BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 6 C 19.09
VG 21 K 5382/06

Verkündet
am 20. Oktober 2010
Jesert
Hauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich, Vormeier, Dr. Bier und
Dr. Möller

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 17. Juni 2009 wird aufgehoben. Ferner wird der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 8. November 2006 aufgehoben, soweit in Nr. 1.3 die Unterschreitung der genehmigten Entgelte genehmigt wird, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Kosten des Rechtsstreits je zu Hälfte; ihre eigenen außergerichtlichen Kosten tragen sie jeweils selbst.

G r ü n d e :

I

1 Die Klägerin erbringt Telekommunikationsdienste auf Festnetzbasis. Die Beigeladene betreibt ein digitales zellulares Mobilfunktelefonnetz; sie bietet ihren Endkunden ein Produkt namens „…“ an. Dieses ist durch folgende Merkmale

gekennzeichnet: Der Kunde erwirbt durch Zahlung eines Zusatzentgelts die Möglichkeit, mit seinem Mobiltelefon innerhalb eines Nahbereichs um einen geographischen Standort zu Festnetzkonditionen anzurufen und angerufen zu werden. Ihm wird hierfür zusätzlich zu seiner Mobilfunknummer eine Festnetznummer aus dem Rufnummernbestand des Festnetzbetreibers … GmbH & Co. OHG (im Folgenden: …), des Kooperationspartners der Beigeladenen, zugeteilt. Unter dieser Festnetznummer ist der Kunde nur innerhalb des Nahbereichs erreichbar, während seine Erreichbarkeit unter der Mobilfunknummer - gegebenenfalls nach Anrufweiterleitung - unberührt bleibt. Technisch wird die Übermittlung der in anderen Netzen generierten Anrufe an die geographische Rufnummer dadurch bewirkt, dass die Anrufe dem Festnetz des Kooperationspartners … zugeführt und nach einer von diesem vorgenommenen Rufnummernumwertung in das Mobilfunknetz der Beigeladenen übergeben werden, die den Anruf sodann auf dem Mobiltelefon ihres Kunden terminiert.

2 Die Bundesnetzagentur stellte fest, dass die Beigeladene auf dem bundesweiten Markt für die Terminierung von Telefongesprächen in das eigene Mobilfunknetz - unter Einschluss der Anrufzustellung im Rahmen des vorgenannten Nahbereichsprodukts - über beträchtliche Marktmacht verfügt, und verpflichtete sie durch Regulierungsverfügung vom 30. August 2006 unter anderem dazu, anderen Netzbetreibern Zusammenschaltung zu gewähren; zugleich unterwarf sie die Zugangsentgelte der Genehmigungspflicht. Die dagegen erhobene Klage der Beigeladenen blieb erfolglos (Urteil des Senats vom 2. April 2008 - BVerwG 6 C 15.07 - BVerwGE 131, 41).

3 Durch Beschluss vom 8. November 2006 traf die Bundesnetzagentur gegenüber der (als Antragstellerin bezeichneten) Beigeladenen folgende Regelung:

> „1. Die Entgelte für die Anrufzustellung im Mobilfunk der Antragstellerin werden wie folgt genehmigt:
>
> 1.1 Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin für den Zeitraum vom 30.08. bis zum 22.11.2006: 12,4 Cent/min.
>
> 1.2 Verbindungsentgelt für die Terminierung im Netz der Antragstellerin ab dem 23.11.2006: 9,94 Cent/min.

> 1.3 Die in Ziffer 1.1 und 1.2 genehmigten Entgelte dürfen unterschritten werden, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird. (…)
>
> 3. Die Genehmigung des Entgelts in Ziffer 1.2 ist befristet bis zum 30.11.2007 (…)."

4 Zur Begründung der unter Nr. 1.3 getroffenen Regelung führte die Bundesnetzagentur u.a. aus: Die Genehmigungspflicht erstrecke sich auf die Vorleistungsentgelte für das „…"-Produkt; denn die Terminierungsleistung der Beigeladenen im Rahmen dieses Produktes stimme in den technischen Abläufen mit einer herkömmlichen Mobilfunkterminierung überein. Die Unterschreitung der regulären Entgelte sei trotz der damit verbundenen Kostenunterdeckung nicht missbräuchlich. Es sei der Beigeladenen unbenommen, die Kosten für die Terminierung von Anrufen zu einer geographischen Rufnummer teils über - niedrigere - Vorleistungsentgelte, teils über die Endkundenentgelte zu decken.

5 Das Verwaltungsgericht hat die auf die Aufhebung von Nr. 1.3 der Entgeltgenehmigung, hilfsweise auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Regelung gerichtete Klage abgewiesen: Für die Anfechtung fehle der Klägerin das Rechtsschutzinteresse, weil etwa eingetretene nachteilige Folgen für den Wettbewerb nicht nachträglich beseitigt werden könnten. Der unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr zulässige Fortsetzungsfeststellungsantrag sei nicht begründet. Selbst wenn die Beigeladene durch ihr Nahbereichsprodukt die Wettbewerbsmöglichkeiten der Festnetzbetreiber beeinträchtigen sollte, beruhe das beanstandete Verhalten nicht auf der Ausnutzung beträchtlicher Marktmacht. So unterlägen die für eine Quersubventionierung ungedeckter Terminierungskosten etwa in Betracht zu ziehenden allgemeinen Terminierungsentgelte ihrerseits der Regulierung und seien daher in ihrer Höhe nicht Ausdruck einer Marktbeherrschung.

6 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die vom Verwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt und zur Begründung ausgeführt: Das Angebot des umstrittenen Nahbereichsproduktes der Beigeladenen beruhe auf einer Preisverzerrung, die die Substitution von Festnetzanschlüssen durch Mobiltelefone fördere

und beschleunige. Das genehmigte Entgelt verletze die Grenze des Missbrauchs und verstoße zusätzlich gegen das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 TKG. Die Vermutung, dass die marktmächtige Beigeladene die dauerhafte Fähigkeit zu kostenunterdeckenden Angeboten nur aufgrund ihrer Marktmacht finanzieren könne, sei nicht widerlegt. Das Fehlen jeglicher Entgeltuntergrenze für die Vorleistungen beim Produkt „…“ lasse die Interessen der Festnetzbetreiber gänzlich unberücksichtigt. Indem die Beigeladene ihre vergünstigten Terminierungsleistungen exklusiv einem einzigen Kooperationspartner anbiete, diskriminiere sie auch die Nachfrager untereinander. Etwaige Deckungsbeiträge seitens der Endkunden der Beigeladenen reichten schon rechnerisch nicht aus, um die fehlende Kostendeckung auf der Vorleistungsebene zu kompensieren.

7 Die Klägerin beantragt,

1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils

   a) den Beschluss der Beklagten vom 8. November 2006 aufzuheben, soweit in Nr. 1.3 die Unterschreitung der genehmigten Entgelte genehmigt wird, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird,

   b) hilfsweise zu 1a): den Beschluss der Beklagten vom 8. November 2006 aufzuheben, soweit in Nr. 1.3 die Unterschreitung der genehmigten Entgelte genehmigt wird, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird, und die Beklagte zu einer erneuten Genehmigung von Entgelten in einheitlicher Höhe zu verpflichten,

2. hilfsweise zu 1: unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass der Beschluss der Beklagten vom 8. November 2006 insoweit rechtswidrig war, als in Nr. 1.3 die Unterschreitung der genehmigten Entgelte genehmigt wird, wenn ein an eine geographische Rufnummer gerichteter Anruf terminiert wird.

8 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Sie führt aus, das Verhalten der Beigeladenen erfülle weder den Tatbestand des Behinderungs- noch des Diskriminierungsmissbrauchs. Die Kostenunterdeckung, die bei alleiniger Betrachtung der Terminierungsentgelte eintrete, stelle keine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen dar. Auf dem Markt für Festnetzanschlüsse komme es schon deshalb zu keiner Wettbewerbsbeeinträchtigung, weil das Endkundenprodukt „…“ kein Festnetz-, sondern ein Mobilfunkprodukt sei. Auch sei das Kundensegment, auf dem Mobilfunkprodukte das Bedürfnis nach Telekommunikationsleistungen vollständig befriedigten, erfahrungsgemäß begrenzt. Jedenfalls sei eine Kausalität zwischen der Kostenunterdeckung auf dem Terminierungsmarkt und einer Veränderung der Marktverhältnisse auf den Festnetzanschlussmärkten nicht erkennbar. Auch werde dem Kooperationspartner der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Entgelte, die dieser seinerseits auf den nachgelagerten Märkten erhalte, ein sachlich ungerechtfertigter Vorteil nicht gewährt. Die Beigeladene biete ein innovatives Produkt an, das den Verbraucherinteressen diene.

10 Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

die Revision zurückzuweisen.

11 Sie macht geltend, ein Missbrauch ihrer Marktmacht sei schon deshalb ausgeschlossen, weil die allgemeinen Mobilfunkterminierungsentgelte der Genehmigungspflicht unterlägen, und, soweit durch die Bundesnetzagentur genehmigt, von der Klägerin nicht angegriffen worden seien. Daher könne der Kostenausgleich beim „…“-Produkt nur aus anderen Quellen stammen, hinsichtlich derer sie nicht über beträchtliche Marktmacht verfüge. Tatsächlich werde die Unterdeckung der Terminierungskosten im Rahmen des „…“-Produkts durch Beiträge aus dem Endkundenmarkt ausgeglichen. Gegen die Genehmigung einer Preisspanne bestünden keine Bedenken. Da § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG für die Entgelte eine Obergrenze und § 28 TKG eine Untergrenze festlege, seien alle Entgelte innerhalb dieser Grenzen genehmigungsfähig. Den Endkundenanteil der „…“-Entgelte dürfe die Beklagte schon deshalb nicht festlegen, weil dieser nicht der Regulierung unterliege. Infolgedessen sei es weder sinnvoll noch möglich, die korrespondierende Höhe des aus den Vorleistungsentgelten stammenden

Deckungsbeitrages zu regulieren. Jedenfalls sei die teilweise Kostendeckung aus den Endkundenentgelten sachlich gerechtfertigt. Die abweichende Entgeltgestaltung gelte nur, wenn von der Beigeladenen die „…“-Terminierungsleistung erbracht werde, so dass ausschließlich nach der erbrachten Leistung und nicht nach verschiedenen Nachfragern differenziert werde.

II

12 Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet und führt zur Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts und des angegriffenen Teils des Beschlusses der Bundesnetzagentur. Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht und stellt sich auch im Ergebnis als unrichtig dar (§ 137 Abs. 1, § 144 Abs. 4 VwGO). Das Verwaltungsgericht hätte der Klage stattgeben müssen.

13 1. Die Klage ist bereits mit ihrem Hauptantrag zulässig.

14 a) Die Anfechtungsklage ist statthaft. Der angefochtene Ausspruch zu Nr. 1.3 der Entgeltgenehmigung schränkt nicht nur die vorstehenden Regelungen zu Nr. 1.1 und 1.2 dahin ein, dass die dort genannten Entgelte (12,4 Cent/min bzw. 9,94 Cent/min) für die Terminierung an geographische Rufnummern im Rahmen des Nahbereichsprodukts der Beigeladenen nicht gelten, sondern trifft darüber hinaus die positive Bestimmung, dass für derartige Terminierungen niedrigere als die allgemein genehmigten Entgelte - einschließlich „keiner“ Entgelte, wie in der Begründung der Bundesnetzagentur ausdrücklich klargestellt - verlangt werden dürfen, dass also für diesen Unterfall eine Entgeltspanne von 0 bis 12,4 bzw. 9,94 Cent/min gestattet ist. Diese spezielle Regelung der Entgelthöhe für Terminierungen im Rahmen des Nahbereichsprodukts ist einer gesonderten Anfechtung zugänglich.

15 b) Die Klägerin kann im Sinne von § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen, durch die angefochtene Regelung in ihren Rechten verletzt zu sein. Ihre Klagebefug-

nis ergibt sich aus dem drittschützenden Charakter der von ihr als verletzt gerügten Missbrauchstatbestände des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 3 TKG. Diese stellen auf die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeit „anderer Unternehmen“ bzw. auf die Einräumung von Vorteilen zugunsten einzelner Nachfrager gegenüber „anderen Nachfragern“ ab und konkretisieren damit einen geschützten Personenkreis, der sich hinreichend deutlich von der Allgemeinheit unterscheidet. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass § 27 Abs. 1 TKG die Verhinderung einer missbräuchlichen Ausbeutung, Behinderung oder Diskriminierung von Wettbewerbern durch marktmächtige Unternehmen ausdrücklich als Ziel der Entgeltregulierung bezeichnet.

16 Soweit der Senat für die Vorgängerbestimmung des § 24 Abs. 2 TKG 1996 den Drittschutz auf ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt bezogen hatte (Urteil vom 10. Oktober 2002 - BVerwG 6 C 8.01 - BVerwGE 117, 93 <108>; Beschluss vom 8. Dezember 2005 - BVerwG 6 B 81.05 - Buchholz 442.066 § 38 TKG Nr. 1 Rn. 12), ist an dieser Begrenzung für das geltende Recht nicht festzuhalten. Denn im Geltungsbereich des § 19 Abs. 1, 4 GWB, an dem sich § 28 TKG orientiert (s. BTDrucks 15/2316 S. 67), ist anerkannt, dass eine relevante Beeinträchtigung nicht nur auf dem beherrschten Markt, sondern auch auf einem Drittmarkt eintreten kann, sofern ein Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten bzw. seiner wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben ist (s. BGH, Urteil vom 4. November 2003 - KZR 16/02 - BGHZ 156, 379 <382>; Götting, in: Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 19 GWB Rn. 61; Bechtold, Kartellgesetz, 5. Aufl. 2008, § 19 Rn. 65; ferner: Mayen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 28 Rn. 27; Schuster/Ruhle, in: BeckTKG, 3. Aufl. 2006, § 28 Rn. 34; Groebel, in: BerlKommTKG, 2. Aufl. 2009, § 28 Rn. 17, sowie - zu § 42 TKG - Urteil des Senats vom 18. April 2007 - BVerwG 6 C 21.06 - BVerwGE 128, 305 Rn. 16).

17 Eine Verletzung der geschützten Rechte der Klägerin ist auf der Grundlage des Klagevorbringens jedenfalls nicht ausgeschlossen.

18 c) Für die Anfechtungsklage fehlt auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Die Klägerin muss sich nicht auf eine etwa zulässige Verpflichtungsklage mit dem Ziel der Festlegung eines höheren Terminierungsentgelts verweisen lassen; denn sie darf bei einem Erfolg der Anfechtungsklage darauf vertrauen, dass die Bundesnetzagentur der durch Regulierungsverfügung angeordneten Entgeltgenehmigungspflicht von sich aus Rechnung tragen wird (§ 31 Abs. 6, § 35 Abs. 3 und 5 TKG). Ihr Rechtsschutzbedürfnis ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Zeitablaufs entfallen. So ist die Entgeltgenehmigung nach Ablauf des Geltungszeitraums nicht im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erledigt, denn sie bildet fortwährend die Grundlage der Gegenleistung des Festnetz-Kooperationspartners … für die im Genehmigungszeitraum erbrachte Terminierungsleistung der Beigeladenen. Vor diesem Hintergrund entfiele das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Drittanfechtung der Genehmigung nur, wenn die Nutzlosigkeit der Klage - gemessen an der erstrebten Verbesserung der Rechtsstellung - außer Zweifel stände (s. Urteil vom 14. Februar 2007 - BVerwG 6 C 28.05 - Buchholz 442.066 § 150 TKG Nr. 3 Rn. 15 m.w.N.); so ist es hier nicht. Die Klägerin beruft sich (auch) darauf, dass die nachträgliche Zahlung eines höheren Terminierungsentgelts den - aus ihrer Sicht zu Unrecht privilegierten - Kooperationspartner der Beigeladenen daran hindere, die aus den günstigeren Vorleistungskonditionen gezogenen Profite noch gegenwärtig zu ihrem, der Klägerin, Nachteil zu reinvestieren. Vor diesem Hintergrund ist ihr Interesse daran, dass die vermeintlich rechtswidrige Genehmigung der umstrittenen Entgelte aufgehoben und sodann durch eine neue Genehmigung ersetzt wird, jedenfalls nicht zweifelsfrei von der Hand zu weisen.

19 2. Die Klage ist begründet, denn die unter Nummer 1.3 des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 8. November 2006 getroffene Regelung ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in eigenen materiellen Rechten. Ob der Beschluss - wie von den Beteiligten erörtert - auch formelles (drittschützendes) Recht verletzt, bedarf keiner Entscheidung.

20 a) Die Entgeltgenehmigung ist nach § 35 Abs. 3 Satz 1 und 2 TKG ganz oder teilweise zu erteilen, soweit die Entgelte den Anforderungen der §§ 28 und 31 TKG entsprechen und keine Versagungsgründe vorliegen; sie ist zu versagen,

soweit die Entgelte insbesondere mit § 28 TKG oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. Da § 31 Abs. 1 Satz 1 TKG die Entgelte nach oben auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung begrenzt, kommt der Missbrauchsprüfung nach § 28 TKG namentlich dann eine eigene Zweckbestimmung zu, wenn der etwaige Missbrauch - wie hier - in einem zu niedrigen Entgelt liegt (Schuster/Ruhle, a.a.O. § 35 Rn. 44; Mayen/Lünenbürger, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 35 Rn. 54).

21 Gegen einen solchen Missbrauch trifft der umstrittene Teil der Genehmigung keine Vorsorge, da das umstrittene Vorleistungsentgelt unterhalb der Grenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dem Belieben der Beigeladenen überlassen und damit im praktischen Ergebnis von der Genehmigung freigestellt worden ist. Diese Abweichung vom Grundsatz des „Fixpreis-Charakters“ des zu genehmigenden Entgelts (Stamm, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 37 Rn. 12; s. auch Urteil vom 25. November 2009 - BVerwG 6 C 34.08 - Buchholz 442.066 § 31 TKG Nr. 1 Rn. 17 ff.) war nicht deshalb veranlasst, weil die Beigeladene die Kosten der hier umstrittenen Terminierungsleistungen im Wege einer Mischkalkulation nur teilweise aus den Vorleistungsentgelten, zum anderen Teil aber nach eigenen Angaben aus solchen Entgeltbestandteilen deckt, die ihrerseits nicht der Regulierung unterliegen. Dieser Umstand ändert nichts an der durch die bestandskräftige Regulierungsverfügung angeordneten Genehmigungspflicht für das Vorleistungsentgelt. Die Genehmigung erstreckt sich in einer derartigen Konstellation zwar nicht auf die unregulierten Entgeltteile, wohl aber darauf, dass das genehmigungspflichtige Vorleistungsentgelt nur so weit abgesenkt wird, dass die entstehende Deckungslücke ohne Verstoß gegen das Missbrauchsverbot geschlossen werden kann. Die im Rahmen der Mischkalkulation nicht genehmigungsbedürftigen Entgelte werden bei einem solchen Verfahren nicht Genehmigungsinhalt, aber (mit) Genehmigungsgrundlage, so dass die Bundesnetzagentur auf wesentliche Veränderungen der Sachlage gegebenenfalls nachträglich reagieren kann (s. § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG). Den sich daraus ergebenden Anforderungen genügt die umstrittene Genehmigung nicht.

22 b) Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 TKG darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten oder Netzbetreiber, der - wie die Beigeladene auf dem Markt für Mobilfunkterminierungen in ihr eigenes Netz - über beträchtliche Marktmacht verfügt, diese Stellung bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nicht missbräuchlich ausnutzen. Diese Generalklausel wird in § 28 Abs. 1 Satz 2 TKG regelbeispielhaft durch die Tatbestände des Preishöhenmissbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1), des Behinderungsmissbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2) und des Diskriminierungsmissbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3) konkretisiert; zudem wird der Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs ergänzt durch die gesetzlichen Vermutungen des § 28 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 TKG. Der Vorwurf des Behinderungs- bzw. des Diskriminierungsmissbrauchs entfällt, sofern für die jeweilige Verhaltensweise eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen ist (§ 28 Abs. 1 Satz 2 a.E.).

23 Die hier umstrittene Genehmigung trifft keine hinreichenden Vorkehrungen gegen einen Behinderungsmissbrauch (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG), der darin liegen könnte, dass die Beigeladene ein Vorleistungsentgelt erhebt, das die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem Endkundenmarkt für Festnetzanschlüsse auf erhebliche Weise beeinträchtigt.

24 aa) Der Behinderungsmissbrauch wird gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG vermutet, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. Da das Vorleistungsentgelt, das die Beigeladene von ihrem Kooperationspartner im Rahmen des Nahbereichsprodukts „…“ fordert, in Anbetracht der unbestimmten Weite der Genehmigung zwischen der Obergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (12,4 bzw. 9,94 Cent/min) und dem Betrag 0 liegen darf, ist eine Kostenunterdeckung unterschiedlichen Ausmaßes von der Genehmigung ebenso erfasst wie das gänzliche Fehlen einer Kostendeckung. Der Umstand, dass die Beigeladene einen Ausgleich der nicht gedeckten Terminierungskosten im Wege der Mischkalkulation auf andere Weise bewirkt, lässt die Vermutung des § 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG als solche nicht entfallen.

25 bb) Die Erhebung eines nicht kostendeckenden Terminierungsentgelts kann in Verbindung mit der Querfinanzierung, die die Beigeladene zum Ausgleich der nicht gedeckten Terminierungskosten durchführt, je nach den Umständen geeignet sein, die Wettbewerbsmöglichkeit der Festnetzbetreiber auf erhebliche Weise zu beeinträchtigen. Unter einer „Beeinträchtigung“ in diesem Sinne ist jeder für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf demselben oder einem anderen Markt nachteilige Wirkungszusammenhang zu verstehen. Mit „erheblich“ ist dabei nicht die Überschreitung eines bestimmten Schwellenwertes gemeint, sondern vielmehr die objektive Eignung des in Rede stehenden Verhaltens, die Marktverhältnisse nachteilig zu beeinflussen, also einen Zustand herbeizuführen, der erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Über die individuelle Beeinträchtigung eines einzelnen Marktteilnehmers hinaus müssen die allgemeinen Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sein (Mayen, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 28 Rn. 27 ff.; Schuster/Ruhle, a.a.O. § 28 Rn. 35 ff.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 112 f.; Bechtold, a.a.O. Rn. 67, 69).

26 Derartige Wirkungszusammenhänge sind auf der Grundlage der der Beigeladenen erteilten Genehmigung auch dann jedenfalls möglich, wenn das Kundensegment, auf dem Mobilfunkprodukte das Bedürfnis nach Telekommunikationsleistungen vollständig befriedigen, bisher begrenzt ist. Die Bundesnetzagentur hat sich bei ihrer Entscheidung auf die Ergebnisse einer im Jahr 2005 durchgeführten Verbraucherbefragung gestützt. Darin wurde die Frage nach den „wichtigsten Gründen, bei einem Festnetzanschluss zu bleiben“, von 59 % der Befragten mit „Festnetz ist günstiger“, von 46 % mit „Anrufer zahlen weniger“, von 43 % mit „Internetzugang“ (etc.) beantwortet. Die Schlussfolgerung der Bundesnetzagentur, die bei dem Nahbereichsprodukt „…“ durch niedrigere Terminierungsentgelte bewirkte kostengünstige Erreichbarkeit habe aus Verbrauchersicht keine wesentliche Bedeutung im Verhältnis zu den bei diesem Produkt teureren Anschlussgebühren, beruht auf der Prämisse, dass die Kosten für die Terminierung von Anrufen zu geographischen Rufnummern teils über die genehmigten Vorleistungsentgelte und zum anderen Teil über die Endkundenentgelte gedeckt werden. Für den Fall einer etwaigen, durch Quersubventionierung ermöglichten Senkung der Vorleistungsentgelte bei gleichzei-

tig niedrigen Anschlusskosten liegt dagegen das Potential für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Festnetzanschlussmarkt zutage, haben doch immerhin knapp die Hälfte der Befragten die kostengünstige Erreichbarkeit und darüber hinaus sogar knapp 60 % die generell günstige Kostensituation im Festnetz als (mit) ausschlaggebend dafür bezeichnet, den Festnetzanschluss überhaupt beizubehalten.

27 Dabei ist zu berücksichtigen, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Genehmigung nicht auf den tatsächlichen Zustand im Genehmigungszeitraum, sondern auf die durch die Genehmigung rechtlich ermöglichten Gestaltungen ankommt. Die Bundesnetzagentur hat mangels einer Überprüfung der Gesamtkalkulation der Beigeladenen und einer spezifischen Genehmigung des sich daraus ergebenden Terminierungsentgelts keine Vorsorge dafür getroffen, dass die Terminierungskosten tatsächlich so wie von ihr angenommen und nicht (auch) im Wege der Quersubventionierung aus anderen Quellen ausgeglichen werden. Der Umstand, dass die zum Ausgleich der Kostenunterdeckung bei den Terminierungskosten herangezogenen Endkundenentgelte ihrerseits nicht der Regulierung unterliegen, steht dabei, wie bereits erwähnt, einer konkreten Genehmigung der Terminierungsentgelte nicht entgegen.

28 cc) Die Möglichkeit, die angegriffene Genehmigung in Anbetracht ihrer unbestimmten Weite gegebenenfalls auch für eine Gestaltung des Vorleistungsentgelts zu nutzen, die den Wettbewerb im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG unzulässig behindert, entfällt nicht deshalb, weil ein Kausalzusammenhang mit der beträchtlichen Marktmacht der Beigeladenen von vornherein ausgeschlossen wäre. Das Verwaltungsgericht hält diesen Zusammenhang nur dann für gegeben, wenn die marktmächtige Stellung des Unternehmens nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass zugleich auch die Durchsetzbarkeit des beanstandeten Verhaltens entfiele. Dem ist nicht zu folgen. Im Unterschied zum Preishöhenmissbrauch, der dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Entgeltforderung nur aufgrund der beträchtlichen Marktmacht durchsetzbar ist (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TKG), richtet sich der Behinderungsmissbrauch nicht nach dem Verhalten, das bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre. Marktbe-

herrschenden Unternehmen werden vielmehr zusätzliche Rücksichtnahmepflichten in dem Sinne auferlegt, dass sie ein nicht wettbewerbskonformes Marktverhalten zu unterlassen haben, um so einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen entgegenzuwirken. Für die Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung reicht es demnach, wenn die Wettbewerbsschädlichkeit einer Maßnahme im Ergebnis gerade daraus erwächst, dass sie von einem marktmächtigen Unternehmen praktiziert wird (Möschel, a.a.O. Rn. 117; Bechtold, a.a.O. Rn. 65; Götting, a.a.O. Rn. 63; Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 28 Rn. 22 Fußn. 63, Rn. 37, jeweils m.w.N.).

29 Eine Ergebniskausalität in diesem Sinne ist hier nicht deshalb ausgeschlossen, weil eine beträchtliche Marktmacht der Beigeladenen nur auf dem Vorleistungsmarkt für Anrufzustellungen in ihr Mobiltelefonnetz festgestellt worden ist und die Terminierungsentgelte nicht nur in Bezug auf das hier umstrittene Nahbereichsprodukt, sondern insgesamt der Genehmigungspflicht unterliegen. Die so ausgestaltete Entgeltregulierung ist für sich genommen nicht geeignet, die von der Kostenunterdeckung bei den Terminierungskosten des Nahbereichsprodukts ausgehende Missbrauchsvermutung (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 TKG) zu widerlegen. Als wettbewerbsschädlich im Hinblick auf die Beherrschung des Terminierungsmarktes könnte sich eine Querfinanzierung etwa dann erweisen, wenn Teile der allgemein genehmigten Terminierungsentgelte, die die langfristigen Zusatzkosten der Leistungsbereitstellung einschließlich eines Gemeinkostenzuschlages und einer angemessenen Verzinsung abdecken sollen (§ 31 Abs. 2 TKG), zu einem kurzfristigen Ausgleich der bei dem Nahbereichsprodukt auftretenden Kostenunterdeckung umgeleitet würden. Wettbewerbsschädlich im Hinblick auf die nunmehr festgestellte beträchtliche Marktmacht der Beigeladenen auf dem Terminierungsmarkt könnte es ferner sein, wenn sie etwaige Gewinne aus den vor der erstmaligen Regulierung noch frei ausgehandelten Terminierungsentgelten zur Quersubventionierung einsetzen würde. Auch bei der Umlenkung von Geldströmen aus anderen, ihrerseits nicht der Regulierung unterliegenden Marktsegmenten zum Ausgleich einer Kostenunterdeckung auf dem regulierten Terminierungsmarkt sind Bezüge der oben bezeichneten Art zu der beträchtlichen Marktmacht der Beigeladenen jedenfalls nicht von vornherein

auszuschließen, ohne dass dies hier zu vertiefen wäre. In Anbetracht dessen lässt sich ein etwaiger Zusammenhang zwischen einer wettbewerbsschädlichen Ausgestaltung des in der angefochtenen Entgeltgenehmigung nicht näher eingegrenzten Vorleistungsentgelts mit der marktmächtigen Stellung der Beigeladenen nicht ohne nähere Prüfung pauschal verneinen.

30 dd) Die unbestimmte Genehmigung der Vorleistungsentgelte für das Nahbereichsprodukt der Beigeladenen ist schließlich nicht deshalb unbedenklich, weil für die von der Genehmigung abgedeckten Entgeltgestaltungen generell eine sachliche Rechtfertigung im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 2 a.E. nachgewiesen wäre. Die Frage der Rechtfertigung wird bestimmt durch eine wertende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Regulierungsziele (Mayen, in: Scheurle/Mayen, a.a.O. § 28 Rn. 12; Schuster/Ruhle, a.a.O. § 28 Rn. 54 ff.; Fetzer, a.a.O. Rn. 80 f.). Abzuwägen ist das Interesse der (unmittelbar oder auch mittelbar) behinderten Unternehmen an freier Betätigungsmöglichkeit im Wettbewerb gegen das Interesse des marktmächtigen Normadressaten an unternehmerischem Freiraum. Jedem Unternehmen, auch einem marktbeherrschenden, steht ein derartiger Freiraum zu; es ist grundsätzlich ihm überlassen, die Art seiner wirtschaftlichen Betätigung selbst zu bestimmen und sein Bezugs- und Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für richtig und wirtschaftlich sinnvoll hält, sofern es sich hierbei nicht solcher Mittel bedient, die der Freiheit des Wettbewerbs zuwiderlaufen (stRspr im Kartellrecht; s. nur BGH a.a.O. S. 389; Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, a.a.O. § 20 GWB Rn. 66 ff.; Götting, a.a.O. Rn. 66).

31 Vor diesem Hintergrund mögen zahlreiche Varianten der Entgeltgestaltung im Rahmen des Geschäftsmodells „…“, das nach den Darlegungen der Bundesnetzagentur im Hinblick auf Produktinnovation (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG) und Verbraucherinteressen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) den Regulierungszielen entspricht, dem unternehmerischen Freiraum der Beigeladenen unterfallen und gerechtfertigt sein. Das gilt insbesondere dann, wenn - wie von der Bundesnetzagentur unterstellt - die Endkunden als Nachfrager des Nahbereichsprodukts die durch Vorleistungsentgelte nicht gedeckten Kosten für die Terminie-

rung von Anrufen zu ihren geographischen Rufnummern durch Zahlung erhöhter Grundgebühren selbst übernehmen und sich dafür eine regional begrenzte Vergünstigung der Verbindungsleistungen erkaufen. Dieses Finanzierungsmodell, bei dem die hier umstrittenen Vorleistungsentgelte gegenüber den allgemein genehmigten Vorleistungsentgelten nur so weit abgesenkt werden, dass die verbleibende Unterdeckung ihren Ausgleich über die betreffenden Endkundenentgelte findet, ist aber, wie bereits erwähnt, durch die Genehmigung nicht sichergestellt. Bei anderen, nach dem Genehmigungsinhalt ebenfalls möglichen Formen der Querfinanzierung bedarf es einer näheren Untersuchung, ob sie durch überwiegende Interessen der Beigeladenen gedeckt sind oder ob ihnen überwiegende Interessen der Wettbewerber entgegenstehen.

32 c) Verstößt nach alldem der angefochtene Teil der Entgeltgenehmigung gegen § 35 Abs. 3 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG, kann sich die Klägerin wegen des drittschützenden Charakters des Missbrauchsverbots auf diesen Verstoß berufen. Sie kann verlangen, dass die Bundesnetzagentur durch eine inhaltlich hinreichend bestimmte Entgeltgenehmigung schon der Möglichkeit entgegenwirkt, dass sie in ihrem Wettbewerbsverhalten auf dem Markt für Festnetzanschlüsse durch Preisdumping auf dem Mobilfunkterminierungsmarkt missbräuchlich behindert wird. Ob zugleich ein Verstoß gegen das Verbot des Diskriminierungsmissbrauchs (§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG) vorliegt, kann ebenso dahinstehen wie die Frage, ob das Konsistenzgebot des § 27 Abs. 2 Satz 1 TKG verletzt ist und die Klägerin sich auch darauf gegebenenfalls berufen könnte.

33 d) Die Aufhebung des Genehmigungsbescheides ist, wie von der Klägerin beantragt, auf die Regelung zu Nr. 1.3 zu beschränken. Denn diese ist abtrennbar von der Entgeltgenehmigung im Übrigen, die ohne Änderung ihres Inhalts in sinnvoller und rechtmäßiger Weise bestehen bleiben kann.

34 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 3, § 159 Satz 1 VwGO.

Neumann Dr. Graulich Vormeier

Dr. Bier Dr. Möller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 50 000 € festgesetzt (§§ 47, 52 Abs. 1 GKG).

Neumann Dr. Graulich Vormeier

Dr. Bier Dr. Möller