

**Festlegung
der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

**Anrufzustellung in einzelnen Mobil-
funknetzen**

Markt Nr. 7 der Märkteempfehlung 2007

**geschwärzte Fassung
(ohne Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)**

A.	Einleitung.....	1
B.	Beschreibung der relevanten Leistungen.....	2
I.	Die Märkteempfehlung der Kommission.....	2
II.	In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen.....	3
1.	Anrufzustellung in die Mobilfunknetze.....	3
2.	Anrufzustellung in die Mobilfunknetze über eine geografische Rufnummer.....	5
3.	Anrufzustellung in virtuelle Mobilfunknetze (Mobile Virtual Networks).....	6
C.	Gang der Ermittlungen.....	8
D.	Vorbringen der Parteien.....	10
I.	Vorbringen der Mobilfunknetzbetreiber.....	10
II.	Vorbringen der Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreiber.....	16
E.	Nationale Konsultation.....	26
F.	Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Abs. 1 TKG.....	27
G.	Europäisches Konsolidierungsverfahren.....	28
H.	Marktabgrenzung.....	29
I.	Sachliche Marktabgrenzung.....	30
1.	Marktübergreifende Gesichtspunkte.....	30
a.	Ausschließliche Einbeziehung von Sprachterminierungen.....	30
b.	Gesamtmarkt für 2G- und 3G-Netze; Keine Widerspruch zu Vfg. 51/1999 und Vfg. 13/2000.....	33
c.	Keine Einbeziehung von Bündelfunknetzen.....	35
d.	Keine Einbeziehung von Satellitennetzen.....	36
e.	Einbeziehung von MVNO-Netzen.....	36
2.	Austauschbarkeit aus Nachfragersicht.....	37
a.	Zusammenfassung von Terminierungen in einzelnen Mobilfunknetzen.....	38
b.	Substitute.....	39
c.	Besonderheiten der Homezone-Produkte.....	41
d.	Abgeleitete Substitutionsmöglichkeiten.....	44
3.	Angebotsumstellungsflexibilität.....	47
4.	Wettbewerbsbedingungen.....	49
(1)	Zusammenfassung aller Mobilfunkterminierungsmärkte zu einem Markt.....	49
(2)	Differenzierung der Terminierungsmärkte in einzelnen Mobilfunknetzen nach Nachfragergruppen.....	50
5.	Nennung der sachlich relevanten Märkte.....	52
II.	Räumlich relevanter Markt.....	53
I.	Merkmale des § 10 Abs. 2 S.1 TKG.....	54
I.	Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken.....	56
II.	Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb.....	56
III.	Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden.....	57
J.	Prüfung der beträchtlichen Marktmacht.....	62
I.	Prüfung der beträchtlichen Marktmacht der Mobilfunknetzbetreiber.....	62
1.	Marktanteile.....	62
2.	Marktzutrittsschranken/Potenzieller Wettbewerb.....	63
3.	Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen.....	63
4.	Direkte entgegengerichtete Nachfragemacht.....	64
a.	Direkte Nachfragemacht der DT AG.....	65
(1)	Abbruch der Geschäftsbeziehungen.....	65
(2)	Einbezug anderer Geschäftsbereiche.....	69
(3)	Empfindliche Mengenrücknahme.....	69
(4)	Zwischenergebnis.....	70
b.	Direkte Nachfragemacht alternativer Festnetzbetreiber.....	71
c.	Direkte Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber untereinander.....	73
d.	Ergebnis.....	74

5.	Abgeleitete entgegengerichtete Nachfragemacht	74
a.	Einfluss des Calling-Party-Pays-Prinzips	74
b.	Wettbewerbsdruck durch das Verhalten der Endkunden.....	75
6.	Sonstige Kriterien	78
7.	Gesamtbewertung	78
II.	Prüfung der beträchtlichen Marktmacht von Full MVNOs.....	79
1.	Marktanteile.....	79
2.	Marktzutrittschranken	79
3.	Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen	80
4.	Direkte entgegengerichtete Nachfragemacht der DT AG.....	80
a.	Abbruch der Geschäftsbeziehungen	81
b.	Einbezug anderer Geschäftsbereiche	81
c.	Empfindliche Mengenrücknahme	81
d.	Zwischenergebnis.....	82
5.	Abgeleitete entgegengerichtete Nachfragemacht	83
6.	Sonstige Kriterien	84
7.	Gesamtbewertung	84
III.	Gesamtschau und Ergebnis	84
K.	Nennung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht	85
L.	Anhänge.....	86
I.	Übersicht der Ergebnisse der Auswertung	86
II.	Stellungnahmen interessierter Parteien	87

A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrifft Ziffer Nr. 7 der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65 (im Folgenden: Märkteempfehlung). Unter Ziffer Nr. 7 ist folgender Markt aufgeführt: Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.

Auf Grundlage der die Artikel 14 bis 16 Rahmenrichtlinie¹ umsetzenden §§ 9 bis 11 des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) wurde in Bezug auf den hier in Rede stehenden Markt bereits ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach dem neuen europäischen Rechtsrahmen abgeschlossen. Der Prüfung lag zu diesem Zeitpunkt die Fassung 2003/311/EG der Märkteempfehlung der Kommission (im Folgenden: Märkteempfehlung 2003) zugrunde, in der der Markt noch unter Ziffer Nr. 16 aufgeführt war. Die Ergebnisse dieser Marktdefinition und Marktanalyse wurden durch die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur gemäß § 132 Abs. 4 Satz 2 TKG festgelegt. Am 30.08.2006 ergingen dazu die entsprechenden Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur (vgl. Amtsblatt Nr. 17/2006). Die Festlegung ist gemäß § 13 Abs. 3 TKG Bestandteil der Regulierungsverfügungen und wurde daher gemeinsam mit diesen veröffentlicht.

Soweit nicht der in § 14 Abs. 1 TKG beschriebene Ausnahmefall einer Änderung der Marktgegebenheiten oder der Märkteempfehlung eintritt, verlangt § 14 Abs. 2 TKG alle zwei Jahre die Vorlage der Ergebnisse einer Überprüfung der Marktdefinition nach § 10 TKG und der Marktanalyse nach § 11 TKG durch die Bundesnetzagentur. Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse für den Bereich Mobilfunkterminierung im Rahmen dieses Zweijahresturnus.

Nachfolgend werden

- zunächst die hier fraglichen Leistungen zur besseren Verständlichkeit umschrieben (vgl. Kapitel B),
- der Gang der Ermittlungen dargestellt (vgl. Kapitel C),
- die wichtigsten Marktteilnehmer und deren Vorbringen dargelegt (vgl. Kapitel D),
- auf die nationale Konsultation eingegangen (vgl. Kapitel E),
- die Herstellung des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt genannt (vgl. Kapitel F),
- das europäische Konsolidierungsverfahren beschrieben (...),
- dann eine Marktabgrenzung durchgeführt (vgl. Kapitel H),
- daran anschließend die Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG in Bezug auf die Märkte dargelegt (vgl. Kapitel I),
- die Existenz beträchtlicher Marktmacht geprüft (vgl. Kapitel J),
- abschließend die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht genannt (vgl. Kapitel K).

¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 (Rahmenrichtlinie),

B. Beschreibung der relevanten Leistungen

I. Die Märkteempfehlung der Kommission

Im Anhang zu der oben genannten Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors wird unter Ziffer Nr. 7 folgender Vorleistungsmarkt definiert: Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen.² Dieser Markt entspricht Anhang I Punkt 2 der Rahmenrichtlinie in Verbindung mit der Richtlinie 97/33/EG (Anrufzustellung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen³). Die Kommission hat diesen vormals als Markt Nr. 16 in der Märkteempfehlung 2003 aufgeführten Vorleistungsmarkt unverändert in die überarbeitete neue Märkteempfehlung übernommen.⁴

Die Anrufzustellung findet auf der Vorleistungsebene statt. Anrufe an eine Mobiltelefonnummer, die ihren Ursprung im Festnetz oder einem anderen Mobilfunknetz haben, werden vom Betreiber dieses Mobilfunknetzes zugestellt.⁵ Die Nachfrage nach diesem Vorleistungsprodukt entsteht dabei unmittelbar aus der Nachfrage im Endkundenmarkt: Die Zustellung eines Anrufes an eine bestimmte mobile Teilnehmerrufnummer kann nur durch den jeweiligen Teilnehmernetzbetreiber erfolgen, also durch den Betreiber des jeweiligen Mobilfunknetzes.

In Europa ist nach wie vor das Calling-Party-Pays-Prinzip üblich. Dabei zahlt der Anrufer die anfallenden Entgelte, auf die er selbst keinen Einfluss hat, da die Zustellungsentgelte vom Netz des gerufenen Teilnehmers festgelegt werden.⁶ Dadurch entsteht nach Auffassung der Kommission ein externer Effekt, bei dem der Gerufene den Anrufer unabhängig und nachteilig beeinflussen kann.⁷ Zwar könnten die Zustellungsentgelte für mobile Anrufe durch Substitution auf der Nachfrageseite möglicherweise eingeschränkt werden. Für den Vorleistungsmarkt hingegen bestünden keine Substitutionsmöglichkeiten, da die Nachfrage auf der Vorleistungsebene untrennbar mit dem Angebot verknüpft sei. Der Betreiber (des Ausgangsnetzes) könne die Anrufzustellung in einem bestimmten Netz nicht von einer anderen Quelle beziehen.⁸ Auch gebe es derzeit keine empirischen Beweise, dass im Endkundenbereich potenzielle Substitutionsmöglichkeiten auf der Nachfragerseite (z.B. Substitution einer Verbindung aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz durch eine Verbindung aus dem Mobilfunknetz in ein Mobilfunknetz) existierten, die das Verhalten der Mobilfunknetzbetreiber hinsichtlich der Zustellungsentgelte einschränken könnten.⁹ Derzeit sei auch keine Substitution auf der Anbieterseite möglich. Dies könne jedoch in der Zukunft durchführbar werden, wenn ein Zugriff auf die SIM¹⁰-Karten freigegeben werde.¹¹

² Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: voice call termination on individual mobile networks.

³ Nach dem englischen Text: call termination on public mobile telephone networks.

⁴ Da der Vorleistungsmarkt „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ bereits inhaltsgleich in der Märkteempfehlung 2003 enthalten war, wird im Folgenden auf das entsprechende Explanatory Memorandum noch Bezug genommen, soweit die dortigen Ausführungen nach wie vor von grundsätzlicher Bedeutung sind.

⁵ Vgl. Explanatory Memorandum zur Märkteempfehlung 2003, S. 32.

⁶ Vgl. Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 41 f.

⁷ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 32; ebenso Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

⁸ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 33; ebenso Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42 f.

⁹ Vgl. Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 43.

¹⁰ Abkürzung für Subscriber Identity Module.

¹¹ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 32; vgl. ebenso Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

Ferner äußerte sich die Kommission dahingehend, dass eine Marktdefinition verbundener nationaler Märkte für Mobilfunkdienste nur dann brauchbar sei, wenn Mobilfunkteilnehmer auf die Preise für Anrufe zu Mobiltelefonen und damit auf die Zustellungsentgelte (als maßgebende Preisdeterminante) achteten. Ferner müssten sich die Dienste gegenseitig ergänzen, so dass Teilnehmer bei der Wahl eines Netzes nicht die Preise für einzelne Dienste gesondert prüften, sondern das gesamte Bündel oder Paket. Daher könnte ein Mobilfunkbetreiber Zustellungsentgelte und mithin den Endkumentarif für eingehende Anrufe (ohne Teilnehmerverluste) nur erhöhen, wenn er gleichzeitig die Preise für andere Dienste eines Pakets senke. In diesem Fall wäre die Ermittlung der Marktmacht bei der Anrufzustellung mit der bei anderen Diensten des Pakets vergleichbar. Käme der Anrufzustellung weniger Bedeutung zu, wäre eine größere Marktmacht in diesem Bereich denkbar.¹²

Die Kommission geht nach wie vor davon aus, dass unter Zugrundelegung des Calling-Party-Pays-Prinzips der sachlich relevante Markt Anrufzustellung in jedem einzelnen Netz sei, d.h., dass jeder Betreiber eines Mobilfunknetzes auf seinem Markt der alleinige Anbieter sei.¹³ Ob jedoch alle Betreiber über Marktmacht verfügten, richte sich nach der Existenz entgegengerichteter Nachfragemacht auf der anderen Seite, wodurch jede anhaltende Preiserhöhung unwirtschaftlich würde.¹⁴

Diese Definition würde nach Ansicht der Kommission jedoch hinfällig, wenn technische Möglichkeiten der Zustellung über andere Netze bestünden (dann müsste die Marktdefinition auf Anrufzustellung in allen Netzen ausgedehnt werden), die Nutzer offenbar auf Alternativen zurückgriffen, um hohe Zustellungsentgelte zu umgehen oder sie ihr Netz nachweislich aufgrund der Kosten für eingehende Anrufe auswählten (was zu einer kombinierten Marktdefinition von Zugang, Verbindungsaufbau und Anrufzustellung führen würde).¹⁵

II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen

1. Anrufzustellung in die Mobilfunknetze

Die Anrufzustellung erfolgt in Mobilfunknetze, die unterschiedliche technische Standards haben. Nachfolgend werden die in der Bundesrepublik Deutschland vorhandenen Mobilfunknetze kurz beschrieben.

Zu den Netzen der 2. Generation gehören die digitalen D- und E-Netze. 1992 wurden das D1-Netz der DeTeMobil GmbH und das D2-Netz der Mannesmann Mobilfunk GmbH in Betrieb genommen. 1994 folgte das E1-Netz der E-Plus Mobilfunk GmbH, 1998 das E2-Netz der Viag Intercom GmbH & Co. OHG¹⁶. Die digitalen Netze haben gegenüber den analogen Netzen diverse Vorteile, insbesondere einen erheblichen Anstieg der Teilnehmerkapazitäten. Zunächst wurden die D-Netze im Frequenzbereich von 900 MHz sowie die E-Netze im Frequenzbereich von 1800 MHz betrieben. Im Jahr 1999 ersteigerten die DeTeMobil GmbH und die Mannesmann Mobilfunk GmbH weitere Frequenzen im Frequenzbereich von 1800 MHz.¹⁷ Im Februar 2006 wurden Frequenzen im Umfang von 2 x 5 MHz (duplex) der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG sowie der O₂ (Germany) GmbH & Co. OHG¹⁸ aufgrund

¹² Vgl. Explanatory Memorandum, S. 34.

¹³ Vgl. Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 44.

¹⁴ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 34; ebenso Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 44.

¹⁵ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 34.

¹⁶ Heute Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG.

¹⁷ Vgl. Entscheidung der Präsidentenkammer vom 2. August 1999 über die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens zur Vergabe weiterer Frequenzen im Bereich 1800 MHz für Mobilfunkanwendungen nach dem GSM-1800-Standard, Az. BK-1b-98/006-2, Vfg. 93/1999, ABI. Reg TP 14/99 vom 11. August 1999, S. 2379.

¹⁸ Heute Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG.

des GSM-Konzept¹⁹ aus dem Bereich 1800 MHz in den Bereich 900 MHz verlagert.²⁰ Seither verfügen sämtliche vier GSM-Netzbetreiber über Frequenzen sowohl im Bereich 900 MHz als auch im Bereich 1800 MHz.

Diese Netze verwenden den einheitlichen Standard GSM (Global System for Mobile Communications).²¹ Jedes Mobilfunknetz ist in geographische Zellen eingeteilt, die jeweils von einer Basisstation versorgt werden. Da jede Zelle eine bestimmte Kapazität an Kommunikationskanälen hat, wird durch die Anzahl der Zellen auch die Kapazität des Netzes bestimmt. Allerdings werden im Frequenzbereich von 1800 MHz wegen der höheren Frequenzen kleinere Zellen und dadurch auch eine größere Anzahl an Zellen pro Netz benötigt.²²

Zu den Netzen der 3. Generation gehören die UMTS-Netze. Bei Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)/International Mobile Telecommunications 2000 (IMT-2000) handelt es sich um ein System der Drahtlos- und Mobilkommunikation der dritten Generation, über das insbesondere neuartige multimediale Dienste realisierbar sind, die die Möglichkeit von Systemen der zweiten Generation wie GSM übersteigen. Es kann sich sowohl auf Elemente der terrestrischen Übertragung als auch auf solche der Satellitenübertragung stützen.²³ Aufgrund der zugrunde liegenden Lizenzen haben die Frequenzzuteilungsinhaber die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen technischen Systemen der UMTS/IMT-2000-Familie.²⁴ Es handelt sich auch bei UMTS/IMT-2000 um ein zelluläres Mobilfunknetz.

In dem im Jahr 2000 durchgeführten Versteigerungsverfahren waren sechs Unternehmen erfolgreich. Diese sind die T-Mobile Deutschland GmbH, die Vodafone D2 GmbH, die E-Plus 3G Luxemburg S.a.r.l., die Viag Interkom GmbH & Co. OHG²⁵, die Mobilcom Multimedia GmbH und die Quam GmbH.²⁶ Am 23.12.2003 hat die Mobilcom auf die im Lizenzbescheid und Frequenzzuteilungsbescheid zugeteilten Rechte verzichtet.²⁷ Gegenüber der Quam sind die Rechte aus dem Lizenzbescheid und dem Frequenzzuteilungsbescheid widerrufen worden. Gegen diesen Widerruf legte die Quam Rechtsmittel ein. Das Verfahren ist derzeit noch anhängig, nachdem die Quam GmbH gegen das klageabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. April 2007 (21 K 3675/05) Berufung zum Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (13 A 2069/07) eingelegt hat.

Aufgrund der Lizenzbedingungen besteht die Pflicht, bis zum 31.12.2003 einen Versorgungsgrad von mindestens 25% der Bevölkerung und bis zum 31.12.2005 von mindestens 50% der Bevölkerung herzustellen und bis zum Ende der Lizenzlaufzeit aufrecht zu erhal-

¹⁹ Konzept zur Vergabe weiteren Spektrums für den digitalen öffentlichen zellulären Mobilfunk unterhalb von 1,9 GHz vom 21. November 2005 (GSM-Konzept), veröffentlicht in Vfg. 88/2005, ABl. Bundesnetzagentur 23/2005 vom 30. November 2005, S. 1852.

²⁰ Vgl. Mitteilung 78/2006, ABl. Bundesnetzagentur 4/2006 vom 22. Februar 2006, S. 702.

²¹ Die GSM-Frequenzen sind aufgrund der Richtlinie 87/372/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Juni 1987 über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellulären digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, (GSM-Richtlinie; ABl. EG Nr. L 196 vom 17. Juli 1987, S. 85) für den GSM-Mobilfunkmarkt im Sinne eines europäischen Binnenmarktes bereitzustellen.

²² Siehe dazu GSM-Konzept, Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 23/2005 vom 30. November 2005, Vfg. 88/2005, Seite 1852 ff.

²³ Art. 2 S. 1 der Entscheidung 128/1999/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 1998 über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft, ABl. EG 1999 Nr. L 17, S. 1 (4).

²⁴ Vfg. 13/2000, Az.: BK-1b-98/005-1, ABl. Reg TP Nr. 4/2000 vom 23.02.2000, S. 516 (536 ff.) und S. 556 (Musterlizenz, Teil A, Pkt. 1).

²⁵ Heute Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG.

²⁶ Hierbei handelt es sich um die zur Zeit aktuellen Firmenbezeichnungen der UMTS-Lizenzinhaber. Im Folgenden werden diese der einfacheren Verständlichkeit halber abgekürzt als T-Mobile, Vodafone, E-Plus, O₂, Mobilcom und Quam bezeichnet. Vgl. des Weiteren zum Versteigerungsergebnis Reg TP Pressemitteilung vom 17.08.2000 (abrufbar im Pressemitteilungsarchiv der Bundesnetzagentur unter <http://www.bundesnetzagentur.de>).

²⁷ Reg TP Pressemitteilung vom 23.12.2003.

ten.²⁸ Die UMTS/IMT-2000-Frequenzzuteilungsinhaber T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile), Vodafone D2 GmbH (Vodafone), E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus) und Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG (O₂) erfüllen diese Versorgungsverpflichtung, wobei der Versorgungsgrad teilweise deutlich höher liegt. Seit 2004 bieten diese vier Frequenzzuteilungsinhaber Dienste basierend auf der UMTS-Technik am Markt an.²⁹

2. Anrufzustellung in die Mobilfunknetze über eine geografische Rufnummer

Als erstes Mobilfunkunternehmen hat O₂ ein Produkt angeboten, bei dem der Endkunde bei Vertragsabschluss zusätzlich zu seiner Mobiltelefonnummer auch eine geographische Rufnummer erhält, über die er in einem festgelegten Gebiet ausgehend von einem von ihm zuvor bestimmten festen Standort erreichbar ist bzw. Anrufe tätigen kann. Zahlt der Anrufer für die gewählte Mobiltelefonnummer immer den entsprechenden Mobilfontarif, kann er bei O₂ mit dem Produkt Genion unter seiner geografischen Rufnummer zu Festnetzpreisen erreicht werden kann. Dazu muss er sich allerdings in seiner sogenannten „Homezone“ befinden, d.h. einem Radius von mind. 500 Meter, der um einen von ihm zu bestimmenden Punkt (z.B. seinen Wohnsitz) gezogen wird. Ist dies nicht der Fall, kann er mittels einer Anrufweiterleitung die Anrufe auf seine Mobiltelefonnummer (oder Mailbox) erhalten und zahlt selbst die Differenz zwischen dem Festnetztarif, der vom Anrufer gezahlt wird, und dem nun geltenden Mobilfontarif. Wünscht er diese Anrufumleitung nicht, ist er über die geographische Rufnummer außerhalb der „Homezone“ nicht erreichbar.

Dies bedeutet, dass es bei der Terminierung für Genion-Kunden zwei Varianten gibt. Wird der Kunde auf der Mobiltelefonnummer angerufen, so erfolgt die übliche Terminierung der Verbindung in das Mobilfunknetz von O₂. Bei einem Anruf auf die geographische Rufnummer wird die Verbindung vom Ausgangsnetz hingegen zunächst in das Verbindungsnetz von **[BuG]**, des mit O₂ verbundenen Vertragspartners, geleitet. **[BuG]** veranlasst seinerseits die Terminierung des Anrufs in das Mobilfunknetz von O₂.

Das Genion-Konzept ist zum Zeitpunkt der ersten Untersuchung des Vorleistungsmarktes für die Anrufzustellung in Mobilfunknetze (damals Markt Nr. 16 der Märkteempfehlung 2003) europaweit einmalig gewesen. O₂ konnte dieses Konzept anbieten, weil das Mobilfunknetz von vornherein auf das Homezone-Konzept ausgerichtet wurde. Um Homezone-Größen von maximal einem Kilometer Radius in Städten zu erreichen, müssen die Funkantennen in dichtem Abstand stehen, als dies für Mobilfunknetze üblicherweise notwendig ist.

Wenngleich die nachträgliche Einführung eines Homezone-Konzeptes in dieser Größe aufgrund des hohen Aufwands für die Errichtung weiterer Antennen als schwierig galt, betreiben mittlerweile auch Vodafone mit einer zum Mobilfunkvertrag zubuchbaren „Zuhause-Option“ und T-Mobile mit „T-Mobile@home“ vergleichbare Konzepte. Sowohl bei Vodafone als auch bei T-Mobile ist der wählbare „Zuhause-Bereich“ bzw. „Home-Bereich“ bis zu zwei Quadratkilometer groß.

Die Kommission hatte sich in ihrer Märkteempfehlung 2003 noch nicht mit dem Homezone-Konzept beschäftigt, da dieses zum damaligen Zeitpunkt einzigartig in Europa war. In der Zwischenzeit haben in weiteren EU-Mitgliedstaaten wie z.B. Italien, Österreich und Rumänien Mobilfunkunternehmen den Regelbetrieb aufgenommen. Zwar spielt dieses Konzept in der derzeit geltenden überarbeiteten Märkteempfehlung keine Rolle, gleichwohl ist es als nationale Besonderheit von der Bundesnetzagentur zu berücksichtigen. Die Genion/Vodafone Zuhause bzw. T-Mobile@home -Konzepte sind die derzeit in Deutschland angebotenen Systeme. Die im Laufe der Marktdefinition und Marktanalyse dargelegten Schlussfolgerungen gelten aber gleichermaßen für alle ähnlichen Konzepte von Mobilfunknetzbetreibern

²⁸ Vfg. 13/2000, Az.: BK-1b-98/005-1, ABl. Reg TP Nr. 4/2000 vom 23.02.2000, S. 516 (Pkt. 3.3) und S. 538 ff.

²⁹ Vgl. Pressemitteilungen von T-Mobile vom 4. Mai 2004, Vodafone vom 10. November 2004, E-Plus vom 13. Mai 2004, O₂ vom 17.03.2004 und vom 24.06.2004.

bzw. virtuellen Mobilfunknetzbetreibern (Mobile Virtual Network Operator = MVNO), die möglicherweise in Zukunft in Betrieb gehen werden. Zur Vereinfachung wird dieses Geschäftsmodell nachfolgend als Homezone-Produkt bzw. Homezone-Konzept bezeichnet.

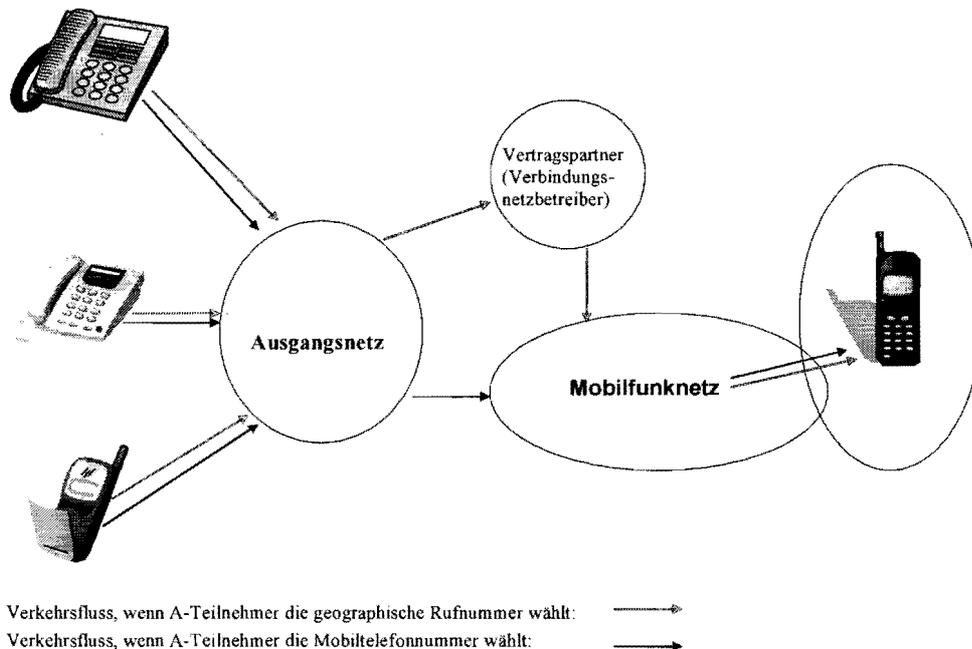


Abbildung 1: Verkehrsfluss bei Homezone-Produkten

3. Anrufzustellung in virtuelle Mobilfunknetze (Mobile Virtual Networks)

Als weitere im Rahmen von Markt Nr. 7 in Betracht kommende Leistung ist die Anrufzustellung in virtuelle Mobilfunknetze zu nennen. Es handelt sich dabei nicht um auf der Grundlage von Frequenzvergaben zusätzlich zu den beiden D- und E-Netzen geschaffene Mobilfunknetze, sondern um die Nutzung dieser bereits bestehenden Mobilfunknetze, die von (Fest-)Netzbetreibern ohne eigene Frequenzen „virtuell“ betrieben werden. Die Umsetzung des Geschäftsmodells erfolgt auf der Grundlage von Netzzugangsvereinbarungen mit den mit eigenen Frequenzen ausgestatteten Mobilfunknetzbetreibern.

Für das MVNO (MVNO=Mobile Virtual Network Operator)-Geschäftsmodell liegt bislang eine allgemeinverbindliche Definition nicht vor. Zumeist werden jedoch unter MVNOs Anbieter ohne eigenes Funknetz, aber mit eigenen Netzinfrastrukturen im Backbone-Bereich sowie einer eigenen Vermittlungsinfrastruktur einschließlich Service-Plattformen verstanden. Aufgrund eigener Netzwerkelemente (z.B. das Home Location Register, HLR) hat ein MVNO im Vergleich zu einem Diensteanbieter die Möglichkeit, den Endkunden eigene Serviceleistungen anzubieten. Im Rahmen eines MVNO-Geschäftsmodells wird auf Mobilfunknetzkapazitäten und –funktionalitäten der bestehenden Mobilfunknetzbetreiber zurückgegriffen.³⁰ So kann der MVNO im eigenen Namen (Branding), auf eigene Rechnung (Pricing) und unter Verwen-

³⁰ Bislang ermöglicht nur E-Plus Betreibern von MVNO/MVNE-Geschäftsmodellen die Nutzung ihres Mobilfunknetzes, das sodann als so genanntes Gast-Mobilfunknetz (Host Network) fungiert.

dung eigener Subscriber Identity Module (SIM)-Karten Mobilfunkleistungen anbieten. Das Routing der Gespräche erfolgt über die eigene Festnetzinfrastruktur des MVNO. Die Terminierung im Gast-Mobilfunknetz zum angewählten Mobiltelefon und die Zuführung vom wählenden Mobiltelefon aus dem Gast-Mobilfunknetz werden als notwendige Mobilfunkkomponenten vom Gast-Netzbetreiber hinzugekauft.

Da MVNOs vom Endkunden mit eigenen Rufnummern wahrgenommen werden, treten sie folglich nach außen hin als Netzbetreiber auf. Das MVNO-Geschäftsmodell ist jedoch nicht als zwingend oder abschließend zu betrachten, vielmehr sind in diesem Rahmen grundsätzlich verschiedenartige MVNO-Geschäftsmodelle oder –kombinationen denkbar.³¹ Eine weitere Variante stellt beispielsweise der sogenannte Mobile Virtual Network Enabler (MVNE) dar, der im Gegensatz zum hier beschriebenen MVNO-Modell keine unmittelbare Vermarktung gegenüber dem Endkunden vorsieht, sondern die selbst gestalteten Mobilfunkprodukte über das Vertriebssystem einer bestimmten Marke (Branded Retailer) veräußert.

Zusätzlich wird auch eine Unterscheidung denkbarer MVNO/MVNE-Geschäftsmodelle in Bezug auf die infrastrukturmäßige Ausstattung der Betreiber vorgenommen. Danach entspricht das zuvor ausführlich beschriebene Modell einem so genannten Full-MVNO, denn darunter wird in der Praxis ein MVNO verstanden, der über sämtliche für die Erbringung von Mobilfunkdiensten erforderlichen Netzwerkelemente mit Ausnahme der Frequenzen, der mobilen Basisstationen sowie Übergabeschnittstelle verfügt und insofern nicht nur auf Endkundenebene als Mobilfunknetzbetreiber auftritt, sondern auch auf der Vorleistungsebene vergleichbar einem Mobilfunknetzbetreiber agiert.

In Deutschland ist seit November 2006 als erster MVNO/MVNE die Vistream GmbH (Vistream) auf dem deutschen Mobilfunkmarkt tätig. Den Nutzungsvertrag für Basisstationen und Mobilfunklizenz hat Vistream mit E-Plus abgeschlossen. Das Geschäftsmodell von Vistream sieht die Vermarktung von Mobilfunkleistungen zusammen mit Markenpartnern aus verschiedenen Branchen vor.³² Vistream ist als Full-MVNO/MVNE tätig.

In der Zwischenzeit ist die ring Mobilfunk GmbH (ring) mit einem weiteren Full-MVNO- bzw. MVNE-Geschäftsmodell im Mobilfunkmarkt gestartet. Andere Unternehmen richten ihre Angebote eher als MVNOlight (s.o.) aus. So bietet z.B. Netcologne auch eigene Mobilfunkprodukte aus dem „Netcologne-Mobilfunknetz“³³ an, verfügt jedoch nicht über sämtliche Netzwerkelemente wie z.B. das **[BuG]** und bedient sich daher hierfür der **[BuG]**

³¹ So bezeichnet sich **[BuG]** auf dem E-Plus-Netz, weil das Unternehmen nicht über **[BuG]** und daher mit Unterstützung von **[BuG]** auf dem Mobilfunk-Endkundenmarkt tätig ist.

³² Über das vistream-Netz telefonieren unter anderem Kunden von Anbietern wie igge&ko, solomo und PTT Mobile, Stand: 25.06.2008.

³³Vgl. <http://www.netcologne.de/privatkunden/privatkunden/mobilfunk.html>.

C. Gang der Ermittlungen

Zur Aufklärung des Sachverhalts wurde mit Schreiben vom 06.03.2008 an 18 Unternehmen ein formelles Auskunftersuchen gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG mit Frist bis zum 09.04.2008 gesandt. Die Auswahl der adressierten Unternehmen erfolgte folgendermaßen:

Neben den vier im Bereich der Mobilfunkterminierung derzeit regulierten Mobilfunknetzbetreibern wurden im Rahmen des Auskunftersuchens auch solche Unternehmen erfasst, die (möglicherweise) als sog. virtuelle Mobilfunknetzbetreiber tätig sind. Diese könnten dann auch potenzielle Anbieter von Mobilfunkterminierungsleistungen sein. Darüber hinaus wurde auch die Nachfragerseite von Mobilfunkterminierungsleistungen berücksichtigt. Dies erschien geboten, weil dem Kriterium der entgegengerichteten Nachfragemacht im Rahmen der Marktanalyse für die Untersuchung der beträchtlichen Marktmacht eine entscheidende Rolle zukommt. In diesem Zusammenhang kommen zusätzlich zu den Mobilfunknetzbetreibern und MVNO/MVNE Festnetzbetreiber als Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen in Betracht. Es wurden dazu zum einen diejenigen Unternehmen ausgewählt, die aufgrund ihrer Kundenzahlen und Marktanteile auf dem Endkundenmarkt als größte Teilnehmernetzbetreiber gelten. Zum anderen wurden die Unternehmen einbezogen, von denen aus der Abfrage zu den Zusammenschaltungsmärkten bekannt ist, dass sie als Verbindungsnetzbetreiber Zusammenschaltungsverträge mit den Mobilfunkunternehmen besitzen. Insgesamt wurden damit 18 Unternehmen im Rahmen des Auskunftersuchens angeschrieben.

Der Inhalt des Fragebogens lässt sich wie folgt beschreiben:

Das Auskunftersuchen gliedert sich in vier Teile A, B, C und D. Fragebogen A umfasst den Allgemeinen Teil mit Fragen zu Kontaktdaten, Leistungsangebot, Gesamtumsatz des Unternehmens bzw. Konzerns und gesellschaftsrechtlichen Verbundenheiten. Teil A war von allen Unternehmen gleichermaßen zu beantworten. Im Anschluss daran richtet sich Fragebogen B an Mobilfunknetzbetreiber, Fragebogen C an Festnetzbetreiber und Fragebogen D an sog. Mobile Virtual Network Operator (MVNO) bzw. Mobile Virtual Network Enabler (MVNE).

Die in Fragebogen B enthaltenen Fragen zur Marktabgrenzung betreffen das Leistungsangebot der Mobilfunknetzbetreiber, die geografische Abdeckung und die Substitutionsbeziehungen in Bezug auf die Mobilfunkterminierung (Fragen 1.1. bis 1.4). Zur Prüfung der beträchtlichen Marktmacht wurde nach den Umsatz- und Absatzmengen für die Jahre 2004, 2005, 2006 und 2007 gefragt (Frage 2.2. und 2.3.). Weiterhin wurden zur Prüfung der entgegengerichteten Nachfragemacht Fragen zu Kosten und nachgefragten Mengen für Terminierung in Mobil- und Festnetze für die Jahre 2004, 2005, 2006 und 2007 sowie für die Nachfrage nach Transitverbindungen gestellt als auch die entgegengerichtete Nachfragemacht sowohl aus Anbietersicht als auch aus Nachfragersicht gegenüber Mobilfunknetzbetreibern, Festnetzbetreibern und MVNO/MVNE abgefragt und die Möglichkeit der Einordnung der Anrufe nach Herkunftsnetz behandelt (Fragen 2.3.1. bis 2.3.7.). Die Frage 2.4. betrifft den Umfang der Anrufweiterleitungsoption bei Produkten, bei denen der Endkunde sowohl über eine Mobilfunk- als auch über eine geografische Rufnummer verfügt. Die Beantwortung der Fragen zu abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten (Frage 1.3.5.), zur abgeleiteten Nachfragemacht (Frage 2.3.8.) und zur Regulierungsbedürftigkeit (Frage 3.) wurde den Unternehmen freigestellt.

Bei Fragebogen C betrifft Frage 1. Zusammenschaltungsvereinbarungen mit anderen Mobilfunknetzbetreibern bzw. MVNO/MVNE. Frage 2.1. ist gerichtet auf etwaige direkte Substitutionsmöglichkeiten. Unter 3. wird der Bereich der entgegengerichteten Nachfragemacht behandelt, wobei sich die Fragen auf Umsätze bzw. Absätze für die Terminierung aus Mobilfunknetzen in das Festnetz, auf Kosten bzw. nachgefragte Mengen für die Terminierung in Mobilfunknetze und die entgegengerichtete Nachfragemacht gegenüber Mobilfunknetz-

betreibern bzw. MVNO/MVNE beziehen. Die Frage 2.2. zu abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten, Frage 3.5 zu abgeleiteter Nachfragemacht sowie Frage 4. zur Regulierungsbedürftigkeit wurde den Unternehmen freigestellt.

Fragebogen D fragt nach der Ausgestaltung des betriebenen MVNO/ MVNE-Geschäftsmodells sowie des Leistungsangebots der Unternehmen im Bereich der Terminierung. Es folgen unter 1.3. Fragen zu den Substitutionsbeziehungen bezüglich der Mobilfunkterminierung. Die Fragen zur beträchtlichen Marktmacht umfassen Angaben zu Umsätzen und Absätzen der Unternehmen für die Jahre 2006 und 2007 (Fragen 2.1. und 2.2.). Ferner wird in diesem Zusammenhang die entgegenstehende Nachfragemacht einbezogen, wobei dort zwischen direkter/abgeleiteter Nachfragemacht sowie hinsichtlich der Betrachtungsweise zwischen Anbieter- und Nachfragersicht und zudem zusätzlich zwischen Mobilfunk- und Festnetz bzw. MVNO-Netz unterschieden wird (Fragen 2.3.3. bis 2.3.8.). Zudem werden die Kosten/nachgefragten Mengen für die Terminierung in Mobilfunk- und Festnetze für die Jahre 2006 und 2007 (Frage 2.3.1.) sowie die Nachfrage nach Transitverbindungen (Frage 2.3.7.) ermittelt. Schließlich beinhaltet Frage 2.3.2 den Bereich, auf welche Art und Weise die Verhandlungen von Zusammenschaltungsleistungen durchgeführt werden.

Auch im Falle des Fragebogens für MVNO/MVNE wurde die Beantwortung der Fragen zu abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten (Frage 1.3.5.), zur abgeleiteten Nachfragemacht (Frage 2.3.8.) und zur Regulierungsbedürftigkeit (Frage 3.) den Unternehmen freigestellt.

Alle Auskunftersuchen wurden erfolgreich zugestellt. Alle angeschriebenen Unternehmen haben das Auskunftersuchen beantwortet. Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren vielfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich, wobei die letzte gewährte Fristverlängerung am 23.04.2008 endete.

Eine Zusammenfassung des Ergebnisses der Ermittlungen ist Kapitel L.I. zu entnehmen.

D. Vorbringen der Parteien

I. Vorbringen der Mobilfunknetzbetreiber

Aus Sicht von **E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus)** als Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen existierten derzeit keine Alternativprodukte zur Anrufzustellung in andere Mobilfunknetze. Aufgrund der geringen Effizienz und Sprachqualität stelle VoIP in den Mobilfunknetzen kein wettbewerbsfähiges Substitutionsangebot zur TDM³⁴ basierten Sprachterminierung dar. Die Anrufzustellung über die Nutzung von GSM-Gateways werde von keinem Mobilfunknetzbetreiber zugelassen und würde zudem nach Feststellung der Bundesnetzagentur eine nicht widmungsgemäße Nutzung von Mobilfunkfrequenzen darstellen. Auch aus Anbietersicht bestehe keine technische Möglichkeit, ein Substitut für die Terminierung im Netz eines anderen Netzbetreibers anzubieten. E-Plus habe keinen Zugriff auf die auf den SIM-Karten anderer Netzbetreiber gespeicherten Informationen. Generell sei der Zugriff auf die Daten einer SIM-Karte eines anderen Netzbetreibers technisch auch nicht möglich. Ebenso stellten Wimax und WLAN keine Alternative zur Anrufzustellung in fremde Mobilfunknetze dar.

In Bezug auf abgeleitete Substitutionsmöglichkeiten sei die Nutzung von Call-back-Verfahren im Rahmen von Flatrates möglich. Zudem gebe es verschiedene Diensteanbieter, die eine Festnetznummer anböten, die der erste Mobilfunkteilnehmer anrufe und dann über Signalisierung dem zweiten Mobilfunkteilnehmer einen Call-back signalisiere (z.B. Sparruf.de). Dadurch werde die Terminierungsleistung durch zwei Originierungsanrufe substituiert.

Die D-Netzbetreiber (Vodafone und T-Mobile) verfügten mit zusammen über 70 % Marktanteil am Mobilfunkmarkt gegenüber E-Plus über eine erhebliche entgegengesetzte Nachfragemacht, die es E-Plus nicht ermögliche, sich in ihrem eigenen Netz bei dem Angebot von Terminierungsleistungen unabhängig von ihren Wettbewerbern (den D-Netzbetreibern), die zugleich ihre Kunden seien, zu verhalten. Dies hätten zuletzt die Anfang 2006 zwischen E-Plus und den D-Netzbetreibern geführten Verhandlungen gezeigt, in denen E-Plus mit den D-Netzbetreibern keine Einigung über die ab dem 15. Dezember 2006 gültigen Terminierungsentgelte hätte erzielen können. E-Plus habe ein an den Kosten der Bereitstellung der Terminierungsleistung orientiertes Entgelt vorgeschlagen, das die Kostenunterschiede zwischen den E- und den D-Netzbetreibern adäquat abgebildet habe. Trotz dieser tatsächlich bestehenden, empirisch belegten Kostenunterschiede hätten T-Mobile und Vodafone eine drastische Absenkung der Terminierungsentgelte von E-Plus gefordert, um gleiche Entgelte für die Terminierung in den D- und E-Netzen zu erzielen. E-Plus habe sich nicht gegen die erhebliche Nachfragemacht von T-Mobile und Vodafone durchsetzen können, so dass eine Einigung auf ein Entgelt nicht möglich gewesen sei. In vergleichbarer Weise habe E-Plus bereits im Jahr 2004 lediglich Entgelte am Markt aushandeln können, die für E-Plus mit einem ungleich höheren Ergebnisverlust verbunden gewesen seien als für ihre Wettbewerber T-Mobile und Vodafone.

Auch seitens der DT AG bestehe eine starke Nachfragemacht als Abnehmerin von Terminierungsleistungen von E-Plus. So nähmen die Geschäftsbereiche T-Com und T-Mobile der DT AG **[BuG]** von E-Plus ab. Insbesondere die marktbeherrschende Stellung der T-Com im nationalen Festnetz schränke den Handlungsspielraum für E-Plus erheblich ein. Denn die T-Com vereine noch 83 % der Kundenanschlüsse im Festnetz auf sich. Damit bestehe ein unausweichlicher, wirtschaftlicher Druck, eine Zusammenschaltungsvereinbarung mit der DT AG abzuschließen, um den Bedürfnissen der Kunden gerecht zu werden. Derzeit spüre E-Plus die Marktmacht der DT AG deutlich, da diese die Endkundenpreise in Mobilfunknetze trotz der erheblichen Absenkungen der E-Plus-Terminierungsentgelte nicht reduziere. Durch

³⁴ Abkürzung für Time Division Multiplex, engl. für Zeitmultiplex.

die fehlende Anpassung stagniere die Nachfrage nach Gesprächen aus dem Festnetz der DT AG in das Mobilfunknetz von E-Plus. Die Regulierung greife hier zu kurz; im Ergebnis habe die DT AG durch die Absenkung der Terminierungsentgelte nur ihre Margen erheblich erhöht. Es komme zu keinerlei Wohlfahrtseffekten.

Ebenso könnten die alternativen Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreiber entgegengerichtete Nachfragemacht gegenüber E-Plus ausüben. Diesen würde durch die regulatorischen Rahmenbedingungen ein Zusammenschaltungsanspruch gewährt, der im Falle des Scheiterns von (bilateralen) Verhandlungen eine Anrufung von E-Plus und den Erlass einer Zugangsanordnung gemäß § 25 TKG ermögliche.

Unterläge E-Plus nicht der Regulierung, wäre es angesichts der Erfahrungen aus Zusammenschaltungsverhandlungen nicht in der Lage, seine objektiv vorhandenen Kostennachteile in asymmetrische Terminierungsentgelte umzusetzen. Aufgrund der Marktsituation bestünden für E-Plus darüber hinaus keine Anreize, höhere als an den Netzkosten orientierte Terminierungsentgelte zu erheben. Denn bereits heute betrieben die D-Netzbetreiber Off-net-Preisdiskriminierung in der Form, dass die Endkumentarife für Anrufe in die E-Netze höher seien als für Gespräche in die D-Netze. Diese Preisunterschiede überstiegen die Spreizung der Terminierungsentgelte deutlich. In der Folge würden aus Sicht der Endkunden Gespräche in E-Netze als teuer gelten. Aufgrund des hohen gemeinsamen Marktanteils der D-Netze kämen dabei erhebliche Netzwerkeffekte zum Tragen, welche die D-Netze aus Endkundensicht attraktiver machten und die Marktposition von E-Plus schwächten. Dieser Effekt würde sich verstärken, wenn E-Plus Terminierungsentgelte über den Netzkosten erheben würde.

Würden die Verhandlungspartner in ihren Terminierungsleistungen nicht reguliert, wäre mit einer Verschlechterung der Marktsituation für E-Plus als Nachfrager von Terminierungsleistungen der anderen Mobilfunknetzbetreiber zu rechnen. Die D-Netzbetreiber hätten wiederholt die Forderung nach symmetrischen Entgelten am Mobilfunkmarkt vertreten. Im Falle fehlender Regulierung wäre damit zu rechnen, dass sie die derzeit vorhandene (geringe) Spreizung nicht mehr akzeptieren würden. Aufgrund ihrer überragenden Verhandlungsmacht könnten die D-Netzbetreiber eine solche Forderung auch durchsetzen.

Würde E-Plus in seinen Terminierungsentgelten reguliert, nicht aber die D-Netze, wären die Preise für die Terminierung im E-Plus-Netz als gegeben zu betrachten. In diesem Fall hätten die D-Netzbetreiber grundsätzlich die Möglichkeit, Marktmacht im Sinne von Nachfrageverweigerung, Abbruch der Geschäftsbeziehungen u.ä. auszuüben. Darüber hinaus bestünde für sie die Möglichkeit, ihre Endkundenpreise für Gespräche in das E-Plus-Netz zu erhöhen.

Für die Bewertung der beträchtlichen Marktmacht seien weitere Aspekte wie technologische Vorteile oder Überlegenheit, leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen, vertikale Integration sowie eine mögliche Diversifizierung von Produkten zu berücksichtigen. Dies müsse jedoch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung erfolgen, so dass diese Kriterien für alle Marktteilnehmer gegeneinander gewichtet würden.

Es bestehe weiterhin die Notwendigkeit zur sektorspezifischen Regulierung der D-Netzbetreiber. Um chancengleichen Wettbewerb am Mobilfunkmarkt sicherzustellen, müsse die Bundesnetzagentur den Frequenznachteilen der E-Netzbetreiber sowie den daraus resultierenden Kostennachteilen Rechnung tragen und diese Wettbewerbsverzerrungen beseitigen.

Die **Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG (O₂)** trägt einleitend vor, dass auf dem Markt der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen vier Mobilfunknetzbetreiber in wirksamem Wettbewerb stünden. Es bestehe daher kein Erfordernis für eine intensivere sektorspezifische Regulierung. Die Instrumentarien des allgemeinen Wettbewerbsrechts seien ausreichend.

Die enge Marktabgrenzung für die Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze sei nicht sachgemäß. Mobilfunkanbieter böten ein Bündel von sich ergänzenden Diensten an, darunter nicht nur Anrufzustellung. Eine enge Abgrenzung für die Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze begründe die Gefahr einer dauerhaften Ex-ante Regulierung im Mobilfunksektor. Selbst bei einer so engen Marktabgrenzung sei jedoch von einer Stellung mit beträchtlicher Marktmacht des Mobilfunknetzbetreibers nicht auszugehen, da er in seiner Preisgestaltung nicht völlig frei sei.

Es sei darauf hinzuweisen, dass die Empfehlung der Kommission keine für die Bundesnetzagentur verbindliche Vorgabe darstelle, sondern ihr bei ihrer Abgrenzung der Märkte einen gewissen Entscheidungsspielraum belasse.

Die enge Marktabgrenzung für Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze berücksichtige nicht innovative Produkte wie Genion. Dieses Produkt gebe dem Nutzer mit der Bereitstellung der geografischen Rufnummer und einer Homezone die Möglichkeit, auf Alternativen zurückzugreifen, um die Höhe von Zustellungsentgelten zu verringern. Genion-Kunden wählten dieses Produkt nachweislich auch aufgrund der Kosten für eingehende Anrufe über die geografische Rufnummer. Lägen diese Umstände vor, sei auch nach Meinung der Europäischen Kommission die Definition des relevanten Marktes für Anrufzustellung in Einzelnetze hinfällig. Da in der Zwischenzeit auch andere Mobilfunknetzbetreiber entsprechende Homezone-Produkte am deutschen Markt anböten, seien für den Endkunden im Vergleich zur letzten Marktanalyse die Substitutionsmöglichkeiten größer geworden. Es bestünden somit für den Anrufer effektivere Möglichkeiten, um mit dem Angerufenen in Kontakt zu treten. Es gebe daher keine Rechtfertigung mehr, dass Genion bzw. Homezone-Produkte unter die Marktdefinition „Anrufzustellung in Einzelnetzen“ fielen und damit einer Regulierung unterlägen.

Für die Anrufzustellung in andere Mobilfunknetze bestünden aus Sicht eines Nachfragers Alternativen wie SIM-Boxen, Substitution der Anrufzustellung durch abgehende Anrufe (angerufener Teilnehmer rufe zurück, da das Gespräch für ihn günstiger sei), Anrufe auf der Genion-Festnetznummer, Rückruffunktion auf eine Festnetznummer.

[BuG], dass die Absenkung der Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber durch die Festnetzbetreiber nicht an ihre Endkunden durchgereicht worden sei. Letzteres sei aber eine notwendige Reaktion, **[BuG]**. Ansonsten werde eine Absenkung der Entgelte dazu führen, dass **[BuG]** durch „ungerechtfertigte“ Profite auf der Festnetzseite kompensiert würden.

[BuG]. Aufgrund der regulierten Mobilfunkterminierungsentgelte bestehe jedoch derzeit keine Nachfrage nach solchen Leistungen am Markt, da jeder Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet sei, jedem Nachfrager das regulierte Entgelt anzubieten und es daher keine Verhandlungsspielräume bezüglich der Preise gebe. **[BuG]**. Es sei nicht klar, welche Daten auf einer SIM-Karte gespeichert sein müssten, damit eine Umgehung der Terminierung möglich wäre. Normalerweise müsste ein Zugriff auf das HLR (Home Location Register) des jeweiligen Netzbetreibers erfolgen und nicht auf die SIM-Karte, damit das Gespräch zugestellt werden könne.

[BuG].

[BuG].

[BuG]. Entgegengerichtete Nachfragemacht werde in der Praxis beispielsweise durch die DT AG ausgeübt. **[BuG]**. Eine unmittelbare Zusammenschaltung mit der DT AG zum Zwecke der gegenseitigen Terminierung von Verbindungen sei für O₂ **[BuG]**. **[BuG]**, dass das Netz der DT AG auch als Transitnetz zum Zwecke der Ermöglichung von Telefongesprächen mit Endkunden anderer Netzbetreiber genutzt werden könne.

Insbesondere große Festnetzbetreiber hätten allein aufgrund ihres Verbindungsvolumens eine Verhandlungsmacht, die die Preissetzungsfähigkeit des Anbieters von Mobilfunkterminierung auf der Vorleistungsebene erheblich einschränken könne. **[BuG]**. Die Verhandlungspartität der O₂ sei gegenüber diesen Anbietern in diesem Falle aufgrund der unterschiedlichen Verpflichtungen, die sich bei den Mobilfunknetzbetreibern durch die ex-ante Entgeltregulierung und bei den Festnetzbetreibern aufgrund der ex-post Entgeltregulierung ergäben, nicht gegeben.

Ein Abbruch der Geschäftsbeziehung, Nachfrageverweigerung etc. komme schon aufgrund der Bestimmung des § 18 TKG über die Interoperabilität nicht in Betracht. Ein Abbruch der Geschäftsverbindung (u.a. die mögliche Kündigung der Zusammenschaltungsvereinbarung) entbinde daher die Netzbetreiber nicht von der Verpflichtung, weiterhin den Verkehr zuzuführen. Zudem würden die Markterfordernisse solche Taktiken nicht zulassen. **[BuG]**.

Ohne eine entsprechende Regulierung seien jedenfalls auch in der Vergangenheit im Verhandlungswege zwischen den Marktteilnehmern Entgelte für Terminierungsleistungen vereinbart worden. Die von O₂ bereits vor der Entgeltregulierung verhandelten langfristigen Zusammenschaltungsverträge zeigten einen Absenkungspfad bei den Terminierungsentgelten auf. Die Höhe der vereinbarten Entgelte habe nur unwesentlich höher über jener gelegen, die anschließend von der Bundesnetzagentur im Wege der Regulierung festgelegt worden sei. Dies bestätige, dass die Höhe der freiwillig vereinbarten Entgelte nicht unverhältnismäßig gewesen sei. O₂ würde auch zum heutigen Zeitpunkt ohne Regulierung keine unverhältnismäßigen Entgelte vereinbaren. Ohne Regulierung würden alternative Festnetzbetreiber ihre Terminierungsentgelte nicht diskriminierungsfrei vereinbaren.

Ausreichend zur Verneinung einer beträchtlichen Marktmacht der O₂ sei es, dass ihr mit der DT AG bzw. übrigen Betreibern ein bzw. mehrere Betreiber mit ausgleichender entgegengerichteter Nachfragemacht gegenüberstünden.

[BuG]. Die Terminierung erfolge zum gegenwärtigen Zeitpunkt **[BuG]**. Die Netzbetreiber, in deren Netz der MVNO/MVNE geschaltet sei, böten in der Regel keine Terminierungsleistung in das Netz des MVNO/MVNE an. **[BuG]**.

[BuG].

Die **T-Mobile Deutschland GmbH (T-Mobile)** führt aus, dass es sich bei den unter der geografischen Rufnummer für T-Mobile@home eingehenden Anrufen nicht um eine Anrufzustellung in das Netz der T-Mobile handle. **[BuG]**. Der Leistungsumfang der Anrufzustellung zum Mobilfunkkunden im Netz der T-Mobile sei in diesen Fällen keine Leistung gegenüber anderen Netzbetreibern, sondern ausschließlich und unmittelbar gegenüber dem Mobilfunkkunden, **[BuG]** das zusätzliche erhöhte monatliche Entgelt der T-Mobile@home-Option bezahle.

Da Terminierungsraten der Mobilfunknetzbetreiber bereits aus kommerziellen Gründen zu einem ähnlichen Niveau tendierten, sei die Bildung eines gemeinsamen Marktes für Terminierung in alle Mobilfunknetze gerechtfertigt.

Die Terminierung zu einem Mobilfunkanschluss könne grundsätzlich nur vom zugehörigen Mobilfunknetzbetreiber erbracht werden. Soweit der vom eigenen Anschlusskunden angeählte Zielnetzbetreiber allen direkt zusammen geschalteten Carriern dieselben Terminierungsentgelte anbiete, gebe es keine günstigere Ausweichmöglichkeit über Transitangebote. In Zukunft könnten aber Mapping-Dienste wie ENUM an Bedeutung gewinnen, mittels derer der angerufene Kunde alternative Rufnummern anbieten könne, so dass die Mobilfunkrufnummer z.B. in eine VoIP-Rufnummer übersetzt werden könne. **[BuG]**. Es sei derzeit auch nicht vorgesehen, anderen Netzbetreibern eine Terminierungsmöglichkeit über GSM-Gateways in das Netz der T-Mobile zu ermöglichen.

[BuG].

Der Entscheidungsprozess des eigenen Anschlusskunden, auf welche Weise er den gewünschten Teilnehmer zu erreichen versuche, hänge von der Höhe des Terminierungsentgeltes in dessen Mobilfunknetz ab. Erhöhe der Zielnetzbetreiber seine Terminierungsentgelte, führe dies auch zur Erhöhung der Endkundertarife für Verbindungen aus anderen Netzen zu diesem Zielnetzbetreiber. Dies erhöhe wiederum den Anreiz für die anrufenden Endkunden, den gleichen Teilnehmer auf andere Weise etwa über E-Mail, SMS, VoIP, einen Festnetzanschluss, ggf. die geografische Rufnummer seiner Homezone zu kontaktieren oder sogar ganz auf den Anruf zu verzichten. Dies könne zur Folge haben, dass der Zielnetzbetreiber Anschlusskunden an andere Netze verliere, da diese günstiger erreichbar sein wollten oder sich ganze Nutzergruppen in einem Netz zusammenfänden, um sich untereinander zu hohe Terminierungsentgelte zu ersparen. Jedenfalls werde der Endkunde bei der Entscheidung in Bezug auf die Wahl eines Netzbetreibers einbeziehen, zu welchen Konditionen er von Dritten angerufen werden könne. Im Ergebnis aggregiere der Ursprungs-Netzbetreiber die gesamte Nachfragemacht seiner Anschlusskunden und könne diese im Hinblick auf überhöhte Terminierungsentgelte des Zielnetzbetreibers in bilateralen Verhandlungen einsetzen.

Da in der Regel die Kunden eines Netzbetreibers bei vergleichbaren Preisen ebenso häufig angerufen werden würden wie sie selbst Anrufe tätigen, resultierten selbst zwischen den Mobilfunknetzen mit unterschiedlicher Teilnehmerzahl in etwa symmetrische Verkehrsmengen. Damit stünden sich bei bilateralen Verhandlungen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern weitgehend ausgeglichene Verhandlungsmächte gegenüber, was zu einem effizienten Verhandlungsergebnis führen würde. Die Festnetzbetreiber könnten automatisch von den gleichen Konditionen profitieren, da jeder Mobilfunknetzbetreiber bereits aus kommerziellen Gründen gegenüber allen Zusammenschaltungspartnern das gleiche Terminierungsentgelt erhebe. Unterschiedliche Terminierungsentgelte gegenüber verschiedenen Partnern würden ohnehin über indirekte Zusammenschaltungsverhältnisse unterlaufen.

[BuG]. Würde die Mobilfunkterminierung nicht der Regulierung unterliegen, würde voraussichtlich der freiwillige Absenkungspfad mit Entgelten unterhalb des EU-Benchmarks wie in der Vergangenheit fortgesetzt. Eine einseitige Regulierung würde Marktverzerrungen hervorrufen, da die Verhandlungsmacht der nicht regulierten Marktteilnehmer gegenüber den regulierten Unternehmen so weit steigen würde, dass das regulierte Unternehmen keinen Verhandlungsspielraum mehr hätte.

Bei Verhandlungen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern sei aufgrund der vergleichbaren Kosten das Erreichen reziproker Entgelte ein nahe liegendes Ziel. Gegenüber Festnetzbetreibern komme aufgrund des stark unterschiedlichen Kostenniveaus (u.a. Netz- und Lizenzkosten) eine Reziprozität nicht in Frage.

Da bezüglich des absoluten Preisniveaus die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit die Entgelte unterhalb der von den Unternehmen beantragten Entgelte genehmigt habe, hätten die Vertragsparteien nur einen eingeschränkten Anreiz, durch vorhergehende Preisverhandlungen tätig zu werden, wenn die Entgelte unabhängig davon im Rahmen der Ex-ante-Genehmigung festgelegt würden.

Bei einer sachgerechten Marktabgrenzung, die einen gemeinsamen Markt für alle Mobilfunknetzbetreiber definiere, spiegele sich der von der Bundesnetzagentur selbst so beurteilte stabile und wirksame Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt auf der Vorleistungsebene entsprechend wieder, womit auch dort von wirksamem Wettbewerb ausgegangen werden könne und damit das zweite Kriterium „keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb“ des 3-Kriterien-Tests nicht erfüllt sei. Eine sektorspezifische Regulierung komme also folglich bereits insoweit nicht in Frage. Selbst wenn man von der nicht sachgerechten „ein-Netz-ein-

Markt-Definition“ ausginge, die einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Unternehmen per Definition ausschlieÙe, wäre dennoch das dritte Kriterium nicht erfüllt, weil das allgemeine Wettbewerbsrecht als ausreichend beurteilt werden müsse. Es obliege der Bundesnetzagentur darzulegen, warum vor dem Hintergrund der Sachkenntnis des Bundeskartellamts, der Vorarbeiten der Bundesnetzagentur, mit der das Bundeskartellamt stets Einvernehmen hergestellt habe, sowie der geringen Anzahl zu erwartender Fälle das allgemeine Kartellrecht nicht ausreiche. Dies gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur selbst auf Basis der Anwendung kartellrechtlicher Grundsätze zu dem vom Verwaltungsgericht Köln bestätigten Ergebnis gekommen sei, dass kein Preishöhenmissbrauch vorgelegen habe. Soweit für die Zukunft weitere freiwillige Vereinbarungen zur Absenkung im Rahmen der europäischen Entwicklung vorlägen, bestünden auch zukünftig keine Hinweise darauf, dass die Entgelte missbräuchlich überhöht seien. Warum in einem solchen Fall das allgemeine Kartellrecht nicht ausreichend sein sollte, sei vor dem Hintergrund der vorangegangenen Aussagen noch weniger nachvollziehbar.

Die **Vodafone D2 GmbH (Vodafone)** trägt vor, dass sie an ihrer Rechtsauffassung festhalte, wonach der Nutzung von „Vodafone Zuhause“ keine Mobilfunkterminierung zugrunde liege und im Verhältnis zu ihrem Festnetzkooperationspartner auch keine genehmigungspflichtigen Terminierungsentgelte abgerechnet werden würden.

Die von der Bundesnetzagentur angewendete Abgrenzung von unternehmensspezifischen Märkten führe zwangsläufig zu Ein-Unternehmen-, mithin zu Monopolmärkten. Diese Markt-abgrenzung sei allerdings realitätsfremd und viel zu eng. Es bestehe vielmehr Austauschbarkeit zwischen den einzelnen Mobilfunkanbietern wenn – richtigerweise – auf den Endkundenmarkt abgestellt werde. Außerdem sei die zunehmende Konvergenz von Übertragungstechnologien zu berücksichtigen, die ein Zusammenwachsen bislang verschiedener Telekommunikationsmärkte zur Folge habe. Daher sei auch eine Substituierbarkeit zwischen unterschiedlichen Übertragungstechnologien vorhanden.

Vodafone sei es derzeit nicht möglich, eine Anrufzustellung in andere Mobilfunknetze als das der Vodafone anzubieten. Weder sei Vodafone ein Zugriff auf SIM-Karten der Kunden anderer Netzbetreiber möglich noch gestatte Vodafone einen solchen Zugriff. Gründe dafür seien sowohl Aspekte des Persönlichkeitsschutzes aufgrund sensibler Kundendaten als auch technische Schwierigkeiten.

Eine Nutzung von GSM-Gateways werde vertraglich nicht gestattet. Die Luftschnittstelle diene der Bereitstellung von Mobilfunkleistungen an den Endkunden und solle nicht für Terminierungszwecke genutzt werden. Über GSM-Gateways könnten unkontrollierbare Mengen von Verkehr geleitet werden, ohne dass dies für den Mobilfunknetzbetreiber kontrollierbar wäre. Es könne dann zu massiver Inanspruchnahme einzelner Funkzellen durch den Gateway-Betreiber kommen, die die Integrität des Mobilfunknetzes der Vodafone störe, weil „normale“ Mobilfunknutzer in dem jeweils betroffenen Gebiet aufgrund der Überlastung des Netzes nicht mehr telefonieren könnten. Dies betreffe selbst Notrufe, zu deren Weiterleitung Vodafone aber unter allen Umständen verpflichtet sei.

Im Rahmen der Verhandlungen mit Zusammenschaltungspartnern habe in diesem Verhältnis keine der Vertragsparteien eine der anderen Seite überlegene Position. Unterstellte man mit der Europäischen Kommission Marktmacht aufgrund des Angebotsmonopols, so würde sich diese gegenseitig aufheben. Eine Aussage über etwaige relative Kräfteverhältnisse könne nicht getroffen werden. Vodafone halte ausdrücklich an seiner in früheren Stellungnahmen ausführlich dargelegten Auffassung fest, dass die netzspezifische Markt-abgrenzung nicht der Realität entspreche und denklologisch nicht geeignet sei, Aussagen über Marktmacht zu treffen. Telekommunikationsmärkte seien vielmehr – noch dazu angesichts ständig zunehmender Konvergenz von Übertragungstechnologien – national und nicht unternehmensspezifisch abzugrenzen.

Die Entwicklung der Mobilfunkendkundenpreise (wie auch der Mobilfunkterminierungsentgelte in diesem Zeitraum) vor Adaption der „ein-Netz-ein-Markt-Abgrenzung“ zeige jedoch, dass eine für einen Wettbewerbsmarkt normale Preis-Mengen-Dynamik bestanden habe. Die Notwendigkeit einer strengen Entgeltregulierung unter Definition von Vorleistungsmonopolen sei angesichts dieser Entwicklung nach wie vor nicht ersichtlich.

Da sowohl die Entgelte für die Terminierung in die Mobilfunknetze als auch in die Festnetze der Regulierung unterlägen, gebe es keine Möglichkeit für Spielräume bei Preisverhandlungen.

Vodafone könne Verkehre zwar einzelnen Zusammenschaltungspartnern zuordnen, die Ursprungsnetze seien hingegen unbekannt. Eine Preisdifferenzierung wäre in Abwesenheit entgegenstehender Regulierungsvorgaben theoretisch denkbar. Allerdings würde sich umgehend ein Transitmarkt bilden, der Preisdifferenzen wegkonkurriere. Auf diesem Wege würde sich somit wieder ein einheitliches Marktpreisniveau einstellen.

Zu den wichtigsten Substituten für Anrufe zu einem Vodafone-Teilnehmer zählten Anrufe über ein anderes Mobilfunknetz (mehrere SIM-Karten pro Teilnehmer seien heute keine Ausnahme, sondern eher die Regel), Ausweichen auf das Festnetz, Nutzung des Internets zu Telefoniezwecken sowie Datendienste für kurze Nachrichten oder gleichzeitige Übermittlung von Dokumenten oder sonstigen Informationen. Die Endkunden seien im Allgemeinen sehr gut über Mobilfunkpreise informiert.

Eine direkte Terminierung in Netze von MVNOs/MVNEs habe in jedem Fall zu Konditionen zu erfolgen, die den für Mobilfunknetzbetreiber festgelegten entsprechen. Eine Gleichbehandlung sei dabei sicherzustellen.

II. Vorbringen der Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreiber

Die **Arcor AG & Co. KG (Arcor)** sieht eine direkte Substitutionsmöglichkeit der Mobilfunkterminierung für den Fall, dass der angerufene Teilnehmer unter einer anderen Rufnummer als der mobilen Rufnummer erreichbar sei und Arcor darüber mit vertretbarem Aufwand Kenntnis erlangen könne. Andernfalls bestünde kein Anreiz zur Substitution.

Substitutionsmöglichkeiten durch Festnetztelefonie und VoIP seien gegenwärtig noch nicht entwickelt, aber langfristig möglich. Für den Sonderfall, dass der Mobilfunknetzbetreiber sich gerade in der Nähe seines Sprach- oder Breitbandanschlusses aufhalte, sei eine Substitution theoretisch denkbar. Voraussetzung dafür sei, dass Arcor Kenntnis davon habe, dass der Mobilfunkeilnehmer unter seiner geografischen Rufnummer oder seiner VoIP-Rufnummer erreichbar sei, Arcor Zugang zu einer Datenbank habe, welche die mobile Rufnummer und die Festnetznummer des Teilnehmers miteinander verknüpfe und ein Prozess existiere, mit dem Arcor routinemäßig abgehende Anrufe in Mobilfunknetze daraufhin überprüfe, ob der Anruf auf eine Festnetznummer geschwitched werden könne. **[BuG]**. Aktuell werde daher keine direkte Substitutionsmöglichkeit für die Mobilfunkterminierung gesehen. Sollten in der Zukunft die Hersteller mobiler Endgeräte verstärkt VoIP-Clients entwickeln und sich diese bei den Mobilfunknutzern etablieren, könnten sich Substitutionsmöglichkeiten entwickeln.

Es könne nicht beurteilt werden, ob eine Verweigerung der Nachfrage nach Mobilfunkterminierung oder ein Abbruch der Geschäftsbeziehungen in den Verhandlungen mit den vier Mobilfunknetzbetreibern glaubhaft angedroht werden könne, **[BuG]**.

Die Ausübung von entgegengerichteter Nachfragemacht sei abhängig von der Anzahl der erreichbaren Festnetzteilnehmer.

[BuG]. Selbst wenn der Verhandlungspartner nicht reguliert würde, wirke sich die Androhung einer möglichen Entgeltregulierung in gewissem Maße disziplinierend auf das Preissetzungsverhalten von Marktteilnehmern mit marktbeherrschender Stellung aus. Dies zeige sich in der freiwilligen Selbstverpflichtung der Mobilfunkanbieter zur Absenkung der Terminierungsentgelte, welche der ex-ante Regulierung der Entgelte vorausgegangen sei.

[BuG].

Die virtuellen Netzbetreiber Callax und vistream unterlägen bislang keiner Entgeltregulierung und könnten theoretisch Terminierungsentgelte in beliebiger Höhe fordern. Allerdings seien in deren Netzen bislang wenige Teilnehmer erreichbar, **[BuG]**. Aus diesem Grund bestehe eine vergleichsweise größere Nachfragemacht der alternativen Anschlussnetzbetreiber gegenüber den MVNO/MVNE als gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern. **[BuG]**. Ebenso sei die Androhung empfindlicher Mengenrücknahmen kein geeignetes Mittel, da im wettbewerbsintensiven Festnetzmarkt die Endkundenpreise sich nicht von den Kosten entfernen könnten. **[BuG]**. Würde die Arcor keiner Regulierung unterliegen, könnte sie theoretisch in Verhandlungen mit beliebig hohen Terminierungsentgelten für die Terminierung von Verbindungen aus dem Mobilfunknetz in das Arcor Festnetz drohen. Nach oben werde der Verhandlungsspielraum jedoch durch die Opportunitätskosten der MVNO/MVNE für ein Routing über das Netz der DT AG begrenzt, da die Anrufzustellung im Transit nicht blockiert werden könne.

Nach Ansicht von **British Telecom (BT)** bestünden zurzeit keine wirtschaftlichen Substitutionsmöglichkeiten für die Mobilfunkterminierung. BT verlange zwingend als Teil ihres Portfolios die Möglichkeit, Mobilfunkgespräche führen zu können. Aufgrund der Tatsache, dass der einzelne Kunde jeweils auch nur über das spezifische Netz zu erreichen sei, dem er angehöre, bestehe damit lediglich die Alternative, dies über eine direkte Zusammenschaltung oder ein Transitabkommen zu realisieren. Letzteres stelle aufgrund der wesentlich höheren Entgelte **[BuG]** allerdings keine wirtschaftlich tragfähige Alternative dar. BT habe keine Möglichkeit, Verbindungen selbst in Mobilfunknetze zu terminieren. Technisch würde die Möglichkeit bestehen, dies über sogenannte GSM-Gateways zu realisieren, was aber in der Praxis nicht möglich sei, da diese weitestgehend regulatorisch untersagt, bzw. in den Zusammenschaltungsvereinbarungen der Mobilfunknetzbetreiber vertraglich ausgeschlossen seien.

Endkunden hätten ebenfalls keine Substitutionsmöglichkeiten. Bei identischen Kosten- und Leistungsempfängern führe das „Receiving-Party-Pays“ Prinzip aber dazu, dass hier durch den Wettbewerb der Mobilfunke um die einzelnen Endkunden tatsächlich entgegengerichtete Nachfragemacht ausgeübt werden könne.

Nach der Erfahrung bestehe keine Möglichkeit zur Ausübung von Nachfragemacht. Da BT's Kunden die Terminierung in die Mobilfunknetze als unverzichtbaren Leistungsbestandteil ihres Portfolios sähen, bestehe keine Möglichkeit zu Nachfrageverweigerung oder Abbruch der Geschäftsbeziehungen.

Der Umstand, gleichzeitig Anbieter von Festnetzterminierungsleistungen und Nachfrager von Mobilfunkleistungen zu sein, spiele aus mehreren Gründen keine Rolle: aufgrund der extrem unterschiedlichen Kundenzahlen seien die Mobilfunknetzbetreiber in wesentlich geringerem Umfang auf die Terminierung im Netz von BT angewiesen als umgekehrt. Da im Festnetzbereich im großen Umfang Terminierungsangebote für Deutschland insgesamt (also unabhängig vom relevanten Endnetz und ohne Transitaufschläge) existierten, könnten die Mobilfunknetzbetreiber auf eine direkte Zusammenschaltung mit einzelnen Netzbetreibern unproblematisch verzichten.

Im Falle der Nichtregulierung des relevanten Marktes würden die Mobilfunknetzbetreiber ihre Preise noch weiter erhöhen. Ein Beleg dafür sei einmal das Verhalten im Vorfeld des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts im April 2008, wo angekündigt worden sei, bei Wegfall der

Ex-ante-Regulierung mindestens zu den höheren letzten unregulierten Entgelten zurückzu-kehren. Ein weiterer Beleg seien die Entgeltgenehmigungsanträge der Mobilfunknetzbetrei-ber Ende September 2007, in denen z.B. **[BuG]** gefordert habe. Es sei aber davon auszuge-hen, dass für den Fall des Wegfalls der Regulierung noch höhere Entgeltforderungen auf die Festnetzbetreiber zukommen würden. Würde BT keiner Regulierung im Bereich der Fest-netzterminierung unterliegen, hätte dies keinen Einfluss auf die Situation, da BT nach wie vor in weit stärkerem Maße auf die Terminierung im Netz des Mobilfunkers angewiesen wäre als umgekehrt.

[BuG] würde für die Beurteilung von MVNO/MVNEs nichts anderes als wie für Mobilfunk-netzbetreiber gelten, da diese nach außen genauso auftreten und agieren könnten.

Die Einflussmöglichkeiten einzelner Endkunden im indirekten Wege seien äußerst gering. Eine solche Einflussmöglichkeit möge bei großen Geschäftskunden bestehen, die direkt Mo-bilfunkleistungen bei den Mobilfunknetzbetreibern nachfragten, nicht aber von Endkunden der Festnetzbetreiber, da hier vielmehr das Interesse der Mobilfunknetzbetreiber darauf aus-gerichtet sei, diese direkt als Kunden zu gewinnen.

Die **Callax Telecom Holding GmbH (Callax)** trägt vor, dass ein Ersatz für die direkte Mobil-funkterminierung stets die Möglichkeit der Nutzung eines Transitanieters sei. Die hierfür zu zahlenden Transitaufschläge seien (vermutlich aufgrund hoher Kapazitäten) gering. Bei einer Entscheidung zugunsten einer direkten Zusammenschaltung mit einem Mobilfunkunterneh-men spielten die Rahmenbedingungen eine deutliche Rolle. **[BuG]**.

[BuG]

Sofern keine regulatorischen Verpflichtungen bestehen würden, gäbe es keine Chance zur Realisierung einer direkten Zusammenschaltung. Die Preise würden von den Mobilfunknetz-betreibern festgelegt, ohne dass die Möglichkeit zu Verhandlungen bestehen würde. Dies sei die Situation vor Beginn der Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte gewesen.

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

Aus Sicht der **Colt Telecom GmbH (Colt)** sei für eine Mobilfunkterminierung keine Substitu-tionsmöglichkeit gegeben.

Es gebe auch keine Möglichkeit, Nachfragemacht auszuüben. Ein Verzicht auf die Terminie-rung in die Mobilfunknetze sei nicht denkbar, da anderenfalls die eigenen Endkunden be-nachteiligt werden würden. Würden die Terminierungsleistungen nicht direkt nachgefragt, würden die Mobilfunkunternehmen die verlangten Entgelte von ihren direkten Zusammen-schaltungspartnern erhalten. Aus Endkundensicht (und zwar aus Sicht der A- und der B-Teilnehmer) seien Anrufe zu Mobilfunkanschlüssen und Anrufe zu Festnetzanschlüssen (je-

denfalls noch) nicht austauschbar. Die Mobilfunknetzbetreiber würden dies erkennen und ihren Kunden auf Nachfrage Festnetznummern zuweisen und Telefonate zu günstigeren Bedingungen erlauben, wenn diese ihren Ursprung in der so genannten „Homezone“ hätten. Dies bedeute, dass eine ausgleichende Nachfragemacht durch Festnetzunternehmen deshalb zwingend unterbleibe, weil sich die Mobilfunkunternehmen (allerdings nur scheinbar) selbst Konkurrenz machten. Endkunden würden die „Homezone“- Festnetzzurufnummern nutzen, so dass dadurch Festnetzunternehmen zusätzlich geschwächt würden. Verkehre würden nur innerhalb der Mobilfunknetze migriert. Dies geschehe durch die Ersetzung von Terminierungen auf den klassischen Mobilfunknummern durch Terminierungen auf „Homezone“-Rufnummern.

Bestünde keine Regulierung, wäre mit überhöhten Mobilfunkterminierungsentgelten zu rechnen. Dies habe sich bereits an den überhöhten Forderungen der Mobilfunkunternehmen im Rahmen der letzten Anträge zur Festsetzung der Terminierungsentgelte gezeigt. In der Vergangenheit sei keine Bereitschaft der Mobilfunknetzbetreiber zur Verhandlung über die Höhe der Entgelte erkennbar gewesen. Sie hätten sich darauf verlassen können, dass die Festnetzunternehmen ihre Gespräche jedenfalls mittelbar über die DT AG in die Mobilfunknetze terminierten. **[BuG]**.

Die Höhe der Terminierungsentgelte in das Festnetz alternativer Carrier sei in der Vergangenheit nie ein relevanter Streitpunkt im Rahmen von Zusammenschaltungsverhandlungen gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass die Regulierung von Festnetzterminierungsentgelten keine positive Auswirkung auf Zusammenschaltungsvereinbarungen haben würde.

Hätte ein Unternehmen auf dem Markt für Mobilfunkterminierungsleistungen beträchtliche Marktmacht und würden keine Regulierungsmaßnahmen erfolgen, wären die Verweigerung und Verzögerung des Netzzugangs/- Zusammenschaltung, erhöhte Mindestverkehrsmengen und –entgelte, überhöhte Bürgschaftsforderungen, Einmalentgelte sowie Testkosten zu erwarten.

Nach Auffassung der **Deutschen Telekom AG (DT AG)** gehe in die Entscheidung des Teilnehmers, eine bestimmte Rufnummer zu wählen, der Mobilfunkterminierungspreis indirekt ein, da er maßgeblich auch den Preis für die Endkundenverbindung vom Festnetz ins Mobilfunknetz bestimme. Damit führe eine höhere Mobilfunkterminierungsrate zu stärkerem Ausweichen von potentiellen Anrufern auf alternative Kommunikationswege (z.B. auch Mobil zu Mobil) bzw. zu Verzicht und damit zu sinkenden Nachfragemengen.

T-Home verfüge als Festnetzbetreiber nicht über die notwendigen Frequenzen, um Mobilfunkgeräte anzusprechen. Alternativprodukte anderer Carrier seien nur in Form von Transitdiensten bekannt, die jedoch höher bepreist seien als die direkte Terminierung in das jeweilige Mobilfunknetz. Eine Umgehung der Terminierung über eine teilnehmergleiche Anschaltung am entsprechenden Mobilfunknetz sei rechtlich fragwürdig und in größeren Mengen nicht praktikabel.

In Bezug auf abgeleitete Substitutionsmöglichkeiten durch den Endkunden könne das Calling-Party-Pays-Prinzip über geschlossene Benutzergruppen aufgebrochen werden, die an den Gesamtkosten der Verbindungen innerhalb der Gruppe Angerufenwerdens bei der Auswahl ihres Netzbetreibers mit ins Kalkül nähmen. Hierbei seien auch netzübergreifende Benutzergruppen denkbar (z.B. Festnetzanschlüsse unter Einbezug bestimmter Mobilfunkrufnummern eines Mobilfunknetzbetreibers). Würden solche Angebote von Festnetzbetreibern gemacht, so stelle die Mobilfunkterminierungsrate eine Preisuntergrenze für den Endkunden-Verbindungspreis vom Festnetz in den Mobilfunk dar. Dies sollte auch für eine geschlossene Benutzergruppe innerhalb eines Mobilfunknetzes bzgl. on-net-Verbindungen gelten, da ansonsten eine Inkonsistenz der Entgelte auftreten würde. Für solche Gruppen habe die Mobilfunkterminierungsrate damit eine indirekte Auswirkung auf die Wahl des Mobilfunk-

netzes. Ein ähnlicher Effekt könne durch Communities auftreten, in denen die Mitglieder jeweils über Fest- und Mobilfunkanschlüsse verfügten und sich gehäuft gegenseitig anriefen.

Gegenüber anderen Festnetzbetreibern werde eine Reziprozität der Entgelte angestrebt. Gegenüber Mobilfunknetzbetreibern fehle hierfür die vergleichbare Kostensituation. T-Home stehe beim Angebot von Draht-Funk-Verbindungen in einem starken Wettbewerb. Eine Beschränkung der Konnektivität zu einem anderen Carrier würde das Ausweichen auf Angebote von Verbindungsnetzbetreibern oder sogar letztlich auf Teilnehmernetzbetreiber provozieren. Angesichts bestehender direkter Zusammenschaltungen der Mobilfunknetzbetreiber auch mit anderen Festnetzbetreibern seien Nachfrageverweigerung, Abbruch der Geschäftsbeziehungen oder künstliche Mengenbeschränkungen daher als Druckmittel ungünstig. Eine Mengentrücknahme könnte auch über eine Preiserhöhung für Draht-Funk-Verbindungen erwirkt werden, aber auch dies würde eine Abwanderung eigener Kunden zu anderen Anbietern forcieren. Als Hebelwirkung aus anderen Geschäftsbereichen könnte an eine Verteuerung oder Beschränkung der eigenen Terminierungsleistungen im Gegensatz gedacht werden diese Option stehe T-Home angesichts der existierenden Ex-ante-Kostenregulierung jedoch nicht zur Verfügung. Statt alle Netzbetreiber einer Regulierung zu unterwerfen, wäre die Aufhebung der Regulierung aller Terminierungsleistungen die bessere Lösung, da sich dann wieder ausgeglichene Nachfragemächte gegenüberständen, die für marktgerechte Preise sorgten.

Angesichts der Tatsache, dass die DT AG und die Mobilfunknetzbetreiber im Angebot ihrer Leistung Ex-ante reguliert seien, spiele die Existenz einer begehrten Gegenleistung keine wirksame Rolle, denn damit seien die Druckmechanismen, die ein Netzbetreiber ausüben könne, entkräftet. Stünden sich dagegen unregulierte Betreiber gegenüber, dann gelte generell, dass die gegenseitige Nachfrage nach Terminierungsleistungen ausgleichend wirke. Das gelte unabhängig davon, ob ein Zusammenschaltungspartner Mobil- oder Festnetzanbieter sei. Da i.d.R. beide eine 100%ige Erreichbarkeit für ihre jeweiligen Endkunden gewährleisten wollten, bestehe bei beiden Parteien ein klares Abschlussinteresse in den Verhandlungen. Daher seien auch beide zu Verhandlungen im Sinne eines Interessenausgleichs bereit. Sobald einer der beiden reguliert werde und der andere Netzbetreiber gar nicht oder weniger intensiv, werde die ausgleichende Nachfragemacht verzerrt, wenn nicht gar ausgehebelt. So verfügten die Unternehmen ohne oder mit schwächerer Regulierung über das zusätzliche Instrument der Drohung einer regulatorischen Intervention, die bspw. die Drohkulisse der Verweigerung des Abschlusses zusammenbrechen lassen würde. Dieser Effekt lasse sich im Festnetz zwischen den ex-post regulierten alternativen Festnetzbetreibern und der ex-ante regulierten DT AG gut beobachten. In dieser Situation seien die alternativen Anbieter im Vorteil und hätten bislang ihre Forderungen nach nicht-reziproken Zuschlägen durchsetzen können.

Angesichts der bestehenden Ex-ante-Regulierung der betrachteten Terminierungsentgelte sei die bisherige Bereitschaft zu freiwilligen Senkungen verschwunden, da die Mobilfunknetzbetreiber verständlicherweise vermeiden wollten, eine ohnehin befürchtete Entgeltkürzung durch die Bundesnetzagentur noch zu forcieren.

Würden die Mobilfunknetzbetreiber als Verhandlungspartner nicht reguliert, so hätte T-Home angesichts der bestehenden eigenen Ex-ante-Regulierung für Terminierung im Festnetz der Verhandlungsmacht der Mobilfunknetzbetreiber nichts entgegenzusetzen und würde zum reinen Preisnehmer. Begrenzend wären ggf. nur die Ausweichmöglichkeiten durch Transit über andere Carrier. Dabei würde es jedoch wenig helfen, wenn die Mobilfunknetzbetreiber wegen ihrer ausgeglichenen Verhandlungsmacht untereinander marktkonforme Terminierungsraten vereinbarten, da sie einen Transit von Festnetzverkehr über Mobilfunknetzbetreiber vertraglich ausschließen könnten und Festnetzverkehr auch leicht anhand der Ursprungsrufnummer erkennbar sei. Seit Einführung der sektorspezifischen Regulierung habe es jedoch nie den Zustand gegeben, dass Mobilfunkterminierungsentgelte keinen regulatorischen Einschränkungen unterlegen hätten, da stets mit einer Zusammenschaltungsanord-

nung durch die Bundesnetzagentur hätte gedroht werden können. Dieses zwar langwierige und schwächere Instrument habe hinreichend Druck ausüben können, dass die Mobilfunkterminierungsentgelte freiwillig im Zeitablauf gesenkt worden seien. Dieses Ergebnis hätte jedoch auch erreicht werden können, wenn die Verhandlungsmacht von T-Home durch eine Aufhebung der Regulierung wiederhergestellt worden wäre. Es sei zweifelhaft, dass die erfolgte Regulierung eine Verbesserung der Marktsituation herbeigeführt habe. Vielmehr sei zu befürchten, dass eine Regulierung marktwirtschaftliche Preismechanismen außer Kraft setze oder sie erst verzögernd im Markt wirken lasse, während die unregulierte wechselseitige Nachfrage an Terminierungsleistungen eine marktsteuernde, selbstregulierende Wirkung entfalten könne. Dies gelte natürlich auch für das Verhältnis der Festnetzbetreiber untereinander, da der Effekt der ausgleichenden Nachfragemacht unabhängig von der Art des Netzes auftrete. Angesichts des administrativen Aufwandes, den die Regulierung zusätzlich verursache, komme ihr zur Regelung von Terminierungsentgelten keine Existenzberechtigung zu.

Die heutige umfassende Regulierung von Terminierungsentgelten sei nur auf die Einführung der Verbindungsnetzbetreiberauswahl kombiniert mit der Gleichbehandlung der Zuführungs- und Terminierungsentgelte zurückzuführen. Da Teilnehmernetzbetreiber keinen Anreiz zum Angebot von Zuführungsleistungen für Verbindungsnetzbetreiber hätten, seien die Interessen der Verbindungsnetzbetreiber durch Regulierung gestützt worden. Wegen der Vergleichbarkeit der Leistung sei die Terminierung gleich miterfasst und mit den gleichen Entgelten versehen worden. Die so geschaffene Beschneidung der Verhandlungsmacht der DT AG habe zu einer Aufhebung der disziplinierenden Wirkung gegenüber Terminierungsentgelten anderer Netze geführt. So sei ein Dominoeffekt zur Regulierung von Terminierungsentgelten, kurzlebiger Dienstwettbewerb und eine Schwächung der Investitionskraft der Teilnehmernetzbetreiber entstanden. Es sei ein Selbstbeschäftigungsprogramm der Regulierung geschaffen worden, vergleichbar einem Arzt, der ein Symptom durch Medikamente heilen wolle und dabei eine Reihe von Nebenwirkungen hervorrufe, für deren Behandlung man ihn dann auch noch brauche.

Die ecotel communication ag (ecotel) gibt an, [BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

[BuG].

Laut EWE TEL GmbH (EWE TEL) gebe für die Mobilfunkterminierung keine Substitutionsmöglichkeiten. Es seien keine alternativen Mobilfunkprodukte anderer Anbieter bekannt, die Mobilfunkterminierung in ein anderes als ihr eigenes Netz zu günstigeren Preisen anböten.

Eine Nachfragemacht könne nicht ausgeübt werden, da EWE TEL auf die Terminierungsleistung in die Mobilfunknetze angewiesen sei. Die Mobilfunkterminierung sei im jeweiligen Netz monopolisiert. Eine Nachfrageverweigerung bzw. „Hebelwirkung aus anderen Geschäftsbereichen“ sei nicht möglich. Die direkte Festnetzterminierung in das Netz der EWE TEL werde von den Mobilfunknetzbetreibern derzeit nicht nachgefragt. Daher würden die Terminierungsleistungen bisher nicht reziprok verhandelt. Da die Mobilfunknetzbetreiber kein gesondertes Interesse an einer direkten Terminierung zu den EWE TEL-Anschlusskunden zeigten, spiele es keine Rolle, dass EWE TEL ebenfalls Anbieter von Festnetzterminierungsleistungen sei.

Bei so genannten Transitcarriern beständen für Mobilfunktransitpreise Verhandlungsspielräume. Die regulierte Basis zur Mobilfunkterminierung stehe allerdings nicht zur Verhandlung.

Fände keine Regulierung der Mobilfunkterminierung statt, könnten die Mobilfunknetzbetreiber Preiserhöhungen über Terminierungsleistungen durchsetzen, da sie den Zugang zu ihren Endnutzern kontrollierten. Eine Durchsetzbarkeit höherer Entgelte im Festnetzbereich bei fehlender Regulierung wäre hingegen sehr fraglich.

[BuG].

Auch Sicht der **HanseNet Telekommunikation GmbH (HanseNet)** gebe es keine Substitutionsmöglichkeit für die Mobilfunkterminierung. Es existierten keine Alternativprodukte und es sei HanseNet nicht möglich, Verbindungen der eigenen Endkunden selbst in ein Mobilfunknetz zu terminieren. Endkunden hätten ebenfalls keine Substitutionsmöglichkeiten. Sie seien an ihren Providervertrag in der Regel langfristig gebunden und über ihre Mobilfunkrufnummer nur über das Netz ihres Providers mobil erreichbar.

Es bestehe keine Möglichkeit zur Ausübung von Nachfragemacht. HanseNet sei von der Terminierung im Mobilfunknetz abhängig, da die eigenen Festnetzkunden die Mobilfunknetze erreichen müssten. Die Terminierungsentgelte würden einseitig von den Mobilfunknetzbetreibern vorgegeben („angeboten“), Verhandlungsspielraum gebe es keinen. Der Umstand, dass HanseNet zugleich Anbieter von Festnetzterminierungsleistungen und Nachfrager von Mobilfunkterminierung sei, spiele keine Rolle.

Würden die Mobilfunkterminierungsleistungen nicht mehr reguliert, wäre mit einem Anstieg der Entgelte zu rechnen, welchen die Mobilfunknetzbetreiber im Übrigen bereits für den Fall angekündigt hätten, dass ihre Klage gegen die Entgeltgenehmigungspflicht Erfolg haben würde. Die Ausgestaltung der Zusammenschaltungsverträge und der Preissetzung wäre für Terminierungsnachfrager nachteilig.

HanseNet habe eine reine Vertriebspartnerschaft mit O₂, **[BuG]**

Die **Netcologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH (Netcologne)** gibt an, derzeit keine direkte Substitutionsmöglichkeit für die Mobilfunkterminierung zu sehen. Über dubiose Auslandsverbindungen sei die Qualität höchst unzuverlässig bzw. unzumutbar. **[BuG].**

Das Endkunden-Abrechnungsprinzip CPP stehe in einem engen Zusammenhang mit dem Calling-Party-Network-Pays-Regime (CPNP) als Vorprodukt. Unter der Beibehaltung von CPNP könne man auf der Endkundenseite zwar einen Flatrate-Tarif anbieten. Da sich aber auch die Flatrate als Mischkalkulation an CPNP orientiere und nach wie vor jede Rufnummer nur jeweils in einem Netz verfügbar sein könne, bleibe das Terminierungsmonopol weiter bestehen. Da das CPNP in ganz Europa eingeführt sei, erscheine es hoch spekulativ, das Abrechnungsregime – speziell für die Mobilfunknetze – abschaffen zu wollen und es durch ein anderes System (Bill & Keep?) zu ersetzen, dessen Stärken und Schwächen sich in der Praxis, insbesondere bei zukünftigen Anwendungen, erst noch erweisen müsste.

[BuG].

Aufgrund der Penetration Mobilfunkmarktes von nahezu 100 % seien die Mobilfunkunternehmen bestrebt, ihre Wachstumsraten durch eine Festnetzsubstitution zu erhalten. Bei einem Unterschied von ca. 20:1 bei den Terminierungsentgelten zu Gunsten der Mobilfunkunternehmen sei es verlockend, diese lukrativen Einnahmen zu nutzen und die Festnetzsubstitution z.B. mit Homezone-Produkten zu fördern. Möglicherweise könne es den Festnetzbetreibern helfen, selbst als MVNO Mobilfunkprodukte anzubieten. Hierzu lägen jedoch aktuell noch nicht genügend Erfahrungen/Erkenntnisse vor, um dies qualifiziert beurteilen zu können.

Netcologne unterliege derzeit noch der Ex-post-Regulierung, um die s.g. asymmetrischen Entgelte gegenüber der DT AG durchsetzen zu können. Das zeige, dass Netcologne als regionaler Anbieter auch im Falle eines nicht regulierten Marktes nicht in der Lage sein würde, erhöhte Terminierungsentgelte durchzusetzen.

[BuG].

[BuG].

[BuG].

Aus Sicht der **Telefónica Deutschland GmbH (Telefónica)** existierten derzeit keine direkten Substitutionsmöglichkeiten in Bezug auf die Mobilfunkterminierung. Die tatsächliche Anrufzustellung, d.h. die technische Realisierung, könne ausschließlich vom Netzbetreiber durchgeführt werden. Es sei auch keine abgeleitete Substitutionsmöglichkeit bekannt.

Im Zusammenhang mit einer entgegengerichteten Nachfragemacht sei zu beachten, dass Telefónica über keine eigenen Endkundenkontakte verfüge. Das Unternehmen sei ausschließlich als Wholesaler tätig. Es sehe sich insbesondere gegenüber den beiden großen Mobilfunknetzbetreibern nicht in der Lage, Nachfragemacht auszuüben. Maßnahmen wie Nachfrageverweigerung, Abbruch der Geschäftsbeziehungen, Hebelwirkungen aus anderen Geschäftsbereichen oder Mengenrücknahmen seien zwar prinzipiell möglich, [BuG]. Zudem hätten viele der Kunden eigene Beziehungen zu den Mobilfunkern, so dass bereits das Wholesale-Geschäftsmodell eine systematische Begrenzung der Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern darstelle. Im Falle der Nicht-Regulierung der Mobilfunknetzbetreiber wäre die Verhandlungsmacht insbesondere gegenüber den großen Mobilfunknetzbetreibern faktisch gleich null, weil sich die zuvor beschriebene Situation nicht ändere. Auch mit dem Szenario der Nicht-Regulierung der Telefónica sei keine Änderung der Marktmachtverteilung verbunden.

Im Falle der Nicht-Regulierung wäre insbesondere von den beiden großen Mobilfunkunternehmen eine Ausweitung der Wettbewerbsbehinderung zu erwarten. [BuG]. Für die Endkunden, die über die ISP-Kunden von Telefónica im Telefónica-Festnetz angebunden seien, sei die Erreichbarkeit von Mobilfunknummern essentiell, insbesondere weil ein substantieller Teil der Gespräche aus dem Festnetz in die großen Mobilfunknetze getätigt werde. [BuG].

Nach Auffassung von **Versatel AG (Versatel)** sei weder eine direkte noch eine abgeleitete Substitutionsmöglichkeit für die Mobilfunkterminierung gegeben. Es existierten keine Alternativprodukte.

Instrumente wie z.B. Nachfrageverweigerung, Abbruch der Geschäftsbeziehungen, Mengenrücknahmen etc. zur Verstärkung der eigenen Nachfragemacht und somit zur Erreichung eines günstigeren Leistungsbezugs stünden nicht zur Verfügung. In Bezug auf einen günstigeren Leistungsbezug spiele auch die Tatsache, zugleich Anbieter von Festnetzterminierungsleistungen und Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen zu sein, keine Rolle. Die fehlende Nachfragemacht liege an den enormen Größenunterschieden der Verhandlungspartner. Die Mobilfunknetzbetreiber hätten auf ihren Netzen ca. zwischen 12 und 36 Mio. SIM-Karten. Versatel habe ca. 700.000 Anschlüsse. Entsprechend unterschiedlich seien die Verkehrsverhältnisse zwischen den Netzen. Günstigere Entgelte für Terminierungsleistungen der Versatel stellten für die Mobilfunknetzbetreiber keinen Anreiz dar, Versatel bei den Mobilfunkterminierungsentgelten entgegen zu kommen.

Ohne Regulierung würde der Mobilfunknetzbetreiber als Verhandlungspartner aller Wahrscheinlichkeit nach höhere als die jetzt regulierten Terminierungsentgelte verlangen. Die Vergangenheit habe gezeigt, dass die Mobilfunknetzbetreiber vor Auferlegung der Entgeltre-

gulierung extrem überhöhte, deutlich über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegende Entgelte verlangt hätten. Erst auf Druck des Regulierers seien die Mobilfunknetzbetreiber überhaupt bereit gewesen, von ihren überhöhten Preisforderungen abzuweichen und freiwillige, mithin sehr moderate Preissenkungen vorzunehmen. Dies sei vor allem politisch motiviert gewesen, um intensiveren Absenkungszwängen vorzubeugen, so dass die Entgelte weiterhin überhöht geblieben seien. Hieran hätte die Nachfrage nach großen Absatzmengen oder das gegenseitige Angebot von Festnetzterminierungsleistungen nichts ändern können. Eine Absenkung der Terminierungspreise ohne Regulierung werde für höchst unrealistisch bis ausgeschlossen gehalten.

Würde ein Unternehmen auf dem Markt für Mobilfunkterminierung über beträchtliche Marktmacht verfügen und würden keine Regulierungsmaßnahmen erfolgen, wäre die Gefahr einer Zugangsbehinderung in Form möglicher einseitig benachteiligender Vertragsbedingungen sowie hoher Hürden für den Vertragsabschluss (z.B. Sicherheitsleistungen, Mindestabnahmeverpflichtungen, scharfe Pönalen) gegeben. Auch bestünde die Gefahr, dass Zusammenschaltungen von Seiten der Mobilfunknetzbetreiber generell unerwünscht wären. Sowohl bei Zugangs- als auch bei Entgeltleistungen wären diskriminierende Bevorteilungen bestimmter Unternehmen, insbesondere verbundener Unternehmen, wahrscheinlich. Auch wäre die Gefahr der gegenseitigen Bevorteilung der Mobilfunknetzbetreiber untereinander gegeben, so dass möglicherweise der Festnetzwettbewerb diskriminiert werden könnte.

[BuG].

Als „Full MVNO“ auf der Basis des E-Plus Netzes betreibe die **Vistream GmbH (Vistream)** unter anderem ein **[BuG]**. Vistream sei exklusiver Nutzer der Rufnummerngasse 01570, die sie im abgeleiteten Zuteilungsverfahren über E-Plus erhalte. Das Geschäftsmodell bestehe im Abwickeln und Betreiben individueller Mobilfunkangebote für Markenpartner (so genannte „Branded Retailer“), wobei die Endkundenbeziehung bei der Vistream verbleibe.

Die Terminierungsleistungen in das von der Vistream betriebene virtuelle Mobilfunknetz würden von der Vistream allein erbracht. **[BuG]**. Die Preise für die Terminierungsleistungen in das MVNO-Netz lege Vistream fest.

[BuG]. Eine entgegenstehende Nachfragemacht gebe es nicht. Verhandlungen würden reziprok geführt. Zumeist sei die Bereitschaft zur Zusammenschaltung abhängig von einer Mindestverkehrsmenge. Im Falle der Nicht-Regulierung der Verhandlungspartner wäre die Bereitschaft zur Zusammenschaltung bei kleineren Partnern deutlich zurückhaltender. Vermutlich würden dann nur Verhandlungen mit großen Partnern durchgeführt, denen mengenmäßige Discounts angeboten würden. Es gebe keine Spielräume bezüglich der Preise beim Bezug von Verbindungsleistungen in andere Mobilfunknetze.

[BuG].

Derzeit gebe es für die Mobilfunkterminierung keine direkten Substitutionsmöglichkeiten, die wesentlichen Einfluss auf den Mobilfunkmarkt hätten. In Zukunft könnten Angebote mit Dual-Mode-Handsets, die sowohl GSM-Telefonie als auch VoIP/WLAN-Telefonie unterstützten, eine gewisse Bedeutung erlangen. Es lägen keine Erkenntnisse über eine abgeleitete Substitutionsmöglichkeit durch den Endkunden vor.

Vistream nehme an, dass informierte Teilnehmer über die heute regulierten Preise für Verbindungen in Mobilfunknetze Bescheid wüssten, da diese Preise u.a. in der Tagespresse und in den Internet-Foren wie teltarif.de erwähnt würden. Die Anruferpreise würden bei der Auswahl des Mobilfunknetzes eher eine nur untergeordnete Rolle spielen. Vistream habe einige Angebote realisiert, in denen spezielle Tarife für netzinterne Gespräche (On-Net-Calls) oder gruppeninterne Gespräche (Community Calls) gewährt würden. Diese speziellen

Preise könnten bei Kaufentscheidungen im SOHO³⁵- oder Familienproduktbereich signifikante Bedeutung haben.

³⁵ Abkürzung für Small Office Home Office.

E. Nationale Konsultation

Zum Zweck der Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Absatz 1 TKG hat die Bundesnetzagentur am 13.08.2008 einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen im Amtsblatt Nr. 15 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung 410/2008 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15.09.2008 gegeben. Insgesamt sind 7 Stellungnahmen eingegangen. Darüber hinaus wurde eine weitere Stellungnahme übermittelt, die jedoch bei der Bundesnetzagentur erst am 25.09.2008 eingegangen ist.

Gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 TKG sind sodann am 08.10.2008 die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens im Amtsblatt Nr. 19 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung Nr. 559/2008 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

Bei beiden Veröffentlichungen sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 12 Absatz 1 Satz 3 TKG geschwärzt worden.

In Anhang L.II. werden die Stellungnahmen der interessierten Parteien wie veröffentlicht wiedergegeben.

F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Abs. 1 TKG

Mit Schreiben vom 23.10.2008 wurde das Bundeskartellamt um die Herstellung des Einvernehmens nach § 123 Absatz 1 TKG gebeten. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat das Einvernehmen mit Schreiben vom 24.10.2008 ohne Anmerkungen erteilt.

G. Europäisches Konsolidierungsverfahren

Am 27.10.2008 notifizierte die Bundesnetzagentur gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 und § 11 Abs. 3 TKG der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten den vorgenannten Maßnahmeentwurf.

In der mit Schreiben vom 26.11.2008 abgegebenen Stellungnahme erhebt die Kommission keine Einwände gegen die Marktanalyse und Marktdefinition. Stellungnahmen anderer nationaler Regulierungsbehörden sind nicht eingegangen.

H. Marktabgrenzung

Die Bundesnetzagentur hat unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien³⁶ die sachlich und räumlich relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts abzugrenzen, § 10 Abs. 1 TKG i.V.m. Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie (RRL)³⁷. Als eine Empfehlung im Sinne von Art. 249 Abs. 5 EG besitzt die Märkte-Empfehlung zwar keine originäre Rechtsverbindlichkeit. Doch entspricht es schon generell der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass Empfehlungen der Kommission einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte unterliegen, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht erlassender innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.³⁸ Dies gilt erst recht, wenn in Umsetzung von Art. 15 Abs. 3 RRL in das nationale Recht in § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG ausdrücklich die „weitestgehende“ Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung vorsieht.³⁹

Nach summarischer Prüfung der EU-Kommission kommen die in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte in der Regel für eine Regulierung in Betracht und begründen eine Art „Anfangsverdacht“ für ein regulatorisches Einschreiten.⁴⁰ O₂ trägt im Rahmen der nationalen Konsultation vor, dass die EU-Märkteempfehlung keine verbindliche Vorgabe für die Bundesnetzagentur darstelle. Wie auch schon im Konsultationsentwurf, wird in diesem Zusammenhang auf die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen, dass Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass diese Märkte ebenso in Deutschland potentiell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig seien.⁴¹

Die weitestgehende Berücksichtigung erfordert daher, dass Ausgangspunkt und wichtigster Maßstab der Marktabgrenzung zunächst die Märkteempfehlung ist, weil ihr eine Vermutungswirkung für die Regulierungsbedürftigkeit der darin enthaltenen Märkte zukommt. Liegen jedoch ausnahmsweise etwaige vom europäischen Standard abweichende spezifische nationale Besonderheiten vor, kann dies ein Abweichen von der Märkteempfehlung rechtfertigen.⁴²

In Bezug auf die Festlegung des sachlich und räumlich relevanten Marktes steht der Bundesnetzagentur gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG ein Beurteilungsspielraum zu.⁴³ Dies trägt u.a. dem Umstand Rechnung, dass den im Rahmen von §§ 10 f. TKG zu treffenden Entscheidungen in hohem Maße wertende Elemente anhaften.⁴⁴ Auch die Kommission ist der Auffassung, dass den nationalen Regulierungsbehörden bei der Ausübung ihrer (sämtlichen) Befugnisse gemäß Art. 15 und 16 RRL „aufgrund der komplizierten ineinandergreifenden Faktoren (wirtschaftlicher, sachlicher und rechtlicher Art), die bei der Definition relevanter

³⁶ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Leitlinien), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, Nr. C 165/6.

³⁷ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, Nr. L 108/33.

³⁸ EuGH, Urteil vom 13.12.1989 – Rs. C-322/88, Grimaldi – Slg 1989, 4407 Rn. 18.

³⁹ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13.

⁴⁰ Elkettani, K & R Beilage 1/2004, S. 11, 13.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13.

⁴² Leitlinien, Fußnote 18; zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Märkteempfehlung und Abweichung aufgrund nationaler Besonderheiten, VG Köln, 1 K 2924/05, S. 16.; BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 14.

⁴³ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 7 f.

⁴⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 11.

Märkte und bei der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gewürdigt werden müssen“, ein weit reichender „Ermessensspielraum“⁴⁵ zuzubilligen sei.⁴⁶

Nachfolgend wird überprüft, ob der Märkteempfehlung gefolgt wird, oder ob es aufgrund nationaler Besonderheiten gerechtfertigt erscheint, von der Märkteempfehlung abzuweichen.

Vorab wird nochmals darauf hingewiesen, dass es sich vorliegend nicht um eine erstmalige Prüfung des in Rede stehenden Marktes handelt, sondern dass hier eine turnusgemäße Überprüfung der Ergebnisse einer bereits für diesen Markt vorliegenden Marktdefinition und Marktanalyse nach § 14 Abs. 2 TKG durchgeführt wird. Dies zeigt sich nachfolgend darin, dass teilweise Passagen der vorhergehenden Marktdefinition und –analyse beibehalten bzw. auf diese verwiesen werden, soweit sich die den dortigen Ergebnissen zugrunde liegenden Gesichtspunkte und Marktgegebenheiten (Austauschbarkeit der Leistungen aus Anbieter-/ Nachfragersicht, Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen, technologische Innovationen, Geschäftsmodelle der Wettbewerber etc.) seit der letzten Untersuchung nicht maßgeblich geändert haben.

I. Sachliche Marktabgrenzung

Die Märkteempfehlung geht von der Marktabgrenzung „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ aus. Hiervon ausgehend wird im Folgenden überprüft, ob in sachlicher Hinsicht diese Abgrenzung inhaltsgleich übernommen werden kann, oder ob nationale Besonderheiten bestehen, die ein Abweichen von der Märkteempfehlung unumgänglich erscheinen lassen.

1. Marktübergreifende Gesichtspunkte

Bevor die innerhalb dieses Marktes (möglicherweise) bestehenden Substitutionsbeziehungen und Wettbewerbsbedingungen konkret einer eingehenden Prüfung unterzogen werden, sind zunächst einige grundsätzliche Fragestellungen zu klären. Dazu gehört die Untersuchung, ob „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ ausschließlich die Terminierung von Sprache oder auch die Terminierung von Daten im Mobilfunkbereich umfasst. Ferner wird ermittelt, ob der sachlich relevante Markt lediglich GSM-Mobilfunknetze oder auch UMTS-, Bündelfunk- und Satellitenfunknetze einschließt. Schließlich ist zu eruieren, ob die mittlerweile im Markt tätigen MVNO mit ihren virtuellen Mobilfunknetzen ebenfalls in Markt Nr. 7 der Märkteempfehlung einbezogen werden.

a. Ausschließliche Einbeziehung von Sprachterminierungen

In der vorangegangenen Marktabgrenzung zu Markt Nr. 16 der Märkteempfehlung 2003 wurde bereits die Frage behandelt, ob es sich bei der Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen ausschließlich um die Terminierung von Sprache handelt oder ob dieser Markt auch im Hinblick auf sog. „Datendienste“ zu untersuchen ist. Die Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass es sich beim damaligen Markt Nr. 16 ausschließlich um die Zustellung von Sprache handelte.

Die Tatsache, dass der „alte“ Markt Nr. 16 wortgleich als „Voice call termination on individual mobile networks“ und damit unverändert⁴⁷ in die überarbeitete Märkteempfehlung 2007 übernommen wurde, spricht bereits für die Beibehaltung des o.g. Ergebnisses. Aber auch die Überprüfung der in der ersten Runde der Marktabgrenzung herangezogenen Kriterien sowie

⁴⁵ Dabei handelt es sich nach deutscher Rechtsterminologie um einen Beurteilungsspielraum, vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 10.

⁴⁶ Leitlinien, Rn. 22 und Rn. 71.

⁴⁷ Lediglich aufgrund der Reduzierung der Märkteempfehlung 2007 wird er nunmehr unter Nr. 7 aufgeführt.

die nachfolgend zusätzlich aufgeführten Argumente belegen, dass der nun unter Nr. 7 in der neuen Empfehlung aufgeführte Markt weiterhin auch nur die Terminierung von Sprache umfasst.

So ist nach wie vor das Wortlaut-Argument der englischen Fassung der Märkteempfehlung hinsichtlich „Voice call termination on individual mobile networks“ [Unterstreichungen nur hier] anwendbar. Durch die Wahl des Begriffes „Voice call“ wird verdeutlicht, dass bei der zu untersuchenden Terminierungsleistung lediglich die Terminierung der Sprache von Relevanz ist.

Gleiches lässt sich auch aus der systematischen Auslegung der Märkteempfehlung und der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁴⁸ herleiten. In der deutschsprachigen Märkteempfehlung wird Markt Nr. 7 als „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ [Unterstreichungen nur hier] bezeichnet. Der Begriff „Anruf“ wird durch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation in Art. 2 e) definiert. Danach handelt es sich bei einem „Anruf“ um eine über einen öffentlich zugänglichen Telefondienst aufgebaute Verbindung, die eine zweiseitige Echtzeit-Kommunikation ermöglicht. Die zweiseitige Echtzeit-Kommunikation betrifft bei der Terminierungsleistung jedoch insbesondere den Teil der Terminierung, der in Verbindung mit Sprache steht. Denn gerade hier ist es wesentliches Merkmal der Qualität des Dienstes, dass der jeweilige Gesprächspartner ohne Unterbrechungen zu verstehen ist. Davon unterscheidet sich beispielsweise die Zustellung eines reinen Datendienstes wie der SMS, bei der die Netzbetreiber üblicherweise keine sofortige, sich einer Echtzeit-Kommunikation annähernde Zustellung garantieren.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Definition des Begriffes „Anruf“ übernommen, indem Art. 2 e) der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation in § 3 Nr. 1 TKG wortgleich wiedergegeben wurde. Somit ist auch aus Sicht des nationalen Rechts davon auszugehen, dass Anrufzustellung i. S. d. Märkteempfehlung eine Echtzeitkommunikation voraussetzt.

Des Weiteren findet auch gegenwärtig noch die Unterscheidung zwischen Sprach- und Datenterminierung in der zugrunde zu legenden Netzwerktechnik ihren Niederschlag. Zwar besteht die Transportleistung sowohl von Daten als auch von Sprache ausschließlich im Transport von Datenpaketen, denn letztere wird - vereinfacht gesagt - beim Anrufenden in Datenpakete umgewandelt, über die einzelnen Netzelemente (Festnetz bzw. Mobilfunkstrecke) dem Empfänger zugestellt und dort wieder zu einer Sprachnachricht zurück umgewandelt. Jedoch wird dem Umstand, dass es sich bei der Zustellung von Sprachdatenpaketen um eine zeitkritische Terminierungsleistung handelt, dadurch Rechnung getragen, dass im sog. „Header“ des Datenpaketes Informationen vorhanden sind, dass es sich um ein Sprachdatenpaket handelt und es damit zur Gewährleistung des Echtzeit-Kriteriums bevorzugt zu transportieren ist. Datenpakete beispielsweise für SMS werden beim Transport zurückgestellt.

In der ersten Untersuchung des Marktes für die Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze wurde auch das Explanatory Memorandum zur Märkteempfehlung 2003 zur Bestätigung der Annahme herangezogen, dass es sich bei dem damaligen Markt Nr. 16 lediglich um Sprachterminierung handelt. Dieses ergab sich zum einen daraus, dass die Kommission die Terminierungsleistung sowohl in der Bereitstellung mobiler „Gespräche“ (M2M) als auch in Anrufen von Festnetzen in ein Mobilfunknetz (F2M) sah.⁴⁹ Ferner sprach die Kommission auch bei der Betrachtung etwaiger Substitutionsmöglichkeiten auf dem Endkundenmarkt von „anderen Gesprächs- und Kommunikationsformen, wie Rückruf, Rufumleitung und SMS-Nachricht-

⁴⁸ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 201 S. 37).

⁴⁹ Explanatory Memorandum, S. 32.

ten⁵⁰, was eine Unterscheidung zwischen der Terminierung von Sprache und anderer Kommunikation nahe legte. Zudem grenzte die Kommission unter dem Titel „Datendienste für Großkunden“ den Bereich der SMS von der zuvor vorgenommenen Betrachtung zur reinen Gesprächszustellung ab. Hierzu wurde ausgeführt: „Großkunden-SMS einschließlich Verbindungsaufbau und Zustellung oder mobile Schmalband-Datendienste generell weisen Merkmale auf, die eine andere Behandlung rechtfertigen als Verbindungsaufbau und Zustellung bei Sprachanrufen (s.o.)“.⁵¹ Die SMS-Dienste könnten danach möglicherweise „als Teil eines größeren Datenmarktes betrachtet werden“.⁵² Die Kommission schloss diese Betrachtung mit der Aussage ab, dass „im Sinne dieser Empfehlung [...] kein SMS-Großkundenmarkt festgelegt wird“.⁵³ Der ausdrückliche Ausschluss des SMS-Großkundenmarktes konnte als Bestätigung dafür gesehen werden, dass letztlich die reine Zustellung von Sprache als Terminierungsleistung vom damaligen Markt Nr. 16 umfasst wurde.

Zur neuen Märkteempfehlung 2007 hat die Kommission kein offizielles Explanatory Memorandum veröffentlicht. Stattdessen existiert ein so genanntes „Commission Staff Working Document - Explanatory Note“, das jedoch durchweg als Explanatory Memorandum zur Märkteempfehlung 2007 herangezogen und zitiert wird. Dort wird den nationalen Regulierungsbehörden die Abgrenzung eines zusätzlichen separaten SMS-Mobilfunkterminierungsmarktes freigestellt. Es ist jedoch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass dieses Dokument zur Erläuterung einer Entwurfsfassung einer Märkteempfehlung veröffentlicht wurde, die seinerzeit den vorliegend in Rede stehenden Markt als „Voice call and sms termination on individual mobile networks“ [Unterstrichungen nur hier] definierte. Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass dieses Dokument nur insoweit für die Auslegung der Märkteempfehlung 2007 herangezogen werden kann, wie sich der damalige Entwurf, auf den sich das Dokument bezieht, und die derzeit geltende Märkteempfehlung 2007 entsprechen. In Bezug auf SMS-Dienste bedeutet dies, dass die im Explanatory Note diesbezüglich gemachten Ausführungen vorliegend nicht herangezogen werden können, weil die SMS-Dienste letztlich nicht Eingang in die Märkteempfehlung 2007 gefunden haben, sondern zuvor aus dem Empfehlungsentwurf gestrichen wurden. Dieser Verlauf ist im Übrigen als Argument zu werten, dass die SMS-Dienste nicht einmal als Submarkt Teil des Marktes Nr. 7 sein sollen.

Zu den sonstigen mobilen Datendiensten hat die Kommission im Explanatory Note mit ähnlichen Argumenten wie im Explanatory Memorandum zur Märkteempfehlung 2003 ausgeführt, dass diesbezüglich auch im Rahmen der überarbeiteten Märkteempfehlung weder Endkunden- noch Vorleistungsmärkte für Datendienste bzw. entsprechende Dienste identifiziert werden. „Neben Sprach- und SMS-Diensten können mobile oder drahtlose Zellulernetze für den Zugang zu Daten und entsprechenden Diensten einschließlich Internet verwendet werden“. Die meisten der damit in Zusammenhang stehenden Aspekte wiesen jedoch einen hohen Unsicherheitsfaktor auf. Es bleibe daher nach wie vor unsicher, wie sich mobile Datendienste zukünftig entwickelten.⁵⁴

Die Andeutung der Kommission, dass die sonstigen mobilen Datendienste aufgrund des frühen Entwicklungsstadiums noch nicht mit Sicherheit zu beurteilen sind⁵⁵, lässt ebenfalls den Schluss zu, dass diese nicht dem Markt Nr. 7 zuzurechnen sind.

Schlussendlich gelten auch weiterhin die Ausführungen zur Nachfragersicht auf dem Endkundenmarkt, die dafür sprechen, Datendienste nicht zum Markt Nr. 7 zu zählen. Denn ein „Anruf“ kann nicht durch sog. „Datendienste“ substituiert werden. Dieses folgt bereits aus dem wesentlichen Merkmal des Anrufes, der Echtzeit-Kommunikation. Für den Endnutzer

⁵⁰ Explanatory Memorandum, S. 33.

⁵¹ Explanatory Memorandum, S. 35.

⁵² Explanatory Memorandum, S. 35.

⁵³ Explanatory Memorandum, S. 36.

⁵⁴ Commission staff working document Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 46 f.

⁵⁵ Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 47.

entsteht mit einem Anruf die Möglichkeit, Informationen durch ein aufeinander bezogenes Gespräch in kürzester Zeit auszutauschen. Zwar ist durch Datendienste, wie SMS oder MMS, auch eine Kommunikation möglich, die sich aufeinander bezieht. Dafür bedarf es jedoch der manuellen Eingabe der Nachricht und eines Versendevorgangs, der keine dem direkten Gespräch vergleichbare Kommunikation ermöglicht. Somit fehlt es auch aus Sicht des nachfragenden Endnutzers an der Substituierbarkeit eines Anrufes durch Datendienste.

Die Bundesnetzagentur bleibt somit bei der Feststellung, dass es sich bei der Terminierungsleistung des Marktes Nr. 7 (Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen) ausschließlich um die Zustellung von Sprache handelt und die Terminierungsleistung keine sog. Datendienste umfasst.

b. Gesamtmarkt für 2G- und 3G-Netze; Keine Widerspruch zu Vfg. 51/1999 und Vfg. 13/2000

Wie auch schon in der ersten Untersuchung festgestellt wurde, ist zwischen der Anrufzustellung in GSM-Netze bzw. UMTS-Netze auch weiterhin keine Differenzierung notwendig.

UMTS unterscheidet sich von GSM im Wesentlichen durch die erweiterten Möglichkeiten im Bereich der Datenübertragung, nicht aber im Bereich der Sprachübertragung. Dies zeigt sich auch darin, dass nach wie vor sämtliche Mobilfunknetzbetreiber für UMTS nicht mit der besseren Sprachqualität werben, sondern mit der im Vergleich zu GSM/GPRS erheblich schnelleren Datenübertragung⁵⁶. Da aber vorliegend für Markt Nr. 7 allein die Terminierung von Sprache relevant ist⁵⁷, spielt die Unterscheidungsmöglichkeit im Bereich der Datenübertragung in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Die möglicherweise bessere Sprachqualität im UMTS-Netz stellt hingegen sowohl für die Nachfrager als auch für die Anbieter von Zustellungsleistungen kein wesentliches Auswahlkriterium dar. Sowohl aus Sicht des Netzbetreibers, der die Terminierungsleistung nachfragt, als auch aus Sicht des Endnutzers, der die Terminierungsleistung indirekt durch seinen Anruf nachfragt, sowie aus Sicht des Netzbetreibers, der die Terminierungsleistung anbietet, sind die Leistungen austauschbar und beinhalten keine tragfähigen Abgrenzungskriterien.

Für den Netzbetreiber, der eine Anrufzustellung von einem Mobilfunknetzbetreiber nachfragt, ist es nicht von Bedeutung, ob die Zustellung über den Teil des Frequenzspektrums erfolgt, der für GSM- bzw. der für UMTS-Dienste vorgesehen ist. Es ist für ihn auch nicht möglich, im Vorfeld der Leistungserbringung festzulegen, ob sein Anruf über das GSM- bzw. UMTS-Spektrum terminiert wird. Ausschließliches Ziel seiner Nachfrage ist die Erreichbarkeit der jeweiligen Endnutzer.

Gleiches gilt aus Sicht des nachfragenden Endnutzers. Ihm kommt es letztlich bei der Sprachterminierung auf die Erreichbarkeit für Anrufe aus jeglichen Netzen, sei es Festnetz oder Mobilfunknetz, an. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass der Endnutzer gegenüber seinem Mobilfunkbetreiber festlegen kann, dass ihm gegenüber Anrufe lediglich über das jeweilige GSM- bzw. UMTS-Spektrum terminiert werden. Es darf zudem bezweifelt werden, dass der Endnutzer bei der Leistungserbringung aufgrund von Qualitätsunterschieden wahrnehmen kann, ob ein Gespräch zu ihm über ein GSM- bzw. UMTS-Netz terminiert wird. Schließlich kann der angerufene Endnutzer aufgrund der Tarifierung keine Unterscheidung treffen, da für die Anruferkosten ausschließlich der Anrufer aufkommt.

⁵⁶ Vgl. die entsprechenden Werbungen auf den Internet-Seiten der Mobilfunknetzbetreiber, z.B. <http://www.t-mobile.de/umts/0,12731,18102-,00.html>, http://www.eplus.de/dienste/5/5_8_1/5_8_1.asp, Stand: 16.07.2008.

⁵⁷ Siehe oben Kapitel I.1.a.

Aus Sicht des Unternehmens, welches die Terminierungsleistung in das eigene Netz anbietet, ließe sich allenfalls als Abgrenzungsmerkmal der jeweilige Rufnummernblock für die jeweilige Teilnehmerrufnummer in Betracht ziehen.⁵⁸ Aufgrund der allgemeinen Zuteilungsregeln können die jeweiligen Rufnummernblöcke jedoch sowohl für GSM- als auch für UMTS-Dienste genutzt werden, so dass auch dieses Unterscheidungsmerkmal ausscheidet.⁵⁹ Weitere technische Abgrenzungsmerkmale sind nach wie vor nicht ersichtlich.

Auch eine ökonomischer Betrachtungsweise legt keine Differenzierung zwischen den Netzen nahe, denn im Rahmen der Auskunftersuchen hat sich gezeigt, dass in Bezug auf die für Sprachterminierungsleistungen seitens der nachfragenden Netzbetreiber zu zahlenden Tarife keine Unterscheidung zwischen UMTS- und GSM-Netzen getroffen wird.

Neben den soeben dargestellten rein faktischen Fragen nach einem konkreten Abgrenzungskriterium bei der Terminierung in GSM- bzw. UMTS-Netze ist darüber hinaus weiterhin die Vorgabe der Technologieneutralität der Regulierung zu beachten. Denn der deutsche Gesetzgeber hat bereits in der Zweckbestimmung des Telekommunikationsgesetzes auf eine „technologieneutrale Regulierung“ abgestellt (vgl. § 1 TKG). Dieses findet seine Entsprechung in Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie. Danach haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben „weitestgehend berücksichtigen, dass die Regulierung technologieneutral sein sollte“. Nochmals konkretisiert wird dieser Grundsatz durch die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse im Rahmen der Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung.⁶⁰ Vor dem Hintergrund dieser national- und europarechtlichen Vorgaben wäre es nicht sachgerecht, bei der Sprachterminierung zwischen der Leistungserbringung über GSM- bzw. UMTS-Netze zu unterscheiden.

Eine Einbeziehung der UMTS-Terminierung von Sprache in den Markt Nr. 7 steht zudem nicht in Widerspruch zu Regelungen bzw. Mitteilungen der Kommission. Zum einen ist weder im ursprünglichen Explanatory Memorandum zur Märkteempfehlung 2003 noch zur Explanatory Note in Zusammenhang mit der überarbeiteten Empfehlung 2007 eine explizite Ausschlusswirkung für UMTS-Netze vorgesehen. Zum anderen sind auch im Rahmen der bei der Kommission notifizierten Marktanalysen keine Stellungnahmen der Kommission ergangen, die ein Außerachtlassen oder eine gesonderte Behandlung der UMTS-Netze fordern. Vielmehr war schon in der ersten Untersuchung des hiesigen Marktes für Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze die Ofcom-Marktanalyse als Beispiel dafür herangezogen worden, dass die Kommission die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit der UMTS-Sprachterminierung festgestellt und Oftel aufgefordert hat, entgegen der ursprünglichen Absicht Regulierungsmaßnahmen aufzuerlegen (*Case UK/2003/0040*).

Der sachlich relevante Markt umfasst somit sowohl GSM- als auch UMTS-Terminierungen.

Kein Widerspruch zur Vfg. 51/1999 und Vfg. 13/2000

Wie ebenfalls schon in der „ersten Runde“ des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens für den Bereich der Mobilfunkterminierung dargelegt wurde, steht die Definition eines Gesamtmarktes für 2G- und 3G-Netze nicht in Widerspruch zu den von der Bundesnetzagentur in der Vfg. 51/1999⁶¹ und der Vfg. 13/2000⁶² getroffenen Regelungen. Insofern wird auf die Ausführungen in der Festlegung der Präsidentenkammer vom 19.12.2005 verwiesen.⁶³

⁵⁸ Vgl. Vfg. 13/2000, Az.: BK-1b-98/005-1, ABl. Reg TP Nr. 4/2000 vom 23.02.2000, S. 516 (523).

⁵⁹ Vgl. hierzu auch Stellungnahme von O₂, S. 15 des Vorentwurfes.

⁶⁰ Leitlinien, Erwägungsgrund 45 und 47; vgl. des Weiteren Explanatory Memorandum, S. 16.

⁶¹ Vfg. 51/1999, Az.: BK-1b-98/005, ABl. Bundesnetzagentur Nr. 9/1999 vom 26.05.1999, S. 1519 ff.

⁶² Vfg. 13/2000, Az.: BK-1b-98/005-1, ABl. Bundesnetzagentur Nr. 4/2000 vom 23.02.2000, S. 516 ff.

⁶³ http://www.bundesnetzagentur.de/enid/da56df5de7ced8c12265064843a0d209,0/Regulierungsverfuegung/Regulierungsverfuegung_BK4d-6-__ssbis__4_Mobilfunk_2xi.html.

c. Keine Einbeziehung von Bündelfunknetzen

Wie auch schon in der ersten Marktabgrenzung zur Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen festgestellt wurde, ist Bündelfunk kein Bestandteil des hier definierten sachlich relevanten Marktes. Vielmehr stellt Bündelfunk einen eigenen sachlich relevanten Nischen-Markt im Verhältnis zum digitalen zellularen Mobilfunk (GSM/UMTS) dar. Dies hat die Bundesnetzagentur in der Präsidentenkammerentscheidung vom 17.02.2004 über das Verfahren zur Vergabe von Frequenzen für weitbandigen Betriebs-/Bündelfunk (Amtsblatt Nr. 7 vom 31.03.2004, Vfg. Nr. 6/2004) unter Verweis auf die Entscheidung der Präsidentenkammer zur Neukonzeption des Bündelfunks vom 08.02.2001 (Amtsblatt Nr. 4 vom 28.02.2001, Vfg. Nr. 13/2001) festgestellt⁶⁴. Diese Einschätzung befindet sich im Einklang mit dem Beschluss der 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 9.10.2000 in dem Verwaltungsverfahren B7 – 64203 – U – 168/00.

Grundlage für diese Beurteilung ist die Tatsache, dass es sich beim Bündelfunk um eine Form des Mobilfunks handelt, die überwiegend auf firmeninterne Kommunikation ausgerichtet ist, z.B. von Taxi-, Speditions- und Nahverkehrsunternehmen.⁶⁵ Bündelfunk dient der regional begrenzten⁶⁶ Sprach- und Datenkommunikation unmittelbar vom Sender zum Empfänger ohne Zwischenschaltung von Verstärkereinrichtungen. Auch die Herstellung von Verbindungen ins öffentliche Netz ist möglich. Dabei steht eine Vielzahl von Funkkanälen (Frequenzbündel) einem Netzbetreiber für die Nutzung durch eine größere Zahl von an das Netz angeschlossenen Teilnehmern zur Verfügung. Für die Zeit des Gesprächs werden einzelne Kanäle durch die Bündelnetzsteuerung des Gesprächs den jeweiligen Nutzern exklusiv zugewiesen.⁶⁷

Ferner stellt das Bundeskartellamt in seinem Beschluss zu o.a. Verfahren fest, dass für seine Marktabgrenzung maßgeblich gewesen sei, dass bestimmte Funktionen (sofortiger Verbindungsaufbau, Direktruf, Leitstellendienste, bestimmte erweiterte Gruppenruffunktionalitäten) ausschließlich durch Bündelfunk möglich seien, nicht aber durch GSM-/UMTS-Mobilfunk. Bündelfunk sei durch geringe Nutzungskosten bei hohem Informationsaustausch sowie sehr kurze Gesprächsaufbauzeiten gekennzeichnet.⁶⁸ Angeboten und entwickelt werden hier firmenspezifische Leistungsmerkmale, die die auf den Massenmarkt ausgerichteten GSM- und UMTS-Märkte in der Regel nicht bedienen.⁶⁹ Darüber hinaus weist das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung darauf hin, dass sich der Bündelfunk auch erheblich in der Preisgestaltung unterscheide. Denn Bündelfunkteilnehmer zahlten für die Nutzung des Netzes ein monatliches Entgelt an den Netzbetreiber, jedoch innerhalb des Netzes keine nutzungsabhängigen Gesprächsentgelte.⁷⁰

⁶⁴ Auch die Vergabe von Frequenzen für sog. weitbandigen Bündelfunk für höherbitratige Anwendungen hat nicht zu einer Konvergenz der Märkte geführt. Es werden auch mit diesen Frequenzen herkömmliche Bündelfunkanwendungen angeboten.

⁶⁵ Entscheidung der Reg TP vom 17.02.2004 über das Verfahren zur Vergabe von Frequenzen für weitbandigen Betriebs-/Bündelfunk (Amtsblatt Nr. 7 vom 31.03.2004, Vfg. Nr. 6/2004), S. 315. Der Verband „Professioneller Mobilfunk e.V.“ bestätigt dies in einem an die Bundesnetzagentur gerichteten Schreiben vom 20. März 2003. Darin heißt es: „Der Betriebs- und Bündelfunk in Deutschland mit rd. 2,5 Millionen Endgeräten wird zu 4 % von öffentlichen Netzangeboten und zu 96 % von geschlossenen Nutzerkreisen mit eigener Infrastruktur genutzt.“

⁶⁶ Nach der Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 17.02.2004 (a.a.O.), S. 317 ist von einer räumlichen Begrenzung der Dienstangebote auf bis zu 15.000 qkm auszugehen. Auch aus heutiger Sicht sind keine gegenteiligen Anhaltspunkte zu erkennen.

⁶⁷ Beschluss der 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 9. Oktober 2000 in dem Verwaltungsverfahren B7 – 64203 – U – 168/00, Tz. 11.

⁶⁸ Beschluss der 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 9. Oktober 2000 in dem Verwaltungsverfahren B7 – 64203 – U – 168/00, Tz. 12.

⁶⁹ Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 17.02.2004 über das Verfahren zur Vergabe von Frequenzen für weitbandigen Betriebs-/Bündelfunk (Amtsblatt Nr. 7 vom 31.03.2004, Vfg. Nr. 6/2004), S. 315.

⁷⁰ Beschluss der 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 9. Oktober 2000 in dem Verwaltungsverfahren B7 – 64203 – U – 168/00, Tz. 14.

Vor diesem Hintergrund wird weiterhin davon ausgegangen, dass Substitutionsbeziehungen zum Markt des digitalen zellularen Mobilfunks wenig oder zu wesentlichen Teilen nur einseitig ausgeprägt sind.⁷¹ Insofern bilden Bündelfunk und digitaler zellulärer Mobilfunk keinen gemeinsamen Markt.

d. Keine Einbeziehung von Satellitennetzen

Seitens der Bundesnetzagentur sind Frequenzzuteilungen für die Mobilfunksatellitensysteme Thuraya, Iridium, Inmarsat, Space Checker und Euteltracs ausgesprochen worden.

Die Satellitensysteme Space Checker, Euteltracs und Orbcomm ermöglichen nur Übertragungen mit niedrigen Bitraten und sind nicht für eine Sprachkommunikation ausgelegt. Eine Einbeziehung in den hier sachlich relevanten Markt kommt daher auch künftig nicht in Betracht.

Die Satellitensysteme Thuraya, Inmarsat (geostationäre Systeme), Iridium und Globalstar (umlaufende Systeme) ermöglichen Sprachkommunikation in Echtzeit. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass es pro System weniger als 1000 Teilnehmer gibt, sodass es sich bei der (landgestützten) Mobilkommunikation über Satelliten in Deutschland um einen Nischenmarkt handelt. Bei Inmarsat liegt der Schwerpunkt im maritimen und aeronautischen Bereich. Dabei handelt es sich überwiegend um nichtöffentliche Anwendungen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass GSM-/UMTS-Mobilfunk und Satellitenfunk keine relevanten Substitutionsbeziehungen aufweisen und insofern keinen gemeinsamen Markt bilden.

e. Einbeziehung von MVNO-Netzen

In die vorliegende Untersuchung werden diejenigen Betreiber von MVNO-Geschäftsmodellen einbezogen, die gegenüber Dritten als Anbieter von Terminierungsleistungen in ihr eigenes virtuelles Mobilfunknetz auftreten und die entsprechenden Terminierungsentgelte unabhängig von ihrem mobilen Gastnetzbetreiber eigenständig mit den Nachfragern der entsprechenden Terminierungsleistungen verhandeln.

Dies ist in der Regel der Fall bei dem so genannten Full-MVNO/MVNE-Geschäftsmodell. Wie bereits beschrieben, ist dafür neben dem eigenen Angebot kennzeichnend, dass ein Full-MVNO außer der Funkschnittstelle und den Basisstationen die erforderlichen Netzkomponenten selber abbildet. In der Wertschöpfungsstufe stehen sie einem Mobilfunknetzbetreiber daher am nächsten. Neben der Ausgabe von eigenen SIM-Karten verfügt ein Full-MVNO sowohl über einen eigenen Mobilfunkcode als auch über eigene Mobilfunknetz-Schnittstellen. Aufgrund dieser Ausstattung ist er in der Lage, das Routing der Verkehrsmengen fast vollständig selber zu übernehmen. Weiter bilden diese Voraussetzungen die Grundlage dafür, dass Full-MVNOs auf dem hier relevanten Vorleistungsmarkt als Anbieter von Mobilfunkterminierungen auftreten und unabhängig von ihrem Gast-Mobilfunknetzbetreiber Verhandlungen mit anderen Netzbetreibern führen und selbständig die entsprechenden Vereinbarungen über die zu entrichtenden Terminierungsentgelte treffen können. Den übrigen Marktteilnehmern stehen sie daher vergleichbar einem Mobilfunknetzbetreiber als Anbieter von Mobilfunkterminierungsleistungen in ihr eigenes virtuelles Mobilfunknetz einerseits und als Nachfrager von Mobilfunk- bzw. Festnetzterminierungsleistungen [BuG] andererseits auf der Vorleistungsebene gegenüber. Auf dem Endkundenmarkt sind sie für Mobilfunkendkunden kaum von den übrigen mit Lizenzen ausgestatteten Mobilfunknetzbetreibern unterscheidbar.

⁷¹ Diese Auffassung wird auch vom Verband „Professioneller Mobilfunk e.V.“ geteilt, der in o.a. Schreiben lediglich die „Substitution einiger Nutzer“ für wahrscheinlich hält.

Vor diesem Hintergrund sind Full-MVNOs als relevantes Produkt bzw. Geschäftsmodell in den vorliegenden Markt einzubeziehen.

Bei der vorliegenden Marktuntersuchung bleiben (Enhanced) Service Provider und so genannte „light“ MVNO außen vor, denn sie bieten nicht eigenständig Terminierungsleistungen auf dem hier maßgeblichen Vorleistungsmarkt an und verhandeln infolgedessen auch nicht unabhängig Terminierungsentgelte bzw. treffen keine Zusammenschaltungsvereinbarungen mit anderen Netzbetreibern.⁷² Ein in einem Mobilfunknetzbetreiber vergleichbares Tätigwerden ist auch deshalb nicht zu bejahen, weil sie nicht über eigene SIM-Karten verfügen und daher keinen eigenen Zugang in ein eigenes virtuelles Mobilfunknetz haben.

Auf dem deutschen Mobilfunkmarkt erfüllen sowohl die Vistream GmbH als auch seit Juli 2008 die ring mobilfunk GmbH die Voraussetzungen eines Full-MVNO-Geschäftsmodells.

Die Vistream GmbH ist Betreiberin eines virtuellen Mobilfunknetzes auf der Basis eines im Mai 2005 abgeschlossenen Netznutzungsvertrags mit E-Plus. Als Full-MVNO betreibt sie unter anderem ein [BuG]. Vistream ist exklusiver Nutzer der Rufnummern 01570. Das Geschäftsmodell der Vistream besteht im Entwickeln und Betreiben individueller Mobilfunkangebote für Markenpartner (so genannte „Branded Retailer“), wobei die Endkundenbeziehung bei der Vistream verbleibt. Die Terminierungsleistungen in das von der Vistream betriebene Mobilfunknetz werden von der Vistream allein erbracht. Die Preise für Terminierungsleistungen in ihr MVNO-Netz werden ebenfalls eigenständig durch die Vistream festgelegt. Vistream verfügt über eigene SIM-Karten, auf die sie ausschließlich Zugriff hat. Damit ist Vistream wie ein unabhängiger Mobilfunknetzbetreiber auf dem hier maßgeblichen Vorleistungsmarkt tätig, was die Einbeziehung des virtuellen Netzes der Vistream in die vorliegende Marktuntersuchung rechtfertigt.

Die ring mobilfunk GmbH hat ebenfalls ihren Netznutzungsvertrag mit E-Plus abgeschlossen. Im Übrigen ist ihr Geschäftsmodell mit dem der Vistream vergleichbar: sie betreibt wesentliche, für die Erbringung von Mobilfunkleistungen erforderliche Netzelemente und tritt auf dem Mobilfunkendkundenmarkt vergleichbar einem Mobilfunknetzbetreiber mit einem eigenen Produktportfolio auf. Die für die Einbeziehung in den vorliegenden Markt maßgeblichen Kriterien wie das Anbieten und eigenständige Verhandeln von Terminierungsleistungen liegen ebenfalls vor.

2. Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Die Abgrenzung des Marktes ist zunächst anhand der Austauschbarkeit von Gütern aus Nachfragersicht vorzunehmen. In diesem Zusammenhang wird untersucht, inwieweit die Kunden (Verbraucher) bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen.⁷³ Die Austauschbarkeit von Produkten wird vor allem durch deren Eigenschaften und den ihnen zgedachten Verwendungszwecken bestimmt. Entscheidend ist daher, dass alle Produkte zusammengefasst werden, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.⁷⁴ Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden.⁷⁵ Umgekehrt können Dienstleistungen, welche an sich denselben Zweck erfüllen können, wegen der unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck dennoch unterschiedlichen Produktmärkten zugeordnet werden. Daher spielen rein physische Eigenschaften bei der Marktabgrenzung nur eine untergeordnete Rolle. Die Austauschbarkeit fehlt jedoch eindeutig, wenn Produkte aufgrund ihrer be-

⁷² Siehe dazu auch schon Kapitel B.II.3.

⁷³ Leitlinien, Rn. 39.

⁷⁴ Leitlinien, Rn. 44.

⁷⁵ Leitlinien, Rn. 45.

sonderen technischen Eigenschaften nicht durch andere ersetzt werden können.⁷⁶ Ausschlaggebendes Kriterium bleibt neben den äußeren Merkmalen die Verwendbarkeit der Produkte für den jeweiligen Kundenkreis.⁷⁷

a. Zusammenfassung von Terminierungen in einzelnen Mobilfunknetzen

Für die Untersuchung von Anruferzustellung in einzelnen (virtuellen) Mobilfunknetzen stellt sich die Frage, ob die einzelnen Netze der in Deutschland tätigen (virtuellen) Mobilfunknetzbetreiber verschiedenen sachlich relevanten Märkten angehören oder einheitlich unter einem gemeinsamen Markt zu betrachten sind.

Diese Untersuchung wurde bereits in der letzten Marktabgrenzung durchgeführt. Die dort gemachten Ausführungen treffen nach wie vor auf die derzeitigen Marktgegebenheiten zu. Da in der Zwischenzeit auch die virtuellen Mobilfunknetzbetreiber Vstream und ring auf dem Vorleistungsmarkt tätig sind und vergleichbar einem Mobilfunknetzbetreiber agieren, gelten für die virtuellen Mobilfunknetze der Vstream und der ring die nachfolgenden Erläuterungen entsprechend:

Mittels der Terminierung eines Gesprächs in einem Mobilfunknetz wird die angewählte Verbindung zu einem bestimmten Teilnehmer hergestellt. Daraus ergibt sich, dass die Terminierung zu einem bestimmten Teilnehmer nicht mit der Terminierung zu einem anderen Teilnehmer austauschbar ist.⁷⁸ Der das Gespräch initiiierende Endkunde will nur mit dem einen, bestimmten Gesprächspartner Kontakt aufnehmen. Eine Verbindung zu einem anderen Teilnehmer kommt daher aus seiner Sicht nicht in Frage.

Das gleiche gilt im Prinzip auch für den Netzbetreiber, der die Terminierung bei einem anderen Netzbetreiber nachfragt.⁷⁹ Er wird von seinem Kunden beauftragt, die Verbindung zu dem Kunden des anderen Netzbetreibers herzustellen, und zwar über den von dem Kunden vorgegebenen Weg. Da der Telefonkunde über die Wahl der Telefonnummer das Netz bestimmt, in das sein Gespräch terminiert werden soll, bleibt dem Nachfrager auf der Vorleistungsebene, also dem Netzbetreiber des Telefonkunden, keine andere Möglichkeit, als diese Terminierung bei dem anderen Netzbetreiber nachzufragen.⁸⁰ Aus der Sicht des nachfragenden Netzbetreibers ist daher eine konkrete Verbindung nicht mit einer anderen austauschbar. Hinzu kommt, dass der Endkundendienst Telefongespräch und die Vorleistungsterminierung in einer festen eins-zu-eins-Relation zueinander stehen. Dadurch ergibt sich eine direkte Relation zwischen dieser Endkundennachfrage und der Vorleistungsnachfrage.

Die isolierte Betrachtung nach dem Bedarfsmarktkonzept führt zunächst zu einem Markt, der mit der jeweiligen Verbindung zu einem konkreten Teilnehmer identisch ist.⁸¹ Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahlreicher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen.⁸²

⁷⁶ EuG, Urteil v. 12.12.1991, Rs. T-30/89, *Hilti*, Slg. 1991, II-1439, Rn. 69.

⁷⁷ Vgl. Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts; Abl. EG 1997, C-372, S. 5, Rn. 36; EuGH, Urteil v. 13.2.1979, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, Rn. 28; *Jung*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Band I, 2001, Art. 82, Rn. 32; *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zu EUV/EGV, Band 2, 2003, Art. 82, Rn. 133.

⁷⁸ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 32; Commission staff working document Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

⁷⁹ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 32.

⁸⁰ Vgl. Leitlinien, Abl. EG 2002, C-165, S. 6, Fn. 69.

⁸¹ Vgl. Beese/Müller, Rtkom 2001, S. 83 (85).

⁸² Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuW/E OLG 3759, 3759 f.

Zudem fragt der Netzbetreiber, in dessen Netz das Gespräch initiiert wird, nicht jede einzelne Terminierung in der Weise nach, wie es der technischen Herstellung der Verbindung entspricht. Vielmehr wird im Rahmen von Großhandelsbeziehungen zwischen den Netzbetreibern die Gesamtheit der anfallenden Terminierungen nachgefragt und angeboten. Anknüpfungspunkt nach dem Bedarfsmarktkonzept ist das Zielnetz, in das die Terminierung vorgenommen wird. Die nachfragenden Netzbetreiber sehen alle Terminierungen in das Zielnetz als einheitlichen Vorgang an. Für sie sind die individuellen Teilnehmeranschlüsse bei der Auswahl der Netze, mit denen sie Zusammenschaltungen herstellen, nicht entscheidend. Vielmehr fragen sie sämtliche erreichbaren Terminierungsmöglichkeiten beim Abschluss von Zusammenschaltungsverträgen nach.⁸³

Die jeweils einzeln hergestellte Gesprächsverbindung löst zwar einen Abrechnungsvorgang aus, der die Terminierung nach ihrer Zeitdauer erfasst. Allerdings ist für das Nachfrageverhalten der Netzbetreiber nicht jede einzelne Terminierung entscheidend, sondern das Gesamtvolumen aller Verbindungen, die zu einem Netz in einem bestimmten Zeitraum anfallen. Aufgrund dieser Verbindungsmengen werden die Entgelte für die Einzelterminierungen und die Zusammenschaltungsleistungen festgelegt.

Somit können alle Terminierungen, die in einem Netz ausgeführt werden, zu einem Produkt zusammengefasst werden, ohne dass zu berücksichtigen ist, in welchem Netz die Verbindungen generiert worden sind.⁸⁴

Zwar können für unterschiedliche Ausgangsnetze unterschiedliche Terminierungsentgelte verlangt werden. Für die Frage der Marktabgrenzung muss es aber per se keinen Unterschied machen, wenn Anbieter für ein Produkt von verschiedenen Nachfragern unterschiedliche Preise verlangen. Preisdifferenzen alleine konstatieren noch keinen eigenen Markt. Allerdings können erhebliche Preisunterschiede für Terminierungen von unterschiedlichen Ausgangsnetzen im Zusammenspiel mit anderen Faktoren letztlich auf eine engere Marktabgrenzung hinweisen, die im vorliegenden Fall auf unterschiedliche Herkunftsnetze bezogen wäre. Dies ist jedoch im Mobilfunksektor in der Bundesrepublik Deutschland nicht der Fall, da die Terminierungen der Mobilfunknetzbetreiber in deren Netze jeweils gleich bepreist und die Terminierungsentgelte damit unabhängig vom Ausgangsnetz erhoben werden. Eine Unterscheidung nach Preisen besteht nur in Bezug auf Homezone-Produkte, die allerdings die Terminierungsentgelte nicht nach Herkunftsnetz, sondern nach der Zielrufnummer differenzieren.

b. Substitute

Ferner könnten weitere, technisch unterschiedliche Produkte in den Markt hinzuzuziehen sein, sofern sie hinreichend austauschbar sind. Eine Austauschbarkeit von Terminierungsleistungen eines Netzbetreibers könnte in Frage kommen, wenn zumindest ein Teil der Nachfrager in der Lage wäre, durch Anpassungen die Terminierung durch ein anderes Mittel zu ersetzen. Möglich wäre dies etwa, wenn Mobilfunknetzbetreiber auf die Informationen von SIM⁸⁵-Karten der Kunden anderer Netzbetreiber zugreifen könnten. Diese Mobilfunknetzbetreiber könnten die Verbindungen dann selbst terminieren und die Terminierung anderen Betreibern anbieten. Ebenso wie schon in der Analyse zu Markt Nr. 16 hat sich auch im Rahmen der zu Markt Nr. 7 durchgeführten Untersuchungen ergeben, dass auch derzeit solche Alternativen im Mobilfunksektor in der Bundesrepublik Deutschland nicht bestehen. Die befragten Unternehmen haben übereinstimmend angegeben, dass sie einerseits keinen Zugriff

⁸³ Vgl. Koenig/Vogelsang: Gutachten Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Bereich der Mobilfunkterminierung (Markt Nr. 16 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte), 04.10.2004, S. 20.

⁸⁴ Vgl. Commission staff working document Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

⁸⁵ Abkürzung für Subscriber Identity Module.

auf die SIM-Karten anderer Betreiber haben und andererseits auch selber anderen Unternehmen keinen Zugriff auf die eigenen SIM-Karten gewähren.

Prinzipiell sind auch Substitutionsmöglichkeiten über Voice over Internet Protocol (VoIP) für den Bereich des Mobilfunks denkbar. Beispielhaft sei das folgende Szenario für die Auswirkungen von VoIP erläutert: Der Anrufer erreicht den Angerufenen statt z.B. über eine 0177xy-Rufnummer unter einer 032er-Rufnummer. Dies setzt voraus, dass der Angerufene auf seinem UMTS-Endgerät einen VoIP-Client installiert hat und damit online ist. Der Anruf wird sodann über das Datennetz des Mobilfunknetzbetreibers dem Angerufenen zugestellt und stellt somit ein Substitut für die klassische, leitungsvermittelte Anrufzustellung dar, für das keine Terminierungsentgelte erhoben werden. Allerdings haben die Mobilfunknetzbetreiber bereits in der Vergangenheit solche Anwendungen ausgeschlossen und agieren mit zunehmender Relevanz von VoIP-Produkten nach wie vor auf die gleiche Weise: So hat sich in der Überprüfung erneut gezeigt, dass Vodafone eine „Voice-over-IP“-Nutzung für die Datentarifoptionen bzw. Daten-Flatrates Vodafone WebConnect Volume, Vodafone Time, Vodafone MobileConnect Volume L, Mobile Connect-Flat sowie Mobile Connect Flat Plus (für GPRS- und UMTS-Nutzung) nicht gestattet.⁸⁶ Ebenso ist bei T-Mobile die VoIP-Nutzung in den web'n'walk-Datentarifen nicht möglich.⁸⁷ Auch E-Plus⁸⁸ und O₂⁸⁹ haben bei ihrer Daten-Flatrate die Nutzung von „Voice-over-IP“ ausgeschlossen. Eine solche Möglichkeit, sofern sie denn technisch umgesetzt und zu Preisen angeboten würde, die eine Substitution für den Endkunden attraktiv erscheinen lassen, wird daher von den Mobilfunknetzbetreibern unterbunden.

Denkbar ist zudem, dass VoIP-Calls mittels Funktechnologien wie WLAN oder BWA (WiMAX) auf Mobilfunkendgeräte von Endkunden zugestellt werden, wobei es zu einer vollständigen Substitution der Terminierungsleistung durch den Betreiber alternativer Datennetze kommen könnte. Bei diesem Szenario trügen der Anrufende und der Angerufene die Kosten des Gesprächs. Dies würde eine Aufbrechung des Calling-Party-Pays-Prinzips bedeuten. Wie und zu welchen Preisen in solchen Fällen die Terminierung auf die Mobilfunkendgeräte gestaltet würde, ist jedoch nicht bekannt.

Aus diesem Grunde werden VoIP-Dienste derzeit nicht als mögliche Substitute gewertet. Sollten künftig VoIP-Dienste in einer Form möglich sein, dass bei der Terminierung auf Mobilfunkendgeräte die Mobilfunknetzbetreiber gänzlich umgangen werden können und hierdurch die Annahme gerechtfertigt sein sollte, dass die jetzt festgestellten Ergebnisse nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen, könnte eine diesbezügliche Überprüfung von Marktdefinition und -analyse nach § 14 Abs. 1 Alt. 1 TKG erforderlich werden.

Gleichzeitig haben jedoch nahezu alle Mobilfunknetzbetreiber in der nationalen Konsultation vorgetragen, dass die „ein-Netz-ein-Markt“-Theorie nicht anwendbar bzw. unzutreffend in Bezug auf den vorliegenden Markt sei und nicht jedes Mobilfunknetz einen gesonderten eigenen Markt darstelle. Stattdessen wäre vielmehr von einem gemeinsamen Mobilfunkmarkt aller bestehenden Mobilfunknetze auszugehen.

Wie die Prüfungen der Bundesnetzagentur sowohl in der ersten als auch in dieser zweiten Runde der Marktanalyse von Markt Nr. 16 bzw. Nr. 7 gezeigt haben, sind die Terminierungsleistungen der jeweiligen Netze aber nicht untereinander austauschbar. **[BuG]. [BuG].**

⁸⁶ <http://www.vodafone.de/infofaxe/428.pdf>; <http://www.vodafone.de/infofaxe/571.pdf>, Stand Juli 2008.

⁸⁷ http://www.t-mobile.de/downloads/tarife/t-mobile_gesamtpreisliste_juli_2008_v2.pdf; Vgl. auch <http://www.heise.de/newsticker/T-Mobile-will-VoIP-Programm-fuer-iPhone-verbieten-/meldung/11089>, Stand 14.07.2008.

⁸⁸ http://www.eplus.de/tarife/13/13_11/13_11.asp, Stand 17.07.2008.

⁸⁹ <http://shop2.o2online.de/nw/assets/tabellen/packs/datentarife/popup/popup-haupt-artikel.html>, Stand 17.07.2008.

So hat das Bundesverwaltungsgericht zur Festlegung vom 30.08.2006 des vorliegend in Rede stehenden Marktes ausgeführt, das die Bundesnetzagentur die Marktdefinition in Anwendung der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts, insbesondere der Austauschbarkeit auf Nachfrageseite und der Angebotsumstellungsflexibilität, unter erschöpfender Berücksichtigung der ihr zugänglichen tatsächlichen Erkenntnisse nachvollzogen und auch im Hinblick auf die spezifischen deutschen Marktverhältnisse bestätigt hat.⁹⁰

Weitere, derzeit technisch realisierte Substitutionsmöglichkeiten oder andere Erkenntnisse, die zu einer anderen Marktdefinition führen könnten, sind nicht bekannt und von den Mobilfunknetzbetreibern im Übrigen auch nicht konkret aufgezeigt worden. Solange Terminierungen in das Netz eines Mobilfunknetzbetreibers nicht durch einen anderen Betreiber ersetzt werden können, ist die Betrachtung von Einzelnetzen angemessen, weil keine Substitutionsmöglichkeiten zur Vermeidung hoher Terminierungsentgelte bestehen und zudem wegen des CPP-Prinzips negative externe Effekte für die anrufenden Teilnehmer entstehen.

c. Besonderheiten der Homezone-Produkte

Im Weiteren werden Homezone-Produkte betrachtet. Ein derartiges Geschäftsmodell ermöglicht Mobilfunkendkunden mit einer Homezone-Option, über eine geografische Rufnummer zu denselben Tarifen anrufen und angerufen werden zu können, die auch für „echte“ Festnetznummern gelten. Mobilfunknetzbetreiber ermöglichen ihren Endkunden auf diese Weise ein integriertes Fest- und Mobilfunkpaket.

Ein Mobilfunkpaket mit einer hinzu gebuchten Homezone-Option ist gekennzeichnet durch zwei Terminierungsvarianten. Wird der Anruf über eine Mobilfunknummer getätigt, gelten die obigen Ausführungen uneingeschränkt. Im Fall der geographischen Rufnummer wird die Zuweisung des Anrufs an den Mobilfunkendkunden, der sich in der Homezone befindet, zunächst wie jede andere Terminierungsleistung zu einer geografischen Rufnummer initiiert, d.h. dass der Netzbetreiber des Anrufers über eine Abfrage der Rufnummerndatenbank die Kennziffer des Netzbetreibers erfährt, dem die geografische Rufnummer auf dieser Zusammenschaltungsebene zugeordnet ist. Dabei handelt es sich bei Homezone-Produkten regelmäßig um den Verbindungsnetzbetreiber, der im Hinblick auf die Homezone-Produkte Vertragspartner der Mobilfunknetzbetreiber O₂, T-Mobile bzw. Vodafone ist. Dieser als zuständig erkannte Verbindungsnetzbetreiber übernimmt zunächst die Verbindung. Bei dieser Übergabe handelt es sich aber nicht um eine Festnetzterminierung, auch wenn sich dies für den Ausgangsnetzbetreiber abrechnungstechnisch so darstellt. Vielmehr ist diese Leistung als „Scheinterminierung“ zu bezeichnen, denn der Verbindungsnetzbetreiber stellt das Gespräch nicht dem Angerufenen zu, sondern sorgt nach Umwandlung der Festnetznummer in eine Mobilfunknummer für die Weiterleitung des Anrufes in das entsprechende Mobilfunknetz.⁹¹ Der Mobilfunknetzbetreiber übernimmt den Verkehr und stellt das Gespräch zu seinem eigenen Endkunden durch. Die eigentliche Terminierungsleistung erfolgt demnach nicht in das Netz des Vertragspartners des jeweiligen Mobilfunknetzbetreibers, sondern in das entsprechende Mobilfunknetz. Entscheidend für die Zuordnung ist nicht der technische Ablauf vor der Übergabe in das Mobilfunknetz, sondern die Terminierung auf das Endgerät des Teilnehmers. Diese wird aber weiterhin von den Mobilfunknetzbetreibern angeboten und kann auch nicht umgangen werden.

Je nachdem, ob der Anruf über eine geografische Rufnummer oder über eine Mobilfunknummer erfolgt, zeigt sich der Unterschied zwischen diesen Varianten zwar in der Bepreisung. Wie schon im Rahmen der Analyse zu Markt Nr. 16 der Märkteempfehlung 2003 aufgezeigt wurde, kommt dieser Bepreisung jedoch keine entscheidende Bedeutung für die vor-

⁹⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 16.07, S. 14, Rn.26.

⁹¹ Vgl. Konsultationsentwurf zu Markt Nr. 3, Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 13 vom 16.07.2008, Mitteilungs.-Nr. 367, S. 1596.

genommen Marktabgrenzung zu. Dies ergibt sich daraus, dass der nachfragende Netzbetreiber keinen Einfluss darauf hat, welche Telefonnummer sein Kunde auswählt. Anders gesagt: Hätte der nachfragende Netzbetreiber selber die Wahl, weil ihm beide Nummern bekannt wären, würde er aus Kostengründen regelmäßig die geographische Rufnummer anwählen.

Aus Sicht der Bundesnetzagentur finden sich nach wie vor keine Belege dafür, dass die Kunden ihr Netz vorwiegend aufgrund der Kosten für eingehende Anrufe auswählen. Denn die günstigeren Preise für eingehende Anrufe sind nur ein Teil der Homezone-Produkte. Für Homezone-Kunden sind die Tarife für abgehende Anrufe aus der Homezone erheblich günstiger gegenüber den üblichen Mobilfunktarifen. Wie im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung gezeigt wird, sind aber die Kosten für eingehende Anrufe für die Kunden von nachrangiger Bedeutung. Dies spielt an dieser Stelle auch deshalb keine Rolle, weil das Calling-Party-Pays-Prinzip durch die Homezone-Variante nicht durchbrochen wird.

T-Mobile weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, **[BuG]** bliebe nach außen der Charakter der Scheinterminierung im Netz der T-Home erhalten.

O₂ trägt vor, dass mit **[BuG]** und daher eine Abgrenzung von Einzelnetzen hinfällig sei. Auch habe der Anrufer eine Alternative zur Mobilfunkterminierung. Für den Endkunden spiele die Möglichkeit, günstig terminieren zu lassen, eine wichtige Rolle. Daher entschieden sich viele Endkunden **[BuG]** für das Produkt Genion, **[BuG]**.

Vodafone ist der Ansicht, dass der Nutzung von Vodafone Zuhause keine Mobilfunkterminierung zugrunde liege. In keinem Fall ließen sich „gewöhnliche“ Mobilfunkterminierungen und solche Terminierungen, bei denen der Anruf auf eine geographische Rufnummer erfolge und dann erst an den Mobilfunknetzbetreiber weitergeleitet würden, als austauschbar betrachten.

Vodafone geht davon aus, dass die Bepreisung bei der Marktabgrenzung eines Produktes das wichtigste Kriterium im Rahmen der Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes sei. Auch spreche der Erfolg der Homezone-Produkte deutlich gegen die Behauptung, dass die Preise für die Terminierung für den Kunden bei der Wahl eines Netzes nur eine untergeordnete Rolle spielten. Ferner hat Vodafone erläutert, dass der Erfolg des Homezone-Modells vor allem damit zusammenhängt, dass die Endkunden innerhalb der Homezone zu Festnetzentgelten (und damit wesentlich günstiger) anrufen können.

Vodafone führt in seiner Stellungnahme aus, dass es unzutreffend sei, dass die Endkunden keine Möglichkeit hätten, nur Homezone-Varianten eines Mobilfunkproduktes mit geographischer Rufnummer als eigenständiges Produkt ohne einen Mobilfunkanschluss zu erwerben. Mit Vodafone Zuhause Festnetz Flat könnten Vodafone-Kunden ein eben solches Produkt vollkommen unabhängig von einem herkömmlichen Mobilfunkanschluss nutzen. Die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur sei mithin auch in diesem Punkt fehlerhaft.

Vodafone bietet seit Kurzem tatsächlich ein Produkt mit geographischer Rufnummer an, bei dem die Endkunden nur innerhalb der Homezone und nicht vollständig mobil telefonieren können. Somit handelt es sich hiermit um eine teilweise mobile Option, mit der aber eine Umgehung der Mobilfunkterminierung nicht möglich ist. Denn der Endkunde benötigt nach wie vor einen Mobilfunkanschluss und damit auch eine SIM-Karte des Mobilfunknetzbetreibers. Auch diese Variante führt damit nicht zu einer technisch oder funktional anderen Terminierungsleistung. Denn auch in diesem Fall ist der Mobilfunkterminierung eine sog. „Scheinterminierung“ über das Verbindungsnetz des Kooperationspartners vorgeschaltet, der aber letztlich eine Terminierung in das jeweilige Mobilfunknetz der Homezone-Anbieter folgen muss, damit die Verbindung zum Endkunden aufgebaut werden kann.

Die Bundesnetzagentur hat bereits in ihrer Festlegung vom 30.08.2006 dargelegt, warum sie davon ausgeht, dass die Bepreisung der Terminierungsleistungen beim Homezone-Modell nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Marktabgrenzung zu Zwecken der sektorspezifischen Vorabregulierung muss nämlich in besonderem Maße Zurückhaltung walten lassen, soweit es um vorgefundene Vertriebsstrategien des potenziell zu regulierenden Unternehmens geht: Verfügt dieses Unternehmen wegen seiner marktbeherrschenden Stellung und der hohen (in diesem Fall sogar absoluten) Marktzutrittsschranken über einen privilegierten Zugriff auf bestimmte Vorleistungen, so könnte es die Nutzung dieser Vorleistungen unterschiedlichen Nachfragern zu unterschiedlichen Konditionen anbieten, ohne dass dies durch möglicherweise wettbewerbskonforme Gründe (Preisdifferenzierung aufgrund unterschiedlicher Preiselastizität, unterschiedlicher Mengenabnahme etc.) gerechtfertigt ist. Dass ein potenziell zu regulierendes Unternehmen ein technisch identisches Produkt zu unterschiedlichen Konditionen anbietet, kann im vorliegenden Fall nicht im selben Maße zur Annahme unterschiedlicher Märkte führen wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht. Dementsprechend kommt der technischen Ausgestaltung einer Vorleistung hier größere Bedeutung zu als im allgemeinen Wettbewerbsrecht.

Die Parteien, die Homezone-Modelle anbieten, haben insgesamt keine neuen Argumente oder Tatsachen aufgezeigt, die zu einer anderen Einschätzung der Bundesnetzagentur führen würden. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil bestätigt, dass diese Wertung innerhalb des der Bundesnetzagentur zustehenden Beurteilungsspielraums liegt.⁹²

Im Übrigen ist auch der Erfolg der „no-frills-Verträge“⁹³ sowie der Verträge mit Flatrates oder Minutenpaketen⁹⁴ ein weiterer Beleg dafür, dass für die Kunden die Preise für die eigenen (abgehenden) Anrufe sehr wichtig sind. So führt z.B. O₂ in einer Pressemitteilung vom 14.05.2008 aus, dass das starke Kundenwachstum insbesondere bei der Discountmarke Fonic zu verzeichnen sei. Vertragskunden würden zudem über günstige Inklusivpakete gewonnen und die angestiegene Mobilfunknutzung sei auf Flatrate-Angebote zurückzuführen.

Ein gesonderter Markt für die Terminierungen zur Homezone ist auch nicht unter dem Aspekt von preislichen Differenzen des Produkts zu rechtfertigen. Die Bundesnetzagentur geht weiterhin davon aus, dass die Preise bei der Terminierung in die Mobilfunknetze der Homezone-Anbieter nur eine untergeordnete Rolle spielen.

An der Zugehörigkeit der Homezone-Varianten zu den jeweiligen Mobilfunknetzen der Homezone-Anbieter ändert auch die Tatsache nichts, dass der Homezone-Kunde eine Rufnummer aus dem Festnetz des Vertragspartners zugeteilt bekommt. Denn ein Anruf auf die geographische Rufnummer wird nicht auf einen Festnetzanschluss des Endkunden gestellt, sondern auf dessen Mobiltelefon. Technisch gesehen handelt es sich um einen Teilnehmeranschluss über eine Luftschnittstelle auf der Basis von Mobilfunktechnologie. Somit erfolgt die Zustellung des Anrufes zum Kunden nicht in das Festnetz des Vertragspartners, sondern in das jeweilige Mobilfunknetz. Im Festnetz des Vertragspartners wäre der Kunde ohne die Weiterleitung in das jeweilige Mobilfunknetz der Homezone-Anbieter nicht erreichbar.

Da sich seit Einführung des Homezone-Geschäftsmodells durch O₂ und erstmaliger Analyse des Produkts im Rahmen der Festlegung der Präsidentenkammer außer dem Hinzutreten weiterer Anbieter keine (technischen) Änderungen ergeben haben, wird aus o.g. Grund auch gegenwärtig wie schon zuvor kein getrennter Markt für die Homezone-Produkte angenommen. Die beiden Varianten im Endkundenprodukt führen nicht zu einer technisch anderen

⁹² Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 15.07, S. 16, Rn. 28 ff.

⁹³ No-Frills bedeutet Angebote ohne Extras. Anders als bei klassischen Mobilfunkangeboten zeichnen sich Angebote im No-Frills-Mobilfunksegment dadurch aus, dass sie häufig per Internet oder Telefon abgewickelt werden und es keine subventionierten Handys gibt. Das Gebührenschema ist einfach gehalten, indem keine Unterscheidung der Minutenpreise nach Mobilfunknetzen oder Tageszeiten erfolgt.

⁹⁴ Je nach Vertrag in das Festnetz, das eigene Mobilfunknetz und/oder fremde Mobilfunknetze.

Terminierungsleistung. Die Tatsache, dass der Mobilfunkterminierung eine sog. „Scheiterminierung“ über das Verbindungsnetz des Kooperationspartners vorgeschaltet ist, ändert nichts daran, dass letztlich eine Terminierung in das jeweilige Mobilfunknetz der Homezone-Anbieter erfolgen muss, damit die Verbindung zum Endkunden aufgebaut werden kann.

Des Weiteren ist es den Endkunden nicht möglich, nur die Homezone-Variante mit geographischer Rufnummer als eigenständiges Produkt und/oder ohne einen Mobilfunkanschluss zu erwerben. Zudem werden die Homezone-Produkte auch im Bereich der geographischen Rufnummer über die jeweiligen Mobilfunknetze realisiert bzw. zugestellt. Somit gehört das Homezone-Produkt in beiden Varianten zu den Mobilfunkprodukten der Mobilfunknetzbetreiber. Dies bedeutet, dass auch die Anrufzustellung für die geographische Rufnummer keinen eigenständigen Markt bildet, sondern Teil des Marktes Anrufzustellung im Mobilfunknetz der jeweiligen Anbieter ist.⁹⁵

Im Ergebnis lassen sich aus Sicht der Netzbetreiber alle Terminierungen zu einem Produkt zusammenfassen, für die eine einheitliche vertragliche Beziehung zu einem Mobilfunknetzbetreiber besteht. Weiterhin lässt sich somit festhalten, dass die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht für den sachlich relevanten Markt der Terminierung in individuellen Mobilfunknetzen – unabhängig von der Herkunft der Verbindung – spricht.

d. Abgeleitete Substitutionsmöglichkeiten

Der Umstand, dass die Vorleistungsnachfrage direkt von der Nachfrage auf dem Endkundenmarkt abgeleitet ist, erfordert die Prüfung, ob es auf der Endkundenebene Möglichkeiten zur Umgehung der Terminierungsleistungen gibt und dadurch ggf. die Wettbewerbsbedingungen auf der Vorleistungsebene beeinflusst werden können. Sofern solche Substitutionsmöglichkeiten existieren, müssten sie mit in den Markt aufgenommen werden. Dies würde jedoch voraussetzen, dass der Endkunde das Calling-Party-Pays-Prinzip durchbrechen und somit die Höhe der Terminierungsentgelte beeinflussen kann.

Der Endkunde hat die Möglichkeit, einen Anruf in ein Mobilfunknetz zu vermeiden und stattdessen den Festnetzanschluss des gewünschten Teilnehmers anzurufen. Diese Alternative besteht jedoch nur dann, wenn der Anrufer den gewünschten Teilnehmer in der Nähe (s)eines Festnetzanschlusses weiß. Ein echtes Substitut stellt sie jedoch nicht dar, da der sofortige und vom Aufenthaltsort des Angerufenen unabhängige Kontakt wesentlicher Zweck für einen Anruf zu einem Mobiltelefonanschluss ist.⁹⁶

Wie auch bereits in der ersten Marktanalyse erläutert wurde, kann der Anrufer die Terminierungsentgelte auch nicht dadurch umgehen, dass er statt Verbindungen in andere Mobilfunknetze nur netzinterne Verbindungen initiiert. Dies funktioniert nur für den Fall, dass Angerufener und Anrufer zufällig einen Anschluss bei demselben Mobilfunknetzbetreiber haben. Ansonsten wäre zumindest ein weiterer Mobiltelefonanschluss bei einem der beiden Teilnehmer notwendig. Den Abschluss mehrerer Mobilfunkverträge mit verschiedenen Verträgen wird der Endkunde jedoch aufgrund der dadurch entstehenden Mehrkosten regelmäßig nicht wahrnehmen. Es handelt sich dabei um eine theoretisch bestehende Substitutionsmöglichkeit, die in der Praxis nicht durchzusetzen ist und infolgedessen auch keinen

⁹⁵ Das BVerwG hat im Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 15.07, S. 16 f. die Marktabgrenzung der Bundesnetzagentur in Bezug auf das Homezone-Produkt Genion von O₂ nicht als sachwidrig erachtet, insbesondere hat das Gericht festgestellt, dass die Wertung der Bundesnetzagentur, die die Genion-Terminierung als eine normale Mobilfunkterminierung erscheinen lasse, als Ausfluss des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums rechtlich hinzunehmen sei.

⁹⁶ Vgl. auch Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 43.

Wettbewerbsdruck auf dem Terminierungsmarkt entstehen lässt.⁹⁷ Ferner würde diese Möglichkeit auch die Kenntnis des Anrufers voraussetzen, wann es sich jeweils um eine netzinterne Verbindung handelt. Diese Erkennungsmöglichkeit unterliegt jedoch einer hohen Unsicherheit, weil seit Einführung der Nummernportabilität im Mobilfunk⁹⁸ die Zuordnung von Mobiltelefonnummern nicht mehr automatisch gegeben ist. Die Kunden können nicht mit Sicherheit und auf Anhieb erkennen, in welchem Netz ein Anruf terminiert wird bzw. welche Verbindungskosten anfallen. Dadurch ist es selbst informierten Verbrauchern nicht mehr möglich, eindeutig Terminierungsentgelte zuzuordnen. So könnte sich eine vermeintlich günstigere Substitutionsmöglichkeit auch ins Gegenteil verkehren.

Alternative mobile Kommunikationstechniken wie SMS, MMS oder Nachrichten und Gespräche über IP-Netzwerke stellen gleichfalls nach wie vor keine adäquaten Substitute für direkte Mobilfunkgespräche dar. Grund dafür ist zum einen die deutlich unterschiedlichen Funktionalität dieser Dienste (vgl. H.I.1). Zum anderen ist die Verfügbarkeit der IP-Produkte weiterhin eingeschränkt. **[BuG]**. Darüber hinaus könnten die Mobilfunknetzbetreiber die Terminierungsentgelte für diese Datendienste ebenfalls steuern.⁹⁹

Auch das Call-Back-Verfahren kommt zunächst als eine Möglichkeit für die Substitution von Mobilfunkterminierungen in Betracht.¹⁰⁰ Dabei wird der Anrufer von dem Angerufenen zurückgerufen, bevor eine Verbindung erstellt wird. Lohnenswert erscheint diese Variante jedoch nur, wenn die Terminierungsleistung in die eine Richtung wesentlich preiswerter ist als in die andere. Hinzu kommt, dass auf diese Weise der ursprünglich Angerufene als jetzt Anrufender die gesamten Verbindungsentgelte übernehmen müsste, da auch in diesem Fall das Calling-Party-Pays-Prinzip gilt. Es ist für ihn kein Anreiz zu einem solchen Verhalten zu erkennen, sofern es sich nicht um Familienmitglieder desselben Haushaltes handelt, bei denen alle Anrufe vom gleichen Budget gezahlt werden.

Zwar hat sich seit der letzten Analyse gezeigt, dass alle Mobilfunknetzbetreiber Flatrates oder Minutenpakete für Anrufe in das Festnetz anbieten und Kunden, sofern sie einen solchen Vertrag haben, ohne zusätzliche Kosten einen Rückruf in das Festnetz tätigen könnten. Aber auch diese Möglichkeit ist an eine Reihe von Bedingungen gebunden. So muss nicht nur zunächst der angerufene Mobilfunkkunde Nutzer einer Flatrate sein oder über ein Minutenpaket verfügen, dessen Kontingent noch nicht ausgeschöpft sein darf. Der Anrufende muss ferner auch wissen, dass der Angerufene einen solchen Vertrag hat und ihm hinlänglich gut bekannt sein, um diese Rückrufmöglichkeit nutzen zu können. Außerdem setzt diese Variante voraus, dass er an seinem Festnetzanschluss erreichbar ist, weil viele dieser Pakete/Flatrates keine Verbindungen in andere Mobilfunknetze vorsehen. Anrufer, für die diese Voraussetzungen nicht zutreffen, bzw. Anrufer aus einem anderen Mobilfunknetz können diese Möglichkeit wie bisher nicht in Anspruch nehmen.

Um ein echtes Substitut zu sein, müsste diese Möglichkeit das Verhalten des Anbieters von Terminierung beim Festsetzen der Terminierungsentgelte einschränken können. Dies wäre aber nur vorstellbar, wenn nahezu keine Anrufe mehr im Mobilfunknetz zugestellt würden, weil es nur noch Rückrufe vom Handy ins Festnetz gibt. Trotz des derzeitigen Erfolgs solcher Pakete/Flatrates ist dies aber auch in absehbarer Zeit nicht vorstellbar.

⁹⁷ Vgl. Koenig/Vogelsang: Gutachten Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Bereich der Mobilfunkterminierung (Markt Nr. 16 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte), 04.10.2004, S. 45.

⁹⁸ Seit November 2002.

⁹⁹ Dies gilt unter der Voraussetzung, dass Terminierungsentgelte nicht reguliert wären.

¹⁰⁰ Vgl. Commission staff working document, Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

Es wird auch weiterhin angenommen, dass ein automatisiertes Call-Back-Verfahren, das jeden Anrufer automatisch zurückruft und so die divergierenden Terminierungsentgelte unterschiedlicher Netzbetreiber zugunsten des Gesamtverbindungspreises ausnutzt, nicht die Unterstützung durch die Netzbetreiber finden würde, die kein Interesse an der Etablierung eines Verfahrens haben können, das im Einzelfall Preisunterschiede zwischen den Terminierungsentgelten zu ihrem Nachteil ausnutzt.

Wie bereits schon in der ersten Untersuchung des Mobilfunkterminierungsmarktes festgestellt worden ist, besteht unter bestimmten Voraussetzungen eine eingeschränkte Substitutionsmöglichkeit im Bereich der Homezone-Produkte. Grundsätzlich ist für den Anrufer eine Vermeidung der höheren Verbindungsentgelte (und damit indirekt auch der Terminierungsentgelte) nur dann möglich, wenn ihm (auch) die geographische Rufnummer des gewünschten Teilnehmers bekannt ist. Sofern sich der gewünschte Teilnehmer tatsächlich in der Homezone aufhält, erfolgt die Abrechnung zu erheblich günstigeren Bedingungen. In diesem Fall gilt für die entsprechende Terminierung, dass die Abrechnung über den Vertragspartner des Mobilfunknetzbetreibers erfolgt, der Homezone-Produkte anbietet. Somit zahlt der Betreiber des Ausgangsnetzes zwar an diesen Vertragspartner das Entgelt für eine Festnetzterminierung. Gleichwohl handelt es sich dabei aber um eine Scheinterminierung, denn der Vertragspartner leitet das Gespräch zum Mobilfunknetzbetreiber weiter. Die eigentliche Terminierung erfolgt letztlich in das Netz des entsprechenden Homezone-Mobilfunkanbieters. (vgl. ausführlich unter H.I.2.c.)

Hält sich der gewünschte Teilnehmer hingegen nicht in der Homezone auf, hängt seine Erreichbarkeit von der Nutzung der Rufweiterleitung auf seine Mobiltelefonnummer ab. Nimmt er diese Möglichkeit nicht wahr, ist er für den Anrufenden nicht direkt erreichbar. Der Anrufende erhält dann entweder die Nachricht, dass der Teilnehmer nicht erreichbar sei, oder er wird auf die Mailbox weitergeleitet. Der Angerufene wird dann über den Anruf informiert. In diesem Falle ist auch keine echte Substitutionsmöglichkeit gegeben. Nur wenn der Angerufene der Rufweiterleitung auf seine Mobiltelefonnummer zustimmt, ist eine Substituierbarkeit gegeben.

Für den Betreiber des Ausgangsnetzes entsteht durch die geographische Rufnummer nicht per se eine Möglichkeit zur Substitution. Er kann die günstigeren Entgelte (vorgeblich Terminierungsentgelte) des Vertragspartners der Homezone-Mobilfunkanbieter statt der erheblich teureren Mobilfunkterminierungsentgelte nur dann in Anspruch nehmen, wenn sein Endkunde die geographische Rufnummer des gewünschten Teilnehmers auch auswählt. Ruft der Endkunde hingegen den gewünschten Teilnehmer über die Mobiltelefonnummer an, hat er keine Möglichkeit, Mobilfunkterminierungsentgelte zu umgehen.

Auch in der Summe aller hier angeführten Möglichkeiten, die in der Regel keine adäquaten Substitute oder nur unter einer Reihe von weiteren Voraussetzungen möglich bzw. sinnvoll sind, entsteht kein ausreichender Druck von Seiten der anrufenden Endkunden, der die Mobilfunknetzbetreiber bzw. die MVNOs in ihrem Preissetzungsverhalten bei den Terminierungsentgelten auf der Vorleistungsebene einschränken könnte. Denn die einzelnen Substitutionsmöglichkeiten gelten jeweils immer nur unter starken Einschränkungen, d.h. für bestimmte Kundengruppen oder setzen besondere Gegebenheiten voraus. Eine generelle Substitutionsmöglichkeit für alle Endkunden in allen Situationen, welche das Verhalten der Mobilfunknetzbetreiber bzw. der MVNOs entscheidend einschränken könnte und somit die nachfragenden Netzbetreiber und damit letztlich auch die nachfragenden Endkunden schützen könnte, ist somit gerade nicht gegeben.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass es kein Substitut gibt, das es dem anrufenden Endkunden ermöglicht, jederzeit und ohne weitere Einschränkungen den Angerufenen so zu erreichen, dass eine Terminierung auf dessen Mobilfunkanschluss vermieden oder zumindest das Terminierungsentgelt umgangen wird.

Es wird an dem bisherigen Ergebnis der ersten Marktuntersuchung zur Mobilfunkterminierung festgehalten, dass für die Anrufer keine adäquaten Substitutionsmöglichkeiten bestehen, insbesondere wegen der fehlenden technischen Eigenschaften, eine Terminierung durch den Mobilfunknetzbetreiber zu ersetzen. Dies gilt auch für Homezone-Produkte. Daher spricht die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht nach wie vor für die Abgrenzung der Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen. Homezone-Produkte stellen dabei keinen eigenen Markt dar, sondern sind Teil des Marktes Anrufzustellung im jeweiligen Mobiltelefonnetz, in dem sie angeboten werden.

3. Angebotsumstellungsflexibilität

Würde eine Angebotsumstellungsflexibilität bestehen, könnte dies zu einem gemeinsamen Markt für Terminierungen in allen Mobilfunknetzen führen. In diesem Zusammenhang sind bei der Abgrenzung des relevanten Marktes alle Kapazitäten zu berücksichtigen, die Anbieter als Reaktion auf eine geringe Preiserhöhung kurzfristig auf die Produktion des betreffenden Produktes bzw. naher Substitute umstellen und verwenden, ohne dass ihnen erhebliche Zusatzkosten entstehen.¹⁰¹ Für die Bejahung der Angebotsumstellungsflexibilität wäre es demnach erforderlich, dass die Mobilfunknetzbetreiber Mobilfunkterminierungsleistungen nicht nur in ihre jeweils eigenen Mobilfunknetze anbieten könnten, sondern Anrufe auch in alle übrigen Mobilfunknetze zustellen könnten.

Bereits in der ersten Marktabgrenzung zum Bereich der Mobilfunkterminierung wurde erläutert, dass ein Mobilfunknetzbetreiber eine Verbindung theoretisch an jeden Teilnehmer übermitteln kann, der sich im Empfangsbereich seines Netzes befindet. Voraussetzung dafür, selbst die Terminierung im eigenen Netz durchzuführen statt sie bei einem anderen Netzbetreiber nachzufragen, ist der direkte Zugriff auf das Mobiltelefon des Anrufempfängers. Gleichsam könnte jedes Mobilfunknetz auch für die von Festnetzbetreibern nachgefragte Terminierung ein Substitut darstellen. Damit wäre der Markt nicht auf jedes einzelne Netz beschränkt, sondern auf alle Mobilfunknetze, die Terminierung durchführen können, auszuweiten.¹⁰² In beiden Fällen ist jedenfalls ein Zugriff auf SIM-Karten mit den dort gespeicherten Informationen notwendig.¹⁰³

Auch die Auswertung aus dem jetzigen Auskunftersuchen hat ergeben, dass keine technische Alternative für Mobilfunknetzbetreiber besteht, Verbindungen unabhängig von den jeweiligen anderen Mobilfunknetzbetreibern zu terminieren. Nach wie vor haben die Mobilfunknetzbetreiber keinen direkten Zugriff auf das Mobiltelefon des Anrufempfängers bzw. auf die auf der SIM-Karte gespeicherten Informationen. Selbst wenn ein Anrufempfänger Kunde mehrerer Netzbetreiber und daher in zwei oder mehr Mobilfunknetzen erreichbar ist, kann keine Substitutionsmöglichkeit zur Terminierung in ein spezifisches Netz angenommen werden. Die Nachfrage des Ausgangsnetzbetreibers richtet sich auf einen spezifischen Netzanschluss und nicht auf den Teilnehmer selbst.

Der Einsatz von Telefonen, die gleichzeitig mit zwei SIM-Karten betrieben werden, führt nicht dazu, dass die Terminierung in zwei Netzen erfolgen könnte. Denn der Anrufende wählt die Nummer und die mit dieser verbundenen SIM-Karte und damit auch das Netz, in dem das Gespräch terminiert wird. Der Nutzer des Telefons muss zur Erreichbarkeit der jeweiligen SIM-Karte diese allerdings vorher aktiviert haben. Für den Nachfrager der Terminierungslei-

¹⁰¹ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts, ABl. EG 1997, C-372, S. 5, Rn. 20; Kommission, Mitteilung, ABl. EG 1998, C-265, S. 2, Rn. 41; Leitlinien Rn. 39, 52.

¹⁰² Vgl. Koenig/Vogelsang: Gutachten Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Bereich der Mobilfunkterminierung (Markt Nr. 16 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte), 04.10.2004, S. 28.

¹⁰³ Commission staff working document Explanatory Note, SEC(2007)1483 final, S. 42.

tion, dem Netzbetreiber des Anrufenden, bleibt keine andere Möglichkeit, als das Gespräch in das gewählte Netz weiterzuleiten und die notwendige Terminierung nachzufragen.¹⁰⁴

Auch der Einsatz so genannter GSM-Gateways¹⁰⁵ stellt keine allgemeingültige Alternative zu Terminierungen für Verbindungen aus dem Festnetz dar, da die GSM-Gateways nur für die unternehmensinterne Kommunikation zulässig sind. In Bezug auf das kommerzielle Angebot von GSM-Gateways wurde hingegen entschieden, dass die Verwendung der Endkunden-SIM-Karten für das gewerbliche Angebot einer Verbindung aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz einen vertragswidrigen Gebrauch darstellt.¹⁰⁶ Da auch die Bundesnetzagentur den Einsatz von GSM-Gateways zur Realisierung von Zusammenschaltungen mit Mobilfunknetzen für eine nicht widmungsgemäße Nutzung von Mobilfunkfrequenzen hält¹⁰⁷, ist aus rechtlichen Gründen weiterhin davon auszugehen, dass ein kommerzielles Angebot einer Verbindungsherstellung mittels GSM-Gateways in der Bundesrepublik Deutschland nicht verwirklichtbar ist.

In der vorhergehenden Untersuchung wurden zusätzlich Betreiber von WLAN¹⁰⁸ oder Wi-Max-Netzen¹⁰⁹ als alternative Anbieter von Terminierung zu Mobilfunknetzen betrachtet. Diese Funknetztechnologien haben jedoch nur einen begrenzten Empfangsbereich und werden von der derzeitig verbreiteten Mobiltelefontechnologie noch nicht unterstützt. Zudem müsste eine Vielzahl von WLAN-Betreibern, die bislang vor allem Internet-Zugänge anbieten, Zusammenschaltungen mit den Mobilfunknetzbetreibern herstellen. Auch hat diese Technologie gegenwärtig noch keinen derartigen Entwicklungsstand erreicht, dass eine Austauschbarkeit im Betrachtungszeitraum absehbar wäre. Im Übrigen ist auch hier zu beachten, dass ein Zugriff auf die Informationen der SIM-Karte für Anbieter von WLAN oder Wimax nicht möglich ist.

Mögliche alternative Angebote von Mobilfunkterminierungen durch **Full-MVNOs** wurden in der ersten Marktangrenzung zu Markt Nr. 16 nicht geprüft, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Anbieter mit diesem Geschäftsmodell auf dem Mobilfunkendkundenmarkt etabliert waren. Dies hat sich in der Zwischenzeit zwar geändert, da zumindest mit Vistream schon seit einiger Zeit und mit ring seit kurzem zwei MVNO-Unternehmen am Markt tätig sind. Jedoch ist für die hier in Rede stehende Frage eines alternativen Terminierungsangebots festzuhalten, dass MVNOs ebenso wie die übrigen Mobilfunknetzbetreiber nur Zugriff auf Informationen ihrer eigenen SIM-Karten haben und nicht auf diejenigen der übrigen Netzbetreiber ausweichen können. Wäre es MVNOs möglich, gleichzeitig Netznutzungsverträge mit allen Mobilfunknetzbetreibern zu unterhalten, könnten sie u. U. technisch in der Lage sein, Mobilfunknetze variabel für die Terminierung auszuwählen. Diese Variante steht allerdings letztlich schon deshalb nicht zur Verfügung, weil MVNOs sich in Bezug auf die Nutzung von Mobilfunknetzen **[BuG]**. Schließlich ist jedoch selbst der Zugriff auf Informationen der SIM-Karten des eigenen Gast-Mobilfunknetzbetreibers verwehrt. Darüber hinaus muss die letzte Termi-

¹⁰⁴ Vgl. Koenig/Vogelsang: Gutachten Marktangrenzung und Marktbeherrschung im Bereich der Mobilfunkterminierung (Markt Nr. 16 der Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte), 04.10.2004, S. 28/29.

¹⁰⁵ GSM-Gateways (oder auch SIM-Boxen) sind Geräte, die an die Festnetzleitung angeschlossen werden und quasi mehrere Mobiltelefone in sich vereinen. Sie können mit mehreren SIM-Karten des Mobilfunknetzbetreibers bestückt werden. Bei einem ausgehenden Anruf wählen die GSM-Gateways automatisch eine freie SIM-Karte aus und simulieren mittels dieser einen netzinternen Mobiltelefonanruf.

¹⁰⁶ Verschiedene Unternehmen hatten die Terminierung von Anrufen aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz unter Einsatz von GSM-Gateways und der für Endkundengeräte ausgegebenen SIM-Karten gewerblich angeboten, allerdings ohne eine gesonderte Vereinbarung mit dem Mobilfunknetzbetreiber zu treffen. Der Mobilfunknetzbetreiber deaktivierte daraufhin die SIM-Karten und kündigte die zugehörigen Endkundenverträge. Dieser Sachverhalt war Gegenstand mehrerer zivilgerichtlicher Verfahren: KG, Urteil v. 15.01.2004, 2 U 28/03 Kart, *GSM-Gateways*, MMR 2004, S. 243ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2004, VI-U (Kart) 35/03, *SIM-Karten in GSM-Gateways*, MMR 2004, S. 618ff.

¹⁰⁷ Vgl. ABl. Reg TP 13/2004, Mitteilung Nr. 204/2004, S. 649.

¹⁰⁸ Wireless Local Area Network.

¹⁰⁹ Worldwide Interoperability for Microwave Access. Wimax wurde ursprünglich für kostengünstige Telefonanschlüsse in entlegenen Regionen entwickelt. Seine Zukunft wird in der Konkurrenz zu UMTS gesehen.

nierungsleistung in das Funknetz nach wie vor von einem Mobilfunknetzbetreiber durchgeführt werden, die der MVNO bei diesem einkauft, da MVNOs zwar eine umfangreiche eigene Infrastruktur aufweisen, ihnen aber letztlich mobile Basisstationen, Antennen sowie die mobile Übergabeschnittstelle fehlen. Insofern kann auch in technischer Hinsicht keine von den Mobilfunknetzbetreibern völlig unabhängige Terminierungsleistung erbracht werden.

Andererseits kann auch der Gastnetzbetreiber, der dem MVNO die nötige Infrastruktur bereitstellt, auch nicht auf die SIM-Karten des bzw. der MVNOs zugreifen und somit Verbindungen der Endkunden aus seinem Netz zu Endkunden im virtuellen Netz selbst zustellen. Da z.B. Vistream und ring mit E-Plus **[BuG]** haben, wird ein Anruf eines **[BuG]** zugestellt.

Da den MVNOs ebenso wenig wie den Mobilfunknetzbetreibern ein Zugriff auf die Informationen fremder SIM-Karten erlaubt und infolgedessen eine Zustellung von Verbindungen für andere als die eigenen Endkunden nicht möglich ist, gelten die übrigen vorgenannten Erläuterungen ebenso ausnahmslos für Full-MVNOs wie auch für deren Gastnetzbetreiber.

Abschließend besteht daher aus Sicht der Anbieter derzeit keine technische Möglichkeit, ein Substitut für die Terminierung im Netz eines anderen Betreibers anzubieten. Die fehlende Angebotsumstellungsflexibilität rechtfertigt daher kein Abweichen von der Märkteempfehlung und führt somit ebenfalls zum Ergebnis der Anrufzustellung in einzelnen (virtuellen) Mobiltelefonnetzen.

4. Wettbewerbsbedingungen

Bei der Untersuchung der Wettbewerbsbedingungen werden zur Vermeidung von Zirkelschlüssen nur solche Regulierungsmaßnahmen und die auf diesen beruhenden Marktgegebenheiten berücksichtigt, die auch unabhängig von der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht auf dem untersuchten Markt während des Zeitraums der vorausschauenden Beurteilung des Marktes fortbestehen.

(1) Zusammenfassung aller Mobilfunkterminierungsmärkte zu einem Markt

Grundlage für diese Marktanalyse ist die Märkteempfehlung der Kommission, welche die „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ als sachlich relevanten Markt vorsieht. Es ist bisher festgestellt worden, dass weder aus Nachfrager- noch aus Anbietersicht eine Austauschbarkeit der Mobilfunkterminierungsleistungen in die einzelnen Mobilfunknetze vorliegt. Dies spricht für die Abgrenzung der Mobilfunknetze als eigene gesonderte Märkte. Eine Abweichung könnte nur dann in Betracht kommen, wenn die Wettbewerbsbedingungen für diese Leistungen homogen wären, so dass die Mobilfunkterminierungsleistungen einem sachlich gemeinsamen Markt zuzuordnen wären.

Unter dem Aspekt der homogenen Wettbewerbsbedingungen waren in der ersten Marktanalyse zu Markt Nr. 16 die Preise der Mobilfunknetzbetreiber betrachtet worden, die zu diesem Zeitpunkt noch keiner Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterlagen. Dabei zeigte sich, dass die Preisstrategien der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber für Terminierungsleistungen individuellen Faktoren ausgesetzt waren, die nicht von einer einheitlichen Marktstruktur herrührten. Von Bedeutung für die Höhe der Terminierungsentgelte waren z.B. die Netzgröße (gemessen an der Zahl der Teilnehmer) oder der Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit. Das Fehlen einheitlicher Wettbewerbsbedingungen kam in der zum Teil erheblichen Abweichung der Terminierungsentgelte der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber zum Ausdruck. Auch in den nach Erlass der Regulierungsverfügungen durchgeführten Entgeltverfahren der Bundesnetzagentur beantragten die Unternehmen teilweise stark voneinander abweichende Entgelte. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass auch unter Annahme nichtregulierter Mobilfunkterminierungsmärkte unterschiedliche Preisstrategien der Mobilfunkunter-

nehmer nach wie vor vorliegen würden. Damit sind homogene Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der Anrufzustellungsleistungen der Mobilfunknetzbetreiber zu verneinen.

Homogene Wettbewerbsbedingungen könnten jedoch dadurch gegeben sein, dass im Bereich der Terminierungsleistungen alle zusammengeschalteten Netzbetreiber nicht nur Anbieter, sondern gleichzeitig auch Nachfrager von Terminierungsleistungen sind. Die Terminierungsleistungen aller Netzbetreiber könnten deshalb einem Markt zuzuordnen sein, da sie wechselseitig in gleicher Weise nachgefragt wie auch angeboten werden.

Wie bereits schon im ersten Marktanalyseverfahren festgestellt wurde, gilt dies nur für Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz, nicht aber für Verbindungsnetzbetreiber. Denn der Mobilfunknetzbetreiber fragt die Terminierungsleistungen in das Festnetz immer nur beim Teilnehmernetzbetreiber an. Ein Verbindungsnetzbetreiber, der seine Dienstleistungen den Kunden über Preselection oder Call-by-Call anbietet, tritt somit nur als Nachfrager und nicht als Anbieter von Terminierungsleistungen auf.

Aber auch zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz gibt es keine einheitliche Handelsstruktur. Dies zeigt sich darin, dass für vergleichbare Terminierungsleistungen unterschiedliche Entgelte bezahlt werden müssen. Besonders deutlich fällt dies z.B. bei der Terminierung von Verbindungen aus dem Festnetz der DTAG in die Mobilfunknetze im Gegensatz zum umgekehrten Weg auf.

Es liegt daher auch weiterhin keine Abweichung von der Märkteempfehlung aufgrund homogener Wettbewerbsbedingungen vor. Es kann somit auch nicht auf eine Erweiterung der bisherigen Marktabgrenzung auf einen Markt für Terminierungsleistungen in der Bundesrepublik Deutschland geschlossen werden.

T-Mobile führt an, dass aufgrund von homogenen Wettbewerbsbedingungen ein nationaler Markt für Anrufzustellung abgegrenzt werden müsste. Die beiden wichtigsten Argumente, nämlich unterschiedliche Preise sowie keine einheitliche Handelsstruktur, seien nicht haltbar. So sei der Unterschied der Terminierungsentgelte auf inzwischen 10 % geschrumpft. Außerdem bestehe zwischen den hier maßgeblichen Mobilfunknetzbetreibern eine einheitliche Handelsstruktur, da alle untereinander zusammengeschaltet seien.

Wie bereits ausgeführt, könnte eine einheitliche Handelsstruktur nur dann vorliegen, wenn alle Nachfrager nach Mobilfunkterminierungsleistungen miteinander zusammengeschaltet wären. Eine Einschränkung nur auf die Mobilfunknetzbetreiber ist daher unzulässig. Im Übrigen wäre dies nicht das einzige Merkmal für eine einheitliche Handelsstruktur. Dabei würden z.B. auch die wert- und mengenmäßigen Ströme zwischen den jeweiligen Betreiberpaaren eine Rolle spielen. Auch hierbei bestehen erhebliche Unterschiede, wie die Auswertungen gezeigt haben.

(2) Differenzierung der Terminierungsmärkte in einzelnen Mobilfunknetzen nach Nachfragergruppen

Es wurde in der ersten Marktuntersuchung zur Mobilfunkterminierung eine weitergehende Differenzierung in Bezug auf unterschiedliche Nachfragergruppen mit möglicherweise unterschiedlichen Vorstellungen von den erbrachten Leistungen und dem Endzweck geprüft. Als Nachfragergruppen wurden dabei die Mobilfunknetzbetreiber einerseits und die Festnetzbetreiber andererseits einbezogen sowie innerhalb der Gruppe der Festnetzbetreiber zwischen dem etablierten Betreiber und den neuen Wettbewerbern unterschieden.

An dem abschließenden Ergebnis, dass keine Unterscheidung nach Nachfragergruppen aufgrund des Ursprungsnetzes erforderlich ist, wird aus den gleichen Gründen wie schon den in der ersten Analyse dargelegten festgehalten. Denn die Anbieter von Terminierungsleistungen unterschieden nach wie vor weder hinsichtlich des Verwendungszwecks der Terminierung noch in Bezug auf die Preisgestaltung nach der Art des Ausgangsnetzes. Es ist für sie unerheblich, ob es sich bei dem Ausgangsnetz um ein Festnetz oder um ein Mobilfunknetz handelt. **[BuG]**. Sowohl vor als auch nach Regulierung der Terminierungsentgelte wurden seitens der Mobilfunknetzbetreiber für alle Ursprungsnetze die gleichen Entgelte berechnet, so dass nicht von unterschiedlichen Absatzstrategien der Anbieter auszugehen ist. Eine Unterscheidung nach Preisen besteht nur in Bezug auf die Mobilfunkangebote mit geografischer Rufnummer wie Genion von O₂, Vodafone Zuhause oder T-Mobile@home, die allerdings die Terminierungsentgelte nicht nach dem Herkunftsnetz, sondern nach der Zielrufnummer differenzieren.

Des Weiteren sind in der Zwischenzeit auch weiterhin keine spezifischen, insbesondere technischen Erfordernisse bekannt geworden, die eine Terminierung von einem Festnetz in ein Mobilfunknetz von denen zwischen Mobilfunknetzen unterscheiden würden.

Es ist auch gegenwärtig keine weitergehende Differenzierung nach dem Verwendungszweck für Nachfrager ohne direkte Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern denkbar. Speziell kleinere Festnetzbetreiber nehmen für Verbindungen in Mobilfunknetze Transit- und Terminierungsleistungen anderer Netzbetreiber (insbesondere der DT AG) in Anspruch, um eine Verbindung zu einem Mobilfunkteilnehmer herstellen zu können. Wird in einem solchen Fall die Verbindung aus dem Festnetz über das Transitnetz geleitet und schließlich im Zielnetz terminiert, ist direkter Nachfrager der Terminierung gegenüber dem Mobilfunknetzbetreiber der Betreiber des Transitnetzes, nicht aber der Betreiber des Ausgangsnetzes. Die denkbaren Besonderheiten einer Transitverbindung wirken sich folglich nicht als Nachfrage von besonderen Terminierungen aus.

Eine weitere Differenzierung der Märkte nach unterschiedlichen Nachfragergruppen ist daher nicht vorzunehmen. Es besteht daher auch keine Notwendigkeit, von der Märkteempfehlung der EU-Kommission abzuweichen.

O₂ stellt in Frage, ob es überhaupt einen eigenen Markt für Anrufzustellung gebe. Mobilfunknetzbetreiber böten ein sich ergänzendes Bündel an Dienstleistungen an, die von den Nutzern als Bündel gekauft würden. Es wäre weder technisch machbar noch wirtschaftlich sinnvoll, dem Endnutzer lediglich Anrufterminierung anzubieten.

O₂ ist zudem der Auffassung, dass eine auf die Terminierung beschränkte Marktabgrenzung zu eng sei. Sie berge die Gefahr des Automatismus. Markteintritte seien sehr wohl möglich. Allerdings führten sie im Bereich der Terminierung automatisch zu einem Marktanteil von 100 %. Die Folge sei eine Perpetuierung der Ex-ante-Regulierung im Mobilfunksektor. Dies führe nicht nur zu einer unnötigen Ausweitung der stärksten Regulierungsform, der Ex-ante-Regulierung, sondern sei auch mit dem Grundgedanken des Europäischen Rechtsrahmens unvereinbar. Dieser wolle gerade nicht eine dauerhafte Vorab-Regulierung, sondern ein flexibles Instrumentarium, das der Regulierungsbehörde die Möglichkeit geben soll, auf den Einzelfall des Wettbewerbsproblems zugeschnittene Maßnahmen aufzuerlegen und die Ex-ante-Regulierung zurückzuführen. Mit der Marktdefinition der Kommission werde dieser Grundgedanke unterlaufen.

Die Kommission hat in ihrer Explanatory Note zur Märkteempfehlung für den Bereich der Mobilfunkterminierung mehrere Kriterien genannt, bei deren Vorhandensein eine Einzelmarktbeurteilung im Bereich der Terminierungsleistungen hinfällig wäre. Dies würde insbesondere dann in Betracht kommen, wenn das CPP-Prinzip durchbrochen würde, Substitutionsmöglichkeiten für die Erbringung von Terminierungsleistungen bestünden oder für den Endkunden die Höhe der Anruferpreise bei der Auswahl des Mobilfunknetzes nachweislich eine be-

deutende Rolle spielen würde. Demzufolge ist die Einzelmarkt Betrachtung auch keine Automatismus und zieht deshalb auch nicht notwendigerweise eine Perpetuierung der Marktdefinition (und damit auch die Gestaltung der Regulierungsmaßnahmen) nach sich. Vielmehr hat die Überprüfung der Marktgegebenheiten gezeigt, dass die o.g. Kriterien nachgewiesenermaßen auf die deutschen Terminierungsmärkte nicht zutreffen.

Vodafone führt aus, dass die von der Bundesnetzagentur vertretene statische Auffassung falsch sei und es zudem an der Ermittlung des relevanten Nachfragers mangle. Nachfrager sei im vorliegenden Fall der jeweilige Endkunde, da eine Nachfrage des Netzbetreibers ohne den Endkunden nicht existiere. Der Endkunde aber beziehe seine Entscheidung nicht auf die konkrete Anrufsituation, sondern treffe sie mittel- bis langfristig bei der Auswahl seines Mobilfunkanbieters. Dabei beziehe er alle Elemente mit ein, auch die Preise für eingehende Anrufe. Aus dem Grund sei eine netzspezifische Abgrenzung zu eng.

Vodafone ist der Ansicht, dass die Parzellierung von Märkten die wirtschaftliche Realität nicht widerspiegele. Es dränge sich der Eindruck auf, dass hier vom gewünschten Ergebnis einer marktmächtigen Stellung der Mobilfunknetzbetreiber versucht werde, eine zum Ergebnis passende Marktabgrenzung zu konstruieren. Der relevante Markt sei vorliegend der Markt für Mobilfunk(endkunden)dienstleistungen. Auf der Vorleistungsebene gebe es demgegenüber kein relevantes Marktgeschehen.

Würde man dieser Auffassung folgen, würde dies das Ende der Vorleistungsmärkte bedeuten. Denn auch im Festnetz gibt es auf den Vorleistungsmärkten (z.B. TAL, Bitstrom oder Mietleitungen) kein relevantes Marktgeschehen. Auch hier ist der Nachfrager der Endkunde; eine Nachfrage ohne diesen ist nicht denkbar.

5. Nennung der sachlich relevanten Märkte

Die sachlich relevanten Märkte entsprechen aus den genannten Gründen der von der EU-Kommission ausgesprochenen Empfehlung „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“. Es handelt sich mithin um die GSM- und UMTS-Mobilfunknetze von T-Mobile, Vodafone D2, E-Plus und O₂ sowie um die virtuellen GSM- und UMTS-Mobilfunknetze von Vistream und ring.

II. Räumlich relevanter Markt

Im Anschluss an die Definition der sachlich relevanten Märkte ist der räumlich relevante Markt abzugrenzen.¹¹⁰ Fraglich ist, ob bei den unter I. untersuchten Märkten vorliegend von bundesweiten Märkten ausgegangen werden kann. Die Kommission sieht als wesentliche Kriterien für den räumlich relevanten Markt das von einem Netz erfasste Gebiet und die bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumente.¹¹¹

Das Lizenzgebiet entspricht normalerweise dem Gebiet, in dem ein Betreiber tätig sein darf.¹¹² Die Tatsache, dass Mobilfunknetzbetreiber nur in den Gebieten Dienste anbieten können, für die sie über eine Lizenz verfügen, und die Tatsache, dass eine Netzarchitektur die geographische Tragweite der Mobilfunklizenzen widerspiegelt, erklärt, warum Mobilfunkmärkte als nationale Märkte angesehen werden. Die zusätzlichen Verbindungs- und Kommunikationskosten, die die Verbraucher bei Auslandsgesprächen tragen müssen, untermauern diese Definition.¹¹³

Was die Lizenzen angeht, so bestehen nach dem neuen Rechtsrahmen grundsätzlich keine Genehmigungspflichten für die Erbringung von Telekommunikationsleistungen fort.¹¹⁴ Hinsichtlich des Mobilfunks ist die staatliche Verteilung der knappen Frequenzen allerdings weiterhin Voraussetzung für die Markttätigkeit. Die Frequenznutzungsrechte werden auch künftig durch die nationalen Regulierungsbehörden zugewiesen.¹¹⁵ Folglich spricht die nationale Frequenzvergabe ebenfalls für nationale Märkte.

Schließlich muss auch die Ausdehnung des jeweiligen Mobilfunknetzes berücksichtigt werden.¹¹⁶ Damit orientiert sich das Marktgebiet an der Penetration des jeweiligen Netzes. Innerhalb der nationalen Netze gelten jeweils die gleichen Wettbewerbsbedingungen. Da alle vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber sowie die MVNOs Vstream und ring auf dem gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tätig sind, hat der geographische Markt für jedes dieser Netze zumindest eine bundesweite Ausdehnung.

Hinsichtlich der Netzbetreiber, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, könnte der Terminierungsmarkt jedoch räumlich auch weiter abzugrenzen sein, sofern für diese Netze europaweit die gleichen oder zumindest hinreichend homogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Ausschlaggebend hierfür ist der Geltungsbereich der einzelnen Terminierungsentgelte. Sie spiegeln wider, in welchem Maße die nachfragenden Netzbetreiber bei der Bestimmung ihrer Preise für die Verbindungen in das Zielnetz eingeschränkt sind. Für den Mobilfunkterminierungssektor werden durchweg Tarife für internationale Verbindungen und Tarife für nationale Verbindungen unterschieden. Die vereinbarten Entgelte differieren dabei erheblich. Ein- und ausgehende internationale Verbindungen werden dabei unter dem Gesichtspunkt des internationalen Roamings streng von den nationalen Netzverbindungen getrennt, unabhängig von der Frage, ob ein Netzbetreiber in mehreren Mitgliedstaaten tätig ist.¹¹⁷

Folglich entsprechen die räumlich relevanten Märkte dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

¹¹⁰ Vgl. Leitlinien, Rn. 55.

¹¹¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 59 f.; Kommission, Entscheidung v. 19.06.2000, Sache IV/JV.46, *Blackstone/CDPQ/Kabel NRW*, Rn. 30.

¹¹² Leitlinien, Fußnote 43.

¹¹³ Leitlinien, Fußnote 44.

¹¹⁴ Art. 3 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie.

¹¹⁵ Art. 9 Rahmenrichtlinie.

¹¹⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 15.01.1998, Sache IV/M.1025, *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, Rn. 17; Kommission, Entscheidung vom 17.12.1999, Sache IV/JV.23, *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*, Rn. 18.

¹¹⁷ Vgl. Kommission, Entscheidung vom 13.10.1999, Sache IV/M.1439, *Telia/Telenor*, ABl. EG 2001, L-40, S. 1, Rn. 124; Kommission, Entscheidung vom 21.05.1999, Sache IV/M.1430, *Vodafone/Airtouch*, Rn. 13-17; Kommission, Entscheidung vom 21.05.1999, Sache IV/JV.17, *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI*, ABl. EG 2000, S. 4, Rn. 15.

I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S.1 TKG

Im Anschluss an die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte hat die Bundesnetzagentur diejenigen Märkte festzulegen, die für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommen, § 10 Abs. 1 TKG.

Für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG kommen gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 TKG Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Bei der Bestimmung der entsprechenden Märkte, welche sie im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums vornimmt, hat die Regulierungsbehörde weitestgehend die Märkteempfehlung der Kommission in ihrer jeweils geltenden Fassung zu berücksichtigen, § 10 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG. Hinsichtlich der in dieser Empfehlung enthaltenen Märkte ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass diese die drei oben genannten Kriterien erfüllen und damit für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.¹¹⁸ Empfehlungen sind der Rechtsnatur nach grundsätzlich gemäß Art. 249 Abs. 5 EGV nicht verbindlich. Nach gefestigter Rechtspraxis sind sie zur Auslegung innerstaatlicher, Gemeinschaftsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen.¹¹⁹ Trotzdem entfalten sie durchaus Rechtswirkungen. Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie verstärkt diese Wirkungen, indem dort die „weitestgehende Berücksichtigung“ der Empfehlung vorgegeben wird. Durch die Aufnahme dieser Formel in den deutschen Gesetzestext in § 10 Abs. 2 S. 3 TKG erhält die „weitestgehende Berücksichtigung“ zudem die Qualität eines Tatbestandsmerkmals innerhalb des Gesetzestextes. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht kürzlich ausgeführt¹²⁰, dass Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass die in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte auch in Deutschland potenziell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) potentiell regulierungsbedürftig sind.

Allerdings geht damit indes keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur einher, die vorgegebenen Märkte unbeschadet zu übernehmen. Denn unter der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkteempfehlung bei der Bestimmung der für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommenden Märkte ist nicht die unumstößliche Wiedergabe der dort genannten Märkte zu verstehen. Die Märkteempfehlung bestimmt weder unwiderlegbar, dass die dort festgelegten Märkte tatsächlich für eine Regulierung in Betracht kommen noch regelt sie abschließend, dass ausschließlich die dort genannten Märkte und nicht zusätzlich weitere Märkte regulierungsbedürftig sind.

So impliziert schon die Formulierung der (lediglich) „weitestgehenden“ Berücksichtigung die Möglichkeit eines Abweichens von der Märkteempfehlung. Naturgemäß können die von der Kommission zur Prüfung empfohlenen Märkte nur den europäischen Durchschnitt widerspiegeln. Demzufolge weisen auch Art. 15 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 S. 1 lit. a) Rahmenrichtlinie sowie Erwägungsgrund Nr. 17 der Märkteempfehlung ausdrücklich darauf hin, dass die nationalen Regulierungsbehörden Märkte festlegen können, die von denen der Empfehlung abweichen.¹²¹ In diesen Fällen sind die Regulierungsbehörden gehalten, die potenzielle

¹¹⁸ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. vom 28.12.2007, S. 68.

¹¹⁹ EuGH, Rechtssache C-322/88, Urteil v. 13.12.1989, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 - Salvatore Grimaldi/ Fonds des maladies professionnelles.

¹²⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13, Rn. 25.

¹²¹ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat mit o.g. Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13, Rn. 25 festgestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden – unter Beachtung der in der Märkteempfehlung und in den Marktanalyse-Leitlinien dargelegten Grundsätze und Methoden – über die im Anhang der Empfehlung aufgelisteten Telekommunikationsmärkte hinaus zusätzliche Märkte definieren oder aber empfohlene Märkte weiter oder enger abgrenzen als empfohlen.

Regulierungsbedürftigkeit der entsprechenden Märkte anhand des Vorliegens der drei Kriterien zu rechtfertigen.¹²²

Des Weiteren ist der 3-Kriterien-Test das maßgebliche Instrument, anhand dessen der Übergang von der alten Märkteempfehlung 2003/311/EG zur derzeit geltenden Märkteempfehlung 2007/879/EG zu regeln ist. Es sind danach insbesondere diejenigen Märkte anhand der drei Kriterien zu prüfen, die im Anhang der Empfehlung 2003/311/EG vom 11. Februar 2003 noch als regulierungsbedürftig aufgeführt, jedoch nicht mehr im Anhang der aktuellen Märkteempfehlung genannt sind. Dies dient der Feststellung, ob die nationalen Gegebenheiten die Vorabregulierung nach wie vor rechtfertigen.¹²³ Der Durchführung des 3-Kriterien-Tests kommt demnach für die Frage, ob bislang regulierte Märkte auch zukünftig trotz Streichung aus der Märkteempfehlung der Kommission, als regulierungsbedürftig einzustufen sind und dort ggf. weiterhin rechtliche Verpflichtungen gelten, eine besondere Bedeutung zu.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erläuterungen ist es deshalb die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die Märkteempfehlung als eine (widerlegliche) Vermutung für die potenzielle Regulierungsbedürftigkeit der darin von der Kommission genannten Märkte als Ausgangspunkt der jeweiligen Prüfung zu berücksichtigen und auf dieser Grundlage die konkreten nationalen Gegebenheiten zu prüfen.¹²⁴

Der Prüfungsumfang der im Rahmen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG von der Bundesnetzagentur zu untersuchenden Tatbestandsmerkmale war bislang weder in EU- noch in nationalen Dokumenten explizit festgelegt worden. Nunmehr hat die Kommission in den Erwägungsgründen zur neuen Märkteempfehlung zumindest ausgeführt, dass die bei der Prüfung des ersten und zweiten Kriteriums zu berücksichtigenden Hauptindikatoren den bei der vorausschauenden Marktanalyse zugrunde zu legende Indikatoren, insbesondere in Bezug auf Zugangshindernisse bei fehlender Regulierung (einschließlich der Ist-Kosten, Marktstruktur sowie Marktentwicklung und -dynamik, ähnelten. So seien die Marktanteile und Preise mit ihren jeweiligen Tendenzen sowie das Ausmaß und die Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu berücksichtigen.¹²⁵ Die genannten Faktoren sind demnach zukünftig in die Prüfung einzubeziehen. Die Einbeziehung zusätzlicher, darüber hinausgehender Faktoren erscheint jedoch nicht zwingend geboten, da eine solche Prüfung ansonsten zunehmend in Reichweite der Prüfungstiefe bzw. Qualität und des Umfangs der Untersuchung führen würde, wie sie bei der Marktanalyse zur Prüfung beträchtlicher Marktmacht angewandt wird. Dies kann zwar ggf. im Einzelfall sinnvoll erscheinen, ist aber mit Blick auf den Zweck des 3-Kriterien-Tests nicht zwingend erforderlich. Der 3-Kriterien-Test soll nicht durch die Prüfung der Marktgegebenheiten und der Verhältnismäßigkeit bestimmter Regulierungsinstrumente das Marktanalyseverfahren bzw. die Prüfung der beträchtlichen Marktmacht vorwegnehmen. Aufgabe des Drei-Kriterien-Tests ist es vielmehr, eine Vorauswahl derjenigen Märkte zu treffen, bei denen der Einsatz von Regulierungsinstrumenten nach den Vorschriften des zweiten Teils in Betracht kommt. Daher ist bei der Untersuchung der drei Kriterien noch keine umfassende konkret-individualisierende Prüfung notwendig. Die Prüfung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse auf dem zu untersuchenden Markt kann im Einzelfall im Rahmen des 3-Kriterien-Tests zweckmäßig sein, sollte aber grundsätzlich dem Bereich der Marktanalyse vorbehalten bleiben.¹²⁶

¹²² Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. vom 28.12.2007, S. 68.

¹²³ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L344 vom 28.12.2007, S. 68.

¹²⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 14, Rn. 26.

¹²⁵ Erwägungsgrund Nr. 6 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. vom 28.12.2007, S. 66.

¹²⁶ Vergleichbar Bundesnetzagentur, Beschluss BK 4-05-002/R vom 05.10.2005, veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 2005, S. 1461 ff., S. 79 f. der dort anliegenden Festlegung der Präsidentenkammer vom 24.06.2005. Siehe ferner Erwägungsgrund Nr. 18 der Empfehlung 2007/879/EG, S. 68, wonach auf Märkten, welche den drei Kriterien entsprechen, gleichwohl wirksamer Wettbewerb herrschen könne. Zum summarischen Charakter der „Drei Kriterien“ vgl. *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11 (13). A.A. *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519 (insbesondere 520 und 524), und *Loetz/Neumann*, German Law Journal 2003, 1307 (1321).

Die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG sind nach diesen Maßgaben für den in Abschnitt H. abgegrenzten Markt zu untersuchen. Sie sind kumulativ anzuwenden, d.h. wenn ein Kriterium nicht erfüllt ist, sollte der Markt keiner Vorabregulierung unterworfen werden.¹²⁷ Daher ist die Durchführung einer Marktanalyse bei den in der Empfehlung genannten Märkten nicht mehr erforderlich, wenn die nationalen Regulierungsbehörden feststellen, dass der betreffende Markt die drei Kriterien nicht erfüllt.¹²⁸ Gilt dies schon für die in der Empfehlung enthaltenen und damit grundsätzlich für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte, so ist der Verzicht auf ein Marktanalyseverfahren erst recht für die Märkte anzunehmen, die nicht in der Märkteempfehlung enthalten sind, soweit die drei Kriterien nicht kumulativ erfüllt sind.

I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken

Hinsichtlich der vorliegend zu untersuchenden Marktzutrittsschranken ist zwischen strukturellen und rechtlichen Hindernissen zu unterscheiden. Strukturelle Zugangshindernisse ergeben sich aus der anfänglichen Kosten- und Nachfragesituation, die zu einem Ungleichgewicht zwischen etablierten Betreibern und Einsteigern führt, deren Marktzugang so behindert oder verhindert wird.¹²⁹ Rechtlich oder regulatorisch bedingte Hindernisse sind hingegen nicht auf Wirtschaftsbedingungen zurückzuführen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.¹³⁰ Können Hindernisse im relevanten Prüfungszeitraum beseitigt werden, ist dies in der Untersuchung entsprechend zu berücksichtigen.¹³¹

Schon in der ersten Untersuchung des vorliegend in Rede stehenden Marktes war festgestellt worden, dass es zum damaligen Zeitpunkt keine technischen Möglichkeiten zur Angebotssubstitution gegeben hat. Auch die im Rahmen des erneut durchgeführten Auskunftsernehmens eingegangenen Antworten bestätigen das bisherige Ergebnis, dass der Eintritt von Wettbewerbern in die Mobilfunkterminierungsmärkte durch Substitution der Terminierungsleistung mit einem anderen Produkt technisch nach wie vor nicht realisierbar ist.¹³² Ebenfalls wird keine technische Weiterentwicklung erwartet, die Marktzutrittsschranken zu den Terminierungsmärkten für den hier zu betrachtenden Zeitraum abbauen könnte. Daher zeichnet sich der hier untersuchte Markt Nr. 7 durch absolute Marktzutrittsschranken aus.

II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb

Im Rahmen des zweiten Kriteriums sind vorwiegend Marktanteile, Marktpreise, Ausmaß und Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu bewerten.¹³³ Werden beispielsweise konstant sehr hohe Marktanteile festgestellt, so ist dies als Indiz für das Fehlen einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb zu werten. Auf weitere individuelle Besonderheiten des Marktes ist bei der Anwendung des Drei-Kriterien-Tests nicht notwendigerweise einzugehen. In diesem Zusammenhang wird auf die ausführliche Darstellung unter dem Abschnitt J. verwiesen.

Da der Eintritt von Wettbewerbern in den Terminierungsmarkt der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber technisch nicht möglich ist, sind die einzelnen Terminierungsmärkte Monopolmärkte, d.h. jeder (virtuelle) Mobilfunknetzbetreiber hat einen Marktanteil von 100%. Konkurrie-

¹²⁷ Erwägungsgrund Nr. 14 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

¹²⁸ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 68; VG Köln, 1 K 2924/05, S. 19.

¹²⁹ Erwägungsgrund Nr. 9 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 66.

¹³⁰ Erwägungsgrund Nr. 10 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

¹³¹ Erwägungsgründe Nr. 5 und 10 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 66 und S. 67.

¹³² Vgl. dazu ausführlich schon Kapitel H.I.2.b.

¹³³ Siehe dazu vorstehende Ausführungen unter Punkt I.

rende Netze oder Infrastrukturen, die die vorliegend in Rede stehenden Mobilfunkterminierungsleistungen erbringen können, existieren nicht. Wirksamer Wettbewerb könnte daher allenfalls dann entstehen, wenn eine entgegengerichtete Nachfragemacht besteht. Dies kann sowohl die direkte Macht der Nachfrager auf der Vorleistungsebene sein als auch eine indirekte, von der Endkundenebene abgeleitete Nachfragemacht, wenn die Endkunden offenbar auf Alternativen zurückgreifen, um hohe Zustellungsentgelte zu umgehen, oder ihr Netz nachweislich aufgrund der Kosten für eingehende Anrufe auswählen. Dies ist, wie nachstehend in Kapitel J. dargelegt wird, weder für die Mobilfunknetzbetreiber noch für die MVNOs der Fall.

Vodafone hat vorgebracht, dass die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit insbesondere in Bezug auf das erste und zweite Kriterium unzureichend sei, da es hier lediglich einen Verweis auf Ausführungen im Bereich der nachfolgend geprüften beträchtlichen Marktmacht gebe.

Sowohl im Rahmen der Marktdefinition als auch im Kapitel J.I.2. hinsichtlich der Untersuchung der beträchtlichen Marktmacht wurde bereits ausführlich geprüft und festgestellt, dass es für die hier relevanten Terminierungsleistungen keine Substitutionsmöglichkeiten gibt. Daher sind die Marktzutrittsschranken absolut. Eine erneute Prüfung im Rahmen der Regulierungsbedürftigkeit wäre daher nur eine Dopplung.

Ähnliches gilt auch für das zweite Kriterium: Da die Marktzutrittsschranken der in Rede stehenden Märkte absolut sind, beträgt der Marktanteil der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht jeweils 100 %. In diesem Falle sind in Bezug auf die Frage, ob trotz des überragenden Marktanteils wettbewerbliche Verhältnisse auf den relevanten Märkten herrschen bzw. ob eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb angenommen werden kann, Kriterien zu betrachten, die ebenso im Rahmen der beträchtlichen Marktmacht geprüft werden. Daher überschneidet sich die vorliegende Prüfung des zweiten Kriteriums zwangsläufig mit der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht.¹³⁴ Ein Verweis auf die in der Marktanalyse erfolgte Prüfung ist zur Vermeidung von Doppelprüfungen demzufolge sinnvoll und methodisch vertretbar.¹³⁵ Im Übrigen ist auch die Kürze der Prüfung vom Bundesverwaltungsgericht nicht beanstandet worden.¹³⁶

III. Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden

Bei der Entscheidung, ob ein Markt für eine Vorabregulierung in Betracht kommt, ist abschließend zu prüfen, ob das Marktversagen allein durch Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts behoben werden kann.

In den Erwägungsgründen zur neuen Empfehlung 2007/879/EG führt die Kommission aus, dass wettbewerbsrechtliche Eingriffe gewöhnlich dann nicht ausreichen, wenn umfassende Durchsetzungsmaßnahmen zur Behebung eines Marktversagens erforderlich sind oder wenn häufig oder schnell eingegriffen werden muss.¹³⁷ Die Kommission hatte dazu auch schon in ihrem Explanatory Memorandum zur Märkte-Empfehlung 2003/311/EG, S. 11 erläutert, dass eine Vorabregulierung „eine angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht darstellen [kann], [...] wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlreiche Anforderungen erfüllt sein müssen (zum Beispiel detaillierte Buchhaltung für Regulierungszwecke, Kostenermittlung, Überwachung der Bedingungen einschließlich technischer Parameter u.a.)

¹³⁴ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 6 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. vom 28.12.2007, S. 66.

¹³⁵ Vgl. ERG Report on Guidance on the application of the three criteria test, Juni 2008, S. 17; BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 16.07, S. 16, Rn. 30.

¹³⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 16.07, S. 16, Rn. 30.

¹³⁷ Erwägungsgrund Nr. 14 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

oder wenn ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich bzw. die Gewährleistung der Rechtssicherheit vorrangig ist. In der Praxis sollten sich die NRB mit ihren Wettbewerbsbehörden abstimmen und deren Standpunkt berücksichtigen, wenn sie entscheiden, ob sich der Einsatz zusätzlicher rechtlicher Instrumente empfiehlt oder die Instrumente des Wettbewerbsrechts ausreichen.“

Im Gegensatz zum sektorspezifischen Regulierungsrecht geht das allgemeine Wettbewerbsrecht (GWB) davon aus, dass der Marktbeherrschung mit der Offenhaltung der Märkte begegnet werden kann, die durch lediglich punktuell eingeschritten gegen temporär missbräuchliches Verhalten erfolgen kann.

Sektorspezifische Regulierung ist darauf ausgerichtet, eine strukturell vorhandene Gefährdung anzugehen, Wettbewerb in Netzindustrien zu schaffen und zielt vornehmlich auf eine Verhinderung von zukünftigen wettbewerblichen Fehlentwicklungen hin. An dieser Struktur orientiert sich konsequenterweise auch die Ausgestaltung des jeweiligen Instrumentariums. Sowohl die Zugangs- als auch die Entgeltregulierung ist daher durch eine unterschiedliche Eingriffstiefe gekennzeichnet. Insofern ist es insbesondere im Rahmen des dritten Kriteriums notwendig, eine Risikoabwägung zu treffen zwischen der Schwere des Eingriffs in Unternehmenseigentum und Unternehmensfreiheit einerseits und der Ermöglichung bzw. Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs durch Regulierung andererseits.

Das TKG eröffnet größere Spielräume, mit mehreren zur Verfügung stehenden Zugangsregelungen in Telekommunikationsmärkten unterschiedliche Geschäftsmodelle zu ermöglichen als die auf der essential-facility-doctrine fußende Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Der darin enthaltene Zugang ist allein vom Begriff der Wesentlichkeit geprägt und ist daher weniger weitgehend.

Wesentliche Unterschiede gibt es zudem zwischen der Entgeltregulierung nach dem TKG und der Prüfung des angemessenen Preises bzw. der Preismissbrauchsaufsicht nach GWB. Denn die Entgeltregulierung gemäß TKG ist durch eine strikte Preiskontrolle geprägt, hingegen wird die Preismissbrauchsaufsicht des Kartellamtes vorwiegend unter Anwendung eines mildereren Missbrauchsmaßstabs durchgeführt.

Sofern Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß §§ 10 ff. durchgeführt worden sind, ermöglicht das TKG der Bundesnetzagentur i.d.R. ein schnelleres Einschreiten zu einem frühen Zeitpunkt. Besonders bei den einer dynamischen Entwicklung unterworfenen Telekommunikationsmärkten wird offenkundig, dass reaktive Maßnahmen gegen Missbrauchspraktiken allein schon wegen ihres späten Wirkens unzureichend sind¹³⁸. Dies gilt umso mehr, wenn man die erhebliche Dauer gerichtlicher Rechtsschutzverfahren berücksichtigt, während derer jedenfalls de facto meist auf die Durchsetzung einer Missbrauchsverfügung verzichtet wird¹³⁹. Das birgt die Gefahr, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Fall von Verdrängungspreisen finanzschwächere Unternehmen bis zum Ausgang der Verfahren vom Markt verdrängen kann.

Die vorliegend in Rede stehenden Terminierungsmärkte der Mobilfunknetzbetreiber werden derzeit ex-ante reguliert. Bereits in der ersten Runde der Marktuntersuchung wurde abschließend mit dem Vorliegen des dritten Kriteriums insgesamt die Regulierungsbedürftigkeit der Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze festgestellt. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Ex-ante Regulierung durch die Bundesnetzagentur bestätigt¹⁴⁰. In der Zwischenzeit sind keine Tatsachen oder Marktentwicklungen eingetreten, die auf die Marktstruktur in der Weise

¹³⁸ Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, 3. Auflage, § 10, Rn. 22.

¹³⁹ S. (vorhergehende) Fn. 129.

¹⁴⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Entscheidungen zu den Mobilfunkterminierungsmärkten (z.B. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 16, Rn. 28) bestätigt, dass die Bundesnetzagentur – der Vermutungswirkung der Märkteempfehlung entsprechend – angenommen hat, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht (auch in Deutschland) nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken.

verändert gewirkt hätten, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht nunmehr als ausreichend bezeichnet werden könnte. Mit der unveränderten Übernahme der Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze in die neue Empfehlung 2007 ist die Kommission im Übrigen ebenfalls zu diesem Ergebnis gelangt.

Die Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze ist weiterhin sowohl für die Bereitstellung mobiler Gespräche in anderen Mobilfunknetzen als auch für vom Festnetz ausgehende und in die Mobilfunknetze mündende Anrufe erforderlich. Die Erreichbarkeit eines Mobilfunkkunden kann ausschließlich mittels Zustellung der eingehenden Anrufe durch seinen eigenen Mobilfunknetzanbieter auf seinen Mobilfunkanschluss gewährleistet werden. Wie bereits im Rahmen der Marktabgrenzung aufgezeigt wurde, gibt es für Nachfrager dieser Vorleistung keine Alternativmöglichkeiten. Auch andere Mobilfunknetzbetreiber können mangels Zugriff auf notwendige Informationen auf der SIM-Karte nicht die Mobilfunkterminierung in andere fremde Mobilfunknetze übernehmen. Da die einzelnen Netzbetreiber demnach auf der Vorleistungsebene vollumfänglich über die Kontrolle der Anrufzustellung in ihr jeweiliges Netz verfügen, besteht im vorliegenden Falle die Möglichkeit einer beträchtlichen Marktmacht durch jeden Betreiber eines Mobilfunknetzes.

Wie sich in der Vergangenheit gezeigt hat, kann sich dies insbesondere auf die Höhe der Terminierungsentgelte auswirken. Denn unter Geltung des Calling-Party-Pays-Prinzips hat der Anrufer in der Regel keinen Einfluss auf das Zustellungsentgelt, da dieses (ohne Regulierung) vom Netzbetreiber des gerufenen Teilnehmers festgelegt wird. Anhand dieser Marktgegebenheiten wird die Struktur der hier in Rede stehenden Märkte deutlich. Ohne Ausübung einer entgegenstehenden Nachfragemacht (s. dazu Kapitel J.I.4. und 5. und J.II.4. und 5.) besteht tendenziell kein Verhaltensanreiz zur Absenkung der Terminierungsentgelte. Dadurch kann es zu externen Effekten sowohl für den nachfragenden Netzbetreiber als auch die anrufenden Endkunden kommen. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, dass die Bundesnetzagentur den Mobilfunknetzbetreibern mit einer Entgeltregulierung anhand eines Kostenmaßstabs nach § 31 TKG zumindest drohen können muss.

T-Mobile führt dazu aus, dass es nicht verwunderlich sei, dass keine freiwilligen Verhandlungen über Entgeltabsenkungen mehr stattfänden. Die auferlegte Ex-ante-Regulierung habe solche Verhandlungen sinnlos gemacht. Wären die Mobilfunknetzbetreiber jedoch freiwilligen Verhandlungen mit ebenfalls unregulierten Preisen ausgesetzt, so würden sie von selber angemessene Preise vereinbaren.

O₂ führt an, dass die Mobilfunkbetreiber schon aufgrund einer möglichen drohenden Regulierung keine marktüblichen Terminierungsentgelte verlangen und die Terminierungsentgelte auch ohne jegliches Einschreiten kontinuierlich und deutlich sinken würden. Die Notwendigkeit eines regulatorischen Einschreitens sei daher nicht gegeben. Auch zeigten die Zusammenschaltungsverträge, die vor der Entgeltregulierung der Mobilfunkbetreiber verhandelt bzw. vereinbart wurden, dass freiwillig ein entsprechender Absenkungspfad bei den Terminierungsentgelten vereinbart wurde, und bestätigten damit, dass die Mobilfunkbetreiber auch ohne Regulierung keine unangemessenen Entgelte vereinbaren würden.

Die Bundesnetzagentur hat sich im vorliegenden Falle ausdrücklich auf die Situation ohne bzw. den Zeitpunkt vor der Regulierung bezogen. Bis dahin hat es für die Mobilfunknetzbetreiber – wie geschildert – keine ausreichenden Anreize zur Senkung ihrer Terminierungsentgelte gegeben. Lediglich zur Vermeidung der Regulierung hat es kurz vor Beginn der Maßnahmen Verhandlungen gegeben, in denen aber ebenfalls keine ausreichende Absenkung vorgenommen worden sind. Es ist daher unwahrscheinlich, dass es ohne die Möglichkeit einer Ex-Ante-Regulierung zu ausreichenden, freiwilligen Absenkungen der Terminierungsentgelte kommen wird. Dafür steigt aber die Kollusionsgefahr. Auch die von der T-Mobile in diesem Zusammenhang zitierte Situation auf dem Mobilfunkendkundenmarkt wird an der geschilderten Situation nichts ändern, da durch das CPP-Prinzip ein Netzbetreiber

durch einseitige Absenkung eigener Terminierungsentgelte nur die nachfragenden Netzbetreiber und deren Endkunden besser stellt, seine eigenen Endkunden jedoch schlechter.

Zudem ist das dem allgemeinen Wettbewerbsrecht immanente punktuelle Einschreiten als Reaktionsmöglichkeit nicht ausreichend, weil im Bereich der Anrufzustellung in einzelne Mobilfunknetze nicht gelegentliche einzelfallbezogene missbräuchliche Verhaltensweisen auftreten, sondern vielmehr aufgrund der dargestellten Marktstruktur grundsätzlich eine strukturell vorhandene Gefährdung vorliegt, dass Mobilfunknetzbetreiber dauerhaft überhöhte Terminierungsentgelte in ihren jeweiligen Netzen verlangen. Daher besteht im Hinblick auf die monopolistische Struktur der Mobilfunkterminierungsmärkte – zusammen mit dem CPP-Prinzip – seitens der Bundesnetzagentur die Notwendigkeit eines häufigen und schnellen Eingreifens mit detaillierten Befugnissen zur Vornahme positiver Regelungen sowie eine fortlaufende Überwachung dieser Märkte, wie es die sektorspezifische Regulierung vorsieht.

Der MVNO-Terminierungsmarkt wurde bislang keinen Regulierungsmaßnahmen unterworfen, da im Zeitpunkt der ersten Marktanalyse dieses Geschäftsmodell noch nicht praktiziert wurde. Allerdings sind die vorstehenden Erläuterungen zur Marktstruktur auf die MVNO-Netze entsprechend übertragbar, so dass auch für die Geschäftstätigkeit der MVNOs im Bereich der Anrufzustellung in das virtuelle Mobilfunknetz die über eine wettbewerbssichernde allgemeine Wettbewerbsaufsicht hinausgehende regulatorische, d.h. präventiv wettbewerbsfördernde Intervention erforderlich ist.

Um zukünftige wettbewerbliche Fehlentwicklungen auf den (virtuellen) Mobilfunkterminierungsmärkten zu verhindern, ist die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts folglich nicht ausreichend.

T-Mobile ist der Auffassung, dass die Bundesnetzagentur das bisherige Wirken der Regulierung auch bei der Anwendung des 3-Kriterien-Tests berücksichtigen müsse. Bei der Prüfung der drei Kriterien wird ein modifizierter Greenfield-Ansatz zugrunde gelegt. Dabei werden diejenigen Regulierungsmaßnahmen ausgeblendet, die den Mobilfunknetzbetreibern jeweils aufgrund ihrer jeweiligen beträchtlichen Marktmacht auf den jeweiligen Terminierungsmärkten im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegt worden sind.¹⁴¹

Die Einbeziehung des bisherigen Wirkens von Regulierung bei Anwendung des 3-Kriterien-Tests würde bedeuten, gesunkene Terminierungsentgelte der Untersuchung des 3-Kriterien-Tests zugrunde zu legen. Dies ist aber gerade nicht im Sinne des Greenfield-Ansatzes, der Zirkelschlüsse zu vermeiden sucht. Niedrigere Entgelte existieren gerade aufgrund der wegen beträchtlicher Marktmacht auf dem in Rede stehenden Markt auferlegten und nach wie vor bestehenden Regulierungsmaßnahmen. Infolgedessen ist die derzeit bestehende Regulierung nicht im Rahmen der Prüfung des 3-Kriterien-Tests zu berücksichtigen.

T-Mobile führt aus, dass durch die bereits erfolgte Regulierung neue Tatsachen vorlägen, da diese zu einem erheblichen und dauerhaften Erkenntnisfortschritt bei den betroffenen Behörden geführt hätten. Dadurch sei zumindest für die Zukunft die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausreichend und das Bundeskartellamt sei in der Lage, eine effektive Missbrauchskontrolle auszuüben. Durch die erfolgte Regulierung verfüge inzwischen jeder Mobilfunknetzbetreiber über ein von der Bundesnetzagentur genehmigtes Standardangebot sowie über geprüfte und genehmigte Entgelte. Daher sei in Zukunft keine aufwändige Sachverhaltsaufklärung nötig, die die besondere Branchenkenntnis der Bundesnetzagentur voraussetzen würde. Vielmehr könne das Bundeskartellamt im Falle einer Missbrauchskontrolle der Terminierungsentgelte auch auf bekannte Vergleichsmarktuntersuchungen zurückgreifen bzw. die Gutachten und Untersuchungsergebnisse der Bundesnetzagentur bei der Bestimmung von Kosten der Terminierungsentgelte heranziehen. Im Bedarfsfall könne sie um die Amtshilfe der Bundesnetzagentur bitten.

¹⁴¹ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 8.

Dass durch die Bundesnetzagentur genehmigte Standardangebote und Entgelte sowie Gutachten und Untersuchungsergebnisse für das Tätigwerden des Bundeskartellamts in Missbrauchsverfahren dienlich sein können, steht außer Frage. Dass jedoch diese Unterlagen in Zukunft eine aufwändige Sachverhaltsaufklärung und die besondere Branchenkenntnis der Bundesnetzagentur entbehrlich machen sollen, ist im Hinblick auf die Tatsache, dass im Zeitablauf die Aktualität und Validität der aufgeführten Unterlagen verloren gehen, nicht zutreffend. Es ist insgesamt nochmals darauf hinzuweisen, dass das Kartellamt eine effektive Missbrauchsaufsicht leistet, wenn ein einzelfallbezogenes Einschreiten in einem ansonsten wettbewerblich geprägten Marktumfeld erforderlich ist. Stellt sich allerdings die Marktstruktur schon als solche in der Weise dar, dass eine Vielzahl von Missbrauchsfällen zu erwarten ist, ist eine sektorspezifische Missbrauchsaufsicht notwendig. Im vorliegenden Dokument wurde mehrfach ausführlich geprüft und festgestellt, dass letzterer Fall für den Bereich der Mobilfunkterminierung vorliegt.

O₂ ist der Auffassung, dass das dritte Kriterium nicht ausreichend geprüft worden sei. Nur wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht im Einzelfall nicht ausreicht, um das Marktversagen zu beseitigen, darf eine Ex-Ante Regulierung angewendet werden. Ein solches Marktversagen sei aber nicht aufgezeigt worden.

Wie bereits oben begründet, ist sektorspezifische Regulierung primär darauf ausgerichtet, eine strukturell vorhandene Gefährdung anzugehen, Wettbewerb in Netzindustrien zu schaffen und vornehmlich auf eine Verhinderung von zukünftigen wettbewerblichen Fehlentwicklungen hinzuwirken. Anders als beim allgemeinen Wettbewerbsrecht wird hier gerade nicht auf ein einzelnes Marktversagen abgestellt. Die strukturelle Gefährdung ist aber – auch bereits in der Marktdefinition – deutlich zum Ausdruck gekommen.

E-Plus begrüßt in seiner Stellungnahme ausdrücklich die Feststellung, dass die Märkte für die Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen auch weiterhin regulierungsbedürftig seien. Allerdings müsse die Bundesnetzagentur unter Anwendung der entsprechenden Bewertungskriterien zu dem Schluss kommen, dass auch der Markt für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten weiterhin regulierungsbedürftig sei. Würde die Bundesnetzagentur diesen Markt trotz exzessiver Preise für Verbindungen aus dem Festnetz in die Mobilfunknetze nicht mehr als regulierungsbedürftig einstufen, wäre dies offenkundig ein Verstoß gegen das in § 27 Abs. 2 TKG verankerte Konsistenzgebot. Halte man Markt 7 weiterhin für grundsätzlich regulierungsbedürftig, sei es aufgrund der tatsächlichen erheblichen und dauerhaften Preishöhenmissbräuche auf dem Markt für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze erst recht notwendig, auch letzteren Markt weiterhin als regulierungsbedürftig anzusehen. Andernfalls würde die Bundesnetzagentur eingestehen, dass die Einführung der Entgeltgenehmigungspflicht für Mobilfunkterminierungsentgelte primär zu einer Margenerhöhung bei der DT AG und nicht zu einer Senkung der Endkundenpreise führe, und dass der DT AG zu Lasten der Endkunden auch zukünftig wettbewerbswidrige Übergewinne in sehr erhebliche Millionenhöhe zugebilligt werden sollten.

Der von E-Plus vorgetragene Sachverhalt betrifft im Wesentlichen die Regulierungsbedürftigkeit von Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten. Die in diesem Zusammenhang relevanten Fragestellungen sind jedoch nicht im Rahmen des vorliegend in Rede stehenden Vorleistungsmarktes zu behandeln, sondern sind Gegenstand der Marktanalyseverfahren und Regulierungsverfügungen im Bereich der Endkundenmärkte.

J. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht

Im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach dem 2. Teil des TKG in Betracht kommenden Märkte prüft die Regulierungsbehörde gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 TKG, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.

Wirksamer Wettbewerb besteht nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftliche starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endkunden zu verhalten, § 11 Abs. 1 S. 3 TKG. Die Regulierungsbehörde berücksichtigt dabei weitestgehend die von der Kommission aufgestellten Kriterien, niedergelegt in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie, § 11 Abs. 1 S. 4 TKG.

Die Würdigung, inwiefern beträchtliche Marktmacht besteht, beruht auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt.¹⁴² Beträchtliche Marktmacht kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, die in einer Gesamtschau zu bewerten sind.¹⁴³ Die Unerlässlichkeit einer wertenden Gesamtschau ergibt sich daraus, dass es eine „umfassend ausgearbeitete Theorie der Wettbewerbsvoraussetzungen, die vom Vorliegen bestimmter Umstände einen zwingenden Schluss auf Unternehmensverhalten zuließe, bis heute nicht gibt und angesichts der netzartigen Verkoppelung sämtlicher Zustands- und Kontrollvariablen für Unternehmen vielleicht nie geben wird.“¹⁴⁴ Die einzelnen relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden.¹⁴⁵

Im Folgenden wird nunmehr die konkrete Untersuchung des unter H. abgegrenzten Marktes vorgenommen.

I. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht der Mobilfunknetzbetreiber

1. Marktanteile

Da die vier in Deutschland vertretenen Mobilfunknetze jeweils einen eigenen relevanten Markt für die Mobilfunkterminierung bilden und infolgedessen jedes Mobilfunkunternehmen in seinem jeweiligen Mobilfunknetz einen Marktanteil von 100% aufweist, ist die Prüfung der Marktanteile hinfällig. Mit der monopolistischen Stellung der Unternehmen auf diesen Märkten ist jedoch nicht zwingend die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht verbunden. Zwar wird dadurch eine Vermutungswirkung für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht begründet.¹⁴⁶ Sie kann jedoch selbst bei derart hohen Marktanteilen widerlegt werden, wenn außergewöhnliche Umstände gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht sprechen.¹⁴⁷ Diese wettbewerbsrechtlichen Grundsätze sind Ausgangspunkt für die nachfolgend vorzunehmende Prüfung mehrerer Faktoren und Kriterien im Rahmen einer wertenden Gesamtschau.

¹⁴² Leitlinien, Rn. 75.

¹⁴³ Leitlinien, Rn. 75 und 79.

¹⁴⁴ So Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2001, § 19 Rn. 54 m.w.N. zum – im Gegensatz zu Artikel 82 EG-Vertrag – sogar einen konkreten Kriterienkatalog enthaltenden § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 *GWB*.

¹⁴⁵ Vergleiche Dirksen, in: Langen/Bunte, *Kartellrecht*, 2001, Art. 82 Rn. 37.

¹⁴⁶ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2001, § 19 Rn. 59.

¹⁴⁷ Leitlinien, Rn. 75.

2. Marktzutrittsschranken/Potenzieller Wettbewerb

Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht hängt auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z. B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.¹⁴⁸

Da jedes Mobilfunknetz als ein (Monopol-)Markt definiert ist und es vier Lizenzinhaber gibt, die bei technischer Realisierung der Fremdterminierung potenziell gegenseitig in die Monopolmärkte eintreten könnten, könnte dies für den Wettbewerb genügen. Es hat sich aber gezeigt, dass eine Terminierung von Gesprächen auf das Telefon des Nutzers eines fremden Netzes ausgeschlossen ist, weil es – wie bereits ausgeführt – nach wie vor keine technische Möglichkeit zur Angebotssubstitution gibt. Auch ist für den zu betrachtenden Zeitraum eine technische Weiterentwicklung, die in näherer Zukunft die bestehenden technischen Marktzutrittsschranken zu den Terminierungsmärkten abbauen könnte, nicht absehbar. Die Marktzutrittsschranken sind folglich absolut. Insofern gelten die bereits unter Kapitel I.1. dargelegten Ausführungen sowie die Feststellungen aus der ersten Untersuchung der Mobilfunkterminierungsmärkte.

Sind die Marktzutrittsschranken aufgrund mangelnder Angebotssubstitution absolut, bedeutet dies dennotwendig, dass kein Wettbewerber in der Lage ist, auf den abgegrenzten Mobilfunkterminierungsmärkten entsprechende Leistungen anzubieten. Potenzieller Wettbewerb, der die Marktmacht der Unternehmen einschränken könnte, ist damit ebenfalls ausgeschlossen

3. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Ein im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten und das Vorhandensein finanzieller Ressourcen ist ein weiteres relevantes Kriterium bei der Untersuchung von beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens.

Im Rahmen der Ermittlung der Finanzkraft eines Unternehmens sollten auch Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem multinationalen Konzern, berücksichtigt werden. Dies kann tendenziell die Marktposition eines Marktführers noch verstärken, weil dieser auf die gesamten Ressourcen des Unternehmens zurückgreifen kann.¹⁴⁹

Der Möglichkeiten des Zugangs zu den Kapitalmärkten sowie die finanziellen Ressourcen lassen sich an den folgenden Zahlen der Anbieter ablesen:

T-Mobile ist Teil des Konzerns Deutsche Telekom AG. Der Konzernumsatz der DT AG belief sich im Jahr 2004 auf 57,4 Mrd. €, im Jahr 2005 auf 59,6 Mrd. €, im Jahr 2006 auf 61,3 Mrd. € und im Jahr 2007 auf 62,5 Mrd. €. Der Cash-Flow des Konzerns betrug im Jahr 2007 13,7 Mrd. € (Rückgang um 3,6% gegenüber 2006). Die DT AG hatte im Jahr 2007 einen Konzernüberschuss in Höhe von 0,6 Mrd. € zu verzeichnen. T-Mobile hatte im Jahr 2004 einen Umsatz von 8,7 Mrd. €, im Jahr 2005 von 8,6 Mrd. €, im Jahr 2006 von 8,2 Mrd. € und im Jahr 2007 von 8,0 Mrd. €.

¹⁴⁸ Leitlinien der Kommission, Rn. 80.

¹⁴⁹ Vgl. EuGH, Rs. 322/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453); weitere Nachweise bei: Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn.114 (Fn. 479).

Vodafone ist hundertprozentige Tochter der Vodafone Group Plc. Die Vodafone Gruppe¹⁵⁰ setzte im Geschäftsjahr 2004/2005 38,15 Mrd. €, im Geschäftsjahr 2005/2006 43,03 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2006/2007 45,88 Mrd. € um. Davon entfielen auf die Vodafone im Geschäftsjahr 2004/2005 8,3 Mrd. €, im Geschäftsjahr 2005/2006 8,4 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2006/2007 8,0 Mrd. €. ¹⁵¹

Gesellschafter der E-Plus Mobilfunk sind die KPN Mobile N.V., Den Haag, Niederlande mit 77,5% und die KPN Mobile Holding N.V., Den Haag, Niederlande (KPN Mobile Holding) mit 22,5%. KPN Mobile ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der KPN Mobile Holding die wiederum eine 100%ige Tochtergesellschaft der Royal KPN N.V., Den Haag, Niederlande (Royal KPN) ist. E-Plus wird somit letztlich von Royal KPN beherrscht.

Der Gesamtumsatz der Royal KPN N.V. betrug 11,819 Mrd. € im Jahr 2004, 11,936 Mrd. € im Jahr 2005, 12,057 Mrd. € im Jahr 2006 und 12,632 Mrd. € im Jahr 2007. Davon entfielen auf E-Plus 2,608 Mrd. € im Jahr 2004, 2,822 Mrd. € im Jahr 2005, 2,894 Mrd. € im Jahr 2006 und 2,963 Mrd. € im Jahr 2007.

O₂ ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Telefónica S.A. Der Konzernumsatz der Telefónica S.A. betrug 30,3 Mrd. € im Jahr 2004/2005, 37,4 Mrd. € im Jahr 2005/2006 und 53 Mrd. € im Jahr 2006/2007. Davon entfielen auf O₂ im Geschäftsjahr 2004/2005 2,6 Mrd. €, im Geschäftsjahr 2005/2006 3,2 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2006/2007 3,3 Mrd. €.

Die o.g. Kennzahlen könnten darauf hindeuten, dass die T-Mobile und Vodafone einerseits und E-Plus und O₂ andererseits über jeweils ähnliche Finanzkraft verfügen könnten. Allerdings dürfte die Finanzkraft bei der hier vorzunehmenden Prüfung wegen des Vorliegens von Einzelmärkten nur eine untergeordnete Rolle spielen.

4. Direkte entgegengerichtete Nachfragemacht

Angesichts jeweils 100%iger Marktanteile der Mobilfunknetzbetreiber in ihren Mobilfunknetzen sowie absoluter Marktzutrittschranken und mangelndem potenziellem Wettbewerb ist für die Frage, ob tatsächlich unkontrollierte Verhaltensspielräume bzw. beträchtliche Marktmacht der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber auf den Terminierungsmärkten bestehen, entscheidend, ob sie mit einer entgegengerichteten bzw. ausgleichenden Gegenmacht konfrontiert sind. Dabei ist nicht nur auf das generelle Vorhandensein einer möglichen entgegengerichteten Nachfragemacht abzustellen, sondern insbesondere das Ausmaß der Gegenmacht als relevanter Maßstab zu betrachten, wie die Kommission auch in ihrem Explanatory Note zur neuen Märkteempfehlung 2007 herausgestellt hat.¹⁵² Daher ist neben der Untersuchung, ob Terminierungsleistungen nachfragende Unternehmen prinzipiell in der Lage wären, die Mobilfunknetzbetreiber hinsichtlich ihrer Verhaltensspielräume zu disziplinieren (Potenzial ausgleichender Gegenmacht) auch zu berücksichtigen, ob die Gegenmacht geeignet und tatsächlich insgesamt ausreichend ist, deutlich über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise zu verhindern. Schließlich ist zu fragen, ob die Unternehmen von diesem Potenzial Gebrauch machen würden (Ausübung ausgleichender Gegenmacht). Letzteres hängt im Wesentlichen von der Interessenlage der Unternehmen ab und kann insofern nur mit Einschränkungen beurteilt werden. Zu unterstellen ist jedenfalls, dass ein Unternehmen nur dann seine ausgleichende Nachfragemacht auch einsetzen wird, wenn es sich davon Vorteile verspricht.

¹⁵⁰ Das Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.

¹⁵¹ Seit Vodafone D2 in den Vodafone-Konzern eingegliedert ist, endet das Geschäftsjahr am 31.03. des jeweiligen Jahres.

¹⁵² Explanatory Note, S. 25: "However, such a market definition – call termination on individual networks – does not automatically mean that every network operator has significant market power; this depends on the degree of any countervailing buyer power."

Da es sich bei den in Rede stehenden Terminierungsleistungen der Mobilfunknetzbetreiber grundsätzlich um nicht austauschbare Leistungen handelt, kann ein nachfragender Netzbetreiber seine Gegenmacht nicht durch einen Wechsel des Anbieters zum Ausdruck bringen. Vielmehr kann sich seine ausgleichende Nachfragemacht vorwiegend in der Drohung des Abbruchs oder einer Verschlechterung der Geschäftsbeziehungen manifestieren. Unter dieser Prämisse hängt die Fähigkeit zur Ausübung ausgleichender Nachfragemacht entscheidend von den Marktkräfteverhältnissen zwischen nachfragendem und anbietendem Unternehmen ab.

Nachfolgend wird nun geprüft, inwieweit die DT AG, die alternativen Festnetzbetreiber sowie die Mobilfunknetzbetreiber untereinander entgegengerichtete Nachfragemacht auf dem Markt für Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen ausüben.

Dabei wird zunächst von dem kleinsten Mobilfunknetzbetreiber, O₂, ausgegangen. Sofern schon gegenüber diesem keine ausreichende entgegengerichtete Nachfragemacht bestehen sollte, die das Potenzial zur Festsetzung von Terminierungsentgelten einschränken könnte, ist davon auszugehen, dass dies gegenüber den größeren Mobilfunknetzbetreibern erst recht nicht der Fall wäre. Eine weitere Betrachtung der größeren Mobilfunknetzbetreiber wäre nur dann unumgänglich, wenn es Anzeichen für besondere Umstände gäbe, die eine andere Bewertung erforderlich machen würden.

a. Direkte Nachfragemacht der DT AG

(1) Abbruch der Geschäftsbeziehungen

Nach wie vor verfügt die DT AG auf dem Markt für ihre eigenen Festnetzterminierungsleistungen über eine beträchtliche Marktmacht¹⁵³. Auf dieser Grundlage bestehen seitens der Bundesnetzagentur gegenüber der DT AG auferlegte Verpflichtungen zur Zusammenschaltung mit anderen Unternehmen. Der DT AG ist eine Nachfrageverweigerung unmöglich. Zudem steht ihr durch die Regulierung des Angebots der eigenen Terminierungsleistungen und der entsprechenden Entgelte in Verhandlungen mit den Mobilfunknetzbetreibern nicht das wirksame Instrument der Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte zur Verfügung. Insofern haben sich im Vergleich zur ersten Marktanalyse keine Änderungen ergeben, die zu einer anderen Einschätzung führen würden.

Auch der bereits in der ersten Marktanalyse enthaltene Hinweis, dass die DT AG auch ohne marktbeherrschende Stellung das Recht und auf Antrag von befugten Unternehmen auch die Pflicht hätte, Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen sowie die Möglichkeit, als den Zugang zu Endnutzern kontrollierendes Unternehmen ggf. Adressat einer Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 18 TKG zu werden, ist ebenfalls weiterhin aktuell. Auch unter diesem Aspekt ist die DT AG in jedem Fall durch potentielle Zusammenschaltungsverpflichtungen in ihrer möglicherweise vorhandenen Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern eingeschränkt.

Bestünde nicht die Möglichkeit zur Auferlegung derartiger Verpflichtungen, so wären darüber hinaus auch wie bislang keine ökonomischen Anreize zur Ausübung von Gegenmacht vorhanden.

¹⁵³ Vgl. Konsultationsentwurf zu Markt Nr. 3, Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 13/2008 vom 16.07.2008, Mitteilung Nr. 367.

Zwar ist die DT AG als mit Abstand größter Festnetzbetreiber und darüber hinaus auch als Anbieter von Transitleistungen in Mobilfunknetze weiterhin der größte Nachfrager von Mobilfunkterminierungen. Andererseits haben aber mittlerweile alle Mobilfunknetzbetreiber [BuG]. [BuG].

So haben die Terminierungen [BuG] im Jahr 2007 [BuG] mit [BuG] aller Terminierungen ausgemacht. Bei dem [BuG] waren dies [BuG]. Dieser Effekt wird weiter dadurch verstärkt, dass in den letzten Jahren der aus den Mobilfunknetzen abgehende Sprachverkehr stark angestiegen ist.¹⁵⁴

Hinzu kommt, dass es zwar bei den Verkehrsströmen [BuG], d.h., [BuG]. Betrachtet man aber die daraus entstehenden Zahlungsströme für diese Leistungen, so gibt es hier aufgrund der [BuG]. Dies zeigt, dass die Mobilfunknetzbetreiber sich gegenüber der DT AG nicht in einer schwachen Position befinden. Beispielhaft sind nachstehend die Zahlen für das Jahr 2007 aufgeführt.

Summe der Verkehrs- und Zahlungsströme zwischen DT AG und den Mobilfunknetzbetreibern

	Minuten	Euro
DT AG -> T-Mobile	[BuG]	[BuG]
DT AG -> Vodafone	[BuG]	[BuG]
DT AG -> E-Plus	[BuG]	[BuG]
DT AG -> O2	[BuG]	[BuG]

Legende: Bei negativen Werten terminiert/zahlt der MNO mehr Minuten/Euro in/an das Netz der DT AG als die DT AG in/an das Netz des MNO

Auch hat sich der Abstand zwischen den Endkundenzahlen der Mobilfunknetzbetreiber im Verhältnis zu den Endkunden der DT AG stark verringert. Hinsichtlich der **größten Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile und Vodafone** zeigen sich sogar vergleichbare Endkundenbestände. So verfügt Vodafone derzeit über 35,29 Mio. Mobilfunkkunden¹⁵⁵ (Stand 30.06.2008) und T-Mobile Deutschland meldet für das 4. Quartal 2007 35,95 Kunden¹⁵⁶. Demgegenüber stehen 35,9 Mio. Festnetzanschlüsse der DT AG.¹⁵⁷ Dies zeigt, dass in Bezug auf die Größenverhältnisse hinsichtlich der eigenen Endkunden keine Überlegenheit der DT AG zu verzeichnen ist.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen zur Entwicklung der Endkundenzahlen und [BuG] wäre die DT AG bezogen auf Vodafone mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen kaum in der Lage, ausreichende Nachfragemacht zur Absenkung der Terminierungsentgelte auszuüben. Insbesondere mit Blick auf die konzernrechtliche Verbundenheit

¹⁵⁴ Vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2007, S. 82.

¹⁵⁵ Vgl. http://www.vodafone.de/unternehmen/presse/97943_132295.html.

¹⁵⁶ Vgl. http://www.t-mobile.de/unternehmen/presse/pressemitteilungen/1,12219,20037-_,00.html.

¹⁵⁷ Vgl. Konzern-Zwischenbericht 1. Januar bis 31. März 2008 (<http://www.zwischenbericht.telekom.de/site0108/>).

mit dem größten alternativen Festnetzbetreiber Arcor wird die Position von Vodafone auf dem Telekommunikationsmarkt insgesamt zunehmend stärker.

Im Hinblick auf T-Mobile ist die konzernrechtliche Verbundenheit mit der DT AG zu berücksichtigen. T-Mobile erzielt **[BuG]** Umsätze aus den Terminierungsentgelten. Die Kosten für die Terminierung können jedoch von der DT AG in voller Höhe an die Festnetzendkunden weitergegeben werden. Somit dürften hohe Terminierungsentgelte der T-Mobile im Konzerninteresse liegen und deshalb auch nicht zu einem Anreiz für die Absenkung der Terminierungsentgelte führen. Der Abbruch der Geschäftsbeziehung liegt daher nicht im ökonomischen Interesse der DT AG

Bezogen auf die **kleineren Mobilfunknetzbetreiber O₂ und E-Plus** sind die zuvor beschriebenen Marktgegebenheiten nicht in gleichem Maße übertragbar. Zwar hat sich die Abhängigkeit der kleineren Mobilfunknetzbetreiber von der DT AG **[BuG]**, jedoch ist sie aufgrund hoher Kundenzahlen der DT AG dennoch stärker als umgekehrt. So verfügt O₂ mit 13 Mio.¹⁵⁸ und E-Plus mit mehr als 16 Mio.¹⁵⁹ nach wie vor über deutlich weniger Endkunden als die DT AG. Dies bedeutet, dass die DT AG in Abwesenheit von Regulierungsverpflichtungen prinzipiell eine Nachfragemacht ausüben könnte. Denkbar wäre daher grundsätzlich die Möglichkeit, Gespräche aus dem Festnetz nicht in die Mobilfunknetze von O₂ und E-Plus zuzustellen. Es wird davon ausgegangen, dass die DT AG einen solchen Boykott angesichts der Verkehrsströme länger durchhalten könnte als die Mobilfunknetzbetreiber.

Allerdings würde sich die DT AG bei einem solchen Vorgehen in der Praxis nicht nur dem Druck durch ihre eigenen Endkunden im Festnetz, sondern auch durch die Öffentlichkeit und Verbraucherschützer ausgesetzt sehen.

Darüber hinaus ist weder O₂ noch E-Plus von so geringer Größe und Bedeutung, dass bei einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen für den nachfragenden Netzbetreiber und dessen Kunden keine spürbare Beeinträchtigung ausgehender (und eingehender) Verbindungen stattfinden würde. Besonders im Hinblick auf die gestiegene Mobilfunknutzung in den letzten Jahren ist die Erreichbarkeit aller Mobilfunkteilnehmer durch die eigenen Endkunden ein maßgebliches Element des Produktportfolios aller Festnetzbetreiber.

An dieser Stelle wird auf die auch schon in der Festlegung von Markt Nr. 16 enthaltene Argumentation hingewiesen, dass angesichts drohender Reputationsschäden und fortschreitendem Substitutionsverhalten der Kunden über andere Anbieter unabhängig vom regulatorischen Rahmen kein ökonomischer Anreiz der DT AG besteht, die Geschäftsbeziehungen mit den Mobilfunknetzbetreibern abzubauen.

Das mangelnde Interesse der DT AG an einer konsequenten Ausübung ihrer potenziellen Marktgegenmacht ist auch damit zu begründen, dass beim Abbruch der Geschäftsbeziehungen die eigenen Endkunden die Gespräche aus dem Festnetz in das Mobilfunknetz durch Anrufe von ihrem Mobilfunkanschluss ersetzen können. Insbesondere mit zunehmender Verbreitung von Mobilfunkflatrates/Minutenpaketen für Verbindungen in alle Mobilfunknetze und kostengünstigen netzinternen Tarifen innerhalb des Betrachtungszeitraums haben sich die bis dahin nur ansatzweise vorhandenen Ausweichmöglichkeiten für Mobilfunkendkunden erheblich verbessert. Aber auch die neueren Standardtarife für Gespräche aus dem Mobilfunknetz in ein anderes Mobilfunknetz unterscheiden sich nicht mehr so maßgeblich von den Standardtarifen für Anrufe aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz, dass dies im Falle des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen zwischen der DT AG und den (kleineren) Mobilfunknetzbetreibern die Endkunden von der Substitution eines Anrufes aus dem Festnetz durch einen Anruf aus dem Mobilfunknetz abhalten würde.

¹⁵⁸ Pressemitteilung vom 14.05.2008.

¹⁵⁹ Pressemitteilung vom 23.07.2008.

Da die Marktgegebenheiten im Hinblick auf das Kriterium „Abbruch der Geschäftsbeziehungen“ sich sogar teilweise zuungunsten der DT AG verändert haben, wird auch an dem bisherigen Ergebnis der ersten Marktanalyse festgehalten, dass nämlich die DT AG aufgrund der ihr obliegenden Zusammenschaltungsverpflichtungen keine Möglichkeit zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern hat. Es wird darüber hinaus weiterhin davon ausgegangen, dass die DT AG auch bei fehlender Regulierung weder in Bezug auf die größeren Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile und Vodafone noch hinsichtlich O₂ und E-Plus einen ökonomischen Anreiz zur Ausübung von Nachfragemacht hätte.

O₂ führt aus, dass trotz der Abgrenzung von Einzelnetzmärkten keine betreiberspezifische Analyse der Marktsituation von O₂ erfolgt ist.

Die Analyse geht in dem Maße auf die spezifische Situation der einzelnen Betreiber (und damit auch von O₂) ein, wie dies für die Analyse erforderlich ist. Das zeigt sich z.B. gerade an der Überprüfung der Umsatz- und Verkehrsströme im Bereich der Terminierungsleistungen.

Auch E-Plus ist der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur nicht in ausreichendem Maße die spezifische Situation von E-Plus in einer Gesamtschau geprüft habe. So gebe es z.B. beträchtliche Größenunterschiede zwischen den D- und E-Netzbetreibern. Auch seien die Kostenunterschiede erheblich, die sich zum einen aus dem unterschiedlichen Markteintrittsdatum, zum anderen aus der unterschiedlichen Frequenzausstattung ergäben.

Unterschiede bei der Marktmacht der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber kommen im Wesentlichen Betracht, wenn diese in unterschiedlichem Maße ausgleichender Nachfragemacht ausgesetzt wären. Gerade dies ist aber ausführlich geprüft worden, wobei i.d.R. gerade O₂ als kleinster Netzbetreiber zugrunde gelegt worden ist. Spezifische Faktoren, die bei der größeren E-Plus zu einem anderen Ergebnis führen könnten, sind nicht vorhanden. Auch die unterschiedlichen Kosten bzw. die Frequenzausstattung spielen in Bezug auf die Terminierung keine Rolle. Auf dem Terminierungsmarkt von E-Plus gibt es nur einen einzigen Anbieter, der demzufolge auch keine Nachteile in Bezug auf Kosten und damit zusammenhängenden Faktoren wie Frequenzausstattung oder Größen- und Verbundvorteile haben könnte. Sofern unterschiedliche Kosten vorliegen sollten, mögen diese allenfalls bei der Kostenprüfung im Rahmen der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen eine Rolle spielen.

Im Übrigen ist auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zu dem Schluss gekommen, dass es für die Bundesnetzagentur keine Verpflichtung gebe, den Marktmachtverhältnissen auf den einzelnen Terminierungsmärkten im Einzelnen nachzugehen.¹⁶⁰

Insgesamt hat das Ergebnis der Untersuchung spezifischer Marktstellungen auf den Terminierungsmärkten, die z.B. auch auf den Angaben der Unternehmen aus dem Auskunftersuchen beruhen, ergeben, dass es unter Zugrundelegung der Einzelnetz betrachtung keine Hinweise für die Berechtigung einer solchen Differenzierung zwischen den jeweiligen Mobilfunknetzbetreibern gibt. Die Wettbewerbsprobleme aller Terminierungsmärkte unter Zugrundelegung der Einzelnetz betrachtung sind strukturell identisch. Wie die Analyse gezeigt hat, spielen die unterschiedlichen Situationen bei Kostenstrukturen, Frequenzausstattung, Größen- und Verbundvorteilen usw. für die entgegengerichtete Nachfragemacht keine maßgebliche Rolle.

¹⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 16.07, S. 18, Rn. 33 f.

(2) Einbezug anderer Geschäftsbereiche

Da die meisten Netzbetreiber Mehrproduktunternehmen sind, die sich nicht nur als Nachfrager und ggf. auch als Anbieter von Terminierungsleistungen begegnen, sondern auch in anderen Geschäftsbereichen als Kunden oder Lieferanten gegenüberstehen, könnte die DT AG – auch bei bestehenden Zusammenschaltungsverpflichtungen – bei den Verhandlungen auch andere Geschäftsbereiche einbeziehen. Von diesen anderen Geschäftsbereichen ergeben sich potenzielle Hebelwirkungen auf die Terminierungsmärkte. Beispielsweise liefert die DT AG diverse Festnetzvorleistungen an alle Mobilfunknetzbetreiber, z.B. in Form von Mietleitungen. Die DT AG ist jedenfalls in diesen Fällen z.T. reguliert, so dass sie nicht mit Preiserhöhungen oder Lieferverweigerung drohen könnte, aber die Qualität einer Zusammenarbeit ist nie vollständig regulierbar. Auch könnte die DT AG durchaus Behinderungsstrategien entwickeln, bei denen die Mobilfunknetzbetreiber zwar beeinträchtigt würden und ggf. sogar eine solche Strategie vermuten, die aber in der Praxis eher schwer identifizierbar sind. Daher müsste die DT AG auch nicht mit negativen Folgen durch Imageschäden rechnen. Es ist dabei nicht notwendig, dass die DT AG explizit Konsequenzen in anderen Geschäftsbereichen androht, sondern es genügt, wenn den terminierenden Mobilfunknetzbetreibern bewusst ist, dass solche Konsequenzen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich sind.

Inwieweit die Hebelwirkung anderer Geschäftsbereiche ausgleichende Nachfragemacht erzeugt oder vergrößert, hängt von dem Umfang und der Intensität dieser anderen Geschäftsbeziehungen ab, sowie davon, ob die terminierenden Mobilfunknetzbetreiber stärker von diesen abhängig sind als die Nachfrager von Mobilfunkterminierungen. Da diese Zusammenhänge meist vertraulich sind, ist ihr Einfluss nur schwer einzuschätzen. Das Ausmaß dieses Drohpotenzials wird im Übrigen jedoch durch die Bundesnetzagentur entscheidend eingeschränkt.

(3) Empfindliche Mengentrücknahme

Die Ausübung von direkter Nachfragemacht kommt grundsätzlich auch durch eine empfindliche Mengentrücknahme von Terminierungsleistungen in Betracht. Dies könnte dadurch geschehen, dass die DT AG nicht alle Verbindungen in ein Mobilfunknetz durchleitet und so die nachgefragten Terminierungsleistungen rationalisieren würde. In der Folge wäre damit allerdings nicht mehr für jeden Endkunden der DT AG die Erreichbarkeit der Teilnehmer im Mobilfunk gegeben. Wie bereits schon zuvor erläutert, wäre ein solches Vorgehen praktisch nicht durchführbar, weil es die Qualität des Angebots der DT AG den eigenen Endkunden gegenüber so sehr verschlechtern würde, dass dadurch die Gefährdung der eigenen Marktposition auf den Festnetzendkundenmärkten zu befürchten wäre.

In Erwägung zu ziehen wäre noch die Rücknahme des nachgefragten Terminierungsvolumens durch eine Preiserhöhung ausgehender Gespräche in das betreffende Mobilfunknetz über die Höhe der Terminierungsentgelte hinaus. Aber auch mit dieser Maßnahme wäre eine Gefährdung der Wettbewerbsposition auf dem entsprechenden Festnetzendkundenmarkt verbunden, denn in diesem Falle wäre aller Wahrscheinlichkeit nach keine Preisdifferenz mehr zwischen ausgehenden Anrufen aus dem Festnetz und aus dem Mobilfunknetz in die Mobilfunknetze zu erwarten, so dass die Endkunden die Anrufe aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz nicht nur über Betreibervorauswahl, sondern auch durch Anrufe aus dem Mobilfunk ersetzen könnten.¹⁶¹

¹⁶¹ Bei derzeit mehr als 97 Mio. Mobilfunkteilnehmer in Deutschland und einer sich daraus ergebenden rechnerischen Penetrationsrate von mehr als 100 % kann davon ausgegangen werden, dass jeder Inhaber eines Festnetzanschlusses auch gleichzeitig über (mind.) einen Mobilfunkanschluss verfügt. Vgl. dazu auch Jahresbericht 2007, Bundesnetzagentur, S. 81.

Zudem wäre bei einer längerfristigen Preiserhöhung sogar ein Anschlusswechsel der Endkunden zu einem anderen Festnetzanbieter zu befürchten. Eine gleichzeitige Senkung anderer Preise, wie etwa der monatlichen Grundentgelte oder – im Falle der Nutzung eines Flatrate-Pakets – der Entgelte für die Flatrate, stellt nur dann eine Möglichkeit dar, wenn die bisherige Preisstruktur nicht gewinnmaximierend war.

Insgesamt ist festzuhalten, dass zwar theoretisch ein gewisses Drohpotenzial durch eine empfindliche Mengenrücknahme besteht, dessen Anwendung in der Praxis jedoch nicht in einem solchen Maß realistisch ist, dass daraus eine zur Absenkung der Terminierungsentgelte ausreichende Nachfragemacht erwachsen könnte.

(4) Zwischenergebnis

Wie schon in der ersten Marktanalyse festgestellt, verfügt die DT AG in Abwesenheit von Regulierung auch weiterhin weder über ein ausreichendes Drohpotenzial noch hat sie einen ökonomischen Anreiz, entgegengerichtete Nachfragemacht auszuüben.

O₂ führt in seiner Stellungnahme aus, dass die DT AG eine solche entgegengerichtete Nachfragemacht ausübe. **[BuG]** entscheidend für das Vorhandensein und die Ausübung von Marktmacht nicht das Zustandekommen, sondern der Inhalt einer Einigung sei. **[BuG]**. Die am Ende erzielten Einigungen bewiesen daher jeweils gerade die Ausübung starker Marktmacht durch die DT AG.

Zunächst einmal ist nicht ersichtlich, warum eine Verhandlungsrunde aus dem Jahr 1999 belegen soll, dass nunmehr fast 10 Jahre später O₂ nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. Abgesehen davon hätte es O₂ jederzeit offen gestanden, die Bundesnetzagentur anzurufen, um die Anordnung der Zusammenschaltung mit der DT AG nach § 37 TKG 1996 zu erreichen, wenn sie die Entgeltvorstellungen der DT AG tatsächlich für unannehmbar gehalten hätte. Die Tatsache, dass dies nicht geschehen ist, belegt vielmehr, dass O₂ befürchtet hat, dass bei einer solchen Anordnung die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte niedriger gewesen wären, als dies bei einer freiwilligen Einigung der Fall war. Somit erscheint die freiwillige Einigung nicht notwendigerweise als Ausdruck von entgegengerichteter Marktmacht der DT AG, sondern vielmehr als Strategie zur Vermeidung einer drohenden Entgeltregulierung.

Ähnliches gilt in Bezug auf E-Plus, die in ihrer Stellungnahme vorgebracht hat, dass sie nicht nur wie im Entwurf schildert ihre Entgeltvorstellungen in der Verhandlungsrunde 2006 nicht habe durchsetzen können, sondern bereits in der Verhandlungsrunde im Jahre 2004 wegen der überragenden Nachfragemacht der D-Netzbetreiber lediglich bilaterale Entgelte habe aushandeln können, die für E-Plus mit einem ungleich höheren Entgeltverlust verbunden gewesen seien als für ihre Wettbewerber T-Mobile und Vodafone. Daher sei es ihr nicht möglich, sich auf dem eigenen Terminierungsmarkt unabhängig von den D-Netzbetreibern zu verhalten.

Folgte man darüber hinaus der in der Stellungnahme von E-Plus vorgebrachten Logik, würde sich zudem die Verhandlungsmacht der D-Netzbetreiber neutralisieren, weil E-Plus die Bundesnetzagentur wegen einer Zugangsanordnung nach § 25 TKG anrufen könnte.

Auch nach dem neuen Rechtsrahmen hätte sich E-Plus bereits 2004 an die Bundesnetzagentur wenden können, sofern sie in Verhandlungen mit den übrigen Mobilfunknetzbetreibern keine kostendeckenden Entgelte hätte erzielen können. Abgesehen davon ist es auch noch fraglich, ob die in der Verhandlungsrunde 2006 angebotenen Entgelte für E-Plus tatsächlich nicht annehmbar waren, denn O₂ hat diese akzeptiert, obwohl zum damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen werden musste, dass O₂ aufgrund der Frequenzausstattung und

eines noch späteren Markteintritts eine zumindest ähnliche Kostenstruktur wie E-Plus hat, was auch im mittlerweile erfolgten Entgeltgenehmigungsverfahren bestätigt worden ist.

b. Direkte Nachfragemacht alternativer Festnetzbetreiber

Neben der DT AG unterliegen auch die alternativen Festnetzbetreiber aufgrund der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht in deren jeweiligen Netzen der Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Daher steht ihnen genauso wenig die Möglichkeit des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern zu wie der DT AG. Insofern gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Ebenso wie die DT AG haben die alternativen Festnetzbetreiber auch ohne marktbeherrschende Stellung das Recht und auf Antrag von befugten Unternehmen auch die Pflicht, Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen. Ggf. könnten sie als Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, von der Bundesnetzagentur nach § 18 TKG zur Zusammenschaltung verpflichtet werden. Daher sind sie in jedem Fall durch potenzielle Zusammenschaltungsverpflichtungen in ihrer möglicherweise vorhandenen Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern eingeschränkt.

Allerdings wäre auch bei Wegfall jeglicher Zusammenschaltungsverpflichtungen die Position der Festnetzbetreiber im Mobilfunkterminierungsmarkt so schwach, dass eine direkte Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern zu verneinen ist. Dafür sind mehrere Gründe zu nennen, die größtenteils bereits im Zeitpunkt der ersten Marktanalyse zu Markt Nr. 16 bestanden haben:

Zunächst ist in diesem Zusammenhang anzuführen, dass der überwiegende Anteil alternativer Festnetzbetreiber erst gar nicht in der Lage ist, gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern Nachfragemacht auszuüben, weil sie keine direkte Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern haben, sondern ihre Leistung stattdessen als Transit u.a. von der DT AG beziehen. Bestenfalls würde die Position der DT AG oder anderer Transitanbieter gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern gestärkt. Da die Position der alternativen Festnetzbetreiber aber angesichts der geringen Kundenzahlen und Verkehrsmengen insgesamt relativ schwach ist, ist nicht davon auszugehen, dass sie die bereits beschriebene geringe entgegengerichtete Nachfragemacht der DT AG soweit stärken könnte, dass diese die Mobilfunknetzbetreiber bei der Festlegung ihrer Mobilfunkterminierungsentgelte einschränken könnte.

Aber selbst den direkt mit den Mobilfunknetzbetreibern zusammengeschalteten alternativen Teilnehmernetzbetreibern steht aufgrund der im Verhältnis zu den Mobilfunknetzbetreibern wesentlich geringeren Größe und Marktmacht nach wie vor der Abbruch der Geschäftsbeziehungen als Drohpotential (im Gegensatz zur DT AG) nicht zur Verfügung. Diese Überlegung zeigt sich darin, dass selbst das Größenverhältnis des kleinsten Mobilfunknetzbetreibers O₂ gegenüber dem größten Anbieter von Festnetzterminierungen Arcor nach wie vor weit auseinander fällt: Verzeichnet O₂ über 13 Mio. Mobilfunkendkunden¹⁶², verfügt Arcor mit [BuG] Telefonanschlüssen¹⁶³ über deutlich weniger Endkundenpotenzial, auch wenn man berücksichtigt, dass davon eine gewisse Anzahl von Anschlüssen ISDN-PMX-Anschlüsse sind, die über 30 Verbindungskanäle verfügen. Auch ist die Gesamtzahl der Telefonanschlüsse aller alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz deutlich geringer als die Zahl der Mobilfunkanschlüsse von O₂.

Vor diesem Hintergrund würde auch ein Abbruch der Geschäftsbeziehungen von Seiten der Festnetzbetreiber für ihre eigenen Endkunden wahrscheinlich zu einer stärker spürbaren Beeinträchtigung führen als für die Endkunden der Mobilfunknetzbetreiber. Da die Teilnehmer-

¹⁶²Stand 31.03.2008, http://www.de.o2.com/ext/standard/index?page_id=22&state=online&style=standard.

¹⁶³Unveröffentlichter Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu Markt Nr. 1 der Märkteempfehlung.

netzbetreiber insgesamt nur einen sehr geringen Teil der Anschlüsse im Festnetz auf sich vereinen können (zusammen **[BuG]** der Schmalband- bzw. Komplettanschlüsse¹⁶⁴), können die Mobilfunknetzbetreiber eher auf Gespräche von und in die Festnetze alternativer Betreiber verzichten als umgekehrt. Es wird davon ausgegangen, dass (ohne Berücksichtigung der Zusammenschaltungsverpflichtung) die Mobilfunknetzbetreiber als Reaktion ihren Kunden auch keine Terminierungen mehr in das Netz des jeweiligen Festnetzbetreibers anbieten würden. Mithin wäre ein Abbruch der Geschäftsbeziehungen eher zum Schaden der Teilnehmernetzbetreiber.

Schließlich ist anzumerken, dass ein realistisches Drohpotenzial der alternativen Teilnehmernetzbetreiber auch deshalb nicht angenommen werden kann, weil die üblicherweise im Rahmen von Zusammenschaltungsverhältnissen zu erwartende reziproke Leistungsbeziehungen zwischen den Mobilfunknetzbetreibern und den alternativen Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz überwiegend nicht bestehen. So fragen zwar einige alternative Teilnehmernetzbetreiber **[BuG]**. Im Übrigen fragen **[BuG]** nach. Im Falle von **[BuG]**, bedeutet dies sogar, dass sie per se nicht von einer Verweigerung von Festnetzterminierungen durch alternative Teilnehmernetzbetreiber betroffen wäre. Insgesamt ist damit festzustellen, dass mit Ausnahme von **[BuG]**, die jedoch wesentlich kleiner als der kleinste Mobilfunknetzbetreiber ist (s.o.), die Möglichkeit einer Verweigerung von Festnetzterminierungsleistungen durch die alternativen Teilnehmernetzbetreiber schon nicht gegeben ist und damit jegliches Drohpotenzial mangels zweiseitiger Terminierungsbeziehung entfällt.

Zwar geht Vodafone in seiner Stellungnahme davon aus, dass Terminierungsleistungen zwischen den Teilnehmernetzbetreibern regelmäßig bilateral vereinbart würden. Daher ständen sich zwei Monopole gegenüber, die ihre Verhandlungsmacht gegenseitig neutralisierten.

Allerdings zeigt bereits die oben geschilderte, **[BuG]**, dass dies vorliegend nicht der Fall sein kann.

Auch die Verbindungsnetzbetreiber haben bei direkter Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern keine Möglichkeit zur Ausübung von Nachfragemacht, weil auch sie diese mangels zweiseitiger Terminierungsbeziehung ebenfalls nicht mit einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen treffen können.

E-Plus führt in seiner Stellungnahme aus, dass auch die alternativen Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreiber entgegengerichtete Nachfragemacht ausüben könnten. So könnten diese im Falle des Scheiterns von bilateralen Verhandlungen eine Anrufung der Bundesnetzagentur und den Erlass einer Zugangsanordnung gemäß § 25 TKG durchführen. Daher gebe es eine erhebliche entgegengerichtete Nachfragemacht der Verhandlungspartner.

Nachfragemacht entsteht immer aus der wirtschaftlichen Position des bzw. der anderen Unternehmen, nicht jedoch aus der allgemein vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeit, ein Verfahren bei der Bundesnetzagentur zur Anordnung des Zugangs und zur Überprüfung der Zugangsbedingungen anzustrengen. Wäre dies der Fall, so würde selbst die DT AG auf keinem einzigen Markt – jedenfalls aber nicht im Teilnehmernetzbereich – über beträchtliche Marktmacht verfügen, weil die Zugangsnachfrager immer die Möglichkeit hätten, sich an die Bundesnetzagentur zu wenden.

Die Bundesnetzagentur bleibt bei ihrem bereits in der ersten Marktanalyse festgestellten Ergebnis, dass weder die alternativen Teilnehmernetzbetreiber noch die Verbindungsnetzbetreiber gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern entgegengerichtete Nachfragemacht ausüben.

¹⁶⁴ Unveröffentlichter Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur zu Markt Nr. 1 der Märkteempfehlung.

c. Direkte Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber untereinander

Auch für die Mobilfunknetzbetreiber gilt, dass sie auch ohne marktbeherrschende Stellung das Recht und auf Antrag von befugten Unternehmen auch die Pflicht haben, Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen. Ggf. könnten sie als Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, von der Bundesnetzagentur nach § 18 TKG zur Zusammenschaltung verpflichtet werden. Daher sind sie in jedem Fall durch potenzielle Zusammenschaltungsverpflichtungen in ihrer möglicherweise vorhandenen Nachfragemacht eingeschränkt. Denn aufgrund dieser Verpflichtungsmöglichkeit kann ein nachfragender Mobilfunknetzbetreiber einem anderen Mobilfunknetzbetreiber nicht mit Abbruch der Geschäftsbeziehung oder mit höheren Entgelten bei der Terminierung in sein eigenes Mobilfunknetz drohen.

Bestünde nicht die Möglichkeit, derartige Verpflichtungen aufzuerlegen und bestünde keine Regulierung der Mobilfunkterminierungsmärkte, so ergäbe sich Folgendes:

Bei Betrachtung der Möglichkeiten der Mobilfunknetzbetreiber untereinander, könnten nur die beiden größeren, nämlich T-Mobile und Vodafone, gegenüber den beiden kleineren, E-Plus und O₂, eine entgegengerichtete Nachfragemacht ausüben. Da die beiden kleineren aber bereits so groß sind, dass schon die DT AG nicht mehr mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen könnte, gilt dies in gleichem Maße für T-Mobile und Vodafone.

Die größeren Mobilfunknetzbetreiber könnten ein Interesse daran haben, auf eine Senkung der Terminierungsentgelte der beiden kleineren Mobilfunknetzbetreiber hinzuwirken, weil dies ihre Kosten senkt. Andererseits hätten die Mobilfunknetzbetreiber durch die an sie gezahlten Terminierungsentgelte hohe Einnahmen und können die von ihnen zu zahlenden Terminierungsentgelte an ihre Endkunden weitergeben. Verluste durch zu hohe Vorleistungsentgelte für fremde Terminierungen hätten die Netzbetreiber daher nicht zu befürchten.

Der Anreiz für Mobilfunknetzbetreiber, Terminierungsentgelte niedrig zu halten, ist zudem deshalb gering, weil eine Reduktion der Entgelte den um Endkunden konkurrierenden anderen Mobilfunknetzbetreibern Vorteile verschaffen würde, und zwar durch Senkung der Kosten bei gleichzeitiger Beibehaltung der eigenen Einnahmen, mit denen ggf. Endkundenleistungen subventioniert werden können. Im Gegenteil könnten bei Reziprozität der Terminierungsbeziehungen die Netzbetreiber ein Interesse an hohen Entgelten haben. Netzbetreiber, die sich in einer gewissen, tatsächlichen Reaktionsverbundenheit wechselseitig hohe Terminierungsentgelte abverlangen, können dadurch einen höheren Gewinn realisieren.

In der Vergangenheit war nicht festzustellen, dass die größeren Mobilfunknetzbetreiber Nachfragemacht ausgeübt haben. Wäre dies der Fall gewesen, so müssten die Terminierungsentgelte der kleineren Mobilfunknetzbetreiber geringer ausgefallen sein als die der großen Mobilfunknetzbetreiber. Genau das Gegenteil traf aber zu.

Ein Beispiel für die fehlende Nachfragemacht war die Verhandlungsrunde im Frühjahr 2006. In diesem Rahmen hat **[BuG]** in Verhandlungen mit den anderen Mobilfunknetzbetreibern und der DT AG **[BuG]** Entgelte beibehalten können, obwohl die übrigen Beteiligten auf eine Entgeltabsenkung auch **[BuG]** hingewirkt haben, um eine Genehmigungspflicht der Terminierungsentgelte aller Mobilfunknetzbetreiber zu vermeiden. Verfügten die Mobilfunknetzbetreiber tatsächlich über eine ausreichende entgegengerichtete Nachfragemacht, so wäre **[BuG]** gezwungen gewesen, die für sie niedrigeren Entgelte zu akzeptieren.

Somit verfügt kein Mobilfunknetzbetreiber über die Möglichkeit, den anderen Mobilfunknetzbetreibern mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu drohen.

d. Ergebnis

Somit bleibt festzuhalten, dass es keine direkte Nachfragemacht der jeweils anderen Mobilfunknetzbetreiber oder von Festnetzbetreibern einschließlich der DT AG gibt, die der marktbeherrschenden Stellung eines Mobilfunknetzbetreibers in seinem eigenen Netz entgegensteht und ihn in seinem Verhalten beschränken könnte.

Allerdings könnten die Mobilfunknetzbetreiber einen Anreiz zur Ausübung entgegengerichteter Nachfragemacht haben, der vom Endkundenmarkt ausgeht. Dies wird im nachstehenden Kapitel geprüft.

5. Abgeleitete entgegengerichtete Nachfragemacht

Wie bereits unter B. ausgeführt, ist die Nachfrage auf der Vorleistungsebene von der Endkundendienstleistung abgeleitet. Dies bedeutet, dass sich Substitutionsmöglichkeiten der Endkunden zur Vermeidung überhöhter Terminierungsentgelte auch auf die Vorleistungsnachfrage auswirken und somit dennoch indirekt zu einer ausgleichenden Nachfragemacht der Teilnehmernetzbetreiber führen könnten.

a. Einfluss des Calling-Party-Pays-Prinzips

Nach wie vor herrscht bei Mobilfunkverbindungen in der Bundesrepublik Deutschland das Calling-Party-Pays-Prinzip. Die Verbindung insgesamt (und damit indirekt auch die Terminierungsleistung) wird vom Anrufer gezahlt, der seinerseits aber das Terminierungsnetz nicht auswählen und damit die Höhe der Terminierungsentgelte auch nicht beeinflussen kann. Der Anrufer hat zwar ein Interesse an niedrigen Terminierungsentgelten, die sich in den Verbindungsentgelten widerspiegeln. Er besitzt jedoch keine Kontrolle über die Entgelte, da sie im Falle der Abwesenheit von Regulierungsmaßnahmen vom Netzbetreiber des angerufenen Teilnehmers festgesetzt würden und der Anrufer auf die Terminierung des Gesprächs in das jeweilige Netz angewiesen wäre. Die Terminierungsentgelte stellen damit eine für ihn nicht beeinflussbare Größe dar und unterliegen daher auch keiner unmittelbaren Kontrolle durch den Wettbewerb.

Bereits in der ersten Marktanalyse hatte die Bundesnetzagentur ausgeführt, dass die Mobilfunkendkunden wenig Interesse an niedrigen Entgelten für Verbindungen aus anderen Mobilfunknetzen haben. Als Grund dafür wurde angeführt, dass für die überwiegende Zahl der Endkunden Terminierungsentgelte für eingehende Verbindungen keine bei der Auswahl ihres Anschlussnetzes zu berücksichtigende Größe darstellten, da die diese nicht selbst bezahlen.¹⁶⁵ Eine Senkung der Terminierungsentgelte würde demnach von ihnen nicht als entscheidungsrelevanter Faktor wahrgenommen. Der Bundesnetzagentur sind in der Zwischenzeit keine Tatsachen bekannt geworden, die eine Abänderung dieser Einschätzung erforderlich machen würden. Vielmehr sind in der Zwischenzeit von den Mobilfunknetzbetreibern eine Vielzahl an Mobilfunk-Tarifen entwickelt worden, die sich durch einen Preiskampf um die günstigen Tarife für abgehende Gespräche auszeichnen und bei deren Marketingstrategie ausschließlich „billiges Telefonieren“ für den Mobilfunkendkunden im Vordergrund steht. In diesem Zusammenhang spielen die Preise, die Anrufer für die Erreichbarkeit der Kunden, die diese Tarife nutzen, bezahlen, keine Rolle bzw. sind im Rahmen der Werbeauftritte der Produkte nicht wahrnehmbar.¹⁶⁶ Dies lässt weiterhin den Schluss zu, dass für den Mobilfunkendkunden bei Abschluss eines Mobilfunkvertrages die Anrufpreise von maßgeblichem Interesse sind, nicht hingegen die Anruferpreise.

¹⁶⁵ Mit Hinweis auf das Explanatory Memorandum, S. 34.

¹⁶⁶ Vergleiche dazu auch schon Ausführungen im Kapitel H.1.2.c. sowie nachfolgend unter Kapitel J.1.5.b.

Ebenso verhält es sich mit den Ausführungen zu den Auswirkungen des Calling-Party-Pays-Prinzips auf der Vorleistungsebene. Es wird davon ausgegangen, dass die Mobilfunknetzbetreiber auch weiterhin im Falle einer Nichtregulierung der Mobilfunkterminierungsmärkte kein Interesse an der Senkung der Terminierungsentgelte hätten, da die nachfragenden Netzbetreiber letztlich aufgrund mangelnder Substitutionsmöglichkeiten auch derzeit keine andere Wahl haben, als diese zu zahlen und darüber hinaus ein kommerzielles Interesse an der Terminierung aller Anrufe besteht, die von ihren Kunden getätigt werden. Es wäre nach wie vor so, dass reziproke, wechselseitig zwischen den Netzbetreibern in gleicher Höhe festgelegte Terminierungsentgelte kein Interesse an niedrigen Terminierungsentgelten herbeiführen würden.¹⁶⁷ Solange die Terminierungsentgelte an die Endkunden, die Verbindungen in das andere Netz initiieren, weitergegeben werden, haben die Netzbetreiber Verluste durch zu hohe Vorleistungsentgelte für fremde Terminierungen nicht zu befürchten. Wären die Leistungen unreguliert, hätten die Mobilfunknetzbetreiber, wie bereits geschildert, auch weiterhin keinen Anreiz zur Senkung der Terminierungsentgelte.

b. Wettbewerbsdruck durch das Verhalten der Endkunden

Es wurde bereits unter H.I.2.d. festgestellt, dass der Anrufende keine Möglichkeit hat, auf das Preissetzungsverhalten der Mobilfunknetzbetreiber bei den Terminierungsentgelten mit adäquatem Substitutionsverhalten zu reagieren. Ein verkürzter Anruf oder das Unterlassen eines Anrufes in ein Mobilfunknetz kann allenfalls als Randsubstitution betrachtet werden, stellt aber keine gleichwertige Substitutionsmöglichkeit dar.

Eine Einflussnahme durch eine vom Angerufenen ausgehende entgegengerichtete Nachfrage gemacht scheidet ebenfalls aus. Zwar käme ein vom Angerufenen initiiertes Wettbewerbsdruck grundsätzlich in Betracht, wenn dieser das Mobilfunknetz aufgrund der **Anruferpreise** für eingehende Terminierungen auswählen und bei einer Erhöhung der Terminierungsentgelte den Mobilfunknetzbetreiber wechseln würde. Allerdings wird aufgrund des Calling-Party-Pays-Prinzips der Angerufene nicht mit den Kosten für die Terminierung in sein Netz belastet und ist daher, wie bereits erwähnt, von einer Preiserhöhung zunächst nicht berührt. Lediglich die Erwartung, dass die hohen Terminierungsentgelte das Verhalten der Anrufer negativ beeinflusst, könnte zu einer Abwanderungsreaktion führen. Bereits in der Vergangenheit haben mehrere Studien¹⁶⁸ gezeigt, dass kein zunehmender Druck vom Endkunden auf die Mobilfunknetzbetreiber ausgeht, weil die Terminierungsentgelte für die Mobilfunkendkunden nur eine sehr geringe Rolle spielen. Als mit Abstand wichtigster Entscheidungsfaktor für die Wahl des Mobilfunknetzes wurden hingegen die Preise für abgehende Mobilfunkverbindungen genannt. Dies hat gezeigt, dass für die Kunden entscheidend die eigenen Kosten und weniger die Anruferpreise von Bedeutung sind.

Der Bundesnetzagentur liegen in der Zwischenzeit keine neuen Erkenntnisse vor, die eine von dieser Aussage abweichende Beurteilung der Marktgegebenheiten zulassen würden. Das Marktgeschehen auf dem Endkundenmarkt deutet im Gegenteil sogar darauf hin, dass die Preise für die eigenen Anrufe für die Endkunden eine noch größere Bedeutung einnehmen als bisher: Dies belegt insbesondere der Erfolg von „no-frills“-Angeboten¹⁶⁹ der Wettbe-

¹⁶⁷ So in der ersten Marktanalyse auch schon mit Verweis auf die Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 39, 2003, Tz. 212.

¹⁶⁸ Vgl. WIK, Empirische Analysen zum Nachfrageverhalten bei Telefondiensten im Wettbewerb, Standard-/Expertenausgabe, 2003. Nicht veröffentlicht; Institut für Demoskopie Allensbach, Netzüberschreitendes Telefonieren – Ergebnisse einer Repräsentativbefragung zu einer kartellrechtlichen Frage 2002; Com Reg, Fixed & Mobile User Research, September 2003 (Amárach Consulting).

¹⁶⁹ Das No-Frills-Konzept ist ein Begriff aus der Wirtschaft und beschreibt eine der verschiedenen Maßnahmen, mit denen Unternehmen ihre Kosten senken. No-Frills bedeutet so viel wie ohne „Schnickschnack“, d.h. niedrige Preise und keine Extras. Anders als bei klassischen Mobilfunkangeboten zeichnen sich Angebote im No-Frills-Mobilfunksegment dadurch aus, dass sie per Internet oder Telefon abgewickelt werden und es keine subventionierten Mobilfunkgeräte gibt. Das Gebührenschemata ist einfach gehalten, indem keine Unterscheidung der Minutenpreise nach Mobilfunknetzen oder Tageszeiten erfolgt.

werber. So hat z.B. E-Plus angegeben, in diesem Jahr den größten Endkundenzuwachs seit fünf Jahren zu verzeichnen. Dabei nützten 58 % der Kunden die Eigen- und Kooperationsmarken wie den Pauschaltarif Base, die Billigmarke Simyo sowie den über Aldi vertriebenen Tarif.¹⁷⁰ Auch O₂ hat derzeit besonders Erfolg mit seinen Billigtarifen wie z.B. Fonice.¹⁷¹

Von daher hält die Bundesnetzagentur an ihren in der ersten Marktanalyse getroffenen Aussagen fest, dass die Anruferpreise für die Auswahl des Mobilfunknetzes nicht so eine bedeutende Rolle spielen, dass die Mobilfunkendkunden bei steigenden Terminierungsentgelten den Mobilfunkanbieter wechseln und so Nachfragemacht ausüben würden.

Im Hinblick auf bestimmte **Anrufergruppen**, die Terminierungsentgelte bei der Auswahl ihrer Mobilfunknetzbetreiber berücksichtigen, ist eine Internalisierung der Kosten der Terminierungsleistung allenfalls begrenzt gegeben.

Dies gilt für private Haushalte oder kleinere Gruppen von Verbrauchern, von denen aufgrund ihrer geringen Größe ein Wettbewerbsdruck auf die Terminierungsentgelte nur sehr eingeschränkt ausgehen kann.

Weiter gehören zu dieser Gruppe auch Unternehmen, die eine Vielzahl von Gesprächen zwischen dem Festnetz und ihren eigenen Mobilfunkanschlüssen führen müssen, um beispielsweise ihre Mitarbeiter im Außendienst zu erreichen, und für die daher als Großabnehmer von Mobilfunkleistungen die Terminierungsentgelte vom Fest- in das Mobilfunknetz eine wichtige Größe darstellen. Wie schon in der ersten Marktanalyse zu Markt Nr. 16 festgestellt wurde, ist diese Kundengruppe letztlich innerhalb der Endkunden zahlenmäßig nicht so stark, dass von ihr ein bedeutender Wettbewerbsdruck auf den gesamten Terminierungssektor initiiert werden könnte. Hinzu kommt die Möglichkeit, dass solche Großkunden von den Mobilfunknetzbetreibern als gesonderte Kundengruppen behandelt werden, denen technische Lösungen für netzinterne Verbindungen oder spezielle Tarife gewährt werden.¹⁷²

Alternativ dazu können Unternehmen, die unternehmensintern eine Vielzahl von Verbindungen aus dem Festnetz in Mobilfunknetze herstellen müssen, auch GSM-Gateways einsetzen. Eine derartige, unternehmensinterne Nutzung der GSM-Gateways wird von den Mobilfunknetzbetreibern zumindest geduldet und ist auch von der Bundesnetzagentur bzw. in den einschlägigen Gerichtsurteilen nicht beanstandet worden.¹⁷³ Allerdings werden bei dieser Methode keine netzübergreifenden, sondern nur netzinterne Verbindungen hergestellt.

Indem diese preissensiblen Gruppen von den übrigen Endkunden ausgesondert werden, können die Mobilfunknetzbetreiber einen indirekten Effekt preissensibler, besonders großer Endkunden auf die Terminierungsentgelte insgesamt umgehen. Ein Schutz auch der übrigen Endkunden ist dadurch allerdings nicht gegeben.

Daher beurteilt die Bundesnetzagentur auch nach wie vor die Marktlage so, dass von den Anrufergruppen weiterhin kein indirekter marktmachtbeschränkender Einfluss auf den Vorleistungsmarkt der Mobilfunkterminierungen ausgeht.

Da nach wie vor keiner der Mobilfunknetzbetreiber Angebote offeriert, bei denen der Endkunde ein höheres Grundentgelt und/oder höhere Verbindungspreise zahlt und/oder ein weniger subventioniertes Endgerät erhält, damit im Gegenzug die ihn Anrufenden einen geringeren Preis zahlen müssen (was niedrigere Terminierungsentgelte auf der Vorleistungsebene bedeuten würde) und zudem in den am Markt vorhandenen Angeboten die Anruferkosten wei-

¹⁷⁰ Vgl. „E-Plus feiert Rekord bei Neukundenzahlen“, Rheinische Post, 24.07.2008.

¹⁷¹ http://de.o2.com/ext/o2/wizard/index?page_id=13938;tree_id=303;category_id=;year=;page=1;state=online;style=portal, Pressemitteilung vom 14.08.2008.

¹⁷² Orientierte sich die Einteilung der Sparten bislang am Fest- und Mobilfunkgeschäft, wird bei Vodafone und Arcor zukünftig nach Geschäfts- und Privatkunden unterschieden (Börsen-Zeitung vom 28. Juni 2008).

¹⁷³ Hierzu ausführlich unter H.I.2.b.

terhin nicht explizit genannt (geschweige denn beworben) werden, zeigt dies auch derzeit eindeutig, dass dieser Faktor für die Kunden im **Gesamtpaket des Mobiltelefondienstes** eine nachrangige Bedeutung hat. Wären die Anruferkosten zumindest für einen größeren Teil der Verbraucher wichtig bzw. wichtiger als die anderen Parameter, so hätten sich am unregulierten, wettbewerblichen Endkundenmarkt im Laufe der Zeit Vertragsmodelle entwickelt, die diesen Faktor entsprechend berücksichtigen.

Diese Feststellungen wurden in der ersten Marktanalyse bereits durch **[BuG]** dahingehend bestätigt, dass für die Endkunden insgesamt die Anruferpreise eher eine nachrangige Bedeutung gegenüber dem Preis für die Endgeräte, der Grundgebühr und den eigenen Verbindungspreisen hätten. Daher müsse auch bei der Marktstruktur, die sich im Laufe der letzten Jahre entwickelt habe, ein Anbieter auf dem Endkundenmarkt bestrebt sein, diese Preise niedrig zu halten. Dies kann, wie von **[BuG]** geschildert, dadurch geschehen, dass die Terminierungsentgelte niedrige oder sogar negative Deckungsbeiträge in den drei anderen Bereichen ausgleichen.

Dadurch entstehender indirekter Wettbewerbsdruck würde somit nicht in Richtung Senkung der Terminierungsentgelte wirken, sondern vielmehr in Richtung einer Erhöhung oder zumindest Beibehaltung der Terminierungsentgelte, um damit die für die eigenen Endkunden wichtigen Preise niedrig zu halten. Daher entsteht keine indirekte entgegengerichtete Nachfragemacht.

Dies gilt uneingeschränkt auch für die Mobilfunkrufnummern der **Homezone-Produkte**. Fraglich ist, inwieweit eine abgeleitete entgegengesetzte Nachfragemacht in Bezug auf die geographische Rufnummer besteht. Dazu muss dem Anrufenden zunächst die geographische Rufnummer bekannt sein. Auch muss der Teilnehmer sich innerhalb der Homezone aufhalten. Ist dies nicht der Fall, hängt seine Erreichbarkeit davon ab, ob er die Möglichkeit der Rufweiterleitung auf seine Mobiltelefonnummer wahrnimmt. Denn ohne Rufweiterleitung ist er für den Anrufenden nicht erreichbar. Diese Möglichkeit nehmen **[BuG]** der Homezone-Kunden wahr.

Fest steht, dass die anderen Bestandteile (Verbindungsentgelte, Grundentgelte und Handypreise) eine erheblich höhere Bedeutung für die Endkunden haben als die Anruferpreise. Zwar hat es innerhalb des Betrachtungszeitraums leichte Verschiebungen bezüglich der Handypreise gegeben, da es nun auch vermehrt Angebote ohne Handyverträge gibt. Diese Verschiebung geht aber nicht zugunsten günstigerer Anruferpreise, sondern zugunsten günstigerer Grund- und Verbindungsentgelte. Somit entsteht insbesondere angesichts des von allen Wettbewerbern wahrgenommenen erhöhten Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt ein Druck, diese wichtigen Parameter auf Kosten der Anruferpreise niedrig zu halten. Daher entsteht auch hier keine indirekte entgegengerichtete Nachfragemacht auf den Terminierungsmärkten.

Schließlich ist der bereits geringe Einfluss der Endnutzer auf die Terminierungsentgelte zusätzlich durch die **Rufnummernportabilität** geschmälert, da diese die Intransparenz des Preisgefüges im Mobilfunksektor selbst für informierte Endkunden verstärkt. Kann der Endkunde aufgrund der Übertragbarkeit von Rufnummern anhand der Netzkennzahl nicht zweifelsfrei feststellen, in welches Netz er telefoniert, ist es ihm auch nicht möglich, ohne Weiteres zu erkennen, in welchem Netz seine Verbindung terminiert wird (bzw. ob er ggf. bei einem Anruf vom Mobiltelefon ein netzinternes Gespräch führt), geschweige denn, wie hoch das zu zahlende Terminierungsentgelt sein wird. Inzwischen bieten die Mobilfunknetzbetreiber Dienste zur Ermittlung des Netzes von Mobiltelefonnummern an. T-Mobile, Vodafone und E-Plus bieten z.B. eine kostenlose Kurzwahlnummer an. Allerdings ist fraglich, ob sich tatsächlich eine größere Anzahl an Kunden dieser Problematik bewusst und darüber hinaus auch bereit ist, sich vor Anrufen an erstmalig oder selten gewählte Mobiltelefonnummern zu vergewissern, in welchem Netz sich der Anrufer befindet.

Somit wirkt sich die Rufnummernportabilität marktmachtverstärkend für die terminierenden Mobilfunknetzbetreiber aus.

6. Sonstige Kriterien

Im vorliegenden Zusammenhang sind die sonstigen in den Leitlinien erwähnten Kriterien aufgrund des Vorliegens von Einzelmärkten ohne weiteren Belang. Es liegen gegenwärtig keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesamtgröße des Unternehmens, technologische Vorteile oder Überlegenheit, eine Diversifizierung von Produkten und/oder Dienstleistungen, Kostenersparnisse aufgrund von Größen- oder Verbundvorteilen, eine vertikale Integration und/oder ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz über die bereits genannten Gesichtspunkte hinaus von maßgeblicher Bedeutung für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Mobilfunknetzbetreiber auf den hier untersuchten Märkten sein könnten.

7. Gesamtbewertung

Abschließend ist festzustellen, dass den Mobilfunknetzbetreibern keine direkte Nachfragemacht aus dem Festnetzbereich gegenübersteht. Es hat sich im Rahmen der Prüfung gezeigt, dass schon gegenüber dem kleinsten Mobilfunknetzbetreiber O₂ weder der DT AG noch den alternativen Teilnehmer- und Verbindungsnetzbetreibern Möglichkeiten gegeben sind, auf die Mobilfunkterminierungsentgelte einzuwirken. Daher sind diese Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen erst recht nicht in der Lage, gegenüber den größeren Mobilfunknetzbetreibern deren Potenzial zur Festsetzung von Terminierungsentgelten einzuschränken. Die Prüfung hat darüber hinaus keine Aspekte hervorgebracht, die diesen Rückschluss in Frage stellen oder zusätzliche Prüfungskriterien bzw. eine andere Betrachtungsweise erforderlich machen würden.

Auch untereinander haben die Mobilfunknetzbetreiber aufgrund ihrer reziproken Leistungsbeziehungen keinen Anreiz zur Absenkung der Terminierungsentgelte und üben gegenseitig keine ausreichende Verhandlungsmacht aus. Eine abgeleitete Nachfragemacht der Endkunden liegt ebenfalls nicht vor, da sie kaum Möglichkeiten (Anrufer) oder Anreize (Angerufener) haben, auf das Preissetzungsverhalten der Anbieter von Mobilfunkterminierungen zu reagieren. Von den Endnutzern insgesamt geht daher kein indirekter marktmachtbeschränkender Einfluss auf den Vorleistungsmarkt der Mobilfunkterminierungen aus.

E-Plus ist der Auffassung, der Konsultationsentwurf sei unzulänglich, weil er nicht das Vorhandensein einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der D-Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt prüfe. Die Indizien für eine solche gemeinsame Marktbeherrschung der D-Netzbetreiber lägen auf der Hand: dauerhaft hohe Marktanteile, gleichgerichtetes Verhalten und damit insgesamt eine geringe Wettbewerbsintensität am Markt.

Der Mobilfunkendkundenmarkt spielt für die beträchtliche Marktmacht auf den jeweiligen (einzelnen) Terminierungsmärkten keine Rolle. Denkbar wäre allenfalls, dass die Position der D-Netzbetreiber auf den Endkundenmärkten für die vorliegenden Terminierungsmärkte im Bereich der entgegengerichteten Nachfragemacht eine Rolle spielen könnte. Hier hat die Regulierungsbehörde ausführlich geprüft und dargelegt, warum dies nicht zutreffend ist.

Der VATM führt in seiner Stellungnahme aus, dass der Konsultationsentwurf nicht das Vorhandensein einer gemeinsamen Marktbeherrschung der D-Netzbetreiber prüfe.

Da die beiden Netzbetreiber jeweils nur auf ihren eigenen Terminierungsmärkten tätig sind, ist eine gemeinsame Marktbeherrschung auf jeweils einem der beiden Märkte ausgeschlossen.

II. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht von Full MVNOs

Im Rahmen der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht von Full MVNOs wurde im Konsultationsentwurf ausschließlich das MVNO-Geschäftsmodell des Unternehmens Vistream analysiert, da Vistream zum Zeitpunkt der nationalen Konsultation alleiniger Anbieter eines solchen Geschäftsmodells auf dem deutschen Mobilfunkmarkt war. Anfang September 2008 ist nunmehr auch die ring Mobilfunk GmbH als zweiter Full MVNO dem Mobilfunkmarkt beigetreten.¹⁷⁴ Dementsprechend wird die vorliegende Prüfung der beträchtlichen Marktmacht modifiziert und auf das Geschäftsmodell der ring ausgeweitet. Angelehnt an die Prüfungssystematik der beträchtlichen Marktmacht hinsichtlich der Mobilfunknetzbetreiber werden auch die Geschäftsmodelle der Vistream und der ring zusammen betrachtet, wobei der kleinste virtuelle Mobilfunknetzbetreiber ring als Maßstab für die nachfolgenden Ausführungen, insbesondere zur entgegengesetzten Nachfragemacht, dient.

1. Marktanteile

Da auch die virtuellen Mobilfunknetze der Vistream und der ring eigene relevante Märkte für die Mobilfunkterminierung bilden, ist infolgedessen ein Marktanteil von jeweils 100% gegeben. Mit der monopolistischen Stellung der Unternehmen auf den jeweiligen virtuellen Mobilfunknetzen ist jedoch nicht zwingend die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht verbunden. Zwar wird dadurch eine Vermutungswirkung für das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht begründet.¹⁷⁵ Sie kann jedoch selbst bei derart hohen Marktanteilen widerlegt werden, wenn außergewöhnliche Umstände gegen das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht sprechen.¹⁷⁶ Diese wettbewerbsrechtlichen Grundsätze sind – wie schon in Bezug auf die Mobilfunknetzbetreiber – Ausgangspunkt für die nachfolgend vorzunehmende Prüfung mehrerer Faktoren und Kriterien im Rahmen einer wertenden Gesamtschau.

2. Marktzutrittsschranken

Wie schon in Bezug auf die Prüfung der Mobilfunknetzbetreiber erläutert wurde, hängt die Feststellung beträchtlicher Marktmacht auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.¹⁷⁷

Solange es keine technische Möglichkeit zur Angebotssubstitution gibt, ist ein Zutritt anderer Wettbewerber (einschließlich des Gastnetzbetreibers E-Plus) auf die virtuellen Mobilfunkterminierungsmärkte ausgeschlossen. Darüber hinaus verfügt weder die Vistream noch die ring über eigenes Frequenzspektrums, sondern beide betreiben ihr virtuelles Mobilfunknetz über einen Nutzungsvertrag mit dem Gastnetzbetreiber E-Plus. Vor diesem Hintergrund bestehen für Wettbewerber auch rechtliche Marktzutrittsschranken, denn das Tätigwerden auf dem virtuellen Mobilfunkterminierungsmärkten von Vistream und ring wäre an die Zulassung des Gastnetzbetreibers E-Plus, der als Frequenzinhaber über das Gastmobilfunknetz verfügt, gebunden.

¹⁷⁴ Vgl. <http://www.ring.de/static/about-ring>.

¹⁷⁵ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 2001, § 19 Rn. 59.

¹⁷⁶ Leitlinien, Rn. 75.

¹⁷⁷ Leitlinien der Kommission, Rn. 80.

3. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Ein im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten und das Vorhandensein finanzieller Ressourcen ist ein weiteres relevantes Kriterium bei der Untersuchung von beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens.

Im Rahmen der Ermittlung der Finanzkraft eines Unternehmens sollten auch Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem multinationalen Konzern, berücksichtigt werden. Dies kann tendenziell die Marktposition eines Marktführers noch verstärken, weil dieser auf die gesamten Ressourcen des Unternehmens zurückgreifen kann.¹⁷⁸

Die Möglichkeiten des Zugangs zu den Kapitalmärkten sowie die finanziellen Ressourcen lassen sich an den folgenden Zahlen der MVNOs Vistream und ring ablesen:

Die Vistream GmbH ist Teil des Materna Konzerns. Der Konzernumsatz der Materna GmbH belief sich im Jahr 2004 auf 120 Mio. €, im Jahr 2005 auf 143 Mio. €, im Jahr 2006 auf 150 Mio. € und im Jahr 2007 auf 175 Mio. €. Die Vistream GmbH generierte erstmals mit Markteintritt im Jahr 2006 einen Umsatz von 269.171 € und im Jahr 2007 von 2.299.746 Mio. €.

Die ring Mobilfunk GmbH ist eine 100% Tochter der Callax Telecom Holding GmbH. Der Konzernumsatz der Callax Telecom Holding GmbH belief sich im Jahr 2004 auf 128,8 Mio. €, im Jahr 2005 auf 159 Mio. €, im Jahr 2006 auf 128,4 Mio. € und im Jahr 2007 auf 88 Mio. €. Für die ring Mobilfunk GmbH sind aufgrund des erst kürzlich erfolgten Markteintritts noch keine Angaben verfügbar.

Insgesamt ist sowohl die Finanzkraft der Vistream als auch die der ring zwar bedeutend geringer als die der vier Mobilfunknetzbetreiber, jedoch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass beide kein eigenes Mobilfunknetz betreiben und ihnen diesbezüglich keine vergleichbaren Kosten entstehen dürften. Letztlich gilt aber – wie schon bezüglich der Mobilfunknetzbetreiber erwähnt – auch hier, dass die Finanzkraft im Rahmen der Prüfung von beträchtlicher Marktmacht wegen des Bestehens von Einzelmärkten nur eine untergeordnete Rolle spielen dürfte.

4. Direkte entgegengerichtete Nachfragemacht der DT AG

Angesichts der jeweils 100%igen Marktanteile der Vistream und der ring in ihre virtuellen Mobilfunknetze sowie der absoluten Zutrittsschranken für diese Märkte ist für die Frage, ob tatsächlich unkontrollierte Verhaltensspielräume bzw. beträchtliche Marktmacht der MVNOs auf ihrem virtuellen Mobilfunkterminierungsmärkten bestehen, entscheidend, ob sie mit einer entgegengerichteten bzw. ausgleichenden Gegenmacht konfrontiert sind.¹⁷⁹

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, kann ein nachfragender Netzbetreiber seine Gegenmacht nicht durch einen Wechsel des Anbieters zum Ausdruck bringen, da es sich bei der in Rede stehenden Terminierungsleistung grundsätzlich um eine nicht austauschbare Leistung handelt. Vielmehr kann sich seine ausgleichende Nachfragemacht vorwiegend in der Drohung des Abbruchs oder einer Verschlechterung der Geschäftsbeziehungen manifestieren. Unter dieser Prämisse hängt die Fähigkeit zur Ausübung ausgleichender Nachfragemacht entscheidend von den Marktkräfteverhältnissen zwischen nachfragendem und anbietendem Unternehmen ab. In diesem Zusammenhang kommt es nicht allein darauf an, ob potenziell bzw. grundsätzlich eine entgegengerichtete Nachfragemacht bestehen kann bzw.

¹⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs. 322/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453); weitere Nachweise bei: Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn.114 (Fn. 479).

¹⁷⁹ Ausführlicher zum Begriff der entgegengerichteten Nachfragemacht bereits Kapitel J. I.4.

besteht, sondern ob sie im Falle ihres möglichen Vorliegens auch tatsächlich ausreichend ist, um die Terminierungsentgelte der MVNOs zu beeinflussen.

[BuG]. Nachfolgend wird daher nun geprüft, inwieweit die DT AG gegenüber den MVNOs Vistream und ring Nachfragemacht ausübt.

a. Abbruch der Geschäftsbeziehungen

Hinsichtlich der Frage, ob die DT AG in der Lage ist, gegenüber den MVNOs eine entgegengerichtete Nachfragemacht durch den Abbruch der Geschäftsbeziehungen auszuüben, gelten dieselben Maßstäbe wie für die Mobilfunknetzbetreiber. Die DT AG unterliegt Regulierungsmaßnahmen, insbesondere sind ihr Verpflichtungen zur Zusammenschaltung mit anderen Unternehmen auferlegt worden. Eine Nachfrageverweigerung ist ihr unmöglich. Zudem steht ihr durch die Regulierung des Angebots der eigenen Terminierungsleistungen und der entsprechenden Entgelte in Verhandlungen mit der ring und der Vistream nicht das wirksame Instrument der Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte zur Verfügung.

Ebenso erlaubt der bereits in der ersten Marktanalyse enthaltene Gesichtspunkt, dass die DT AG auch ohne marktbeherrschende Stellung das Recht und auf Antrag von befugten Unternehmen auch die Pflicht hätte, Zusammenschaltungsverhandlungen zu führen sowie die Möglichkeit, als den Zugang zu Endnutzern kontrollierendes Unternehmen ggf. Adressat einer Zusammenschaltungsverpflichtung nach § 18 TKG zu werden, der DT AG nicht den Abbruch der Geschäftsbeziehungen. Auch unter diesem Aspekt ist die DT AG in jedem Fall durch potentielle Zusammenschaltungsverpflichtungen in ihrer möglicherweise vorhandenen Nachfragemacht gegenüber den MVNOs eingeschränkt.

Da die Verkehrsmenge der von der DT AG gegenüber der ring als auch gegenüber der Vistream nachgefragten Terminierungsleistungen **[BuG]** ist, könnte die DT AG in Abwesenheit von Regulierungsverpflichtungen durch den Abbruch der Geschäftsbeziehung prinzipiell eine Nachfragemacht ausüben. Allerdings würde sich die DT AG bei einem solchen Vorgehen in der Praxis nicht nur dem Druck durch ihre eigenen Endkunden im Festnetz, sondern auch durch die Öffentlichkeit und Verbraucherschützer ausgesetzt sehen. Zudem würde sie gegenüber ihren eigenen Vertragspartnern, den Teilnehmernetzbetreibern im Festnetz sowie den **[BuG]**, vertragsbrüchig. Angesichts drohender Reputationsschäden besteht für die DT AG kein Anreiz, die Geschäftsbeziehung mit den MVNOs abubrechen.

Letztlich ist festzustellen, dass die DT AG aufgrund der ihr obliegenden Zusammenschaltungsverpflichtungen keine Möglichkeit zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen hat.

b. Einbezug anderer Geschäftsbereiche

Inwieweit die Hebelwirkung anderer Geschäftsbereiche der DT AG ausgleichende Nachfragemacht erzeugt oder vergrößert, hängt von dem Umfang und der Intensität dieser anderen Geschäftsbeziehungen ab, sowie davon, ob die terminierenden MVNOs stärker von Leistungen der DT AG abhängig sind als die DT AG von Mobilfunkterminierungen in die virtuellen Netz der MVNOs. Da diese Zusammenhänge meist vertraulich sind, ist ihr Einfluss nur schwer einzuschätzen. Das Ausmaß dieses Drohpotenzials wird im Übrigen jedoch durch die Bundesnetzagentur entscheidend eingeschränkt.

c. Empfindliche Mengenrücknahme

Auch im Hinblick auf die MVNOs wäre das nur teilweise Durchleiten der Verbindungen auf die virtuellen Mobilfunknetze praktisch nicht durchführbar, weil es die Qualität des Angebots der DT AG den eigenen Endkunden gegenüber bedeutend verschlechtern würde. In der Fol-

ge wäre der Wechsel der Endkunden auf einen anderen Anbieter zu befürchten. Eine gleichzeitige Senkung anderer Preise, wie etwa der monatlichen Grundgebühren oder - im Falle der Nutzung eines Flatrate-Pakets - der Gebühr für die Flatrate, stellt nur dann eine Möglichkeit dar, wenn die bisherige Preisstruktur nicht gewinnmaximierend war. Insgesamt ist festzuhalten, dass zwar theoretisch ein gewisses Drohpotenzial durch eine empfindliche Mengentrücknahme besteht, dessen Anwendung in der Praxis jedoch nicht in einem solchen Maß realistisch ist, dass daraus eine zur Absenkung der Terminierungsentgelte führende Nachfragemacht erwachsen könnte.

d. Zwischenergebnis

Die DT AG verfügt aufgrund der ihr obliegenden regulatorischen Verpflichtungen nicht über eine entgegengerichtete Nachfragemacht.¹⁸⁰

Ring und Vstream stimmen zwar der Feststellung von jeweils 100% Marktanteil bezüglich ihrer MVNO-Netze zu, nicht aber der Feststellung, dass damit eine beträchtliche Marktmacht auf ihren jeweiligen Netzen verbunden sei. Denn nach ihrer Auffassung verfügten die DT AG und andere Fest- und Mobilfunknetzbetreiber über entgegengesetzte Nachfragemacht. Ring trägt vor, dass insbesondere die DT AG wegen der geringen Größe der MVNOs kein Interesse habe, die Erreichbarkeit der Netze sicherzustellen, und verweist als Beispiel auf die Leistungen ICP O.5, ICP O.13 und ICP Z.19, bei denen die DT AG Preissenkungen verlange und nach Ablehnung durch die ring die entsprechenden Leistungen gekündigt habe. Die automatische Feststellung von beträchtlicher Marktmacht in Bezug auf neu in den Markt eintretende MVNOs sei daher fraglich. Auch der VATM ist der Ansicht, dass die DT AG gegenüber MVNOs über Nachfragemacht verfüge. Es sei zudem in der Analyse keine Thematisierung der erheblichen Größenunterschiede in Bezug auf andere Mobilfunknetzbetreiber sowie der Nachfragemacht der Mobilfunknetzbetreiber erfolgt.

Unter Kapitel J.II.4.a. wurde bereits auf die erheblichen Größenunterschiede in Bezug auf andere Mobilfunknetzbetreiber mit der Anmerkung eingegangen, dass die Verkehrsmenge der von der DT AG gegenüber MVNOs nachgefragten Terminierungsleistungen nicht annähernd so groß wie bei den Mobilfunknetzbetreibern ist und dies grundsätzlich in Abwesenheit von Regulierungsverpflichtungen die Ausübung von Nachfragemacht durch den Abbruch der Geschäftsbeziehung auslösen könnte. Dieses Szenario kommt insbesondere bei neu in den Markt eintretenden Unternehmen wie der ring, die entsprechende Verkehrsmengen erst noch generieren müssen, in Betracht. Jedoch sind in diesem Zusammenhang letztlich nicht die unterschiedlichen Größenverhältnisse der Unternehmen ausschlaggebend, sondern die tatsächliche Möglichkeit der DT AG, entgegengesetzte Nachfragemacht durch einen Abbruch der Geschäftsbeziehungen auszuüben. Aufgrund der zuvor bereits dargestellten bestehenden Regulierungsverpflichtungen gegenüber der DT AG und der mangelnden ökonomischen Anreize ist eine solche Möglichkeit allerdings nicht gegeben.

Dazu hat die Europäische Kommission schon bezüglich der entsprechenden Marktuntersuchung der Festnetzterminierungsmärkte alternativer Teilnehmernetzbetreiber¹⁸¹ deutlich gemacht, dass zwar in einem unregulierten Umfeld ein großer Netzbetreiber über mehr Verhandlungsmacht verfügen mag als ein kleiner Netzbetreiber. Können Unternehmen jedoch einerseits eine Angebotsverpflichtung hinsichtlich eigener und andererseits eine Nachfrageverpflichtung hinsichtlich fremder Terminierungsleistungen auferlegt werden, verfügen größere Netzbetreiber in der Folge nicht über mehr Verhandlungsmacht als kleinere Netzbetreiber.

¹⁸⁰ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 15.07, S. 20, Rn. 34: Das Bundesverwaltungsgericht hat bestätigt, dass die Marktgegenmacht eines Terminierungsleistungen nachfragenden Telekommunikationsunternehmens im Wesentlichen entfällt, wenn dieses Unternehmen hinsichtlich der Zusammenschaltung und insbesondere hinsichtlich der eigenen Terminierungsentgelte seinerseits der Regulierung unterliegt bzw. diese Regulierung absehbar ist, da ihm dann die Drohung mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen oder der Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte als Verhandlungsmittel nicht mehr zur Verfügung steht.

¹⁸¹ Verfahren DE/2005/0144.

Indem der DT AG eine Nachfrageverpflichtung auferlegt werden kann, ist ihr zum einen eine Nachfrageverweigerung nicht mehr möglich. Zum anderen werden das Angebot eigener Terminierungsleistungen der DT AG und insbesondere die entsprechenden Entgelte reguliert. In Verhandlungen mit kleineren Netzbetreibern steht der DT AG damit das neben der Nachfrageverweigerung wirksamste Instrument, nämlich die Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte, ebenfalls nicht zur Verfügung. Darüber hinaus hat die Kommission betont, dass die DT AG kaum einen ökonomischen Anreiz habe, eine bestehende Zusammenschaltung aufzulösen oder den Einkauf von Terminierungsleistungen zu beenden. Denn die vollständige Erreichbarkeit sonstiger Teilnehmer sei ein wichtiges Verkaufsargument auf dem Endkundenmarkt. Darüber hinaus sei mit Reputationsschäden zu rechnen. Auch in der kürzlich erschienenen Pressemitteilung der EU-Kommission zu Empfehlung mit Verfahrensregeln für Artikel-7-Verfahren¹⁸² verweist die Kommission auf die Untersuchung der Festnetzterminierungsmärkte in der Weise, dass die DT AG aufgrund rechtlicher und ökonomischer Überlegungen keine Nachfragemacht ausüben kann.

Das von der ring aufgeführte Beispiel bezüglich der Erreichbarkeit der Netze, insbesondere hinsichtlich der Leistungen ICP O.5, ICP O.13 und ICP Z.19, bei denen die DT AG Preisenkungen verlange und nach Ablehnung durch die ring die entsprechenden Leistungen gekündigt habe, betrifft besondere Leistungssegmente. Es handelt sich dabei um die Nachfrage nach Zuführungsleistungen aus dem Mobilfunk zu Sonderrufnummern. Diese Leistungen stehen aber mit den vorliegend relevanten Mobilfunkterminierungsleistungen in keinem direkten Zusammenhang. Deshalb lassen sich daraus auch keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren ableiten.

[BuG].

5. Abgeleitete entgegengerichtete Nachfragemacht

Neben dem Kriterium der direkten Nachfragemacht ist im Rahmen der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht zusätzlich relevant, ob eine von der Endkundenebene abgeleitete Nachfragemacht besteht. In Bezug auf die Mobilfunknetzbetreiber (Kapitel J.I.5.) wurde bereits ausführlich geprüft und letztlich im Ergebnis dargelegt, dass zum einen die Anrufer eines Mobilfunkendkunden keine Substitutionsmöglichkeiten für Mobilfunkterminierungsleistungen haben. Zum anderen wählen die Angerufenen ihren Mobilfunkanschluss auch nicht aufgrund der (Terminierungs-)Kosten, die für ihre Erreichbarkeit dem Anrufer in Rechnung gestellt werden, aus. Infolgedessen verfügen die Endkunden insgesamt nicht über eine Vorleistungsnachfrage, die indirekt zu einer ausgleichenden Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern führen und damit überhöhte Terminierungsentgelte vermeiden könnte. In Bezug auf die MVNOs Vistream und ring sind diese Ausführungen entsprechend übertragbar, insofern wird diesbezüglich auf die Prüfung in Kapitel Kapitel J.I.5. entsprechend verwiesen. Denn sowohl ring als auch Vistream treten auf dem Mobilfunkendkundenmarkt mit jeweils einem eigenen Produktportfolio wie unabhängige Mobilfunknetzbetreiber auf. Für den Endkunden sind die im Verhältnis zu den Mobilfunknetzbetreibern bestehenden Unterscheidungsmerkmale des MVNO daher nicht erkennbar. Im Übrigen haben diese Kriterien keinen Einfluss auf das Verhalten der Endkunden in Bezug auf eine mögliche abgeleitete Nachfragemacht.

¹⁸² MEMO/08/620 vom 15. Oktober 2008: "Telecoms: the 'Art. 7' procedure and the role of the commission – frequently asked questions. [...] Germany – wholesale call termination on fixed networks (Case DE/2005/0144): the Commission challenged the German regulator's findings that only the incumbent operator, Deutsche Telekom, was found to be dominant on its individual network in this market. The national regulator did not consider any of the other operators to be dominant, despite the fact that each had a market share of 100%. The German regulator felt that any power on the part of these alternative operators was curtailed by the purchasing power of Deutsche Telekom. On the basis of legal and economic considerations, the Commission considered that Deutsche Telekom could not exercise such power."

Damit besteht auch hinsichtlich der MVNOs keine von der Endkundenebene abgeleitete Nachfragemacht

6. Sonstige Kriterien

Auch für die MVNOs ring und Vistream gilt, dass im vorliegenden Zusammenhang die sonstigen in den Leitlinien erwähnten Kriterien ohne weiteren Belang sind. Es liegen gegenwärtig keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesamtgröße der Unternehmen, technologische Vorteile oder Überlegenheit, eine Diversifizierung von Produkten und/oder Dienstleistungen, Kostenersparnisse aufgrund von Größen- oder Verbundvorteilen, eine vertikale Integration und/oder ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz über die bereits genannten Gesichtspunkte hinaus von maßgeblicher Bedeutung für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der virtuellen Mobilfunknetzbetreiber auf den hier untersuchten Märkten sein können.

7. Gesamtbewertung

Auf der Vorleistungsebene stehen den MVNOs ring und Vistream in Verhandlungen über Terminierungsentgelte in deren virtuelle Mobilfunknetze [BuG]. Die Bundesnetzagentur bleibt bei ihrem Ergebnis, dass sich anhand der Prüfungskriterien und auch nach nochmaliger Überprüfung aufgrund der im Rahmen der nationalen Konsultation eingegangenen Stellungnahmen gezeigt hat, dass die DT AG aufgrund ihrer regulatorischen Verpflichtungen als auch aufgrund mangelnder ökonomischer Anreize sowie drohender Reputationsschäden im Falle des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen über keine ausreichende Nachfragemacht verfügt. Schließlich sind auch die Endkunden nicht in der Lage, über eine von der Endkundenebene abgeleitete Nachfragemacht einen Einfluss auf die auf der Vorleistungsebene erhobenen Terminierungsentgelte auszuüben.

III. Gesamtschau und Ergebnis

Alleine aus den jeweiligen Marktanteilen von 100% im eigenen Netz entsteht nicht zwingend eine Marktbeherrschung des jeweiligen Netzbetreibers. Betrachtet man die weiteren untersuchten Kriterien, so lässt sich hier jedoch keine Sachlage erkennen, die einer Marktbeherrschung entgegenwirken könnte. Insbesondere gibt es zumindest derzeit weder eine direkte entgegengerichtete Nachfragemacht durch die um Terminierung nachfragenden Unternehmen noch eine von dem Verhalten der Endkunden abgeleitete, indirekte entgegengerichtete Nachfragemacht. Die gegebenen Marktzutrittsschranken sprechen ebenfalls für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht. Die fehlende Verhandlungsmacht der Nachfrager von Mobilfunkterminierungsleistungen und der Endkunden bei gleichzeitigem Vorhandensein absoluter Marktzutrittsschranken bieten einen Anreiz und die Möglichkeit für (virtuelle) Mobilfunknetzbetreiber, überhöhte Mobilfunkterminierungsentgelte zu verlangen.

Die Unternehmen T-Mobile Deutschland GmbH, Vodafone D2 GmbH, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG, ring Mobilfunk GmbH und die Vistream GmbH werden daher als den bundesweiten Markt für Anrufzustellung in einzelnen (virtuellen) Mobiltelefonnetzen beherrschende Unternehmen qualifiziert. Sie verfügen also über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 Absatz 1 Sätze 2 und 3 TKG.

K. Nennung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Auf den regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Märkten für Anrufzustellung in einzelnen (virtuellen) Mobilfunknetzen verfügen die folgenden Unternehmen über beträchtliche Marktmacht im Sinne des § 11 TKG:

T-Mobile Deutschland GmbH (D1-Netz),
Vodafone D2 GmbH (D2-Netz),
E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E1-Netz),
Telefónica O₂ Germany GmbH & Co. OHG (E2-Netz),
Vistream GmbH (MVNO auf dem E1-Netz) und
ring Mobilfunk GmbH (MVNO auf dem E1-Netz).

Die Feststellung beträchtlicher Marktmacht erstreckt sich auch auf diejenigen virtuellen Mobilfunknetzbetreiber, die hier nicht genannt sind, aber künftig auf Mobilfunkterminierungsmärkten im hier definierten Sinn als Anbieter von Mobilfunkterminierungsleistungen tätig sein werden.

Bonn, den 03.12.2008

Kindler
(Beisitzer)

Kurth
(Vorsitzender)

Dr. Henseler-Unger
(Beisitzerin und
Berichterstatlerin)

BK 1-08/001

L. Anhänge

I. Übersicht der Ergebnisse der Auswertung

(enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)

II. Stellungnahmen interessierter Parteien