkerung zu erreichen, sei die Antragstellerin gezwungen ge-

wesen, den Netzaufbau zu forcieren, ohne dass mit einer tragfähigen und rentablen Nutzung der Technologie in absehbarer Zeit zu rechnen gewesen wäre.

Die geltend gemachten Kapitalkosten seien notwendig für die Erbringung der Terminierungsleistungen. Bei diesen Leistungen könne – wie bereits dargestellt – nicht zwischen GSM- und UMTS-Leistungen unterschieden werden. Die für die Lizenz entrichteten Gebühren entsprächen einem „effizienten“ Knappheitspreis. Dies habe als Prämisse dem Versteigerungsverfahren zugrunde gelegen. Ebenso sei der Netzaufbau streng unter Effizienzkriterien erfolgt.

Zur Ermittlung und Zuschlüsselung der anteiligen Kosten des UMTS-Netzes könne an eine der drei folgenden Methoden gedacht werden. Erstens könnten die regulierungsbedingten UMTS-Kosten – wie es die Antragstellerin gemacht habe – als Gemeinkosten oder als neutrale Kosten allen GSM-Diensten anteilig zugeschlüsselt werden. Zweitens könnte kostenmäßig ein Gesamtnetz aus GSM- und UMTS-Mobilfunktechnik modelliert werden, wobei die Kostenallokation anteilig entsprechend den Nutzungsmengen der Dienste erfolge. Schließlich könnten auch zwei separate Mobilfunknetze – ein GSM- und ein UMTS-Netz – kostenmäßig modelliert werden. Die beiden letztgenannten Modelle litten allerdings – neben anderen Defiziten – unter dem praktischen Problem, dass sich der UMTS-Nutzungsanteil an der Anrufzustellung mangels hinreichend genauer Daten nicht berechnen lasse. Außerdem sei der Aufbau von UMTS-Netzen aufgrund der derzeitigen Nachfragesituation nur dann zu rechtfertigen, wenn er – wie es bei der Antragstellerin der Fall sei – allein zur Erfüllung von Lizenzverpflichtungen erfolge. Jeder über diese Verpflichtungen hinausgehende Ausbau sei ineffizient und dürfe im Rahmen der Nutzungsanteile nicht berücksichtigt werden.

Die künftig möglicherweise entstehenden Effizienzvorteile, welche sich für die Antragstellerin aus dem Frequenzverlagerungsbescheid vom 03.02.2006 ergeben könnten, seien bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung aus rechtlichen und sachlichen Gründen nicht zu berücksichtigen. In rechtlicher Hinsicht sei zu beachten, dass der Frequenzverlagerungsbescheid der BNetzA durch Widersprüche und verwaltungsgerichtliche Klage angegriffen worden sei. Es bestehe deshalb keine Sicherheit für die Antragstellerin, dass sie diese Frequenzen auch tatsächlich einmal nutzen können. Darüber hinaus sei zum derzeitigen Zeitpunkt auch nicht absehbar, in welcher Größenordnung Effizienzvorteile erzielbar seien. Da der bisherige Netzausbau der Antragstellerin auf den Betrieb eines Mobilfunknetzes auf der Grundlage von 1800 MHz-Frequenzen ausgerichtet gewesen sei, seien hohe Investitionen notwendig, um das Netz und die Standorte nunmehr auf 900 MHz-Frequenzen auszurichten. Letztendlich seien mögliche Effizienzgewinne nicht quantifizierbar.

Für den Fall, dass die Beschlusskammer – zu Unrecht – dennoch bei ihrer Entscheidung über den Entgeltantrag zukünftige potenzielle Effizienzgewinne zu berücksichtigen beabsichtige, die durch Steigerungen der im Netz der Antragstellerin abgewickelten Verkehrsvolumina möglicherweise entstehen könnten, habe die Antragstellerin eine vereinfachte indikative Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung vorgenommen, deren Ergebnis auf außerordentlich konservativen Annahmen beruhe. Die entsprechenden Entgelte würden mit dem Hilfsantrag geltend gemacht.

Sollte die Beschlusskammer schließlich der Auffassung sein, dass neben den Kosteninformationen zusätzlich auch auf die Erkenntnisquellen nach Maßgabe von § 35 Abs. 1 TKG zurückgegriffen werden müsse, so sei sie aus Rechtsgründen verpflichtet, neben den vorgelegten Kosteninformationen vorrangig eine unabhängige Kostenrechnung anzustellen und hierfür ein geeignetes Kostenmodell heranzuziehen.

Vergleichsmarktuntersuchungen hingegen, welche die Preise anderer auf europäischen Märkten tätiger Unternehmen als Vergleich heranzögen, seien zur Ermittlung wettbewerbsanaloger Preise sowie zur Erreichung der Regulierungsziele auf dem Markt Nr. 16 nicht geeignet, sondern führten zu Wettbewerbsverzerrungen. Gegen die Heranziehung von europäischen Vergleichsmarktuntersuchungen bestünden grundsätzliche methodische Einwände, welche ausführlich in der als Anlage 5 dem Antrag beigefügten WIK-Studie dargestellt worden seien. Die herkömmlichen Benchmarking-Ansätze führten im Ergebnis stets nur zu zufälligen, singulären Punktgrößen. Die Resultate seien unmittelbar und zufallsgesteuert abhängig vom Überprü-

fungszeitpunkt und der Auswahl von Vergleichsunternehmen. Aufgrund der methodischen Schwäche der herkömmlichen Untersuchungsansätze führe die bloße Verschiebung des Betrachtungszeitraums oder auch das Ausscheiden eines einzigen in die Vergleichsmarktbetrachtung einbezogenen Mobilfunknetzbetreibers aus dem Markt zu unvorhersehbaren Veränderungen der Ergebnisgrößen. Aufgrund der Vielzahl von relevanten länder- und betreiberspezifischen Einflussgrößen, die die Kosten der Mobilfunknetzbetreiber bestimmten, sei es nicht möglich, eine passgenaue Vergleichsgruppe zu bestimmen, deren Mitglieder eine vergleichbare Kostenstruktur aufwiesen. Zudem lieferten Vergleichsmarktuntersuchungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt in überwiegender Anzahl Werte, die nicht kostenbasiert seien, da die Regulierungsbehörden in Europa in den meisten Fällen Anpassungspfade definiert hätten, die jedoch nicht immer in einen prognostizierten Kostenwert mündeten.

Die Beschlusskammer habe deshalb bei Ungenügen der Kostenunterlagen ein geeignetes Kostenmodell zur Entscheidungsfindung heranzuziehen. Die Ermittlung von Terminierungsentgelten auf der Grundlage von Kostenmodellen entspreche in vielen Ländern der EU der Regulierungspraxis, und auch die Kommission habe die Bundesagentur zur Nutzung eines solchen Modells aufgefordert. Ein Kostenmodell müsse insbesondere der Tatsache Rechnung tragen, dass die Betreiber unterschiedliche Kostenstrukturen hätten, die auf unterschiedlichen technischen Gegebenheiten ihrer Netze beruhten oder auf Skalenvorteile zurückzuführen seien, die sich aus den unterschiedlichen Marktanteilen ergäben. Außerdem müsse sich ein solches Modell am Scorched-Node-Ansatz orientieren, also tatsächliche und nicht fiktive Gegebenheiten zu Grunde legen. Insbesondere sei dabei die unterschiedliche Frequenzausstattung der D- und der E-Netzbetreiber zu berücksichtigen, die den D-Netzbetreibern einen kostengünstigeren Aufbau ihrer Netze erlaubt habe.

Sollte die Beschlusskammer am Ende doch auf eine Vergleichsmarktbetrachtung abstellen, so käme allenfalls ein nationaler Vergleich in Betracht. Dieser habe – wie auch ein etwaiger internationaler Tarifvergleich – die Unterschiede zwischen den D- und E-Netzbetreibern hinsichtlich Frequenzausstattung, Markteintritt sowie relativer und absoluter Marktgröße zu berücksichtigen. Die von der unterschiedlichen Frequenzausstattung verursachten Kostenunterschiede seien etwa in dem der BNetzA vorliegenden Gutachten von Prof. Wiesbeck vom 27.04.2005 dargelegt worden. Danach müsse der Betreiber eines 1800 MHz-Mobilfunknetzes bis zum Faktor 6 mehr in Basisstationen investieren, um die gleiche Flächenabdeckung und Netzqualität zu erzielen wie ein vergleichbarer Betreiber eines 900 MHz-Netzes. Die Nachteile aufgrund des späten Markteintritts der Antragstellerin ließen sich etwa damit belegen, dass europaweit die später in den Markt eingetretenen Mobilfunknetzbetreiber signifikant geringere Marktanteile als die First-Mover hätten gewinnen können.

Insbesondere im Verhältnis zur Beigeladenen zu 21. sei zu beachten, dass die Antragstellerin aufgrund der hohen lizenzrechtlichen Anforderungen tatsächlich erst zwei Jahre vor der Beigeladenen zu 21. in den Markt eingetreten sei. Zum anderen seien die anfänglich hohen Terminierungsentgelte der Antragstellerin kaum zugute gekommen. Aufgrund ihrer geringen Kundenzahlen habe sie erheblich mehr Terminierungsentgelte an die D-Netzbetreiber bezahlen denn einnehmen können. Schließlich habe die Antragstellerin im Gegensatz zur Beigeladenen zu 21. eine höhere Netzausbauverpflichtung gehabt und eine Diensteanbieterverpflichtung in der Lizenz hinnehmen müssen.

Mit dem in der öffentlich-mündlichen Verhandlung geäußerten Vorschlag der Beschlusskammer, die Genehmigung der beantragten Entgelte für Nebenleistungen zeitlich kürzer als diejenige für die Terminierungsentgelte zu befristen, erkläre sich die Antragstellerin einverstanden. Zu bevorzugen sei dabei eine auf einen Jahresbeginn bzw. zumindest auf einen Quartalsbeginn bezogene Befristung. Einverstanden sei die Antragstellerin auch mit einer Genehmigung, welche auf Grundlage der bisherigen vertraglich vereinbarten Entgelte erfolge. Sollte die Beschlusskammer die Nebenleistungsentgelte allerdings anhand der Entgelte der Beigeladenen zu 12. ermitteln, so sollte sie dabei die Maßstäbe anwenden, die sie der Ermittlung der Entgelte im Verfahren der Beigeladenen zu 7. gegen die Antragstellerin zugrundegelegt habe und dies auf das heutige Entgeltniveau der Beigeladenen zu 12. übertragen.

Die beantragte Mindestzahl von vier OdZ sei, wie bereits im Zusammenschaltungsverfahren der Beigeladenen zu 7. gegen die Antragstellerin festgestellt worden sei, sachlich gerechtfertigt, weil so verhindert werde, dass durch hohe lokale Verkehrskonzentrationen Netzblockierungen verursacht würden. Entgegen den Anregungen der Beigeladenen zu 18. dürfe dabei nicht auf die Aufschläge der Beigeladenen zu 12. abgestellt werden, weil diese aufgrund von Größenvorteilen geringere Kosten als die Antragstellerin habe. Außerdem lägen die Kosten für die Anschaffung einer Mobilfunkvermittlungsstelle erheblich über denjenigen für eine Festnetzvermittlungsstelle. Für den Fall, dass die Beschlusskammer eine geringere Mindestanzahl von OdZ für gerechtfertigt erachte, habe die Antragstellerin den Hilfsantrag gestellt.

Zur Sicherstellung einer Mindestqualität bei der Realisierung von Ende-zu-Ende-Verbindungen müssten beide Zusammenschaltungspartner Maßnahmen ergreifen, zu denen unter anderem die Unterdrückung von Echos gehöre. Für die Kostenermittlung sei hierbei zu unterscheiden zwischen der Unterdrückung von akustischen Echos, die grundsätzlich in allen Netzen auftreten könnten, und der Unterdrückung elektrischer Echos, die beim Übergang eines Sprachsignals von einer analogen zu einer digitalen Übertragungsart (oder umgekehrt) entstehen könnten. Während erstere bereits in den regulären Entgelten berücksichtigt sei, biete die Antragstellerin Festnetzbetreibern zur Unterdrückung der in deren Netz entstandenen elektrischer Echos den Einsatz von – teureren – Netzanschlüssen mit Echo-Unterdrückung an.

Die beantragten Mindestverkehrsmengen seien ebenfalls sachlich gerechtfertigt. Diese von den Zusammenschaltungspartnern der Antragstellerin grundsätzlich akzeptierten Regelungen sollten sicherstellen, dass die Zusammenschaltungspartner ihre Zusammenschaltungspoints bedarfsgerecht planen und bestellen. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass die Antragstellerin zusätzliche Mobilfunk-Vermittlungsstellen installieren müsse, deren Kosten durch die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte für Netzanschlüsse nicht gedeckt seien. Die beantragten Mindestverkehrsmengen lägen bei ca. ██████████% der üblichen Auslastung eines 2Mbit/s-Netzanschlusses und ließen damit dem Zusammenschaltungspartner hinreichend Leerkapazitäten für Verkehrsmengensteigerungen.

Die Beigeladene zu 1. hebt hervor, ein Vergleich der beantragten Entgelte mit öffentlichen Stellungnahmen der Antragstellerin im Rahmen des Regulierungsverfahrens und auf Investorenkonferenzen zeige, dass die Antragstellerin die Regulierungsbehörde für eigene strategische Ziele zu instrumentalisieren versuche. 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.

Insbesondere werde ignoriert, dass eine Regulierung, die geringe Marktanteile mit hohen Terminierungsentgelten „belohne,“ den dynamischen Wettbewerb behindere. Außerdem belege die vom WIK gezeichnete Marktentwicklung in Deutschland, dass die Marktanteile der Antragstellerin nicht strukturell bedingt und namentlich nicht auf den späteren Markteintritt zurückzuführen seien. Tatsächlich beruhten die Marktanteile der Antragstellerin auf ihrer Geschäftspolitik. Hier sei insbesondere die aus heutiger Sicht falsche Entscheidung, auf geringe Netzabdeckung zu setzen, zu nennen.

Weiter sei hervorzuheben, dass über 96% der heutigen Mobilfunkkunden das erste Mal gewonnen worden seien, nachdem die Antragstellerin bereits in den Markt eingetreten sei. Die Antragstellerin habe voll an der intensiven Penetrationsphase, die erst 1998/1999 begonnen habe, partizipieren können.

Schließlich habe die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits von einer Spreizung der Entgelte von bis zu 25,59 Cent/Min zwischen der Beigeladenen zu 1. und der Antragstellerin profitiert. Es sei nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin aufgrund mangelnder Spreizung die von der Antragstellerin gewünschten Marktanteile nicht habe gewinnen können. Offenbar habe sich die Spreizung auf die Marktanteilsentwicklung nicht ausgewirkt. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Spreizung heute eine andere Wirkung hätte.

Die Beigeladene zu 4. 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. Eine Differenzierung zwischen den Entgelten von D- und E-Netzbetreibern sei allerdings gerechtfertigt. Startnachteile könnten sich über längere Zeiträume auswirken.

Die Beigeladene zu 6. trägt vor, die beantragten Entgelte seien offensichtlich nicht genehmigungsfähig. So übersteige das von der Antragstellerin mit dem Hauptantrag beantragte Entgelt den in der WIK-Consult-Studie ausgewiesenen Wert um nahezu das Doppelte. Außerdem sei die Differenzierung zwischen Haupt- und Hilfsantrag nicht verständlich. Es könnten nicht zwei erheblich voneinander abweichende Entgelte errechnet werden, die beide den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprächen.

Darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar, woraus die Antragstellerin ableiten wolle, dass ein Subscription-Defizit allein bei ihr zu berücksichtigen sei. Ein Zusammenhang zwischen dem Zeitpunkt des Markteintritts und den Kundengewinnungskosten sei jedenfalls nicht ersichtlich.

Die von der Antragstellerin geltend gemachten UMTS-Lizenzkosten seien berücksichtigungsfähig. UMTS-Terminierungsleistungen gehörten zum regulierten Markt.

Nur eine symmetrische Regulierung der Terminierungsentgelte könne wettbewerbsneutral sein. Das von ihr – der Beigeladenen zu 6. – vorgelegte Gutachten von Professor von Weizsäcker bestätige dies. Außerdem seien keine strukturellen Nachteile der Antragstellerin erkennbar. Dies werde in einem Gutachten des Beratungsunternehmens NERA herausgearbeitet. Es handle sich bei der Antragstellerin nicht um einen Späteinsteiger in den Markt. Selbst wenn dem so wäre, wäre zu berücksichtigen, dass Späteinsteiger über erhebliche Vorteile gegenüber dem Ersteinsteiger verfügten. Darüber hinaus spielten Skaleneffekte im vorliegenden Fall letztlich keine Rolle. Bei der gegebenen Größe der Antragstellerin würde sich ein erhöhtes Verkehrsvolumen in entsprechenden variablen Kosten niederschlagen. Ebenfalls zu vernachlässigen sei die unterschiedliche Frequenzausstattung. Aufgrund der Kapazitätsrestriktionen der D-Netzbetreiber bei 900MHz-Netzen in urbanen und suburbanen Gebieten sei die Antragstellerin keinen relevanten Wettbewerbsnachteilen ausgesetzt. Europaweit glichen sich deshalb auch die Terminierungsentgelte der D- und E-Netzbetreiber an. Die Kommission habe zu diesem Thema in ihrer Stellungnahme vom 04.08.2006 in der Sache BE/2006/0433 das Notwendige gesagt.

Eine Vergleichsmarktstudie sei grundsätzlich ungeeignet zur Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungserbringung. Gleichwohl sehe § 31 Abs. 1 S. 2 TKG eine Vergleichsmarktbeurteilung in begründeten Einzelfällen vor. Eine solche Betrachtung müsse sorgfältig durchgeführt werden und insbesondere die Vorgaben des VG Köln beachten. Es sei aber jedenfalls kein Vorrang eines Kostenmodells gegenüber einer Vergleichsmarktbeurteilung gegeben.

Die Beigeladene zu 7. 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 7. in den Zugangsverfahren gegenüber der hiesigen Antragstellerin gefordert und mit entsprechenden Benchmarks belegt worden. Eine Diffe-

renzung 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 1. und 6. anzusetzen, weil alle vier Mobilfunknetzbetreiber zur selben Zeit die Erlaubnis zur Frequenznutzung bekommen hätten.

Während der von der Beigeladenen zu 7. 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 anererkennungsfähig. 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 anererkennungsfähig 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. Bei der Berechnung der Terminierungskosten müssten die On-net-Verkehrsminuten zum gleichen Entgelt wie die externen Verkehrsminuten berücksichtigt werden.

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 12. verlangen dürfe.

Aus ihrem Vortrag leitet die Beigeladene zu 7. sechs „Anträge“ mit teils mehreren Unterpunkten ab, mit denen sie zum Entgeltantrag der Antragstellerin Stellung nehmen wolle.

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 11. 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 heutige 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 seien derartige Kosten von der Regulierungsbehörde auch nicht in Ansatz gebracht worden.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin beantragten nicht-reziproken Entgelte sei festzustellen, dass der entsprechende Vortrag insbesondere zur Netzauslastung und Skalierungskosten eher dürftig ausgefallen sei. Sollten gleichwohl 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.

Die Beigeladene zu 18. hält zur Belebung 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 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 von 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 kostenmäßige 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 20. 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 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 21. hebt hervor, der Antrag hinsichtlich der Entgelte für die Leistung E.2 sei zu unbestimmt. Die Entgelte für die Leistungen E.1 und E.2 müssten jedenfalls einheitlich bepreist werden. Mit ihrem Entgeltantrag setze sich die Antragstellerin in Widerspruch zu eigenen Aussagen, nach denen die Entgelte nicht mehr als 9 Cent/Min. betragen dürften. Die geltend gemachten Netto-Endgerätesubventionen gehörten zu den Kosten effizienter Leistungserbringung, wiesen jedoch keinen Bezug zum angeblichen Subscription-Defizits auf. Die UMTS-Lizenzkosten und -Infrastrukturkosten müssten auf jeden Fall berücksichtigt werden. Auf Late-Entrant-Nachteile könne sich die Antragstellerin nicht berufen. Immerhin habe sie nur zwei Jahre nach den D-Netzbetreibern und vier Jahre vor der Beigeladenen zu 21. in den Markt eintreten können und mithin hinreichend Gelegenheit gehabt, zu den D-Netzbetreibern aufzuschließen.

Die Beigeladene zu 22. 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 22. 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 12 Jahren hinreichend Gelegenheiten gehabt, um etwaige Newcomer-Nachteile auszugleichen. Hinsichtlich der Entgelte für weitere Zugangsleistungen sollten sich die Genehmigungen an denjenigen gegenüber der Beigeladenen zu 12. orientieren.

Die Beigelade zu 22. 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 2948 ff. als Mitteilung Nr. 303/2006 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 06.11.2006 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 beabsichtige 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 11 Orten der Zusammenschaltung (OdZ) geltend machen.

Auf entsprechende Nachfrage hat die Antragstellerin der Beschlusskammer mit Schreiben vom 08.10.2006 eine Übersicht der mit ihren Zusammenschaltungspartnern aktuell realisierten OdZ vorgelegt. Daraus geht hervor, dass die Antragstellerin bis auf drei Ausnahmen mit ■■■ Zusammenschaltungspartnern über Zusammenschaltungen an mindestens ■■■ OdZ verfügt. In den ■■■ Ausnahmefällen handelt es sich um ■■■ (die Beigeladenen zu ■■■ und ■■■), mit denen jeweils vereinbart ist, dass diese ■■■ Verkehr ■■■ übergeben dürfen, sowie um ■■■ Zusammenschaltungspartner, der ausschließlich Verkehr an den ■■■ OdZ der Antragstellerin für die ■■■ Verkehr übergibt und ■■■ zusammenschaltet ist. 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 11 OdZ abrechnet. Insoweit musste die Beschlusskammer zum jetzigen Zeitpunkt keine Entscheidung über eine Genehmigung für Zusammenschaltungen mit weniger als 11 OdZ treffen.

Sofern die Antragstellerin künftig solche Zusammenschaltungen realisiert und hierfür tatsächlich höhere Entgelten 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.

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 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 Antragschrift, deren Kennzeichnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis die Beschlusskammer für unberechtigt gehalten hat, aufgefordert.

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 sich das BKartA wie folgt geäußert:

„Die Beschlusskammer hat auf S. 22ff. des Beschlussentwurfs insgesamt nachvollziehbar dargelegt, weshalb eine Kostenprüfung anhand der von E-Plus 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. 33 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 Vergleichsmarktbetrachtung 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. E-Plus 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 E-Plus 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 Vergleichsmarktbeurteilung, 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 am 30.08.2006 zugestellten Regulierungsverfügung, 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 am 30.08.2006 zugestellten Regulierungsverfügung BK 4c-06-003/R. In dieser Entscheidung ist die Antragsstellerin in Ziffer 1. des Tenors dazu verpflichtet worden, 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 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 die Überlassung von Kollokationsbereichen, für die Durchführung von Interoperabilitätstests und für die Einrichtung und Änderung der Verkehrslenkung und –registrierung genehmigungspflichtig.

Nicht genehmigungspflichtig nach §§ 30 Abs. 1, 31 TKG sind dagegen die Entgelte für die Stornierung und die Änderung von Bestellungen, für die Bereitstellung und Überlassung von Netzanschlüssen mit Echounterdrückern, für den pauschalierten Schadensersatz wegen Änderung eines verbindlichen Bereitstellungstermins bzw. wegen Nichteinhaltung der Reaktionszeiten 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.

Die Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung eines Netzanschlusses mit Echo-Unterdrückung sind, soweit sie über die entsprechenden Entgelte für Netzanschlüsse ohne Echounterdrückung hinausgehen, nicht genehmigungspflichtig, weil die Echounterdrückung von den Zusammenschaltungspartner eigenrealisiert werden kann. Dies ergibt sich bereits aus der Preisliste der Antragstellerin selbst, nach der Netzanschlüsse auch ohne Echounterdrückung bestellt werden können. Die Bereitstellung von Echo-Unterdrückern stellt daher nur eine zusätzliche und nur auf Wunsch der Zusammenschaltungspartners erfolgende Leistung dar. Echo-Unterdrücker werden auch von allen Systemlieferanten angeboten, so dass sich jeder Zusammenschaltungspartner diese Systemkomponente direkt bei seinem Lieferanten beschaffen und in sein Netz einbauen kann, um Verkehr echofrei an die Antragstellerin bzw. an andere Mobilfunknetzbetreiber, mit denen er eine Netzzusammenschaltung realisiert hat, zu übergeben. Insofern ist jeder Zusammenschaltungspartner frei in seiner technischen und kommerziellen Entscheidung, die Echofreiheit mit eigenen Mitteln oder durch Unterstützung der Antragstellerin sicherzustellen. In dieser Sichtweise sieht sich die Beschlusskammer auch durch eine Stellungnahme der Fa. 01051 Telecom GmbH vom 25.10.2006 im Verfahren BK 3a/b-06-011 bestätigt, in der das Unternehmen auf Nachfrage der Beschlusskammer mitgeteilt hat, dass sie die auch ihr angebotene Leistung Installation und Betrieb von Echo-Unterdrückern nicht in Anspruch nimmt, sondern selbst eigene Echo-Unterdrücker betreibt und daher den mit ihr zusammenschalteten Mobilfunknetzbetreibern nur echofreien Verkehr übergibt.

Der pauschalierte Schadensersatz wegen Änderung eines verbindlichen Bereitstellungstermins bzw. wegen Nichteinhaltung der Reaktionszeiten unterliegt nicht der Entgeltgenehmigungspflicht, weil es sich dabei nicht um Entgelte für eine Zusammenschaltungsleistung, sondern lediglich um Regelungen zur vereinfachten Berechnung von Sekundäransprüchen handelt.

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

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 6. und 20. 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 12. 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 angängig, 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 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 der Beigeladenen zu 6. und der Fa. 01051 Telecom GmbH (01051 Telecom) 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 6. gilt.

5.1.1.1 Entgeltgenehmigung im Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom

Mit Beschluss BK 4c-05-071/E22.09.05 vom 01.12.2005 sind im Verhältnis zwischen der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom und in Vervollständigung einer mit Beschluss BK 4c-04-025/Z21.04.04 vom 25.06.2004 ergangenen Zusammenschaltungsanordnung die Terminierungsentgelte der Beigeladenen zu 6. 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 6. 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 6. 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 der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom 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 6.

Die ursprünglich nur das Zusammenschungsverhältnis zwischen der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom betreffende Entgeltregelung ist auf sämtliche Zusammenschungsverhältnisse der Beigeladenen zu 6. 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 6. 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 6. 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 6.

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 6. für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006 dadurch finanzielle Vorteile gegenüber der 01051 Telecom, dass sie gleichartige Telekommunikationsdienste, nämlich die entsprechenden Mobilfunkterminierungsleistungen, zu geringeren Entgelten erstehen könnten als es die 01051 Telecom gemäß der geltenden Entgeltanordnung vermag.

Für eine solche Differenzierung zwischen den Nachfragemöglichkeiten der 01051 Telecom 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 01051 Telecom 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 Zusammenschungsverhältnissen der Beigeladenen zu 6. 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 01051 Telecom 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 ist. 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 6. 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 marktmächtiges 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 erfolgten Genehmigung der Terminierungsentgelte im Parallelverfahren BK 3a/b-06-011/E07.09.06 muss die Beigeladene zu 6. 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 6. 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 6. und von 13,6% 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 6. 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 6. für den betroffenen Zeitraum allein deshalb die ursprünglich vertraglich vereinbarten Entgelte zuzusprechen, weil sie der 01051 Telecom 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 6. über die Ausdehnung der Ergebnisse der Entgeltanordnung auf alle ihre Zusammenschaltungsverhältnisse 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 BK3a/b-06/011 zu erlassene 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 sonstigen 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. Schließ-

lich 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 war im Gegensatz zum Vorgehen bei der Regulierung nach § 31 TKG keine strenge Effizienzbetrachtung, sondern eine breiter angelegte Vergleichsmarktbetrachtung durchzuführen. Dementsprechend hatte die Beschlusskammer im Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 7. mit Beschluss BK 3b-04/027 vom 28.12.2004 ein Entgelt im Rahmen einer Zugangsanordnung nach § 25 TKG bis zum 14.12.2005 angeordnet. Eine Folgeentscheidung für den Zeitraum ab dem 15.12.2005 war – im Gegensatz zum Zusammenschaltungsverhältnis zwischen der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom – nicht erforderlich, weil sich die Parteien auf ein Entgelt in Höhe von 12,4 Cent/Minute geeinigt hatten. Dieses Entgelt wäre, wenn die Beschlusskammer eine Folgeentscheidung hätte treffen müssen, seinerzeit nicht als missbräuchlich überhöht zu beanstanden gewesen und es wäre, wie im Falle der Beigeladenen zu 6. und der 01051 Telecom, wiederum für ein Jahr, mithin bis zum 14.12.2006 angeordnet worden. Der Umstand, dass sich die Antragstellerin mit der Beigeladenen zu 7. im vergangenen Jahr vertraglich geeinigt hat, kann ihr im Verhältnis zur Beigeladenen zu 6., deren Entgelte im Rahmen einer Anordnung festgelegt wurden, allerdings nicht zum Nachteil gereichen.

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 Vergleichsmarktprinzip 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 erstmals der Entgeltgenehmigungspflicht für die von ihr erbrachten Terminierungsleistungen unterliegt, musste die Beschlusskammer jedoch hier nicht weiter vertiefen. Zwar hat die Beigeladene zu 6. 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 Vergleichsmarkt Betrachtung 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 10 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 Antragstellerin legt neben den eigentlichen unternehmensspezifischen Kosteninformationen zu den terminierungsrelevanten Istkosten auch einen gesonderten Internationalen Tarifvergleich des WIK consult GmbH Bad Honnef (WIK) sowie einen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens zur Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 16 bis zum Abschluss der Erstellung eines Kostenmodells vor. Bereits im Vorfeld des Entgeltgenehmigungsverfahrens war seitens der Antragstellerin ein WIK-Gutachten zu „Kostenunterschiede der E-Netzbetreiber und der D-Netzbetreiber bei der Terminierung von Mobilfunkverbindungen“ vorgelegt worden, auf welches auch im Rahmen des aktuellen Antrags Bezug genommen wird.

Die für die Erbringung der Terminierungsleistungen relevanten Istkosten [REDACTED] ermittelt die Antragstellerin auf Basis eines sogenannten „top-down“-Ansatzes ausgehend von den (geprüften) Jahresabschlusszahlen der E-Plus für das Kalenderjahr [REDACTED] und deren prognostischer Fortschreibung für die Jahre [REDACTED] und [REDACTED]. Aus den Jahresabschlussdaten werden im Rahmen einer Überleitrechnung die Gesamtkosten des Unternehmens nach [REDACTED] untergliedert, und nach deren Anteil der Inanspruchnahme (Nutzungsintensität) über sogenannte Routingfaktoren und sonstige Verteilschlüssel auf die Terminierungsleistungen – [REDACTED] - sowie die sonstigen Dienste allokiert.

Dabei werden den Terminierungsleistungen ausschließlich die Kostenarten [REDACTED] zugeschlüsselt. Unter Einbeziehung der relevanten Verkehrsmengen errechnen sich [REDACTED] Kostenwerte pro Minute für die Terminierungsleistungen [REDACTED].

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 den Antrag vorgelegten Kostennachweise auf deren rechnerische Richtigkeit und Vollständigkeit war für die Beschlusskammer sowie der von ihr beauftragten Fachabteilung vor der am 16.10.2006 erfolgten Nachlieferung einer komplett verformelten und verknüpften Excel-Kalkulation lediglich für einzelne, abgegrenzte Berechnungen möglich, keinesfalls aber in einem Umfang, der die Verifizierung der ausgewiesenen Kostenwerte mit hinreichender Sicherheit gestattet hätte. Die verspätete Vorlage der kompletten Kostenkalkulation in der 7. Verfahrenswoche und deren erhebliche Komplexität haben dazu geführt, dass wesentliche Teile der Kalkulation innerhalb der Verfahrensfristen nicht mehr vollständig geprüft werden konnten.
- Die von der Antragstellerin vorgelegte Überleitrechnung zur Überführung der relevanten Aufwendungen aus den Jahresabschlussdaten in die Kostenbasis ist weder rechnerisch vollständig nachvollziehbar noch ausreichend dokumentiert. So ergibt sich bei Vergleich der jeweiligen Wertansätze für die dem Mobilfunknetz insgesamt zugerechneten [REDACTED] eine ungeklärte und seitens der Antragstellerin nicht begründete Differenz zu den [REDACTED] in der Kostendokumentation von mehr als [REDACTED].
- Die Ermittlung der Routingfaktoren ist zwar rechnerisch nachvollziehbar, eine Überprüfung auf sachliche Plausibilität ist jedoch bereits aufgrund fehlender weiterführender Erläuterungen nicht möglich. Grundsätzlich sind die Routingfaktoren der einzelnen Netzelemente von der Häufigkeit, mit der ein Dienst dieses Element nutzt, abhängig. Diese Häufigkeiten sind zum Teil gesetzte Werte, die sich aus den Kostennachweisen nicht nachvollziehbar herleiten. Dabei zeigen sich bereits bei der Berechnung [REDACTED] methodische Inkonsistenzen: Während [REDACTED] abgeleitet. [REDACTED] Hinsichtlich der verwendeten Routingfaktoren sind zudem nicht erklärbare Abweichungen zwischen der Kostendokumentation sowie den Antwortschreiben zu Fragenkatalogen der Beschlusskammer festzustellen.
- Die von der Antragstellerin mittels Preis-Mengen-Gerüst abgebildete Netzinfrastruktur auf Tagesneupreisbasis sowie die darauf aufbauende Kapitalkostenberechnung sind grundsätzlich rechnerisch nachvollziehbar und transparent. Allerdings zeigten sich im Rahmen der durchgeführten Preisprüfungen für [REDACTED] [REDACTED] Nachweismängel insbesondere in der Zuordnung von Belegen zu den einzelnen Kostenpositionen, so dass im Ergebnis die Höhe der in die Kostenkalkulation einfließenden Investitionswerte zweifelhaft bleibt.
- Der [REDACTED] Datenstand [REDACTED], auf dem die Antragstellerin ihre Berechnungen vorlegt, ist für eine „forward-looking“ gerichtete Entgeltgenehmigung mit dem Ziel der Ableitung von Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung grundsätzlich ungeeignet. 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 dienstspezifischen 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 Antragstellerin 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 TKG 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 von Netzknoten (z.B. Basisstationen) und Kanten (z.B. Übertragungsstecken) aufzubauen. Um nicht ein sich von den tatsächlichen Gegebenheiten vollkommen entfernendes hypothetisches Netz zu modellieren, wäre ein sog. „Scorched-node“-Ansatz zu wählen, d.h. die räumliche Verteilung der Netzknoten entspräche der Realität des jeweiligen betreiberspezifischen Mobilfunknetzes. 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 ausreichen 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 geöffneten“ 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 Antragstellerin 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 verweisen, 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 weiterge-

hende 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 das 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 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 angemessene 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, wobei in der Realität verschiedene Faktoren (Marktunvollkommenheiten) dazu führen, dass es zu Preisbewegungen kommt und der Marktpreis um den Gleichgewichtspreis oszilliert,

vgl. Groebel/Seifert, in Berliner Kommentar zum TKG, § 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,

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

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,

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 E-Netz der Antragstellerin zu bemessendes - Entgelt in Höhe von 9,47 Ct./Minute.

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

Das von dem WIK Consult im Auftrag der Antragstellerin erarbeitete Gutachten zu den „Benchmarking-Ansätzen für Mobilfunkterminierungsentgelte“ war bereits insoweit als Vergleichsmarktbetrachtung ungeeignet, als die der Studie zugrunde gelegte Datenbasis lediglich verbal beschrieben wird. Eine Offenlegung der Tarife ist jedoch unabdingbare Voraussetzung für einen belastbaren Vergleich. Mithin war ein Nachvollziehen der einzelnen vom Gutachter vorgenommenen Berechnungen grundsätzlich unmöglich.

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 na-

tionalen 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 weiterer Zuschlag für UMTS-Lizenzgebühr und Subscription-Defizit (Handy-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 hinweisen, 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 Beigeladene zu 21: 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 Antragstellerin selbst dargelegt, wurde u.a. auf den britischen Mobilfunkmärkten auch ein sogenannter „Netzexternalitätzuschlag“, 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 für das von der Antragstellerin behauptete Subscription-Defizit 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 – und insbesondere die Marktstrategie der Antragstellerin – 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 Antragstellerin 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 einem durchschnittlichen Entgeltniveau von 10,43 Cent/Minute.

5.2 Sonstige Entgelte

5.2.1 Entgelte für die Bereitstellung und Überlassung von Netzanschlüssen (2 Mbit/s) und Kollokationsbereichen sowie für Maßnahmen im E-Plus-Netz

Bei der Genehmigung der Entgelte für die Überlassung und Bereitstellung von Netzanschlüssen hat sich die Beschlusskammer im Ergebnis an diejenigen Entgelten orientiert, wie sie im parallelen Entgeltgenehmigungsverfahren von der Beigeladenen zu 6. beantragt worden sind. Denn diese hat sich ihrerseits an den entsprechenden Entgelten der Beigeladenen zu 12. 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 6. und der Fa. 01051 Telecom GmbH 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 6. und der Beigeladenen zu 12. 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

Das von der Antragstellerin beantragte Entgelt für die nicht-einzugsbereichskonforme Verkehrsübergabe konnte nicht genehmigt werden.

Zwar verkennt die Beschlusskammer nicht, dass es infolge nicht-einzugsbereichskonformer Verkehrsübergabe zu atypischen Verkehrsströmen im Netz der Antragstellerin kommen kann, wodurch ihr zusätzliche Kosten entstehen können. Denn nach den Erkenntnissen der Beschlusskammer aus dem Anordnungsverfahren zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 7. sind [REDACTED], so dass

durch nicht-einzugsbereichskonform übergebenen Verkehr zusätzliche, ineffiziente Vermittlungsstellendurchläufe erforderlich werden.

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.

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 kein Versagungsgrund nach § 35 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 28 TKG. Die Entgelte sind, soweit erkennbar, nicht missbräuchlich i.S.v. § 28 Abs. 1 S. 1 TKG.

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

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

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 6. und der 01051 Telecom 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 6. und der 01051 Telecom 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. seines 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 6. im Verhältnis zur 01051 Telecom schon ursprünglich auch für den Zeitraum 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 BK3a/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 Deutsche Telekom AG durchgeführten Rückabwicklungen legen indes auch nahe, dass etwaige Schwierigkeiten „in den Griff“ zu bekommen sind. So war beispielsweise die Beigeladene zu 12. 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 BK3a/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 BK3a/b-06/010 hervorgehobene Umstand, dass es sich um die erstmalige Genehmigungspflichtigkeit von Mobilfunkterminierungsentgelten handle 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 aus den oben unter Ziffer 5.2.1 dargelegten Gründen dagegen nur für weitere sechs Monate bis zum 31.05.2007 erfolgen. Damit verbleibt der Antragstellerin auch hinreichend Zeit, Kostenunterlagen für diese Leistungen vorzubereiten und sie mit einem neuen Antrag vorzulegen.

Die unterschiedliche Befristungen der Terminierungsentgelte und der sonstigen Zugangsentgelte Entzerrung führt künftig auch zu einer zeitlichen Entzerrung der Verfahren. Hierfür 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