



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 6 C 14.07  
VG 1 K 4314/06

Verkündet  
am 2. April 2008  
Zweigler  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 2008  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hahn,  
Dr. Graulich, Vormeier und Dr. Bier

für Recht erkannt:

Unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 8. März 2007 wird die Klage auch insoweit abgewiesen, als sie sich auf Nr. I.3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 30. August 2006 bezieht. Die Revision der Klägerin gegen das angefochtene Urteil wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin betreibt ein digitales zelluläres Mobilfunknetz nach dem GSM- und dem UMTS-Standard.

- 2 Mit Beschluss vom 30. August 2006 (ABI BNetzA S. 2271 <2317 ff.>) stellte die Bundesnetzagentur fest, dass die Klägerin auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Vorleistungsmarkt für Anrufzustellung in ihr Mobilfunknetz (Markt 16 der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Februar 2003) über beträchtliche Marktmacht verfügt. Auf dieser Grundlage verpflichtete sie die Klägerin, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobilfunk-Telefonnetz an ihrem Vermittlungsstellenstandort zu ermöglichen (Nr. I.1.1), über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren (Nr. I.1.2) und zum Zwecke des Zugangs Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren (Nr. I.1.3). Sie verpflichtete die Klägerin ferner dazu, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und der Billigkeit genügen (Nr. I.2). Außerdem verfügte sie, dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen (Nr. I.3). Schließlich erlegte sie der Klägerin die Verpflichtung auf, für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, innerhalb von drei Monaten ein Standardangebot zu veröffentlichen (Nr. II).
- 3 Die Bundesnetzagentur begründete ihre Marktdefinition und -analyse im Wesentlichen wie folgt: In Übereinstimmung mit der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission umfasse der sachlich relevante Markt alle Terminierungen, die in einem Netz ausgeführt würden. Da mittels der Terminierung eines Gesprächs die angewählte Verbindung zu einem bestimmten Teilnehmer hergestellt werde, sei eine konkrete Terminierungsleistung nicht gegen eine andere austauschbar. Die nachfragenden Netzbetreiber verfügten weder unmittelbar noch abgeleitet von der Endkundenebene über adäquate Substitutionsmöglichkeiten. Der Markt für Anrufzustellung in die einzelnen Mobilfunknetze sei durch beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken, fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb und eine Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts gekennzeichnet. Jedes Unternehmen sei in seinem eigenen Mobilfunknetz Monopolist. Die daraus folgende Vermutung der Marktbeherrschung werde

nicht durch andere Kriterien widerlegt. Insbesondere hätten die nachfragenden Festnetz- und Mobilfunknetzbetreiber weder das Potenzial noch den Anreiz, um eine wirksame entgegengerichtete Nachfragemacht auszuüben. Eine solche gehe auch nicht von der Anruferseite, den Endkunden, aus. Denn neuere Untersuchungen hätten gezeigt, dass die Terminierungsentgelte für das Marktverhalten der Mobilfunkendkunden nur eine vergleichsweise geringe Rolle spielten. In der Gesamtschau werde daher der bundesweite Markt für Anrufzustellungen in das Mobilfunknetz der Klägerin von dieser beherrscht.

- 4 Zur Begründung der einzelnen Regulierungsverpflichtungen führte die Bundesnetzagentur im Wesentlichen aus: Die der Klägerin auferlegte Zugangspflicht sei erforderlich und angemessen, obwohl diese die Anrufzustellung in ihr Netz schon bislang am Markt anbiete. Wegen des überragenden Interesses der Endnutzer an der Erreichbarkeit aller anderen Nutzer genüge dieses freiwillige Angebot angesichts der abstrakten Gefahr seiner Rücknahme oder Einschränkung nicht. Die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes sei nach pflichtgemäßem Ermessen ebenso geboten wie die Regulierung der Zugangsentgelte. Dabei sei eine nachträgliche Missbrauchskontrolle der Entgelte nicht ausreichend, um die Regulierungsziele, insbesondere die Wahrung der Verbraucherinteressen, sicherzustellen. Gerade im Interesse der Verbraucher sei vielmehr eine enge Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nötig. Angesichts der immer größer werdenden Nachfrage sei schließlich die Auferlegung der Standardangebotspflicht geboten.
- 5 Das Verwaltungsgericht hat die dagegen erhobene Klage zum Teil abgewiesen, ihr im Übrigen aber stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: Bei der an die Empfehlung der Kommission angelehnten Marktabgrenzung habe die Bundesnetzagentur den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum ebenso wenig überschritten wie bei der Marktanalyse. Rechtmäßig seien auch die der Klägerin im Einzelnen auferlegten Regulierungsverpflichtungen mit Ausnahme der ihr unter Nr. 1.3 der Regulierungsverordnung auferlegten Entgeltenehmigungspflicht. Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG sollten solche Entgelte - unbeschadet weiterer, hier nicht problematischer Voraussetzungen - einer nur nachträglichen Regulierung unterworfen werden, wenn dies zur Erreichung der Regulierungs-

ziele ausreiche. Nach dieser dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragenden Regelung sei die nachträgliche Missbrauchskontrolle ein grundsätzlich ebenso geeignetes Mittel der Preiskontrolle wie die Entgeltenehmigungspflicht. Die Bundesnetzagentur habe nicht ausreichend dargelegt, dass die nachträgliche Regulierung unter den hier vorliegenden Umständen zur Erreichung der Regulierungsziele unzureichend sei.

- 6 Gegen dieses Urteil haben die Klägerin und die Beklagte die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Die Klägerin macht zur Begründung ihrer Revision geltend, es sei mit der Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, der Beklagten hinsichtlich der Marktdefinition bzw. der Marktanalyse einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Bei der gebotenen umfassenden Nachprüfung sei der Markt 16 jedenfalls in Deutschland nicht regulierungsbedürftig, da sowohl auf Vorleistungs- als auch auf Endkundenebene ausreichende Substitutionsmöglichkeiten bestünden. Der Markt, auf dem sie, die Klägerin, tätig sei, tendiere längerfristig zu wirksamem Wettbewerb, zumal sie sich einer ausreichenden Verhandlungsmacht der marktstärkeren D-Netzbetreiber gegenübersehe. Einem etwaigen Marktversagen könne überdies mit Hilfe des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden, das den Kartellbehörden ein schnelles und wirksames Eingreifen ermögliche. Fehlerhaft sei auch die Marktanalyse der Beklagten. Sie, die Klägerin, sei einer erheblichen entgegengerichteten Nachfragemacht der Deutschen Telekom AG, der anderen Mobilfunknetzbetreiber sowie der alternativen Teilnehmer und Verbindungsnetzbetreiber ausgesetzt. Die Regulierungsverfügung sei schon wegen Verletzung des Konsultationsverfahrens rechtswidrig, da ein auf die spezifischen Verhältnisse der Klägerin ausgerichteter Entwurf nicht vorab veröffentlicht worden sei. Die einseitige Bevorzugung ihres Wettbewerbers T-Mobile durch die auf diesen Adressaten beschränkte Konsultation verletze die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Neutralität. Bei der Auferlegung der Zusammenschaltungs- und Terminierungsverpflichtung, der Kollokationsverpflichtung, des Diskriminierungsverbotes und der Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes seien der Beklagten jeweils Ermessensfehler unterlaufen. Insbesondere habe sie die Bedeutung der bereits freiwillig am Markt bestehenden Angebote verkannt; die bloße abstrakte Gefahr einer Verhaltensänderung

reiche nicht aus, um die Auferlegung der angefochtenen Regulierungsverpflichtungen zu begründen.

7 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 8. März 2007 insoweit aufzuheben, als die Klage abgewiesen worden ist, und den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 30. August 2006 insgesamt aufzuheben.

8 Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen und

unter teilweiser Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 8. März 2007 die Klage auch insoweit abzuweisen, als sie sich auf Nr. 1.3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 30. August 2006 bezieht.

9 Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend, soweit die Klage abgewiesen worden ist, und führt zur Begründung ihrer Revision aus: Bei der Aufhebung der der Klägerin auferlegten Entgeltgenehmigungspflicht habe das Verwaltungsgericht § 30 Abs. 1 TKG unrichtig angewendet. Überhöhte Mobilfunkterminierungsentgelte liefen nicht nur den Interessen der Gesamtheit der Verbraucher zuwider, sondern verzerrten zugleich den Wettbewerb insbesondere zu Lasten von Netzbetreibern mit geringem Endnutzerbestand. Daraus folge die regulatorische Aufgabe, ein Entgeltniveau sicherzustellen, das demjenigen entspreche, welches sich auf einem wettbewerblich strukturierten Markt einstellen würde. Eine nachträgliche Entgeltregulierung nach Maßgabe einer Missbrauchskontrolle sei nur eingeschränkt geeignet, überhöhte Terminierungsentgelte zu verhindern. Erforderlich sei daher die Pflicht zur Genehmigung anhand des Maßstabes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Es hätten erhebliche Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Entgelte nach Fortführung des freiwillig beschrittenen Absenkungspfades weiterhin überhöht geblieben wären. Die mittlerweile abgeschlossenen Entgeltgenehmigungsverfahren hätten dies nachträglich bestätigt.

- 10 Die Klägerin beantragt,  
die Revision der Beklagten zurückzuweisen,  
und verteidigt das angefochtene Urteil, soweit dieses der Klage stattgegeben hat.

## II

- 11 Die Revision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet. Das angefochtene Urteil beruht, soweit es die Klage abgewiesen hat, nicht auf einer Verletzung revisiblen Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO). Dagegen ist die zulässige Revision der Beklagten begründet. Denn das Verwaltungsgericht hätte die Klage auch insoweit abweisen müssen, als es ihr stattgegeben hat.
- 12 Die Klage ist zulässig, bleibt aber in der Sache insgesamt ohne Erfolg. Die Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse sowie die der Klägerin auferlegten Regulierungsverpflichtungen, die zusammen einen einheitlichen Verwaltungsakt bilden (§ 13 Abs. 3 TKG), erweisen sich als rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in deren Rechten.
- 13 1. Die Bundesnetzagentur hat ohne Rechtsfehler entschieden, dass die Klägerin auf dem regulierungsbedürftigen bundesweiten Markt für Anrufzustellung in ihr Mobiltelefonnetz über eine die Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen rechtfertigende beträchtliche Marktmacht verfügt.
- 14 a) Bei der rechtlichen Überprüfung dieser Entscheidung hat der Senat zu beachten, dass der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum in Bezug auf die von ihr zu verantwortende Marktdefinition und Marktanalyse zusteht.
- 15 aa) Gemäß § 10 Abs. 1 TKG legt die Bundesnetzagentur die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach den Vorschriften des Teils 2 des Telekommunikationsgesetzes in Betracht kommen. Im Unterschied zum früheren Recht, das in § 33 TKG 1996 auf § 19

GWB verwies (s. dazu Urteil vom 25. April 2001 - BVerwG 6 C 6.00 - BVerwGE 114, 160 <170 f.> = Buchholz 442.066 § 33 TKG Nr. 1 S. 6), richtet sich die Abgrenzung der zu regulierenden Märkte jetzt unmittelbar nach den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts (vgl. Art. 15 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/21/EG vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste - Rahmenrichtlinie, RRL -, dessen Umsetzung § 10 TKG dient; s. auch Nr. 4 der Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht vom 11. Juli 2002, ABI EG Nr. C 165, S. 6 - Marktanalyse-Leitlinien -). Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG ist die potentielle Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes anhand der dort genannten Kriterien zu prüfen. Bei der in § 11 Abs. 1 TKG vorgesehenen Marktanalyse hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Festlegung der nach § 10 TKG für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte zu ermitteln, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 Satz 1 TKG); dies ist nicht der Fall, wenn ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 TKG).

- 16 Der Beurteilungsspielraum, den § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG seinem Wortlaut nach ausdrücklich einräumt, erstreckt sich unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und des Normzwecks auf die Marktdefinition und -analyse insgesamt. Die Abgrenzung des relevanten Marktes (§ 10 Abs. 1 TKG), die Prüfung seiner potentiellen Regulierungsbedürftigkeit (§ 10 Abs. 2 Satz 1 TKG) sowie die Marktanalyse (§ 11 Abs. 1 TKG) sind aufeinander bezogen und untrennbar miteinander verbunden. Dies ergibt sich daraus, dass einerseits schon die in § 10 Abs. 1 TKG angesprochene Festlegung der „Telekommunikationsmärkte ...“, die für eine Regulierung ... in Betracht kommen“ mit Blick auf die Prüfung anhand der drei Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG erfolgt (s. auch Schütz, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 10 Rn. 110) und andererseits die Marktanalyse nach § 11 Abs. 1 TKG „im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach diesem Teil in Betracht kommenden Märkte“ stattfindet. Wegen dieser engen Verknüpfung beschränkt sich der prognostische Charakter der von der Bundesnetzagentur zu treffenden Entscheidung, mit dem der Gesetzgeber den Beurteilungsspielraum in § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG gerechtfertigt hat (BTDrucks



15/2316 vom 9. Januar 2004 S. 61), nicht auf den sog. Drei-Kriterien-Test. Er bezieht sich ebenso bereits auf die Marktabgrenzung, weshalb „die für wettbewerbsrechtliche Zwecke definierten Märkte und die Märkte, die für eine bereichsspezifische Regulierung definiert werden, nicht immer identisch sind“ (vgl. Nr. 27 der Marktanalyse-Leitlinien), und erstreckt sich schließlich auch auf die Marktanalyse (s. auch den in Nr. 71 der Marktanalyse-Leitlinien verwandten Begriff „Marktprognose“).

- 17 bb) Höherrangiges Gemeinschaftsrecht erlaubt nicht nur, sondern gebietet sogar die Einräumung eines Beurteilungsspielraums der nationalen Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition und -analyse. Nach dem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen ist das Ergebnis des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens als eine „Entscheidung über Märkte mit transnationaler Ausstrahlung“ konzipiert (so zutreffend Ladeur/Möllers, DVBI 2005, 525 <533>), die in einem gestuften Verfahren der grenzüberschreitenden Abstimmung und Interventionsmöglichkeiten der Europäischen Kommission unterliegt. Diese hat zunächst eine Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte zu erlassen (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 RRL) sowie die bereits erwähnten Marktanalyse-Leitlinien zu veröffentlichen (Art. 15 Abs. 2 RRL). Die nationalen Regulierungsbehörden haben unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte festzulegen (Art. 15 Abs. 3 Satz 1 RRL) sowie unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien eine Analyse der relevanten Märkte durchzuführen (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 RRL). Soweit Maßnahmen nach Art. 15, 16 RRL, die eine nationale Regulierungsbehörde zu ergreifen beabsichtigt, Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben, ist der Entwurf der Maßnahme der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zu übermitteln (Art. 7 Abs. 3 RRL), um Stellungnahmen zu ermöglichen, denen dann die betreffende Regulierungsbehörde gemäß Art. 7 Abs. 5 RRL weitestgehend Rechnung zu tragen hat. Unter den in Art. 7 Abs. 4 RRL genannten Voraussetzungen steht der Kommission ein Veto-Recht gegen den Maßnahmeentwurf zu.
- 18 Dieses besondere Verfahren, welches durch § 12 Abs. 2 TKG in nationales Recht umgesetzt worden ist, dient der wechselseitigen Durchlässigkeit nationa-

ler Entscheidungen für transnationale Interessen auf der Grundlage vereinheitlichender Vorgaben durch die Kommission und lässt die Eröffnung eines Beurteilungsspielraums europarechtlich notwendig erscheinen, da eine uneingeschränkte gerichtliche Kontrolle der genannten unbestimmten Rechtsbegriffe den von der Rahmenrichtlinie erstrebten Kooperations- und Koordinationseffekt (Art. 7 Abs. 2 RRL) bei der Festlegung und Analyse der Märkte gefährden würde (s. auch Ladeur/Möllers, a.a.O. S. 534). Dies entspricht auch der Auffassung der Kommission, die 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 Märkte und bei der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gewürdigt werden müssen“, einen weitreichenden „Ermessensspielraum“ zubilligt (so Nr. 22, s. auch Nr. 71 der Marktanalyse-Leitlinien), bei dem es sich nach deutscher Rechtsterminologie um einen Beurteilungsspielraum handelt.

- 19 Der Anerkennung eines umfassenden Beurteilungsspielraums kann von Gemeinschaftsrechts wegen nicht die Rechtsbehelfsgarantie des Art. 4 Abs. 1 RRL entgegengehalten werden. Nach dieser Vorschrift sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass es auf nationaler Ebene wirksame Verfahren gibt, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter, der von einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer unabhängigen Beschwerdestelle, insbesondere einem Gericht, Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Regelung ist Ausfluss des in der Gemeinschaftsrechtsordnung verankerten Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes, der ein allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts ist und die nationalen Gerichte verpflichtet, den Schutz der Rechte zu gewährleisten, die dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsen (EuGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - Rs. C-426/05, Tele2 - Rn. 30). Mit diesem Grundsatz hält es der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung für vereinbar, der Kommission, soweit diese sekundäres Gemeinschaftsrecht anwendet, „ein bestimmtes Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art“ einzuräumen (Urteile vom 31. März 1998 - Rs. C-68/94 und C-30/95, Frankreich u.a. / Kommission - Slg. 1998, I-1375 Rn. 223 und vom 15. Februar 2005 - Rs. C-12/03 P, Tetra Laval - Slg. 2005,

I-987 Rn. 38; s. auch EuG, Urteil vom 21. September 2005 - Rs. T-87/05, EDP - Slg. 2005, II-3745 Rn. 63). Soweit es, wie hier, um die Zuständigkeit nationaler Behörden geht, betont der Europäische Gerichtshof, dass die gerichtliche Kontrolle, zu der das Gemeinschaftsrecht die nationalen Gerichte im Hinblick auf den wirksamen gerichtlichen Schutz der sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ergebenden Rechte verpflichtet, nicht über diejenige hinausgehen muss, die die Gemeinschaftsgerichte in vergleichbaren Fällen vornehmen. Das Gemeinschaftsrecht verlangt nicht, dass die Mitgliedstaaten bei komplexen Beurteilungen eine gerichtliche Nachprüfung behördlicher Entscheidungen vorschreiben, die weiter geht, als sie der Europäische Gerichtshof selbst vornimmt (Urteil vom 21. Januar 1999 - Rs. C-120/97, Upjohn - Slg. 1999, I-223 Rn. 32 ff.; s. auch Schlussanträge des Generalanwalts vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-55/06, Arcor - Rn. 91 ff.).

- 20 cc) Ebenso wenig besteht ein Widerspruch des hier in Rede stehenden Beurteilungsspielraums zu nationalem Verfassungsrecht. Zwar ist die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe regelmäßig Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden grundsätzlich uneingeschränkt zu überprüfen haben. Doch reicht die Pflicht zur gerichtlichen Überprüfung nicht weiter als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive. Sie endet dort, wo das materielle Recht der Verwaltungsbehörde in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben (BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 1992 - 1 BvR 167/87 - BVerfGE 88, 40 <56, 61>; Urteil vom 20. Februar 2001 - 2 BvR 1444/00 - BVerfGE 103, 142 <156 f.>). Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht Gesetzen unter anderem dann eine Beurteilungsermächtigung für die Verwaltung entnommen, wenn der von ihr zu treffenden Entscheidung in hohem Maße wertende Elemente anhaften und das Gesetz für sie deshalb ein besonderes Verwaltungsorgan für zuständig erklärt, das mit besonderer fachlicher Legitimation in einem besonderen Verfahren entscheidet, zumal wenn es sich um ein Kollegialorgan handelt, das mögliche Auffassungsunterschiede bereits in sich zum Ausgleich bringt und die Entscheidung damit zugleich versachlicht (s. Urteil vom 16. Mai 2007 - BVerwG 3 C 8.06 - BVerwGE 129, 27 Rn. 27 = Buchholz 418.72 WeinG Nr. 30 m.w.N.). Diese Vor-

aussetzungen treffen auf die Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 10, 11 TKG innerhalb des in den §§ 132 ff. TKG geregelten förmlichen Verfahrens durch die Bundesnetzagentur zu (vgl. auch Urteil vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - Rn. 29 f. zum Regulierungsermessen).

- 21 dd) Daraus folgt, dass das Gericht die Überprüfung einer von der Bundesnetzagentur gemäß §§ 10, 11 TKG vorgenommenen Marktdefinition und -analyse darauf erstrecken, aber auch begrenzen muss, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat (stRspr; zuletzt Urteil vom 16. Mai 2007 a.a.O. Rn. 38 m.w.N.).
- 22 b) Die Bundesnetzagentur hat die für die Marktdefinition und -analyse geltenden Verfahrensbestimmungen beachtet. Nach § 12 Abs. 1 TKG gibt sie den interessierten Parteien Gelegenheit, innerhalb einer festgesetzten Frist zu dem Entwurf der Ergebnisse Stellung zu nehmen; die Anhörungsverfahren sowie deren Ergebnisse werden veröffentlicht. Sofern die Marktdefinition und -analyse Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat, stellt die Bundesnetzagentur den Entwurf der Ergebnisse nach näherer Maßgabe des § 12 Abs. 2 TKG der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung. Im Hinblick auf dieses Konsultations- und Konsolidierungsverfahren sind Defizite weder geltend gemacht noch ersichtlich. Zudem hat das Bundeskartellamt sein in § 123 Abs. 1 Satz 1 TKG vorgeschriebenes Einvernehmen erteilt.
- 23 c) In materieller Hinsicht hat die Bundesnetzagentur den sachlich und räumlich relevanten Markt gemäß § 10 Abs. 1 TKG rechtsfehlerfrei abgegrenzt.
- 24 aa) Die Behörde hat sich dabei entgegen der Kritik der Klägerin nicht von einem unrichtigen Verständnis des § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG leiten lassen, der in Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 3 Satz 1 RRL vorschreibt, dass bei der

Marktdefinition die Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte, die die Europäische Kommission nach Art. 15 Abs. 1 RRL erlässt (hier die Empfehlung vom 11. Februar 2003, ABI EG Nr. L 114 S. 45 - Märkte-Empfehlung -), weitestgehend zu berücksichtigen ist. 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 erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - Rs. C-322/88, Grimaldi - Slg. 1989, 4407 Rn. 18). Dies gilt im hier vorliegenden Zusammenhang erst recht angesichts der Besonderheit, dass das sekundäre Gemeinschaftsrecht in Art. 15 Abs. 3 RRL - und ihm folgend § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG - ausdrücklich die „weitestgehende“ Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung fordern.

- 25 Diese Berücksichtigungspflicht entspricht dem Zweck der Rahmenrichtlinie, deren Ziel es ist, eine weitgehende Harmonisierung der Telekommunikations-Binnenmärkte zu erreichen. Sie schließt zwar nicht aus, dass die nationalen Regulierungsbehörden - unter Beachtung der in der Märkte-Empfehlung und in den Marktanalyse-Leitlinien dargelegten Grundsätze und Methoden - über die im Anhang der Empfehlung aufgelisteten 18 Telekommunikationsmärkte hinaus zusätzliche Märkte definieren oder aber empfohlene Märkte weiter oder enger abgrenzen als empfohlen (Klotz, MMR 2003, 495 <497> sowie in: BerKomm TKG, 2006, Einl. II Rn. 78 ff.; Jochum, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG § 10 Rn. 53). Doch begründet Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die in der Märkte-Empfehlung aufgeführten Märkte auch in Deutschland potentiell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig sind (so zutreffend Heun, in: HdbTKR, 2. Aufl. 2007, Rn. G 135; ähnlich: Schütz, in: BeckTKG, § 10 Rn. 27; Heinen, in: BerKomm TKG, § 10 Rn. 71). Diesem methodischen Ansatz entspricht eine nachvollziehende Bewertung anhand der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts, die einerseits die von der

Vermutungswirkung ausgehende Vorprägung der Entscheidung durch die Festlegung der Kommission, andererseits aber auch und insbesondere etwaige vom europäischen Standard abweichende nationale Besonderheiten angemessen berücksichtigt. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass sich die Märkte-Empfehlung bei wörtlichem Verständnis lediglich darauf bezieht, dass die nationalen Regulierungsbehörden die im Anhang aufgeführten Märkte „prüfen“. Dieser auf eine deutlich abgeschwächte Berücksichtigungspflicht zielende Einwand verkennt nicht nur die Bindungswirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts, auf dem die Empfehlung beruht (Art. 15 Abs. 3 Satz 1 RRL), sondern auch Erwägungsgrund 20 der Märkte-Empfehlung, wonach die „Festlegung“ von Produkt- und Dienstmärkten, die für eine Regulierung in Betracht kommen, beabsichtigt war.

- 26 bb) Die Bundesnetzagentur ist bei ihren tatsächlichen Feststellungen und ihrer abschließenden rechtlichen Bewertung von der zuvor beschriebenen Wirkung der Märkte-Empfehlung als einer (widerleglichen) Vermutung für die potentielle Regulierungsbedürftigkeit der 18 Märkte der Sache nach zutreffend ausgegangen, auch wenn bestimmte Formulierungen in ihrer Marktfestlegung zu Missverständnissen Anlass geben könnten (Fehlen „unumgänglicher“ bzw. „zwingender“ Abweichungsgründe, vgl. ABI BNetzA 2006, 2429 <2451, 2471>). Denn sie hat in Anwendung der Marktabgrenzungskriterien des europäischen Wettbewerbsrechts, insbesondere der Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und der Angebotsumstellungsflexibilität (s. Nr. 38 ff. der Marktanalyse-Leitlinien unter Hinweis auf die stRspr des EuGH), die von der Kommission empfohlene Definition eines Marktes für „Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen“ (Markt 16) unter erschöpfender Berücksichtigung der ihr zugänglichen tatsächlichen Erkenntnisse nachvollzogen und auch im Hinblick auf die spezifischen deutschen Marktverhältnisse bestätigt.
- 27 Dabei hat sie sich nicht auf die Prüfung einer technischen Substituierbarkeit der Terminierung beschränkt, die nach ihren Feststellungen nicht besteht, sondern auch erwogen, ob es auf der Endkundenebene Möglichkeiten zur Umgehung der fraglichen Terminierungsleistungen gibt, die mit in den Markt aufgenommen werden müssen. Sie hat sich in diesem Zusammenhang mit der Möglichkeit

beschäftigt, statt des Mobilfunkanschlusses den Festnetzanschluss des gewünschten Teilnehmers anzurufen, statt netzübergreifender nur netzinterne Verbindungen zu initiieren, alternative mobile Kommunikationstechniken wie SMS, MMS oder Nachrichten und Gespräche über IP-Netzwerke zu nutzen, sich von dem Angerufenen zurückrufen zu lassen oder auch den Anruf überhaupt zu vermeiden. Im Ergebnis hat sie in keiner dieser Varianten eine zureichende Substitutionsmöglichkeit erkannt. Ihre Bewertung, dass (auch in Deutschland) weder eine adäquate Austauschbarkeit noch eine Angebotsumstellungsflexibilität in Bezug auf die Terminierung durch den einzelnen Mobilfunknetzbetreiber besteht und dass deshalb eine Abweichung von der Märkte-Empfehlung nicht gerechtfertigt ist, hält sich in den Grenzen ihres Beurteilungsspielraums. Sie ist erkennbar nicht von sachfremden Erwägungen getragen und daher hinzunehmen.

- 28 d) Die Bundesnetzagentur hat auch die in § 10 Abs. 2 TKG vorgesehene Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit des abgegrenzten Marktes anhand der dort genannten drei Kriterien (beträchtliche und anhaltende Marktzutrittschranke, längerfristig fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts) fehlerfrei durchgeführt. Im rechtlichen Ausgangspunkt ist die Behörde zu Recht von der Vermutungswirkung ausgegangen, die die Festlegung der Empfehlungsmärkte durch die Kommission auch hinsichtlich dieser ebenfalls gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Kriterien (s. Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. Erwägungsgrund 9 zur Märkte-Empfehlung) entfaltet. Angesichts dessen sind die Erwägungen der Bundesnetzagentur trotz ihrer Kürze im Rahmen des der Behörde zustehenden Beurteilungsspielraums nicht defizitär. So ist nach den von ihr im Rahmen der Marktabgrenzung getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur fehlenden technischen Möglichkeit einer Angebotssubstitution nachvollziehbar, dass auf den Mobilfunkterminierungsmärkten derzeit unüberwindbare Marktzutrittschranken bestehen. Hinsichtlich der (fehlenden) Tendenz zu wirksamem Wettbewerb geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass solcher Wettbewerb auf einem Monopolmarkt nur entstehen kann, wenn eine ausreichende entgegengerichtete Nachfragemacht vorhanden ist, was sie - methodisch vertretbar - im Vorgriff auf ihre nachfolgend im Einzelnen begründete Marktanalyse verneint. Ihre Aus-

fürungen zu dem dritten Kriterium, der Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts, stehen somit unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der Marktanalyse. Unter dieser Prämisse lässt sich nicht beanstanden, dass die Bundesnetzagentur - der Vermutungswirkung der Märkte-Empfehlung entsprechend - angenommen hat, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht (auch in Deutschland) nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken.

- 29 Diese Vermutung wird insbesondere nicht durch den Umstand widerlegt, dass das im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehene Instrumentarium durch das Gesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1954) verbessert worden ist. Die These, das deutsche Wettbewerbsrecht gehe nach dieser Änderung, insbesondere nach der Einführung sogenannter Enquete-Untersuchungen bestimmter Wirtschaftszweige (§ 32e GWB), über den europäischen Standard in einer für die Beurteilung nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG signifikanten Weise hinaus, wird durch die Motive zu der genannten Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen widerlegt. Denn der Zweck dieser Novelle bestand umgekehrt gerade darin, das deutsche Wettbewerbsrecht an das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl EG 2003 Nr. L 1 S. 1) anzupassen. So wurde etwa die Regelung des § 32e GWB über Enquete-Untersuchungen im Hinblick auf Art. 17 Abs. 1 VO 1/2003 in das Gesetz aufgenommen (s. BTDrucks 15/3640 S. 1, 21 ff., 52). Daher kann die Vermutungswirkung, die die zeitlich erst nach dieser Verordnung erlassene Märkte-Empfehlung im Hinblick auf die potentielle Regulierungsbedürftigkeit des Marktes 16 entfaltet, nicht unter Hinweis auf das deutsche Wettbewerbsrecht widerlegt werden, welches seinerseits den europäischen Standard im Wesentlichen nur umsetzt und nicht übertrifft.
- 30 e) Auch die von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 11 TKG durchgeführte Marktanalyse hält der rechtlichen Überprüfung stand. Das Nichtbestehen wirksamen Wettbewerbs, auf welches die Untersuchung der Behörde zielt, ist gleichbedeutend mit einer beträchtlichen Marktmacht, über die ein oder mehrere Unternehmen auf dem betreffenden Markt verfügen. Beträchtliche Marktmacht bedeutet eine der Beherrschung gleichkommende wirtschaftlich starke



Stellung, die es dem Unternehmen gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten (§ 11 Abs. 1 Satz 1 bis 3 TKG). Ob die Klägerin auf dem Markt für Anrufzustellung in ihr Mobilfunknetz über eine derartige Stellung verfügt, ist nach den Marktanalyse-Leitlinien, die nach Art. 16 Abs. 1 RRL, § 11 Abs. 1 Satz 4 TKG von der Bundesnetzagentur weitestgehend zu berücksichtigen sind, anhand verschiedener Kriterien zu ermitteln. Ein wesentlicher Indikator für Marktmacht sind danach die Marktanteile des betreffenden Unternehmens. Hohe Marktanteile von über 50 % begründen eine Vermutung für beträchtliche Marktmacht (Nr. 75 der Marktanalyse-Leitlinien unter Hinweis auf die stRspr zum Gemeinschaftsrecht: EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991 - Rs. C-62/86, AKZO - Slg. 1991, I-3359 Rn. 60; EuG, Urteil vom 22. November 2001 - Rs. T-139/98, AAMS - Slg. 2001, II-3413 Rn. 51 m.w.N.). Das gilt erst recht für den Marktanteil von 100 %, den die Klägerin auf dem (Monopol-)Markt für Anrufzustellung in ihr eigenes Mobilfunknetz besitzt. Allerdings kann eine beherrschende Stellung nicht allein anhand der Marktanteile ermittelt werden. Sie hängt vielmehr von einer Gesamtbewertung unter Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte ab, wie sie in Nr. 78 der Marktanalyse-Leitlinien aufgeführt sind.

- 31 aa) Die Bundesnetzagentur ist von diesem Rechtsverständnis ausgegangen. Sie hat dem Marktanteil von 100 %, über den die Klägerin auf ihrem Mobilfunk-Terminierungsmarkt verfügt, eine Indizwirkung für die Marktbeherrschung beigemessen und im Rahmen einer wertenden Gesamtschau die strukturellen Marktzutrittsschranken, die unterschiedliche Finanzkraft der Klägerin im Verhältnis zu den drei anderen Mobilfunknetzbetreibern, eine entgegengerichtete Nachfragemacht sowie eine Preis-Kosten-Analyse als weitere Kriterien in Erwägung gezogen. Angesichts der engen Marktdefinition in Bezug auf Terminierungs-Einzelmärkte mit Monopolcharakter („Ein-Netz-ein-Markt-Konzept“) hat sie - methodisch vertretbar - den Gesichtspunkt der entgegengerichteten Nachfragemacht als letztlich entscheidendes Kriterium erkannt und im Einzelnen geprüft, ob die Deutsche Telekom AG - T-Com -, die alternativen Festnetzbetreiber, die anderen Mobilfunknetzbetreiber sowie - indirekt - die Endkunden willens und in der Lage sind, die Verhaltensspielräume der Klägerin wirksam zu beschränken.

32 bb) Die Klägerin wirft der Bundesnetzagentur insbesondere vor, sie habe den entscheidungserheblichen Sachverhalt insofern nicht vollständig ermittelt, als sie die entgegengerichtete Nachfragemacht pauschal für sämtliche Mobilfunknetzbetreiber geprüft, aber eine empirische Analyse der individuellen Marktbedingungen, die für den einzelnen Mobilfunknetzbetreiber bestehen, unterlassen habe. Der Senat teilt diese Kritik nicht. Denn die Bundesnetzagentur hat plausibel gemacht, dass ihre Marktanalyse unbeschadet der zwischen den Mobilfunknetzbetreibern bestehenden Größenunterschiede deshalb erschöpfend ist, weil die Möglichkeit, Zusammenschaltungs- und weitere Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen, die unterschiedliche Nachfragemacht der auf den Endkundenmärkten im Wettbewerb stehenden Telekommunikationsunternehmen ausgleicht. Im Anschluss an entsprechende Überlegungen der Europäischen Kommission (Entscheidung vom 17. Mai 2005 - K <2005> 1442 endg. -, s. auch amtl. Begr. zur Märkte-Empfehlung, S. 20 Fußn. 32) hat die Bundesnetzagentur überzeugend dargelegt, 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. Vor diesem Hintergrund ist die Bundesnetzagentur davon ausgegangen, dass wegen bestehender bzw. sicher vorhersehbarer eigener Regulierungsverpflichtungen nicht einmal die Deutsche Telekom AG - T-Com - als größter Festnetzbetreiber - selbst unter Berücksichtigung von Hebelwirkungen aufgrund des Einbezuges anderer Geschäftsbereiche - ausreichende Möglichkeiten hat, das Preissetzungsverhalten auf den Mobilfunkterminierungsmärkten im Wege einer direkten entgegengerichteten Nachfragemacht wirksam einzuschränken. Entsprechende detaillierte Überlegungen hat sie für das Verhältnis zu den alternativen Festnetzbetreibern sowie der Mobilfunknetzbetreiber untereinander angestellt. Diese Einschätzung, die das Ergebnis der Marktanalyse unabhängig von den Hilfserwägungen, welche das Fehlen von Regulierungsverpflichtungen der Terminierungsnachfrager unterstellen, selbstständig trägt,

wird von dem der Behörde zustehenden Beurteilungsspielraum gedeckt. Daher bestand keine Verpflichtung, den Marktmachtverhältnissen auf den einzelnen Terminierungsmärkten im Einzelnen nachzugehen.

- 33 Auch im Hinblick auf eine etwaige indirekte, von den Endkunden abgeleitete Nachfragemacht hat die Bundesnetzagentur die erforderlichen Feststellungen getroffen. Sie hat nach Auswertung hinreichend aktueller Marktuntersuchungen eingehend begründet, dass und warum die Endkunden kaum Möglichkeiten (Anrufer) oder Anreize (Anrufempfänger) hätten, auf die Höhe der Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber zu reagieren, sodass ein indirekter machtbeschränkender Einfluss auf den Vorleistungsmarkt der Mobilfunkterminierungen fehle.
- 34 Eine weitergehende Sachverhaltsermittlung war auch nicht im Hinblick auf die Größen- und Finanzkraftunterschiede zwischen den vier Mobilfunknetzbetreibern veranlasst, die nach Ansicht der Bundesnetzagentur wegen des Vorliegens von Einzelmärkten nur eine untergeordnete Rolle spielen. Unterschiedliche Unternehmensgrößen und unterschiedliche finanzielle Ressourcen sind zwar grundsätzlich aussagekräftige Kriterien für die Beurteilung einer beträchtlichen Marktmacht (s. Nr. 78 der Marktanalyse-Leitlinien). Es ist aber plausibel, dass dies grundsätzlich nur für Märkte gilt, auf denen konkurrierende Unternehmen auf der Anbieterseite stehen und dort eine etwaige, im Verhältnis zu Wettbewerbern günstigere Unternehmensgröße und Finanzausstattung zur Erlangung und Festigung von Marktmacht einsetzen können. Auf dem Markt für Anrufzustellung in ein einzelnes Mobilfunknetz ist aber dessen Betreiber der einzige Anbieter, während alle anderen Marktteilnehmer auf der Nachfrageseite stehen. Deshalb ist es nachvollziehbar, dass Größen- und Finanzkraftunterschiede in dieser Marktsituation nicht gesondert zu berücksichtigen sind, sondern nur insoweit, als sie für die Entfaltung von entgegengerichteter Nachfragemacht relevant sind. In diesem Zusammenhang hat aber die Bundesnetzagentur, wie schon ausgeführt, die notwendigen Feststellungen getroffen.
- 35 cc) Die Bundesnetzagentur hat bei ihrer Marktanalyse auch nicht gegen allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe verstoßen, insbesondere nicht das Willkür-

verbot verletzt. Sie hat sich mit den von ihr herangezogenen Marktmachtkriterien wertend auseinandergesetzt und dabei hinsichtlich einer etwaigen entgegengerichteten Nachfragemacht der Deutschen Telekom AG - T-Com -, der alternativen Festnetzbetreiber sowie der Mobilfunknetzbetreiber untereinander jeweils tragend auf den bereits oben behandelten Gesichtspunkt der Schwächung der Nachfragemacht durch eigene Regulierungsverpflichtungen und nur hilfsweise auf regulierungsfreie Marktverhältnisse abgehoben. Soweit sich die zwischen den Beteiligten umstrittenen Bewertungen der Bundesnetzagentur auf die Hilfsüberlegungen beziehen (dies trifft insbesondere für ihre Bewertung zu, die bislang in Verhandlungen der Mobilfunknetzbetreiber erzielten Entgeltvereinbarungen sprächen gegen eine ausreichende Marktgegenmacht), sind sie daher für das Ergebnis der Marktanalyse nicht erheblich. Davon abgesehen hat die Bundesnetzagentur ihre Einschätzungen plausibel gemacht. Der Umstand, dass jeweils auch andere Bewertungen vertretbar gewesen sein mögen, kennzeichnet gerade die Ausübung des Beurteilungsspielraums, der der Bundesnetzagentur zusteht. Auch der Umstand, dass die Behörde hinsichtlich des Bestehens entgegengerichteter Nachfragemacht ursprünglich eine andere Position vertreten hatte (Verfügung Nr. 21/2000, ABI RegTP S. 879), führt nicht auf einen Bewertungsfehler; denn die Bundesnetzagentur hat sich damit auseinandergesetzt und ihren Meinungswandel im Einzelnen begründet.

- 36 2. Auf der Grundlage der rechtmäßigen Marktdefinition und Marktanalyse sind auch die der Klägerin gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG auferlegten Regulierungsverpflichtungen nicht zu beanstanden.
- 37 a) Die maßgeblichen Verfahrensbestimmungen wurden auch insoweit eingehalten. Die Bundesnetzagentur hat gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG nach abgeschlossener Marktfestlegung den Entwurf einer Regulierungsverfügung am 5. April 2006 veröffentlicht (ABI BNetzA S. 844) und den interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Nach Anhörung der Klägerin (§ 135 Abs. 1 TKG) fand am 27. April 2006 die in § 135 Abs. 3 TKG vorgeschriebene mündliche Verhandlung statt. Das Ergebnis des Konsultationsverfahrens wurde veröffentlicht; sodann notifizierte die Bundesnetzagentur

ihren Entwurf der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der übrigen Mitgliedstaaten (§ 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG).

- 38 aa) Die Klägerin hält dieses Verfahren deshalb für fehlerhaft, weil mit der Mitteilung der Bundesnetzagentur vom 5. April 2006 nur der Entwurf *einer* Regulierungsverfügung, gerichtet an T-Mobile, veröffentlicht worden sei, obwohl die Veröffentlichung adressatbezogener, mit individuellen Gründen versehener Entwürfe der einzelnen Regulierungsverfügungen geboten sei. Dieser Kritik ist nicht zu folgen. Das Konsultationserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 TKG verlangt zwar, anders als das Verwaltungsgericht meint, die Veröffentlichung nicht nur des beabsichtigten Verfügungstenors, sondern auch eines Begründungsentwurfs. Die sich daraus bei sachgerechter Gesetzesauslegung ergebenden Anforderungen sind aber im vorliegenden Fall erfüllt.
- 39 Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 1 TKG gibt für sich betrachtet nicht zu erkennen, ob mit dem zu veröffentlichenden „Entwurf der Ergebnisse“ nur der Tenor oder auch die tragenden Gründe der beabsichtigten Regulierungsverfügung gemeint sind. Aus gesetzessystematischer Sicht könnte zwar der Umstand, dass sich das Konsolidierungsverfahren nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG auf den „Entwurf der Ergebnisse ... mit einer Begründung“ bezieht, den Gegenschluss nahelegen, dass das Begründungserfordernis bei der nationalen Konsultation nicht gelten soll. Gegen die Beschränkung des Konsultationsverfahrens auf den beabsichtigten Tenor der Regulierungsverfügung und für die Aufnahme einer Begründung in den Konsultationsentwurf spricht allerdings der Normzweck des § 12 Abs. 1 TKG und des ihm rahmenrechtlich zugrunde liegenden Art. 6 RRL. Bei der Konsultation geht es nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie um die Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber dem Regulierungsadressaten - ihm ist nach § 135 Abs. 1, 3 TKG Gelegenheit zur schriftlichen und zur mündlichen Äußerung zu geben -, sondern um die Herstellung umfassender Transparenz gegenüber der interessierten Fachöffentlichkeit. Dieser Normzweck, der sich aus der amtlichen Überschrift zu Art. 6 RRL ebenso erschließt wie aus dem zugehörigen Erwägungsgrund 15, gebietet es, das Konsultationsverfahren auf die entscheidungserheblichen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen der Bundesnetzagentur zu erstrecken

(s. auch Heun, in: HdbTKR, Rn. G 68; Gurlit, in: BerlKomm TKG, § 12 Rn. 16). Dementsprechend ist in den Marktanalyse-Leitlinien (Nr. 144) geregelt, dass der zu veröffentlichende Entwurf einer Regulierungsmaßnahme „umfassende Einzelheiten zu den bereichsspezifischen Verpflichtungen ... sowie eine Bewertung der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen“ enthalten muss.

- 40 Damit ist allerdings nicht gesagt, dass der Entwurf bereits in *allen* tatsächlichen und rechtlichen Einzelheiten mit der Regulierungsverfügung, die nach Abschluss des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens von der Bundesnetzagentur beschlossen wird, übereinstimmen muss. Für ein derart weitreichendes Anhörungserfordernis enthält weder das nationale noch das Gemeinschaftsrecht einen Anhaltspunkt. Im Gegenteil besteht der Zweck der Anhörung gerade darin, dass die Regulierungsbehörde die eingehenden Stellungnahmen bei ihrer endgültigen Beschlussfassung berücksichtigt (s. Erwägungsgrund 15 RRL), sich also mit den zu ihrem Entwurf vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Argumenten inhaltlich auseinandersetzt. Damit einhergehende Änderungen in der Begründung des Entwurfs sind vom Normzweck geradezu intendiert. Sie lösen jedenfalls dann, wenn nicht die Ergebnisse geändert bzw. wesentliche Teile der Begründung ausgetauscht werden, keine erneute Konsultationspflicht aus (vgl. auch Heun a.a.O.).
- 41 bb) Gemessen an diesem Maßstab genügte die Veröffentlichung des auf den Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile bezogenen (Muster-)Entwurfs einer Regulierungsverfügung den Anforderungen des § 12 Abs. 1 TKG. Die veröffentlichte Entwurfsbegründung enthielt im Sinne von Nr. 144 der Marktanalyse-Leitlinien in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht umfassende Einzelheiten zu den bereichsspezifischen Verpflichtungen sowie eine Bewertung der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen einschließlich der zwischen den Beteiligten besonders umstrittenen kostenbezogenen Entgeltgenehmigungspflicht. Sowohl die Klägerin des vorliegenden Verfahrens als auch die übrigen interessierten Parteien waren dadurch über das Vorhaben der Bundesnetzagentur umfassend unterrichtet und konnten nicht nur zu dem beabsichtigten Tenor der Regulierungsverfügungen, sondern auch zu den tragenden tatsächlichen und

rechtlichen Erwägungen im Einzelnen Stellung nehmen, was auch geschehen ist. Soweit die Konsultationsmitteilung vom 5. April 2006 den Hinweis auf die vier „im Wesentlichen identischen Beschlusskonzepte“ enthielt, war dies nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht etwa so zu verstehen, dass in Bezug auf die vier Regulierungsadressaten keinerlei Sachverhaltsunterschiede bestanden, sondern dahin, dass die bestehenden Sachverhaltsunterschiede nicht für entscheidungserheblich gehalten wurden. Da der veröffentlichte Musterentwurf keine wesentlichen, ausschließlich auf den Adressaten T-Mobile bezogenen Begründungselemente aufwies, kann auch von einer gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Neutralität verstoßenden Bevorzugung dieses Betreibers nicht die Rede sein. Insgesamt wurde der auf Transparenz gerichtete Normzweck des § 12 Abs. 1 TKG durch die von der Bundesnetzagentur gewählte Verfahrensweise erreicht.

- 42 An dieser Bewertung ändert sich hinsichtlich der Entgeltgenehmigungspflicht auch nichts dadurch, dass die Behörde an verschiedenen Stellen des veröffentlichten Entwurfs hervorgehoben hat, dass von der Auferlegung dieser Regulierungsmaßnahme abgesehen werden könnte, falls der bisherige „Absenkungspfad“ freiwillig fortgesetzt werden sollte. Die Bundesnetzagentur hat damit nicht die Regulierungsformen der Entgeltgenehmigungspflicht und der nachträglichen Missbrauchskontrolle als gleichermaßen denkbar in Aussicht gestellt, sondern sie hat zum Ausdruck gebracht, dass sie im Konsultationszeitpunkt die Regulierung ex-ante für erforderlich hielt, aber eine Änderung ihrer Einschätzung auf der Grundlage neuer Erkenntnisse nicht ausschließen konnte. Dieser Hinweis vereitelte nicht den auf Transparenz zielenden Zweck der Konsultation, sondern drückte letztlich die Selbstverständlichkeit aus, dass für die Beurteilung der Regulierungsverfügung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich ist und nicht diejenige im Zeitpunkt der Konsultation.
- 43 b) In materieller Hinsicht erweist sich zunächst die der Klägerin auferlegte Zusammenschaltungs- und Terminierungsverpflichtung (Nr. I.1.1 und I.1.2 der Regulierungsverfügung) als rechtmäßig.

- 44 aa) Diese Verpflichtung stützt sich auf § 13 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 TKG. Nach der Grundnorm des § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG kann die Bundesnetzagentur marktmächtige Netzbetreiber verpflichten, anderen Unternehmen unter den dort genannten Voraussetzungen Zugang zu gewähren. Bei der Prüfung, ob die Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 TKG steht, hat die Bundesnetzagentur einen sieben Punkte umfassenden Katalog mit weiteren Abwägungsgesichtspunkten zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 TKG). Diese umfassende, durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe gesteuerte Abwägung kann von der Ermessensbetätigung der Bundesnetzagentur nicht getrennt werden, sondern ist vielmehr Bestandteil des ihr in Anlehnung an das Planungsermessen eingeräumten Regulierungsermessens (s. Urteil vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - Rn. 28 ff.). Das Regulierungsermessen wird fehlerhaft ausgeübt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat - Abwägungsausfall -, in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste - Abwägungsdefizit -, die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist - Abwägungsfehleinschätzung - oder der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden ist, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht - Abwägungsdisproportionalität - (stRspr zum Planungsermessen, s. nur Urteil vom 21. März 1996 - BVerwG 4 C 19.94 - BVerwGE 100, 370 <383 f.> = Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 113 S. 114 f. m.w.N.). Derartige Ermessensfehler sind der Bundesnetzagentur nicht unterlaufen.
- 45 bb) Bei der Überprüfung der Ausübung des der Behörde eröffneten Ermessensspielraums ist in Bezug auf § 21 Abs. 3 TKG grundsätzlich zu beachten, dass die Bundesnetzagentur die dort besonders hervorgehobenen Zugangsverpflichtungen marktmächtigen Betreibern auferlegen „soll“. Dazu zählt die Verpflichtung, Zusammenschaltungen von Telekommunikationsnetzen zu ermöglichen (§ 21 Abs. 3 Nr. 2 TKG). Die Zusammenschaltung als Unterfall des Zugangs ist in § 3 Nr. 34 TKG definiert als „derjenige Zugang, der die physische und logische Verbindung öffentlicher Telekommunikationsnetze herstellt, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder



eines anderen Unternehmens ... zu ermöglichen“. Dieser Begriff der Zusammenschaltung umfasst auch die Terminierung, wie sich aus Anhang I Nr. 2 RRL ergibt, der unter dem Oberbegriff Zusammenschaltung u.a. die Anrufzustellung in öffentlichen Festtelefon- und Mobiltelefonnetzen nennt. Bestimmt eine Rechtsvorschrift, dass eine Behörde sich bei der Ermessensbetätigung in bestimmter Weise verhalten soll, deutet dies auf eine strikte Bindung für den Regelfall mit der Möglichkeit der Abweichung in atypischen Fällen hin. Nicht nur der Wortlaut, sondern auch die Systematik des § 21 TKG mit der Abstufung von „kann“ (Abs. 1 und 2) zu „soll“ (Abs. 3) streitet dafür, die letztgenannte Bestimmung als eine echte Soll-Vorschrift in diesem Sinne zu begreifen; dies entspricht auch erkennbar dem Willen des Gesetzgebers, wie sich aus den Gesetzesmaterialien erschließt (s. BTDrucks 15/2316 S. 65). Die bislang nicht abschließend geklärte Frage, ob § 21 Abs. 3 TKG in dieser Auslegung gemeinschaftsrechtskonform ist oder aber gegen den in Art. 8 Abs. 1, 2 und 4, Art. 12 der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie, ZRL - gemeinschaftsrechtlich ausgestalteten Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde verstößt (s. etwa Thomaschki, in: BerlKomm TKG, § 21 Rn. 144 einerseits sowie Heun, in: HdbTKR, Rn. H 274 andererseits), bedarf aus Anlass des vorliegenden Falles keiner Entscheidung. Denn die Bundesnetzagentur hat ihr Ermessen auch unter der Prämisse, dass dieses - sei es unter dem Gesichtspunkt der richtlinienkonformen Anwendung des § 21 Abs. 3 TKG oder der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie, sei es unter dem Gesichtspunkt eines atypischen Falles - keinen Einschränkungen unterliegt, im hier vorliegenden Fall ordnungsgemäß ausgeübt.

- 46 Im Zusammenhang mit der der Klägerin auferlegten Zusammenschaltungsverpflichtung ist die Bundesnetzagentur ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG sowie die Abwägungskriterien des § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 TKG mit zu berücksichtigen sind. Dabei hat sie ihre Auffassung deutlich gemacht, dass die Zusammenschaltungspflicht immer dann - und nur dann - aufzuerlegen ist, wenn damit auch die Pflicht zur Gewährung des Zugangs durch Verbindungsleistungen, hier also die Terminierungsverpflichtung, verbunden wird. Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass sich

die nachfolgend unter dem Oberbegriff Terminierung im Einzelnen durchgeführte Abwägung der Sache nach auch schon auf die Zusammenschaltung als solche bezieht. In diesem Sinne hat sich die Bundesnetzagentur mit den in § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG aufgeführten Interessen der Endnutzer sowie mit den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 TKG und in diesem Zusammenhang vor allem mit dem Sieben-Punkte-Katalog des § 21 Abs. 1 Satz 2 TKG eingehend und erschöpfend auseinandergesetzt.

- 47 cc) Die Klägerin beanstandet, dass die Bundesnetzagentur bei ihrer Abwägung das Gewicht der schon freiwillig bestehenden Zugangsangebote verkannt und die bloß abstrakte Gefahr einer Rücknahme oder Einschränkung freiwilliger Angebote als ausreichend für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung angesehen habe. Die diesbezüglichen Ermessenserwägungen der Behörde, die auf die Eigenschaft der Terminierung als eines nicht zu duplizierenden Vorleistungsproduktes und auf das daran bestehende überragende Interesse der Endnutzer abstellen, lassen keinen Rechtsfehler, insbesondere keine unangemessene Verkürzung der Belange der Klägerin, erkennen und sind daher auch in Anbetracht des gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 8 Abs. 4 ZRL) rechtlich hinzunehmen.
- 48 Bei der etwaigen Berücksichtigung freiwilliger Angebote muss verhindert werden, dass das zu regulierende Unternehmen unter Hinweis auf sein bestehendes freiwilliges Angebot eine Zugangsgewährungspflicht abwendet, dann jedoch die freiwilligen Angebote aus dem Markt zurückzieht oder etwa durch überhöhte Entgeltforderungen so verändert, dass sie zur Behebung des Wettbewerbsproblems nicht taugen (vgl. Piepenbrock/Attendor, BeckTKG, § 21 Rn. 109). Deshalb lassen freiwillige Angebote insbesondere dann, wenn sich das marktmächtige Unternehmen in Bezug auf ein überragend wichtiges Vorleistungsprodukt nicht in ausreichendem Maße einer entgegengerichteten Nachfragemacht ausgesetzt sieht, wie dies auf den monopolisierten Mobilfunk-Terminierungsmärkten nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur der Fall ist, nicht den Rückschluss zu, dass die Auferlegung abstrakter Zugangsverpflichtungen überflüssig und unverhältnismäßig ist (vgl. Thomaschki, in: BerlKomm TKG, § 21 Rn. 71). Die Bundesnetzagentur muss in einer solchen

Konstellation auch nicht die Verpflichtung, einen bereits gewährten Zugang nicht nachträglich zu verweigern (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG), als ein gegenüber der Zugangsverpflichtung milderes Mittel vorrangig anwenden. Denn diese Alternative wäre erkennbar nicht gleich geeignet, weil sie sich nur auf bereits bestehende Zusammenschaltungsvereinbarungen bezöge, aber anderen Terminierungsnachfragern nicht ermöglichte, sich direkt mit der Klägerin zusammenzuschalten.

- 49 c) Die der Klägerin weiterhin auferlegte Verpflichtung, zum Zwecke des Zugangs Kollokation sowie in deren Rahmen Nachfragern bzw. deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren (Nr. I.1.3 der Regulierungsverfügung), findet ihre Rechtsgrundlage in § 21 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 4 TKG. Mit dem im Telekommunikationsgesetz nicht definierten Begriff der Kollokation ist die Unterbringung der für die Nutzung der Zugangsleistung erforderlichen Einrichtungen in den Räumen des marktmächtigen Netzbetreibers („physische Kollokation“) bzw. alternativ die Möglichkeit der Nutzung der Zugangsleistung unter gleichwertigen wirtschaftlichen, technischen und betrieblichen Bedingungen („virtuelle Kollokation“) gemeint. Diese beiden früher in § 3 der Netzzugangsverordnung vom 23. Oktober 1996 (BGBl I S. 1568) genannten Formen der Kollokation sollten von § 21 Abs. 3 Nr. 4 TKG gleichermaßen erfasst werden (so die amtliche Begründung in BTDrucks 15/2316 S. 66). Auch im Zusammenhang mit der Auferlegung der Kollokationsverpflichtung ist die Bundesnetzagentur in eine umfassende Abwägung der in § 21 Abs. 1 TKG genannten Belange eingetreten, so dass es auch insoweit auf die im Zusammenhang mit der Soll-Vorschrift des § 21 Abs. 3 TKG aufgeworfenen gemeinschaftsrechtlichen Fragen nicht entscheidungserheblich ankommt. Soweit die Behörde im Rahmen ihrer Abwägung ausgeführt hat, dass bisher bestehende freiwillige Angebote die Auferlegung der abstrakten Zugangsverpflichtung nicht entbehrlich machen, wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.
- 50 d) Die der Klägerin auferlegte Verpflichtung, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen (Nr. I.2 der Regulierungsverfügung), beruht auf § 19 TKG. Die

Bundesnetzagentur hat dazu ausgeführt, dass sie die Auferlegung eines Gleichbehandlungsgebotes auf einem wettbewerbsbeschränkten Markt regelmäßig, insbesondere aber dann für sinnvoll halte, wenn das marktbeherrschende Unternehmen vertikal integriert sei und für konkurrierende Unternehmen Dienste erbringe. Entscheidend sei dabei nicht, wie sich das marktmächtige Unternehmen in der Vergangenheit verhalten habe, sondern welche Möglichkeiten es habe, um Wettbewerbsverzerrungen hervorzurufen. Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Auferlegung des Diskriminierungsverbotes als eines regelmäßigen Bestandteils des marktmächtigen Betreibers aufzuerlegenden Pflichtenkanons liegt schon deshalb nahe, weil es im allgemeinen Wettbewerbsrecht ein gesetzliches Diskriminierungsverbot gibt (§ 20 GWB), hinter dem zurückzubleiben dem Grundgedanken der sektorspezifischen Regulierung widerspräche (s. Piepenbrock/Attendorn, in: BeckTKG, § 19 Rn. 19). Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Gleichbehandlungspflicht den Handlungsspielraum des regulierten Unternehmens übermäßig einschränke und im Gegensatz zu den Regulierungszielen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG einen vorstoßenden Wettbewerb mit innovativen Produkten behindere. Denn dem Diskriminierungsverbot des § 19 TKG ist die Möglichkeit immanent, eine objektive Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe zu rechtfertigen. Darüber ist im Wege einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele zu entscheiden, wobei auch zweckentsprechenden Innovationsanreizen im Wettbewerb eine wesentliche Bedeutung zukommt (s. näher Urteil vom 18. Dezember 2007 - BVerwG 6 C 47.06 - Rn. 30 ff.).

- 51 e) Die der Klägerin auferlegte Pflicht zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für Zugangsleistungen, zu deren Angebot sie durch die Regulierungsverfügung verpflichtet worden ist und für die eine allgemeine Nachfrage besteht, stützt sich auf § 23 Abs. 1 TKG. Ob diese Bestimmung, die in ihrer auf den Streitfall noch anwendbaren Fassung vom 22. Juni 2004 (BGBl I S. 1190) eine Soll-Vorschrift war und erst nachträglich durch Gesetz vom 18. Februar 2007 (BGBl I S. 106) in eine Kann-Vorschrift umgewandelt worden ist, gemeinschaftsrechtlich mit Art. 9 Abs. 2 ZRL vereinbar ist, bedarf aus Anlass des vorliegenden Falles wiederum keiner Entscheidung. Die Europäische Kommission

hat insoweit neben dem von ihr angenommenen Verstoß gegen den der nationalen Regulierungsbehörde von Gemeinschaftsrechts wegen zuerkannten Ermessensspielraum weiter beanstandet, dass § 23 Abs. 1 TKG die Auferlegung der Standardangebotspflicht gegenüber Betreibern, die nur einer Gleichbehandlungs-, aber keiner Zugangspflicht unterliegen, nicht vorsehe und dass er die betreffende Verpflichtung über Art. 9 Abs. 2 ZRL hinaus an die Voraussetzung einer allgemeinen Nachfrage knüpfe (Stellungnahme vom 12. April 2005 - C <2005> 1196).

- 52 Auf die unterschiedliche Anknüpfung des § 23 Abs. 1 TKG an eine Zugangsverpflichtung und des Art. 9 Abs. 2 ZRL an eine Gleichbehandlungsverpflichtung kommt es hier deshalb nicht an, weil der Klägerin beide Verpflichtungen auferlegt worden sind. Ob die in der Regulierungsverfügung nachvollzogene Beschränkung des § 23 Abs. 1 TKG auf eine allgemeine Nachfrage gegen Art. 9 Abs. 2 ZRL verstößt, kann auf sich beruhen, weil sie die Klägerin jedenfalls nicht beschwert. Was die mit der Soll-Vorschrift einhergehende Ermessensbindung anlangt, hat die Bundesnetzagentur darauf nicht entscheidungserheblich abgehoben, sondern auch insoweit ausreichende Ermessenserwägungen angestellt, die sich auf die Annahme eines künftig noch zunehmenden Verkehrs mit dem Netz der Klägerin und eines steigenden Interesses der Festnetzbetreiber an einer beschleunigten Zusammenschaltung mittels des Standardangebotes beziehen. Soweit sich die Klägerin demgegenüber auf die in der Vergangenheit freiwillig und diskriminierungsfrei abgeschlossenen Vereinbarungen beruft, führt dies in Bezug auf die ihr abstrakt auferlegte Verpflichtung ebenso wenig auf einen Ermessensfehler wie bei den bereits zuvor erörterten anderen Verpflichtungen.
- 53 f) Rechtmäßig ist schließlich entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auch die von der Bundesnetzagentur unter Nr. I.3 ihrer Verfügung getroffene Regelung, dass die Entgelte für die Gewährung des Zugangs und der Kollokation der Genehmigung unterliegen.
- 54 aa) Dieser Ausspruch, durch den die Behörde nach der insoweit zutreffenden Auslegung des Verwaltungsgerichts nicht eine - etwa bereits kraft Gesetzes bestehende - Entgeltgenehmigungspflicht feststellen, sondern eine solche

Pflicht der Klägerin auferlegen wollte, findet ihre Rechtsgrundlage in § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG. Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 13. Juni 2007 - BVerwG 6 VR 5.07 - (NVwZ 2007, 1207 Rn. 12) Zweifel geäußert hat, ob § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG zu einer (konstitutiven) Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht ermächtigt oder nicht vielmehr diesen Grundfall der Entgeltregulierung kraft Gesetzes festlegt, hält er daran nach abschließender Prüfung nicht fest. § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, wonach Entgelte eines marktmächtigen Netzbetreibers für nach § 21 TKG auferlegte Zugangsleistungen vorbehaltlich der nachfolgenden Absätze einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach Maßgabe des § 31 TKG unterliegen, begründet keine gesetzesunmittelbare Verpflichtung, sondern bildet die Rechtsgrundlage für eine entsprechende Regulierungsentscheidung der Bundesnetzagentur.

- 55 Der Wortlaut des § 30 Abs. 1, 2 und 3 TKG in der hier noch maßgeblichen Fassung vom 22. Juni 2004, der mehrfach zwischen den Begriffen „unterliegen“ und „unterwerfen“ unterscheidet, könnte zwar dafür sprechen, dass nicht mit dem ersten, sondern nur mit dem zweiten Begriff ein konstitutiver Akt der Bundesnetzagentur gemeint ist. Zwingend ist ein solch differenziertes Verständnis aber nicht, zumal § 30 Abs. 3 Satz 2 TKG in der - auf den vorliegenden Fall allerdings noch nicht anwendbaren - Fassung vom 18. Februar 2007 nunmehr formuliert, dass die dort genannten Entgelte, soweit die Bundesnetzagentur eine Genehmigungspflicht für nicht angemessen hält, der nachträglichen Regulierung „unterliegen“. Die Gesetzessystematik streitet für ein konstitutives Verständnis sämtlicher Regelungen des § 30 TKG. Denn nach § 9 Abs. 2 TKG werden marktmächtigen Unternehmen Maßnahmen nach Teil 2 des Gesetzes, zu dem auch § 30 gehört, durch die Bundesnetzagentur auferlegt. Ebenso geht § 13 Abs. 1 Satz 1 TKG von der Auferlegung der dort genannten Verpflichtungen, u.a. nach § 30 TKG, durch die Behörde aus. Die Entstehungsgeschichte bestätigt diesen Befund. Denn zur Begründung des § 30 Abs. 1 TKG, der seine endgültige Fassung auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit erhielt, wird in den Materialien unter Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgeführt, dass der Regulierungsbehörde „Ermessensspielräume in vollem Umfang zustehen“ sollen (BTDrucks 15/2674 vom 10. März 2004 S. 31 f.; BTDrucks 15/2679 vom selben Tag S. 14). Der Normzweck deutet in

die gleiche Richtung. Der Gesetzgeber verfolgte mit dem Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 insgesamt das Ziel, die Regulierung auf das erforderliche Maß zurückzuführen und zu diesem Zweck gesetzesunmittelbare Verpflichtungen auf das neue System des Erlasses regulierungsbezogener Verwaltungsakte umzustellen (s. auch Beschluss vom 17. Mai 2006 - BVerwG 6 C 14.05 - BVerwGE 126, 74 Rn. 37 = Buchholz 442.066 § 150 TKG Nr. 1). Das spricht dafür, dass auch die Entgeltregulierungsnormen diese neue Regelungskonzeption nachvollziehen.

- 56 Selbst wenn die Auslegung des nationalen Rechts für ein abweichendes Normverständnis Raum lassen sollte (so Heun/Jenny, CR 2007, 287 <290>), ist allein das soeben beschriebene Auslegungsergebnis gemeinschaftsrechtskonform. Die in § 30 TKG vorgesehene Entgeltregulierung setzt Art. 13 ZRL um, der seinerseits mit Art. 8 ZRL in Zusammenhang steht. Ebenso wie Art. 16 Abs. 4 RRL handelt Art. 8 Abs. 1 und 2 ZRL von der Auferlegung bestimmter, in den Art. 9 bis 13 ZRL näher bezeichneter Verpflichtungen durch die nationale Regulierungsbehörde, die dabei nach Art. 8 Abs. 4 ZRL den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten muss. Die Europäische Kommission hat daraus in ihrer schon zitierten Stellungnahme vom 12. April 2005 hergeleitet, dass allein die nationale Regulierungsbehörde über den vollen Ermessensspielraum in Bezug auf die Angemessenheit der aufzuerlegenden (Entgelt-)Regulierungsverpflichtung verfüge und jegliche Vorstrukturierung dieses Ermessensspielraums durch den nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtswidrig sei. Selbst wenn dieser Auffassung nicht zu folgen und eine legislative Vorsteuerung durch einzelne Soll-Vorschriften bzw. der Ausschluss einzelner Entscheidungsvarianten in bestimmten Fallkonstellationen mit Gemeinschaftsrecht noch vereinbar sein sollte, steht zur Überzeugung des Senats aber jedenfalls fest, dass ein Verständnis von § 30 Abs. 1 TKG, wonach Satz 1 die Genehmigungspflicht kraft Gesetzes generell anordnet und die Bundesnetzagentur nur ausnahmsweise in den in Satz 2 genannten Fällen hiervon abweichen kann, nicht mehr richtlinienkonform wäre. Deshalb ist die - schon nach nationalem Recht zumindest naheliegende - Auslegung zu wählen, wonach die Bundesnetzagentur in allen Fällen des § 30 Abs. 1 TKG über das Ob und das Wie der Entgeltregulierung zu entscheiden hat.

- 57 bb) Die in § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung der Entgeltenehmigungspflicht liegen ersichtlich vor. Bei der Klägerin handelt es sich um die Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, die auf dem hier sachlich und räumlich relevanten Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt und der die Zugangsleistungen, auf die sich die in Rede stehenden Entgelte beziehen, nach § 21 TKG auferlegt wurden. Schließlich ist keine der in § 30 Abs. 2 bis 5 TKG abweichend geregelten Fallgestaltungen gegeben.
- 58 cc) Die Bundesnetzagentur ist zutreffend davon ausgegangen, dass ihr bei der Entscheidung über die Entgeltregulierung „Ermessensspielräume in vollem Umfang“ zustanden. Der gegenteiligen Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach der Ermessensspielraum der Bundesnetzagentur im vorliegenden Fall durch die Soll-Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 TKG zugunsten einer nachträglichen Entgeltregulierung eingeschränkt werde, ist dagegen nicht zu folgen. Nach der zuletzt genannten Bestimmung soll die Bundesnetzagentur abweichend von Satz 1 solche Entgelte dann einer nachträglichen Regulierung unterwerfen, wenn - erstens - der Betreiber nicht gleichzeitig auf dem betreffenden Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt, wenn - zweitens - erst nach Inkrafttreten des Gesetzes beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist, ohne dass der Betreiber schon zuvor auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend eingestuft worden war, und wenn schließlich - drittens - diese Maßnahme zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG ausreicht. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die beiden ersten (negativen) Voraussetzungen zugunsten der Klägerin vorliegen, sodass die Auswahl zwischen den beiden Entgeltregulierungsinstrumenten nur davon abhängt, ob die nachträgliche Regulierung als das mildere Mittel „ausreicht“ oder nicht.
- 59 In dieser Konstellation besteht weder ein genereller Vorrang des Normbefehls aus § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG, wenn die Anwendung der Rechtsfolge des Satzes 2 nur von dem unbestimmten Rechtsbegriff des „Ausreichens“ abhängt, noch lässt sich umgekehrt ein genereller Anwendungsvorrang des Satzes 2 auf



dessen Charakter als Soll-Vorschrift stützen, da die intendierte Rechtsfolge eben nur unter der Voraussetzung ihres „Ausreichens“ eintritt. Das im Gesetz angelegte komplexe Entscheidungsprogramm ist vielmehr von der Bundesnetzagentur innerhalb des hier eingeräumten Regulierungsermessens zu bewältigen. Der Senat hat zu § 21 Abs. 1 TKG bereits entschieden, dass die Prüfung, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen steht, einen untrennbaren Bestandteil des Regulierungsermessens bildet (Urteil vom 28. November 2007 - BVerwG 6 C 42.06 - juris Rn. 29). Ebenso liegt es auch hier. Die Entscheidung, ob eine nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung der Regulierungsziele ausreicht, ist von der Bundesnetzagentur nach Maßgabe des ihr eingeräumten, vom Gericht auf Abwägungsfehler zu überprüfenden Regulierungsermessens zu entscheiden. Für diese Konstellation führt daher schon die Auslegung des nationalen Rechts zu dem Ergebnis, welches nach Ansicht der Europäischen Kommission in ihrer bereits mehrfach zitierten Stellungnahme vom 12. April 2005 gemeinschaftsrechtlich geboten ist. Die Streitfrage, ob § 30 Abs. 1 TKG in der umgekehrten Konstellation, in der die (negativen) Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 1 und 2 nicht vorliegen, zu gemeinschaftsrechtskonformen Ergebnissen führt, kann hier auf sich beruhen.

- 60 dd) Die Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur ist nicht deshalb fehlerhaft, weil sie sich an dem für geboten erachteten Prüfungsmaßstab - den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung - ausgerichtet hat. Der Einwand, dieser Kostenmaßstab komme nur bei feststehender Entgeltgenehmigungspflicht zum Tragen, nicht aber schon für die Auswahl zwischen der Entgeltgenehmigungspflicht und der nachträglichen Entgeltregulierung, trifft nicht zu. Zwar lässt sich dem § 30 Abs. 1 TKG die gesetzliche Wertung entnehmen, dass neben der vorherigen Entgeltgenehmigung auch die nachträgliche Entgeltregulierung zur Erreichung des Gesetzeszwecks grundsätzlich geeignet ist. Doch weisen die materiellen Kontrollmaßstäbe beider Regulierungsarten Unterschiede auf, die im Rahmen eines sachgerecht ausgeübten Regulierungsermessens die Entscheidung darüber mit zu bestimmen haben, welches der beiden Instrumente angemessen ist.

- 61 Nach § 31 Abs. 1 TKG sind Entgelte, die gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 TKG genehmigungsbedürftig sind, grundsätzlich dann genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten. Dagegen gelten für die nachträgliche Regulierung gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 38 Abs. 2 TKG die Maßstäbe des § 28 TKG. Danach darf ein marktmächtiger Diensteanbieter oder Netzbetreiber seine Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur aufgrund seiner beträchtlichen Marktmacht auf dem jeweiligen Markt durchsetzbar sind (Preishöhenmissbrauch, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG). Im Unterschied zu der früheren Rechtslage, nach der sich die zu regulierenden Entgelte generell an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren hatten (§ 24 Abs. 1 TKG 1996), war mit der Neuregelung beabsichtigt, den nun geltenden § 28 TKG stärker an § 19 Abs. 4 GWB auszurichten (s. BTDrucks 15/2316 S. 67). Im allgemeinen Wettbewerbsrecht wird als Maßstab für die Erfassung eines Preishöhenmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ein „Als-Ob-Wettbewerbspreis“ zugrunde gelegt, d.h. ein hypothetischer Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergäbe. Missbräuchlich überhöht gegenüber einem solchen hypothetischen Preis sind die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens wegen des mit dem Missbrauchsvorwurf verbundenen Unrechtsurteils allerdings erst dann, wenn sie diese erheblich überschreiten, wobei der Missbrauchszuschlag je nach den Marktgegebenheiten unterschiedlich sein kann (zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04 - BGHZ 163, 282 <295 f.>; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rn. 159; jeweils m.w.N.).
- 62 Diese unterschiedlichen Maßstäbe der Entgeltregulierung sind nicht erst Folge der schon getroffenen Regulierungsentscheidung, sondern beeinflussen im Rahmen des Regulierungsermessens die Wahl des richtigen Mittels. Denn bei den Regulierungsvorschriften des Telekommunikationsgesetzes handelt es sich um sektorspezifisches Sonderkartellrecht, das den Kostenmaßstab des § 31 Abs. 1 TKG als ein den Besonderheiten dieses Wirtschaftszweiges angepasstes Kontrollinstrument bereitstellt, wenn und soweit die bloße Missbrauchskontrolle auch und gerade wegen des erforderlichen Missbrauchszuschlags an Ef-

fizienzgrenzen stößt (vgl. Säcker/Wolf, K&R 2007, 20 <21>). Es handelt sich mithin bei den beiden genannten Kontrollmaßstäben um unterschiedlich strenge Regulierungsinstrumente, über deren Einsatz die Regulierungsbehörde aufgrund des ihr eingeräumten Regulierungsermessens entscheidet. Auch das Gemeinschaftsrecht fordert, dass die Regulierungsbehörde bei der Preiskontrolle ihr diesbezügliches Ermessen ausübt, wenn sie die Auswahl trifft zwischen einem Eingriff, der „relativ zurückhaltend“ ist, und der Anordnung, „dass die Preise zur umfassenden Rechtfertigung ihrer Höhe kostenorientiert sein müssen“ (vgl. Erwägungsgrund 20 zu Art. 13 ZRL).

- 63 ee) Die Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass die nachträgliche Entgeltregulierung nicht ausreicht, sondern die Auferlegung der Entgeltgenehmigungspflicht erforderlich und angemessen ist, um die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu erreichen, ist im Rahmen des Regulierungsermessens vertretbar. Wie sich bei der gebotenen Zusammenschau der vier aufeinander bezogenen, am selben Tag gegen die Klägerin und die drei anderen deutschen Mobilfunknetzbetreiber aufgrund der einheitlichen Marktfestlegung erlassenen Regulierungsverfügungen (ABl BNetzA 2006 S. 2271 bis 2359) ergibt, hat sich die Bundesnetzagentur bei ihrer Abwägung schwerpunktmäßig mit den Regulierungszielen der Wahrung der Verbraucherinteressen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG und der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG auseinandergesetzt (a.a.O. S. 2287 ff., 2309 ff., 2332 f., 2353 ff.), daneben als weitere Regulierungsziele aber auch die Förderung von effizienten Investitionen und die Unterstützung von Innovationen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG in den Blick genommen (a.a.O. S. 2355). Diese Schwerpunktbildung ist im Prinzip nicht zu beanstanden, zumal aus Art. 13 Abs. 2 Satz 1 ZRL mittelbar entnommen werden kann, dass neben wirtschaftlicher Effizienz und der Förderung nachhaltigen Wettbewerbs die Belange der Verbraucher bei der Entgeltregulierung von vorrangiger Bedeutung sind.

- 64 Was zunächst das Regulierungsziel der Wahrung der Verbraucherinteressen betrifft, hält die Bundesnetzagentur diese durch überhöhte, nicht eng an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Terminierungsentgelte für erheblich beeinträchtigt. Auch wenn Senkungen der Terminierungsentgelte nicht an alle Kunden unmittelbar und in voller Höhe weitergegeben würden, führten doch spürbare Absenkungen erfahrungsgemäß zu durchschnittlich niedrigeren Endkundenentgelten, während die Anbieter im umgekehrten Fall erhöhte Entgelte zumindest zeitversetzt auf die Kunden abwälzen würden. Die gebotene Kostenorientierung der Terminierungsentgelte könne durch eine nachträgliche Missbrauchskontrolle auch unter Berücksichtigung des vereinbarten Absenkungspfades nicht ausreichend sichergestellt werden.
- 65 Der dagegen erhobene Einwand, die Behörde bediene sich eines Zirkelschlusses, der bei jedweder Entgeltregulierung gleichsam automatisch zu der Genehmigungspflicht als der strengeren Regulierungsform führe, trifft nicht zu. Nach dem gemeinschaftlichen Rechtsrahmen kann die Behörde dann, wenn eine Marktanalyse darauf hinweist, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten könnte, diesem Betreiber Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ZRL). Derartige Hinweise haben sich bei der hier vorliegenden Marktanalyse ergeben, denn danach wird die beträchtliche Marktmacht der Klägerin und der drei anderen Mobilfunknetzbetreiber auf den monopolartig strukturierten Terminierungsmärkten nicht durch eine wirksame entgegengerichtete Nachfragemacht beschränkt. Dies hat jedenfalls in der Vergangenheit, nämlich bevor sich die Unternehmen zur freiwilligen Absenkung der Entgelte bereitfanden, zu deutlich überhöhten Terminierungsentgelten geführt. Bereits im Zusammenhang mit der Auferlegung der Zugangsverpflichtungen hat die Bundesnetzagentur zudem herausgestellt, dass es sich bei der Terminierungsleistung um ein überragend wichtiges, weil nicht zu duplizierendes Vorleistungsprodukt handelt. In diesem Zusammenhang ist auch plausibel, dass die bedeutend höheren Terminierungsentgelte für die Verbindung in das Mobilfunknetz schon in quantitativer Hinsicht eine weitaus größere Bedeutung für die Verbraucher haben als die entsprechenden (niedrigeren) Ent-

gelte bei Festnetzverbindungen. Damit ist in der rechtlich gebotenen Weise nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Bundesnetzagentur gerade bei den hier umstrittenen Mobilfunkterminierungsentgelten eine enge Kostenorientierung im Verbraucherinteresse für notwendig hält.

- 66 Soweit gegen die Ermessenserwägungen der Bundesnetzagentur weiter eingewendet wird, es gebe kein generelles Verbraucherinteresse an möglichst niedrigen Terminierungsentgelten, da Mobilfunkendkunden im Gegenteil an den aus hohen Terminierungsentgelten resultierenden Einnahmen ihres Netzbetreibers interessiert seien, die ihnen in Form von subventionierten Endgeräten, verbilligten Anschlussgebühren etc. zugutekämen, führt auch dies nicht auf einen Abwägungsfehler. In Bezug auf die Anrufempfängerseite hat die Bundesnetzagentur nicht übersehen, dass diese von überhöhten Terminierungsentgelten ihres jeweiligen Netzbetreibers profitieren könnte, was sich auch mit der Einschätzung im Rahmen der Marktanalyse deckt. Die Behörde hält dem aber in rechtlich vertretbarer Weise entgegen, dass zum einen die Weitergabe überhöhter Terminierungsentgelte an die eigenen Kunden nicht in vollem Umfang sichergestellt sei und dass zum anderen keine Rechtfertigung dafür bestehe, die Belastung der Anrufer mit einer Entlastung der Angerufenen zu verrechnen. Das Anliegen der Bundesnetzagentur, unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes die Anruferseite vor den Auswirkungen von Mobilfunkterminierungsentgelten zu schützen, die nach dem Ergebnis der Marktanalyse in der Vergangenheit deutlich höher als Wettbewerbspreise lagen, wird von dem Regulierungsermessen gedeckt.
- 67 In Bezug auf das Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs hält die Bundesnetzagentur eine nachträgliche Entgeltkontrolle anhand des Missbrauchsmaßstabes ebenfalls für nicht ausreichend, weil überhöhte, d.h. nicht kostenorientierte Terminierungsentgelte den Wettbewerb zu Lasten netzexterner Anrufer verzerrten und damit insbesondere Netzbetreiber mit geringerem Kundenstamm benachteiligten. Diese Einschätzung kann sich auf das von der Behörde zur Vorbereitung ihrer Marktdefinition und Marktanalyse eingeholte Sachverständigengutachten insofern stützen, als darin Hebelwirkungen hoher Terminierungsentgelte zum Nachteil kleinerer Netzbetreiber be-

geschrieben werden. Danach kann ein größeres Unternehmen relativ mehr Gespräche netzintern abwickeln als ein kleineres, wodurch sich die durchschnittlichen Gesprächskosten für seine Kunden verbilligen. Dies kann nach Meinung der Gutachter sogar bei gegenseitig gleichen Terminierungsentgelten zu einer Preis-Kosten-Schere für die kleineren Rivalen führen (Koenig/Vogelsang/Winkler, Gutachten „Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Bereich der Mobilfunkterminierung“ vom 4. Oktober 2004, S. 163 f.). In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der von den Mobilfunkunternehmen bislang beschrittene freiwillige Absenkungspfad ein Preiskartell darstellt, welches die an ihm beteiligten Unternehmen zum Nachteil der Wettbewerber faktisch daran hindern kann, die kartellierten Entgelte durch vorstoßenden Wettbewerb im Rahmen des betriebswirtschaftlich Möglichen zu unterschreiten (vgl. Säcker/Wolf, K&R 2007, 20 <24>).

- 68 Das Gegenargument, dass streng kostenbegrenzte Terminierungsentgelte die Entfaltung eines chancengleichen Wettbewerbs zwischen den Mobilfunknetzbetreibern behinderten, weil sie unternehmensindividuell benötigte Einnahmen verkürzten und die erforderliche Investitionssicherheit vereitelten, lässt die Entscheidung der Bundesnetzagentur nicht als abwägungsfehlerhaft erscheinen. Die Behörde hat hierzu erwogen, dass die Entgeltgenehmigungspflicht die Regulierungsziele der Förderung chancengleichen Wettbewerbs sowie der Förderung effizienter Investitionen und der Unterstützung von Innovationen auch unter dem hier angesprochenen Gesichtspunkt im Ergebnis nicht beeinträchtigt, da sie die Kostendeckung garantiere: Indem Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals einschließlich einer Rendite für das eingesetzte Eigenkapital unter Würdigung der leistungsspezifischen Risiken umfassten (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 TKG), sei sichergestellt, dass Investitionen angemessen honoriert würden (ABI BNetzA 2006 S. 2355). Dabei geht die Bundesnetzagentur in Übereinstimmung mit ihrer bisherigen Regulierungspraxis erkennbar davon aus, dass der Kostenmaßstab nicht absolut, sondern in Relation zu den unternehmensspezifischen Gegebenheiten umzusetzen ist. Dem Effizienzkriterium entspricht kein fester Kostensatz, sondern eine Kostenfunktion, insbesondere in Abhängigkeit von der jeweiligen

Produktionsmenge (vgl. Groebel, in: BerlKomm TKG, § 31 Rn. 22 ff.; s. auch Schuster/Ruhle, BeckTKG, § 31 Rn. 17).

- 69 In der Gesamtschau aller Erwägungen wird nach alledem hinreichend plausibel, warum die Bundesnetzagentur die von den Gutachtern Koenig/Vogelsang/Winkler (a.a.O. S. 195 ff.) herausgestellten Vorteile der Entgeltgenehmigungspflicht im Hinblick auf den Verbraucherschutz, aber auch den chancengleichen Wettbewerb letztlich für durchschlagender gehalten hat als die dort gleichfalls erwogenen Nachteile. Diese Bewertung der Behörde ist als Ausfluss des ihr obliegenden Regulierungsermessens rechtlich hinzunehmen.
- 70 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, 2 VwGO.

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 500 000 € festgesetzt (§§ 47, 52 Abs. 1 GKG).

Dr. Bardenhewer

Dr. Hahn

Dr. Bier